

# Publicações da Escola da AGU

---

## Pós-Graduação em Direito Público - UnB 2014 Eixos Ambiental e Regulatório

---

v. 34 número 2, mar./abr. 2014 - Brasília-DF

ISSN-2236-4374

Publicações da Escola da AGU	Brasília	n. 34	p. 1-520	mar./abr. 2014
---------------------------------	----------	-------	----------	----------------

# Publicações da Escola da AGU

Escola da Advocacia-Geral da União  
Ministro Victor Nunes Leal

SIG - Setor de Indústrias Gráficas, Quadra 06, lote 800  
CEP 70610-460 – Brasília – DF Telefones (61) 2026-7368 e 2026-7370  
e-mail: eagu.secretaria@agu.gov.br

## ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

Ministro Luís Inácio Lucena Adams

### DIREÇÃO GERAL DA AGU

Fernando Luiz Albuquerque Faria	Substituto do Advogado-Geral da União
Marcelo de Siqueira Freitas	Procurador-Geral Federal
Paulo Henrique Kuhn	Procurador-Geral da União
Adriana Queiroz de Carvalho	Procuradora-Geral da Fazenda Nacional
Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy	Consultor-Geral da União
Ademar Passos Veiga	Corregedor-Geral da AGU
Grace Maria Fernandes Mendonça	Secretária-Geral de Contencioso

### ESCOLA DA AGU

Juliana Sahione Mayrink Neiva	Diretora
André Luiz de Almeida Mendonça	Vice-Diretor
Nélida Maria de Brito Araújo	Coordenadora-Geral

### EDITOR RESPONSÁVEL

Juliana Sahione Mayrink Neiva

### COORDENADOR DA PUBLICAÇÃO

André Luiz de Almeida Mendonça

### Conselho Editorial

Juliana Sahione Mayrink Neiva  
André Luiz de Almeida Mendonça  
Jefferson Carús Guedes

**Apoio Institucional:** Escola da AGU

**Diagramação/Capa:** Niuza Lima/Glúcia Pereira

Os conceitos, as informações, as indicações de legislações e as opiniões expressas nos artigos publicados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Publicações da Escola da AGU / Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal. -- Brasília : EAGU, 2009.  
v. ; 23 cm.

Irregular: n.1, 2009-n.7-2011. Bimestral: n. 8-13, 2011. Mensal:  
n. 14, 2012-n.34, 2014. Bimestral: n.35, 2014-.

ISSN 2236-4374

I. Direito Público. II. Advocacia-Geral da União.

CDD 340.5  
CDU 34 (05)

## SUMÁRIO

Editorial ..... 5

### **EIXO AMBIENTAL**

Paradigma Constitucional Sustentável: uma saída para a sociedade de risco  
*Daniela Cardoso Ganem* ..... 7

A Interpretação Constitucional do Novo Código Florestal e a Expansão da Cafeicultura nos Mares-de-Morros do Sudeste Brasileiro  
*Erlon de Souza Reis* ..... 49

Colisão entre Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico: uma proposta para a efetividade constitucional  
*Francine Deitos Kreling* ..... 101

A Dedução do Passivo Ambiental nas Desapropriações para Reforma Agrária como Concretização dos Princípios da Justa Indenização e do Direito a um Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado  
*José Domingos Rodrigues Lopes* ..... 181

Responsabilidade Civil do Estado e Patrimônio Cultural: os limites do controle judicial quanto à responsabilização estatal à luz dos princípios da participação popular e da função social da propriedade  
*Lucianne Spíndola Neves* ..... 219

Os Índios e a Cidadania no Estado Democrático de Direito: uma análise sobre a necessidade de intervenção da FUNAI no âmbito das ações possessórias  
*Lucimar Hofmann Bogo* ..... 263

Licenciamento Ambiental e Povos Indígenas no Brasil: em busca da conciliação entre o desenvolvimento econômico e a garantia dos direitos fundamentais – Caso da UHE de Belo Monte  
*Patrícia da Cruz Sales* ..... 303

## EIXO REGULATÓRIO

A Relação entre a Autonomia Reforçada e a Legitimidade Democrática das Agências Reguladoras no Brasil <i>Bárbara Bianca Sena</i> .....	353
O Controle Judicial dos Atos Normativos da Anvisa à Luz do Princípio da Deferência: um estudo de casos <i>Beatriz Monzillo de Almeida</i> .....	387
A Troca de Informações na Saúde Suplementar e o Direito Fundamental à Intimidade <i>Felipe Germano Cacicado Cid</i> .....	419
O Contrato de Gestão como Meio de Realização de Parcerias entre o Setor Público e as Entidades Privadas sem Fins Lucrativos para a Viabilização de Políticas Públicas <i>Michelle Marry Marques da Silva</i> .....	453
A Razoabilidade das Restrições Impostas pela ANVISA à Comercialização do Álcool Etílico por Meio da Resolução RDC nº 46/2002 <i>Ronisie Pereira Franco</i> .....	489

## EDITORIAL

A Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal – Escola da AGU, tem a satisfação de apresentar, através da presente Revista, coletânea de alguns dos melhores trabalhos finais elaborados por seus membros na Pós-Graduação em Direito Público realizada em parceria entre a EAGU e a Universidade de Brasília – UnB no ano de 2014.

O conteúdo da Revista está dividido em quatro volumes, os quais tratam dos seguintes: Direito Administrativo, Direito Ambiental, Direito Regulatório, Direito Previdenciário, Direito Processual Civil e Direito Tributário. Portanto, os artigos coletados abordam temas de relevante interesse para a Advocacia Pública.

No presente volume, são apresentados artigos relacionados ao Direito Ambiental e ao Direito Regulatório. No Eixo Ambiental estão os resultados de pesquisas sobre: Paradigma Constitucional Sustentável; A Interpretação Constitucional do novo Código Florestal e a expansão da cafeeicultura nos mares-de-morros do sudeste brasileiro; Colisão entre meio ambiente e desenvolvimento econômico; A dedução do passivo ambiental nas desapropriações para reforma agrária como concretização dos Princípios da justa indenização e do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado; Responsabilidade civil do Estado e Patrimônio Cultural; Os Índios e a cidadania no Estado Democrático de Direito; Licenciamento ambiental e povos indígenas no Brasil. No Eixo Regulatório estão cinco trabalhos sobre: A Relação entre a autonomia reforçada e a legitimidade democrática das Agências Reguladoras no Brasil; O controle judicial dos atos normativos da ANVISA à luz do Princípio da Deferência; A troca de informações na saúde suplementar e o direito fundamental à intimidade; O contrato de gestão como meio de realização de parcerias entre o Setor Público e as Entidades Privadas sem fins lucrativos para a viabilização de políticas públicas; A razoabilidade das restrições impostas pela ANVISA à comercialização do álcool etílico por meio da Resolução RDC nº 46/2002.

Assim, a Escola da AGU parabeniza aos autores e espera que o conteúdo ora apresentado enriqueça a pesquisa a respeito de temas atuais, relevantes e diretamente relacionados ao Direito Público.

Boa leitura!

Escola da Advocacia-Geral da União Ministro Victor Nunes Leal



---

## PARADIGMA CONSTITUCIONAL SUSTENTÁVEL: UMA SAÍDA PARA A SOCIEDADE DE RISCO

---

*Daniela Cardoso Ganem*

SUMÁRIO: Introdução; Capítulo I - 1 A Natureza no Mundo do Dever Ser; 1.1 Natureza: qual o seu valor?; 1.2 Valores Ecológicos na Sociedade Brasileira; 1.3 A Complexidade do Pensamento Ecológico; 1.4 O Princípio da Precaução: por onde começamos?; Capítulo II - 2 A Divisão de uma Sociedade de Risco: homem x meio ambiente; 2.1 O Risco na Sociedade Contemporânea; 2.2 A Sociedade de Risco Face a Tensão Economia - Ecologia; 2.3 A Proteção do Meio Ambiente na Sociedade de Risco: uma resposta criativa; Capítulo III - 3 A Democracia e O Paradigma Sustentável; 3.1 Economia, Sociedade e Direito Ambiental: conflito, conforto e convívio; 3.2 Capitalismo Sustentável?; 3.3 Ecologia Humana: uma questão de respeito; 3.4 Por uma Constituição Ambiental; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** As escolhas foram feitas e as decisões tomadas. Agora a sociedade assume riscos invisíveis e irreversíveis. O homem pós-moderno precisa encontrar respostas criativas e adequadas à complexidade do sistema capitalista, suas consequências e armadilhas. A crise ambiental apresenta-se como problema chave e ao mesmo tempo motivacional para uma mudança de paradigma. A ideia de um Estado de Direito Ambiental surge a partir das necessidades da sociedade de risco e da certeza de que o futuro da vida humana somente será possível com uma gestão preventiva, sustentável e solidária. O objetivo do presente trabalho é investigar os obstáculos e as novas possibilidades da sociedade de risco frente à crise ambiental e as questões trazidas pelo capitalismo. O desafio está posto e as próximas decisões devem estar de acordo com a complexidade que define a ecologia humana.

**PALAVRAS-CHAVES:** Crise Ambiental. Sociedade de Risco. Estado de Direito Ambiental. Ecologia Humana.

**ABSTRACT:** The choices were made and decisions taken. Now society assumes invisible and irreversible risks. The post-modern man needs to find creative and appropriate responses to the complexity of the capitalist system, its consequences and pitfalls. The environmental crisis is presented as a key issue and motivational at the same time for a paradigm shift. The idea of an Environmental Rule of Law arises from the needs of the risk society and make sure that the future of human life is only possible with a preventative, sustainable and supportive management. Under the light of such facts, this paper intends to investigate the obstacles and new opportunities facing the environmental crisis and issues brought by capitalism. The challenge is laid, and the next decisions should be in accordance with the complexity that defines human ecology.

**KEYWORDS:** environmental crisis, risk society, Environmental Rule of Law, human ecology.



## INTRODUÇÃO

O assunto “crise ambiental” é recorrente e não se trata apenas de mais um tema, na falta de outros... Desde a década de 70, o homem passou a se preocupar com as repercussões da Revolução Industrial e como a sociedade tecnológica e globalizada enfrentaria as consequências do uso dos recursos naturais. Filósofos, sociólogos, juristas, ambientalistas, todos manifestam sua preocupação e estudam uma saída para a preservação do meio ambiente, considerando a presente e as futuras gerações.

Trata-se, antes de mais nada, de um “insight” (ou vários) que possibilite a reflexão sobre o valor da natureza e o que ela representa para o homem.

Seguindo o caminho dos filósofos, juristas e sociólogos contemporâneos, a tentativa é apresentar uma monografia que exponha a complexidade do pensamento ecológico e as repercussões para a relação homem x natureza, a fim de apontar uma saída para os problemas ambientais, numa sociedade que se apresenta como democrática, solidária e capitalista.

A apresentação da composição da atividade econômica e do bem estar com a proteção dos recursos ambientais no ordenamento jurídico (Constituição, decisões judiciais, normas infraconstitucionais) é uma demonstração, pela linguagem jurídica, de que o homem está consciente desse conflito e de que é possível uma solução responsável.

A escolha para a partida inicial é o valor (econômico, jurídico, cultural?) atribuído à natureza, e de como essa valoração interfere na inter-relação: ecologia x sociedade.

Assim, a primeira parte da monografia ater-se-á à tensão existente entre os valores ecológicos e antropológicos, de modo que o Capítulo I sintetizará a relação entre natureza, economia e direito dentro do contexto constitucional disposto na realidade brasileira, além de evocar a importância do princípio da precaução, base do Direito Ambiental.

A reflexão concentra-se, ainda, na teoria do pensamento complexo (re)pensado por Edgar Morin<sup>1</sup>, na tentativa de evidenciar a importância da interdisciplinariedade do conhecimento, especialmente quando o assunto é responsabilidade ambiental.

A teoria do sociólogo alemão Ulrich Beck<sup>2</sup> sobre a sociedade de risco e os seus ensinamentos sobre o que denomina de Segunda Modernidade norteará o Capítulo II A crise do capitalismo e como a sociedade brasileira se prepara para um futuro de riscos previsíveis, irreversíveis e globais é o fundamento para se repensar os consagrados

1 MORIN, Edgar. *O método 5: a humanidade da humanidade*. Porto Alegre: Sulina, 2005. p. 13.

2 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 39.

valores antropológicos (o que inclui a responsabilidade pelas escolhas causadoras de danos).

Ao reconhecer a existência de uma sociedade secularizada e insegura, dividida entre os interesses econômicos, o bem-estar social e a necessidade de um equilíbrio entre as forças naturais do planeta, esse Capítulo abordará também o aspecto jurídico, retratando, inclusive, o descompasso entre a proteção constitucional brasileira e a prática legislativa e jurisprudencial.

Por fim, no Capítulo III, os aspectos incompatíveis do capitalismo com o princípio da precaução e as contradições na relação que o homem pretende manter, sem abrir mão do conforto e dos prazeres que o próprio sistema capitalista é capaz de proporcionar.

Se é certo que houve a escolha, ainda em 1988, por uma Constituição com o objetivo fundamental de garantir o desenvolvimento nacional e construir uma sociedade solidária, também é fato que a sustentabilidade é princípio fundamental, o que demonstra a opção constitucional brasileira por um equilíbrio entre natureza, trabalho e capital, à luz do princípio-essência da dignidade da pessoa humana. No entanto, a “fórmula” criada para combinar desenvolvimento econômico sustentável com bem-estar social não se mostra suficiente para conter os problemas ambientais, ou mesmo para garantir um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

A mudança precisa chegar, por isso a certeza de que somente um novo paradigma trará os verdadeiros parâmetros para uma relação natureza-sociedade e que, para isso acontecer, o homem deve saber que a “questão ecológica não se limita aos problemas de diferentes ecossistemas separados”<sup>3</sup>, pois o pensamento ecológico é multidimensional e complexa mesmo é a ecologia humana.

## CAPÍTULO I

### 1 A NATUREZA NO MUNDO DO DEVER SER

Um “dever ser”<sup>4</sup> há de ser formulado somente em vista de um ser, de modo que elementos do mundo do ser sejam tomados para si, pois é essa ideia de conhecimento como articulação de uma pré-compreensão que faz com que a norma seja formulada, tendo em vista um determinado estado da realidade social que ela pretende reforçar ou modificar.

A compreensão de que a razão de todo o direito é uma estabilidade mantida dentro dos limites de variação previsível dos comportamentos

3 PENA-VEGA, Alfredo. *O Despertar Ecológico*: Edgar Morin e a ecologia complexa. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2005. p. 75.

4 KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 66.

da civilização contemporânea traz à indagação: o que se considera como “variação previsível”, e, mais, como tratar as consequências das decisões que são tomadas com o risco calculado?<sup>5</sup>

Se o direito, como agir em sociedade por meio de seu código próprio, é uma verbalização dos elementos constitutivos dessa sociedade e de suas expectativas<sup>5</sup>, a necessidade de ordem está vinculada à organização (em seus campos culturais, econômicos e políticos) e é por isso que a norma foi estabelecida como um dos signos, freando a ação humana ao argumento de paz social.

André Toledo Porto Alves, em excelente dissertação de Mestrado, afirma que “o nivelamento do ser ao dever é a própria ocupação do ser pelo ente, é a negação da possibilidade em geral, ou seja, a possibilidade do próprio ser está retida na possibilidade única do dever-ser, a linguagem da ordem<sup>6</sup>.”

Com isso e neste Capítulo, o que se pretende demonstrar é que ao incorporar a natureza à ordem jurídica (dever-ser), diante da necessidade de controle em relação ao seu uso (recurso), o homem se (inter) relaciona com ela, atribui-lhe um valor.

### 1.1 Natureza: qual o seu valor?

Em artigo publicado no dia 28 de fevereiro de 2004, para o Jornal “Estado de São Paulo”, o jurista Miguel Reale afirmou que o “ecológico não é um valor absoluto, porquanto a preservação do meio ambiente é exercida em função da vida humana”. Embora concorde que o balanceamento de valores, fruto dos novos estudos da Axiologia, deve ser sempre efetuado, entende o autor que isso deve ocorrer de tal modo que o valor ecológico não se sobreponha ao valor fonte da dignidade da pessoa humana.

Com suas declarações, a despeito de se referir ao “balanceamento de valores”, certo é que para Miguel Reale, não há ponderação, simplesmente porque ao seu entender, há uma hierarquia de valores pré compreendida: de um lado a superioridade da pessoa humana e de outro, a subordinação do valor ecológico. Para ele, o homem é o sujeito dessa confusa relação e a Constituição Federal do Brasil não “revoga” a visão antropocentrista, clássica das religiões ocidentais.<sup>7</sup>

De fato, o artigo publicado 16 anos após a promulgação da Constituição Federal Brasileira causou espanto e rendeu respostas

<sup>5</sup> DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 30.

<sup>6</sup> ALVES, André Toledo Porto. *Verdade e Liberdade: ser, dever-ser e poder-ser*. 2013. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. p. 40.

<sup>7</sup> GOLDEMBERG, José. *Proteger o homem ou o ambiente?* Estado de São Paulo, São Paulo, 23. março. 2004. Espaço Aberto.

contestatórias ao jurista, como a do Procurador de Justiça, Daniel R. Fink (2004), ao afirmar que o futuro depende da mudança de paradigma, em favor do biocentrismo e que a postura do Poder Público não pode ser imediatista, com a “utilização de mecanismos pseudodemocráticos, disfarçando suas decisões com uma legislação inexistente”.

A consolidação do valor “absoluto” do meio ambiente ecologicamente equilibrado, no território brasileiro, ocorreu ainda em 1988, com a publicação do artigo 225 da Constituição Federal e sobre isso não há discussão. Ainda bem. No entanto, para além da consagração ao direito do equilíbrio ecológico nas presentes e futuras gerações (no mundo do dever ser), há o valor que cada qual atribui à natureza e sem uma mudança de perspectiva, mesmo o artigo 225 da Constituição Federal apresentar-se-á como um conceito vago e sem sentido (imediato).

De acordo com o pensamento heideggeriano, “[...] os valores valem. No entanto, essa validade faz-nos lembrar em demasia o que vale para um sujeito”<sup>8</sup>, e com esse conceito, há de se criticar a compreensão de que a proteção jurídica do meio ambiente no direito brasileiro, sendo do tipo antropocêntrica alargada, garante os direitos ecológicos intergeracionais, porquanto “busca a preservação da capacidade funcional do patrimônio natural, com ideais éticos de colaboração e interação”<sup>9</sup>.

Se no antropocentrismo alargado há a preocupação com o meio ambiente, inclusive ao admitir a função ecológica da propriedade, o fato é que a motivação para a alteração da visão (do antropocentrismo ao antropocentrismo ‘alargado’) permanece nos interesses humanos de conforto e de dar continuidade ao desenvolvimento socioeconômico já iniciado.

Os arts. 170, VI, e 186, II, da Constituição brasileira, inserem-se nessa linha de pensamento de alteração radical do paradigma clássico da exploração econômica dos chamados bens ambientais. Com novo perfil, o regime da propriedade passa do direito pleno de explorar, respeitado o direito dos vizinhos, para o direito de explorar, só e quando respeitados a saúde humana e os processos e funções ecológicas essenciais<sup>10</sup>.

Passada a Primeira Modernidade, compreendida como “sociedades produtivas capitalistas que se definem essencialmente pelo mercado”<sup>11</sup>, o tempo é da sociedade mundial “que se reproduz primariamente com base

8 HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Metafísica*. Instituto Piaget: Lisboa, 1987. p. 215.

9 LEITE, José Rubens Morato. AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 49.

10 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 19.

11 BECK, Ulrich. *Liberdade ou Capitalismo*. São Paulo: Editora UNESP, 2003. p. 118. p. 22.

no código econômico”<sup>12</sup>. O sistema permanece sendo o capitalista, mas, agora, as trocas com o mercado é além fronteiras e a crise ambiental também.

Sob esse contexto, a atribuição de valor (absoluto ou não) à natureza, ao inserir a proteção do meio ambiente no texto constitucional, decorre da necessidade de acompanhamento da sociedade ao novo código econômico (globalizado), da reorganização social, das consequências produzidas pela Primeira Modernidade, ainda que de forma tímida, incipiente.

Se a motivação para que haja uma mudança de valores com relação à natureza segue com o viés econômico, não se equivoca Miguel Reale quando afirma que o homem é o “único ser vivo que tem consciência do que é e do que deve ser.”<sup>13</sup>

O homem pode saber o que quer e por onde continuar, mas enquanto seu olhar estiver dirigido às vantagens produtivas<sup>14</sup>, assumirá o risco de efeitos inesperados e, se as vantagens materiais fizeram parte do plano de risco da sociedade mundial, a responsabilidade por esses efeitos deverá ser também dividida - independentemente de valoração.

Não haverá verdadeira resposta à crise ecológica a não ser em escala planetária e com a condição de que se opere uma autêntica revolução política, social e cultural reorientando os objetivos da produção de bens materiais e imateriais. Essa revolução deverá concernir, portanto, não só às relações de forças visíveis em grande escala, mas também aos domínios moleculares de sensibilidade, inteligência e de desejo.<sup>15</sup>

## 1.2 Valores ecológicos na sociedade Brasileira

A pergunta sobre a origem da crise ecológica é respondida com a ideia que a sociedade contemporânea sabe que foi a Revolução Industrial que iniciou o processo de utilização desregrada dos recursos naturais e, nesse sentido, Rodrigo Andreotti Mussetti<sup>16</sup> descreve bem as considerações da racionalidade moderna:

“Com o advento da era industrial, a racionalidade moderna considerou o meio ambiente como um reservatório inesgotável e/ou um depósito de lixo, transformando-o em mercadoria para o consumo e fazendo o homem mera força de trabalho a ser vendida no mercado.

12 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 218.

13 REALE, Miguel. *Em defesa dos valores humanísticos*. Estado de São Paulo, São Paulo, 13. março. 2004. Espaço Aberto.

14 BECK, op. cit., p. 73.

15 GUATTARI, Felix. *As Três Ecologias*. 9. ed. Campinas: Papirus, 1999. p. 9.

16 MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Uma reflexão sobre a ecologia humana. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 19, n.1, p. 131-140, 2003. p. 133.

O valor do meio ambiente apenas como uso fazia parte da visão antropocêntrica, onde o desenvolvimento econômico estava atrelado ao aproveitamento dos recursos possíveis, cujos benefícios deveriam ser destinados, exclusivamente, ao homem.

[...] fórmula estritamente antropocêntrica, espécie de componente mais amplo da vida e dignidade humanas; só mais tarde, componentes biocêntricos são borrifados no texto constitucional ou na leitura que deles se faça; nesse último caso, pelo menos, mitigando a vinculação normativa exclusiva a interesses de cunho estritamente utilitarista<sup>17</sup>.

O meio ambiente passou a integrar o mundo jurídico como um valor autônomo somente em meados do século XX<sup>18</sup>, de sorte que tal proteção normativa decorria inicialmente de interesses econômicos ou utilitários, ligados à propriedade ou ao direito de vizinhança, desconsiderando, até então, uma visão pansemiótica<sup>19, 20</sup> de tais fatores com o meio ambiente. Também no início do século XX, iniciou-se a investigação, no campo da semiótica, dos signos e as mútuas relações entre os organismos e o meio ambiente, surgindo a Ecossemiótica com o objetivo de auxiliar na crise ecológica.

Na interação semiótica, o indivíduo não mais experimenta os objetos de seu meio ambiente na sua imediaticidade, mas os interpreta em relação a algo terceiro, um “significado” que remete a algo além do ambiente imediato, um fim, um objetivo, uma regularidade.<sup>21</sup>

A mudança nas motivações que circundavam a necessidade de inclusão dos valores ecológicos no mundo do *dever ser* ocorreu quando o mundo deparou-se com situações emergenciais ou catastróficas, acontecidas e não previstas; só então passou a valorar o meio ambiente equilibrado como elemento essencial à sobrevivência da espécie humana.

Há concordância com a análise de Enrique Leff<sup>22</sup>, quando afirma que “a mudança civilizatória anunciada pela crise ambiental nos anos 1960 coincide com uma mudança epistêmica no campo da filosofia, da ciência e do saber”. A compreensão de que a irresponsabilidade ilimitada para com a utilização dos recursos naturais tinha um preço foi possível

17 BENJAMIN, op. cit., p. 9.

18 Considera-se aqui a percepção de que o meio ambiente pode ser utilizado para além da sobrevivência, já introduzindo o conceito de racionalidade moderna mencionado por Rodrigo Musetti, porque antes do século XX, já havia a compreensão do bem “meio ambiente”, mas interligado à proteção à vida.

19 Mesmo no campo de estudo dos signos, é possível identificar o surgimento da Ecossemiótica, a partir da inclusão de “uma visão pansemiótica do mundo que também permite considerar o mundo ecológico sob perspectivas semióticas”. (NOTH, 2005. p. 229)

20 NOTH, Winfried. *A Semiótica no século XX*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2005.

21 NOTH, op. cit., p. 236.

22 LEFF, Enrique. *Aventuras da Epistemologia Ambiental*. São Paulo: Cortez, 2012. p. 13.

após a passagem do estruturalismo para o pensamento complexo e a filosofia da pós-modernidade.

Crise instalada, o Brasil não ficou de fora e começou a trilhar os passos dos países europeus, na tentativa, ainda que mitigada, de minimizar os efeitos do desenvolvimento econômico até então estimulado.

Em relação ao Direito Ambiental brasileiro, na Constituição Federal de 1967, o pensamento ecológico era simples, mas já havia a preocupação com a utilização da terra, de modo que o incentivo financeiro do Poder Público às propriedades privadas dependia de prévio estudo e do uso adequado do solo:

Lembra Diogo de Figueiredo Moreira Neto, um dos pioneiros do Direito Ambiental brasileiro, que a Constituição de 1967 referia-se à ecologia apenas uma vez, ao dispor, no art. 172, sobre a obrigatoriedade de 'prévio levantamento ecológico' de terras sujeitas a intempéries e calamidades, no mesmo dispositivo também vedando ao proprietário de terras o fomento público, com incentivos e auxílio, quando inadequado o uso que dela fizesse<sup>23</sup>.

Quanto ao enfoque do valor ecológico no Direito brasileiro, Gilson Dipp<sup>24</sup>, afirma que por feliz coincidência, do ponto de vista normativo - ou melhor, constitucional, o Superior Tribunal de Justiça e o meio ambiente guardam como marco divisor a proclamação da Carta Política de 1988 (BRASIL). No entanto, é certo que o Brasil apenas seguiu o exemplo de países como Grécia e Espanha, os quais instauraram o regime constitucional pós-industrial e "importou parte significativa do que se vê no texto constitucional em resposta à crescente demanda política interna de melhor proteção do ambiente, mas também por razões de conveniência (se é possível copiar, para que inventar?)"<sup>25</sup>.

A inspiração brasileira guarda correlação direta com a tutela dos interesses difusos, que foi largamente defendida na Declaração sobre o Ambiente Humano, realizada na Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em 1972. Com a edição do texto constitucional de 1988 (BRASIL), através de seus artigos consagradores da proteção ambiental, e pela própria legitimação conferida ao cidadão e ao Ministério Público (ação popular e ação civil pública)<sup>26</sup>, o constituinte pretendeu salvaguardar um meio ambiente saudável, equilibrado e íntegro, a bem da coletividade nacional, ao tempo em que o correlacionou com os demais

<sup>23</sup> BENJAMIN, op. cit., p. 39.

<sup>24</sup> DIPP, Gilson. *O meio ambiente na visão do STJ. Cidadania e Justiça, Brasília*, p. 6-25, 2º semestre, 2000. p. 7-8.

<sup>25</sup> BENJAMIN, op. cit., p. 37.

<sup>26</sup> As funções do Ministério Público estão definidas no art. 129, que em seu inciso III inclui: "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos". (BRASIL, 1988)

bens jurídicos presentes na Constituição, a partir de um desdobramento do art. 3º da Constituição Federal<sup>27</sup> (BRASIL), devendo ser revelado na atuação privada e estatal com a mesma prioridade das demais normas constitucionais.

Seguindo essa linha de raciocínio, é certo que a Constituição Federal Brasileira tentou compatibilizar o objetivo de desenvolvimento nacional (econômico) com a política de bem-estar e de uma vida sadia e equilibrada para a presente e futuras gerações; uma tarefa difícil e que coloca à vista a contradição de valores entre o meio ambiente ecologicamente equilibrado e o valor econômico da matéria-prima natural.

Para alguns autores, a natureza permanece sendo o primeiro valor da economia; a primeira apropriação, base de qualquer transformação<sup>28</sup>. Desta forma, integra necessariamente o processo produtivo econômico, compondo o aumento e diminuição de riqueza de uma determinada sociedade, muito embora, bens e trabalho (que são colocados à disposição pela natureza), sejam tratados como bens não produzíveis, mas passíveis de utilização. Assim, é compreensível que a opção do Constituinte, em 1988, tenha sido por um regime dualista, a fim de garantir bem-estar e desenvolvimento econômico, mas tal modelo não mais se sustenta:

Assim nasce o Estado, ou mais precisamente o poder de mando na sociedade, cujas justificativas variam ao sabor das correntes filosóficas, mas que, sem dúvida, há de ter raízes na humanista corrente liberal rousseauiana de que seu objetivo é o de manter o modo paradisíaco da vida em grupo, traduzido modernamente nas teorias que consagram os fins atuais do Estado no dualismo: *bem-estar* e *desenvolvimento econômico*. O Estado é, por conseguinte, um dos agentes de satisfação das necessidades humanas, ou seja, são os homens congregados coletivamente, desenvolvendo um esforço para atender as necessidades decorrentes da vida em sociedade, ou da sua *convivência*.<sup>29</sup>

Os valores ecológicos na sociedade brasileira foram incluídos no texto constitucional sob uma perspectiva simplista de resolver a crise ambiental que se apresentou ao mundo na Década de 70, mas sem abrir mão do desenvolvimento econômico no modelo capitalista, instituído na forma de objetivo fundamental nacional.

Economia e responsabilidade ambiental, antes separados entre *o mundo do ser e do dever ser*, agora estão imbricados, na perspectiva de

27 Neste sentido, a referência é ao objetivo fundamental de “garantir o desenvolvimento nacional”, disposto no inciso II do art. 3º da Constituição Federal de 1988. (BRASIL)

28 DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 121.

29 BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 5.



um Estado que ampare o desenvolvimento “sustentável” ao lado do bem estar social, na busca de um equilíbrio constitucional encontrado para uma relação entre natureza, trabalho e capital.

O cenário que se apresenta 25 anos após a publicação da Constituição Federal Brasileira é outro: “[...] limite do crescimento econômico e populacional; limite dos desequilíbrios ecológicos e das capacidades de sustentação da vida; limite da pobreza e da desigualdade social. Mas também crise do pensamento ocidental”<sup>30</sup>.

A economia não deve estar à parte da racionalidade ambiental e ao conceito de bem estar socioambiental. Não há verdadeiro progresso com deterioração da qualidade de vida, e será ilusório qualquer desenvolvimento à custa da degradação ecológica (NUSDEO, 1975, p. 94).

Vanguardista no assunto “saber ambiental”, Enrique Leff<sup>31</sup> ensina que, enquanto o raciocínio capitalista trabalha em um círculo fechado de revalorização do próprio capital, omitindo “efeitos destrutivos sobre os recursos naturais”, “a racionalidade ecotecnológica implica avaliação e construção de uma tecnoestrutura mais estável e multifuncional para o manejo integrado dos recursos, orientada a um desenvolvimento sustentado e não acumulativo.”

Responsabilidade ambiental e desenvolvimento sustentável não se restringem aos aspectos da natureza física e não se resolvem exclusivamente por soluções tecnológicas. Equilíbrio ambiental tem a ver com a própria concepção constitucional de Estado de Direito. Tem a ver com a representatividade e a participação democrática; tem a ver com redução das desigualdades sociais e regionais; com a soberania; com a função socioambiental da propriedade.

### 1.3 A Complexidade do pensamento ecológico

Também nos anos de 1970, ao tempo em que o tema “crise ecológica” era assunto, surgiu um sociólogo francês com o claro objetivo de criticar o *slogan* de que “pensar é simplificar o real”<sup>32</sup>: era Edgar Morin e a ideia do pensamento complexo. Em ecologia, não há outra forma de pensar e por esse motivo que o atual paradigma do homem se relacionar com a natureza está posto à prova.

Popper<sup>33</sup> afirma que a fonte mais importante do conhecimento (à parte do conhecimento inato) é a tradição, de modo que somente com as novas vivências e experiências poderemos progredir – desde que o avanço aconteça com a reflexão dos conhecimentos anteriores. De fato,

30 LEFF, Enrique. *Epistemologia Ambiental*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010. p. 191.

31 *Ibid.*, p. 95.

32 PENA-VEGA, op. cit., p. 10.

33 POPPER, Karl. *Textos escolhidos*. Organização e tradução David Miller. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010. p.53

sem as experiências que levaram o homem até a sociedade mundial de hoje, não seria possível a reflexão para mais essa quebra de paradigma, o que Ulrich Beck<sup>34</sup> chama de virada radical para a modernização reflexiva.

O acolhimento do modo de pensar complexo iniciado por Edgar Morin<sup>35</sup> é o ponto de partida para o surgimento de um novo paradigma constitucional que influenciará na leitura dos direitos precedentes, mas apenas em termos de ressignificação, decorrente do movimento natural e humano de conhecer e avançar.

De acordo com Morin<sup>36</sup>, “os princípios de disjunção, redução e de abstração” que constituem o que ele chama de ‘paradigma da simplificação’ foram propulsores do progresso científico e industrial (base para o pensamento ocidental capitalista até o século XX), quando então começaram a surgir as consequências nocivas das decisões tomadas pela mesma sociedade simplista e progressista. Para o sociólogo francês, “a antiga patologia do pensamento dava uma vida independente aos mitos e aos deuses que criava. A patologia moderna da mente está na hipersimplificação que não deixa ver a complexidade do real”<sup>37</sup>.

O pensamento complexo está diretamente ligado à “irradiação interdisciplinar”<sup>38</sup>, de modo que ele não é a solução para todas as questões ligadas aos problemas ambientais, por exemplo, mas a indicação de que existem diversos caminhos e que eles se cruzam, por vezes se complementam, e somente com a ideia do todo será possível “civilizar nosso conhecimento”<sup>39</sup>.

Quanto à complexidade do pensamento ecológico, a necessidade de apresentar novas formas de se relacionar com natureza, com o outro e com os problemas da sociedade de risco (tema que será tratado no próximo capítulo), para além do esquema linear: progresso científico-crescimento- desenvolvimento - bem-estar humano<sup>40</sup>.

Não se trata aqui de defender a ecologia profunda<sup>41</sup>, ou mesmo de reduzir “a ordem social a um sistema ecológico e a construir uma sociedade ecológica”<sup>42</sup>, ao revés, trata-se de provocar a reflexão para uma possível reorganização do conhecimento.

Meio ambiente e mundo interior formam um círculo hermenêutico ecológico, pois o mundo interior já contém – como diríamos hoje

34 BECK, op. cit., p. 369.

35 MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2011.

36 Ibid., p. 11.

37 Ibid., p. 15.

38 NOTH, Winfried. *A Semiótica no século XX*. 3 ed. São Paulo: Annablume, 2005. p. 230.

39 MORIN, op. cit., p. 16.

40 PENA-VEGA, op. cit., p. 37.

41 Sobre a crítica à ecologia profunda, ver Luc Ferry (2009) em “A nova ordem Ecológica: a árvore, o animal, o homem”.

42 LEFF, op. cit., p.110

- um modelo cognitivo do meio ambiente subjetivo e é, não somente “percebido” pelo indivíduo, mas também “construído” por ele.<sup>43</sup>

O Direito Ambiental, enquanto parte de um estudo necessário para auxiliar na valoração do meio ambiente dentro do sistema normativo, não alcançará seu propósito se analisado dentro de um círculo fechado, mesmo porque “toda valorização, inclusive a da natureza, é dada pelo homem e conseqüentemente toda ética normativa é de alguma maneira humanista e antropocentrista.”<sup>44</sup>

Nesse sentido, a decisão de inclusão de artigos e/ou preposições jurídicas nos textos normativos continuará sendo tomada pelo homem - é ele o sujeito dos direitos e dos deveres - de forma que a aceitação do ‘pensar a ecologia de forma complexa’ faz parte do processo/progresso do conhecimento, o que alteraria, sobremaneira, a discussão e a votação das leis ambientais. Em que pese a dedicação do texto constitucional brasileiro acerca das questões socioambientais, a “ética normativa” permanece mesmo antropocentrista, além de linear e simples, muito simples.

Mariana Cirne<sup>45</sup> expressa muito bem as contradições entre as prerrogativas constitucionais e a prática legislativa: “O processo de construção da história discursiva do princípio da defesa do meio ambiente parece demonstrar toda essa complexidade do Direito Constitucional, ao mesmo tempo em que deixa ver também a sua fragilidade.”

A complexidade do pensamento ecológico introduz, pois, a ideia de que o mais importante não é o conhecimento adquirido, ou a certeza sobre o assunto, “mas a diversidade e a multiplicidade de conhecimentos” que os princípios organizadores podem trazer.<sup>46</sup>

Discutir Direito Ambiental não se resume à inclusão de dispositivos normativos em textos infra e/ou constitucionais; antes de discutir a questão ambiental, ou mesmo a crise ecológica atual e o impacto dos atos humanos que a sociedade está disposta a assumir, é necessária a compreensão de que não há um padrão a seguir e que a solução para a crise não está, apenas, em cumprir a legislação ambiental.

A complexidade ambiental é pensada como a construção social que emerge da reflexão (a intervenção, o efeito, o impacto) do conhecimento sobre o real e sobre a natureza, para além da visão objetiva das ciências da complexidade e da visão ecologista do pensamento complexo<sup>47</sup>.

43 NOTH, op. cit., p. 238.

44 FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica: a árvore, o animal e o homem*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009. p. 223.

45 CIRNE, Mariana Barbosa. Pousio: o que é e quais são seus possíveis reflexos nas questões ambientais. *Revista Veredas do Direito*, prelo. p. 20.

46 PENA-VEGA, op. cit., p. 35.

47 LEFF, op. cit., p. 19.

Há, na verdade um (pseudo)consenso entre os atores sociais e o discurso legislativo, mas na prática o que se mostra são interesses conflitantes, natural em um sistema socioeconômico globalizado e complexo. Nesse sentido, o pensamento complexo revela as contradições que fazem parte das relações sociais, a partir de uma análise crítica e real, permitindo uma nova forma de lidar com a crise.

A solução (criativa) a ser encontrada, segundo o próprio Morin<sup>48</sup>, “não destrói as alternativas clássicas”, corroborando o fato de que a tradição não é a forma, mas uma forma de transmitir e da modernidade dialogar com os velhos costumes. As escolhas do passado devem servir como referência, com heranças aproveitáveis dentro do contexto em que aceitar o pensamento complexo implica em não acreditar que existe somente uma saída.

#### 1.4 O princípio da precaução: por onde começamos?

Como é possível que as ameaças e riscos sistematicamente coproduzidos no processo tardio de modernização sejam evitados, minimizados, dramatizados, canalizados e, quando vindos à luz sob a forma de “efeitos colaterais latentes”, isolados e redistribuídos de modo tal que não comprometam o processo de modernização e nem as fronteiras do que é (ecológica, medicinal, psicológica ou socialmente aceitável?).<sup>49</sup> )

Com a opção por um meio ambiente do bem estar, a Constituição Federal (BRASIL) abordou o tema dos valores ecológicos sob uma perspectiva de ordem social, apresentando o meio ambiente como um direito fundamental, descrevendo um dever do Estado e da coletividade, em conformidade com o princípio da cooperação e prescrevendo normas impositivas de conduta, com o objetivo de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No contexto dos dispositivos constitucionais, dois princípios são a chave para o pensamento ecológico brasileiro que ora se propõe: o princípio de precaução e o princípio da solidariedade. Os dois estão interligados, muito embora não haja, expressamente, referência no texto constitucional brasileiro.

É a efetivação da solidariedade que expõe a prática dos objetivos do Estado de Bem Estar Social. Constituições de alguns países europeus incluíram o princípio da solidariedade, tal qual a Constituição Portuguesa, em seu artigo 66, 2, d<sup>50</sup>:

48 MORIN, op. cit., p. 53.

49 BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011. p. 24.

50 OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. *O Estado Constitucional Solidarista: concretização constitucional e o pensamento solidarista*. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2008. p. 63.

Para assegurar o direito ao ambiente, no quadro de um desenvolvimento sustentável, incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e com o envolvimento e a participação dos cidadãos: Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica, com respeito pelo princípio da solidariedade entre gerações.

O princípio da precaução, enquanto substituto da lógica da compensação foi acolhido pela humanidade<sup>51</sup>, desde a percepção de que os riscos são produzidos conscientemente e como já é possível antecipá-los, a inibição da atividade que já se sabe perigosa é um caminho simples e com alto poder de resolutividade. No entanto, a ligação com o princípio da solidariedade é inevitável e o próprio ponto de partida para o princípio da precaução “acontecer”.

É um paradoxo, mas o fundamento que fixa a sociedade descrita por Ulrich Beck com a expressão “individualismo institucionalizado”<sup>52</sup> e por isso endereçada ao indivíduo e não ao grupo é o início para a transformação e o estado (ou Estado) solidarista. Com o fundamento solidarista, o homem possui deveres sociais, compatíveis com o seu direito de liberdade e a responsabilidade que decorre do exercício desse direito.

Valdir Ferreira de Oliveira Júnior<sup>53</sup> (2008, p. 67) compreende que “estamos em época de transição na qual o fundamento individualista de limitação ao poder é substituído pouco a pouco pelo fundamento solidarista” e ele tem razão – enquanto objetivo fundamental da Constituição Brasileira, art. 3º, I, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, muito embora a solidariedade não apareça, concretamente, em nenhum outro dispositivo constitucional, é de fato a saída para uma mudança de paradigma.

Estado Solidarista<sup>54</sup> e Estado Ambiental<sup>55</sup> são algumas sugestões para alteração do paradigma atual e em qualquer um deles, a solidariedade é o próprio fundamento constitucional, sendo que no caso do Estado Ambiental, a solidariedade entre as gerações, com a obrigação das gerações presentes incluírem as estratégias e ações para preservar os interesses das futuras gerações. Neste caso, para além do princípio da precaução (integrante, de certa forma, do fundamento maior que é a solidariedade), a preocupação não é apenas com as decisões tomadas no presente, mas com as gerações futuras - uma questão de respeito com o outro.

51 BECK, 2011, p. 364.

52 BECK, 2003, p. 68.

53 OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit., p. 67.

54 OLIVEIRA JÚNIOR, op. cit.

55 CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

Considerando que os direitos subjetivos originados pelos direitos fundamentais são a positivação dos direitos humanos, afirma-se que o status de direito humano é conferido ao direito subjetivo de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, posto que revela as principais características básicas dos direitos fundamentais; são essenciais, pois se mantêm independentemente da cronologia do tempo ou da geografia do lugar, representando a imutabilidade dos valores humanos; são inalienáveis. Nesse sentido, interessante o posicionamento do STJ, ao ressaltar a relevância dos princípios da precaução e solidariedade, além de mencionar a função ecológica da propriedade:

Inexiste direito adquirido a poluir ou degradar o meio ambiente. O tempo é incapaz de curar ilegalidades ambientais de natureza permanente, pois parte dos sujeitos tutelados as gerações futuras carece de voz e de representantes que falem ou se omitam em seu nome. Décadas de uso ilícito da propriedade rural não dão salvo-conduto ao proprietário ou posseiro para a continuidade de atos proibidos ou tornam legais práticas vedadas pelo legislador, sobretudo no âmbito de direitos indisponíveis, que a todos aproveita, inclusive às gerações futuras, como é o caso da proteção do meio ambiente. As APPs e a Reserva Legal justificam-se onde há vegetação nativa remanescente, mas com maior razão onde, em consequência de desmatamento ilegal, a flora local já não existe, embora devesse existir. Os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação propter rem, isto é, aderem ao título de domínio ou posse. Precedentes do STJ<sup>56</sup>.

Para sair da teoria, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem demonstrado vanguardismo em matéria de Direito Ambiental, sinalizando um caminho para a alteração de posturas secularizadas, onde o direito de propriedade e o capital parecem ter um significado maior. No julgado supracitado, a referência ao princípio de cooperação e a intolerância com a degradação do meio ambiente demonstram o comprometimento da Corte com a precaução e com um 'Estado Ambiental' que supera o cumprimento da lei.

A passagem para um novo paradigma constitucional não se revela uma questão de ideologia, muito embora apresente problemas, como a dificuldade de "consenso ecológico da sociedade [...] já que, num exame mais detido, as concepções individuais quanto à amplitude necessária e à configuração concreta da proteção do meio ambiente divergem amplamente" (KLOEPFER, 2008).

Por outro lado, é certo que a humanidade já iniciou a avaliação de desenvolvimentos futuros e suas repercussões políticas, jurídicas, sociais.

56 STJ, REsp 948.921/SP, voto do Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 23-10-2007, Plenário, DJ de 11-11-2009.

A mudança de atitude começa, então, com a preocupação do homem com suas ações e as consequências advindas, de modo que o ponto de partida para agir com precaução é mesmo definir a solidariedade como objetivo. O meio ambiente ecologicamente equilibrado já é um bem jurídico constitucionalmente protegido e em uma sociedade em que o valor supremo é a dignidade da pessoa humana, contudo, a defesa de um “saber ambiental”<sup>57</sup> inclui, ainda, a preocupação com outros aspectos da vida humana, fato que somente a absorção do ideal solidarista ou um estado solidarista seria capaz de apreender.

Problemas ambientais não são problemas do meio ambiente, mas problemas completamente- na origem e nos resultados- sociais, problemas do ser humano, de sua história, de suas condições de vida, de sua relação com o mundo e com a realidade, de sua constituição econômica, cultural e política.<sup>58</sup>

Seguindo as orientações dadas acerca dos direitos fundamentais, impõe-se assegurar que a natureza jurídica do direito subjetivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado apresentado no artigo 225 da Constituição Federal é um direito fundamental, a despeito de encontrar-se afastado do conjunto elencado no artigo 5º da Constituição Federal, dado o sentido material que tem as normas de direitos fundamentais, representado pelo consentimento das forças reais de poder e portanto, legítimas.

Nos dizeres de Edvaldo Brito, aspirações da sociedade, que configuram elementos clássicos da Teoria da Constituição, convivem com esses valores e com os que se apelidam de modernos, mas que consistem em direitos fundamentais que são versões daqueles valores<sup>59</sup>. Não seria demais acrescentar, então, um princípio de extrema importância para o começo da aplicação de ações preventivas, este sim, já utilizado no Superior Tribunal de Justiça e base para um novo paradigma constitucional- o princípio *in dubio pro natura*:

ADMINISTRATIVO. AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DESMATAMENTO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE (MATA CILIAR). DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE. BIOMA DO CERRADO. ARTS. 4º, VII, E 14, § 1º, DA LEI 6.938/1981, E ART. 3º DA LEI 7.347/1985. PRINCÍPIOS DO POLUIDOR-PAGADOR E DA REPARAÇÃO INTEGRAL. REDUCTIO AD PRISTINUM STATUM. FUNÇÃO DE PREVENÇÃO ESPECIAL E GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL. CUMULAÇÃO

57 LEFF, op. cit.

58 BECK, op. cit, p. 99.

59 BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982. p. 32.

DE OBRIGAÇÃO DE FAZER (RESTAURAÇÃO DA ÁREA DEGRADADA) E DE PAGAR QUANTIA CERTA (INDENIZAÇÃO). POSSIBILIDADE. DANO AMBIENTAL REMANESCENTE OU REFLEXO. ART. 5º DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. INTERPRETAÇÃO IN DUBIO PRO NATURA. 1. Cuidam os autos de Ação Civil Pública proposta com o fito de obter responsabilização por danos ambientais causados por desmatamento de vegetação nativa (Bioma do Cerrado) em Área de Preservação Permanente. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais considerou provado o dano ambiental e condenou o réu a repará-lo, porém julgou improcedente o pedido indenizatório cumulativo. 2. A legislação de amparo dos sujeitos vulneráveis e dos interesses difusos e coletivos deve ser interpretada da maneira que lhes seja mais favorável e melhor possa viabilizar, no plano da eficácia, a prestação jurisdicional e a ratio essendi da norma de fundo e processual. A hermenêutica jurídico-ambiental rege-se pelo princípio in dubio pro natura. 3. A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que, nas demandas ambientais, por força dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum, admite-se a condenação, simultânea e cumulativa, em obrigação de fazer, não fazer e indenizar. Assim, na interpretação do art. 3º da Lei 7.347/1985, a conjunção “ou” opera com valor aditivo, não introduz alternativa excludente. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. 4. A recusa de aplicação, ou aplicação truncada, pelo juiz, dos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum arrisca projetar, moral e socialmente, a nociva impressão de que o ilícito ambiental compensa, daí a resposta administrativa e judicial não passar de aceitável e gerenciável “risco ou custo normal do negócio”. Saem debilitados, assim, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental (= prevenção geral e especial), verdadeiro estímulo para que outros, inspirados no exemplo de impunidade de fato, mesmo que não de direito, do degradador premiado, imitem ou repitam seu comportamento deletério. 5. Se o meio ambiente lesado for imediata e completamente restaurado ao seu estado original (reductio ad pristinum statum), não há falar, como regra, em indenização. Contudo, a possibilidade técnica e futura de restabelecimento in natura (= juízo prospectivo) nem sempre se mostra suficiente para, no terreno da responsabilidade civil, reverter ou recompor por inteiro as várias dimensões da degradação ambiental causada, mormente quanto ao chamado dano ecológico puro, caracterizado por afligir a Natureza em si mesma, como bem inapropriado ou inapropriável. Por isso, a simples restauração futura - mais ainda se a perder de vista - do recurso ou elemento natural prejudicado não exaure os deveres associados aos princípios do poluidor-pagador e da reparação in integrum. 6. A responsabilidade civil, se realmente aspira a adequadamente confrontar



o caráter expansivo e difuso do dano ambiental, deve ser compreendida o mais amplamente possível, de modo que a condenação a recuperar a área prejudicada não exclua o dever de indenizar - juízos retrospectivo e prospectivo. A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura bis in idem, tanto por serem distintos os fundamentos das prestações, como pelo fato de que eventual indenização não advém de lesão em si já restaurada, mas relaciona-se à degradação remanescente ou reflexa. 7. Na vasta e complexa categoria da degradação remanescente ou reflexa, incluem-se tanto a que temporalmente medeia a conduta infesta e o pleno restabelecimento ou recomposição da biota, vale dizer, a privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo (= dano interino, intermediário, momentâneo, transitório ou de interregno), quanto o dano residual (= deterioração ambiental irreversível, que subsiste ou perdura, não obstante todos os esforços de restauração) e o dano moral coletivo. Também deve ser restituído ao patrimônio público o proveito econômico do agente com a atividade ou empreendimento degradador, a mais-valia ecológica que indevidamente auferiu (p. ex., madeira ou minério retirados ao arripio da lei do imóvel degradado ou, ainda, o benefício com o uso ilícito da área para fim agrossilvopastoril, turístico, comercial). 8. Recurso Especial parcialmente provido para reconhecer a possibilidade, em tese, de cumulação da indenização pecuniária com as obrigações de fazer voltadas à recomposição in natura do bem lesado, devolvendo-se os autos ao Tribunal de origem para que verifique se, na hipótese, há dano indenizável e fixe eventual quantum debeatur.<sup>60</sup>

Não se trata, portanto, de inovações inalcançáveis ou utópicas, mesmo porque já há a discussão em Tribunais Superiores de medidas protetivas e asseguradoras dos princípios fundamentais que norteiam o equilíbrio ecológico, mas de mudança na forma de pensar, caracterizada apenas sob o ponto de vista do desenvolvimento econômico, pois para alcance do equilíbrio desejado, os dois lados devem ceder e a natureza já “presenteia” o homem há muito tempo.

## CAPÍTULO II

### 2 A DIVISÃO DE UMA SOCIEDADE DE RISCO: HOMEM X MEIO AMBIENTE

O modelo sociológico denominado de “sociedade de risco” foi difundido a partir dos conceitos analisados pelo alemão Ulrich Beck, preocupado em discutir as escolhas traumáticas realizadas pelo homem, diante de uma “irresponsabilidade organizada”<sup>61</sup> e a explosividade social:

60 STJ, Resp 1145083/MG, voto do Rel. Herman Benjamin, julgado em 27-09-2011, DJe 04-09-2012.

61 BECK, op. cit., p. 135.

O que equivaleria a dizer que a sociedade do risco é uma sociedade de controle perfeita, que estende ao futuro a exigência de controle da modernidade diante das inseguranças que ela mesma produz. Sob a égide do risco, o futuro foi sistematicamente colonizado.<sup>62</sup>

A ideia de uma sociedade qualificada pelo risco adere a uma leitura social de um ambiente onde somos obrigados a lidar cotidianamente com a ameaça das situações de perigo, como as catástrofes ecológicas que acabam por descrever a falência do Estado como modelo de regulação desses “novos problemas”, bem como a quebra da legitimidade entre suas instituições e o pacto social feito com as forças reais de poder e o Estado.

De acordo com Ulrich Beck<sup>63</sup>, há uma estrutura de poder formada para além das fronteiras nacionais e “uma assimetria radical entre aqueles que decidem, definem e tiram proveito dos riscos e aqueles que são seus alvos, que sofrerão diretamente os ‘efeitos colaterais imperceptíveis’ das decisões”.

Sob esse contexto, a característica fundamental da sociedade de risco é a tomada de decisões humanas - “futuro humanamente produzidos”<sup>64</sup>, muito embora não seja facilmente identificável o sujeito dessas decisões: a culpa pelas consequências e pelos riscos, também não.

Ao presente estudo, interessa destacar o estado de risco provocado pela crise ambiental e o seu reflexo diante das escolhas feitas pelo homem, a fim de desenvolver uma solução com a perspectiva de um novo paradigma: o responsável.

## 2.1 O risco na sociedade contemporânea

As circunstâncias fáticas, naturais ou não, que sempre ameaçaram as sociedades humanas são perigos, mas somente poderão ser consideradas como riscos, se esses perigos forem conhecidos, sua ocorrência puder ser prevista e sua probabilidade, calculada. O risco, nesse sentido, “*é um conceito moderno, ele pressupõe decisões humanas, futuros humanamente produzidos (probabilidade, tecnologia, modernização)*”<sup>65</sup> e importa sempre o estabelecimento de vínculo com o futuro, uma vez que o homem rompe com a tradição para criar “medidas preventivas conscientes”<sup>66</sup> aos efeitos colaterais produzidos por suas ações.

Destaca-se, aqui, que sendo o risco um fenômeno próprio de qualquer ação humana, a novidade da sociedade contemporânea é que o risco está diretamente ligado às situações de perigo irreversíveis para

62 BECK, 2003. p. 118.

63 BECK, 2011. p. 366.

64 Ibid., p. 362.

65 Ibid., p. 362.

66 BECK, 2003. p. 115.

todo o planeta<sup>67</sup>, ou, na opinião do professor Raffaele De Giorgi<sup>68</sup>, o risco, para uma sociedade marcada pela exclusão, é a única possibilidade de se estabelecer vínculos com o futuro.

Não se trata apenas de desigualdade social, tal qual o risco assumido pela sociedade industrial no século XIX. Os interesses podem ser conflitantes quando o assunto é o capital, mas em matéria de sobrevivência da vida humana no planeta, deve haver consenso e a sociedade de risco descrita pelo sociólogo alemão sabe disso, mesmo porque os riscos assumidos foram coproduzidos por toda a população do planeta e, ainda, legitimados. As decisões tomadas pela sociedade contemporânea produzirão efeitos para além das fronteiras de cada país e as soluções para minimizar os riscos ou mesmo os danos também devem ser pensadas em conjunto.

O porquê de compreender a sociedade de risco está na tentativa de analisar como a população global enfrentará os danos financeiros, ecológicos e sociais decorrentes das ações de uma sociedade que optou por “pagar o preço” pelos riscos irreversíveis, em nome do capital.

A proteção jurídica do meio ambiente encontra no risco uma das maiores dificuldades a ser solucionada, tendo em vista que o dano ambiental é um dos novos problemas produzidos pela sociedade de risco. A ausência dos elementos da calculabilidade e da previsibilidade dos riscos indica como problema dogmático o do anonimato dos agentes produtores dos riscos, a partir do momento em que as formas, instrumentos e meios utilizados pelos sistemas político e judicial conseguem ocultar não só as origens, mas os efeitos dos riscos ecológicos.

Quanto a esses efeitos, o risco está fora de uma tabela de cálculos previamente definida, especialmente quando há a dificuldade em abrir mão de interesses econômicos que fazem o sistema capitalista funcionar: “pode-se fazer algo e continuar a fazê-lo sem ter de responder pessoalmente por isto”<sup>69</sup>.

Do lado contrário à ideia de “irresponsabilidade organizada”, uma reação de transformação é possível e para tanto, o Estado deve lidar com a crise ambiental ciente das circunstâncias diferenciadas que a caracterizam, a partir de um modelo de riscos decorrente de um processo de produção consciente, mas mutável:

A oposição natureza/sociedade torna-se questionável em virtude da tecnologia intensificada e da crise ecológica. Fica evidente que aquilo que nós chamamos de Natureza há muito se integrou ao processo de industrialização e vem se transformando em riscos e perigos que

67 BECK, 2011. p. 25.

68 DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Catarina*, ano 15, n. 28, p. 45-54, jun. 1994.

69 BECK, 2011. p. 39.

são negociados no processo de socialização e se desdobram em uma dinâmica política autônoma. Esse fato eu denomino sociedade de risco ou sociedade mundial do risco.<sup>70</sup>

Os problemas dogmáticos que derivam da apreciação concreta dos efeitos da “irresponsabilidade organizada” permitem afirmar, não que as sociedades contemporâneas não sabem lidar com os problemas oriundos do risco, mas que diante dos casos concretos, não oferecem propostas idôneas capazes de resolvê-los sem que haja uma escolha traumática.

A sociedade de risco definida por Ulrich Beck está cada vez mais desenhada, moldada, cristalizada. O liberalismo acabou e o idealizado “Estado do Bem Estar Social” não é suficiente, não pode este Estado cuidar dos problemas (inter)regionais e, ainda, futuros. A sociedade de risco não compreendeu que uma nova ordem está por se instalar e de que não precisa de sua aquiescência.

Nesse contexto, surge a proposta de uma democracia ambiental, forma de organização do exercício do poder que leva em consideração os dados ambientais, cujo objetivo é ordenado pelo problema do risco e do conteúdo das relações que se quer estabelecer com o futuro<sup>71</sup>. Esse novo modelo de democracia é visto então, como um modelo procedimental, porque perante os riscos existem procedimentos de gestão, visando à proteção dessa sociedade contemporânea, dos riscos.

## 2.2 A sociedade de risco face a tensão economia- ecologia

Assumir economia e ecologia como complexa interação visa a necessidade de compor o desenvolvimento econômico com o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como instrumento da ordem social. Não se trata de dualidades opostas, mas de interesses conflitivos que precisam ser analisados, uma vez que a sociedade contemporânea já fez a sua escolha: a de continuidade do sistema capitalista.

O filósofo esloveno Slavoj Zizek<sup>72</sup>, com uma visão mais pessimista e engessada da sociedade capitalista, acredita que o único imperativo incondicional que demanda ação humana imediata é a crise financeira e que a preocupação dos Estados, hoje, com a crise econômica supera a das ameaças ecológicas.

O capitalista que se dedica de modo incondicional ao impulso capitalista de autoexpansão está disposto a pôr tudo em risco, inclusive a

70 BECK, 2011, p. 24.

71 LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 109.

72 ZIZEK, Slavoj. *Vivendo os fins dos Tempos*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012. P. 226.

sobrevivência da humanidade, não por um ganho ou objetivo ‘patológico’, mas pelo bem da reprodução do sistema como um fim em si<sup>73</sup>.

De fato, a racionalidade que impera é a econômica, e no mais das vezes, sob falsas justificativas quando comparada à racionalidade ambiental, como o exemplo de risco de produção suficiente de alimentos para fundamentar a utilização irrestrita dos recursos naturais (fato agravado quando os políticos expõem que a entrada de países como Índia e China na lógica do capitalismo aumentou a utilização dos recursos naturais do planeta). No entanto, o debate acabaria no mesmo impasse proposto pelos representantes do capital, com a superação dos interesses econômicos, se a sociedade contemporânea não refletir e inovar e em matéria de risco ecológico, criatividade sempre será bem-vinda.

A ecologia complexa defendida por Edgard Morin fornece a base para a compreensão de que natureza e sociedade precisam dialogar, pois se nem os adeptos da ecologia profunda fazem apologia a uma política de decrescimento, por outro lado, os debates vazios e apáticos sobre a crise ambiental deixam uma ausência que incomoda e faz pensar.

Existe tensão, sim, mas o sistema capitalista escolhido pela maioria dos seres humanos do planeta, como meio de sobrevivência precisa interagir, de maneira racional, com o próprio meio ambiente, mas essa racionalidade não pode ser definida pelo sistema - é a sociedade de risco, responsável pelas suas escolhas, quem deve decidir.

Vão me atacar até a morte, eu sei (minha morte e sua morte), pelas inocentes verdades que profiro aqui mesmo. Mas é preciso que lhes diga, porque a ciência tornou-se cega em sua incapacidade de controlar, prever, até mesmo conceber seu papel social, em sua incapacidade de integrar, articular, refletir sobre seus próprios conhecimentos. Se, efetivamente, a mente humana não pode apreender o enorme conjunto do saber disciplinar, então é preciso mudar um dos dois<sup>74</sup>.

O antagonismo evidenciado pela sociedade de risco entre economia e ecologia pode ser identificado na medida em que a economia não leva em consideração tempo e espaço, tomando os recursos naturais como infinitos e inesgotáveis, justificando a necessidade de um eterno crescimento revelado por uma geração constante de valor. A geração de valor coincide com o que Ulrich Beck denomina de sociedade “reflexiva”, pois se antes o pensamento a longo prazo restringia-se ao dinheiro, agora, a modernização está “demolindo e despertando novas alternativas e potenciais que se contrapõem à modernidade industrial”<sup>75</sup>. Isto é o que se espera, pois ao tempo em que a sociedade moderna alterou a sua

73 ZIZEK, 2012, p. 227.

74 MORIN, op. cit., p. 51.

75 BECK, 2011, p. 369.

forma (tradicionalmente repressiva), representada pelo poder capitalista, o resultado foi uma outra fonte de dominação: a sociedade de consumo.

Por outro lado, a mesma sociedade contemporânea, que utiliza o termo pessoa, dada a importância de sua representação social, tenta anular as limitações impostas pelo destino estamental, a partir de suas próprias escolhas<sup>76</sup>.

Para Ulrich Beck, as classes sociais foram diluídas no curso do processo de individualização, alterando o que se entende por desigualdade social:

Ou seja, uma sociedade que já não atua sob categorias de classe socialmente perceptíveis encontra-se à procura de uma outra estrutura social e não pode ser varrida a contrapelo de volta à categoria de classe sem o ônus de uma arriscada perda de realismo e relevância.<sup>77</sup>

É essa sociedade, marcada pelo risco e com ampla possibilidade de escolhas que discute uma saída para os danos produzidos e a opção aqui defendida implica na aceitação de um desenvolvimento sustentável, um desenvolvimento harmônico entre economia e ecologia, ajustados numa correlação de valores antropológicos e ecológicos - saída já possível para uma sociedade madura o suficiente para saber que uma decisão acarreta uma responsabilidade.

Trazendo uma linguagem tipicamente econômica, para a conservação dos recursos naturais, segundo o ótimo de Pareto, exige-se uma ponderação entre custo e benefício econômico - a economia de mercado atinge seu grau ótimo no momento em que satisfaz a relação entre uso de um recurso natural e sua conservação, encontrando um preço que permita a utilização do bem ao tempo em que o conserva. Entretanto, ainda que se considere o princípio da eficiência e seja uma possível solução para a tensão economia e ecologia, o ótimo de Pareto não passa de uma relação custo-benefício, e o valor da natureza no mundo do dever-ser, encontrado na Constituição e demais normas infraconstitucionais, está muito além da relação de mercado movimentada pela lei da oferta e da procura definidos pelo sistema.

Acerta Enrique Leff quando prega que a dificuldade, hoje, em encontrar uma saída para a crise ambiental está no fato de que o “modo de pensar” antinatural foi institucionalizado pela racionalidade econômica do capitalismo e que não é possível encontrar uma forma sustentável sob essa perspectiva<sup>78</sup>, mas e se separar o real do simbólico?

É assim que se observa a opção por escolhas simplistas, pois mesmo com a constatação de escassez de recursos naturais, a opção por

76 BECK, 2011, p. 369.

77 Ibid., p. 130.

78 LEFF, 2012, p. 100.

um desenvolvimento sustentável parece prejudicada e invisível para a sociedade de risco.

### 2.3 A proteção do meio ambiente na sociedade de risco: uma resposta criativa

Pela gestão dos riscos, o Direito Ambiental pode ser definido pelo atributo de lidar com escolhas e opções que devem ser realizadas, assumindo modernas feições de instrumentos de grande potencial participativo, e já nas sociedades contemporâneas com o objetivo de apresentar soluções, revelando uma progressiva aproximação do domínio do direito, numa relação cada vez mais próxima e concreta com o meio ambiente.

Ora, se o Direito é um sistema de legitimação, pode-se afirmar que a *ordem social* a qual ele legitima possui uma dupla face, sendo a um tempo, mandamento impositivo e a outro, uma afirmação de liberdades. Mas essa liberdade produz efeitos e é a própria sociedade 'complexa' quem deve controlá-los, sabendo, inclusive, que a natureza faz parte tanto de suas escolhas, como de suas consequências.

Segundo o pensamento de Habermas, para quem a validade social da norma é determinada pelo grau de impregnação na sociedade<sup>79</sup>, a sociedade civil precisa amortecer e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais de poder daí derivados, a fim de que o poder social possa impor-se na medida em que possibilita, sem restringir, o exercício da autonomia dos cidadãos.

A forma de exercer essa autonomia, no Direito brasileiro, muitas vezes limita-se ao exercício do direito de voto, tendo em vista o sistema representativo eleitoral, e em matéria de proteção jurídica ao meio ambiente, resta à sociedade brasileira agradecer à Constituição Federal vanguardista e avançada, com dedicação a um capítulo inteiro para garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. No entanto, a necessidade de uma resposta criativa para a crise ecológica também deve ser aplicada ao Direito brasileiro, mesmo com a moderna e avançada Constituição Federal.

Acredita-se na necessidade de mudança de paradigma mesmo para o Brasil, um país que, a despeito de possuir proteção ambiental constitucional, não sustenta uma legislação infraconstitucional coerente e igualmente protetora.

---

79 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v.I, 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 50.

Cabe aqui, a impecável descrição do professor Marcelo Neves acerca da legislação simbólica e dos bloqueios sociais existentes, contrários à concretização normativa da Constituição:

Os obstáculos à realização do Estado de Direito no Brasil manifestam-se abertamente no plano constitucional. Definida a Constituição como acoplamento estrutural entre política e direito ou como estrutura normativa mais abrangente do sistema jurídico, verificam-se bloqueios sociais destrutivos da sua concretização. Com maior rigor, pode-se falar de insuficiente concretização normativo-jurídica do texto constitucional. Em outras palavras, há uma desconstitucionalização fática no processo concretizador do direito ou uma concretização jurídica desconstitucionalizante.<sup>80</sup>

A diferença entre o que diz a Constituição Federal, a legislação infraconstitucional, a jurisprudência do Supremo tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, só para falar de proteção ambiental, demonstra que, para além da indispensável interdisciplinariedade e da necessidade em aceitar a ecologia em sua complexidade, uma Constituição do Estado Ambiental ou um Estado de Direito com perspectiva ambiental é uma saída para resolução de impasses ou conflitos jurídicos evidenciados quando dois bens jurídicos se chocam, tal qual o direito de propriedade e a função ecológica da propriedade.

No Estado Ambiental, a sociedade de risco deve comunicar-se com as demais comunidades internacionais e Estados Nação, assumindo a nova característica das sociedades da Segunda Modernidade - as decisões com efeitos além fronteiras. No novo Estado de Direito Ambiental, a principal mudança é a pauta jurídico-política: sustentabilidade ecológica.

Há, de fato, uma nova ética ecológica, uma nova forma de pensar, um novo paradigma e uma possível resposta da sociedade de risco para os desafios ambientais. A mesma sociedade destemida e “irresponsável”, agora pode romper com o padrão racional e econômico (em essência), como conclui Ulrich Beck<sup>81</sup>: “já avançamos consideravelmente na flexibilidade e que talvez estejamos às vésperas de outras rupturas institucionais da racionalidade do estado nacional.”

Assunto polêmico e controverso, as áreas de proteção ambiental, por exemplo, permitem indenização aos “proprietários” por exploração econômica? Ora, nos termos dos princípios constitucionais de precaução, não retrocesso e, inclusive, *in dubio pro natura*, não há se falar em exploração econômica. Em um Estado Ambiental não haveria controvérsias, mas no Brasil, diferentes interpretações dividem a jurisprudência dos Tribunais

80 NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã*: uma relação difícil. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 256.

81 BECK, 2003, p. 153.



Superiores, de modo que no Supremo Tribunal Federal, a garantia é do direito de propriedade.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO seguintes - ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE (CF, ART. 225, PAR.4º) AFETA O CONTEÚDO ECONÔMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETÁRIO A INDENIZAÇÃO - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR - RE NÃO CONHECIDO.- Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública.- A proteção jurídica dispensada às coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmouse no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas, objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. Precedentes.- A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário.- A norma inscrita no art. 225, par.4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5º, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente à compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis à atividade estatal. O preceito consubstanciado no art. 225, par.4º, da Carta da Republica, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização,

pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias à preservação ambiental.[...] - Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput).”(grifei) Nego seguimento ao agravo com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF. Publique-se. Brasília, 14 de novembro de 2007. Ministro Eros Grau- Relator.<sup>82</sup>

Por uma resposta criativa e diferenciada, defende-se a ideia de que a sociedade precisa estar integrada, libertando-se das estreitas ligações institucionais para um campo mais amplo de opções e o direito serviria, assim, como um instrumento estimulador das ações participativas, com vistas a um modelo de Estado socioambiental.

### CAPÍTULO III

#### 3 A DEMOCRACIA E O PARADIGMA SUSTENTÁVEL

A experiência do Estado de Bem Estar Social demonstrou que o Estado, como sujeito de direitos e deveres, ora empresário, ora protetor, era autolimitado e não detinha espaço para a prometida garantia aos direitos fundamentais. Não era possível ao Estado de Bem Estar Social garantir a cidadania se não havia participação dos verdadeiros interessados.

Considerando que o Estado Social foi fruto de um momento de “euforia”, decorrente do pós-guerra, em que houve crescimento econômico sem precedentes, aliado à expansão de programas e sistemas de bem-estar social, é certo que política social e a política econômica estavam em sintonia, e enquanto o crescimento econômico arrefecia os conflitos sociais, o Estado Provedor amenizava possíveis tensões e potencializava a produção de bens e serviços.

A fórmula parecia perfeita, contudo a desorganização do sistema financeiro internacional, acrescido das altas taxas de desemprego, uma sociedade passiva (esperando sempre a resolução do Estado) e a inflação ocasionaram alterações nas relações entre público e privado, com redefinições dos papéis (que até então pareciam bem definidos).

Assim, a crise fiscal do Estado Providência foi resultado de uma performance lamentável do Estado, que acabou por não dar conta do “círculo virtuoso do pós-guerra” e aos acontecimentos proporcionados pelo aquecimento da economia. A aceleração inflacionária elevou os custos e despesas sociais, e o desemprego provocou diminuição das

<sup>82</sup> STF, AI 677647/ AP, voto do Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 14-11-2007, DJ de 10-12-2007.

receitas e contribuições sociais, sendo o Estado incapaz de responder da mesma forma às exigências financeiras. Para dar uma resposta criativa, é porque já estava instalada a crise!

Em nossa opinião, um desses aspectos são as relações entre o estado e a sociedade civil. A matriz liberal destas relações sofreu no nosso século uma transformação profunda, sobretudo nos países do centro do sistema mundial em resultado do aumento quantitativo do intervencionismo do estado, quer na regulação econômica, o que se designa por fordismo, quer na regulação social, sob a conhecida forma do Estado Providencia. O significado destas transformações torna-se hoje mais evidente no momento em que elas próprias atravessam um período de profunda transformação. As relações Estado-sociedade civil, que, por via delas, se tinham estabilizado e naturalizado numa forma pós liberal, voltaram nas duas últimas décadas a ser questionadas e precarizadas.<sup>83</sup>

Esse texto foi escrito por Boaventura de Souza Santos, em 1992, com colaboração de José Reis e Pedro Hespánha, com o objetivo de investigar o processo de reconstituição que passaria Portugal naquela década. Ainda “atual”, o texto português expõe problemas enfrentados por um típico Estado-Providência (que não chegou a ser plenamente implantado no Brasil), enfraquecido e sem função, que não superou a crise fiscal que marcou a passagem para o ainda questionado: Estado Regulador.

De fato, o que ocorreu quando da terceira mudança de paradigma e a chegada do Estado Democrático de Direito parece se repetir, agora com a ausência de originalidade e as dificuldades em lidar com princípios basilares da democracia, como igualdade e liberdade.

A sociedade já se dá conta de que há uma complexidade para além da relação entre as esferas do público e privado e as contradições começam a aparecer. As falhas no processo de participação (ativa) política também demonstram a fragilidade de um sistema que precisa enfrentar um problema maior: a crise ambiental.

A democracia e o Estado Democrático de Direito, enquanto a constituição discursiva do verdadeiro e do ideal, em virtude do trauma dos autoritarismos do século XX, realizam a manifestação de uma pretensa liberdade em negativo, com a supressão das contradições por força da ocultação da autoridade, a manter, entretanto o formato de uma burocracia.<sup>84</sup>

83 SANTOS, Boaventura de Sousa; REIS, José; HESPANHA, Pedro. *O estado e a Sociedade Civil*: a criação de actores sociais num período de reconstituição do estado. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/33.pdf>>. 1992, p.6.

84 ALVES, André Toledo Porto. *Verdade e Liberdade*: ser, dever-ser e poder-ser. 2013. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo: 2013. p. 56.

Não há tempo para retrocesso, agora não. O Estado Regulador e mediador que tenta, ainda, equilibrar desenvolvimento econômico, bem-estar social e meio ambiente “sadio” deve dar lugar ao Estado sustentável, solidário, compatível com o progresso do conceito de democracia e amadurecimento das suas implicações. Se há uma nova crise, é tempo para criar, mas essa mudança não pode mais ser de fachada, com a preservação dos interesses de poucos.

O risco é alto e a mudança inclui alteração de valores - verdadeiramente uma quebra de paradigma.

### 3.1 Economia, Sociedade e Direito Ambiental: conflito, conforto e convívio

Seguindo, inicialmente, um movimento pendular, a alternância entre a supremacia dos interesses públicos *versus* privados proporcionaram alterações de paradigmas (inclusive os constitucionais), os quais permitiram modificações e (re)significações dentro do contexto político, histórico e jurídico.

Depois de algumas guerras, crises financeiras e políticas, o arranjo possível e escolhido pela sociedade no século XXI está centralizado no modelo de Estado Democrático de Direito, tendo a Constituição como instrumento básico de garantia jurisdicional, onde a legalidade é a própria medida do direito, afastando o arbítrio e excesso de poder. Quanto à Administração Pública, sua linha de atuação deve obediência aos comandos e princípios constitucionais, com reflexos na diminuição da discricionariedade.

O Estado Democrático de Direito, nesse contexto atual, não é questionado em sua estrutura fundamental, imutável em sua forma legitimadora, imune às crises da sociedade de risco por pactuar a democracia.

Na medida em que pressupõe e exige uma sociedade pluralista, na qual vários grupos de poder concorrem pacificamente pela tomada das decisões coletivas, a democracia é um regime em que a maior parte das decisões é tomada por meio de acordos entre vários grupos. A democracia dá vida a uma sociedade eminentemente contratual. Tal sociedade, por sua vez, pressupõe e exige o respeito à máxima *Pacta sunt servanda*.<sup>85</sup>

No entanto, o discurso da democracia e direitos humanos parece, agora, contrastar com a demanda da atual sociedade de risco, aparentemente cega e passiva com relação aos problemas ambientais. A fórmula criada para combater a austeridade e/ou os interesses da

85 BOBBIO, Norberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2002. p. 99.

burguesia, a favor do “humanismo procedimentalista”<sup>86</sup> não inclui um acordo baseado na solidariedade, entre os participantes para o combate às ameaças ecológicas.

É por isso que temos de aceitar o paradoxo de que, na relação entre o antagonismo universal (os parâmetros ameaçados das condições de vida na terra e o antagonismo particular, (o impasse do capitalismo), a luta fundamental é a particular: só podemos resolver o problema universal (a sobrevivência da espécie humana) se resolvermos primeiro o impasse particular do modo de produção capitalista.<sup>87</sup>

O impasse está cada vez mais evidente: a opção por um sistema jurídico e político que compatibilize uma variante ecológica do Estado de Bem Estar Social com o desenvolvimento econômico típico do Estado Regulador, sem que os interesses do capital sejam, ao menos, flexibilizados, não está dando certo. Além de todas as decisões arriscadas, a sociedade de risco “deseja” que os problemas ambientais se solucionem sozinhos.

É como se o simples fato de contar com dispositivos constitucionais para a proteção jurídica ao meio ambiente fosse o suficiente para resolver as ameaças ecológicas - mais uma vez aqui a questão da legislação simbólica<sup>88</sup>. Contudo, esse não é o único problema, pois além de inócuas, as disposições constitucionais acerca da proteção jurídica ao meio ambiente, combinadas com o princípio de desenvolvimento econômico podem apresentar-se como verdadeiros subterfúgios para que o dever de um meio ambiente ecologicamente equilibrado seja delegado ao Terceiro Setor (agências reguladoras), na espera de que este, sozinho, faça o papel de toda a sociedade.

Assim, o discurso de que a Constituição Federal (BRASIL) é avançada em relação à proteção ao meio ambiente se perpetua, pois se de um lado a parte pró ativa fica delegada ao Terceiro Setor, os conflitos concretos (decorrentes, principalmente, das falhas na legislação infraconstitucional) ficam ao cargo do Poder Judiciário. E enquanto a população não precisa se preocupar com os riscos ambientais, a democracia segue seu caminho em silêncio, afinal se há papel para todos os participantes, por que mudar?

É contra a ideia de que está “tudo sob controle” que os sociólogos, filósofos e juristas contemporâneos se insurgem, especialmente quando o assunto é a crise do capitalismo, a reflexão sobre a democracia e o risco de uma catástrofe ambiental. O “conforto” que a sociedade de risco

86 ALVES, op. cit., p. 57.

87 ZIZEK, 2012, p. 226.

88 Sobre legislação simbólica, ver comentários na página 27 e ensinamentos do professor Marcelo Neves (2012), na obra “Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil”.

adquiriu não se resume à combinação que o capitalismo e a democracia proporcionaram, porque há conforto em não mudar, não refletir em respostas diferentes e criativas.

Nesse sentido, a sugestão de Enrique Leff<sup>89</sup> é de que a nova sociedade moderna se afaste do “raciocínio sobre o modo de produção e dos paradigmas do conhecimento para compreender a crise ambiental como uma crise de racionalidade da modernidade”. Não há uma mudança de paradigma se a sociedade mantiver as regras da racionalidade dominante<sup>90</sup>.

Nesse passo, enquanto o capitalismo supervaloriza o sistema de produção e a racionalidade econômica, a natureza e a cultura ficam subjugadas<sup>91</sup>, fazendo parecer que a crise ambiental é uma consequência inevitável e contornável sob os parâmetros do modo capitalista. No entanto, para a racionalidade ambiental, ecologia e economia convivem sem opção, pois enquanto ecologia é o estudo do meio ambiente, economia é a arte de bem administrar a casa e esses dois significados não são contraditórios.

### 3.2 Capitalismo sustentável?

“O capitalismo é intrinsecamente antiecológico”<sup>92</sup>. Economia e ecologia podem conviver, sim, sem crise, mas o sistema capitalista e a sociedade de consumo produzida não se sustentam com a política do “consumo sustentável”.

Alguns autores, dentre eles, o sociólogo Ulrich Beck, incluem como um dos caminhos, uma variante ecológica, a ser implementada com uma política diferencial e com a “democratização do desenvolvimento técnico econômico”<sup>93</sup>, mas permanece silente quando a pergunta é: existe uma forma de capitalismo sustentável?

O capitalismo se alimenta do próprio capital e a exploração dos recursos naturais estão internalizados no modo capitalista - o crescimento econômico depende dessa exploração, mas essa forma de sustentar a economia e manter a sobrevivência humana não é única, ela não inevitável, ela foi a escolhida. Sobre o discurso do consumo sustentável, divulgado para a sociedade como alternativa para solução de todos os problemas ambientais, Enrique Leff afirma ser uma estratégia contraditória e antagônica:

---

89 LEFF, 2012, p. 82.

90 Ibid., p. 130.

91 Ibid., p. 105.

92 LEFF, 2012, p. 105.

93 BECK, 2011, p. 332.

O discurso do desenvolvimento sustentável gerou até mesmo contradições em termos, tais como os de seus *slogans* ‘produção e consumo sustentável, comércio justo’, ‘produção limpa’, que residem na linguagem comum, uma vez que a ideologia dominante pretende ter eliminado toda contradição discursiva em sua lógica transparente e em sua semântica simulatória, para além de toda contradição<sup>94</sup>.

Não há complexidade para se compreender o sistema capitalista, cujas preocupações ecológicas são simplistas e se iniciam a partir de uma noção básica de sobrevivência. Mas é só até aí que o atual sistema socioeconômico consegue enxergar; o interesse em preservar o meio ambiente para as futuras gerações apazigua o sentimento ético de bem comum da humanidade, ao tempo em que garante o interesse imediato, a dedicação “de modo incondicional ao impulso capitalista de autoexpansão”<sup>95</sup>.

Não se trata apenas de sobrevivência, e aqui o assunto “complexidade do pensamento ecológico”<sup>96</sup> retorna. Antes, sem a preocupação de esgotamento dos recursos naturais, a manifesta subordinação da natureza ao poder do homem (qual poder?); agora, o auto engano, a negação e a ideia de que é possível compatibilizar capitalismo e o equilíbrio ecológico sob o discurso da sustentabilidade.

Em outras palavras, sejam quais forem nossas escolhas socioeconômicas e tecnológicas, sejam quais forem os direitos que queremos comemorar como nossa liberdade, não podemos nos dar ao luxo de desestabilizar condições (como a zona de temperatura em que o planeta existe) que funcionam como parâmetros fronteiros da existência humana. Esses parâmetros são independentes do capitalismo e do socialismo.<sup>97</sup>

Trata-se de um processo de reconhecimento do outro, de modo que a escolha do homem pelo capitalismo global não interfere somente na dinâmica socioeconômica da sociedade, mas também nos parâmetros ecológicos de toda a vida na Terra. Daí porque falar-se em dialética do reconhecimento como parte do processo de apreensão do pensamento complexo:

[...] é a abertura para a complexidade ambiental e para um diálogo entre seres culturais que incorporam conhecimentos, sabedorias e sentidos que se expressam em identidades e práticas na ressignificação do mundo.<sup>98</sup>

94 LEFF, 2012, p. 105.

95 ZIZEK, Slavoj. *Vivendo os fins dos Tempos*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012. p. 227.

96 Ver item 1.3

97 ZIZEK, 2012, p. 224.

98 LEFF, 2012, p. 125.

Para a compreensão de uma nova dialética da natureza é preciso diferenciar o real e o simbólico, a fim de se excluir o que não é real e assim eleger um novo paradigma teórico de (inter)relação entre capital, trabalho e natureza. “Se, ao contrário, lutarmos para impor significados, previsão ou comando à Natureza, estaremos entrando numa relação de conquista e não de diálogo.”<sup>99</sup>

O capitalismo não oferece outras vias e a sustentabilidade acabou sendo a única saída possível para compatibilizar consumo, capital e recursos naturais. Mais uma vez, seguindo o padrão do modelo tradicional de pensamento (não complexo), o homem se engana e, na tentativa do caminho mais fácil, não é capaz de observar que ele tem condições de pensar em uma outra forma de interagir com o ambiente natural e os demais seres vivos.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, Enrique Leff<sup>100</sup> afirma a necessidade de compreensão da contradição ontológica entre natureza e capital como ponto de partida para um novo paradigma:

O capital, a racionalidade econômica e a ordem econômica mundial não são entidades ontológicas naturais, e sim produções sociais e culturais, nas quais a teoria contribui para o ordenamento empírico das coisas e constrói os mecanismos do mercado, assim como as perversões da ordem econômica, seus impactos ecológicos e sociais. De fato, a ordem simbólica inevitavelmente contribui para a reificação das coisas naturais. Mas esta é uma condição intrínseca do ser humano, não uma contradição.

### 3.3 Ecologia Humana: uma questão de respeito

No mundo contemporâneo não existe o hábito de lidar com conceitos subjetivos, infinitos ou mesmo projeções criativas. Qualquer material sensível e diferente daqueles projetados para a maioria é estranho e incompreensível, seja na estética, ou nas relações afetivas. Importante ressaltar, aqui, que durante todo o trabalho a utilização da expressão ecologia supera a sua vinculação à natureza, mas também da relação do homem com seu ambiente natural e mais, da cultura e das interações entre ecossistemas, com referências sociais e individuais.

Além da ecologia ambiental, que segundo Félix Guatarri<sup>101</sup> iniciou a ecologia generalizada pregada por ele, há uma forma de se relacionar com as relações sociais e com a própria subjetividade humana, parte da ecologia humana que completa o ciclo de valores essenciais para (re)ligar o pensamento complexo.

99 GRUN, Mauro. *Em Busca da Dimensão Ética da Educação Ambiental*. Campinas: Papyrus, 2007. p. 153.

100 LEFF, 2012, p. 112.

101 GUATARRI, 1990, p. 36.



Assim, além das ações jurídicas, sociais e políticas, há um dever em proteger a cultura, “a fim de que tenhamos condições de proteger a natureza e garantir a sobrevivência de todos os seres, juntamente com a do homem, com qualidade, alegria e esperança, para a atual e futuras gerações”.<sup>102</sup>

Com um novo paradigma sustentável, é possível uma nova relação com o ambiente, pensando neste como algo subjetivo, fonte de pensamentos, sensações, sentidos<sup>103</sup>. O futuro sustentável vira uma decorrência, sem a dependência do “querer” capitalista. Refletir sobre a ecologia humana é um respeito à própria existência e à complexidade que caracteriza o ser humano:

Assim, o paradigma simplificador é um paradigma que põe ordem no universo, expulsa dele a desordem. A ordem se reduz a uma lei, a um princípio. A simplicidade vê o uno, ou o múltiplo, mas não consegue ver que o uno pode ser ao mesmo tempo múltiplo. Ou o princípio da simplicidade separa o que está ligado (disjunção), ou unifica o que é diverso (redução).<sup>104</sup>

Para Hegel<sup>105</sup>, o desejo em si é desejo- no- mundo e ele se transforma, encontrando-se ativo nas relações intersubjetivas. Assim, o desejo não pode ser reduzido a uma instância meramente subjetiva, pois fundamental no processo de transformação do mundo e sua história.

Por outro lado, é o próprio Hegel quem demonstra a superação do desejo, necessário para que duas autoconsciências se confrontem e partam para a libertação. Para alcançar uma racionalidade ambiental como proposto por Enrique Leff, ou mesmo o despertar ecológico com o pensamento complexo propagado por Edgar Morin, necessário o desejo de sair do paradigma uno e simplificador até então vivenciado pelo homem.

Para além do desejo, saindo do círculo, a descoberta de que há outra consciência e que eu sou consciência por que o outro me vê como consciência. Retomando a questão inicial, em termos práticos, ‘o meu lugar no mundo’ depende da minha relação com o outro e de como a outra consciência lida com o seu desejo. A intenção da obra de Hegel é identificarmos a reflexão acerca do que fazemos e como nos libertamos do desejo em si. Para sair do círculo vicioso, tal qual o escravo mencionado pelo autor alemão, a necessidade de abandonar a vontade de dominar.

Aceitar a natureza como o outro, sem a vontade de dominá-la, possibilita, inclusive, que as contradições entre o atual modo de desenvolvimento econômico e sustentabilidade se desenvolvam a partir

102 MUSETTI, op. cit., p. 139.

103 LEFF, 2012, p. 130.

104 MORIN, 2005, p. 59.

105 HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.

de um processo dilatório, pois como assinala o autor Mauro Grun<sup>106</sup>: “se, ao contrário, lutarmos para impor significados, previsão ou comando à Natureza, estaremos entrando numa relação de conquista e não de diálogo.”

### 3.4 Por uma Constituição Ambiental

No novo paradigma proposto para que a sociedade de risco possa lidar com as ameaças ambientais, o pensamento complexo apresenta-se como centro da mudança, além de incluir a racionalidade ambiental e defender a participação direta da população nas decisões. Nesse paradigma, o Estado acabaria por se tornar Ambiental e seu sistema jurídico impõe a necessidade de uma Constituição Ambiental.

A Constituição vincula, constitui, estabelecendo as condições do agir político-estatal; ela é um espaço garantidor das relações democráticas; a sua vontade é seu pressuposto fundamental; é a materialização da ordem jurídica do contrato social, colocando à disposição os mecanismos para concretização do conjunto de objetivos traçados no seu texto normativo deontológico.

A Constituição simboliza o avanço da sociedade, o que ela conquistou a partir de suas aspirações e apesar da atual contradição entre racionalidade econômica e um modo de produção ecologicamente sustentável, o Estado Ambiental é o ideal pregado por alguns visionários como consequência do estado socioambiental a ser conquistado. Longe de um estado de utopia, o Estado de Direito Ambiental e uma Constituição ambiental representam o futuro como uma das escolhas que a sociedade de risco tem a tomar.

As opções que a sociedade (global) tem para lidar com os riscos por ela criados são muitas, incluindo o retrocesso à sociedade industrial. A aposta, contudo, é a de uma sociedade reflexiva, capaz de pensar, a longo prazo, para além das necessidades materiais e das obrigações morais<sup>107</sup>.

Até aqui, no Brasil, ainda prevalece uma proteção jurídica constitucional do meio ambiente concorrente com o desenvolvimento econômico, de modo que direito de propriedade tem o mesmo valor que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a função ecológica da propriedade tenta intermediar um possível conflito.

A dilatação dos fundamentos éticos da proteção do meio ambiente, traço marcante do Direito Ambiental como visto hoje, ainda não logrou abertamente referendar, no patamar constitucional, o uso dessa técnica de superação do antropocentrismo reducionista; o máximo que se

106 Grun, op. cit., p. 153.

107 BECK, 2011, p. 370.

conseguiu foi a adoção de formas mais discretas e diluídas, mas nem por isso menos efetivas, de incorporação de um biocentrismo mitigado.<sup>108</sup>

A divisão entre antropocentrismo reducionista e biocentrismo mitigado é uma forma de demonstrar a crise de valores que enfrenta a sociedade contemporânea, em que é preciso definir a relação do homem com o seu ambiente e dos demais seres vivos. A tutela do meio ambiente deve decorrer da aceitação deste como elemento essencial à vida no planeta Terra e esta é a chave para o Estado de Direito Ambiental.

A Constituição Ambiental representaria, assim, a escolha da sociedade de risco pela sustentabilidade, pela racionalidade ambiental, por um modo de desenvolvimento socioambiental, cujos princípios como não retrocesso e *in dubio pro natura* não fossem meras diretrizes, mas normas cogentes indiscutíveis.

Vivemos em uma época avassalada pela corrente de mudanças trazidas pela revolução do avanço das tecnociências. Se nos renunciarmos a pensar sobre o desenho de nosso interesse em comum, eles terão a face dos processos automáticos, que negam ao homem a humanidade de sua condição.<sup>109</sup>

Ao mesmo tempo em que há uma visível separação entre o mundo da natureza e o da cultura, há uma tal interdependência entre ambos que acaba por evidenciar sua unidade essencial: se não for pela sua complexidade, será pelo risco da sobrevivência humana.

Não, não voltemos ao início, de novo.

Quando o recanto mais remoto do globo tiver sido conquistado pela técnica e explorado pela economia, quando um qualquer acontecimento se tiver tornado acessível em qualquer lugar a qualquer hora e com uma rapidez qualquer, quando se puder viver simultaneamente um atentado a um rei na França e um concerto sinfônico em Tóquio, quando o tempo for apenas rapidez, momentaneidade e simultaneidade e o tempo enquanto História tiver de todo desaparecido da existência de todos os povos, quando o pugiliosta for considerado o grande homem de um povo, quando milhões de manifestantes constituírem um triunfo -então, mesmo então continuará a pairar e estender-se, como um fantasma sobre toda esta maldição, a questão: para quê?- para onde?- e depois, o quê?<sup>110</sup>

108 BENJAMIN, op. cit., p. 60-61.

109 BIGNOTTO, Newton. *O bem comum e a vontade geral*. In NOVAES, Adauto (org.). *Mutações*. A experiência do pensamento. São Paulo: Edições SESC SP, 2010. p. 218.

110 HEIDEGGER, op. cit., p.45.

#### 4 CONCLUSÃO

Passada a fase de euforia após a Revolução Industrial, a sociedade passou a lidar com um capitalismo feroz e com as consequências do consumo imprevisto. A acumulação de riscos incalculáveis e com repercussões globais, como os riscos ecológicos, financeiros e militares caracterizam a sociedade de risco do século XXI.

A crise ambiental, especialmente, coloca o homem para pensar e agir rápido, uma vez que a reação inicial de negação não pode mais ser aceita, ou a sobrevivência da vida humana estaria em perigo.

Diante da demanda por ações e repostas capazes de minimizar os danos causados pela irresponsabilidade da sociedade de risco, defende-se o Estado de Direito Ambiental, a partir de ensinamentos do pensamento complexo e da redefinição da democracia, uma vez que há a necessidade de mudança de paradigma, com alterações do valores arraigados pela sociedade de consumo.

A racionalidade ambiental, a solidariedade e a sustentabilidade são pilares para um novo paradigma, sendo preciso, para tanto, a aceitação de que os recursos naturais não são infinitos e que a ecologia não está restrita ao meio ambiente, mas inclui as (inter)relações sociais e subjetivas entre os seres vivos, podendo-se falar, inclusive em ecologia humana.

O homem pós moderno, além de ser responsável pelas decisões que fez, deve refletir sobre como atenuar os danos já produzidos e os que estão sob risco de ocorrer, mesmo que para isso altere por completo o sistema até então engradado.

Os riscos ambientais produzidos são um desafio para a sociedade de risco, que pode optar por retroceder ou criar formas alternativas e criativas de superar a crise instalada. A escolha pela mudança, no entanto, inclui o rompimento de toda a estrutura epistemológica do Direito e do meio ambiente - ou pelo menos esta é a saída proposta aqui.

#### REFERÊNCIAS

ALVES, André Toledo Porto. *Verdade e Liberdade: ser, dever-ser e poder-ser*. 2013. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BECK, Ulrich. *Liberdade ou Capitalismo*. São Paulo: UNESP, 2003.

\_\_\_\_\_. *Sociedade de Risco: Rumo a uma outra modernidade*. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

\_\_\_\_\_. *German Europe*. Cambridge. Polity Press, 2013.

- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- BIGNOTTO, Newton. O bem comum e a vontade geral. In NOVAES, Adauto (org.). *Mutações. A experiência do pensamento*. São Paulo: Edições SESC SP, 2010.
- BOBBIO, Noberto. *Elogio da Serenidade e outros escritos morais*. São Paulo: UNESP, 2002.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília,
1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/civil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/civil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 15. jan. 2014.
- BRITO, Edvaldo. *Reflexos jurídicos da atuação do Estado no domínio econômico: desenvolvimento econômico, bem-estar social*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- \_\_\_\_\_. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CABRAL, Alexandre Marques. *Heidegger e a destruição da ética*. Rio de Janeiro: UFRJ, 2009.
- CIRNE, Mariana Barbosa. Pousio: o que é e quais são seus possíveis reflexos nas questões ambientais. *Revista Veredas do Direito*, prelo.
- DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. *Revista do Curso de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Catarina*, ano 15, n. 28, p. 15- 54, jun. 1994.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- DIPP, Gilson. O meio ambiente na visão do STJ. *Cidadania e Justiça*, Brasília, p.6 - 25, 2º semestre, 2000.
- FERRY, Luc. *A Nova Ordem Ecológica: a árvore, o animal e o homem*. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.
- GABRIEL, Markus; ZIZEK, Slavoj. *Mitologia, Loucura e Risos*. A subjetividade no idealismo alemão. 1. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.
- GAROFANO, Rafael Roque. Capitalismo e democracia na pós-modernidade: uma análise crítica da teoria democrática de Boaventura de Sousa Santos. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 98, mar 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11216&revista\\_caderno=24](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11216&revista_caderno=24)>. Acesso em nov 2013.

- GOLDEMBERG, José. Proteger o homem ou o ambiente? *Estado de São Paulo*, São Paulo, 23. março. 2004. Espaço Aberto.
- GORZ, André. *Ecológica*. Madrid: Clave Intelectual, 2011.
- GRUN, Mauro. *Em Busca da Dimensão Ética da Educação Ambiental*. Campinas: Papirus, 2007.
- GUATTARI, Felix. *As Três Ecologias*. 9. ed. Campinas: Papirus, 1999.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Vol.I. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HEIDEGGER, Martin. *Introdução à Metafísica*. Instituto Piaget: Lisboa, 1987.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Fenomenologia do Espírito*. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2007.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- LEFF, Enrique. *Aventuras da Epistemologia Ambiental*. São Paulo: Cortez Editora, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Epistemologia Ambiental*. 5. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- LEITE, José Rubens Morato. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: RT, 2000.
- \_\_\_\_\_; Ayala, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- MORIN, Edgar. *O método 5: a humanidade da humanidade*. Porto Alegre: Sulina, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento complexo*. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- MUSETTI, Rodrigo Andreotti. Uma reflexão sobre a ecologia humana. *Revista Jurídica*, Campinas, v. 19, n.1, p. 131-140, 2003.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- NOTH, Winfried. *A Semiótica no século XX*. 3. ed. São Paulo: Annablume, 2005.
- OLIVEIRA JÚNIOR, Valdir Ferreira de. *O Estado Constitucional Solidarista: concretização constitucional e o pensamento solidarista*. 2008. 149 f. Dissertação (Mestrado em Direito)- Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia, 2008.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1997.

PELIZZOLI, Marcelo L. *A emergência do paradigma ecológico*. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

\_\_\_\_\_. A emergência do paradigma sócio-ambiental: desafios filosófico-éticos e civilizatórios. *Perspectiva filosófica*, v. VIII, n. 15, p.69 - 88, jan.-jun. 2001.

PENA-VEGA, Alfredo. *O Despertar Ecológico*: Edgar Morin e a ecologia complexa. 2. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

POPPER, Karl. *Textos escolhidos*. Organização e tradução David Miller. Rio de Janeiro: Contraponto, 2010.

REALE, Miguel. Em defesa dos valores humanísticos. *Estado de São Paulo*, São Paulo, 13. março. 2004. Espaço Aberto.

\_\_\_\_\_. Primado dos valores antropológicos. *Estado de São Paulo*, 28. Jan.2004. Espaço Aberto.

SANTOS, Boaventura de Sousa; REIS, José; HESPANHA, Pedro. *O estado e a Sociedade Civil*: a criação de actores sociais num período de reconstituição do estado. Disponível em: [www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/33.pdf](http://www.ces.uc.pt/publicacoes/oficina/ficheiros/33.pdf). 1992,

STF, AI 677647/ AP, voto do Rel. Min. *Eros Grau*, julgamento em 14-11-2007, DJ de 10-12-2007.

STJ, REsp 948.921/SP, voto do Rel. Min. *Herman Benjamin*, julgamento em 23-10-2007, Plenário, DJ de 11-11-2009.

STJ, Resp 1145083/MG, voto do Rel. *Herman Benjamin*, julgado em 27-09-2011, DJe 04-09-2012.

TAVARES, André Ramos. *Paradigmas do Judicialismo Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

VERDÚ, Pablo Lucas. *O Sentimento Constitucional: aproximação ao estudo do sentir constitucional como modo de integração política*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

ZIZEK, Slavoj. *Menos que nada*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2011.

\_\_\_\_\_. *Vivendo os fins dos Tempos*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2012.





---

## A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL DO NOVO CÓDIGO FLORESTAL E A EXPANSÃO DA CAFEICULTURA NOS MARES-DE-MORROS DO SUDESTE BRASILEIRO

---

*Erlon de Souza Reis*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O domínio dos mares-de-morros do sudeste brasileiro e a atividade cafeeira desenvolvida na região; 1.1 A dinâmica legislativa na proteção de encostas, topos de morros e regiões de elevadas altitudes; 2 Os Direitos Fundamentais à luz dos paradigmas constitucionais; 2.1 A teoria interpretativa de Ronald Dworkin; 3 Meio ambiente ecologicamente equilibrado e desenvolvimento econômico e regional; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** Objetivou-se com este trabalho analisar comparativamente as disposições contidas no antigo Código Florestal frente às inovações de cunho ambiental trazidas pela Constituição Federal de 1988 e pelo novo Código Florestal - Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. O enfoque foi dirigido às limitações constantes da legislação ambiental e seu reflexo no interesse de desenvolvimento econômico e regional por meio da expansão da cafeicultura nas encostas, topos de morros e regiões de elevadas altitudes, na específica região dos mares-de-morros do sudeste brasileiro, buscando descobrir o alcance que pode ter uma interpretação eventualmente permissiva lastreada em princípios constitucionais. Tratou-se do aparente embate entre princípios que, neste caso, assumiria a forma de colisão entre um Direito Humano Fundamental transindividual e indisponível – meio ambiente ecologicamente equilibrado – e valores expressamente consagrados na Constituição – desenvolvimento econômico e regional. Desta forma, encontrando-se em jogo princípios, garantias, valores e objetivos constitucionais em aparente conflito, a abordagem versou sobre o desenvolvimento e os limites da atividade interpretativa, buscando a medida de elasticidade que validamente se pode conferir à interpretação principiológica. Por derradeiro, buscou-se desvendar a possibilidade de se lograr, a um só tempo, o acolhimento de todos os interesses envolvidos, tendo como pano de fundo o domínio dos mares-de-morros da região sudeste brasileira, detentor de paisagem e relevo pitorescos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Código Florestal. Interpretação Principiológica . Expansão Cafeeira. Áreas de Preservação Permanente. Mares-de-Morros.

**ABSTRACT:** The objective of this work is to analyze comparatively the provisions contained in the old forest code forward to innovations addressing environmental issues brought about by Brazilian Federal Constitution of 1988 and the new Brazilian Forest Code – Federal Law n.º 12.651, of May 25, 2012. The focus will be on the limitations in the environmental legislation and its reflection in the interests of economic and regional development through the expansion of coffee on the slopes, hilltops and areas of high altitude, in the specific region of the hills's seas of southeastern Brazil, seeking to discover the range that may eventually have a permissive interpretation backed by constitutional principles. Ecologically balanced environment - explicitly and values enshrined in the Brazilian Constitution - economic and regional development of the apparent clash between principles which in this case would take the form of a collision between a Fundamental Human Right and transindividual stock will treat yourself. Thus, lying at stake principles, guarantees,

constitutional values and goals in apparent conflict, the approach will focus on the development and limits of interpretive activity, seeking the measure of elasticity that can validly confer the interpretation backed by principles. For the last, will seek to unravel - it is possible to reach, at the same time, accommodating all interests involved, with the backdrop of the mastery of the hills's seas of the southeastern Brazilian region, holder of landscape and topography picturesque.

**KEYWORDS:** New Forest Code. Interpretation Principled. Expansion Coffee. Permanent Preservation Areas. Hills's Seas.

## INTRODUÇÃO

Por meio deste trabalho objetivou-se analisar o efetivo conflito de interesses havido, de um lado, pelos cafeicultores que almejam expandir as lavouras cafeeiras ainda que em áreas especialmente protegidas, e de outro, pela indeterminação da sociedade que deseja ver protegido o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Inobstante sejam os interesses aqui tratados efetivamente conflitantes, estão em ambos os lados tutelados por normas constitucionais harmônicas e completas, donde se vê que em relação a estas só se pode falar em aparente – e não real, conflito.

Ao longo do estudo percorreu-se a dinâmica da legislação brasileira destinada à proteção de áreas fragilizadas ou com especial função de preservação ambiental, com enfoque nas atuais áreas de preservação permanente situadas em topos de morros, montes, montanhas e serras, encostas e regiões de elevadas altitudes dos mares-de-morros do sudeste brasileiro, onde tradicionalmente se desenvolve a cultura cafeeira, de importância ímpar nas searas econômica e social daquela região.

De antemão impende esclarecer que a geomorfologia<sup>1</sup> da região dos mares-de-morros do sudeste brasileiro coincide com as características de relevo especialmente protegido por lei, sendo recorrente a maciça presença de encostas, morros e terrenos de elevadas altitudes, outrora recobertos pela mata atlântica e hoje em grande parte ocupados pelos cafezais, que fazem da região o maior polo cafeeiro do país. Daí a presença de uma aparente tensão entre o Direito Fundamental ao meio ambiente equilibrado e a garantia do desenvolvimento econômico.

<sup>1</sup> Segundo LUCCI, Elian Alabi; BRANCO, Anselmo Lázaro; MENDONÇA, Cláudio, *“a geomorfologia é a ciência que estuda as formas do relevo, os processos que lhes dão origem – a sua gênese – e a sua evolução/ transformação ao longo do tempo”*. *Território e sociedade no mundo globalizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 90.

Importa ressaltar que o meio ambiente ecologicamente equilibrado está inserido na categoria dos Direitos Humanos Fundamentais, caracterizando-se por ser indisponível e transindividual, titularizado pelas atuais e futuras gerações, estando tutelado pela Constituição Federal de 1988<sup>2</sup>, por Tratados Internacionais aos quais o Brasil adere, bem como pelo novo Código Florestal<sup>3</sup>.

O interesse do desenvolvimento econômico, por sua vez, encontra-se igualmente tutelado em sede constitucional e erigido a um dos objetivos da República, materializando-se, *in casu*, através da expansão das lavouras cafeeiras para além das áreas consolidadas<sup>4</sup> até 22 de julho de 2008, limitação temporal imposta pelo artigo 61-A do novo Código Florestal<sup>5</sup>.

Assim, analisou-se a extensão que validamente se pode conferir a uma interpretação das limitações contidas na Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>6</sup>, com supedâneo em princípios constitucionais aparentemente conflitantes, em busca da medida apta a franquear tanto a proteção ambiental quanto a continuidade do desenvolvimento através da cafeicultura.

Em que pese a importância e a indisponibilidade do Direito Fundamental ao meio ambiente equilibrado, legal e constitucionalmente tutelado no Brasil, é forçoso reconhecer que a própria Constituição estabelece, em seu artigo 170<sup>7</sup>, que uma das formas de efetivação da proteção ambiental consiste justamente em se conferir tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental decorrente de cada atividade produtiva.

Assim, para o deslinde da questão houve necessariamente que se enfrentar a situação do aparente conflito entre princípios, garantias constitucionais e regras específicas, estando em jogo o Direito Humano

2 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

3 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)> Acesso em: 23.01.2014.

4 Nos termos do inciso IV, do artigo 3º, da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012 (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014), considera-se área rural consolidada aquela com ocupação antrópica preexistente a 22 de julho de 2008, com edificações, benfeitorias ou atividades agrossilvipastoris. A justificativa de fixação de referida data deve-se ao fato de que a Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9605.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014), que trata dos crimes e infrações administrativas ambientais, foi regulamentada pelo Decreto 6.514, de 22 de julho de 1998 (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/D6514.htm)>. Acesso em 23.jan.2014), tendo servido de marco para fins do reconhecimento da área consolidada.

5 BRASIL. Lei n.º 12.651 de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

6 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)> Acesso em: 23.jan.2014.

7 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

Fundamental ao meio ambiente equilibrado, o objetivo Republicano de garantia do desenvolvimento, o objetivo do desenvolvimento sustentável inserido no novo Código Florestal<sup>8</sup>, o valor da segurança jurídica, princípios da atividade econômica e, por fim, a imperiosa necessidade de uma efetiva e satisfatória ordenação do desenvolvimento econômico de forma a impedir a ocorrência de desigualdades regionais<sup>9</sup>.

Afinal, somente através do esforço conjunto e da melhor aplicação do direito pode-se lograr o ideal da dignidade da pessoa humana.

Em busca de soluções para tão tormentosa questão recorreu-se ao auxílio de modernas teorias interpretativas, elaboradas e reinterpretadas por doutrinadores do mais alto escalão, pátrios e estrangeiros. Percorreu-se o longo caminho trilhado pela humanidade em busca da garantia dos Direitos Fundamentais, visto com suas peculiaridades em cada tempo e modelo de Estado, até chegar ao moderno entendimento sobre seu conteúdo e seus métodos de interpretação.

Partindo da individualização regional dos mares-de-morros do sudeste brasileiro, demonstrou-se as peculiaridades geomorfológicas da região bem como a importância não somente econômica, como também social da cultura do café, fazendo-se um breve apanhado histórico da legislação protetiva ambiental relacionada aos tipos de relevo em questão.

Procurou-se desvendar os limites da legítima ação do homem sobre a natureza, levando em conta a especificidade daquela região e a busca pelo equilíbrio entre interesses em conflito. Daí o objetivo final desta pesquisa, de análise da nova legislação ambiental, dotada de instrumentos aptos à garantia de sua eficácia<sup>10</sup>, frente aos apelos econômicos e sociais ecoados daquela que é a mais importante região produtora de café do país.

## **1 O DOMÍNIO DOS MARES-DE-MORROS DO SUDESTE BRASILEIRO E A ATIVIDADE CAFEIEIRA DESENVOLVIDA NA REGIÃO**

O objeto do presente estudo está geograficamente limitado à região dos mares-de-morros do sudeste brasileiro, onde se situa o maior parque cafeeiro do país, sendo caracterizada pela maciça presença de morros, montes, montanhas e serras de elevadas altitudes, locais especialmente

8 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.01.2014.

9 Competência exclusiva da União, estabelecida no inciso IX, do artigo 21, da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 23.jan.2014.

10 Vide artigos 29 e 78-A da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012 (Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.01.2014), que condiciona a concessão de crédito agrícola, pelas instituições financeiras e em qualquer modalidade, à apresentação de registro do imóvel rural no Cadastro Ambiental Rural.

protegidos pela Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>11</sup> como áreas de preservação permanente.

Consequentemente, por se tratar de área de preservação permanente, está expressamente vedada a expansão das lavouras cafeeiras para além das chamadas áreas consolidadas<sup>12</sup>, sendo somente permitida a intervenção ou supressão da vegetação nativa em específicas e limitadas hipóteses de utilidade pública, interesse social e situações que representem baixo impacto ambiental<sup>13</sup>, em regra precedida de autorização do órgão ambiental competente.

Ressalte-se que as áreas consolidadas em áreas de preservação permanente não representam uma extensão da área de cultivo ou produção agropecuária, mas sim uma área fragilizada e com especial função ecológica, em que se permite a continuidade da produção já havida desde antes de 22 de julho de 2008. Portanto, requer um manejo diferenciado do resto da área produtiva, aumentando a complexidade da gestão da propriedade.

Segundo Adas<sup>14</sup>, a expressão ‘mares-de-morros’ foi cunhada pelo geógrafo francês Pierre Deffontaines, referindo-se às formações arredondadas que aparecem em rochas graníticas ou gnáissicas, estendendo-se desde o litoral do nordeste do Brasil até o litoral do Rio Grande do Sul. Na altura dos estados do Espírito Santo, do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e de São Paulo alarga-se a faixa de mares-de-morros em direção a oeste, adentrando o território nacional de forma a individualizar a região objeto deste estudo.

A seguir, buscando individualizar geograficamente a região através de ilustração, mapa constante da obra de Filizola<sup>15</sup> com a identificação dos domínios morfoclimáticos brasileiros, entre os quais o dos mares-de-morros.

11 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

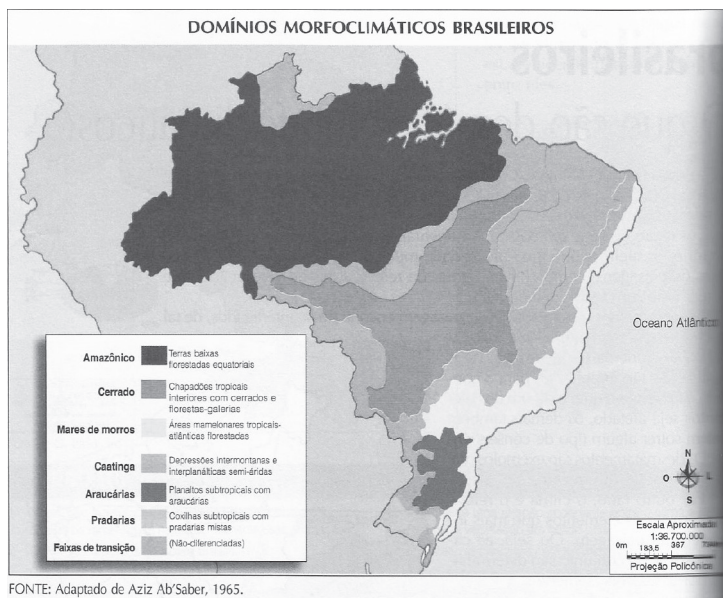
12 Inciso IV, do artigo 3º, e artigo 63, todos da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

13 Artigo 8º da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.01.2014.

14 ADAS, Melhem. *Geografia – Construção do espaço geográfico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 2002. p. 210.

15 FILIZOLA, Roberto. *Geografia. Coleção Vitória-Régia*. 2. ed. São Paulo: Lago, 2005. p. 154.

Figura 1 – Mapa dos Domínios Morfoclimáticos Brasileiros.



Especificamente a respeito do domínio dos mares-de-morros, Filizola<sup>16</sup>:

[...] esse expressivo ecossistema foi dominado por uma das mais ricas matas tropicais do planeta, a Floresta Atlântica. Também conhecido por *áreas mamelonares tropicais-atlânticas florestadas*, esse domínio tem no relevo uma outra importante característica. De fato, em vários trechos, notadamente no sudeste do país, as formas planálticas apresentam-se acompanhadas de inúmeros morros de topos convexos, resultado da ação dos agentes externos, responsáveis por uma forte decomposição de suas rochas, daí a expressão 'mares-de-morros'. [...] As inúmeras serras, como a do Mar, da Mantiqueira, dos Órgãos, da Chibata e Geral barram a umidade proveniente do oceano, provocando chuvas *orográficas*, responsáveis por elevados índices de precipitação. [...] Chuvas tão abundantes ajudaram a modelar o relevo, mas também são responsáveis por deslizamentos de encostas [...] Portanto, a ocupação dessas áreas, inclusive pela agricultura e pela pecuária, deve ser seguida de importantes medidas técnicas e de segurança.

16 FILIZOLA, Roberto. *Geografia. Coleção Vitória-Régia*. 2. ed. São Paulo: Lago, 2005. p. 163-164.

Caracteriza-se o domínio dos mares-de-morros pelo relevo montanhoso e de altitude, originariamente encoberto pela vegetação da mata atlântica, atualmente já bastante devastada. A tal respeito lecionam Almeida e Rigolin<sup>17</sup>:

A área original da mata atlântica corresponde ao espaço natural que foi mais devastado pela intensa urbanização e industrialização que ocorreram no Brasil [...]. Apesar da semelhança com os ecossistemas amazônicos, encontraremos algumas diferenças, como o fato de se localizar em um relevo montanhoso (serra do Mar e serra da Mantiqueira) e apresentar a maior biodiversidade do mundo (a grande amplitude térmica favorece uma maior biodiversidade do que a encontrada na Amazônia).

Também discorrendo a respeito do domínio dos mares-de-morros e da mata atlântica, Lucci, Branco e Mendonça<sup>18</sup>:

A exploração desse domínio natural iniciou-se com a exploração do pau-brasil. A partir da colonização, importantes atividades econômicas avançaram sucessivamente sobre esse domínio, como o cultivo da cana-de-açúcar, a exploração do ouro e de pedras preciosas e o cultivo do café. [...] A maior parte das espécies da fauna e da flora brasileiras ameaçadas de extinção é originária da mata atlântica.

Assim, por abrigar a região dos mares-de-morros os últimos resquícios do bioma da mata atlântica, nota-se o quão delicada é a questão em análise, estando-se diante de interesses antagônicos consistentes na preservação ambiental, de um lado, e na garantia do desenvolvimento econômico e regional através da expansão das lavouras cafeeiras, de outro, ambos com suporte constitucional.

Importa mencionar, a propósito, que a mata atlântica representa uma das 34 *hotspots* mundiais de biodiversidade, assim entendidas como as áreas prioritárias para conservação em decorrência da alta biodiversidade e do mais alto grau de ameaça sofrida<sup>19</sup>, nada obstante a existência de específica legislação<sup>20</sup> direcionada à proteção de referido bioma.

Conforme doutrina Milaré<sup>21</sup>, a importância ambiental da mata atlântica decorre da riqueza de sua biodiversidade, maior que a da floresta

17 ALMEIDA, Lúcia Marina Alves de. RIGOLIN, Tércio Barbosa. Geografia. 2. ed. 4. impressão. São Paulo: Ática, 2010. p. 349.

18 LUCCI, Elian Alabi. BRANCO, Anselmo Lázaro. MENDONÇA, Cláudio. *Território e sociedade no mundo globalizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 274.

19 Disponível em: <<http://www.conservation.org.br/como/index.php?id=8>>. Acesso em: 19.12.2013.

20 BRASIL. Lei n.º 11.428, de 22 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11428.htm)>. Acesso em: 25.jan.2014.

21 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 308.



amazônica, tendo sido inclusive tratada pela Constituição Federal<sup>22</sup> como patrimônio nacional. Ainda segundo referido autor<sup>23</sup>, apesar de boa parte deste bioma autopreservar-se pelas condições inóspitas das regiões serranas, verifica-se um grave comprometimento de sua qualidade em decorrência das agressões humanas, levando a uma redução da cobertura florestal para índices inferiores a 10% de sua área original. Ocorre que, como já dito, ao longo da história a região foi palco de vários ciclos do desenvolvimento econômico do país, como o da cana-de-açúcar, do ouro e do café.

É importante mencionar que um dos objetivos perseguido pelo novo Código Florestal<sup>24</sup> é a consecução do desenvolvimento sustentável, previsto já no §1º de seu artigo 1º. E o desenvolvimento desprovido de sustentabilidade resulta, segundo ensinamentos de Milaré<sup>25</sup>, no comprometimento da biodiversidade, com a aceleração de sua perda e a degradação do ecossistema, sendo justamente o que se passou com o bioma da mata atlântica.

Segundo lição de José Afonso da Silva<sup>26</sup>, o desenvolvimento sustentável consiste “na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras”.

Sendo assim, a especial proteção dispensada aos topos de morros, às encostas e às terras de elevadas altitudes, tidas como áreas de preservação permanente, representa medida indiscutivelmente legitimada pela disposição do inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 225 da Constituição Federal<sup>27</sup>, segundo a qual cabe ao Poder Público definir espaços territoriais a serem especialmente protegidos, como forma de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Para o renomado geógrafo e professor brasileiro Aziz Nacib Ab'Saber<sup>28</sup>, a característica acidentada do relevo dos mares-de-morros do sudeste brasileiro fez com que tal região fosse rotulada como inóspita às

22 BRASIL. Constituição da República Federativa. Artigo 225, parágrafo 4. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

23 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 348.

24 Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

25 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 60.

26 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000. p. 26.

27 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

28 AB'SÁBER, Aziz Nacib. *Os domínios de Natureza no Brasil. Potencialidades paisagísticas*. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003. p. 16-17.

ações antrópicas, tornando-se sobremaneira dificultoso o estabelecimento de centros urbanos e de parques industriais. Consequentemente, a atividade agrícola, com ênfase para o cultivo do café, despontou como uma das principais opções econômicas já a partir do final do século XIX, tendo representado um importante fator de fixação do homem na região.

Desta forma, em que pese a importância ambiental da região, encoberta que é por fragmentos da mata atlântica, tem-se que uma proibição geral e alheia às peculiaridades sociais poderia agravar desigualdades já impostas pelo relevo, inóspito às atividades antrópicas, historicamente contornadas por força da perfeita adaptação da cultura do café às peculiaridades geográficas da região.

Estar-se-ia, em tese, diante de um possível entrave à consecução do ideal de redução das desigualdades regionais, instituído no texto da atual Constituição Federal<sup>29</sup> como um dos objetivos da República Federativa do Brasil<sup>30</sup>.

E como se abstrai dos dados oficiais divulgados pelo Portal CONAB – Companhia Nacional de Abastecimento<sup>31</sup>, ainda hoje representa a cultura do café importante fator de desenvolvimento econômico e social em referida região, estando o maior parque cafeeiro do Brasil localizado justamente no sudeste, mais especificamente no sul do estado de Minas Gerais, no estado do Espírito Santo e na zona da mata mineira, regiões montanhosas de elevadas altitudes.

Como já dito, a perfeita adaptação da cultura do café fez com que fosse contornado um empecilho natural ao desenvolvimento da região, a saber, o relevo.

Ainda em relação ao típico relevo da região em estudo, e em conformidade com a doutrina de Amado<sup>32</sup>, de toda a área territorial brasileira (8.515.767,049 km<sup>2</sup> - dados do IBGE<sup>33</sup>) apenas cerca de 1.100 km<sup>2</sup> possuem elevação acima dos 1.800 metros, concentrando-se tais áreas, primordialmente, na região sudeste do Brasil.

Pela estimativa para a safra 2013 de café, divulgada pelo Portal CONAB<sup>34</sup>, 25,93% de todo o parque cafeeiro nacional está situado no sul do estado de Minas Gerais, seguido pelo estado do Espírito Santo

29 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

30 Inciso III, do artigo 3.º, da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

31 Disponível em: <[http://www.conab.gov.br/OlalaCMS/uploads/arquivos/13\\_09\\_09\\_15\\_34\\_48\\_boletim\\_cafe\\_-\\_setembro\\_2013.pdf](http://www.conab.gov.br/OlalaCMS/uploads/arquivos/13_09_09_15_34_48_boletim_cafe_-_setembro_2013.pdf)>. Acesso em: 14.set.2013.

32 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método. 2013. p. 218.

33 Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default\\_terr\\_tarea.shtm](http://www.ibge.gov.br/home/geociencias/cartografia/default_terr_tarea.shtm)>. Acesso em: 17.dez.2013.

34 Disponível em: <[http://www.conab.gov.br/OlalaCMS/uploads/arquivos/13\\_09\\_09\\_15\\_34\\_48\\_boletim\\_cafe\\_-\\_setembro\\_2013.pdf](http://www.conab.gov.br/OlalaCMS/uploads/arquivos/13_09_09_15_34_48_boletim_cafe_-_setembro_2013.pdf)>. Acesso em: 14.set.2013.

(22,54%) e pela zona da mata mineira, onde se encontram 15,4% de todo o café cultivado em território nacional.

Assim, o sul e a zona da mata mineiros, juntamente com o estado do Espírito Santo, são responsáveis por 63,87% de todo o café produzido no país, nada obstante tenha a cafeicultura deixado de ostentar a importância de outrora na economia nacional. Segundo Almeida e Rigolin<sup>35</sup>,

Do fim do século XIX até a crise de 1929 o café ocupou frentes pioneiras, levando o povoamento a regiões até então despovoadas, no processo conhecido como 'marcha do café', que partiu do Rio de Janeiro, atingindo o estado de São Paulo e o norte do Paraná. Depois da crise de 1929 o café não teve mais a importância que tinha na economia brasileira, como, aliás, a atividade agrária de modo geral.

Mas ainda assim é inquestionável sua grande importância social para a região, representando um estratégico elemento gerador de trabalho, renda e desenvolvimento, responsável pela fixação do homem no campo.

Acalentando os efeitos da vedação legal de expansão das lavouras nas áreas especialmente protegidas e aqui tratadas, prevem os artigos 61-A e 63 do novo Código Florestal<sup>36</sup>, ainda que de forma afastada da estrita observância do § 3º do artigo 225 da Constituição Federal<sup>37</sup>, tratamento diferenciado para as áreas consolidadas em APP, garantindo a continuidade das atividades desenvolvidas até 22 de julho de 2008 nas encostas, topos de morros e regiões de elevada altitude, bem como da infraestrutura física associada à atividade, sempre condicionada à adoção de práticas conservacionistas do solo e da água indicadas pelos órgãos de assistência técnica rural.

Entretanto, abstraindo-se o fato de que a previsão das chamadas áreas consolidadas confronta com a incondicional obrigação de reparação dos danos ambientais prevista no § 3º do artigo 225 da Constituição Federal<sup>38</sup>, manteve o legislador expressa vedação à conversão de novas áreas para uso alternativo do solo, sendo justamente onde reside o conflito de interesses tratado neste trabalho.

35 ALMEIDA, Lúcia Marina Alves de. RIGOLIN, Tércio Barbosa. Geografia. 2. ed. 4. impressão. São Paulo: Ática, 2005. p. 378.

36 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

37 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

38 As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitam os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

Noutros termos, permitiu o novo Código Florestal<sup>39</sup> a continuidade da exploração das lavouras cafeeiras existentes até 22 de julho de 2008, ainda que em áreas especialmente protegidas, vedando a expansão das lavouras, excetuadas situações de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, previstas nos incisos VIII a X, do artigo 3º, e artigo 8º, desde que inscrito o imóvel no Cadastro Ambiental Rural – CAR e precedida de autorização do órgão ambiental competente.

Ressalte-se que o legislador dispensou, neste caso, a obrigação de recomposição das áreas indevidamente utilizadas, exigindo apenas a adoção de práticas conservacionistas do solo e da água indicadas pelos órgãos de assistência técnica rural (redação do parágrafo 2º, do artigo 63<sup>40</sup>). Entretanto, adverte Alonso Jr.<sup>41</sup> que a incondicional obrigação de reparação dos danos ambientais integra-se como elemento de um Direito Humano Fundamental, estando, conseqüentemente, inserida no rol das cláusulas pétreas da Constituição Federal<sup>42</sup>, não sendo passível de redução ou abolição, nem se sujeitando à ocorrência da prescrição.

Prosseguindo, determina o inciso VI, do artigo 170 da Constituição Federal<sup>43</sup> que a ordem econômica seja norteada, no que diz respeito à defesa do meio ambiente, pelo tratamento diferenciado a ser dispensado de acordo com o impacto ambiental causado pela atividade produtiva.

Ora, considerando que a cultura do café é arbórea e perene, dispensando o continuado trânsito de maquinário pesado e preparo do solo através de aração e gradagem<sup>44</sup> (diminui a compactação do solo e a conseqüente redução da infiltração), e que a colheita imprime baixo impacto ambiental, questiona-se se a genérica vedação de expansão da cultura nos topos de morros, encostas e regiões de altitude teria respeitado o tratamento diferenciado previsto no artigo 170 da Constituição<sup>45</sup>.

Lado outro, não se pode perder de mente que os mares-de-morros representam um domínio típico e único, com fauna e flora igualmente ímpares e já extremamente ofendidas há séculos, desde a implantação

39 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

40 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

41 ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 46 e 54.

42 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Artigo 60, parágrafo 4. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

43 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

44 Gradagem é a etapa de preparação do solo para cultivo agrícola posterior à aração. Após a aração, o solo ainda poderá conter muitos torrões, o que dificultaria a emergência das sementes e o estabelecimento das culturas. Com a utilização do implemento grade, os torrões são desfeitos e a superfície do solo torna-se mais uniforme. Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Gradagem>. Acesso em: 25.01.2014.

45 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

das primeiras lavouras cafeeiras na região, sendo merecedora da especial atenção protetiva igualmente prevista na Constituição Federal brasileira, inciso III, art. 225<sup>46</sup>. Segundo Adas<sup>47</sup>:

Por volta de 1790 os cafezais penetraram na província de São Paulo, pelo vale do paraíba, ocupando as encostas ou escarpas da serra do mar e da mantiqueira recobertas pela mata tropical. Na expansão pelo vale do paraíba a cafeicultura produziu efeitos desastrosos sobre o meio ambiente, provocando imensos desmatamentos. Pela prática da chamada agricultura itinerante, derrubava-se a mata, fazia-se a queimada da vegetação restante ou dos resíduos florestais, procedia-se à limpeza do terreno e em seguida plantavam-se as mudas de café. Quando o solo não tinha mais a produtividade esperada, em virtude de seu esgotamento ou empobrecimento, a área plantada era abandonada depois que uma nova área tinha sido desmatada, queimada e recebido as mudas de café [...]. Do vale do paraíba a cafeicultura expandiu-se para o interior paulista e para a zona da mata mineira e Espírito Santo, entre aproximadamente 1850 e 1900.

Daí o conflito entre legítimos interesses constitucionalmente agasalhados: de um lado a expansão das lavouras cafeeiras sustentada no ideal de desenvolvimento econômico e social; de outro a manutenção dos já abrandados limites previstos no novo Código Florestal<sup>48</sup>, sustentada no Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Diante de tantas peculiaridades que circundam o caso, há que se desvendar a possibilidade de interpretação de uma regra proibitiva específica, formal e materialmente válida, possibilitando que a um só tempo sejam acolhidos tanto a proteção ambiental quanto os interesses econômicos e sociais.

Dando continuidade ao estudo, para um melhor sopesamento dos valores envolvidos impende considerar que o relevo especialmente acidentado da região dos mares-de-morros apresenta uma estreita relação com as dinâmicas sociais observadas ao longo dos tempos, daí decorrendo a importância social da cafeicultura para aquela região. As feições de relevo acidentado representaram um fator diretamente relacionado à gestão urbana e à industrialização na região dos mares-de-morros. A este respeito, Adas<sup>49</sup>:

46 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

47 ADAS, Melhem. *Geografia – Construção do espaço geográfico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 2002. p. 68-69.

48 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

49 ADAS, Melhem. *Geografia – Construção do espaço geográfico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 2002. p. 67.

A chegada da cafeicultura alterou profundamente essa situação espacial. Lembre-se que o espaço geográfico compreende o espaço natural e a sociedade humana, ou seja, não houve apenas alterações no ambiente natural ou físico (solo, vegetação, relevo etc.), mas também mudanças na vida social e econômica (migração para as áreas ocupadas com plantações de café, crescimento das cidades ou urbanização, construção de estradas, formação de casas comerciais nas cidades, presença de carroceiros, funcionários públicos, imigração estrangeira, etc.).

Disso resulta que o interesse na expansão da cafeicultura não está associado apenas à questão econômica, mas também à social. Ora, a gênese da vocação agrícola-cafeeira da região está intimamente relacionada ao seu característico relevo, que já àquele tempo impunha limitações à mecanização, reduzindo sensivelmente as opções de culturas a serem exploradas.

Assim, a plena adaptação da cafeicultura representou uma saída à limitação imposta pelo relevo, permitindo que se contornasse a situação desfavorável que fatalmente geraria situação de grave desigualdade regional.

Sobre o assunto, os dizeres de Filizola<sup>50</sup>:

[...] para a prática agrícola os imensos chapadões do Brasil central ou as planícies centrais dos Estados Unidos são a preferência dos agricultores. Isso porque a mecanização das lavouras é facilitada. Culturas como as da soja e do trigo utilizam máquinas colheitadeiras muito grandes e pesadas. Em terrenos muito acidentados elas não podem ser aproveitadas, pois tombam facilmente devido a seu grande peso.

Discorrendo sobre o domínio geomorfológico dos mares-de-morros, bem como sobre a direta influência exercida pelo relevo nos processos sociais observados na região, pontua Ab'Saber<sup>51</sup>:

O domínio dos mares-de-morros tem mostrado ser o meio físico, ecológico e paisagístico mais complexo e difícil do país em relação às ações antrópicas. No seu interior tem sido difícil encontrar sítios para centros urbanos de uma certa proporção, locais para parques industriais avantajados – salvo no caso das zonas colinosas das bacias de Taubaté e São Paulo – como, igualmente, tem sido difícil e muito custosa a abertura, o desdobramento e a conservação de novas estradas no meio dos morros. [...] Firmas construtoras acostumadas a operar em outros domínios morfoclimáticos do país, quando solicitadas a trabalhar na construção de estradas ou outras grandes obras na área da serra do mar e dos mares-de-morros, têm sido realmente muito infelizes em

50 FILIZOLA, Roberto. *Geografia. Coleção Vitória-Régia*. 2. ed. São Paulo: Lago, 2005. p. 69.

51 AB'SABER, Aziz Nacib. *Os domínios de natureza no Brasil. Potencialidades paisagísticas*. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003. p. 16-17.

suas operações, em grande parte devido ao seu desconhecimento quase completo das condições da paisagem, da ecologia e do meio-ambiente natural da região.

Assim, a cultura do café foi determinante para que a limitação natural ditada pelo relevo acidentado não representasse, na prática, uma condenação da região à posição de retardatária quando comparada ao restante do país. Os habitantes da região dos mares-de-morros do sudeste brasileiro adaptaram-se, assim como as lavouras cafeeiras, e contornaram uma situação naturalmente desfavorável.

De fato, mesmo com tamanha peculiaridade apresentada pelo relevo a região sempre se destacou na cultura do café, sendo oportuno mencionar que pelo relatório divulgado no Portal EMBRAPA<sup>52</sup>, citando dados da Organização Internacional do Café (OIC), em 2012, um terço do café consumido no mundo foi produzido no Brasil. A produção mundial de café naquele ano foi de cerca de 144,5 milhões de sacas de 60 kg, sendo que desse total o Brasil produziu mais de 50,8 milhões, seguido pelo Vietnã (22 milhões), Indonésia (10,9 milhões), Colômbia (8 milhões) e ainda Etiópia, Honduras, Índia, México e outros países.

Consequentemente, conforme já comprovado neste trabalho através de dados obtidos junto ao Portal CONAB, respondendo a região dos mares-de-morros, em média, por cerca de 60% da produção nacional de café, conclui-se que além de ser a maior produtora do país é também a maior produtora mundial de referida *commoditie* agrícola, estando bem à frente dos demais países produtores, aí incluída a Colômbia.

Novamente a respeito da região, comenta Ab'Saber<sup>53</sup>:

[...] a partir do vale do rio Doce que as florestas densas dos tabuleiros costeiros revestem a serra do mar espírito-santense e se adentram pelos largos compartimentos do vale, em território mineiro, abrangendo centenas de quilômetros para o interior, até as fraldas orientais da serra do espinhaço. Por sua vez, a porção sul e sul-oriental de Minas Gerais apresentava um quadro tão contínuo de florestas tropicais em áreas geomorfológicas típicas de mares-de-morros, que foi denominada zona da mata mineira.

É ainda questionável se a vedação legal instituída de forma ampla e genérica na Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>54</sup>, sem considerar especificamente a realidade de cada cultura e cada região, seria condizente

52 Portal EMBRAPA. *Um terço do café consumido no mundo é produzido no Brasil*. Disponível em: <<http://www.sapc.embrapa.br/index.php/ultimas-noticias/um-terco-do-cafe-consumido-no-mundo-e-produzido-no-brasil>>. Acesso em: 14.set.2013.

53 AB'SABER, Aziz Nacib. *Os domínios de natureza no Brasil. Potencialidades paisagísticas*. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003. p. 49.

54 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.



com a determinação de elaboração e execução de planos regionais de desenvolvimento econômico e social, prevista no inciso IX do artigo 21 da Constituição Federal<sup>55</sup>.

### 1.1 A dinâmica legislativa na proteção de encostas, topos de morros e regiões de elevadas altitudes

Fazendo-se uma breve retrospectiva da dinâmica normativa ambiental pátria, tem-se que o Brasil dispõe de uma legislação protetora das florestas, de caráter nacional, desde 1934, quando foi editado o Decreto n.º 23.793, de 23 de janeiro<sup>56</sup>, tido como o primeiro Código Florestal brasileiro. Estabeleceram-se os primeiros fundamentos para a proteção dos principais ecossistemas florestais, com o precípua objetivo de regulamentar a exploração madeireira no país. Foram definidas categorias de áreas de florestas a serem especialmente protegidas, a saber, florestas protetoras, florestas remanescentes, florestas de rendimento e florestas modelo.

Àquele tempo, o ideal de proteção ambiental era ainda incipiente, sendo oportuna a síntese criada por Souza Filho<sup>57</sup>, no sentido de que “em 30 as florestas deveriam proteger alguma coisa; em 60 elas mesmas eram o bem protegido; em 80 a proteção é voltada para o ecossistema”.

Nada obstante, como bem observa José Afonso da Silva<sup>58</sup>, tratava-se de legislação avançada para a época, prevendo em seu artigo 1º que

As florestas existentes no território nacional, consideradas em conjunto, constituíam bem de interesse comum a todos os habitantes do país, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que as leis, em geral e especialmente o Código, estabelecessem.

Em relação às regiões especificamente tratadas neste trabalho, o Decreto n.º 23.793, de 23 de janeiro de 1934<sup>59</sup> não fazia qualquer menção à preservação nos topos de morros ou regiões de elevadas altitudes, apesar de, em seus artigos 4º, 22 e 24, traçar regras proibitivas do desmatamento nas encostas em específicas situações, demonstrando certa preocupação com a preservação dos recursos hídricos, da paisagem, com a estabilidade geológica, com a biodiversidade e com o bem-estar populacional. Assim:

55 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

56 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d23793.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

57 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Espaços ambientais protegidos e unidades de conservação*. 1. ed. Curitiba: Universitária Champagnat, 1993. p. 20.

58 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000. p. 159.

59 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1930-1949/d23793.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d23793.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.



Art. 22. É proibido mesmo aos proprietários:

[..]

h) devastar a vegetação das encostas de morros que sirvam de moldura e sítios e paisagens pitorescas dos centros urbanos e seus arredores ou as matas, mesmo em formação, plantadas por conta da administração pública, no caso do artigo 13, § 2º, ou que, por sua situação, estejam evidentemente compreendidas em qualquer das hypotheses previstas nas letras a a g, do artigo 4º.

[..]

Art. 4º Serão consideradas florestas protectoras as que, por sua localização, servirem conjuncta ou separadamente para qualquer dos fins seguintes:

- a) conservar o regimen das aguas;
- b) evitar a erosão das terras pela acção dos agentes naturaes;
- c) fixar dunas;
- d) auxiliar a defesa das fronteiras, de modo julgado necessario pelas autoridades militares;
- e) assegurar condições de salubridade publica;
- f) proteger sítios que por sua belleza mereçam ser conservados;
- g) asilar especimens raros de fauna indigena.

[..]

Art. 24. As proibições dos arts. 22 e 23 só se referem à vegetação espontanea, ou resultante do trabalho feito por conta da administração pública, ou de associações protectoras da natureza. Das resultantes de sua propria iniciativa, sem a compensação conferida pelos poderes publicos, poderá dispor o proprietario das terras, ressalvados os demais dispositivos deste codigo, e a desapropriação na forma da lei.

Assim, em que pese a existência de referidos dispositivos legais protetivos, a realidade sociopolítica da época ainda não exigia a implantação de medidas protetivas mais amplas, como as observadas a partir do advento da Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965<sup>60</sup>. Referida lei, intitulada de segundo Código Florestal brasileiro<sup>61</sup> e doravante tratada simplesmente como ‘antigo Código Florestal’, inovou ao instituir as chamadas áreas de preservação permanente, direcionadas à preservação dos recursos hídricos, da paisagem, da estabilidade

60 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

61 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

geológica, da biodiversidade, do fluxo gênico de fauna e flora, à proteção do solo e à consecução do bem-estar das populações humanas.

Suprindo as lacunas até então existentes, reconheceu a Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965<sup>62</sup> a necessidade de preservação permanente das florestas e demais formas de vegetação natural situadas, entre outros, no topo dos morros, montes, montanhas e serras, nas encostas (ou partes destas) com declividade superior a 45°, e as florestas nativas e vegetações campestres situadas nos campos naturais ou artificiais em regiões de altitude superior a 1.800 metros.

Com o advento da Lei n.º 7.803, de 18 de julho de 1989<sup>63</sup>, a proteção ambiental restou incrementada diante da tutela não mais somente das 'florestas nativas e vegetações campestres' das regiões de altitudes superiores aos 1.800 metros, conforme previsto na redação original do código florestal de 1965<sup>64</sup>, como também 'de toda e qualquer forma de vegetação' ali encontrada, protegidas doravante pela insígnia da preservação permanente.

Dita alteração, ao estender a garantia originariamente prevista a toda e qualquer forma de vegetação, representou respeito ao princípio ambiental da proibição de retrocesso, segundo o qual é defeso, nos dizeres de Amado<sup>65</sup>, salvo de forma temporária e em situações calamitosas, o recuo dos patamares legais de proteção ambiental, sendo um princípio especialmente voltado ao Poder Legislativo. Desta forma, em regra, a legislação protetiva ambiental não pode retroceder, devendo incrementar a proteção ou, no mínimo, manter os patamares já existentes.

Segundo Amado<sup>66</sup>, a proteção ambiental nas encostas foi orientada pela necessidade de prevenir a ocorrência de desmoronamentos de terra através da manutenção da vegetação nativa; nos topos de morros, pela necessidade de atenuar a erosão do solo, servir de corredor ecológico entre ecossistemas elevados, facilitar a dispersão das sementes e recarregar os aquíferos; e nas regiões de elevada altitude, pela necessidade de preservar a fauna e a flora típicas.

Prosseguindo com a dinâmica protetiva, em 05 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil<sup>67</sup>,

62 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

63 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7803.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7803.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

64 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

65 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 80.

66 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. Método, 2013. p.209 e 217.

67 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

sendo a primeira a dedicar um capítulo específico ao tema da proteção ambiental.

Orientada pela dinâmica e pelas reivindicações sociais, e seguindo, ainda nos dizeres de Amado<sup>68</sup>, “a crescente tendência mundial na positivação constitucional das normas protetivas do meio ambiente”, conferiu-se especial destaque ao tema ambiental, tendo-se erigido ao nível de Direito Fundamental o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A proteção ao ecossistema, entendido por José Afonso da Silva<sup>69</sup> como “o sistema de plantas, animais e microorganismos interagindo entre si e com os elementos inanimados de seu meio”, passou a ser a tônica da ideia de preservação ambiental, tendo-se imposto tanto ao Poder Público quanto à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

A incumbência da tarefa de preservação ambiental a todos, incluída as esferas pública e privada, prevista no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal<sup>70</sup>, representa a materialização do princípio da solidariedade intergeracional. Tal responsabilidade pulverizada decorre de que, nos dizeres de Carvalho Netto<sup>71</sup>,

[...] usualmente, em todos esses direitos denominados de terceira geração, o Estado é o contraventor central, por ação ou omissão. A sociedade civil é, precisamente, aquela instância capaz de lutar por esses direitos e de zelar pela eficácia deles. [...]

Neste mesmo sentido pontua Oscar Vilhena Vieira, citado por Alonso Jr.<sup>72</sup>:

Embora os preceitos estabelecidos pelos principais instrumentos de direitos humanos alcancem normalmente consenso entre os povos, não raramente aqueles que se encontram no poder ou que pelo menos exercem o poder coercitivo ou econômico dentro de uma sociedade têm dificuldade em agir em conformidade com a gramática dos direitos humanos. Somente a partir da ação das entidades que se organizam no seio da sociedade, assim como da comunidade internacional, é que veremos aqueles dispositivos [...] transformados em realidade.

68 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. Método. 2013. p. 22.

69 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000. p. 154.

70 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

71 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

72 ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 23.

A respeito do princípio da solidariedade intergeracional, a lição de José Carlos Barbieri, citado por Milaré<sup>73</sup>:

Considerando que o conceito de desenvolvimento sustentável sugere o legado permanente de uma geração a outra, para que todas possam prover suas necessidades, a sustentabilidade, ou seja, a qualidade daquilo que é sustentável, passa a incorporar o significado de manutenção e conservação *ad aeternum* dos recursos naturais.

Desta forma, a incumbência protetiva do meio ambiente dirigida a toda a coletividade e ao Poder Público, de forma igualitária e equidistante, representou um grande passo em direção à construção da democracia. Nos dizeres do filósofo e sociólogo alemão Jürgen Habermas, ainda citado por Carvalho Netto<sup>74</sup>, está-se diante da “equiprimordialidade das dimensões pública e privada”, situação indispensável ao processo de construção democrática.

Consagrou-se, pelo artigo 225 da Constituição Federal de 1988<sup>75</sup>, que o meio ambiente ecologicamente equilibrado representa bem de uso comum do povo, pertence à indeterminação da coletividade, às gerações atuais e futuras, não integrando o patrimônio disponível de quem quer que seja. Daí a noção de sua indisponibilidade, fazendo com que seja altamente questionável a previsão legal das chamadas áreas consolidadas em APP e em reserva legal<sup>76</sup> frente à incondicional obrigação de reparação dos danos ambientais, trazida pelo § 3º do artigo 225 da Constituição Federal<sup>77</sup>.

Inobstante, fato é que pela primeira vez no Brasil foi reconhecido o âmbito constitucional do direito ao meio ambiente equilibrado. A este respeito, Amado<sup>78</sup>:

Hoje, no Brasil, toda a base do Direito Ambiental se encontra cristalizada na Lei Maior: competências legislativas, competências administrativas, ordem econômica ambiental, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural, meio ambiente natural [...] formando o denominado Direito Constitucional Ambiental.

73 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 54.

74 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

75 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

76 BRASIL. Artigos 61-A e 66, da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.01.2014.

77 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

78 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. Método. 2013. p. 23.

Foram ainda inseridos no texto da Constituição Federal de 1988<sup>79</sup> princípios protetivos do meio ambiente, representando uma grande e louvável inovação dado o caráter normativo que aos mesmos modernamente é reconhecido<sup>80</sup>.

Prosseguindo na dinâmica da legislação ambiental brasileira, temos que aos 25 de maio de 2012 veio à tona, após longo processo de discussão com ampla participação da sociedade civil<sup>81</sup>, o novo Código Florestal, materializado através da Lei n.º 12.651<sup>82</sup>.

Seu advento deu-se após quase 47 anos de vigência do antigo Código Florestal<sup>83</sup>, e quase 24 anos após promulgada a Constituição Federal de 1988<sup>84</sup>, tendo-se ainda assim limitado a uma quase repetição das disposições protetivas relacionadas aos topos de morros, encostas e regiões de elevadas altitudes, presentes desde 1965.

Logo no § 1º do artigo 1º do novo Código Florestal<sup>85</sup> consta que o objetivo da lei é a consecução do desenvolvimento sustentável, entendido por Milaré<sup>86</sup> como sendo o resultado da conciliação entre desenvolvimento, preservação ambiental e melhoria da qualidade de vida.

Para Neira Alva, também citada por Milaré<sup>87</sup>, “a sustentabilidade pode ser entendida como um conceito ecológico – isto é, como a capacidade que tem um ecossistema de atender às necessidades das populações que nele vivem [...]”.

Assim como já constava no antigo Código Florestal<sup>88</sup>, no atual as regiões especificamente tratadas neste trabalho (topos de morros, encostas e regiões elevadas) mantiveram-se especialmente tuteladas através da insígnia de áreas de preservação permanente. Mas em

79 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

80 Segundo Mendes e Branco, “ganhou a doutrina mais moderna uma classificação das normas, que as separa em regras e princípios.” MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 72.

81 A aprovação do novo Código Florestal ocorreu sob inúmeros atos de protestos e mobilizações populares espalhados pelo país, liderados por ONGs e ambientalistas contrários à aprovação do texto legal por vislumbrarem um abrandamento das regras protetivas ambientais. Citam-se, por exemplo, movimentos como o #florestafazadiferença, e o #vetadilma.

82 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.01.2014.

83 BRASIL. Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

84 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.01.2014.

85 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

86 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 52.

87 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 59.

88 BRASIL. Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

que pese a primeira impressão de repetição literal do texto do antigo Código<sup>89</sup>, no que diz respeito às mencionadas áreas, após uma acurada análise observa-se o implemento de sutis alterações flexibilizadoras.

De fato, enquanto que a alínea *d* do artigo 2º da Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965<sup>90</sup> considerava como especialmente protegidas como APP as florestas e demais formas de vegetação natural situadas no topo de morros, montes, montanhas e serras, independentemente de qualquer ressalva quanto à altura mínima ou inclinação média, pelo inciso IX, do artigo 4º, da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>91</sup>, passou-se a exigir, para fins de configuração como área de preservação permanente, contasse o morro, monte, montanha ou serra altura mínima de 100 metros, somada à inclinação média superior aos 25º. Para Amado<sup>92</sup>, trata a hipótese de um nítido exemplo de retrocesso na proteção ambiental no Brasil.

A respeito do tema, artigo publicado no sítio Plataforma Montanhas<sup>93</sup> dando conta de que com a nova redação as áreas de preservação permanente em topos de morros, montes, montanhas e serras seriam reduzidas a menos de 10% das atualmente existentes. Confira-se:

[...] No Brasil, 25 graus de inclinação média dificilmente ocorre em morros ou montes, e praticamente nunca em montanhas e serras (salvo alguns penhascos que tenham a base próxima), visto que a base encontra-se em geral distante dos cumes [...].

[...] a inclinação média das elevações será muito baixa (em geral abaixo de 15 graus), de modo que a grande maioria das elevações perderá a sua atual APP de topo.

[...] A condição "... nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação" praticamente elimina as APP de topo em "relevos ondulados", visto que não se verificará declividades médias maiores que 25 graus até os pontos de sela mais próximos dos picos desse tipo de relevo, (em geral abaixo de 15 graus), pois a característica dos relevos ondulados são as cumeadas suaves e topos arredondados.

[...] As formações de mares de morros em parte podem formar ou conter formações de morros isolados, devendo ser esclarecido qual o critério

89 BRASIL. Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

90 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14771.htm)>. Acesso em: 23.01.2014.

91 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

92 AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método. 2013. p. 216.

93 Disponível em: <<http://plataforma-montanhas.rio20.net/2011/12/03/alerta-codigo-florestal-topo-de-morros-montanhas-serras-urgente/>>. Acesso em: 13.jan.2014.

que distinguirá essas formações para efeito de aplicação da norma, haja vista que não existem separadamente onde se interconectam.

Assim, nota-se que a mencionada “repetição” das disposições protetivas relacionadas aos topos de morros, encostas e regiões de elevadas altitudes é meramente aparente, havendo específicas peculiaridades no texto constante da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>94</sup>.

Ressalte-se ainda, mais uma vez, o abrandamento protetivo representado pela criação da nova figura jurídica das áreas consolidadas, altamente questionável frente à incondicional obrigação de reparação dos danos ambientais prevista no § 3º do artigo 225 da Constituição Federal<sup>95</sup>, bem como da indisponibilidade do Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Na prática, o legislador acabou por dispor de um direito indisponível, do qual nem era titular exclusivo, contrariando também o princípio da solidariedade intergeracional. Daí a ocorrência de tantos manifestos populares no sentido do veto ao texto da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>96</sup>.

À par de tudo isso, temos que os novos princípios e garantias, trazidos no texto da Constituição Federal de 1988<sup>97</sup>, retiraram em definitivo a aparente simplicidade ínsita à questão da expansão da cafeicultura nas áreas de preservação permanente. Previstos estão tanto o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado quanto o valor do desenvolvimento econômico, representando tal situação um fértil campo para tensões. Previsto também está (artigo 170 da Constituição Federal<sup>98</sup>) que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho, devendo-se orientar por princípios como o da defesa ambiental e o da redução das desigualdades regionais e sociais, garantido o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços, bem como pelos processos de elaboração e prestação.

Para o jus-filósofo norte-americano Ronald Dworkin, o direito é um sistema aberto de princípios e regras, sendo que a Constituição constitui uma comunidade fundada sobre princípios. Para referido autor, citado por Carvalho Netto<sup>99</sup>,

94 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

95 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

96 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

97 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

98 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

99 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da constituição*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

[...] princípios contrários não são somente opostos, mas se requerem complementarmente como parte da integridade complexa do Direito no momento de sua aplicação, e nunca podem ser considerados isoladamente; já as regras, em seu modo típico de aplicação, ao invés disso, requerem a crença que hoje sabemos implausível de que as normas, por si sós, seriam capazes de regular as situações sempre individuais, concretas e infinitamente complexas da vida, sem a mediação do aplicador.

Além da inserção de inúmeros princípios e garantias no texto da Constituição Federal de 1988<sup>100</sup>, foram desenvolvidos novos e eficazes instrumentos protetivos no novo Código Florestal<sup>101</sup>, aumentando ainda mais a possibilidade de ocorrência de tensões e conflitos de interesses. Como instrumento de eficácia pode-se citar a previsão contida no artigo 78-A da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>102</sup>, que condiciona a liberação de crédito agrícola pelas instituições financeiras à regularização da propriedade rural perante o Cadastro Ambiental Rural (CAR). Assim, caso a propriedade imobiliária rural não esteja formalmente adequada às normas de proteção ambiental, será impossível a tomada de crédito para o desenvolvimento da atividade agrícola perante instituições financeiras pátrias.

Em suma, ainda que tenha o novo Código Florestal<sup>103</sup> praticamente repetido as disposições protetivas dirigidas às encostas, topos de morros e regiões de altitude, constantes do antigo Código Florestal de 1965<sup>104</sup>, e tenha abrandado o tratamento protetivo ao instituir as áreas consolidadas em APP (artigos 61-A e 63 da Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>105</sup>), a inquietação subsiste tendo em vista o interesse de expansão da cafeicultura no domínio paisagístico macroecológico brasileiro que hospeda o maior polo cafeeiro do país.

E nem se diga que a existência da regra específica e válida, impeditiva da expansão desejada, retiraria o interesse pelo debate.

Já se foi o tempo em que imperava o positivismo e em que se acreditava que a elaboração de normas formalmente perfeitas e específicas eliminaria por completo todos os problemas.

100 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

101 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

102 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

103 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

104 BRASIL. Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

105 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.



Atualmente, aderindo mais uma vez ao pensamento de Carvalho Netto<sup>106</sup>, não mais subsiste a crença de que ao aplicador do direito caberia tão-somente o trabalho mecânico e silogístico de aplicação das normas às situações concretas, de forma padronizada, desconsiderando as peculiaridades de cada caso concreto. Do aplicador do direito se exige, atualmente, a efetiva mediação, repleta de sensibilidade, de forma a reconstruir aquela específica situação individual e concreta de aplicação, em sua unicidade e irrepetibilidade, para que assim se possa garantir a integridade do direito.

## 2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À LUZ DOS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

No Direito Constitucional, assim como nas demais searas do conhecimento científico, os paradigmas apresentam-se como modelos-padrão sujeitos a constantes alterações ditadas pelo tempo, inseridos que estão num dinâmico e infundável processo de amadurecimento, reconstrução e superação. Isto se dá em decorrência da mudança do olhar sobre aquela específica situação, já num outro momento carregado de novas peculiaridades, aspirações e impressões, resultando na alteração daquela percepção inicial.

Ao longo do tempo, desde o surgimento dos Estados modernos, viu-se a ascensão e o declínio de paradigmas constitucionais como o do Estado Liberal e o do Estado Social, tendo cada qual sintetizado as percepções e aspirações sociais de seu tempo. Atualmente prevalece o paradigma do Estado Democrático de Direito<sup>107</sup>, condizente com o atual estágio em que se encontra a sociedade.

A este respeito, as lições de Alonso Jr.<sup>108</sup>:

As Declarações de Direitos se sucedem [...] como forma de proteção do indivíduo, primeiro oponíveis ao Estado soberano sob o prisma individualista, na afirmação das naturais liberdades clássicas, como por exemplo, o direito à vida privada, de opinião e religião e os exercidos coletivamente, *v.g.*, os direitos de associação e de reunião (direitos de primeira geração – civis e políticos); depois por meio dos denominados direitos de segunda geração, conhecidos como de crédito, em que valores sociais, culturais e econômicos, como o direito ao trabalho e educação, demandam, por parte sobretudo do Estado, realizações concretas,

106 CARVALHO NETTO, Menelck de. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da constituição*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

107 Vide o 'caput' do artigo 1. da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

108 ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 18.

propiciando ao povo melhores condições de desenvolvimento, e, por fim, sequencialmente, a terceira geração e até a quarta geração de direitos, nas quais se encontram direitos mais que coletivos, difusos, tuteladores da qualidade de vida dos povos, como a paz mundial e o meio ambiente sadio e equilibrado – valores estes classificados pelo cunho solidário que encerram.

Segundo Habermas, citado por Acunha<sup>109</sup>, paradigmas correspondem “a um acúmulo de conhecimentos, pré-compreensões e entendimentos que auxilia a interpretação do direito e a própria identificação de problemas e questões a serem juridicamente tratadas”.

Assim, por existir em cada época um específico feixe de expectativas e anseios sociais, sustentados em peculiares circunstâncias ali vivenciadas, fica claro e aceitável que em cada tempo tutelar o Direito uma gama de interesses, variando também a compreensão da sociedade sobre o próprio Direito. Pode-se dizer que a compreensão da sociedade sobre a proteção ambiental alterou-se ao longo da história, variando de tempo em tempo, até chegar ao paradigma constitucional atual, do Estado Democrático de Direito.

Da mesma forma, guiada por paradigmas construídos e reconstruídos ao longo do tempo, a teoria constitucional também se encontra em permanente mutação, refletindo na forma como se desenvolve a atividade interpretativa.

Num breve histórico sobre a dinâmica dos paradigmas constitucionais, tem-se que com o fim do absolutismo e a ascensão dos Estados modernos a sociedade viu-se diante da oportunidade de saciar suas necessidades mínimas, assim entendidas a garantia da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica, tendo então despontado o modelo de Estado Liberal.

Esperava-se das constituições da época a garantia mínima do cidadão em face do Estado, tendo-se materializado a proteção aos direitos individuais e políticos, intitulados como Direitos Fundamentais de primeira geração.

Ressalte-se que, nos dizeres de Mendes e Branco<sup>110</sup>, a classificação dos Direitos Fundamentais em primeira, segunda e terceira gerações “é estabelecida apenas com o propósito de situar os diferentes momentos em que esses grupos de direitos surgem como reivindicações acolhidas pela ordem jurídica”.

109 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 13.jan.2014.

110 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 138.

O que caracterizava o modelo de Estado Liberal era justamente a busca pela segurança jurídica, obtida através da formalização de regras, culminando na moderna concepção positivista do direito. Nas palavras de Norberto Bobbio<sup>111</sup>,

[...] na idade média o direito natural é considerado superior ao direito positivo, posto seja o primeiro visto não mais como simples direito comum, mas como norma fundada na vontade de Deus e por este participada à razão humana. A passagem da concepção jusnaturalista à positivista está ligada à formação do estado moderno, que surge com a dissolução da sociedade medieval.

Fazendo-se um paralelo com o Direito Ambiental, pela ótica do paradigma Liberal a proteção ambiental não estaria erigida à garantia fundamental do cidadão, representando em verdade uma espécie de invasão ao inarredável direito da propriedade privada. A imposição de regras limitadoras do direito de pleno uso da propriedade representaria, por assim dizer, uma forma de agressão à propriedade privada e ao direito de liberdade dos cidadãos, tendo em mira que ao Estado Liberal cabia garantir o máximo de liberdade aos indivíduos.

Desta forma, pela ótica e pelos anseios da sociedade ao tempo do modelo de Estado Liberal, seria inadmissível ao Poder Público impor regras impeditivas da intervenção ou supressão da vegetação pelo proprietário particular, como atualmente está previsto no novo Código Florestal<sup>112</sup> em relação aos topos de morros, encostas e regiões de elevadas altitudes.

É importante ressaltar que referido modelo não representava a predileção de algum tecnocrata, mas sim a sistematização da visão social então predominante, resultante do já mencionado processo de reconstrução e superação, consideradas as peculiaridades, aspirações e impressões sociais então existentes. Nos dizeres de Leonardo Boff, citado por Milaré<sup>113</sup>,

A preocupação com o ambiente (ou com a ecologia) não é, enfim, luxo das classes dominantes ou modismo momentâneo – a questão ecológica remete a um novo estágio da consciência mundial: a importância da Terra como um todo, o destino comum da natureza e do ser humano [...].

Ocorre que a situação de desregulação e alheação do Poder Público atingiu uma proporção tal, que acabou por culminar no desaparecimento,

111 BOBBIO, Norberto. *Lições de filosofia de direito*. São Paulo: Ícone Ltda., 1996. p. 25-26.

112 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

113 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 113.

no seio da sociedade, do próprio sentido do 'social', restando apenas a ideia do individual e as catastróficas consequências desta visão. A alheação do Poder Público frente aos problemas sociais, agravados pelas pressões trazidas pela crescente industrialização, indicaram que já era tempo de exigir do Estado um papel ativo na promoção da justiça social. A dinâmica social havia demonstrado que o fenômeno da legalização (e consequente segurança jurídica), em que pesasse sua importância, não havia bastado para suprir as necessidades ditadas pela vida em sociedade, fazendo-se necessária uma efetiva atuação do Poder Público em busca da proteção de direitos e interesses sociais. Era a nova exigência daquele momento.

Foi então que se verificou a dinâmica do paradigma do Estado Liberal para o do Estado Social, caracterizada pelo incremento consistente na atuação direta da administração pública por meio de políticas de justiça e bem-estar social. Passam então a ser positivados nas constituições, no início do século XX, os Direitos Sociais e Econômicos, denominados Direitos Fundamentais de segunda geração.

Mas tal redirecionamento se deu sem prejuízo da manutenção da segurança jurídica já galgada, caracterizando, na prática, o somatório dos Direitos Fundamentais de primeira geração aos de segunda geração. Na verdade a dinâmica do entendimento sobre o Direito ditou uma nova interpretação sobre a Igualdade, antes garantida meramente em seu sentido formal.

Agora a sociedade já sentia a necessidade de que a igualdade fosse plena e materialmente garantida, não bastando sua compreensão em seu sentido meramente formal. E para a promoção da igualdade material esperava-se do Poder Público uma ampla e efetiva atuação positiva nas searas social e econômica.

Assim, fazendo-se um paralelo entre o paradigma do Estado Social e a proteção ambiental, tem-se a prevalência dos interesses econômicos, com vistas à promoção da justiça social, sobre o incipiente interesse de proteção ambiental. De fato, antes mesmo do advento da Constituição Federal de 1988<sup>114</sup> já se encontravam constitucionalmente tutelados os interesses econômicos e sociais, ao contrário do que ocorria em relação à proteção ambiental, erigida ao nível constitucional somente a partir do advento da Constituição Federal de 1988<sup>115</sup>.

---

114 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

115 Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

É deste período o antigo Código Florestal<sup>116</sup>, que na seguinte passagem retrata bem a plena supremacia dos interesses econômicos sobre os ambientais:

Art. 19. Visando a maior rendimento econômico é permitido aos proprietários de florestas heterogêneas transformá-las em homogêneas, executando trabalho de derrubada a um só tempo ou sucessivamente, de toda a vegetação a substituir desde que assinem, antes do início dos trabalhos, perante a autoridade competente, termo de obrigação de reposição e tratos culturais.

Finalmente, diante do agigantamento burocrático do Estado causado pelo modelo social, uma nova compreensão sobre o relacionamento entre Estado e sociedade deu ensejo ao paradigma do Estado Democrático de Direito, fazendo despontar os chamados Direitos Humanos Fundamentais de terceira geração.

A terceira geração de Direitos Fundamentais caracteriza-se pela titularidade difusa ou coletiva e pelo ideal de proteção não do indivíduo isoladamente considerado, mas da coletividade e de seus interesses de um modo geral, aí incluída a proteção do meio ambiente. Nos dizeres de Milaré<sup>117</sup>, “não se trata, porém, de uma questão cronológica: as ideias mudam, assim como as preocupações”.

A respeito da positivação dos Direitos Humanos Fundamentais, Lindgren Alves, citado por Alonso Jr.<sup>118</sup>, refere que sua gênese encontra-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, ao passo que, já em relação ao específico Direito Fundamental ao meio ambiente equilibrado, e agora nas palavras de José Afonso da Silva<sup>119</sup>, “foi reconhecido pela *Declaração do Meio Ambiente*, adotado pela Conferência das Nações Unidas, em Estocolmo, em junho de 1972.”

Mas repita-se, e agora com base na doutrina de Mendes e Branco<sup>120</sup>, quando se fala em sucessão de gerações de Direitos Fundamentais não se quer dizer que os Direitos previstos num momento tenham sido suplantados por aqueles surgidos mais recentemente. Há entre eles somatório e coexistência.

Neste sentido, especificamente no que se refere à conquista da segurança jurídica, basta uma análise da denominação “de Direito”,

116 BRASIL. Lei n.º 4.771, de 15 de setembro de 1965. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/14771.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14771.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

117 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 143.

118 ALONSO JR., Hamilton. Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 34.

119 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000. p. 58.

120 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 138.

constante do paradigma constitucional do Estado Democrático de Direito, para que se perceba que o processo democrático não prescinde do respeito à segurança jurídica.

Mas é igualmente certo que a segurança não pode se sobrepor ao ideal de justiça, não podendo o Direito se sobrepor e contrariar o próprio Direito<sup>121</sup>. Daí a necessidade de interpretação da regra, ainda que específica, à luz dos princípios constitucionais e em conformidade com as peculiaridades concretas de cada caso, mostrando-se totalmente pertinente a interpretação das regras restritivas à expansão das fronteiras agrícolas, ainda que em topos de morros, encostas e regiões de elevadas altitudes.

Finalmente, a respeito do reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como Direito Fundamental no Brasil, salienta Milare<sup>122</sup> que tal decorre da previsão constante do § 2º, do art. 5º da Constituição Federal<sup>123</sup>, estando sustentado em princípios e tratados internacionais aos quais o Brasil adere, representando uma verdadeira extensão do direito à vida.

E dada a magnitude de sua importância, foi especificamente dedicado ao tema um Capítulo integral no texto da Constituição Federal de 1988<sup>124</sup>, representando a proteção ambiental uma tarefa constitucionalmente atribuída a todos, Poder Público e coletividade (princípio da solidariedade intergeracional)<sup>125</sup>, em atenção a sua indisponibilidade e titularidade difusa.

## 2.1 A teoria interpretativa de Ronald Dworkin

No século XIX despontou no mundo jurídico ocidental a doutrina positivista, tendo como característica marcante, segundo lições de Scotti<sup>126</sup>, o predomínio do ideal de segurança jurídica sobre o de justiça. O ordenamento jurídico era limitadamente compreendido como um

121 Segundo Carvalho Netto e Scotti, o direito, entendido em sua integridade, não pode se voltar contra o próprio direito. *Limites internos e externos e o "conflito de valores"*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

122 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 158.

123 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

124 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

125 Artigo 225, 'caput', da Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

126 SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

sistema autossuficiente de regras, sendo o direito aquilatado pelos seus aspectos puramente formais.

Para o positivismo a fiel observância do texto contido na regra era considerada um bem em si mesmo, não podendo o aplicador arvorar-se por questões afetas ao conteúdo da norma ou aos princípios, visto tal conduta como potencialmente geradora de insegurança jurídica. Em sendo assim, esperava-se do aplicador uma postura de neutralidade, subsunção e vinculação, devendo-se limitar a respeitar a vontade política materializada na regra, aplicando-a.

Entretanto, de forma invariável surgiam lacunas no ordenamento jurídico, eis que na prática é impossível a prévia regulação de todas as situações e de todos os aspectos do comportamento humano através de regras abstratas. Daí o surgimento dos *hard cases*, consistentes em situações concretas lacunosas, postas à análise judicial sem qualquer pertinência normativa específica.

Mas ora, tendo o estado moderno trazido a si o monopólio da função jurisdicional, não podia pronunciar o *non liquet*, deixando de prestar a jurisdição a pretexto da inexistência de uma regra jurídica específica. Assim, buscando solucionar o impasse representado pelos *hard cases* franqueou a doutrina positivista ao julgador a alternativa da discricionariedade. A tal respeito o pensamento de Hart, citado por Cella<sup>127</sup>:

[...] haverá pontos em que o direito existente não consegue ditar qualquer decisão que seja correta e, para decidir os casos em que tal ocorra, o juiz deve exercer os seus poderes de criação do direito. Mas não deve fazer isso de forma arbitrária: isto é, ele deve sempre ter certas razões gerais para justificar a sua decisão e deve agir como um legislador consciencioso agiria, decidindo de acordo com as suas próprias crenças e valores. Mas se ele satisfizer estas condições, tem o direito de observar padrões e razões para a decisão, que não são ditadas pelo direito e podem diferir dos seguidos por outros juízes confrontados com casos difíceis semelhantes.

Tal alternativa acabou por conduzir o julgador à função de criador do direito a ser aplicado em cada caso concreto, sendo que mesmo assim insistia o positivismo na ficção de que a norma que supria a lacuna não havia sido criada pelo julgador, sendo pretensamente pré-existente e não ofensora à segurança jurídica.

Entretanto, na prática a alternativa trazida pelo positivismo fez com que os julgadores passassem a atuar como uma espécie de legisladores delegados, valendo-se de argumentos de política quando do

127 CELLA, José Renato Gaziero. *Legalidad y Discricionariedad: La discusión HART y DWORKIN*. p. 9. Disponível em: <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_27.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf)>. Acesso em: 16.jan.2014.

desempenho de seu mister, sem necessariamente recorrerem a algum princípio jurídico. Isto representava uma afronta à teoria da separação dos Poderes. Desta forma, segundo Scotti<sup>128</sup>, objetivos econômicos e valores os mais sortidos, tidos como importantes por cada julgador segundo sua específica consciência, poderiam sustentar a decisão judicial relativa ao caso lacunoso, não se baseando, necessariamente, em princípios jurídicos.

Segundo doutrina Scotti<sup>129</sup>, referida alternativa positivista era rechaçada pelo jusfilósofo norte-americano Ronald Dworkin, que defendia que as decisões deveriam primar e basear-se em argumentos de princípio, e não em argumentos de política, dada a essencial distinção entre as atividades jurisdicional e legislativa. A aplicação da discricionariedade resultaria, na visão de Dworkin, em ofensa aos princípios da tripartição dos poderes e da irretroatividade das leis, sendo mesmo desnecessária dada a determinação e completude do direito. Afinal, o direito seria composto não apenas por normas específicas, mas também por normas abstratas, principiológicas, aptas a garantir a preservação da coerência jurídica.

Ainda para Dworkin, citado por Mendes e Branco<sup>130</sup>, a diferença básica entre regra e princípio reside no tipo de diretiva que cada qual apresenta. As regras aplicar-se-iam segundo a sistemática do “tudo ou nada”, de forma categórica, fazendo desencadear automaticamente as consequências jurídicas. Os princípios, por sua vez, possuíam a dimensão qualitativa, de peso, ausente nas regras. Assim, os princípios poderiam interferir uns nos outros, devendo-se considerar o peso de cada um para fins de equacionamento dos aparentes conflitos, sem que jamais fosse um tomado como exceção do outro.

No caso de aparente conflito entre princípios, ainda segundo Mendes e Branco<sup>131</sup>, há que se buscar a conciliação, a aplicação de cada qual em extensões variadas segundo a particular relevância no caso concreto, sem que se exclua um deles do ordenamento jurídico.

Assim, o que na prática propunha Dworkin eram métodos interpretativos lastreados em princípios constitucionais, dirigidos à melhor aplicação das normas jurídicas aos casos concretos, evitando-se a tomada de decisões judiciais fundamentadas na preferência pessoal do julgador em detrimento da racionalidade. Para referido autor os aparentes

128 SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

129 SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

130 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 73-74.

131 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 183.



conflitos entre princípios só poderiam ser observados (e resolvidos) no plano concreto, não havendo entre eles, no plano abstrato, diferença qualitativa. Ainda segundo Scotti<sup>132</sup>,

Dworkin se propõe a lidar com o direito de uma perspectiva deontológica – a pressupor a *possibilidade* e a *necessidade* da fundamentação racional das decisões em termos de *correção normativa*, atribuindo ao ordenamento jurídico a dupla tarefa de garantir simultaneamente os requisitos de **segurança jurídica** (respeito aos procedimentos e às regras pré-estabelecidas) e de **justiça** (correção normativa substantiva, tendo-se em vista o *conteúdo moral* dos direitos fundamentais democraticamente positivados).

Pela visão de Dworkin o sistema normativo não é lacunoso, mas completo e harmônico, cabendo aos princípios a tarefa de manter referida harmonia com base na coerência e na melhor postura do julgador. Na aplicação prática dos princípios estes perderiam, em cada caso concreto, o atributo da abstração que originariamente lhe era inerente, sofrendo o processo de densificação.

Ainda segundo Scotti<sup>133</sup>, novamente em referência à doutrina de Dworkin, sendo o sistema normativo composto por regras e princípios (ainda que fundamentalmente por princípios), mesmo as regras com alto grau de detalhamento não estariam imunes ao seu afastamento por força da interpretação principiológica, vez que inexiste certeza de que as hipóteses de aplicação previstas na regra teriam sido completamente esgotadas.

Daí a invocação da teoria da interpretação construtiva, modelo hermenêutico adotado por Dworkin para lidar com obras de expressão humana, e em especial o direito. Segundo Scotti<sup>134</sup>, Dworkin busca demonstrar o aspecto construtivo da interpretação com o exemplo da possibilidade de que os autores do objeto a ser interpretado também possam aprender com os intérpretes sobre o próprio objeto em questão, sendo patente a inexistência de subordinação do intérprete ao autor.

Em sendo assim, redirecionando o foco para o caso concreto tratado neste trabalho, a interpretação das disposições contidas no

132 SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da teoria discursiva do estado democrático de direito*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

133 SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

134 SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da teoria discursiva do estado democrático de direito*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

Código Florestal<sup>135</sup> acerca da expansão da cultura cafeeira nas encostas, topos de morros e regiões de elevadas altitudes não faria sentido para a doutrina positivista, eis que não se está diante de um *hard case* ou hipótese de lacuna no ordenamento jurídico, devendo a atuação do julgador ser vinculada. Havendo regra específica, como de fato há, não existe espaço para a interpretação baseada em princípios. Consequentemente, a expansão das lavouras cafeeiras em referidas áreas é simplesmente proibida, não havendo espaço para qualquer outra interpretação.

Lado outro, para Dworkin o questionamento seria totalmente pertinente, vez que mesmo diante da existência de regra específica tratando do assunto, a interpretação principiológica teria lugar. Para que validamente se possa lançar mãos da interpretação principiológica não se faz necessária a existência de lacuna no direito, como exige o positivismo, mesmo porque no direito não há lacunas. Para Dworkin o direito é completo e coerente, sendo que as especificidades de cada caso concreto jamais poderiam ser desprezadas pelo aplicador, ainda que haja, como no caso das limitações de uso agrícola nas áreas de áreas de preservação permanente, expressa previsão legislativa tratando do tema.

De fato, pelas próprias disposições contidas no artigo 170 da Constituição Federal<sup>136</sup> pode-se concluir que as peculiaridades de cada caso concreto merecem uma específica e detalhada análise por parte do aplicador do direito, como sugere Dworkin. Prevê o inciso VI do artigo 170 da Constituição Federal<sup>137</sup> a obrigação de se dispensar tratamento diferenciado para fins de defesa ambiental, em conformidade com o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação, reforçando a tese de Dworkin de que mesmo as regras mais específicas não podem prescindir da interpretação.

Mendes e Branco<sup>138</sup> esclarecem que as situações de aparente embate entre princípios podem assumir tanto a forma de colisão entre direitos fundamentais, como a de colisão entre um direito fundamental e valores constitucionalmente consagrados. A segunda possibilidade reflete com justeza o que se passa no tema em questão, estando-se diante de aparente embate entre o Direito Fundamental ao meio ambiente equilibrado e os valores do desenvolvimento econômico e regional.

A análise da expansão dos cafezais nos topos de morros, encostas e regiões de elevada altitude nos mares-de-morros do sudeste brasileiro

135 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

136 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

137 BRASIL. *Constituição da República Federativa*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

138 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 185.

passaria pelo crivo da interpretação principiológica, levando-se em conta as especificidades de cada caso, cotejando os princípios, as regras e as garantias constitucionais afetos ao tema. Ao final, a postura adotada pelo aplicador culminaria na densificação das normas abstratas no sentido da permissão ou da vedação do ideal expansionista.

Afinal, para Dworkin, citado por Scotti<sup>139</sup>, “toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível”, sendo cabível e indicada em toda situação. Afinal, o direito é um sistema aberto de princípios e regras.

Seria este o sentido da tese de Dworkin da “única resposta correta”, que, segundo Scotti<sup>140</sup>, parte do princípio de que mesmo nos chamados *hard cases* o direito preexiste de forma latente, esperando ser descoberto por meio da interpretação. A tarefa interpretativa não pode ser limitada por métodos ou procedimentos mecanicistas, decorrendo sim de uma

[...] postura a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua integridade, e não numa garantia metodológica, o que significa que discordâncias razoáveis sobre qual a resposta correta para cada caso exigida pelo Direito podem ocorrer entre os juízes, advogados e cidadãos.

Em verdade, prega Dworkin a doutrina da “postura hermenêutica”, sendo que o princípio adequado só pode ser definido em cada caso e de acordo com o contexto especial e único de cada situação, sendo este o caminho da única resposta correta.

A respeito da situação do Poder Judiciário como principal intérprete e aplicador da Constituição, doutrina Milare<sup>141</sup> que é através deste Poder que, “basicamente, os direitos da cidadania poderão ser exercidos, na medida em que nenhuma ameaça ou lesão a direito pode ser subtraída de sua apreciação.”

Mendes e Branco<sup>142</sup> afirmam que o atual momento do constitucionalismo é caracterizado “pela absorção de valores morais e políticos, sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis”. Ainda segundo tais autores<sup>143</sup>,

139 SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da teoria discursiva do estado democrático de direito*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.01.2014.

140 SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.jan.2014.

141 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 235.

142 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 53.

143 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 156.

Desde que os direitos humanos deixaram de ser apenas teorias filosóficas e passaram a ser positivados por legisladores, ficou superada a fase em que coincidiam com meras reivindicações políticas ou éticas. Os direitos ganharam em concretude, ao se enriquecerem com a prerrogativa da exigibilidade jurídica [...].

Entretanto, em que pese o aspecto positivo do poderio conferido pelos princípios constitucionais, potenciais promotores da justiça particular, não se pode deixar de considerar o aparecimento de uma situação conseqüente, não exatamente positiva, caracterizada pela exacerbada (e às vezes indesejável) euforia por parte dos aplicadores do direito, trazendo à tona as mazelas do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo: a disseminação do ativismo judicial, da insegurança jurídica, do subjetivismo e das decisões arbitrárias.

Eis o perigo decorrente do subjetivismo, que acaba por criar, pouco a pouco, uma espécie de “ditadura totalitária do judiciário”, consistente numa lamentável realidade subversiva, distorcida e empobrecedora da essência do Estado Democrático de Direito, retirando-lhe a grandeza original.

A este respeito, a doutrina de Sarmento<sup>144</sup>:

[...] muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, através deles, buscarem a justiça – ou o que entendem por justiça, passaram a negligenciar do seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com os seus jargões grandiloqüentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras ‘varinhas de condão’: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser.

Eis a que ponto curioso se chegou: buscando conferir maior justiça e estabilidade às relações sociais, afastando-se do positivismo jurídico puro, acabou-se por incrementar justamente o poder discricionário dos julgadores, gerando uma verdadeira fonte de instabilidade.

Desta forma, em que pesem os aspectos positivos da teoria da interpretação construtiva de Dworkin, calcada na imprescindibilidade de se interpretar toda regra à luz dos princípios constitucionais em busca da justiça para cada caso concreto, sempre em busca da única resposta correta sustentada na melhor postura do julgador, fato é que na atualidade tem-se visto o assombro causado por decisões judiciais

144 SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: *Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006. p. 200.

não somente discricionárias, como até mesmo arbitrárias, pretensamente sustentadas em interpretações principiológicas.

E o que é mais grave: se no positivismo jurídico o risco de decisões discricionárias estava limitado aos *hard cases*, atualmente inexistente tal limite, estando-se à mercê de decisões discricionárias ou até mesmo arbitrárias em todo e qualquer caso, ainda que haja específica e válida legislação tratando do assunto.

Entretanto, da mesma forma que não se pode admitir o retrocesso em questões ambientais, igualmente não se deve admitir o retrocesso em relação aos Direitos Fundamentais, representando o ativismo judicial uma distorção maléfica e prejudicial à igualdade, à liberdade e à separação dos poderes, ostentando potencial suficiente para se firmar como a maior das ameaças à proteção ambiental, por fragilizar a própria segurança jurídica.

Por tudo isso, faz-se mister rechaçar o ativismo judicial e seus maléficos efeitos, separando-o com veemência da real doutrina da interpretação construtiva do Direito, proposta por Ronald Dworkin, baseada na ilibada postura do julgador, que se vale e sustenta especificamente suas decisões em princípios constitucionais.

### 3 MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E REGIONAL

Como já visto até aqui, somente com o advento da Constituição Federal de 1988<sup>145</sup> adotou-se no Brasil a tendência contemporânea de preocupação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A tal respeito observa Milare<sup>146</sup> que nas Constituições precedentes nunca se havia empregado a expressão *meio ambiente*, “dando a revelar total inadvertência ou, até, despreocupação com o próprio espaço em que vivemos.”

Ainda segundo o mesmo autor<sup>147</sup>, a gênese da preocupação com a questão ambiental é bem antiga, encontrando-se na Bíblia (Deuteronômio Cap. XX:19) previsão proibitiva do corte de árvores frutíferas mesmo em tempo de guerra, sob pena de açoite para os infratores. Mas o que movia tal preocupação não era a preservação ambiental propriamente dita, e sim a sobrevivência do homem que se valia dos frutos, demonstrando a tendência antropocentrismo daquele tempo.

145 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

146 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 182-183.

147 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 134.

Ao longo da história da humanidade verificou-se, pouco a pouco, o redirecionamento da ótica ambiental, antes focada no antropocentrismo e mais recentemente no ecocentrismo. A tal respeito os dizeres de Alonso Jr.<sup>148</sup>:

A ética antropocêntrica, que fixava o homem como uma espécie superior pela razão, em torno do qual o mundo se move tendo o Ser humano como centro universal de tudo, perde força para uma visão global de compatibilização do homem com o ambiente: a chamada visão ecocêntrica.

Retratando agora um tempo bem mais recente, Moraes<sup>149</sup>, citando Paulo Affonso Leme Machado, sobre as disposições legais contidas nas Ordenações Ibéricas e a recente inclusão do tema ambiental no constitucionalismo brasileiro:

Não obstante a preocupação com o meio ambiente seja antiga em vários ordenamentos jurídicos, inclusive nas Ordenações Filipinas que previam no Livro Quinto, Título LXXV, pena gravíssima ao agente que cortasse árvore ou fruto, sujeitando-o ao açoite e ao degredo para a África por quatro anos, se o dano fosse mínimo; caso contrário, o degredo seria para sempre, as nossas Constituições anteriores, diferentemente da atual, que destinou um capítulo para sua proteção, com ele nunca se preocuparam.

Analisando o pioneirismo da legislação ambiental portuguesa através das Ordenações, aponta Alonso Jr.<sup>150</sup> que isto se deveu à preocupação de Portugal

[...] com a proteção das riquezas naturais, especialmente as florestais, impulsionada pela necessidade de madeira para a expansão ultramarina daquele país. Fato marcante, uma demonstração histórica do vínculo do desenvolvimento com a já aquilatada ausência de recursos naturais. Daí o interesse pelo pau-brasil e pela premente apropriação de nossas árvores. Esse dado dos primórdios da colonização brasileira é emblemático: nosso país tem o nome inspirado em um exemplar de nossa flora, o pau-brasil.

Conforme já observado por Milaré<sup>151</sup>, o reconhecimento do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um Direito Fundamental deu-se, no Brasil, somente com o advento do § 2º, do art. 5º da Constituição

148 ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 25.

149 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Altas. 2006. p. 749.

150 ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 57.

151 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 158.

Federal<sup>152</sup>, que previa como suas bases sustentadoras os princípios e os tratados internacionais.

Segundo Alonso Jr.<sup>153</sup> o Brasil, nas duas últimas décadas, “dentro do espírito constitucional, passou a ratificar tratados internacionais acerca da matéria, chegando a sediar, em 1992, a Conferência da Organização das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, no Rio de Janeiro”, reafirmando a qualificação do meio ambiente ecologicamente equilibrado como autêntico Direito Fundamental.

A qualificação como “Fundamental”, atribuída ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, deve-se ao fato de este estar intimamente ligado à consecução da dignidade da pessoa humana, um dos pilares fundamentais da República<sup>154</sup>. Por certo, a dignidade da pessoa humana pressupõe um patamar mínimo existencial, com vistas à qualidade de vida e ao bem-estar dos indivíduos e da coletividade.

Ainda a este respeito ensina José Afonso da Silva<sup>155</sup> que “a proteção ambiental [...] visa a tutelar a qualidade do meio ambiente em função da *qualidade de vida*, como uma forma de direito fundamental da pessoa humana.” Desta forma, o meio ambiente ecologicamente equilibrado projeta-se como uma nova forma de proteção do direito à vida, daí decorrendo o caráter de Direito Humano Fundamental.

Assim, novamente em consonância com o pensamento de Moraes<sup>156</sup>, a proteção ambiental causou uma releitura nas tradicionais noções de soberania e de interesse público, vez que o direito ao meio ambiente equilibrado transcende a artificial noção das fronteiras, ditada por elementos humanos, históricos e políticos.

Lado outro, não se pode olvidar que também consta da Constituição<sup>157</sup> um título especificamente destinado à regulação da ordem econômica e financeira.

Fazendo um breve apanhado histórico da constitucionalização da ordem econômica temos que, diante do fracasso experimentado pelo modelo de Estado Liberal, e dos consequentes problemas sociais advindos do pós-guerra, somados ao surgimento da doutrina socialista que despontava do oriente como uma nova opção ao sistema capitalista, passou-se a reconhecer a necessidade de uma efetiva intervenção estatal

152 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

153 ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 21.

154 BRASIL. Inciso III, artigo 1., da Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

155 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000. p. 58.

156 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Altas. 2006. p. 750.

157 BRASIL. BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

na ordem econômica, até então inexistente. Surge então o modelo de Estado intervencionista, passando a desempenhar ativamente as funções de planejamento, regulação, fomento e intervenção na ordem econômica.

Salienta Bastos<sup>158</sup> que nos textos das constituições liberais dos séculos XVIII e XIX era inconcebível a presença de matérias afetas à ordem econômica, consideradas àquele tempo totalmente alheias ao alcance da intervenção estatal.

Entretanto, e voltando à atualidade, na Constituição Federal brasileira de 1988<sup>159</sup> a ordem econômica e financeira foi analiticamente tratada no título VII, artigos 170 a 192. Como ressalta José Alfredo de Oliveira Baracho, citado por Moraes<sup>160</sup>,

A relação entre Constituição e Sistema Econômico ou mesmo Regime Econômico é frequente nas constituições modernas, que contemplam pautas fundamentais em matéria econômica. Chega-se a falar que, ao lado de uma constituição política, reconhece-se a existência de uma constituição econômica.

Pela diretriz constitucional brasileira a ordem econômica é dirigida ao desenvolvimento<sup>161</sup>, sem embargo ao respeito e à convivência com valores outros, de igual importância, como a proteção ambiental e a redução das desigualdades regionais. A este respeito adverte Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citado por Bastos<sup>162</sup>, que “o desenvolvimento não é o fim em si, mas o simples meio para o bem-estar geral.” E mais uma vez se está diante da busca pela dignidade da pessoa humana.

Certo é, contudo, que para a consecução da dignidade da pessoa humana faz-se necessário harmonizar as ações tendentes à proteção ambiental com aquelas dirigidas à obtenção do desenvolvimento econômico e regional, procurando lograr o chamado desenvolvimento sustentável.

A respeito do desenvolvimento sustentável, trata-se do precípuo objetivo do novo Código Florestal<sup>163</sup>, vindo estampado logo no § 1º de

158 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos. 2004. p. 107.

159 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

160 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Altas. 2006. p. 723.

161 Para Bastos, ainda que inexista no texto constitucional de 1988 uma expressa referência ao “desenvolvimento” como objetivo da ordem econômica, este aparece de forma implícita no texto do inciso VIII do artigo 170, quando faz referência ao pleno emprego. Na verdade, ainda segundo o doutrinador, “o desenvolvimento econômico continua sendo o alvo principal que todos os Estados procuram atingir.” (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos. 2004. p. 110).

162 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos. 2004. p. 160.

163 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.



seu artigo 1º. Milaré<sup>164</sup> o define como a melhora da “qualidade de vida humana dentro dos limites da capacidade de suporte dos ecossistemas”.

Calha ainda ressaltar que consta do Princípio 4 da Declaração do Rio<sup>165</sup> que “para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste”. Daí a imprescindível harmonia que deve existir entre proteção ambiental e desenvolvimento econômico, para que se possa lograr o chamado desenvolvimento sustentável e, em última análise, a dignidade da pessoa humana.

Em síntese, tem-se no país o seguinte panorama normativo atinente aos interesses de desenvolvimento econômico e de preservação ambiental em topos de morros, encostas e regiões de altitude nos mares-de-morros do sudeste brasileiro:

Pela Constituição<sup>166</sup> incumbe ao Poder Público a tarefa de definir os espaços territoriais a serem especialmente protegidos<sup>167</sup>, tendo-se consignado no § 4º de seu artigo 225 que a mata atlântica é considerada patrimônio nacional. Previu-se ainda no § 3º do mesmo artigo a incondicional obrigação de os infratores repararem os danos ambientais causados.

A respeito dos espaços territoriais especialmente protegidos previu o novo Código Florestal<sup>168</sup> que as encostas ou partes destas com declividade superior a 45º; os topos de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média maior que 25º; e as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação, fossem especialmente protegidas, tendo sido elevadas à condição de APP.

No mesmo sentido, prevê a Lei n.º 11.428, de 22 de dezembro de 2006<sup>169</sup> normas específicas de utilização e proteção do bioma da mata atlântica, espaço territorial especialmente protegido e pertinente com este estudo por encobrir ainda hoje grande parte dos mares de morros-do-sudeste brasileiro.

Consequentemente, em regra, não pode haver expansão da exploração econômica em referidas áreas, prevalecendo o interesse de preservação sobre o de desenvolvimento econômico.

164 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 57.

165 Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em 24.01.2014.

166 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

167 BRASIL. Inciso III do parágrafo 1º do artigo 225 da Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.01.2014.

168 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

169 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/11428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11428.htm)>. Acesso em 27.jan.2014.

Entretanto, afastando-se da disposição contida no § 3º do artigo 225 da Constituição Federal<sup>170</sup>, que prevê a incondicional obrigação de reparação dos danos ambientais, criou o novo Código Florestal<sup>171</sup> a figura das áreas consolidadas em áreas de preservação permanente, permitindo a continuidade das atividades havidas até 22 de julho de 2008 em topos de morros, encostas e regiões elevadas, independentemente da recomposição ambiental. Neste caso, prevaleceu o interesse econômico sobre o ambiental.

Prevê ainda a Constituição Federal<sup>172</sup> que o Estado Democrático de Direito está fundado, entre outros, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa<sup>173</sup>, e que são objetivos da República Federativa do Brasil garantir o desenvolvimento nacional e reduzir as desigualdades regionais<sup>174</sup>. Tais disposições foram repetidas ao tratar a Constituição Federal<sup>175</sup> da ordem econômica e financeira, acrescidas da orientação no sentido de que se dispense tratamento diferenciado para fins de defesa ambiental, conforme o impacto ambiental decorrente da atividade<sup>176</sup>.

Alie-se a tudo isto que a promoção do desenvolvimento sustentável figura como um precípua objetivo tanto do novo Código Florestal<sup>177</sup> quanto da Lei que dispõe sobre a proteção da mata atlântica<sup>178</sup>.

Calha ainda pontuar que o novo Código Florestal<sup>179</sup>, fazendo expressa menção à Lei n.º 11.326, de 24 de julho de 2006<sup>180</sup>, ao tratar da agricultura familiar em seus artigos 52 e seguintes dispôs ser possível, em algumas situações, a intervenção e a supressão de vegetação em áreas de preservação permanente para o desempenho de atividades eventuais ou de baixo impacto ambiental.

170 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

171 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

172 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

173 BRASIL. Inciso IV do artigo 1. da Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

174 BRASIL. Incisos II e III do artigo 3º da Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.01.2014.

175 BRASIL. Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

176 BRASIL. Incisos VI e VII e 'caput' do artigo 170 da Constituição da República Federativa. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

177 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

178 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111428.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111428.htm)>. Acesso em: 27.jan.2014.

179 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

180 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111326.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111326.htm)>. Acesso em: 26.jan.2014.

Entre os requisitos legalmente previstos está o de que as atividades sejam desenvolvidas em pequena propriedade ou posse rural familiar, cuja área está limitada a 04 módulos fiscais, qualquer que seja o título havido.

Pressupõe-se, ainda, que a exploração da propriedade se dê mediante o trabalho pessoal do agricultor ou empreendedor rural e sua família, e que a renda familiar seja predominantemente originada de atividades econômicas vinculadas ao próprio estabelecimento ou empreendimento.

Entre as atividades consideradas eventuais ou de baixo impacto ambiental, cita-se, no que interessa ao presente estudo, a exploração agroflorestal que não descaracterize a cobertura vegetal nativa existente, nem prejudique a função ambiental da área. Além desta, estão incluídas outras ações ou atividades similares, reconhecidas como eventuais e de baixo impacto ambiental em ato do Conselho Nacional do Meio Ambiente ou dos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente.

Nestes casos, a intervenção ou supressão da vegetação dependerá de simples declaração ao órgão ambiental competente, desde que esteja o imóvel inscrito no CAR.

Como visto, buscou-se harmonizar interesses conflitantes em prol do desenvolvimento sustentável e do bem-estar social.

Enfim, este é o panorama normativo brasileiro acerca do tema, ora enfatizando o interesse de preservação ambiental, ora o do desenvolvimento econômico.

Dessa forma, sem adentrar neste momento o mérito da atual sistemática normativa adotada no Brasil, tem-se que, em linhas gerais, a mesma coincide com o modelo defendido por Bastos<sup>181</sup>, no sentido da necessidade de reciprocidade entre o direito (ordenamento jurídico) e a economia, uma vez que aquele não se encontra apartado da realidade fática a qual se insere e visa regular.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aponta Kelly Chaper Soriano de Souza<sup>182</sup> que durante séculos o homem foi capaz de interagir com a natureza, explorando-a e transformando os recursos ambientais de forma a atender as suas necessidades sem que isso causasse a degradação do ambiente em que vivia. Entretanto, a partir da Revolução Industrial este equilíbrio foi paulatinamente deixando de existir, chegando ao ponto de a exploração

181 BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos. 2004. p. 42-71.

182 SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. *Instrumentos econômicos e política ambiental: o meio ambiente sob a ótica do mercado. PNMA: 30 anos da política nacional de meio ambiente*. 1. ed, volume 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 2011. p. 407.

ambiental tornar-se indiscriminada, irracional e predatória. Frente a essa realidade, e tomada a consciência de que os recursos ambientais são finitos e essenciais para uma vida saudável para as presentes e futuras gerações, mostra-se imprescindível a busca da reconciliação entre as necessidades de desenvolvimento econômico e de preservação ambiental, com fins a garantir às atuais e próximas gerações a perpetuação de um meio ambiente equilibrado.

O tema proposto neste trabalho versa justamente sobre o equilíbrio e a conciliação que deve haver entre os interesses de preservação ambiental e de desenvolvimento econômico, tendo como cenário as áreas especialmente protegidas da específica região dos mares-de-morros do sudeste brasileiro, repleta de peculiaridades naturais e sociais.

Como já visto, o somatório do relevo peculiarmente acidentado com a exuberante vegetação tropical impuseram à região uma histórica restrição às ações antrópicas, em parte contornada graças à perfeita adaptação da cultura do café, introduzida na região por volta da segunda metade do século XIX.

Entretanto, em que pese tenha a cafeicultura representado uma alternativa às limitações naturais ditadas pelo relevo, a limitação quanto ao uso de maquinário agrícola jamais foi totalmente contornada, tornando as lavouras de café o destino de milhares de trabalhadores oriundos das mais diversas regiões. Daí o aspecto social ínsito à questão.

Assim, com o passar dos tempos os mares-de-morros do sudeste brasileiro tornaram-se a principal região produtora de café do Brasil e do mundo, tendo o café figurado como o protagonista de profundas alterações não somente econômicas, como também (e principalmente) sociais.

Desta forma, ainda hoje inúmeras são as pequenas propriedades rurais naquela região, que desenvolvem há séculos uma tradicional forma de cultivo e produção de café, representando um importante fator de fixação do vocacionado homem do campo no meio rural.

Mesmo diante dos positivos aspectos econômicos e sociais retromencionados, certo é que o desenvolvimento capitaneado pela cafeicultura trouxe custos ambientais à região, podendo-se citar a grande devastação perpetrada no bioma da mata atlântica, que ocupava em grande parte a região dos mares-de-morros do sudeste do Brasil.

É certo que tanto o Direito Fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado quanto os objetivos fundamentais do desenvolvimento e da redução das desigualdades regionais estão dirigidos a um fim único, que é o da promoção da dignidade da pessoa humana. E mais do que isto, a própria perpetuação da espécie humana depende dos rumos dados às questões ambientais e desenvolvimentistas.

Assim, é premente a necessidade de se conferir uma solução harmonizadora para a situação conflitante em debate, de forma a compatibilizar da melhor forma os interesses de proteção ambiental e de desenvolvimento regional. Para tanto há que se analisar as peculiaridades de cada caso concreto, interpretando-o à luz dos princípios constitucionais de forma a manter preservada a unidade constitucional. Eis, em linhas gerais, a proposta de Dworkin.

Habermas, citado por Scotti<sup>183</sup>, e referindo-se à teoria construtivista de Dworkin, sugere que os aplicadores do direito valham-se de teorias jurídicas capazes de reconstruir o ordenamento jurídico, sistematicamente estruturado em princípios, em busca de decisões corretas que mostrem o direito como um todo em sua *melhor luz*, como um empreendimento coletivo legítimo de uma comunidade de princípios, que trate a todos os seus membros como merecedores de igual respeito e consideração.

Assim, mesmo sendo certo que o novo Código Florestal<sup>184</sup> veda a expansão das fronteiras agrícolas em áreas de preservação permanente, não se pode perder de mira que a própria Constituição Federal<sup>185</sup> estabelece que o tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental representa uma das formas de promoção da defesa do meio ambiente. Assim, desde que sustentável, o desenvolvimento convive perfeitamente com a defesa ambiental.

A respeito do desenvolvimento sustentável, entende José Afonso da Silva<sup>186</sup> que o mesmo decorre de um modo de exploração que respeite “as características básicas do ecossistema, pela sustentação dos processos ecológicos essenciais e da diversidade genética da área [...]”. E tal ideia guarda consonância com o Princípio 4 da Declaração do Rio<sup>187</sup>, segundo o qual “para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção ambiental constituirá parte integrante do processo de desenvolvimento e não pode ser considerada isoladamente deste.”

Neste mesmo sentido, a doutrina de Milaré<sup>188</sup>:

183 SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da teoria discursiva do estado democrático de direito*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13.01.2014.

184 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

185 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

186 SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000. p. 155.

187 Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 24.jan.2014.

188 MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 53.

A política ambiental não deve se erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material.

Dáí a funcionalidade e a importância da teoria interpretativa de Ronald Dworkin, que defende a necessidade de um específico tratamento para cada caso concreto através da melhor interpretação possível, ainda que diante de regras específicas dispondo sobre o assunto. Afinal, a interpretação visa sempre a tornar um objeto o melhor possível, podendo o resultado da atividade interpretativa vir a surpreender seu próprio criador.

Defende Milaré<sup>189</sup> que quando da análise das questões afetas ao meio ambiente deve o julgador pautar-se numa visão ao mesmo tempo jurídica, socioeconômica e ecológica, dada a complexidade do tema.

Por certo, a importância dos valores que estão em jogo exige do intérprete seja dispensado um tratamento personalizado para cada caso, sempre em busca do equilíbrio entre desenvolvimento e proteção ambiental.

Apesar de o novo Código Florestal<sup>190</sup> utilizar a expressão desenvolvimento sustentável, cita Milaré<sup>191</sup> o novo sentido utilizado por Nelson Mello e Souza, intitulado “ecodesenvolvimento”.

Segundo o autor, trata-se o “ecodesenvolvimento” de uma nova perspectiva para o planejamento econômico, sensível à adoção de técnicas adaptáveis ao nível cultural das pequenas comunidades rurais do terceiro mundo. Como consequência, dados ecológicos, econômicos e culturais seriam considerados na busca da compatibilização de interesses do desenvolvimento e da proteção ambiental, caracterizado como um “estilo do desenvolvimento possível”.

Eis uma perspectiva de grande valia para o deslinde da questão proposta neste trabalho.

Assim, buscando pontuar uma solução para a questão da expansão das lavouras cafeeiras nos topos de morros, encostas e regiões de altitude nos mares-de-morros do sudeste brasileiro, que compatibilize tanto a proteção ambiental quanto o ecodesenvolvimento, levando em conta a específica situação daqueles agricultores, poder-se-ia cogitar sobre a permissão desde que verificados, em cada caso concreto, certas peculiaridades e o cumprimento de algumas exigências.

À título ilustrativo, mostrar-se-ia perfeitamente compatível com os preceitos constitucionais a expansão das lavouras cafeeiras levada a

189 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 237.

190 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

191 MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005. p. 53.

efeito pelo pequeno proprietário ou posseiro rural, que atue em regime de economia familiar em imóvel rural inscrito no Cadastro Ambiental Rural (CAR), cuja área não ultrapasse aos 04 módulos fiscais e de forma a não descaracterizar a vegetação nativa ou prejudicar a função ambiental da área.

Para tanto, sua atuação seria diferenciada, sujeitando-se a regras de adensamento e espaçamento quando do plantio das novas áreas, de forma a impedir a utilização de maquinário agrícola. Assim, o maior adensamento das plantas seria compatível somente com o trabalho manual, desde o plantio até a colheita, afastando o risco de compactação do solo com a consequente diminuição da capacidade de infiltração da água da chuva.

Além disso, no ato da autorização seriam disponibilizadas ao pequeno lavrador novas técnicas de manejo, utilizando-se preferencialmente a adubação orgânica e o controle de pragas através de defensivos naturais, restando vedado o tradicional manejo químico nas novas lavouras.

Tais restrições, aliadas às características arbórea e perene típicas à planta, cuja colheita implica em baixíssimo impacto ambiental, afetaria de forma mínima o equilíbrio ambiental local, já especialmente protegido dada a sua peculiar fragilidade.

Tudo isto sem prejuízo da vedação de derrubada da mata nativa, caso existente, somada à obrigação de recomposição florestal da chamada área consolidada, de forma específica e diferenciada para cada caso, afastando a dispensa inconstitucionalmente inserida no novo Código Florestal<sup>192</sup>.

Ademais, seria analisada em cada caso concreto a real situação da propriedade rural, podendo-se reconhecer a inaplicabilidade dos novos elementos como altura e inclinações mínimas para fins de caracterização das áreas especialmente protegidas em topos de morros e encostas, de forma a expandir as áreas preservadas naquela específica propriedade.

Esta seria uma alternativa aberta aos pequenos produtores rurais da região, historicamente adaptados à cultura do café, apta a compatibilizar tanto a defesa ambiental quanto o desenvolvimento econômico e sustentável, valorizando o trabalho familiar e a busca pelo bem-estar social.

Já em se tratando de produtores rurais que não laboram em regime de economia familiar, e que titularizam propriedades rurais de área superior ao limite de 04 módulos fiscais, ainda assim seus pleitos deveriam ser analisados à luz dos princípios constitucionais, sempre em busca da única resposta correta de Dworkin. Entretanto, ainda que

192 BRASIL. Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.



o caso concreto leve o julgador a entender pela negativa da pretensão expansiva, poderia reconhecer a inconstitucionalidade da dispensa da recomposição da área consolidando, fazendo prevalecer a obrigação incondicionalmente imposta no § 3º do artigo 225 da Constituição Federal<sup>193</sup>, estabelecendo a obrigação de recuperação ambiental, aplicada de forma específica e diferenciada em cada situação. Ainda, poderia ampliar a área de preservação permanente através da desconsideração dos novos limites de altura e inclinação para fins de caracterização das APP em topos de morros e encostas.

Seria esta uma forma de controle judicial da legislação infraconstitucional à luz dos deveres fundamentais relacionados à proteção ambiental, ora aplicando o novo Código Florestal, ora

afastando-o. A tal respeito, Sarlet e Fensterseifer<sup>194</sup>:

A vinculação do Poder Judiciário aos direitos fundamentais, e portanto, aos deveres de proteção, guarda importância singular para a garantia de vedação do retrocesso, posto que, também no que diz respeito a atos do poder público que tenham por escopo a supressão ou redução dos níveis de proteção social [...], caberá aos órgãos jurisdicionais a tarefa de identificar a ocorrência de prática inconstitucional e, quando for o caso, afastá-la ou corrigi-la.

Alonso Jr.<sup>195</sup>, antes mesmo da criação da figura das áreas consolidadas pela Lei n.º 12.651, de 25 de maio de 2012<sup>196</sup>, referindo-se à inalienabilidade e irrenunciabilidade ao Direito Fundamental ao meio ambiente equilibrado, salienta que “não se pode imaginar um acordo no qual, *v.g.*, se abra mão da recuperação de parte de área degradada ou de parte de quantia apurada como devida à título indenizatório”, ainda que tenha o § 6º do artigo 5º da Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985<sup>197</sup>, aberto a possibilidade de acerto quanto à forma de cumprimento da obrigação. Ainda a este respeito, e citando Daniel Roberto Fink, adverte Alonso Jr.<sup>198</sup> que “o objeto a ser negociado não é o meio ambiente, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento da obrigação de recuperá-lo.”

193 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

194 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 201, p. 190-191.

195 ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 56.

196 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12651compilado.htm)>. Acesso em: 23.jan.2014.

197 BRASIL. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm)>. Acesso em: 25.jan.2014.

198 ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006. p. 56.



Em conclusão, dúvidas não há de que é possível conciliar os interesses de preservação ambiental e de desenvolvimento econômico e social, utilizando-se para tanto da técnica da interpretação das normas à luz de princípios constitucionais, conforme arquitetada por Dworkin.

Consideradas as peculiaridades ínsitas a cada caso concreto, e impostas práticas conservacionistas, é possível galgar o chamado desenvolvimento sustentável, expandindo-se as lavouras cafeeiras tradicionalmente existentes na região dos mares-de-morros do sudeste brasileiro, sem prejuízo da manutenção do Direito Humano Fundamental do meio ambiente equilibrado.

## REFERÊNCIAS

AB'SABER, Aziz Nacib. *Os domínios de natureza no Brasil. Potencialidades paisagísticas*. 2. ed. São Paulo: Ateliê Editorial, 2003.

ADAS, Melhem. *Geografia – Construção do espaço geográfico brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Moderna, 2002.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em 13 de janeiro de 2014.

ALMEIDA, Lúcia Marina Alves de. RIGOLIN, Tércio Barbosa. *Geografia*. 2. ed. 4. impressão. São Paulo: Ática, 2005.

ALONSO JR., Hamilton. *Direito fundamental ao meio ambiente e ações coletivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

AMADO, Frederico Augusto di Trindade. *Direito ambiental esquematizado*. 4. ed. São Paulo: Método. 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito econômico*. 1. ed. São Paulo: Celso Bastos. 2004.

BOBBIO, Norberto. *Lições de filosofia de direito*. São Paulo: Ícone Ltda., 1996.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em 13 de janeiro de 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da constituição*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em 13 de janeiro de 2014.

CARVALHO NETTO, Menelick de. SCOTTI, Guilherme. *Limites internos e externos e o “conflito de valores”*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em 13 de janeiro de 2014.

CELLA, José Renato Gaziero. *Legalidad y DiscricionariEDAD: La discusión HART y DWORKIN*. Disponível em <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_27.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_27.pdf)>. Acesso em: 16.jan.2014.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de Jefferson Luiz Camargo.

FILIZOLA, Roberto. Geografia. *Coleção Vitória-Régia*. 2. ed. São Paulo: Lago, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

LUCCI, Elian Alabi. BRANCO, Anselmo Lázaro. MENDONÇA, Cláudio. *Território e sociedade no mundo globalizado*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros. 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2005.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas. 2006.

MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com e contra Carl Schmidt*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. *Revue Française de Science Politique*, vol.42, n° 1, fev.92. Cad. Esc. Legisl., Belo Horizonte, 1(2):87-108,Jul/dez. 1994. Texto complementar do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em 13 de janeiro de 2014.

Portal CONAB. *3. Estimativa Café–Safra/2013–Setembro*. Disponível em: <[http://www.conab.gov.br/OlalaCMS/uploads/arquivos/13\\_09\\_09\\_15\\_34\\_48\\_boletim\\_cafe\\_-\\_setembro\\_2013.pdf](http://www.conab.gov.br/OlalaCMS/uploads/arquivos/13_09_09_15_34_48_boletim_cafe_-_setembro_2013.pdf)>. Acesso em 14 de setembro de 2013.

Portal EMBRAPA. *Um terço do café consumido no mundo é produzido no Brasil*. Disponível em: <<http://www.sapc.embrapa.br/index.php/ultimas-noticias/um-terco-do-cafe-consumido-no-mundo-e-produzido-no-brasil>>. Acesso em 14 de setembro de 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Lúmen Juris, 2006.

SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da teoria discursiva do estado democrático de direito*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em 13 de janeiro de 2014.

SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Texto base do CEAD – Centro de Educação à Distância. Especialização em Direito Público – UnB. Disponível em Disponível em <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em 13 de janeiro de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2000.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *Espaços ambientais protegidos e unidades de conservação*. 1. ed. Curitiba: Universitária Champagnat. 1993.

SOUZA, Kelly Schaper Soriano de. *Instrumentos Econômicos e Política Ambiental: o meio ambiente sob a ótica do mercado. PNMA: 30 anos da política nacional de meio ambiente*. 1. ed, volume 1. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo. 2011.



---

## COLISÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA PROPOSTA PARA A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL

---

*Francine Deitos Kreling*

SUMÁRIO: Introdução; 1.1 Fundamentos da ordem econômica; 1.2 Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental; 2 Embate entre o ambiental e o econômico no STF; 2.1 Evolução jurisprudencial no âmbito do STF; 2.2 Análise crítica de decisões que envolvem conflitos entre princípios constitucionais fundadas na técnica da ponderação ou princípio da proporcionalidade; 3 A aparente colisão entre meio ambiente e desenvolvimento econômico: uma proposta para a efetividade constitucional; 3.1 Considerações introdutórias; 3.2 Colisão de princípios. ponderação de valores e integridade do direito; 3.3 Críticas à técnica da ponderação ou princípio da proporcionalidade; 3.4 Conflito Aparente de normas constitucionais. O Direito como integridade: uma proposta para a efetividade constitucional; 4 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho monográfico tem como propósito examinar a pretensa colisão dos direitos ao meio ambiente e ao desenvolvimento econômico, mencionada em algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, e propor uma solução teórica visando à máxima eficácia do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A fim de atingir o objetivo proposto, optou-se por uma dissertação objetiva, iniciando o trabalho com um exame das disposições expressas no texto constitucional sobre defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado e direito ao desenvolvimento econômico, esclarecendo a posição da doutrina sobre as referidas normas, em face da elevação do meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental. A seguir, busca-se demonstrar como o Supremo Tribunal Federal decide acerca dos princípios suprarreferidos, nos casos envolvendo conflitos entre meio ambiente e economia, efetuando, por fim, uma análise crítica à ideia de colisão, demonstrando a aplicabilidade de todo ordenamento jurídico, com uma fundamentação teórica defendendo a harmonização das normas envolvidas, pautada na doutrina de Ronald Dworkin.

**PALAVRAS-CHAVE:** Meio Ambiente. Ordem Econômica. Princípios. Colisão.

**ABSTRACT:** This monograph aims to examine the alleged collision of the rights to the environment and economic development, mentioned in some decisions of the Supreme Court, and propose a theoretical solution for effectiveness of the fundamental right to an ecologically balanced environment. In order to achieve the proposed goal, we chose an objective dissertation, starting work with an examination of express provisions in the Constitution on defense ecologically balanced environment and the right to economic development, clarifying the position of the doctrine of those standards in the face of rising to an ecologically balanced environment fundamental right. Next, we seek to demonstrate how the Supreme Court decides about mentioned principles in cases involving conflicts between environment and economy, making, finally, a critical analysis of the idea of collision, demonstrating the applicability of all laws, with a reasoning theoretical advocating the harmonization of standards involved, based on the doctrine of Ronald Dworkin.

**KEYWORDS:** Environment. Economic Order. Principles. Collision.

## INTRODUÇÃO

A proteção ambiental, apesar de ter sido consagrada na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como direito fundamental, ainda enfrenta inúmeros obstáculos a sua plena realização, mesmo passados 25 anos de sua promulgação. Há necessidade de um reforço nos meios para a preservação do meio ambiente, a fim de garantir a sadia qualidade de vida e, portanto, a existência das gerações presentes e futuras, nos termos preconizados pelo art. 225 da CRFB.

Com o intuito de colaborar com a efetivação da defesa do meio ambiente, a presente pesquisa tem por objeto demonstrar a inexistência de colisão entre os princípios constitucionais do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento econômico, mencionada nas decisões do Supremo Tribunal Federal. Tem-se, assim, que o presente trabalho justifica-se social e juridicamente pela necessidade de comprovar a importância do apropriado tratamento da matéria, a fim de garantir a observância dos princípios constitucionais que regem o assunto e, por conseguinte, assegurar a efetividade na proteção ao meio ambiente determinada pela Carta Magna.

Conforme se pretendeu demonstrar, as decisões afirmam a existência de colisão, e buscam solucioná-la através da ponderação ou proporcionalidade (não há homogeneidade de critério), fazendo prevalecer um dos interesses presentes na lide.

Nessa linha, como se verá adiante, o STF, ao longo dos anos, firmou posição reconhecendo o meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental, e no sentido de que o desenvolvimento econômico consagrado no art. 170 é o desenvolvimento sustentável, pois o referido dispositivo, que estabelece os fundamentos da ordem econômica, além do objetivo de proporcionar uma existência digna a todos os cidadãos, condiciona o desenvolvimento à proteção ambiental. No entanto, o problema é que em muitas decisões o meio ambiente não tem recebido a proteção preconizada pela Constituição. Em que pese o teor da fundamentação utilizada nos julgados, ainda há muita inconsistência, tanto na fundamentação por vezes utilizada, como na existência de conclusões dissociadas da fundamentação.

A pergunta central a ser respondida pela pesquisa é se existe alguma alternativa à ponderação, possível de ser adotada a fim de garantir a máxima eficácia da Constituição no que tange ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Assim, a proposta deste estudo foi examinar a possibilidade de eliminar a ideia de conflito e favorecer a efetivação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, através de uma interpretação da Constituição em seu todo, harmonizando os seus dispositivos. Para tanto, buscou-

se embasamento na ideia de integridade do direito, teoria desenvolvida por Ronald Dworkin, para quem o ordenamento jurídico não apresenta contradições, apesar de contemplar uma pluralidade de interesses, havendo, sim, uma coerência interna, e cabendo ao intérprete realizar, em cada caso concreto, uma interpretação do direito em sua totalidade.

A fim de cumprir com o objetivo do presente trabalho, de superar o suposto conflito entre meio ambiente e interesse econômico, iniciou-se realizando uma exposição sobre os dispositivos constitucionais que tratam da ordem econômica e do meio ambiente, acompanhada de um estudo sobre o posicionamento da doutrina acerca do sentido de tais normas. No segundo capítulo, realizou-se uma análise da jurisprudência do STF desde a promulgação da Constituição, nas decisões que envolvem meio ambiente e desenvolvimento econômico, analisando a fundamentação utilizada nos votos dos ministros, a forma de utilização da ponderação ou proporcionalidade e o resultado obtido nos julgados, frente ao que dispõe a CRFB. Por fim, no terceiro capítulo fez-se uma apreciação das principais teses que tratam da solução para a colisão entre princípios constitucionais, iniciando com algumas considerações introdutórias, a fim de contextualizar a evolução doutrinária sobre o tema, seguindo com uma explanação sobre as principais teorias, propostas por Robert Alexy e Ronald Dworkin, e, ao final, um exame do impacto das mesmas na jurisprudência do STF, propondo uma solução teórica a fim de que a máxima efetividade da Constituição, no que tange ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, possa ser alcançada.

Nesse sentido, a pesquisa foi orientada pelas seguintes indagações: o STF, ao decidir questões que evidenciam conflito entre meio ambiente e economia, tem respeitado o que dispõe a Constituição? Existe correspondência entre o conteúdo das decisões do STF envolvendo meio ambiente e desenvolvimento econômico com aquilo que a Constituição dispõe sobre o assunto? Se não, qual a possível causa da dissonância? Qual o critério utilizado para as decisões? Há fundamentação coerente ou mera discricionariedade do julgador? Qual a alternativa mais apropriada para a máxima efetividade das disposições constitucionais em matéria de preservação ambiental?

Para tanto, foi efetuada uma pesquisa de jurisprudência no sítio do STF<sup>1</sup>, em todos os tipos de decisões, com a utilização da expressão “meio ambiente”, o que resultou em 254 acórdãos e 1795 decisões monocráticas. Entretanto, examinando as referidas decisões, verificou-se que grande parte trata de assuntos que fogem ao objeto do presente trabalho, como, por exemplo, casos envolvendo direito penal, Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA e gratificações devidas aos servidores

1 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>.



dos órgãos ambientais. Desse modo, para refinamento da busca, além de utilizar a expressão “meio ambiente”, foram excluídas as expressões “servidor”, “gratificação” e “taxa”, o que resultou em 197 acórdãos e 1292 decisões monocráticas.

Em razão da falta de uniformidade dos termos empregados nos julgamentos, eis que a complexidade das questões envolvidas implica uma indexação muito abrangente, não foi possível restringir mais a pesquisa através da ferramenta eletrônica, sob pena de indevida exclusão de alguma decisão importante, fazendo-se necessário o exame de todas as decisões resultantes da pesquisa, a fim de identificar quais atendiam aos critérios necessários ao desenvolvimento do presente trabalho: colisão entre os princípios escolhidos. Optou-se pelo exame, de forma exclusiva, dos acórdãos, sendo usados para o estudo todos aqueles em que nos votos houve a utilização de tais argumentos para decisão, especialmente nos debates em Plenário, expondo as razões dos votos dos ministros.

Enfim, o intento do presente trabalho foi analisar a aparente colisão entre o direito constitucional ao meio ambiente sadio e equilibrado e o desenvolvimento econômico com suas consequências danosas ao meio ambiente, buscando demonstrar a possibilidade de uma interpretação que mantenha a integridade do texto constitucional. Em suma, pretendeu-se evidenciar a inexistência de conflito de interesses entre os princípios constitucionais mencionados, trabalhando o ordenamento jurídico brasileiro na linha doutrinária proposta por Dworkin, em busca da efetiva proteção ambiental.

## 1 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONALMENTE CONSAGRADOS

### 1.1 Fundamentos da ordem econômica

O art. 170 da CRFB<sup>2</sup>, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, assim dispõe:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;

<sup>2</sup> BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

A CRFB, apesar de fundar a atividade econômica na liberdade de iniciativa e assegurar o direito de propriedade privada dos meios de produção, instituiu, de fato, uma ordem econômica intervencionista, pois, a par de consagrar uma economia de livre mercado, estabeleceu diversos princípios limitadores e condicionantes da atividade econômica, com vistas a promover o bem comum e a melhoria da qualidade de vida, e, em especial, instituir como fim da atividade econômica “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”. Como salienta Toshio Mukai<sup>3</sup>, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não são hierarquicamente superiores aos demais, e podem ser restringidos para que essas liberdades sejam exercidas em conformidade com o interesse social.

Assim, o Estado está autorizado a intervir na ordem econômica quando necessário a promover o bem-estar social ou para concretizar os valores estabelecidos no art. 170, inclusive no que tange à defesa do meio ambiente, como leciona José Afonso da Silva<sup>4</sup>: “[...] tendo-a elevado ao nível de princípio da ordem econômica, isso tem o efeito de condicionar a atividade produtiva ao respeito do meio ambiente e possibilita ao Poder Público interferir drasticamente, se necessário, para que a exploração econômica preserve a ecologia.”. Em outras palavras, significa que a presença da defesa ambiental como princípio da ordem econômica deixa explícita a determinação de que as atividades econômicas não se legitimam apenas em razão da necessidade de produção de riquezas, podendo o Estado coibir as atividades que impliquem depredação irresponsável dos recursos naturais.

3 MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 55.

4 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 796.

Nesse aspecto, cumpre ressaltar que, originalmente, o inciso VI do art. 170 da CRFB somente fazia referência ao meio ambiente, mas teve sua redação alterada pela Emenda Constitucional EC 42/2003<sup>5</sup> com o acréscimo da expressão “inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação”, autorizando, em outros termos, tratamento econômico, jurídico e tributário diferenciado a produtos e serviços em razão do impacto ambiental que provocarem, e servindo, assim, de critério de observância obrigatória acaso seja suscitado o princípio da isonomia. Isso denota uma crescente preocupação com a efetivação da proteção ambiental, reforçando a possibilidade de intervenção do Poder Público a fim de assegurar a efetividade do direito ao meio ambiente<sup>6</sup>, pois possibilita aplicação de maior carga tributária aos produtos e serviços com maior potencial lesivo ao meio ambiente, e, por outro lado, concessão de benefícios fiscais em razão de atividades ou medidas com vistas à redução dos riscos de dano ou do impacto ambiental, havendo quem a denomine “Ordem Econômica Ambiental”.<sup>7</sup>

Conforme pondera José Afonso da Silva, a Constituição alberga dois valores aparentemente em conflito (desenvolvimento econômico-social e preservação da qualidade do meio ambiente e equilíbrio ecológico), ambos com o interesse de promover o bem-estar e a qualidade de vida da população, e conclui que

A conciliação dos dois valores consiste [...] na promoção do chamado *desenvolvimento sustentável*, que consiste na exploração equilibrada dos recursos naturais, nos limites da satisfação das necessidades e do bem-estar da presente geração, assim como de sua conservação no interesse das gerações futuras.<sup>8</sup>

Na lição de Toshio Mukai, não existem verdadeiros conflitos entre os princípios arrolados no art. 170 da CRFB, os quais devem ser interpretados em conjunto, pois “[...] há de se compatibilizar todos os princípios elencados pelo art. 170, posto que resulta dessa compatibilização, exatamente, o cumprimento do princípio maior que a Constituição brasileira de 1988 contempla: o da democracia econômica e social”.<sup>9</sup> Compartilham do mesmo entendimento Terence Dornelles

5 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc42.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

6 FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 92-93.

7 AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquematisado*. 4. ed. São Paulo: Método, 2013. p. 793-796.

8 SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 27.

9 MUKAI, op. cit., 2012. p. 56-57.

Trennepohl<sup>10</sup>, Dirley da Cunha Júnior<sup>11</sup> e Édis Milaré, para quem o dilema entre os princípios “meio ambiente x desenvolvimento” é falso, tendo em vista que, um sendo fonte de recursos do outro, devem ser harmonizados e complementares.<sup>12</sup>

Como assevera Orci Paulino Bretanha Teixeira, “O objetivo não é o de impedir as atividades econômicas nem o de utilizar os recursos naturais (especialmente os não renováveis), mas sim o de possibilitar que o seu emprego seja sustentável e racional, e que não haja desperdícios”<sup>13</sup>, o que significa retirar da Terra somente o necessário a não comprometer sua capacidade de regeneração.<sup>14</sup> Por seu turno, Guilherme Purvin de Figueiredo aduz que

Considerando que um dos escopos do Direito Ambiental é o de regular o desenvolvimento das atividades econômicas de forma a internalizar os efeitos ambientais negativos, modificando a própria forma de desenvolvimento destas atividades de forma a prevenir a ocorrência desses efeitos, conclui-se pela indissociabilidade do binômio “economia/meio ambiente”.<sup>15</sup>

Inclusive, Paulo Bonavides entende que o direito ao desenvolvimento configura direito fundamental, juntamente com o direito ao meio ambiente<sup>16</sup>, sendo ambos essenciais à existência humana, razão pela qual desenvolvimento econômico e meio ambiente devem atuar de forma integrada. Nesse ponto, importa ressaltar a distinção entre desenvolvimento, que é qualitativo (relacionado à mudança de técnicas de produção, de ser e de agir, de valores culturais e morais), de crescimento, o qual é essencialmente quantitativo.<sup>17</sup>

A propósito da relação entre Direito e Economia consolidados na nova ordem constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer atestam o surgimento de um constitucionalismo socioambiental<sup>18</sup>, evolução do constitucionalismo social, que tinha por objetivo corrigir o quadro das desigualdades sociais, agora acrescidas da preocupação com

10 TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Fundamentos de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007. p. 68.

11 CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 1051.

12 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 42.

13 TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 137.

14 *Ibidem*, p. 75.

15 FIGUEIREDO, op. cit., 2013. p. 120.

16 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 569.

17 CUNHA JR., op. cit., 2008. p. 1054.

18 SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?)*: algumas aproximações. In SARLET, Ingo Wolfgang. (org.) *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

a dimensão ambiental. Assim, os autores entendem pela existência de um verdadeiro Estado Socioambiental de Direito, com papel ativo na promoção dos direitos fundamentais e especial atenção à tutela ambiental. “O Estado Socioambiental aponta para a compatibilidade da atividade econômica com a ideia de desenvolvimento (e não apenas crescimento!) sustentável, de modo que a ‘mão invisível’ do mercado seja substituída necessariamente pela ‘mão invisível’ do Direito”<sup>19</sup>, ou seja, o Estado *Socioambiental* de Direito é um Estado regulador da atividade econômica, dirigindo-a e ajustando-a aos valores e princípios constitucionais, visando ao desenvolvimento humano e social ambientalmente sustentável:

A ordem econômica constitucionalizada no art. 170 da Carta da República, com base também nos demais fundamentos constitucionais que lhe constituem e informam, expressa uma opção pelo que se poderia designar de um *capitalismo socioambiental* (ou *economia socioambiental de mercado*) capaz de compatibilizar a livre iniciativa, a autonomia privada e a propriedade privada com a proteção ambiental e as justiça ambiental e social, tendo como norte normativo, “nada menos” do que a proteção e promoção de uma vida humana digna e saudável (e, portanto, com qualidade ambiental) para todos os membros da comunidade estatal.<sup>20</sup> [grifos no original]

Com propriedade, adverte Marcelo Abelha Rodrigues que

[...] o mesmo recurso ambiental que serve à cadeia produtiva (função econômica) é também aquele que serve à função ecológica (manutenção dos ecossistemas). É daí que surge o choque entre a economia e a ecologia, que deve ser equacionado e equilibrado pelo *desenvolvimento sustentável*.<sup>21</sup>

Por sua vez, Paulo de Bessa Antunes entende haver uma profunda relação entre economia e ecologia, e defende que o Direito Ambiental não pode ser dissociado de considerações profundas sobre seus aspectos econômicos, uma vez que tem por finalidade regular a apropriação econômica dos bens naturais<sup>22</sup>, e observa que

A inclusão do “*respeito ao meio ambiente*” como um dos princípios da atividade econômica e financeira é medida de enorme importância, pois ao nível mais elevado de nosso ordenamento jurídico está assentado que a licitude constitucional de qualquer atividade fundada na livre iniciativa está, necessariamente, vinculada à observância do respeito ao meio

19 SARLET, op. cit., p. 21.

20 Ibidem, p. 22.

21 RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 87.

22 ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13.

ambiente ou, em outras palavras, à observância das normas de proteção ambiental vigentes.<sup>23</sup> [grifos no original]

Outrossim, diante das restrições constitucionais impostas aos interesses econômicos, como a defesa do meio ambiente e a exigência de cumprimento da função social da propriedade (art. 170, III, CRFB), entende-se que o desenvolvimento preconizado pela Constituição é o desenvolvimento sustentável, consistente na utilização racional dos bens e meios de produção naturais, com o objetivo de atender às necessidades do presente, sem comprometer as necessidades das futuras gerações, e diretamente relacionado ao princípio da responsabilidade intergeracional<sup>24</sup>. Na lição de Celso Fiorillo,

[...] o princípio do desenvolvimento sustentável tem por *conteúdo* a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem e de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.<sup>25</sup> [grifos no original]

Dessas expressas limitações à ordem econômica, depreende-se que a interpretação do art. 170, VI, da CRFB não pode ser realizada de forma isolada, mas sim operada em conjunto com o disposto no artigo 225, *caput*, da CRFB, harmonizando as referidas normas constitucionais sem que a preservação ambiental constitua um empecilho ao desenvolvimento econômico, e sem que este ocorra à custa da degradação ambiental. Ou, como afirma Édis Milaré,

Compatibilizar meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sócio-cultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espço. Em outras palavras, isso significa que a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material.<sup>26</sup>

Como bem observa o autor, o crescimento é necessário (inclusive para atendimento do disposto no art. 3º, da CRFB<sup>27</sup>, especialmente quanto

23 RODRIGUES, op. cit., p. 15.

24 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; MORITA, Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

25 Ibidem, p. 25.

26 MILARÉ, op. cit. 2001. p. 42.

27 Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização

aos incisos II e III), mas deve ocorrer de forma planejada e sustentável, compatibilizando desenvolvimento econômico-social com a proteção da qualidade ambiental, a fim de que “o progresso se concretize em função de todos os homens e não às custas do mundo natural e da própria humanidade”<sup>28</sup>, pois a prevalência desmesurada da visão capitalista gera a vulnerabilidade ambiental, que é causa de injustiça social<sup>29</sup>, além do que “é importante ter em mente que o Planeta tem limites para abrigar pessoas, capitais e empreendimentos”.<sup>30</sup>

Para Paulo Affonso Leme Machado, o conceito de desenvolvimento sustentado “[...] encontra sua mais ampla elaboração no art. 170 da CF, ainda que tenha seu fundamento no art. 225”<sup>31</sup>, e assevera, sobre os princípios da Ordem Econômica, que “Os nove princípios não têm uma ordem de importância. [...] Mas esses princípios representam o mínimo que o constituinte indica para uma ‘existência digna’. Muitas vezes todos os princípios funcionarão em uníssono, e algumas vezes haverá tensão, dissonância e até enfrentamento”.<sup>32</sup>

Nessa esteira, Édis Milaré aduz que

De fato, o capítulo do Meio Ambiente está inserido na Ordem Social. Ora, o social constitui a grande meta de toda ação do Poder Público e da sociedade. A Ordem Econômica, que tem suas características e valores específicos, subordina-se à ordem social. Com efeito, o crescimento ou desenvolvimento socioeconômico deve portar-se como um instrumento, um meio eficaz para subsidiar o objetivo social maior. Neste caso, as atividades econômicas não poderão, de forma alguma, gerar problemas que afetem a qualidade ambiental e impeçam o pleno atingimento dos escopos sociais. [...] nos termos da Constituição, estão desconformes – e, portanto, não podem prevalecer – as atividades decorrentes da iniciativa privada (da pública também) que violem a proteção do meio ambiente.<sup>33</sup>

Na mesma linha de entendimento, José Afonso da Silva aponta a relevância do disposto no art. 170, VI, da CRFB, asseverando que a atividade econômica somente será legítima se atender ao princípio lá

---

e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

28 MILARÉ, op. cit. 2001. p. 43.

29 CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andréa Bulgakov. *Vulnerabilidade Socioambiental*. in MILARÉ, Édis; MACHADO, Paulo Affonso Leme. (org.) *Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 27.

30 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 68.

31 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 158-159.

32 *Ibidem*, p. 177.

33 MILARÉ, op. cit., 2013. p. 171.

inculcido<sup>34</sup>. E, por sua vez, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer acrescentam que

[...] além da necessidade de uma compreensão integrada do regime jurídico dos *direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais*, de modo a contemplar uma tutela ampla e qualificada da dignidade da pessoa humana, tanto sob a perspectiva individual quanto coletiva, a própria noção de sustentabilidade deve ser tomada a partir dos *eixos econômico, social e ambiental*. Tais eixos, contudo, devem ser concebidos e aplicados de forma isonômica e equilibrada, refutando-se, consoante já frisado, toda e qualquer hierarquização prévia, notadamente pelo fato de que é no conjunto que tais dimensões se prestam à promoção de uma existência digna.<sup>35</sup> [grifos no original]

Portanto, a preservação ambiental constitui-se em alicerce da política econômica e social, cujas normas devem ser aplicadas em consonância com as normas ambientais expressas na ideologia constitucional<sup>36</sup>. Ressalta-se, então, que o ordenamento jurídico deve ser interpretado com vistas ao desenvolvimento sustentável, sendo inconstitucionais quaisquer normas ou interpretações contrárias à sustentabilidade, pois, considerando-se que tanto as normas de Direito Econômico como as normas de Direito Ambiental visam, em síntese, ao bem-estar da população, devem elas estar afinadas, possibilitando o desenvolvimento econômico sustentável. Em suma, como ensina José Afonso da Silva, o que deve orientar todas as formas de atuação referente à tutela do meio ambiente é o direito à vida, matriz de todos os direitos fundamentais<sup>37</sup>.

## 1.2 Meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental

Nas últimas décadas, tem ocorrido uma gradativa conscientização para as questões do meio ambiente, fato que não possui caráter regionalizado, revelando-se, na verdade, um fenômeno mundial, advindo da degradação ambiental decorrente do modo de vida consumista atual e da evolução tecnológica e industrial, e do processo de reconhecimento da importância do meio ambiente para a qualidade de vida.

Nesse aspecto, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Antônio Herman Benjamin, traça cuidadoso histórico, em termos mundiais, da evolução no trato das questões ambientais, onde se verifica

34 SILVA, op. cit., 2013. p. 51.

35 SARLET, op. cit., 2010. p. 25.

36 FRACALOSSO, William; FURLAN, Anderson. *Direito Ambiental*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 56.

37 SILVA, op. cit., 2013. p. 73.



certa uniformidade, e, no caso específico do Brasil, a existência de uma sintonia com esse movimento, ou até mais, muitas vezes inovando em termos de legislação ambiental<sup>38</sup>. O autor observa, ainda, que a constitucionalização do ambiente é tendência internacional<sup>39</sup> e coincide com a própria formação do Direito Ambiental<sup>40</sup>, o que constitui fenômeno interessante, na medida em que demonstra a importância que tem sido devidamente reconhecida à defesa do meio ambiente desde que a humanidade começou a perceber que dessa proteção depende a sobrevivência de sua própria espécie.<sup>41</sup>

Seguindo essa tendência, e inspirada na Declaração de Estocolmo<sup>42</sup>, a CRFB instituiu, ao mesmo tempo, um direito e um dever<sup>43</sup> ao assegurar, no art. 225<sup>44</sup>, um direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito cuja proteção constitui dever imposto tanto aos poderes públicos quanto à coletividade, servindo de base para todo o Direito Ambiental, constitucional e infraconstitucional. Com efeito, dispõe o referido artigo:

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

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

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

38 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. *Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira*. In CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (organizadores) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 57-130.

39 *Ibidem*, p. 61.

40 *Ibidem*, p. 64.

41 SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Constitucional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 184.

42 SILVA, op. cit., 2013. p. 62.

43 FRACALOSSO, op. cit., 2010. p. 63.

44 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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

§ 2º - Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

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

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

§ 5º - São indisponíveis as terras devolutas ou arrecadadas pelos Estados, por ações discriminatórias, necessárias à proteção dos ecossistemas naturais.

§ 6º - As usinas que operem com reator nuclear deverão ter sua localização definida em lei federal, sem o que não poderão ser instaladas.

Durante o processo de elaboração da Constituição de 1988, houve ampla discussão acerca da extensão e da abrangência que deveria ser conferida ao texto constitucional, se mais ampla ou mais enxuta, adentrando-se na discussão acerca da classificação ou não de determinados temas como materialmente constitucionais, em especial, aqui, no que tange ao Direito Ambiental.

De fato, a teoria tradicional<sup>45</sup>, nesse aspecto, costuma distinguir as constituições em razão do modo de identificação de suas normas, ou seja, de acordo com seu conteúdo ou pela forma de elaboração. Nesse aspecto, Constituição, em seu sentido material, seria o conjunto de

45 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 80-83; SILVA, op. cit., 2005. p. 40-41.

normas estruturais de uma determinada sociedade política, tendo por objeto os direitos e garantias fundamentais, a estruturação do Estado e a organização dos poderes<sup>46</sup>. São normas que se revestem de maior importância em razão de sua estreita ligação com a própria existência do Estado (essencial à organização e ao funcionamento deste), e, por serem “materialmente” constitucionais, independem, inclusive, da forma escrita.

Por sua vez, por Constituição em sentido formal são tidas todas aquelas normas elaboradas sob as rígidas formalidades exigidas para confecção e reforma do texto constitucional, independentemente do conteúdo que veiculam<sup>47</sup>. Assim, o conjunto dos princípios e regras contemplados pela Constituição formal não se restringe aos conteúdos materialmente constitucionais antes apontados, veiculando outros assuntos que, pelo fato de constarem do texto constitucional, são tidos por formalmente constitucionais e, por essa razão, as constituições formais somente podem ser escritas. Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides acerca dos temas materialmente constitucionais:

Do ponto de vista material, a Constituição é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais. Tudo quanto for, enfim, conteúdo básico referente à composição e ao funcionamento da ordem política exprime o *aspecto material* da Constituição. [...] a Constituição, em seu aspecto material, diz respeito ao conteúdo, mas tão-somente ao conteúdo das determinações *mais importantes*, únicas merecedoras, segundo o entendimento dominante, de serem designadas rigorosamente como matéria *constitucional*.<sup>48</sup> [grifos no original]

No que tange ao conceito de Constituição formal, Dirley da Cunha Jr. aduz:

A Constituição formal é o conjunto de normas escritas reunidas num documento solenemente elaborado pelo poder constituinte, tenham ou não valor constitucional material, ou seja, digam ou não respeito às matérias tipicamente constitucionais (estrutura do Estado, organização do poder e direitos e garantias fundamentais). O que se afigura relevante aqui é a formalidade que caracteriza essas normas. São elas provenientes do poder constituinte e só podem ser modificadas ou revogadas por processos e formalidades especiais estabelecidos na própria

46 NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013. p. 91.

47 *Ibidem*, p. 92.

48 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 80-81.

Constituição. Só são constitucionais pelo simples fato de aderirem ao texto da Constituição.<sup>49</sup>

A par disso, desde logo, é fundamental salientar que todas as normas constantes de uma Constituição formal e rígida, como o é a Constituição de 1988, possuem o mesmo valor, em razão de seu *status* constitucional, e devem ser igualmente respeitadas, independentemente da natureza do conteúdo por elas veiculado, de modo que, na hipótese, não é cabível qualquer distinção entre as faces formais e materiais da constituição. Nessa linha é a lição de Michel Temer<sup>50</sup>, pois o critério de modificação é o mesmo para todas as normas, sejam elas material ou apenas formalmente constitucionais.

Entretanto, como bem apontado por Mariana Barbosa Cirne, hoje se critica essa divisão entre os âmbitos material e formal: “Ora, é exatamente dentro dessas características que está o equívoco em pensar que a constituição é algo a ser reduzido à sua estrutura formal. A estrutura formal e a material não se separam. São facetas de uma mesma moeda, que se constituem reciprocamente”. E, mais adiante, prossegue a autora:

[...] resumir o constitucionalismo a conceitos como os de constituição formal e material é desconhecer – e até ignorar – uma história de reinvenção de seu conceito. Os princípios insertos no texto constitucional (formalmente) são essenciais para a possibilidade de reinvenção material de seu conteúdo. Exatamente por conta disso é que essa discussão entre o que é “de fato constitucional” remete a uma dicotomia entre constituição material e formal que não merece ser privilegiada, já que estes conceitos estão imbricados.<sup>51</sup>

Feitas essas considerações, o conteúdo do art. 225 da CRFB, que regula a proteção ao meio ambiente, enquadra-se como materialmente constitucional, na medida em que o referido dispositivo, embora afastado do art. 5º, nada mais fez do que instituir um direito fundamental, de 3ª geração, como já reconheceu o STF<sup>52</sup>. A respeito dos direitos fundamentais de 3ª geração, Norberto Bobbio considera que “O mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído”.<sup>53</sup>

49 CUNHA JR., op. cit., 2008. p. 107.

50 TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 24.

51 CIRNE, Mariana Barbosa. Texto-base do Módulo I: *DIREITO AMBIENTAL - Desvendando sentidos do Capítulo sobre o Meio Ambiente da Constituição de 1988*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 31; 33. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=367>>. Acesso em: 15 ago. 2013.

52 RE 134.297 e MS 22.164, que serão adiante analisados.

53 BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 16 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 06.

Para o objeto do presente estudo, interessa particularmente o disposto no *caput* do art. 225, cujo conteúdo pode ser dividido em quatro partes:

a) Meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental da pessoa humana (direito à vida com qualidade); b) o meio ambiente é um bem de uso comum do povo – bem difuso, portanto, indisponível; c) o meio ambiente é um bem difuso e essencial à sadia qualidade de vida do homem; e d) o meio ambiente deve ser protegido e defendido pelo Poder Público e pela coletividade para as presentes e futuras gerações.<sup>54</sup>

Efetivamente, a Constituição de 1988 contém inúmeros direitos fundamentais situados fora do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), os quais estão espalhados pelo restante do texto constitucional<sup>55</sup>, mas cuja positivação como tal se dá, dentre outros fundamentos, através da cláusula de abertura contida no § 2º do art. 5º, a qual abrange, além dos direitos fundamentais consagrados no texto constitucional, todos aqueles assegurados na legislação infraconstitucional, inclusive em tratados internacionais.

E esse é o caso do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, direito fundamental de terceira dimensão localizado fora do título dos direitos fundamentais, sujeito, como todos os direitos fundamentais, ao regime instituído pelo § 1º do art. 5º da CRFB, que impõe o dever estatal de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais.<sup>56</sup> Como anota Tiago Fensterseifer, o princípio da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais constante do art. 5º, § 1º da CRFB, tem por finalidade a máxima eficácia possível dos direitos fundamentais, nele incluído o meio ambiente, tanto em sua perspectiva defensiva quanto na sua perspectiva prestacional, podendo ser oposto tanto ao Estado quanto a particulares.<sup>57</sup> Até porque, como assinalam Anderson Furlan e William Fracalossi,

Não custa lembrar, ademais, que o rol dos direitos previstos pelo art. 5º é *meramente exemplificativo e não taxativo*, visto que os direitos e garantias expressos na Constituição não obstam o reconhecimento de outros previstos difusamente no Texto Constitucional ou decorrentes dos regimes e princípios adotados.<sup>58</sup> [grifos no original]

54 SIRVINSKAS, op. cit., 2008. p. 61.

55 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 77.

56 *Ibidem*, p. 79-80; 85.

57 FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 170-171.

58 FRACALOSSO, op. cit. 2010. p. 55.

Ainda, com muita propriedade, Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer destacam que

A CF/88 (art. 225, *caput*, c/c o art. 5º, § 2º) atribuiu à proteção ambiental [...] o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, além de consagrar a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado – Socioambiental – de Direito brasileiro, sem prejuízo dos deveres fundamentais em matéria socioambiental. Há, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da *dupla funcionalidade* da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, a qual toma a forma simultaneamente de um *objetivo e tarefa estatal* e de um *direito (e dever) fundamental* do indivíduo e da coletividade, implicando todo um complexo de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico [...].<sup>59</sup> [grifos no original]

O meio ambiente configura um bem difuso e indisponível, de maneira que, como leciona José Afonso da Silva, os

[...] atributos do meio ambiente não podem ser de apropriação privada mesmo quando seus elementos constitutivos pertencem a particulares. Significa que o proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu bel-prazer, porque ela não integra a sua disponibilidade.<sup>60</sup>

Além disso, a responsabilidade pela preservação ambiental constitui um dever não apenas do Poder Público, mas da coletividade, cabendo a cada cidadão o dever de preservar os recursos naturais, utilizando-se dos meios proporcionados pela Constituição e pela legislação.

Todavia, o aspecto mais importante da mudança promovida pela CRFB foi ter erigido o meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito fundamental da pessoa humana, estabelecendo os princípios e limites referentes à proteção ambiental, servindo de fundamento para a solução das questões ambientais e condicionando a interpretação de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais que tenham relação com o meio ambiente:

A aplicação da norma ambiental constitucional deve levar em conta toda a estrutura do ordenamento jurídico, partindo-se do capítulo do meio ambiente. Esse capítulo não pode ser interpretado isoladamente, mas deve harmonizar-se com outros dispositivos constitucionais, como, por exemplo, o capítulo dos direitos e garantias fundamentais. O processo

59 SARLET, Ingo Wolfgang; Fensterseifer, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 105-106.

60 SILVA, op. cit., 2013. p. 88.

interpretativo deve transcender ao texto gramatical e buscar sua legitimidade na realidade atual.<sup>61</sup>

Nesse aspecto, Orci Paulino Bretanha Teixeira adverte que “[...] o direito ao meio ambiente dá maior relevância ao objeto – qualidade ambiental – em detrimento dos poderes e faculdades dos indivíduos. O direito fundamental trata de limitação de direitos individuais em prol dos da humanidade”.<sup>62</sup>

Além desses apontamentos, é essencial considerar, também, que o art. 225 da CRFB estabeleceu, em primeiro lugar, um direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, que, por ser essencial à sadia qualidade de vida, encontra-se umbilicalmente ligado ao direito fundamental à vida, pois, como afirma Édis Milaré, a Constituição de 1988 “institucionalizou o direito ao meio ambiente sadio como um direito fundamental do indivíduo”.<sup>63</sup>

Paulo Affonso Leme Machado<sup>64</sup>, igualmente, ensina que “A locução ‘todos têm direito’ cria um direito subjetivo, oponível *erga omnes*, que é completado pelo direito ao exercício da ação popular ambiental (art. 5º, LXXIII, da CF)”. E Frederico Amado acrescenta:

O legislador constituinte reconheceu expressamente o *direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado* (art. 225, *caput*), de terceira dimensão, pois coletivo, transindividual, com aplicabilidade imediata, vez que sua incidência independe de regulamentação. [...] Já a *sadia qualidade de vida* é o centro do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, pois sem boas condições ambientais inexistirá uma vida saudável dos seres racionais e irracionais, formando um elo indissociável como o direito fundamental à saúde.<sup>65</sup> [grifos no original]

Importa ressaltar, ainda, a impossibilidade de garantir a dignidade humana sem que se garanta a existência de um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, de modo que o conteúdo do artigo em comento encontra-se, igualmente, indissolúvelmente associado aos princípios fundamentais da República (art. 1º, III) e ao direito fundamental à saúde. Celso Fiorillo defende a existência de um “ piso vital mínimo ”<sup>66</sup> a ser respeitado pelos governantes, e, na mesma esteira, é o entendimento de Frederico Amado, para quem

61 SIRVINSKAS, op. cit., 2008. p. 150-152.

62 TEIXEIRA, op. cit., 2008. p. 92.

63 MILARÉ, op. cit., 2001. p. 233.

64 MACHADO, op. cit., 2013. p. 151.

65 AMADO, op. cit., 2013. p. 24 e 26.

66 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 190-191.

[...] as pessoas têm direito a um *mínimo existencial ecológico* para gozar de uma vida digna, pois sem uma água limpa para beber, um ar puro para respirar e um alimento sem agrotóxicos ou outros males todos os demais direitos fundamentais ficarão prejudicados, em especial o direito à saúde.<sup>67</sup> [grifos no original]

Por seu turno, ao analisar o alcance das modificações promovidas pela Constituição de 1988, José Afonso da Silva aduz que

As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: *a qualidade da vida humana*.<sup>68</sup> [grifos no original]

Inclusive, segundo Antônio Herman Benjamin, mesmo no silêncio constitucional anterior à Constituição de 1988 já era possível identificar tais garantias de cunho ambiental e sua relação com os demais direitos fundamentais:

Um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado pode ser – e, historicamente, tem sido – derivado indiretamente da Constituição, por meio da interpretação de dispositivos que asseguram outros valores tradicionais, como a vida (já que sem meio ambiente adequado inviabiliza-se a vida humana e dos outros seres), a saúde (sob o argumento de que o ser humano não pode viver em ambiente degradado), a dignidade da pessoa humana [...].<sup>69</sup>

E acrescenta, mais além: “Em rigor, os fundamentos do art. 225 não estão ilhados, pois ligam-se, de forma umbilical, à própria proteção à vida e à saúde, à salvaguarda da dignidade da pessoa humana e à funcionalização ecológica da propriedade”.<sup>70</sup> Guilherme Purvin de Figueiredo, por sua vez, observa que “Por tratar-se de um direito humano fundamental, ele estende-se às gerações atuais e futuras. Vale dizer, a degradação do meio ambiente pelas gerações atuais constitui violação

67 AMADO, op. cit., 2013. p. 25.

68 SILVA, op. cit., 2005. p. 846-847.

69 BENJAMIN, op. cit., 2007. p. 88.

70 Ibidem, p. 104.



de direito humano assegurado às futuras gerações”.<sup>71</sup> Nisso consiste a importância da norma consagrada pela Constituição: é necessário resguardar o meio ambiente de danos irreparáveis a fim de garantir a própria sobrevivência da espécie humana, pois nenhum desenvolvimento econômico é capaz de reverter os danos causados, de modo que a única saída possível à humanidade é a prevenção. Assim, promover a proteção ambiental significa, em outras palavras, verdadeiro meio de efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e de garantia dos direitos à vida e à saúde.<sup>72</sup>

A propósito, baseando-se na doutrina de Ingo Sarlet, lecionam Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder e Sílvia Cappelli<sup>73</sup> que

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é, por força da abertura material consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal de 1988, cláusula pétrea e sujeito à aplicabilidade direta, mesmo não constando do catálogo do art. 5º, uma vez que o constituinte optou por inseri-lo no âmbito das disposições constitucionais sobre a ordem social. Assim, trata-se de um direito formal e materialmente fundamental. Formal porque é parte integrante da Constituição escrita, situando-se no ápice de todo o ordenamento jurídico, e encontra-se ‘submetido aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional (art. 60, CF)’, além do que é uma norma diretamente aplicável e que vincula de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, parágrafo 1º). Material, porque se trata de um direito fundamental ‘constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade’.

Por conseguinte, considerando que o art. 225 da CRFB não apenas estabeleceu um direito fundamental, mas também regulou aspectos inerentes à garantia deste e de outros direitos fundamentais, dentre eles o direito à vida, prevalece o entendimento doutrinário de que seu conteúdo classifica-se como materialmente constitucional, por inserir-se na categoria dos direitos e garantias fundamentais. Assim, deve ser lido como um direito fundamental e indisponível, e, portanto, sempre interpretado à luz da cláusula de abertura expressa no art. 5º, § 2º da CRFB. Em face disso, cabe salientar que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez reconhecido como direito

71 FIGUEIREDO, op. cit., 2013. p. 82.

72 AMADO, op. cit., 2013. p. 24.

73 MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 5. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 19.

fundamental, configura inclusive cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CRFB:

Reconhecer o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito fundamental implica, além da impostergável obrigatoriedade de o Estado garanti-lo a qualquer custo, positiva ou negativamente, a *intangibilidade jurídica* desse mesmo direito, não podendo ser suprimidos dispositivos *constitucionais e infraconstitucionais* a ponto de nulificá-lo ou enfraquecê-lo.<sup>74</sup> [grifos no original]

Por oportuno, vale transcrever a lição de José Rubens Morato Leite:

[...] o direito fundamental do meio ambiente não admite retrocesso ecológico, pois está inserido como norma e garantia fundamental de todos, tendo aplicabilidade imediata, consoante o art. 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição. Além do que o art. 60, § 4º, IV, também da Carta Magna, proíbe proposta de abolir o direito fundamental ambiental, nesse sentido considerado cláusula pétrea devido à sua relevância para o sistema constitucional brasileiro, como direito social fundamental da coletividade.<sup>75</sup>

Nessa linha, ressalta-se que o caráter fundamental atribuído pela CRFB ao direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, elegendo-o como uma das prioridades a serem perseguidas, implica seu posicionamento superior na hierarquia das normas constitucionais, somado a outros direitos fundamentais por ela consagrados, servindo de limitação expressa a outros direitos nela igualmente previstos. Como afirma Frederico Amado,

[...] é possível concluir pela *eficácia dirigente* do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (pois este vincula os três Poderes do Estado na busca de sua efetivação) e pela *eficácia irradiante* (que norteia a interpretação e aplicação das disposições infraconstitucionais), da qual decorre a *eficácia horizontal* que alonga tal direito ao plano privado.<sup>76</sup> [grifos no original]

Como consequência, na interpretação das normas ambientais devem ser priorizados o método de interpretação conforme a constituição (art. 28, parágrafo único, da Lei n.º 9.868/1999), o princípio da máxima efetividade ou da interpretação efetiva (direcionado aos direitos e

74 FRACALOSSI, op. cit., 2010. p. 57.

75 LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*, in, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens. (organizadores) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 198.

76 AMADO, op. cit., 2013. p. 27.

garantias fundamentais), bem como a adoção da máxima *in dubio pro ambiente*, a fim de que seja privilegiada a interpretação mais benéfica ao meio ambiente.<sup>77</sup> Na mesma perspectiva, José Afonso da Silva aduz que

[...] a proteção ao meio ambiente traduz o modo de proteção à vida, à qualidade de vida, à sobrevivência da espécie humana, que é destinatária dos direitos de terceira geração. Esse é o contexto que deve nortear a interpretação das normas constitucionais pertinentes que consubstanciam o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com sua consequência relevante para a garantia de sua eficácia e aplicabilidade, qual seja, a sua inserção no rol das matérias componentes dos limites materiais ao poder de reforma constantes do art. 60, § 4º, da CF/88.<sup>78</sup>

É claro que, em se tratando de direito fundamental, não significa que o mesmo seja absoluto, devendo ser relativizado quando em conflito com outros direitos fundamentais, com compatibilização entre ambos<sup>79</sup>, considerando os diversos interesses envolvidos e harmonizando todo o ordenamento jurídico, como bem pontua Alexandre de Moraes:

[...] quando houver conflito entre dois ou mais direitos ou garantias fundamentais, o intérprete deve utilizar-se do *princípio da concordância prática ou da harmonização*, de forma a coordenar e combinar os bens jurídicos em conflito, evitando o sacrifício total de uns em relação aos outros, realizando uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada qual (*contradição dos princípios*), sempre em busca do verdadeiro significado da norma e da harmonia do texto constitucional com sua finalidade precípua.<sup>80</sup> [grifos no original]

No entanto, ainda assim há quem entenda que, apesar de não ser absoluto, no caso do meio ambiente deve o julgador orientar-se pela prevalência do interesse público em detrimento do interesse particular, privilegiando o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no caso de ponderação com outros interesses, haja vista a atual situação de calamidade em que natureza se encontra, próxima do ponto de irreversibilidade<sup>81</sup>. Orci Paulino Bretanha Teixeira entende que essa opção se justifica em face da presença de interesse público, frisando que

77 AMADO, op. cit., p. 29-32.

78 SILVA, José Afonso da. *Fundamentos constitucionais da proteção do meio ambiente*. in MILARÉ, Édís; MACHADO, Paulo Afonso Leme. (org.) *Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 949-950.

79 FRACALOSSO, op. cit., 2010. p. 58-59.

80 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 28.

81 FRACALOSSO, op. cit., 2010. p. 59.

[...] na qualidade de interesse difuso, o direito ambiental autoriza a intervenção do Poder Público na ordem econômica para assegurar o direito fundamental ao ambiente ecologicamente equilibrado, produto da evolução do direito ao longo dos séculos. Os princípios que disciplinam a matéria levaram a estabelecer a supremacia do interesse público sobre o privado [...]<sup>82</sup>

Em síntese, a efetiva proteção do meio ambiente depende do tratamento equilibrado da atividade econômica em relação às questões ambientais, verificando-se a consonância da doutrina no sentido de que a defesa do meio ambiente deve ter como referência a pessoa humana, e não o sistema econômico, estando os princípios que regem a atividade econômica restringidos à observância dos incisos do art. 170 da CRFB.

## 2 EMBATE ENTRE O AMBIENTAL E O ECONÔMICO NO STF

### 2.1 Evolução jurisprudencial no âmbito do STF

Na vigência da Constituição anterior, assim como nas demais que a precederam, não havia preocupação com a proteção específica do meio ambiente, termo que sequer era utilizado, havendo menção apenas à proteção ao patrimônio histórico, cultural e paisagístico, bem como referências esparsas a alguns de seus elementos (florestas, água etc.) ou matérias correlacionadas, como a saúde, entre outras. Nesse aspecto, grande inovação ocorreu com o advento da Constituição Federal de 1988, que promoveu amplo destaque à defesa ambiental, contendo todos os fundamentos principiológicos para a proteção do meio ambiente, e sendo por isso frequentemente denominada “Constituição Verde”, conhecida como a legislação mais avançada do Planeta em matéria ambiental<sup>83</sup>.

A partir da consagração, na CRFB, do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, houve, conseqüentemente, um aumento significativo das questões envolvendo a proteção ambiental em conflito com outros direitos constitucionalmente assegurados que são levadas ao STF. E assim, da análise da jurisprudência do STF pode-se inferir a evolução do entendimento acerca da matéria, na medida em que diferentes questões são suscitadas.

Para cumprir com o objetivo do presente trabalho de analisar casos em que há conflito entre meio ambiente e interesse econômico, inicialmente efetuou-se uma pesquisa de jurisprudência no sítio do STF<sup>84</sup>, com a utilização da expressão “meio ambiente”, resultando em

82 TEIXEIRA, op. cit., 2006. p. 139.

83 MILARÉ, op. cit., 2013. p. 167-169.

84 Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

254 acórdãos e 1795 decisões monocráticas. Entretanto, examinando as referidas decisões, verificou-se que grande parte trata de assuntos alheios ao objeto do presente trabalho, como casos envolvendo direito penal, Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental - TCFA e gratificações devidas aos servidores dos órgãos ambientais. Desse modo, para refinamento da busca, excluíram-se as expressões “servidor”, “gratificação” e “taxa”, o que resultou em 197 acórdãos e 1292 decisões monocráticas. Foi feita a escolha pelo exame exclusivamente dos acórdãos, especialmente em razão dos debates em Plenário, verificando-se que, dos 197 acórdãos, apenas 11 são anteriores à Constituição Federal de 1988.

A primeira decisão do STF envolvendo a temática sob a égide da nova ordem constitucional ocorreu em 09 de maio de 1991, onde, no julgamento da Medida Cautelar na ADI 487/DF, o STF indeferiu a cautelar, ponderando que o interesse social na preservação do meio ambiente sobrepuja-se ao interesse privado, afastando o *periculum in mora* por este alegado.<sup>85</sup>

No que tange a decisões de mérito, o julgamento dos primeiros conflitos decorrentes das alterações promovidas pela nova Constituição ocorreu no ano de 1995, quando o STF reconheceu que o direito insculpido no art. 225 da CRFB constitui direito fundamental de terceira geração ou terceira dimensão<sup>86</sup>, assim estabelecendo no primeiro julgado: “[...] Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput)”<sup>87</sup> e, posteriormente, reforçando o entendimento:

A questão do direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado - Direito de Terceira Geração - Princípio da Solidariedade. - O direito a integridade do meio ambiente - típico direito de terceira geração - constitui prerrogativa jurídica de titularidade coletiva, refletindo, dentro do processo de afirmação dos direitos humanos, a expressão significativa de um poder atribuído, não ao indivíduo identificado em sua singularidade, mas, num sentido verdadeiramente mais abrangente, a própria coletividade social. [...] Os direitos de terceira geração, que materializam poderes de titularidade coletiva atribuídos genericamente

85 *EMENTA*: Ação direta baseada nos artigos 225, § 4º, e 5º, XXII, da Constituição. Sem negar a relevância da fundamentação, mas ponderado o interesse coletivo na preservação do meio ambiente, indefere-se por maioria, a cautelar, quanto ao art. 1º do Decreto nº 99.547-90, que proíbe, por prazo indeterminado, o corte e a respectiva exploração da vegetação nativa da Mata Atlântica. Cautelar indeferida, por unanimidade, quanto ao art. 2º do mesmo Decreto, que dispõe sobre o exercício da fiscalização de projetos, pelo IBAMA. (ADI 487 MC, Relator(a): *Min. OCTAVIO GALLOTTI*, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/1991).

86 RE 134297, Relator(a): *Min. CELSO DE MELLO*, Primeira Turma, julgado em 13/06/1995, DJ 22-09-1995; MS 22164, Relator(a): *Min. CELSO DE MELLO*, Tribunal Pleno, julgado em 30/10/1995, DJ 17-11-1995.

87 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134297. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000143966&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

a todas as formações sociais, consagram o princípio da solidariedade e constituem um momento importante no processo de desenvolvimento, expansão e reconhecimento dos Direitos Humanos, caracterizados, enquanto valores fundamentais indisponíveis, pela nota de uma essencial inexequibilidade.<sup>88</sup>

Desde então, muitos casos têm sido levados ao STF, que, em 2005, promoveu na ADI n.º 3540-MC/DF um dos julgamentos mais emblemáticos e que tem servido de referência para todos os julgamentos posteriores, onde consolidou o entendimento da precedência do direito à preservação do meio ambiente como uma limitação constitucional explícita à atividade econômica, conforme demonstra a ementa do acórdão proferido:

MEIO AMBIENTE - DIREITO À PRESERVAÇÃO DE SUA INTEGRIDADE (CF, ART. 225) - PRERROGATIVA QUALIFICADA POR SEU CARÁTER DE METAINDIVIDUALIDADE - DIREITO DE TERCEIRA GERAÇÃO (OU DE NOVÍSSIMA DIMENSÃO) QUE CONSAGRA O POSTULADO DA SOLIDARIEDADE [...] - RELAÇÕES ENTRE ECONOMIA (CF, ART. 3º, II, C/C O ART. 170, VI) E ECOLOGIA (CF, ART. 225) - COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS - CRITÉRIOS DE SUPERAÇÃO DESSE ESTADO DE TENSÃO ENTRE VALORES CONSTITUCIONAIS RELEVANTES - OS DIREITOS BÁSICOS DA PESSOA HUMANA E AS SUCESSIVAS GERAÇÕES (FASES OU DIMENSÕES) DE DIREITOS (RTJ 164/158, 160-161) - A QUESTÃO DA PRECEDÊNCIA DO DIREITO À PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE: UMA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL EXPLÍCITA À ATIVIDADE ECONÔMICA (CF, ART. 170, VI) - [...]. A PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE: EXPRESSÃO CONSTITUCIONAL DE UM DIREITO FUNDAMENTAL QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano [...]. A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele

88 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000023427&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

que privilegia a ‘defesa do meio ambiente’ (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. [...] A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) É A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA. - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. [...] <sup>89</sup>

Em 2007, na ACO 876 MC-AgR <sup>90</sup>, o STF reforçou a ideia de desenvolvimento sustentável ao decidir que “[...] 4. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. [...]” e, mais recentemente, em 2009, no julgamento da ADPF 101 <sup>91</sup>, o STF consolidou o imperativo de que o desenvolvimento deve respeitar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como se depreende dos excertos da ementa a seguir colacionados:

[...] ARTS. 170, 196 E 225 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. CONSTITUCIONALIDADE DE ATOS NORMATIVOS PROIBITIVOS DA IMPORTAÇÃO DE PNEUS USADOS. RECICLAGEM DE PNEUS USADOS: AUSÊNCIA DE ELIMINAÇÃO TOTAL DE SEUS EFEITOS NOCIVOS À SAÚDE E AO MEIO

89 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540-MC /DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 set. 2005. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094348&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

90 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): *Min. MENEZES DIREITO*. Brasília, 19 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000086929&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

91 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): *Min. CÁRMEN LÚCIA*. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.



AMBIENTE EQUILIBRADO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA SAÚDE E DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO. [...] 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. [...] 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. [...] Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). [...]

Porém, da análise desses e de outros julgados, pode-se verificar que, quando do embate entre a defesa do meio ambiente e os interesses econômicos, a questão não se encontra, nas decisões do STF, tão alinhada à defesa do meio ambiente que foi desenhada pela CRFB, pois, em diversos casos, a solução do caso acabou por mitigar a proteção ambiental em face dos interesses econômicos em lide, conforme será demonstrado a seguir.

## **2.2 Análise crítica de decisões que envolvem conflitos entre princípios constitucionais fundadas na técnica da ponderação ou princípio da proporcionalidade**

De fato, a análise das ementas dos julgados do STF não é suficiente para demonstrar a realidade fática subjacente à aparente realização dos princípios constitucionalmente consagrados, de modo que é necessário observar, com cuidado, o conteúdo dos julgamentos, expresso nos votos dos ministros e as consequências das decisões nos respectivos casos concretos.

Outrossim, desde logo, verificou-se que nem sempre as decisões proferidas se coadunam aos princípios constitucionais que alegam proteger, muitas vezes concluindo de modo diverso à argumentação desenvolvida e, inadvertidamente, mitigando a proteção constitucional nos casos em julgamento.



Nessa linha, em que pese ter reconhecido a importância conferida pela CRFB à proteção do meio ambiente, consagrando-a como um direito fundamental, a decisão proferida no Recurso Extraordinário RE n.º 134297 não equacionou bem essa importância em face do direito individual de propriedade, e, de certa forma, o fez prevalecer sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, como se pode depreender dos excertos do julgado:

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO - ESTAÇÃO ECOLÓGICA - RESERVA FLORESTAL NA SERRA DO MAR - PATRIMÔNIO NACIONAL (CF, ART. 225, PAR.4.) - LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA QUE AFETA O CONTEUDO ECONOMICO DO DIREITO DE PROPRIEDADE - DIREITO DO PROPRIETÁRIO A INDENIZAÇÃO - DEVER ESTATAL DE RESSARCIR OS PREJUÍZOS DE ORDEM PATRIMONIAL SOFRIDOS PELO PARTICULAR - RE NÃO CONHECIDO. [..] A norma inscrita no art. 225, par.4º, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5., XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal. O preceito consubstanciado no art. 225, par. 4º, da Carta da Republica, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. - *A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5., XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da Republica estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do dominus, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, par. 4º, da Constituição.* - Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput).<sup>92</sup> [grifo nosso]

92 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134297. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

Nos votos, a situação fica mais bem evidenciada<sup>93</sup>: o caso concreto se refere à indenização aos proprietários de imóvel rural atingido pela área destinada à criação de Estação Ecológica em razão da impossibilidade de exploração econômica no local, ou, em outras palavras, discute a indenizabilidade das matas que cobrem a área em questão, localizadas na Zona Costeira, tratando-se de Mata Atlântica integrante da Serra do Mar. E a decisão do STF centrou-se no direito de propriedade assegurado pela Constituição, determinando que o art. 225 deve ser interpretado em consonância com o art. 5º, XXII. Em outras palavras, o art. 225 estaria limitado pelo direito de propriedade, e não o contrário, interpretação que se revela equivocada.

Na verdade, o direito de propriedade já nasce limitado no próprio art. 5º, que determina, no XXIII, que a propriedade deverá atender a sua função social. Além disso, o art. 186, II da CRFB dispõe que a função social é cumprida quando houver adequada utilização dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, ou seja, só cumpre com a função social o imóvel que cuidar de promover a preservação do meio ambiente.

Já o art. 225, por sua vez, impõe ao poder público e aos particulares a preservação do meio ambiente, estabelecendo, no § 1º e incisos, deveres ao Poder Público para dar efetividade ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de impor, no § 3º, o dever de reparar os danos causados pelos infratores e, no § 4º, reconhecer a Zona Costeira, a Mata Atlântica e a Serra do Mar como patrimônio nacional, restringindo sua utilização, que somente pode ocorrer na forma da lei, cumprindo “condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”<sup>94</sup>.

Outrossim, resta claro que qualquer exploração econômica no local está constitucionalmente limitada e, ainda que permitida, somente seria possível com a preservação do meio ambiente e respeitando uma série de requisitos. Desta forma, evidentemente está impedido o desmatamento em tais locais. Contudo, a atividade econômica desenvolvida no caso em questão se referia à extração de madeira, além da pretensão à implantação da cultura de cacau, com remoção de parte da cobertura vegetal do imóvel, como se depreende do voto do relator<sup>95</sup>, que adotou as razões de decidir do acórdão impugnado, o qual considera que a proteção constitucional conferida às referidas matas decorre de sua utilidade

93 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134297. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000143966&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

94 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

95 Min. Celso de Mello.

traduzida em expressão econômica<sup>96</sup>. Assim, reconheceu o dever do Estado em indenizar a redução do potencial econômico decorrente de restrições voltadas à preservação do equilíbrio ambiental<sup>97</sup>, as quais resultam, antes de qualquer limitação administrativa, de uma imposição constitucional.

O que sobressai do referido julgado é a então predominância de uma visão civilista, ignorando as importantes e profundas mudanças promovidas no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Constituição de 1988. Há excessiva preocupação com a reposição de supostos prejuízos advindos da impossibilidade de plena exploração econômica, desconsiderando que esta decorre não de discricionariedade de Poder Público local, mas de um dever imposto pela Constituição ao Poder Público como um todo, com a finalidade de proteger um bem maior, consistente no meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado.

Com efeito, em face da expressiva proteção conferida pela CRFB ao meio ambiente, resta evidente que a alegada expressão econômica da propriedade já nasce limitada, pois atribui aos proprietários, desde a origem, o dever de preservar. Em outras palavras, a positivação constitucional em 1988 do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não implica o seu surgimento, mas o reconhecimento de um direito preexistente, cuja aplicabilidade é imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da CRFB.

Afora isso, ressalta aos olhos o fato de que eventual dano ambiental no local deveria ser reparado pelos proprietários, concomitantemente com as demais consequências penais e administrativas decorrentes do ilícito, conforme consigna o art. 225, § 3º da CRFB. Ou seja, o STF acabou por determinar a indenização de mata que, se fosse derrubada, deveria o proprietário promover a reparação dos danos, em total inversão do que determina a Carta Magna. Em outros termos: ficou assegurado aos proprietários o direito de indenização pelo não cometimento de dano ambiental, o que, na verdade, é obrigação expressamente consignada na Constituição, ou seja, indenização pelo cumprimento de um dever de não fazer. Porém, em termos de direitos fundamentais, além da expressa limitação constitucional aos direitos individuais em discussão, é evidente que o direito coletivo ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sobrepõe-se ao direito individual em razão de sua maior importância e abrangência.

Enfim, dentre inúmeros equívocos interpretativos, ainda que sem menção expressa, a decisão proferida no RE 134297 realiza

96 Idem, p. 681. Na transcrição das páginas 682 e 683, o acórdão manteve o valor da indenização anteriormente fixada porque, em razão das disposições do Código Florestal, que limitava o percentual de árvores que poderiam ser derrubadas, o lucro dos proprietários nunca seria integral.

97 Idem, p. 684-685.

verdadeira opção entre valores constitucionais (direito de propriedade, consubstanciado no potencial de exploração econômica da cobertura vegetal do imóvel, em face do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado), determinando a predominância do primeiro de forma contrária ao que se infere do conjunto normativo das disposições constitucionais. E, ao não interpretar o conjunto de normas constitucionais de forma harmônica, acaba por mitigar, de modo indevido, a garantia constitucional consagrada no art. 225 da CRFB.

Entretanto, a questão teórica envolvendo conflito entre propriedade e meio ambiente restou melhor equacionada por ocasião do julgamento do MS 22.164<sup>98</sup>, onde o voto, também da relatoria do Ministro Celso de Mello, teceu importantes considerações acerca do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e suas implicações<sup>99</sup>, especialmente no que tange ao direito de propriedade e o cumprimento de sua função social, conforme se infere do seguinte trecho:

[...] O dever que constitucionalmente incumbe ao Poder Público de fazer respeitar a integridade do patrimônio ambiental *não o impede*, contudo, *quando necessária a intervenção estatal na esfera dominial privada*, de promover, na forma do ordenamento positivo, a desapropriação de imóveis rurais para fins de reforma agrária, *especialmente porque um dos instrumentos de realização da função social da propriedade rural* [...] consiste, *precisamente*, na submissão do domínio à necessidade de o seu titular utilizar adequadamente os recursos naturais disponíveis e de fazer preservar o equilíbrio do meio ambiente, *sob pena de*, em descumprindo esses encargos, sofrer a *desapropriação-sanção* a que se refere o art. 184 da Lei Fundamental. É certo que o Pantanal Mato-Grossense [...] constitui patrimônio nacional, devendo a sua utilização fazer-se, *na forma da lei* – consoante prescreve o art. 225, § 4º da Carta Política – dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, notadamente quanto ao uso dos recursos naturais, sob pena de descaracterização, para os efeitos já referidos, da função social da propriedade. [...] <sup>100</sup>[grifos no original]

E, mais adiante, concluiu:

[...] A defesa da integridade do meio ambiente, quando venha este a constituir objeto de atividade predatória, *pode justificar* reação estatal veiculadora de medidas – *como a desapropriação-sanção* – que atinjam o próprio direito de propriedade, pois o imóvel rural que não se ajuste, em

98 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

99 Idem, p. 1175-1181.

100 Idem, p. 1179-1180.

seu processo de exploração econômica, aos fins elencados no art. 186 da Constituição claramente *descumpre* o princípio da função social inerente à propriedade, *legitimando*, desse modo, *nos termos do art. 184 c/c o art. 186, II, da Carta Política*, a edição de decreto presidencial consubstanciador de declaração expropriatória para fins de reforma agrária. [...] <sup>101</sup> [grifos no original]

No mesmo sentido é a conclusão na ADI 1516-MC<sup>102</sup>, cujo voto, de relatoria do Ministro Sydney Sanches, observou que:

[...] Embora não desprezíveis as alegações da inicial, concernentes a possível violação do direito de propriedade, sem prévia e justa indenização, é de se objetar, por outro lado, que a Constituição deu tratamento especial à Floresta Amazônica brasileira, assim como à Mata Atlântica, à Serra do Mar, ao Pantanal Mato-Grossense e à Zona Costeira, ao integrá-los no patrimônio nacional, aduzindo que sua utilização se fará, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. [...] <sup>103</sup>

Igualmente, na ADI 1952 MC<sup>104</sup>, o relator Ministro Moreira Alves ressalta que a reserva legal se coaduna com a função social da propriedade, sem eliminar ou ferir os princípios da livre iniciativa, não impede o desenvolvimento econômico nem viola direito adquirido. Com perspicácia, assim asseverou:

[...] a reserva legal e as limitações ao direito de propriedade em causa vigoram desde o Código Florestal de 1965, não sendo essa reserva instituto esdrúxulo nos dias atuais como pretende a autora. [...] a reserva legal não se confunde com a desapropriação indireta, não havendo esvaziamento do valor econômico da propriedade, pois a proteção à cobertura vegetal não impede a exploração dessa área nos limites autorizados pelo Código Florestal; preservar e manter o equilíbrio ecológico não significa impedir o desenvolvimento econômico-social, mas, ao contrário, essa preservação é indispensável diante do crescente esgotamento dos recursos naturais do planeta; e não há que se falar em direito adquirido no caso até porque essa reserva legal foi instituída pelo

101 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em 07 de outubro de 2013. p. 1181.

102 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1516-MC. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 06 mar. 1997. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000109733&base=baseAcordaos>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

103 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1516-MC. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 06 mar. 1997. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347107>>. Acesso em 20 de novembro de 2013. p. 53.

104 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1952 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 ago. 1999. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347347>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

Código Florestal em 1965, e, a partir dessa data, as ações ou omissões contrárias a essa Lei são uso nocivo da propriedade.<sup>105</sup>

E, à guisa de conclusão, referiu que

[...] dadas as ponderáveis alegações [...] relativas ao disposto no art. 225 da Constituição no tocante ao dever do Poder Público de defender e de preservar para as gerações futuras o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e aos meios que o § 1º desse dispositivo, especialmente nos incisos III e VII, confere a esse Poder para assegurar a efetividade desse direito, bem como as considerações ali constantes no sentido de que a reserva legal – que decorre da interpretação desses meios constitucionais para a proteção ecológica, e que, portanto, não é desarrazoada nos tempos atuais – se coaduna com a função social da propriedade, sem, em consequência, eliminá-la ou ferir os princípios da livre iniciativa e da liberdade de ofício, não impede o desenvolvimento econômico, nem viola direito adquirido.<sup>106</sup>

Na mesma linha de raciocínio, o Ministro Moreira Alves reiterou esse entendimento, ao relatar o RE 300244<sup>107</sup>, aduzindo que

[...] A própria noção de direito de propriedade está, hoje, desenhada sob outra roupagem, em decorrência da função social da mesma. Isto se torna ainda mais grave quando a Constituição brasileira confere uma especial proteção a esta propriedade, como ocorre com a Mata Atlântica, dispondo que se trata de patrimônio nacional, cuja utilização far-se-á dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. [...]<sup>108</sup>

E assim, a jurisprudência do STF prosseguiu em desenvolvimento, a ponto de consolidar o entendimento pela precedência do direito à preservação do meio ambiente como uma limitação constitucional explícita à atividade econômica, conforme demonstrado na ementa da ADI n.º 3540-MC/DF<sup>109</sup> anteriormente transcrita. Em seu voto, o relator Ministro Celso de Mello teceu relevantes considerações acerca da proteção constitucional ao meio ambiente, referindo que

105 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1952 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 ago. 1999. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347347>>. Acesso em 20 de novembro de 2013. p. 55-57.

106 Idem, p. 59-60.

107 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 300244. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 20 nov. 2001. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260498>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

108 Idem, p. 1181.

109 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540-MC /DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 set. 2005. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

[...] os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concreção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica por seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.<sup>110</sup>

E, mais além, acrescentou:

O reconhecimento desse direito de titularidade coletiva, tal como se qualifica o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, constitui, portanto, uma realidade a que não mais se mostram alheios ou insensíveis, como precedentemente enfatizado, os ordenamentos positivos consagrados pelos sistemas jurídicos nacionais e as formulações normativas proclamadas no plano internacional [...].<sup>111</sup>

Todavia, melhor sorte não lhe assiste ao discorrer acerca das relações entre economia e meio ambiente e da aparente colisão entre esses direitos fundamentais expressos, onde, apesar de reconhecer a precedência do direito à preservação do meio ambiente como uma limitação constitucional explícita à atividade econômica, ao final adota solução contraditória a essa conclusão, na medida em que, apesar de estabelecer o princípio do desenvolvimento sustentável<sup>112</sup>, a decisão optou por manter a vigência de ato normativo que mitigava a proteção ao meio ambiente. Dito de outro modo, em que pese tenha o relator bem exposto a questão da prevalência do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a opção pelo desenvolvimento sustentável, a decisão se apresenta incoerente, ao concluir pela possibilidade de regulamentação da Constituição através de medida provisória, a qual flexibilizou os critérios para supressão de vegetação, em evidente retrocesso da legislação ambiental.

110 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540-MC /DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 set. 2005. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 542-543.

111 Idem, p. 548.

112 Na ementa: [...] *A QUESTÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL (CF, ART. 3º, II) E A NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO DA INTEGRIDADE DO MEIO AMBIENTE (CF, ART. 225): O PRINCÍPIO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL COMO FATOR DE OBTENÇÃO DO JUSTO EQUILÍBRIO ENTRE AS EXIGÊNCIAS DA ECONOMIA E AS DA ECOLOGIA.* - O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, subordinada, no entanto, a invocação desse postulado, quando ocorrer situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações. [...]



Nesse aspecto, pode-se inferir que o equívoco inicia-se a partir da análise do permanente estado de tensão entre os referidos direitos, propondo que a solução deva ser promovida através da ponderação de valores, como se depreende dos trechos a seguir colacionados:

[...] atento à circunstância de que existe um permanente estado de tensão entre o imperativo do desenvolvimento nacional (CF, art. 3º, II), e a necessidade de preservação da integridade do meio ambiente (CF, art. 225), de outro, torna-se essencial reconhecer que a superação desse antagonismo, que opõe valores constitucionais relevantes, dependerá da ponderação concreta, em cada caso ocorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito, em ordem a harmonizá-los e a impedir que se aniquilem reciprocamente, tendo-se como vetor interpretativo, para efeito da obtenção de um mais justo e perfeito equilíbrio entre as exigências da economia e as da ecologia, o princípio do desenvolvimento sustentável, tal como formulado nas conferências internacionais (a “Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992”, p. ex.) e reconhecido em valiosos estudos doutrinários que lhe destacam o caráter eminentemente constitucional [...]. Isso significa [...] que a superação dos antagonismos existentes entre princípios e valores constitucionais há de resultar da utilização de critérios que permitam, ao Poder Público (e, portanto, aos magistrados e Tribunais), ponderar e avaliar, “*hic et nunc*”, em função de determinado contexto e sob uma perspectiva axiológica concreta, qual deva ser o direito a preponderar no caso, considerada a situação de conflito ocorrente, desde que, no entanto – tal como adverte o magistério da doutrina na análise da delicadíssima questão pertinente ao tema da colisão de direitos [...] –, a utilização do método da ponderação de bens e interesses não importe em esvaziamento do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, dentre os quais avulta, por sua significativa importância, o direito à preservação do meio ambiente. Essa asserção torna certo, portanto, que a incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente [...] que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI) [...].<sup>113</sup>

Portanto, apesar da evolução do entendimento do STF quanto à extensão da proteção constitucional a ser conferida ao meio ambiente, persiste a preocupação quanto à metodologia utilizada para decidir ante

113 Idem, p. 565-567.



a presença de colisão entre direitos fundamentais, conforme a seguir será melhor explicitado quando do exame de outras decisões.

No caso da ACO 876 MC-AgR, especificamente, identificou-se uma das maiores contrariedades ao direito fundamental consagrado no art. 225 da CRFB. O referido dispositivo, juntamente com as Convenções Internacionais assinadas, ratificadas e promulgadas pelo Brasil<sup>114</sup>, consagrou, ainda que de forma implícita, o princípio da precaução, explicitado no Princípio 15 da Declaração do Rio (ECO/1992) e previsto expressamente no art. 1º da Lei de Biossegurança<sup>115</sup>, no § 3º do art. 54 da Lei dos Crimes Ambientais<sup>116</sup> e em resoluções do CONAMA, e tem por objetivo evitar danos ao meio ambiente, ainda que haja incerteza científica sobre sua efetiva ocorrência ou sua extensão, de modo que a dúvida milita em favor do meio ambiente. Todavia, a decisão do STF, em razão de dúvida acerca dos possíveis danos ambientais advindos da obra em questão, expressamente afastou a aplicação do princípio da precaução<sup>117</sup>, como se denota já da ementa do julgado:

Agravo regimental. Medida liminar indeferida. Ação civil originária. Projeto de Integração do Rio São Francisco com as Bacias Hidrográficas do Nordeste Setentrional. Periculum in mora não evidenciado. [...] 4. O meio ambiente não é incompatível com projetos de desenvolvimento econômico e social que cuidem de preservá-lo como patrimônio da humanidade. Com isso, pode-se afirmar que o meio ambiente pode ser palco para a promoção do homem todo e de todos os homens. 5. *Se não é possível considerar o projeto como inviável do ponto de vista ambiental, ausente nesta fase processual qualquer violação de norma constitucional ou legal, potente para o deferimento da cautela pretendida, a opção por esse projeto escapa inteiramente do âmbito desta Suprema Corte.* Dizer sim ou não à transposição não compete ao Juiz, que se limita a examinar os aspectos normativos, no caso, para proteger o meio ambiente. [...].<sup>118</sup>  
[grifo nosso]

Sobre esse aspecto, o Ministro Carlos Ayres Britto teceu importantes considerações em seu voto divergente<sup>119</sup>, a seguir transcritas:

114 *Convenção da Diversidade Biológica e Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima*. Cf. MACHADO, op. cit., 2013. p. 101-103; 115-117.

115 Lei n.º 11.105, de 24 de março de 2005.

116 Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

117 Ao desprover os agravos regimentais interpostos da decisão que indeferiu a medida cautelar, requerida a fim de obstar a expedição da Licença de Instalação e início das obras sem que fossem integralmente cumpridas todas as condicionantes ambientais estipuladas quando da emissão da Licença Prévia, conforme se infere do voto do relator.

118 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Brasília, 19 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

119 Idem, p. 88-89.

Ressalto que esse artigo 225 é de núcleo semântico plurissignificativo, dos mais importantes da Constituição brasileira, pelos bens jurídicos tutelados num só dispositivo. Aí, a Constituição faz das futuras gerações uma preocupação, cuidando de interesses de quem não existe ainda – interessante isso. As futuras gerações já estão sendo objeto de proteção constitucional por via do art. 225.

A partir desse artigo é que surgem vários princípios de caráter ambiental, como o princípio da precaução e o da prevenção, que embora coloquialmente sejam palavras sinônimas, sejam coisas iguais, tecnicamente não: um, objetiva evitar riscos ao meio ambiente, com todas as medidas necessárias de prevenção; outro, que é o da precaução, traduz-se no seguinte: em caso de dúvida, se há ou não há lesão ao meio ambiente, não se faz a obra. Estanca-se ou paralisa-se a atividade. E o fato é que o governo responde às dúvidas surgidas quanto à saúde do Rio São Francisco e até a sua sobrevivência depois desse projeto, dizendo que não desconhece que o Rio se encontra doente, debilitado, esquelético, assoreado, poluído. Mas as obras de revitalização estão sendo feitas simultaneamente com as obras de transposição, é o que alegam as autoridades públicas. Mas os ambientalistas retrucam que o certo seria cuidar da revitalização e somente depois discutir a viabilidade da transposição.

Se formos aplicar o princípio da precaução a essa polêmica, diríamos que as obras têm que ser paralisadas pelo seguinte: se o Rio está doente, não se pode exigir que um doente seja doador de sangue. Entre num processo de transfusão sanguínea para doar. A Constituição, aqui, não está sendo observada na condução dessa obra ciclópica, enorme, de interesse de tantos Estados da Federação.

Através do exame da argumentação expendida, a qual foi seguida pelo Ministro Cezar Peluso, que em seu voto<sup>120</sup>, também divergente, demonstrou preocupação com eventual impossibilidade de restauração do *status quo*, sugerindo a resolução *pro humanitate* da questão, traduzida em evitar a privação do meio ambiente, infere-se que o entendimento do STF ainda não está consolidado quanto ao verdadeiro alcance das garantias constitucionais referentes ao meio ambiente.

As discrepâncias de opinião entre os ministros e os riscos inerentes às decisões a serem proferidas ficam ainda mais evidentes quando são aventadas a colisão de princípios e a necessidade de sopesamento ou balanceamento para solução: o tema é novamente suscitado no voto do Ministro Gilmar Mendes<sup>121</sup>, que, acompanhando o relator, entendeu que todas as opções envolvem riscos, afastando a aplicação do princípio

120 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Brasília, 19 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 99-100.

121 Idem, p. 106; 109-114.

da precaução, e que, por estarem envolvidos múltiplos princípios, e não apenas meio ambiente e interesse público na realização das obras, o caso consistiria em uma colisão complexa, na linha das lições de Robert Alexy.

No entanto, pode-se afirmar que a argumentação ali expendida acaba por revelar justamente os riscos existentes na ponderação entre princípios, ao invés de buscar a máxima efetivação da Constituição em sua integridade, pois a opção por um dos aspectos envolvidos, em detrimento dos demais, pode redundar na inviabilização de todos os direitos em jogo. Melhor esclarecendo, a opção pela não aplicação do princípio da precaução pode trazer como consequência justamente dano irreversível, impossibilitando o devido atendimento ao interesse público existente na realização das obras e no desenvolvimento regional, ao passo que, na hipótese de concretização da precaução, restam estes assegurados, reservados a um momento posterior.

E outro aspecto importante foi bem ressaltado pelo Ministro Marco Aurélio em seu voto divergente<sup>122</sup>, ao relacionar o princípio da precaução com a cautelaridade inerente ao julgamento de medida cautelar, cujo objetivo é assegurar a eficácia futura da decisão a ser tomada. Asseverou que o STF é um Tribunal compromissado com princípios, e não a políticas governamentais circunstanciais, e decidiu, segundo informa, sopesando valores em prol do meio ambiente, que considera um bem maior, relativo à humanidade.

Já por ocasião do julgamento da ADI 3378/DF<sup>123</sup>, o relator, Ministro Carlos Ayres Britto, salientou a elevada proteção constitucional ao meio ambiente, erigido como princípio da ordem econômica, e afirmou inexistir ofensa à razoabilidade na imposição de medidas preventivas e compensação ambiental ao empreendedor, aduzindo:

Primeiro, porque a compensação ambiental se revela como instrumento adequado ao fim visado pela Carta Magna: a defesa e a preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, respectivamente. Segundo, porque não há outro meio eficaz para atingir essa finalidade constitucional senão impondo ao empreendedor o dever de arcar, ao menos em parte, com os custos da prevenção, controle e reparação dos impactos negativos ao meio ambiente. Terceiro, porque o encargo financeiro imposto (a compensação ambiental) é amplamente compensado pelos benefícios que sempre resultam de um meio ambiente ecologicamente garantido em sua higidez.<sup>124</sup>

122 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Brasília, 19 dez. 2007. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 116-119.

123 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3378. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Brasília, 09 abr. 2008. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

124 Idem, p. 252.

Por fim, na ADPF 101<sup>125</sup>, o STF afirmou a adoção do desenvolvimento sustentável como meta estabelecida pela Carta Magna e, dentre os preceitos fundamentais envolvidos, expressamente optou por aqueles voltados à proteção da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, mencionando na ementa o uso da ponderação como fundamento da decisão, como se infere dos seguintes trechos:

[...] 1. Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. [...] 4. Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. [...] Ponderação dos princípios constitucionais: demonstração de que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais de saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225 da Constituição do Brasil). [...] <sup>126</sup>

No extenso voto<sup>127</sup> a relatora, Ministra Carmen Lúcia, pormenorizadamente analisa os preceitos constitucionais tidos por descumpridos pelas decisões judiciais impugnadas, consistentes no direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>128</sup>, bem como o desenvolvimento econômico sustentável, e demais aspectos fáticos a eles inerentes, tecendo profundas considerações doutrinárias.

Dentre as suas conclusões, destaca-se, pela menção à interpretação harmônica dos princípios constitucionais da ordem econômica e da

125 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

126 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

127 Idem, p. 16-125.

128 Idem, p. 89-99.

preservação do meio ambiente e à integridade do sistema constitucional, o seguinte trecho:

As medidas impostas nas normas brasileiras, que se alega terem sido descumpridas nas decisões judiciais anotadas no caso em pauta, atendem, rigorosamente, ao princípio da precaução, que a Constituição cuidou de acolher e cumpre a todos o dever de obedecer. E não desacata ou desatende os demais princípios constitucionais da ordem econômica, antes com eles se harmoniza e se entende, porque em sua integridade é que se conforma aquele sistema constitucional.<sup>129</sup>

Contudo, contraditoriamente, em outro ponto<sup>130</sup> trouxe à tona o argumento da ponderação entre os valores em disputa, no sentido de opção por uns em detrimento de outros:

O argumento dos Interessados de que haveria afronta ao princípio da livre concorrência e da livre iniciativa por igual não se sustenta, porque, ao se ponderarem todos os argumentos expostos, conclui-se que, se fosse possível atribuir peso ou valor jurídico a tais princípios relativamente ao da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado preponderaria a proteção desses, cuja cobertura, de resto, atinge não apenas a atual, mas também as futuras gerações.

Desde já, ressalta-se que essa não parece ser a melhor opção quando da busca pela máxima efetividade da Constituição, na medida em que promove sua aplicação em partes, desconsiderando-se outras normas por ela instituídas, em vez de tentar harmonizar a totalidade de suas disposições. Mas assim concluiu a relatora<sup>131</sup>:

Assim, apesar da complexidade dos interesses e dos direitos envolvidos, a ponderação dos princípios constitucionais demonstra que a importação de pneus usados ou remoldados afronta os preceitos constitucionais da saúde e do meio ambiente ecologicamente equilibrado e, especificamente, os princípios que se expressam nos arts. 170, inc. I e VI e seu parágrafo único, 196 e 225, da Constituição do Brasil.

Importa destacar, aqui, o voto do Ministro Eros Grau<sup>132</sup>, que, apesar de acompanhar o voto da relatora, o fez sob fundamento diverso, recusando a utilização da ponderação entre princípios para a decisão do caso:

129 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 99.

130 Idem, p. 118.

131 Idem, p. 123.

132 Idem, p. 208-216.

Acompanho o voto entendendo, contudo, ser outra a fundamentação da afirmação de inconstitucionalidade das interpretações judiciais que autorizaram a importação de pneus. Isso de um lado porque recuso a utilização da ponderação entre princípios para a decisão da questão de que se cuida nestes autos. De outro porque, tal como me parece, essa decisão há de ser definida desde a interpretação da totalidade constitucional, do todo que a Constituição é. Desse último aspecto tenho tratado, reiteradamente, em textos acadêmicos. Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo --- marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas *premissas implícitas*. [grifos no original]

E prosseguiu, com maestria, promovendo severa crítica à ponderação e à discricionariedade com que essa opera a interpretação do direito, conduzindo à insegurança jurídica, como demonstram os trechos a seguir colacionados:

[...] a ponderação entre princípios é pura expressão de subjetivismo de quem a opera, optando por um ou outro, escapando ao âmbito dos *juízos de legalidade*. [...]

O juiz, para estabelecer essa hierarquia, não determina o “valor” dos princípios em abstrato, de uma vez por todas, não determina uma relação fixa e permanente entre eles. Daí que o conflito não é resolvido definitivamente: cada solução vale para uma só controvérsia particular, já que não se pode prever a solução do mesmo conflito no quadro de diversas controvérsias futuras.

Tem-se, destarte, que a ponderação entre princípios implica o exercício, pelo juiz, de uma *dupla discricionariedade*: [i] em um momento inicial, quando ele cria uma hierarquia axiológica entre os princípios de que se trate; [ii] em um momento seguinte, quando o mesmo juiz altera o valor comparativo desses mesmos princípios à luz de outra controvérsia a resolver.

Note-se bem que a ponderação não consiste em atribuir-se significados aos textos dos dois princípios de que se cuide [= interpretação desses textos], mas em formular-se um juízo de valor comparativo entre eles, seguido da opção por um ou outro. Há aqui, digo eu, inicialmente um *juízo não de legalidade*; no instante seguinte, uma *opção subjetiva* entre *indiferentes jurídicos*. [...]

Que se trata aí de *discricionariedade*, isso é dito nas afirmações de que a colisão entre princípios transcorre fora da *dimensão da validade*, vale dizer, na *dimensão do valor* --- observação de ALEXYS --- e de que o juiz, ao ponderá-los, toma os princípios *não como norma jurídica*, porém como valores, *preferências intersubjetivamente compartilhadas*, na dicção de HABERMAS.

Daí que os juízos de ponderação entre princípios de direito extirpam seu caráter de norma jurídica. Pretendo afirmar, com isto, que *princípios de direito* não podem, enquanto princípios, ser ponderados entre si. Apenas valores podem ser submetidos a essa operação. Dizendo-o de outro modo, a ponderação entre eles esteriliza o caráter jurídico-normativo que os definia como *norma jurídica*. Curiosamente, os princípios são *normas*, mas, quando em conflito uns com os outros, deixam de sê-lo, funcionando então como *valores*. A doutrina tropeça em si mesma ao admitir que os princípios, embora sejam *normas jurídicas*, não são *normas jurídicas*... [...]

O que há em tudo de mais grave é, no entanto, a *incerteza jurídica* aportada ao sistema pela *ponderação entre princípios*. É bem verdade que a *certeza jurídica* é sempre relativa, dado que a interpretação do direito é uma prudência, uma única interpretação correta sendo inviável, a norma sendo produzida pelo intérprete. Mas a vinculação do intérprete ao texto --- o que excluiria a discricionariedade judicial --- instala no sistema um horizonte de relativa certeza jurídica que nitidamente se esvai quando as opções do juiz entre princípios são praticadas à margem do sistema jurídico. Então a previsibilidade e calculabilidade dos comportamentos sociais tornam-se inviáveis e a racionalidade jurídica desaparece. [...]

[grifos no original]

Por sua vez, utilizando-se da ponderação, o Ministro Joaquim Barbosa<sup>133</sup> observou que

Qualquer espécie de ponderação de princípios não pode resultar em consequência perniciosa severamente maior do que o evento lesivo que se está a controlar. Garantias individuais não justificam pura e simplesmente o aniquilamento do interesse coletivo, e o interesse coletivo não pode sacrificar completamente as garantias individuais. [...] entendo que o risco de danos ao meio ambiente, aparentemente justificado, deve prevalecer sobre o interesse econômico, que pode ser compensado de outras formas.

E o Ministro Carlos Ayres Britto<sup>134</sup> efetuou as seguintes considerações:

[...] a Constituição brasileira, que abriu um capítulo próprio para o meio ambiente, não é constituída de palavras ocas, de palavras vazias. A proteção do meio ambiente como bem de uso comum do povo e direito de todos se inscreve imediatamente num contexto de preservação da saúde pública, de uma vida saudável, daí por que está dito no art. 225,

133 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 222.

134 Idem, p. 224-226.

literalmente, que “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida [...]*”. Ou seja, uma vida caracterizada pela salubridade, pela higiene; uma vida saudável. O que é sadio, evidentemente, é o que é bom para a saúde. E a Constituição diz mais: “[...] *impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo*” – ou seja, de defender o meio ambiente – “*e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”. [...] No voto da eminente Relatora, também enxerguei o seguinte: ali, onde a ciência não assegura a preservação, ou não assegura a falta, a carência de lesividade ao meio ambiente, a precaução se impõe. E quando a precaução se impõe, vale dizer, se há dúvida, interrompe-se a atividade potencialmente lesiva, a empreitada humana, seja ela de caráter privado, seja de caráter público.

Há princípios constitucionais em jogo e o fato é que determinados princípios, como esse da precaução, têm um conteúdo mínimo significativo para acima de qualquer dúvida razoável, um conteúdo mínimo de logo aplicável. E aplicar esses mínimos dos princípios é reconhecer a eles o que Konrad Hesse chama de força ativa. Os princípios são normas também, não apenas os preceitos. Claro que eles têm um certo conteúdo histórico-cultural e carregam na sua interpretação elementos de subjetividade, mas vamos chamar de “subjetiva mínima” [...] [grifos no original]

A Ministra Ellen Gracie, ao proferir seu voto<sup>135</sup>, fez referência aos votos que proferiu na STA-AgR n.º 118 e na STA-AgR n.º 171, de onde importa destacar o seguinte<sup>136</sup>:

Tudo porque o exercício da atividade empresarial, tendo o lucro como sua finalidade legítima e amparado pelo ordenamento jurídico, deve ser compatível com os demais princípios constitucionais, notadamente com os fundamentos inscritos no art. 170 da Constituição Federal, com especial ênfase para a proteção à saúde e ao meio ambiente.

Esta Suprema Corte, por ocasião do julgamento da ADI 3.540-MC, rel. Min. Celso de Mello, DJ 03.02.2006, reafirmou que a preservação do meio ambiente goza de regime de proteção especial, decorrente de sua própria expressão constitucional, enquanto direito fundamental que assiste à generalidade das pessoas.

Por sua vez, o Ministro Gilmar Mendes trouxe em seu voto<sup>137</sup> relevantes considerações sobre a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, como as a seguir transcritas:

135 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000188646&base=baseAcordaos>>. Acesso em 07 de setembro de 2013. p. 227-237.

136 Idem, p. 230.

137 Idem, p. 242-275.



O contexto da referida discussão evidencia a complexidade do sistema constitucional de proteção dos direitos fundamentais, que são, num só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. [...] De outro lado, aponta-se uma dupla fundamentação. Em primeiro lugar, destacam-se direitos fundamentais, na condição de prestações positivas, para a execução de medidas que garantam a saúde pública (art. 196) e que exigem que o Estado aja, estabelecendo moldes para o futuro da sociedade e para a redução dos riscos de doenças e de outros agravos, mediante políticas sociais e econômicas. Nesse sentido, trata-se não de uma liberdade em face do Estado, mas de desfrutar essa liberdade mediante a atuação do Estado (*Freiheit durch...*). Invoca-se, ainda, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, para a consecução de uma sadia qualidade de vida, que se concretiza a partir de um dever de proteção incumbido tanto à coletividade, quanto ao Poder Público. O meio ambiente, na condição de um bem ou valor constitucionalmente relevante, é assegurado de forma expressa no artigo 225 da Constituição. [...] [a questão afeta] de forma difusa e irrestrita toda a sociedade, seja em relação à fruição de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e de uma sadia qualidade de vida, seja em relação à definição de uma política externa comercial brasileira pautada em normas jurídicas eficazes. [...]

E prosseguiu discorrendo sobre a interpretação dos direitos fundamentais em discussão e as restrições impostas pelo próprio texto constitucional:

É certo que a referida controvérsia envolve a interpretação das determinações constitucionais relacionadas à preservação do meio ambiente, à saúde pública e à liberdade de iniciativa e de livre comércio. A simples leitura dos dispositivos constitucionais destacados já demonstra a necessidade de sua consideração. [...]

Nesses termos, apreende-se que a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado constitui um cofator ou dimensão que potencializa a fruição do direito à saúde e a execução de políticas públicas sanitárias. A efetividade de um direito é dependente, em certa medida, da efetividade do outro direito.

Além disso, a interpretação do artigo 170 da Constituição evidencia que o direito fundamental à livre iniciativa e ao livre comércio não é absoluto, mas deve guardar compatibilidade com a defesa do meio ambiente. [...] Em relação à garantia de liberdade de livre iniciativa e livre comércio, o texto constitucional impõe, diretamente, na própria definição dos princípios da ordem econômica, um limite expresso de defesa do meio ambiente ao exercício daquela liberdade. Ressalte-se que a Emenda Constitucional n.º 42/2003 buscou explicitar melhor a questão, ao dar

nova redação ao inciso VI do artigo 170, que passou a ter o seguinte teor: “*defesa do meio ambiente, inclusive, mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.*”

Também o parágrafo único do artigo 170 da Constituição aponta para a possibilidade de restrições legais ao livre exercício de qualquer atividade econômica.

Consideram-se restrições legais aquelas limitações que o legislador impõe a determinados direitos individuais, respaldado em expressa autorização constitucional. Os diversos sistemas constitucionais preveem diferentes modalidades de limitação ou restrição dos direitos individuais, levando em conta a experiência histórica e tendo em vista considerações de índole sociológica ou cultural.

Tem relevância, na espécie, a dimensão objetiva dos direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem como a explicitação de um limite constitucionalmente expresso ao exercício do direito individual assegurado de livre iniciativa e livre comércio. Segundo o aspecto objetivo dos direitos fundamentais, o Estado está obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo de determinados direitos. [grifos no original]

Por fim, relativamente ao regime constitucional de proteção especial ao meio ambiente, anotou que

Nesse sentido, Canotilho assevera a configuração contemporânea de um *Estado Constitucional Ecológico e de Democracia Sustentada*, que explicita horizontes de releitura e competição de perspectivas individualistas, publicistas, associativas e globalistas de consideração do meio ambiente de forma concorrente e aponta para uma percepção integrativa do ambiente e para um agir integrativo da administração [...]. A Constituição da República Portuguesa, por exemplo, dispõe em seu artigo 66 sobre o meio ambiente, de forma semelhante ao artigo 225 da Constituição Brasileira, ao impor tarefas à coletividade e ao Poder Público para a efetividade daquele direito, inclusive para prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos. Ao analisar o referido artigo, Canotilho afirma que “*a defesa do ambiente pode justificar restrições a outros direitos constitucionalmente protegidos. Assim, por exemplo, a liberdade de livre iniciativa econômica (art. 61) tem no direito ao ambiente um factor de numerosas restrições (localização de estabelecimentos, proibição ou limitação de efluentes e gases, requisitos quanto à composição de produtos, limitações ao uso da terra, etc.)*” [...]

O artigo 225 da Constituição, ao impor à coletividade e ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras

gerações, apresenta um dever geral de prevenção dos riscos ambientais, na condição de uma ordem normativa objetiva de antecipação de futuros danos ambientais, que são apreendidos juridicamente pelos princípios da prevenção (riscos concretos) e da precaução (riscos abstratos). [...] a preservação do meio ambiente encontra um regime de proteção especial na Constituição, decorrente da própria relevância do bem jurídico protegido, consagrado no direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e que deve ser harmonizado com os princípios da ordem econômica.

Enfim, independentemente do resultado a que o STF chegou nos julgamentos acima analisados, aqui se buscou demonstrar a inadequação da utilização da ponderação entre princípios em decisões cujo objetivo é promover a maior efetividade possível às normas constitucionais, o que pressupõe, na verdade, uma interpretação harmônica dos dispositivos expressos na CRFB, como adiante será melhor demonstrado.

### **3 A APARENTE COLISÃO ENTRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO: UMA PROPOSTA PARA A EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL**

#### **3.1 Considerações introdutórias**

A partir da invenção da Constituição escrita (surgida com o paradigma do Estado de Direito) é que se possibilitou a junção entre Direito e Política: eles não se confundem, mas um necessita dos préstimos do outro, regulados pela Constituição formal, que estabelece os direitos fundamentais e a organização política. Assim, o Direito regula comportamentos com o auxílio da política (Estado), que lhe confere efetividade, e o Estado atua legitimado pelo Direito, possibilitando a existência das democracias pluralistas, que pressupõem a coexistência complementar das autonomias pública e privada, do bem comum e das liberdades individuais: a democracia pressupõe a convivência e a permanente tensão entre as diferenças.<sup>138</sup>

Outrossim, a democracia, como fonte de legitimação da Constituição, requer limites constitucionais no sentido de tornar possível a existência da democracia, estabelecendo (garantindo) os direitos políticos e a forma de exercê-los, assegurando, assim, a soberania popular.<sup>139</sup> Nesse aspecto, os limites constitucionais, ao regular a coexistência de diferentes direitos, de diferentes dimensões, limitando o exercício dos direitos em razão dos

138 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 09. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

139 *Ibidem*, p. 09-19.

direitos alheios etc., configuram, na verdade, uma garantia à existência da própria democracia. E o constitucionalismo atual, na medida em que consagradas, através dos tempos, inúmeras gerações ou dimensões de direitos fundamentais, em especial reconhecida a igualdade de todos os seres humanos, requer a democracia, pois esta se afigura como o único regime possível, na medida em que reconhece e assegura essa igualdade de todos na tomada das escolhas políticas, ao contrário dos regimes ditatoriais.

Em outros termos, parece haver, na atualidade, certa contradição entre a formação democrática da vontade e os limites a ela impostos pelos direitos fundamentais positivados, e a necessidade do debate democrático para conferir justiça às normas constitucionais. Entretanto, Habermas defende a co-originariedade da democracia e do Estado de Direito (um não existe sem o outro) através da teoria do discurso<sup>140</sup>. Destarte, o Direito deve ser legítimo, ou seja, constituído obedecendo aos procedimentos de formação democrática da opinião e da vontade popular, que justificam a presunção de aceitação racional dos seus resultados, compreendendo e conciliando as autonomias pública e privada.

O que o autor propõe, ainda, é que uma constituição efetivamente democrática (tanto quanto ao seu conteúdo quanto à sua legitimação) cria mecanismos de permanente atualização de seu conteúdo, em um sistema de compreensão dinâmica deste, de modo a permanentemente reescrever seu sistema de direitos, adaptando-os às atuais circunstâncias. Em outras palavras, um processo democrático continuado e legalmente condicionado, atualizando o conteúdo normativo dos direitos consagrados na constituição aos novos paradigmas<sup>141</sup>.

Nesse aspecto, a sucessão de paradigmas constitucionais e a consagração de inúmeros novos direitos fundamentais operaram, na segunda metade do séc. XX, mudanças na atividade interpretativa e na estrutura do próprio ordenamento jurídico, que passou a contar com estrutura principiológica em razão das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais.

De fato, a consagração de novos direitos opera modificações na sua compreensão, na medida em que os preexistentes passam a ser vistos com novos olhos, mas mais do que mera ampliação da tábua de direitos, ocorrem verdadeiras alterações paradigmáticas com a redefinição de antigos conceitos, alterando a visão de mundo e do constitucionalismo. Isso tem se dado com os direitos fundamentais, cujos significados têm

140 HABERMAS, Jürgen. Texto complementar: *O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios?* in Era das Transições. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 152-173. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

141 *Ibidem*, p. 164-165.

sofrido alterações através dos tempos, em constante adequação face aos novos direitos que são integrados ao ordenamento jurídico. Como observa Ingo Sarlet,

Não há como olvidar, nesse contexto, que a opção do Constituinte, ao erigir certa matéria à categoria de direito fundamental, se baseia na efetiva importância que aquela possui para a comunidade em determinado momento histórico, circunstância essa indispensável para que determinada posição jurídica possa ser identificada como fundamental.<sup>142</sup>

Na mesma linha, complementa Tiago Fensterseifer que

O caráter histórico-relativo dos direitos fundamentais, compreendidos no presente estudo como os direitos humanos positivados no ordenamento jurídico interno dos Estados nacionais por meio da sua “constitucionalização”, permite a constatação de que a sociedade modifica e incorpora novos valores na medida em que as demandas históricas a impulsionam para novos caminhos e necessidades, objetivando sempre a plena realização de uma vida digna e saudável para todos os seus membros.<sup>143</sup>

Além disso, a garantia constitucional de uma pluralidade de direitos, muitas vezes contraditórios, implica, frequentemente, dificuldades na interpretação e na compreensão de sua exata dimensão, e inclusive na efetivação desses direitos, conciliando suas dimensões pública e privada, e requerendo a relativização de alguns aspectos desses direitos, a fim de garantir a sua coexistência.

É nesse contexto que passa a ser reconhecido o caráter normativo dos princípios jurídicos, os quais, apesar de seu caráter geral e abstrato, exigem do intérprete densificação (em especial quanto à história institucional e à sistematicidade do conjunto de princípios reciprocamente vinculados ao Direito) e podem, inclusive, afastar a aplicação de regras<sup>144</sup>. Tudo isso, demonstrando a dimensão vivencial e pragmática dos princípios, com clara natureza social, histórica e intramundana, aliado ao reconhecimento da insuficiência e da precariedade do sistema de regras, tem legado aos princípios um papel de crescente destaque no constitucionalismo a partir de então.

Com efeito, da mesma forma que o Estado de Direito teve como marco a positivação dos direitos (período em que a foi concebida a ideia

142 SARLET, op. cit., 2007. p. 108.

143 FENSTERSEIFER, op. cit., 2008. p. 143.

144 CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 59.

de Constituição como um documento escrito), a mudança de paradigma promovida no Estado Democrático de Direito busca a superação do positivismo e do Direito em seu aspecto estritamente formal, instituindo uma visão mais preocupada com a dimensão axiológica e com a noção de justiça, em que os valores assumem papel relevante. Diante da complexidade da vida na sociedade moderna, rica em situações não amparadas por regras, em que é frequente o reconhecimento de número crescente de direitos e a necessidade de sua convivência, não raro em conflito (problemas não solucionados pelas teorias positivistas), os princípios têm assumido papel central no constitucionalismo, instituindo uma visão mais voltada à ideia de justiça.

Busca-se superar as limitações do positivismo (necessidade de estrita correspondência entre direito e norma escrita), na tentativa de solucionar questões deixadas sem resposta, o que exige a ampliação dos horizontes interpretativos, tendo a doutrina trilhado o chamado neopositivismo ou pós-positivismo, linha doutrinária que visa ao aperfeiçoamento e complementação das teorias positivistas, focando especialmente no reconhecimento da força normativa dos princípios, reconhecidos como normas jurídicas tal como as regras, e na atribuição de importância aos valores na criação, interpretação e aplicação do Direito. Como observa Bonavides, “as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”<sup>145</sup>, e prossegue:

É na idade do pós-positivismo que tanto a doutrina do Direito Natural como a do velho positivismo ortodoxo vêm abaixo, sofrendo golpes profundos e crítica lacerante, provenientes de uma reação intelectual implacável, capitaneada sobretudo por Dworkin, jurista de Harvard. Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo de normatividade definitiva reconhecida aos princípios.<sup>146</sup>

Nessa linha, Ronald Dworkin procura demonstrar a importância de oferecer, à atividade interpretativa do direito positivado, a maior variedade possível de elementos para esclarecer o caso concreto, ressaltando que os princípios possibilitam a melhor interpretação do direito positivo, de modo que os elementos filosóficos, políticos, históricos e psicológicos não podem ser deixados à margem da elaboração e da interpretação do Direito, especialmente em razão da necessidade do debate democrático para conferir justiça às normas constitucionais, como se infere do seguinte excerto:

<sup>145</sup> BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 264.

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 265.

O modelo distingue entre o direito positivo – o direito nos livros, o direito apresentado nas declarações evidentes das leis e das decisões passadas das cortes – e o direito como um todo, que aceita a estrutura dos princípios da moralidade política, tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo. O modelo insiste numa certa compreensão da ideia de interpretação: um conjunto de princípios possibilita a melhor interpretação do direito positivo se ele provê a melhor justificação disponível para as decisões políticas que o direito positivo anuncia. Em outras palavras, o modelo possibilita a melhor interpretação caso mostre o direito positivo na melhor luz possível.<sup>147</sup>

A diferença entre princípios e regras é essencial para compreensão e solução em caso de conflito de normas, sejam elas regras ou princípios. Nesse aspecto, Dworkin estabelece precisa distinção:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que seguem automaticamente quando as condições são dadas. [...]<sup>148</sup>

A partir do pós-positivismo, além do reconhecimento da força normativa dos princípios, foram eles alçados a uma posição privilegiada no ordenamento jurídico<sup>149</sup>, servindo como importante critério de decisão, sobretudo na solução de casos difíceis, como leciona Bonavides<sup>150</sup>:

Postos [os princípios] no ponto mais alto da escala normativa, eles mesmos, sendo normas, se tornam, doravante, as normas supremas do ordenamento. Servindo de pautas ou critérios por excelência para a avaliação de todos os conteúdos normativos, os princípios, desde a sua constitucionalização, que é ao mesmo passo positivação no mais alto grau, recebem como instância valorativa máxima categoria constitucional,

147 DWORKIN, Ronald. Texto complementar: *As ambições do direito para si próprio*. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. 1985. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 4. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

148 DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010. pp. 39-40.

149 CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 527; NOVELINO, op. cit., 2013. p. 118-119; MARMELESTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11; 247.

150 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 288-292.

rodeada do prestígio e da hegemonia que se confere às normas inseridas na lei das Leis. Com esta relevância adicional, os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas.

Dworkin afirma a necessidade de tratar os princípios como direito, reconhecendo que tanto uma regra positivada quanto uma constelação de princípios podem impor uma obrigação legal. Portanto, os princípios, embora não estabeleçam comandos normativos com consequências automáticas em caso de descumprimento, funcionam como vetores, prescrevendo determinações a serem cumpridas na medida do possível, indicando uma linha a ser seguida, orientando o ato de decidir. Já para Robert Alexy, os princípios estabelecem “mandamentos de otimização”, denotando a crescente importância assumida pelos mesmos, norteando a interpretação jurídico-constitucional em especial através da chamada ponderação ou balanceamento de valores ou interesses<sup>151</sup>, e indicando aqueles que devem prevalecer em cada caso concreto.

### 3.2 Colisão de princípios. Ponderação de valores e integridade do Direito

Como anteriormente mencionado, as teorias positivistas concebiam o ordenamento jurídico como um sistema de regras, restando hoje incontroversa, entretanto, a inviabilidade da regulação de todas as condutas possíveis através de normas abstratas ou, em outras palavras, a impossibilidade de elaboração de regras tão completas e complexas que abranjam todas as situações hipotéticas passíveis de ocorrer na vida real. Como solução para as lacunas legais, sugeriam a utilização do método chamado “decisionismo”, ou seja, o juiz, com base na discricionariedade, preenche as lacunas legais com suas decisões<sup>152</sup>, tidas como autênticas e impositivas, sob a afirmação de tratar-se de “um direito preexistente, revelado pelo juiz” e assim manter intacta a segurança jurídica.<sup>153</sup> Porém, uma das críticas de Dworkin é de que nessa hipótese uma nova regra estaria sendo criada, de forma retroativa (ferindo a segurança jurídica), de modo que o perdedor restaria punido por um dever inexistente previamente, criado pelo juiz após o fato.<sup>154</sup>

A distinção entre as leituras axiológica e deontológica da constituição situa-se na definição da natureza dos princípios constitucionais. Alexy, principal expoente da teoria axiológica<sup>155</sup>, defende que os princípios fundamentais são, na verdade, valores morais,

151 CARVALHO, op. cit., 2007. p. 523.

152 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. V I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo brasileiro, 1997. p. 251.

153 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 127.

154 Ibidem, p. 132.

155 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 115-116.



não dotados de força normativa. Para ele, a ponderação de valores a ser efetuada em um caso concreto onde há uma lacuna legal deverá ser feita de acordo com valores morais, que devem ser escalonados entre os de maior e os de menor importância. A sua teoria é criticada por ser incapaz de lidar com o pluralismo, ou seja, com a circunstância de que as sociedades contemporâneas não se estruturam em torno de valores éticos compartilhados intersubjetivamente por todos os cidadãos.

Como alternativa a esse modelo, a teoria deontológica, capitaneada por Dworkin, distingue princípios e valores morais, pois os princípios são normas jurídicas. Para essa teoria, a premissa central é a possibilidade de legitimação do direito a partir de princípios baseados em critérios aceitáveis por todos os cidadãos<sup>156</sup>, tornando-o capaz de lidar com a pluralidade de concepções presentes nas sociedades contemporâneas.

Alexy faz uma leitura diversa da distinção entre regras e princípios proposta por Dworkin, entendendo-a inerente à estrutura das normas jurídicas: regras são normas cogentes e determinantes de conduta (cuja observância é obrigatória), enquanto princípios são comandos de otimização (a serem realizados na maior medida possível).<sup>157</sup> Tanto regras quanto princípios são classificados como normas jurídicas, mas as regras precedem os princípios na tarefa de aplicação: os princípios, por serem meramente orientadores, têm sua aplicação prática condicionada à existência de regras que possibilitem a sua imposição, e assim as noções de lacuna e discricionariedade, características das concepções positivistas, também persistem em sua teoria, dando continuidade a esses elementos típicos do positivismo normativo e filosófico<sup>158</sup>. A aplicação dos princípios é tratada da mesma forma que a legislação, uma mera atividade de balanceamento ou sopesamento de valores concorrentes, sujeitos a metodologia (a um método racional capaz de garantir a correção das decisões jurídicas) e hierarquização.

Alexy trabalha a questão dos princípios em abstrato, estabelecendo entre eles uma relação de prevalência entre si: “A solução para essa colisão [de princípios] consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto”.<sup>159</sup> Assim, quando no caso concreto houver mais de um princípio aplicável, embora conflitantes, a decisão judicial ideal deve aplicá-los proporcionalmente, buscando a máxima satisfação de todos os princípios, prevalecendo (aplicando em maior proporção) o

156 SCOTTI, Guilherme. Texto-base 2: *Teorias Jurídicas Positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 07-09 (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.

157 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 90.

158 SCOTTI, Texto-base 2, op. cit., p. 14.

159 ALEXY, op. cit., 2012, p. 96.

de maior importância. Dessa forma, em sua teoria, as regras seriam aplicadas mediante a técnica da subsunção dos fatos à norma (que esgota em si mesma todas as possibilidades de sua aplicação, não admitindo interpretação) e os princípios pela ponderação de valores, através do método da proporcionalidade.

O método da proporcionalidade, por Alexy conceituado de máxima da proporcionalidade, subdivide-se em três submáximas parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (sopesamento propriamente dito).<sup>160</sup> Portanto, proporcionalidade, na sua doutrina, assim considerada como proporcionalidade em sentido amplo, exige que todos os órgãos, entidades e agentes públicos, no desempenho de suas atividades, adotem meios adequados, necessários e proporcionais aos fins a serem atingidos. Em outros termos, exige uma tarefa de análise aprofundada, considerando todas as implicações possíveis, a serem fundamentadamente demonstradas nas três etapas que a compõem, iniciando pela adequação ou utilidade, através da qual deve ser demonstrado que as medidas adotadas sejam aptas a atingir os fins buscados; após, a etapa da necessidade ou exigibilidade, na qual o meio escolhido deve ser o menos gravoso ou que menos restrições gerem aos direitos fundamentais em jogo; e, por fim, a proporcionalidade em sentido estrito, analisando a proporção ou equilíbrio entre os meios utilizados e os fins colimados, em que as vantagens que a escolha realizada proporciona devem ser superiores às desvantagens que igualmente causar (aqui, segundo Alexy, se daria a proporcionalidade propriamente dita). Segundo ele, “[...] o problema da racionalidade do sopesamento leva-nos à questão da possibilidade de fundamentação racional de enunciados que estabeleçam preferências condicionadas entre valores ou princípios colidentes”.<sup>161</sup>

A lei de colisão é formulada por Alexy nos seguintes termos: “as condições sob as quais um princípio tem precedência em face de outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência”.<sup>162</sup> Porém, convém aqui mencionar as críticas no sentido de que a ponderação de valores acaba por gerar decisões judiciais em que os valores escolhidos revelam, na verdade, as preferências morais dos julgadores<sup>163</sup>, de modo que seria necessário, a fim de evitar a insegurança do Direito, a existência de uma

160 ALEXY, op. cit., 2012. p. 116-120.

161 Ibidem, p. 165.

162 Ibidem, p. 99.

163 SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 401, 444; GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 341.

hierarquia absoluta entre os valores a serem aplicados<sup>164</sup>, com escala fixa impondo ao julgador decidir conforme a ordem determinada. Todavia, é forçoso reconhecer que essa escala de valores pressupõe a prevalência de uma ideologia sobre as outras.

Nesse sentido, Alexy, no posfácio de sua obra, em resposta a críticas recebidas, procura esclarecer melhor a sua metodologia<sup>165</sup>, aduzindo que

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito – a terceira máxima parcial da máxima da proporcionalidade – expressa o que significa a otimização em relação aos princípios colidentes. Ela é idêntica à lei do sopesamento, que tem a seguinte redação: quanto maior for o grau de não-satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro. Isso expressa que a otimização em relação aos princípios colidentes nada mais é que o sopesamento. A lei do sopesamento mostra que ele pode ser dividido em três passos. No primeiro é avaliado o grau de não-satisfação ou afetação de um dos princípios. Depois, em um segundo passo, avalia-se a importância da satisfação do princípio colidente. Por fim, em um terceiro passo, deve ser avaliado se a importância da satisfação do princípio colidente justifica a afetação ou a não-satisfação do outro princípio.<sup>166</sup>

Alexy alega que os direitos são criados pelas regras, e não através dos discursos direcionados à solução de conflitos. Para ele, a subsunção se resume em sujeitar o fato à regra correspondente, a qual não depende de ponderação por regular sua própria aplicação, sem necessidade de interpretação, sendo imune à argumentação jurídica, e dessa forma confere segurança jurídica à decisão judicial. E assim, com base em sua teoria, o foco estaria no processo legislativo, tendo em vista que os direitos somente podem ser extraídos de regras jurídicas, que previssem todas as hipóteses de sua aplicação: sem a subsunção não há direitos, mas apenas valores, que só se tornam exigíveis após serem oficializados em regras, o que traduz a preferência de parte da sociedade e a referência moral a ser seguida. Então,

Considerando que um bom critério decisório deve ser capaz de resolver também casos posteriores, a '*regra de precedência condicionada*' que resulta da ponderação de determinados princípios sobre certas circunstâncias fáticas, deve ser *universalizável* a ponto de servir como norma de solução para os casos futuros em que estejam presentes as mesmas circunstâncias essenciais. Isso não significa que o intérprete ficará

164 AZEVEDO, Damião Alves de. Texto complementar: *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. p. 10-11. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>> . Acesso em: 15 abr. 2013.

165 ALEXY, op. cit., 2012. p. 587-611.

166 Ibidem, p. 593-594.

definitivamente vinculado a esta regra, mas apenas que lhe incumbe o ônus argumentativo para superá-la.<sup>167</sup>

Alexy refuta a teoria de Dworkin, afirmando que a tese da única resposta correta somente seria sustentável por uma teoria dos princípios que determinasse, *a priori*, todas as possibilidades de relação entre normas para todas as possibilidades de situações de aplicação, prevendo a decisão para cada caso. Além disso, em seu entendimento, para a existência de uma única resposta correta seria imprescindível o consenso.<sup>168</sup> Porém, o equívoco de Alexy está em condicionar a única resposta correta à necessidade de consenso, quando na verdade o que exige é uma postura hermenêutica diante do caso concreto, dos princípios jurídicos de todo o ordenamento jurídico e da história institucional, pois o próprio Dworkin deixou clara a possibilidade de respostas diferentes.<sup>169</sup>

Dworkin, ao contrário de Alexy, não pretende estabelecer um método racional para definir a decisão correta, propondo uma postura a ser assumida pelo julgador<sup>170</sup>, baseada na ideia de integridade do direito, segundo a qual os princípios jurídicos não podem ser vistos como conflitantes, mas coordenados dentro de um sistema jurídico<sup>171</sup>. A teoria da única resposta correta pressupõe, assim, a capacidade de o julgador expressar o significado do direito em sua integridade, e não apenas o significado e alcance de algumas normas isoladamente, pois seu significado deve ser coerente com os princípios traduzidos pelo ordenamento jurídico como um todo, de forma a garantir a sua unidade.

Em outros termos, Dworkin<sup>172</sup> aponta como melhor solução não um método ou sistema de decisão, mas uma postura a ser adotada pelo julgador na análise do caso concreto não-regulamentado, baseando-se em princípios jurídicos, e fundando suas decisões em *argumentos de princípio*, ou seja, em razão do respeito ao direito de um indivíduo ou de um grupo, e não em *argumentos de política* (proteção a objetivos e bens coletivos de uma comunidade), que justificam as decisões do legislativo e não podem ser adotadas pelos julgadores, que não são legisladores delegados como pretendem os positivistas, até porque os juízes não são eleitos e não prestam contas ao eleitorado.<sup>173</sup> Acerca da distinção entre argumentos de princípio e argumentos de política, Dworkin esclarece ainda que a justificação de um programa legislativo de alguma complexidade normalmente exigirá ambos os tipos de argumento, ao passo que defende que as decisões judiciais, mesmo em casos difíceis, devem ser geradas por princípios, e não por políticas.<sup>174</sup>

167 NOVELINO, op. cit., 2013. p. 134.

168 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p.117.

169 DWORKIN, op. cit., 2010. p.127-128.

170 Ibidem, p. 127.

171 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 56; 61.

172 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 128-32.

173 Ibidem, p. 129.

174 Ibidem, p. 130 e 132.

Semelhante é a teoria desenvolvida por Habermas (citando a distinção de Klaus Günther)<sup>175</sup>: nos processos legislativos, os legisladores fundamentam as leis com base em um processo democrático: discursos de fundamentação ou justificação. Já nos discursos jurídicos de aplicação, ocorre a decisão, no caso concreto, pela norma adequada, dentre aquelas tidas como válidas. Naqueles há apenas participantes, e não partes, enquanto que nestes últimos a justiça recorre aos aparelhos de repressão do Estado para impor suas decisões às partes, razão pela qual Habermas justifica a necessidade de que a justiça seja separada da legislação e impedida de uma autoprogramação. Cattoni de Oliveira esclarece os referidos conceitos:

Os discursos de justificação jurídico-normativa se referem à validade das normas, e se desenvolvem com o aporte de razões e formas de argumentação de um amplo espectro (morais, éticas e pragmáticas), através das condições de institucionalização de um processo legislativo estruturado constitucionalmente, à luz do princípio democrático [...]. Já discursos de aplicação se referem à adequabilidade de normas válidas a um caso concreto, nos termos do princípio da adequabilidade, sempre pressupondo um 'pano de fundo de visões paradigmáticas seletivas'.<sup>176</sup>

De resto, a par da questão da legitimidade, é um problema entender as normas jurídico-constitucionais como valores, e isso por várias razões, em especial porque os valores aplicados frequentemente serão os do próprio julgador, além do que, evidentemente, acaba por consubstanciar-se em uma decisão política, pois, como aponta Dworkin<sup>177</sup>, juízes diferentes, oriundos de subculturas diferentes, tendem a decidir diferentemente, bem como suposições sobre a intenção das leis são suposições sobre direitos políticos.<sup>178</sup>

Com efeito, o Poder Legislativo é a porta de entrada dos argumentos éticos e pragmáticos próprios das políticas públicas, e devem ser incorporados no discurso judicial de forma seletiva e condicionada: no Estado Democrático de Direito, decisões políticas somente podem ser tomadas pelos seus legitimados, e as decisões judiciais devem respeitar as leis. Nesse sentido, Dworkin aduz que

A conhecida história de que a decisão judicial deve ser subordinada à legislação é sustentada por duas objeções à originalidade judicial. De acordo com a primeira, uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria e responsáveis perante ela. Tendo em

175 HABERMAS, op. cit., 1997. p. 269-271.

176 CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p. 85.

177 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 198.

178 Ibidem, p. 170.

vista que, em sua maior parte, os juízes não são eleitos, e como na prática eles não são responsáveis perante o eleitorado, como ocorre com os legisladores, o pressuposto acima parece comprometer essa proposição quando os juízes criam leis. A segunda objeção argumenta que, se um juiz criar uma nova lei e aplicá-la retroativamente ao caso que tem diante de si, a parte perdedora será punida, não por ter violado algum dever que tivesse, mas sim por ter violado um novo dever, criado pelo juiz após o fato.<sup>179</sup>

Para Dworkin, inclusive os casos difíceis podem ser resolvidos através do material jurídico fornecido por regras, princípios e diretrizes políticas, pois “Dworkin busca *no interior do próprio direito* as respostas para questões supostamente apontadoras de ‘lacunas’ no ordenamento (ausência de regramento específico)”.<sup>180</sup> Em suas palavras:

[...] os indivíduos podem ter outros direitos jurídicos além daqueles criados por uma decisão ou prática expressa, isto é, que eles podem ter direitos ao reconhecimento judicial de suas prerrogativas, mesmo nos casos difíceis, quando não existem decisões judiciais ou práticas sociais inequívocas que exijam uma decisão em favor de uma ou outra parte.<sup>181</sup>

Nesse aspecto, não é pelo fato de o Poder Legislativo eventualmente não estar cumprindo bem o seu papel que este deva ser avocado pelo Poder Judiciário: ao invés de solucionar um problema, outro estará sendo criado. Dworkin lembra que

[...] as decisões sobre políticas devem ser operadas através de algum processo político criado para oferecer uma expressão exata dos diferentes interesses que devem ser levados em consideração. Pode ser que o sistema político da democracia representativa funciona com indiferença nesse aspecto, mas funciona melhor que um sistema que permite que juízes não eleitos, que não estão submetidos a lobistas, grupos de pressão ou a cobranças do eleitorado por correspondência, estabeleçam compromissos entre os interesses concorrentes em suas salas de audiências.<sup>182</sup>

De acordo com o autor, não é dado aos juízes decidir discricionariamente com relação aos princípios, estando, na verdade, por estes vinculados. Esse também é o entendimento de Eros Grau, que frisa:

De minha exposição resulta nitidamente evidenciado que nego a possibilidade de o intérprete autêntico produzir normas *livremente*, no exercício de *discricionariedade*. Todo intérprete estará sempre vinculado

179 DWORKIN, op. cit., p. 132.

180 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 70.

181 DWORKIN, op. cit., 2010. p. XVI.

182 Ibidem, p. 133.

pelos textos de direito, em especial pelos que veiculam *princípios*, que interprete.<sup>183</sup> [grifos no original]

Com propriedade, Dworkin chama a atenção para um fato importante, ignorado pelo Poder Judiciário: os juízes também se sujeitam à doutrina da responsabilidade política, a qual “afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”, e “[...] condena a prática de tomar decisões que parecem certas isoladamente, mas que não podem fazer parte de uma teoria abrangente dos princípios e das políticas gerais que seja compatível com outras decisões igualmente consideradas certas”.<sup>184</sup>

Para Dworkin, a segurança jurídica advém do compromisso com a aplicação, a cada caso concreto, não apenas uma de parte do Direito, mas da Constituição: a interpretação deve levar em conta os princípios informadores do sistema, conformando a decisão judicial aos princípios constitucionais. E o autor divide a integridade em duas formas: a integridade da legislação (validação abstrata das normas no processo legislativo ou no controle de constitucionalidade) e a integridade da decisão judicial (aplicação concreta de normas abstratamente válidas).<sup>185</sup> Dessa forma, acaso o conflito entre normas se dê em abstrato, elimina-se a contradição do ordenamento pela invalidação de uma delas. Porém, se ambas as normas são válidas no ordenamento jurídico, mas conflitantes no caso concreto, a decisão judicial deve buscar manter a coerência do ordenamento jurídico, aplicando a norma que possibilite a manutenção da integridade do sistema.

Destarte, conclui-se que Dworkin define a única resposta correta não como uma única leitura possível de um texto legal, mas uma leitura a ser feita em cada caso concreto, diante de suas especificidades, buscando sempre a manutenção da integridade do ordenamento e a realização dos comandos constitucionais, pois as regras jurídicas, por mais simples ou mais detalhadas que sejam, sempre são passíveis de interpretação, e somente adquirem densidade normativa quando da aplicação ao caso concreto, através da contextualização, de forma a atribuir-lhe um sentido coerente com o restante do ordenamento jurídico, mantendo a integridade do direito.<sup>186</sup> A propósito, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti asseveram:

A sua afirmação de uma única resposta correta para o caso assenta-se na unicidade e irrepitibilidade que marca cada caso. Ressalta aqui a

183 GRAU, op. cit., 2011. p. 206.

184 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 137.

185 Ibidem, p. 61-68.

186 SCOTTI, Texto-base 2, op. cit., p. 04-09.

complexidade do modelo de um ordenamento de princípios (mesmo as regras aqui devem ser principiologicamente lidas), que se apresenta por inteiro e, a um só tempo, composto por princípios opostos em produtiva tensão reciprocamente constitutiva e igualmente válidos que dependem do caso concreto para que seja possível discernir a pretensão abusiva da correta que com base neles são levantadas.<sup>187</sup>

Por sua vez, Habermas elucida que

Uma jurisprudência orientada por princípios precisa definir qual pretensão e qual ação deve ser exigida num determinado conflito – e não arbitrar sobre o equilíbrio de bens ou sobre o relacionamento entre valores. É certo que normas válidas formam uma estrutura relacional flexível, na qual as relações podem deslocar-se segundo as circunstâncias de cada caso; porém, *esse* deslocamento está sob a reserva da coerência, a qual garante que todas as normas se ajuntam num sistema afinado, o qual admite para cada caso uma única solução correta.<sup>188</sup>

Outrossim, a partir da noção de direito como integridade, considerando-se o ordenamento jurídico como um todo coerente, parece estabelecer-se um norte para as decisões a serem tomadas nesses casos, orientando-se pelos demais princípios e normas vigentes de modo a fazer valer os direitos no caso concreto. Contudo, é necessário cuidado por parte do julgador, a fim de evitar a utilização de argumentos de política (inerentes aos discursos de justificação, do Poder Legislativo em geral, incluindo o Constituinte) indevidamente travestidos de argumentos de princípio (discursos de aplicação, atinentes ao Poder Executivo e ao Poder Judiciário), e buscar dar eficácia aos direitos, ofertando uma resposta coerente com o sistema e evitando inovações ou contradições indevidas.

O Poder Legislativo é o responsável pela produção legislativa, elaborando as normas gerais e abstratas a serem aplicadas aos casos concretos: é, dentre os três poderes, o mais periférico, sendo responsável pela entrada dos argumentos no ordenamento jurídico<sup>189</sup>, ou, em outros termos, estabelece os argumentos básicos, que vão informar a construção de novos argumentos, a serem desenvolvidos a partir deles. Porém, hoje é consenso a total impossibilidade de previsão legal de todas as hipóteses fáticas a serem por ela subsumidas, cabendo ao aplicador a difícil tarefa de resolver os problemas concretos, procurando as respostas dentro do ordenamento.

Nisso consiste o mérito da proposta do direito como integridade, buscando sempre dar respostas coerentes dentro do sistema. Conflitos de valores requerem, para sua solução, o balanceamento de argumentos

187 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 32-33.

188 HABERMAS, op. cit. 1997. p. 323.

189 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 58.



de política, a serem efetivados em momento e local apropriado (debates democráticos), ao passo que para o conflito entre princípios, a solução passa pelos discursos de aplicação inerentes à atividade judicial, não como um juízo de preferência entre os interesses, mas identificando, no caso concreto, aquele que se mostra mais coerente com o ordenamento jurídico em sua integridade. Como pontua Eduardo Cambi, “Direito e política têm, cada um, função própria cabendo, ao direito, a *estabilização de expectativas de comportamento* e a política, a *realização de fins coletivos*”.<sup>190</sup> E, de modo complementar, convém mencionar a lição de Bonavides, no sentido de que

O controle das leis, por meio do princípio da proporcionalidade deferido à judicatura dos tribunais, precisa todavia manter aberto e desimpedido o espaço criativo outorgado pela Constituição ao legislador para avaliar fins e meios, porquanto a determinação de meios e fins pressupõe sempre uma decisão política, não importa seja esta de conteúdo econômico, social ou jurídico-político.<sup>191</sup>

Com efeito, a Constituição protege diversos bens, não sendo lícito o sacrifício infundado de algum deles, sendo necessário respeitar a proteção constitucional considerando-se a unidade da Constituição, ou seja, harmonizando da melhor forma possível os preceitos conflitantes em face das circunstâncias concretas. Como pontuam Carvalho Netto e Scotti,

[...] precisamente porque os princípios são normas abertas, normas que não buscam regular sua situação de aplicação, para bem interpretá-los é preciso que os tomemos na integridade do Direito, ou seja, que sempre enfoquemos um determinado princípio tendo em vista também, no mínimo, o princípio oposto, de sorte a podermos ver a relação de tensão produtiva ou de equiprimordialidade que, na verdade, guardam entre si, a matizar recíproca, decisiva e constitutivamente os significados um do outro.<sup>192</sup>

Na verdade, o objetivo da integridade não difere do objetivo da proporcionalidade, na medida em que ambas pretendem conferir certeza e segurança jurídica à decisão do caso concreto. Entretanto, a proporcionalidade crê que a segurança decorre da uniformidade de pensamento e que apenas em um contexto guiado pela razão moral seria possível garantir a legitimidade da decisão, ou seja, somente haveria segurança se as decisões particulares reproduzissem valores morais

190 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 267.

191 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 421.

192 CARVALHO NETTO, op. cit., 2012. p. 146.

maiores. Por outro lado, a integridade reconhece a necessidade de garantir o pluralismo e o multiculturalismo, ciente da impossibilidade de objetividade absoluta na decisão jurídica. Porém, acredita que, ainda que de forma precária, a segurança jurídica pode ser alcançada através do compromisso de, em cada caso concreto, aplicar não apenas um fragmento do direito, mas a própria Constituição, em sua totalidade, pois a insegurança pode ser mitigada com uma interpretação que considere os princípios orientadores do ordenamento e busque conformar a decisão concreta aos princípios constitucionais.

### 3.3 Críticas à técnica da ponderação ou princípio da proporcionalidade

Apesar de sua ampla aceitação e utilização, a teoria de Alexy sofreu diversas críticas, sendo seus principais expoentes Jürgen Habermas e Klaus Günther. Como observa Eduardo Cambi,

A ponderação ou a denominada *lei do sopesamento* não é pacífica, sendo bastante criticada por autores como Habermas, para quem sua adoção seria uma *ameaça à certeza dos direitos*, porque *faltam critérios racionais* para o sopesamento. Critica-se a substituição de *juízos deônticos* ('o que deve ser'), baseados nos códigos binários lícito/ilícito ou válido/inválido, essenciais ao direito, por *juízos axiológicos* ('o que é bom'), já que os *valores* são flexíveis, concorrem por preferências, não impondo deveres inequívocos e incondicionais aos seus destinatários.<sup>193</sup> [grifos no original]

A fim de combater a afirmação de que a ponderação seria feita de forma discricionária e arbitrária, dando margem ao decisionismo e a um subjetivismo acentuado, Alexy serve-se de um modelo ou metodologia de fundamentação, segundo o qual "uma ponderação é racional se o enunciado de preferência ao qual conduz pode ser fundamentado racionalmente", e assim intenta proporcionar um critério objetivo através da vinculação entre a lei de ponderação e a teoria da argumentação jurídica racional. Cabe ao julgador cumprir as etapas do procedimento a ser utilizado na ponderação, consistentes em identificar as normas e reuni-las de acordo com a direção para a qual apontam; analisar as circunstâncias do caso concreto e suas repercussões; e após, atribuir o peso relativo aos interesses e estabelecer a intensidade da preferência de cada grupo de normas (esta a ponderação propriamente dita, que também se subdivide em definição da intensidade da intervenção, análise da importância dos fundamentos justificadores da intervenção, e realização da ponderação em sentido restrito).

193 CAMBI, op. cit., 2011. p. 481.

Em suma, a proposta teórica de Alexy para aplicação dos direitos fundamentais mediante a máxima da proporcionalidade busca enfatizar a importância da racionalidade dos juízos de ponderação entre os princípios jurídicos. Para o autor, nos casos em que o direito positivo não fornece a resposta para os problemas concretos, surge a exigência de uma decisão judicial que considere os princípios jurídicos envolvidos, o que sugere ser feito através da “lei de sopesamento”, um sistema voltado a combater o argumento da irracionalidade das decisões, de modo que a argumentação jurídica seria, portanto, a forma de demonstrar a correção da decisão que pondera princípios jurídicos. A conexão do direito com a moral se evidenciaria através desses juízos de ponderação ao texto constitucional, aproximando a dimensão real do direito (decisão judicial) com a dimensão ideal (pretensão de correção), o que somente se sustenta através da demonstrabilidade argumentativa da pretensão de correção.

Entretanto, sua teoria segue sendo questionada pela doutrina, no sentido de que a atribuição de peso maior a um princípio e não a outro não pode ser discricionária, pois o intérprete e a autoridade judiciária estão vinculados pelos princípios, como se infere da opinião de Damiano Azevedo, que tece forte crítica à proporcionalidade:

A teoria da ponderação de valores requer que certos valores sejam assumidos, oficialmente, como prioritários pelo juiz e pelo direito, o que inequivocamente estabelece uma forma de discriminação contra os demais valores sociais e políticos. Exigir que o direito seja interpretado e aplicado a partir de certo valor moral ameaça frontalmente o pluralismo, pois todos os outros indivíduos que não compartilham desse mesmo valor ficam alijados do debate jurídico. A teoria da proporcionalidade coloca o direito sob o pálio dos valores morais oficiais, o que fere diretamente um dos fundamentos da República, que exige o respeito à pluralidade das formas de vida.<sup>194</sup>

De fato, por conferir amplos poderes ao magistrado, a ponderação necessita ser pautada por critérios preestabelecidos, a fim de evitar o subjetivismo e o decisionismo, os quais conduzem à desvalorização das escolhas feitas por órgãos democraticamente eleitos e fomentam uma situação de insegurança jurídica.

Quer dizer, o Direito não pode estabelecer a precedência de certos valores sobre outros, sob pena de a lei perder sua legitimidade frente aos mais diversos setores da sociedade. O pluralismo político consagrado pela Constituição exige que todos os valores sociais e políticos sejam respeitados em igual medida, recebendo a mesma importância e consideração.

<sup>194</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 21.

Humberto Ávila, por sua vez, observa que “[...] com a finalidade de combater o formalismo, a doutrina redireciona a aplicação do ordenamento para os princípios, mas, ao fazê-lo sem indicar critérios minimamente objetiváveis para a sua aplicação, aumenta a injustiça por meio da intensificação do decisionismo [...]”<sup>195</sup>, e desenvolve profundo estudo demonstrando que a proporcionalidade, como proposta por Alexy, não configura um princípio, mas sim um postulado, metanorma ou norma de segundo grau, relacionada à aplicação de outras normas. Dessa forma, assevera que a proporcionalidade não é o objeto de ponderação, mas o próprio critério dela, pois “Só elipticamente é que se pode afirmar que são violados os postulados da razoabilidade, da proporcionalidade ou da eficiência, por exemplo. A rigor, são violadas as normas – princípios e regras – que deixaram de ser devidamente aplicadas”<sup>196</sup>.

José Joaquim Gomes Canotilho, por sua vez, assevera que a razão do recurso à ponderação não é capricho ou modismo, decorrendo da diversidade de leituras dos bens constitucionais; porém, a finalidade da ponderação não é a atribuição de significado ao texto normativo, o que cabe à interpretação, mas sim elaborar critérios que possibilitem obter o equilíbrio na ordenação dos bens em tensão.<sup>197</sup>

Com efeito, a doutrina aconselha cautela e uso parcimonioso da ponderação, em razão de todos os riscos já mencionados, como se infere da observação de Ingo Sarlet:

Por outro lado, a assim chamada ponderação ou balanceamento (expressões que, reitere-se, aqui são utilizadas como sinônimas), nem sempre se faz necessária e deve mesmo ser utilizada de modo comedido e mediante o atendimento a determinados critérios, além de se tratar de operação que reclama particular atenção em termos de uma adequada fundamentação.<sup>198</sup>

De outro lado, da análise dos julgados examinados, pôde-se verificar que a aplicação que o STF faz da proporcionalidade não guarda coerência com a doutrina de Alexy. Da fundamentação das decisões pesquisadas (especialmente dos votos que mencionam a ponderação), verifica-se não haver uma verdadeira ponderação de princípios no sentido alexyano, senão mera opção por um dos interesses constitucionais em discussão. Assim, mesmo havendo referência expressa à proporcionalidade nos votos de alguns ministros, o que se verifica é apenas um arremedo da proposta da

195 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 89.

196 Ibidem, p. 122.

197 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003. p. 1237.

198 SARLET, op. cit., 2012. p. 211.

proporcionalidade, ocorrendo o uso de uma proporcionalidade *sui generis*, pois empregada sem a preocupação com a racionalidade argumentativa defendida por Alexy. Princípio da proporcionalidade, no sentido que lhe têm atribuído a doutrina e jurisprudência pátrias, especificamente no debate sobre conflitos de normas, significa mera incidência simultânea de princípios jurídicos divergentes. Desta forma, a simples opção por um dos princípios, sem a devida fundamentação, baseada apenas no argumento de autoridade do “princípio da proporcionalidade”, implica um reforço do subjetivismo e da discricionariedade judicial.

Convém, portanto, salientar que decisões fundadas apenas na proporcionalidade consistem em arbítrio do julgador, na medida em que destituídas de fundamentos, senão meros valores morais escolhidos subjetivamente. Nesse caso, o que ocorre é a utilização de argumentos de política como fundamento para as decisões, embora os julgadores sustentem tratar-se apenas da aplicação de princípios e direitos consagrados na Constituição: na maioria das vezes, efetuam escolhas políticas para as quais o Poder Judiciário não está legitimado. Como pondera Bonavides,

A aplicação intensiva e extensiva do princípio da proporcionalidade em grau constitucional num determinado ordenamento jurídico, como aparelho de salvaguarda dos direitos fundamentais para frear a ação limitativa que o Estado impõe a esses direitos, por via das reservas de lei consagradas pela própria ordem constitucional, suscita de necessidade o grave problema do equilíbrio entre o Legislativo e o Judiciário. Um inadvertido e abusivo emprego daquele princípio poderá comprometer e abalar semelhante equilíbrio.<sup>199</sup>

Talvez maior problema resida na recepção acrítrica e distorcida da teoria de Alexy, pois, em sua proposta teórica, a ponderação exige a análise de todos os interesses relevantes atingidos, sendo infringida sua lei acaso não sejam incluídos interesses que, de acordo com as circunstâncias objetivas, o deveriam ter sido, pois todos devem ser considerados na fundamentação da decisão, onde deve restar evidenciada a razão de decidir, de modo que eventual preferência por um dos interesses em preterição de outros deve estar justificada em fundamentos suficientemente importantes e válidos. Em outros termos, as razões que levaram à decisão devem estar amplamente demonstradas na fundamentação, seguindo todas as etapas propostas no método. Entretanto, não é o que efetivamente acontece, sendo de praxe a simples menção à “proporcionalidade” como fundamento decisório sem, contudo, fazer uso da máxima da proporcionalidade tal qual proposta por Alexy.

199 BONAVIDES, op. cit., 2004, p. 420.

Nessa linha de entendimento, um dos principais expoentes é Lênio Streck, para quem a proporcionalidade não pode ser aceita como uma “metarregra para resolver problemas não resolvidos pelos ‘demais princípios’ conformadores do sistema jurídico”, ela deve estar sempre presente, pois “qualquer decisão deve obedecer a uma equanimidade”.<sup>200</sup> O referido autor defende o “dever de resposta correta, correlato ao direito fundamental de resposta correta (no caso, adequada à Constituição) [...]”<sup>201</sup> e critica a leitura superficial que a teoria da argumentação de Alexy recebeu de parcela considerável da doutrina e dos tribunais:

O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy constrói sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, *no Brasil*, os pressupostos formais – racionalizadores – são praticamente desconsiderados, retornando às estratégias de fundamentação da jurisprudência da valoração. Dito de outro modo: levada a teoria alexyana às suas últimas consequências, é possível dizer que, ao menos no Brasil, embora todos os esforços empreendidos pela doutrina, não há aplicação da *teoria da argumentação jurídica*.<sup>202</sup> [grifos no original]

E acrescenta, tecendo severa crítica ao uso da proporcionalidade:

A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’ (*sic*), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um’ (*sic*). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy: sua tese sobre a ponderação não envolve essa ‘escolha direta’. Importante anotar que, no Brasil, *os tribunais, no uso descriterioso da teoria alexyana, transformaram a regra da ponderação em um ‘princípio’ (sic)*.<sup>203</sup> [grifos no original]

No mesmo sentido, é a doutrina de José Adércio Leite Sampaio, para quem o real objeto da ponderação é o “peso” das razões conflitantes, só que esse peso não está nas normas, mas nas preferências axiológicas do intérprete, de modo que, com o uso da ponderação, diferentes intérpretes facilmente podem chegar a conclusões divergentes.<sup>204</sup> E conclui que

O próprio Alexy se esforça por apresentar fundamentos ao processo, elaborando uma lei de colisão, de maneira a garantir que os seus

200 STRECK, *Neoconstitucionalismo, positivismo e pós-positivismo*. in FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 66-67.

201 *Ibidem*, p. 68.

202 *Ibidem*, p. 72.

203 *Ibidem*, p. 74.

204 SAMPAIO, op. cit., 2013. p. 401-404; 444-449.

resultados sejam corretos (e controláveis). Assim também, a teoria de Dworkin, sem recorrer, contudo, à expressão alemã da ponderação nem ao trabalho ‘método-lógico’ feito por Alexy, baseia-se, como já antecipamos, num sentido de coerência sistêmica e de integridade do direito que tenta neutralizar a discricionariedade do intérprete: cada decisor deve comportar-se na hora de solucionar o conflito como se estivesse a escrever um capítulo a mais (e logicamente coerente) no romance jurídico em construção.<sup>205</sup>

Da mesma forma, Eros Grau critica a ponderação de princípios, cuja supervalorização atribui a “leituras criativas” da obra de Dworkin, pois a ponderação permite aos juízes decidir de acordo com seus valores pessoais, comprometendo a segurança jurídica<sup>206</sup>, e insiste na crítica à discricionariedade exercida pelo julgador ao valer-se da ponderação entre princípios<sup>207</sup> e na banalização de sua utilização<sup>208</sup>. O Autor, na mesma linha da doutrina de Humberto Ávila, entende que a proporcionalidade não constitui um princípio, mas sim um postulado normativo aplicativo, frisando que

[...] adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito não são ponderadas em relação a algo diferente; não se passa que algumas vezes tenham precedência, outras não; o que se pergunta é se essas exigências são satisfeitas ou não, e se sua não satisfação traz como consequência ilegalidade; daí porque essas três exigências, nas quais se desdobra a proporcionalidade em sentido amplo, são classificadas como regras.<sup>209</sup>

Por fim, José Adércio Leite Sampaio refere que a “crítica de Hesse é importante para alertar os que se valem da ponderação, sob aparência de fundamentação matemática consistente, como simples retórica de impor uma hierarquia entre os bens constitucionais”<sup>210</sup> e defende a “concordância prática” de Konrad Hesse como a melhor alternativa à ponderação, pois recusa a metáfora da balança argumentativa em que se medem os interesses em conflito a fim de identificar o direito ou interesse prevalecente, devendo buscar-se a “co-ordenação” dos bens jurídicos protegidos, de modo a preservá-los da melhor maneira possível, a fim de que as normas em conflito contribuam para a decisão.

205 SAMPAIO, op. cit., p. 398.

206 GRAU, op. cit., 2011. p. 343.

207 Ibidem, p. 207.

208 Ibidem, p. 217.

209 Ibidem, p. 216.

210 SAMPAIO, op. cit., 2013. p. 720.

### 3.4 Conflito aparente de normas constitucionais. O direito como integridade: uma proposta para a efetividade constitucional

É do senso jurídico comum a ideia de que há colisão ou conflito quando a Constituição protege simultaneamente dois valores ou bens em contradição numa determinada situação concreta real ou hipotética. Todavia, procede o entendimento no sentido da inexistência de conflito real, em que as colisões seriam apenas aparentes. Segundo Damiano Azevedo, para Dworkin “[...] o conflito entre normas *prima facie* aplicáveis a um mesmo caso concreto é apenas aparente, pois a situação concreta de aplicação do direito exige que se decida qual a única norma adequada àquele caso específico”.<sup>211</sup>

Da mesma forma, quanto à aplicação dos princípios, Inocência Mártires Coelho aduz que “[...] parece não se prestarem a provocar conflitos, criando apenas momentâneos estados de *tensão* ou *mal-estar hermenêutico*, que o operador jurídico *prima facie* verifica serem passageiros e plenamente superáveis no curso do processo de aplicação do Direito”.<sup>212</sup> E complementa citando a lição de Humberto Ávila, a seguir transcrita:

Daí a observação de Humberto Ávila de que a própria ideia de ‘conflito’ deve ser repensada, pois se o conteúdo normativo de um princípio ‘depende’ da complementação (positiva) e limitação (negativa) decorrentes da relação dialética que mantém com os outros princípios, parece inconcebível a ocorrência de efetivas ‘colisões’ entre eles. Tratar-se-ia, prossegue esse autor, de um conflito aparente e não-uniforme, já que a ideia de conflito pressupõe a identidade de hipóteses e campos materiais de aplicação entre as normas eventualmente contrapostas, o que no caso dos princípios está *previamente* afastado pois eles são definidos justamente em função de não terem uma hipótese de incidência e uma consequência jurídica abstratamente determinadas.

Habermas, por seu turno, salienta que a indeterminação interna do Direito não decorre da estrutura do próprio Direito, mas sim da recusa dos juizes em desenvolver a melhor teoria possível, além de a história institucional de uma ordem jurídica ser avessa, em maior ou menor grau, a uma reconstrução racional.<sup>213</sup>

A par das teorias acima explanadas acerca da solução para a colisão entre princípios (proporcionalidade de Alexy e integridade do direito de Dworkin), e a fim de justificar a segunda opção como mais adequada

<sup>211</sup> AZEVEDO, op. cit., p. 02.

<sup>212</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 33.

<sup>213</sup> HABERMAS, op. cit. 1997. p. 266.



à garantia de efetividade da Constituição, podem ser mencionados os chamados postulados de interpretação constitucional, dentre os quais apresentam particular relevância a unidade da Constituição, o efeito integrador e a concordância prática ou harmonização.

É evidente que a Constituição não estabelece critérios para interpretação e harmonização das normas de direitos fundamentais, partindo do pressuposto de que não há hierarquia entre normas constitucionais<sup>214</sup>, até porque se assim o fizesse, teria de estabelecer regras e hierarquia fixa de valores, o que não se coaduna com a natureza dos direitos fundamentais. Assim, para auxiliar na tarefa de aplicação, a doutrina aponta diversos princípios interpretativos, consistentes em critérios hermenêuticos, cujo objetivo é auxiliar na construção de respostas constitucionalmente adequadas para os problemas jurídico-constitucionais<sup>215</sup>, dentre os quais podemos destacar o postulado da unidade da Constituição, segundo o qual as normas constitucionais devem ser interpretadas e aplicadas considerando que a constituição consiste em uma unidade indivisível: o importante é evitar contradições, superando eventuais antinomias normativas através de uma interpretação global da Constituição, cujos espaços de tensão devem ser harmonizados pelo intérprete no âmbito de sua concretização.

Diretamente relacionados ao princípio da unidade da constituição, também têm aplicação o princípio do efeito integrador, pelo qual, na interpretação constitucional, devem ser priorizados critérios que proporcionem a integração política e social, reforçando a unidade política<sup>216</sup>, além do princípio da concordância prática, que pressupõe a harmonização dos bens jurídicos em tensão, a fim de evitar o sacrifício total de uns em face da realização de outros<sup>217</sup>, e que tem especial aplicação no âmbito dos direitos fundamentais, quando houver tensão entre estes ou destes com outros bens jurídicos tutelados pela Constituição. Na lição de Canotilho,

[...] o princípio da unidade da constituição é uma exigência da ‘coerência narrativa’ do sistema jurídico. O princípio da unidade, como princípio de decisão, dirige-se aos juízes e a todas as autoridades encarregadas de aplicar as regras e princípios jurídicos, no sentido de as ‘lerem’ e ‘compreenderem’, na medida do possível, como se fossem obras de um só autor, exprimindo uma concepção correcta do direito e da justiça (Dworkin).<sup>218</sup>

214 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 209.

215 CANOTILHO, op. cit., 2003. p. 1223 e ss., baseado na obra de Konrad Hesse.

216 *Ibidem*, p. 1224.

217 *Ibidem*, p. 1225.

218 *Ibidem*, p. 1184.

Por seu turno, Bonavides leciona que o princípio da unidade da constituição

É o princípio que, por excelência, preserva o espírito da Constituição. E, tratando-se de interpretar direitos fundamentais, avultam a sua autoridade e prestígio, na medida em que a natureza sistêmica, imanente ao mesmo, pode conduzir, entre distintas possibilidades interpretativas, à eleição daquela que realmente, estabelecendo uma determinada concordância fática, elimina contradições e afiança a unidade do sistema.<sup>219</sup>

Da mesma forma, Jorge Miranda tece importantes considerações sobre a unidade da Constituição:

O Direito não é mero somatório de regras avulsas, produto de atos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O Direito é ordenamento ou conjunto significativo, e não conjunção resultante de vigência simultânea; implica *coerência* ou, talvez mais rigorosamente, *consistência*; projeta-se em sistema; é unidade de sentido, é valor incorporado em norma. E esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projeta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.<sup>220</sup>

E, mais adiante, complementa ensinando que a Constituição “[...] deve ser apreendida, em qualquer instante como um todo, na busca da coerência, da harmonia de sentido das normas ínsitas no texto e da sua função integradora do tecido político-social”, concluindo que sempre se faz necessária “[...] uma harmonização ou concordância prática que permita o máximo de realização dos direitos fundamentais e o funcionamento das instituições”.<sup>221</sup>

Oportuna, aqui, a lição de Eros Grau, para quem “o direito não pode ser interpretado em tiras, aos pedaços, pois não poderá ser compreendido se for visualizado dissociado da estrutura global<sup>222</sup>, pois “A Constituição há de ser interpretada na sua totalidade”<sup>223</sup>, o que se coaduna com as ideias de Dworkin acerca da interpretação do sistema constitucional como um todo<sup>224</sup>, em um sistema de justificação coerente.<sup>225</sup>

A esse respeito, Ingo Sarlet informa que: “[...] a solução amplamente preconizada afirma a necessidade de se respeitar a proteção constitucional dos diferentes direitos no quadro da unidade da Constituição, buscando

219 BONAVIDES, op. cit., 2004. p. 595.

220 MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 293.

221 Ibidem, p. 321.

222 GRAU, op. cit., 2011. p. 69.

223 Ibidem, p. 344.

224 DWORKIN, op. cit., 2010. p. 167.

225 Ibidem, p. 182.

harmonizar preceitos que apontam para resultados diferentes, muitas vezes contraditórios”.<sup>226</sup> E ainda, com base na doutrina de Luís Roberto Barroso, afirma que

[...] o ponto nodal da efetivação do princípio da efetividade da Constituição radica na dificuldade em solucionar as tensões que se estabelecem dentro da própria Constituição, já que esta é, sobretudo, um documento dialético, instrumento jurídico de composição das forças políticas de um determinado Estado.<sup>227</sup>

José Adércio Leite Sampaio também defende a busca pela unidade da constituição, mencionando a doutrina de Eros Grau, no sentido de que o intérprete, ao aplicar uma norma constitucional, aplica a Constituição inteira, pois ela “[...] é dotada de um sentido global, de uma totalidade racional desde a intimidade da sua lógica interna até a sua teleologia e os seus valores, não podendo o intérprete fugir dessa unidade, cabendo-lhe antes revelá-la e reforçá-la”.<sup>228</sup> Segundo o autor, a unidade atua como coerência de sentido, suplantando a tensão das multiplicidades de visões de mundo que perpassam todo o texto para identificar o sentido atuante para o caso concreto, e é promovida pela harmonização ou concordância prática de normas constitucionais aparentemente em conflito, citando a doutrina de Konrad Hesse, para quem

[...] a resolução de conflitos não se deve dar por meio de uma ponderação de bens apressada ou de uma abstrata “ponderação de valores” que redundem na preferência de uma norma em absoluto detrimento de outra. A unidade Constitucional, ao contrário, requer um processo de otimização entre elas, de modo a serem estabelecidas as fronteiras dos interesses protegidos e, ao mesmo tempo, realizada a efetividade ótima da Constituição.<sup>229</sup>

José Adércio Leite Sampaio também aborda a questão da integridade do sistema jurídico (Dworkin), bem como a única solução correta em um sistema jurídico coerente (Habermas e Günther), pois cada situação hermenêutica é única e não se repete<sup>230</sup>, sugerindo como única alternativa hermenêutica válida o uso de uma “deontologia da interpretação como um diálogo com as fontes e a integridade do direito, aberto ao controle, próprio (argumentar importa questionar e fiscalizar a ‘compreensão’ e seus tributos às pré-compreensões) e externo (das partes, da hierarquia judiciária e da sociedade)”.<sup>231</sup>

<sup>226</sup> SARLET, op. cit., 2012. p. 334.

<sup>227</sup> Ibidem, p. 208.

<sup>228</sup> SAMPAIO, op. cit., 2013. p. 441.

<sup>229</sup> HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal Alemã*. apud SAMPAIO, op. cit., 2013. p. 443.

<sup>230</sup> Ibidem, p. 470.

<sup>231</sup> Ibidem, p. 721.

Como foi visto no primeiro capítulo, inexistente verdadeira colisão entre as disposições constitucionais que tratam do meio ambiente ecologicamente equilibrado e do desenvolvimento econômico. Isso porque os referidos princípios estão profundamente imbricados, possuindo objetivos em comum, além do que, considerando a unidade da Constituição, ela constitui um todo indivisível. Embora as constituições democráticas contemplem uma pluralidade de interesses, sua finalidade é conciliá-los e harmonizá-los, de modo que não cabe ao intérprete aplicar parcialmente suas normas, optando por um dos interesses em detrimento de outro, porquanto tal medida implica deturpação de seu sentido.

Assim, a partir da interpretação das normas constitucionais que regem o assunto, verificou-se que é entendimento prevalente na doutrina de que, ao regular a ordem econômica e a proteção ao meio ambiente, a Constituição nada mais fez do que determinar que o desenvolvimento econômico autorizado é o desenvolvimento sustentável. Desse modo, as atividades econômicas que não atendam a esse requisito não estão protegidas pela Constituição, até porque ambos os princípios buscam realizar um objetivo comum, consistente no bem-estar e na qualidade de vida da população: esses objetivos é que devem ser considerados na interpretação das referidas normas, focando sempre na preservação da vida humana, com qualidade e, portanto, dignidade.

O problema é que, na prática, ou seja, na aplicação da Constituição para a resolução dos casos concretos, não existe a mesma coerência identificada na doutrina, pois, frequentemente, quando presentes interesses econômicos e de proteção ao meio ambiente, o STF não tem conseguido obter a mesma harmonia existente na doutrina, pois prevalece o entendimento no sentido da existência de colisão entre tais princípios, com clara opção pela ponderação de valores como técnica de decisão. Ademais, verifica-se que a ponderação utilizada não é a proposta por Alexy, que exige argumentação envolvendo todos os interesses presentes, para bem fundamentar e justificar a prevalência de um dos princípios em detrimento do outro, ao passo que, nas decisões do STF, o que ocorre é apenas a opção por algum dos valores, mencionando-se a “proporcionalidade” como razão de decidir. Em outras palavras, o julgador, em regra, realiza uma escolha com base em suas preferências pessoais, e, após, menciona a “ponderação” como justificativa para tal opção. Tanto é assim que, não raro, ocorrem decisões em sentidos totalmente opostos, em que pese fundadas na “ponderação”.

A teoria de Dworkin, por outro lado, não admite contradição interna ao ordenamento jurídico, que forma um todo coerente. Cabe ao julgador, ao decidir o caso concreto, fazê-lo tendo em vista essa integridade. Desse compromisso com a preservação do sentido do Direito é que resulta a “única resposta correta”, a qual leva em conta a exclusividade de cada

caso. Ou seja, não consiste em uma única leitura possível das normas, mas a leitura a ser feita em cada situação concreta, em razão das suas especificidades, e com vistas à manutenção da integridade e coerência do ordenamento jurídico.

É nesse contexto que se verifica a importância da adoção de uma linha interpretativa tal qual proposta pela integridade do direito, de Dworkin, pois, de fato, não existe verdadeira contradição ou colisão entre os dispositivos constitucionais, e assim proporcionar interpretações que preservem o seu sentido. O que a teoria do direito como integridade visa é justamente a convivência harmônica de todas as normas dentro do ordenamento, eliminando a aparente contradição e mantendo a coerência e a unidade do sistema. A adoção da proposta aqui apresentada, além de gerar um significativo ganho em termos de segurança jurídica e de legitimidade democrática, é apta a proporcionar uma maximização da efetividade da Constituição no que tange à promoção do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Enfim, a efetividade da Constituição, especialmente no que tange às normas ambientais, precisa ser promovida. Para tanto, há necessidade de uma correta interpretação e aplicação das normas que regulam a matéria, promovendo uma leitura constitucional que promova a integridade de suas normas.

E, nesse aspecto, a postura do STF tem importância fundamental, devendo reforçar seu papel de guardião da Constituição, efetuando uma leitura integral do texto constitucional, e corrigindo desvios interpretativos que levam a contradições entre os fundamentos e a conclusão de seus julgados, a fim de minimizar o risco à segurança jurídica e reduzir a falta de legitimidade das decisões baseadas em simples discricionariedade. Propõe-se, assim, a adoção da teoria de Dworkin, de analisar o Direito em sua integridade, como o caminho mais apropriado para atingir tão importante objetivo.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As mudanças de paradigma ocorridos nos últimos tempos provocaram, no mundo ocidental, uma espécie de despertar, com a adoção da visão de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado não consiste mais em um mero recurso econômico, e, diante da sua importância para a efetivação do direito fundamental à vida com qualidade, foi ele igualmente incluído como valor fundamental na Constituição de 1988. Em suma, a materialização do direito ao ambiente restringiu as atividades econômicas que ponham em risco o equilíbrio do ecossistema, com a finalidade de possibilitar a efetivação do direito à vida com qualidade.

Em síntese, na linha do que foi demonstrado no primeiro capítulo deste trabalho, quando analisada a produção doutrinária envolvendo o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito ao desenvolvimento, em que fica evidente a opção constitucional pelo desenvolvimento sustentável, resta clara a inexistência de um conflito real entre os referidos princípios, os quais devem ser harmonizados de acordo com o que foi determinado nas próprias normas constitucionais. Na verdade, buscou-se demonstrar que a colisão entre os princípios mencionados é apenas aparente, considerando-se que a unidade da Constituição não admite a existência de normas contraditórias dentro de um mesmo ordenamento jurídico. Logo, a Constituição, ao garantir direitos, também prevê princípios condicionantes de seu exercício, de modo que a interpretação há de ser feita considerando-se o todo, primando pela coerência.

No que tange às decisões judiciais apreciadas, foi possível verificar que as conclusões teóricas expressas nas decisões do STF têm apresentado, desde a promulgação da Constituição, considerável evolução, especialmente ao propugnar que o desenvolvimento preconizado pela ordem constitucional é o desenvolvimento sustentável, na medida em que a ordem econômica já nasce limitada pela proteção ao meio ambiente. Entretanto, como demonstrado quando da análise das decisões, persistem ainda muitas inconsistências no conteúdo das decisões, bem como na metodologia utilizada para decidir.

Nesse contexto, é fator de grande preocupação a forma como o assunto vem sendo tratado nas decisões do STF, tendo sido identificados os seguintes problemas: a) conclusão (dispositivo) dissociado do teor da fundamentação; b) não fundamentação das decisões; c) interpretação equivocada do sistema constitucional do meio ambiente; d) uso da “ponderação” para solucionar “colisão de princípios”; e e) ponderação que não segue a metodologia proposta por Alexy, havendo mera escolha pessoal, tanto que, fundadas na proporcionalidade, não raro as decisões são contraditórias.

Consoante se pode perceber do exame das decisões selecionadas, falta, outrossim, consolidar um entendimento harmônico de tais disposições, abandonando o critério da ponderação, da forma como tem sido utilizado, no sentido de simples opção do julgador por um dos interesses postos para julgamento, a fim de possibilitar a consagração do verdadeiro sentido expresso nas normas constitucionais e a coerência das decisões.

Contrário à interpretação dos princípios jurídicos como valores, Dworkin desenvolveu a ideia de *integridade* do Direito, teoria segundo a qual os princípios jurídicos não podem ser vistos como opostos entre

si, mas coordenados a partir de uma concepção pública de justiça. A interpretação será tanto melhor quanto maior for a capacidade do julgador em expressar o significado do direito em sua integridade, e não apenas o significado de determinadas normas, pois o significado destas deve guardar coerência com os princípios revelados por todo o ordenamento.

Cada princípio, estando ligado ao ordenamento de forma integral, traz em si duas dimensões, uma pública e uma individual: nesse sentido, as esferas pública e privada são co-originárias e equiprimordiais. Cada direito individual somente é realizado através da dimensão pública, que permite a cada cidadão torná-lo legitimamente exigível frente ao Estado e frente aos demais cidadãos; por sua vez, cada direito coletivo somente se realiza mediante a dimensão privada de cada cidadão que, de modo individual, acessa e exerce tais direitos. Assim, direito como integridade não significa preferência pelos direitos individuais ou pelos direitos coletivos, ao contrário, refuta tal distinção, significando que o direito é uno, decorrendo disto que todas as normas existentes no ordenamento devem ser interpretadas de modo a manter a coerência interna que lhe garanta unidade.

Segundo Dworkin, o Direito deve ser compreendido em sua integridade, o que pressupõe dinamismo e permanente transformação, sem perder a coerência. A integridade, assim, exige tanto que as normas elaboradas pelos legisladores sejam moralmente coerentes, da mesma forma que as decisões judiciais devem ser moralmente coerentes, cabendo aos juízes construir sua fundamentação utilizando argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito vigente.

Portanto, para tornar eficazes as normas constitucionais que asseguram a proteção ambiental, propõe-se um reforço no que tange à fundamentação das referidas decisões, consagrando a integridade do ordenamento jurídico como um todo, e com vistas a promover na sociedade uma mudança de visão, quanto à imprescindibilidade da proteção ambiental para a efetivação da saúde de todos. Nisso reside a importância da norma consagrada pela Constituição: é necessário resguardar o meio ambiente de danos irreparáveis a fim de garantir a própria sobrevivência da espécie humana, pois nenhum desenvolvimento econômico é capaz de reverter os danos causados ao meio ambiente, de modo que a única saída possível à humanidade é a prevenção.

De fato, o uso que tem sido feito da ponderação prejudica a efetividade da Constituição, aqui, especificamente no que diz respeito à proteção do meio ambiente. Nessa linha, cabe ao Poder Judiciário reforçar seu papel de guardião da Constituição, e o caminho mais indicado para atingir tão importante finalidade é adotar a teoria do Direito como integridade, considerando o ordenamento jurídico como um todo coeso, orientando as



decisões judiciais pelos demais princípios e normas vigentes, ofertando uma resposta coerente e evitando contradições indevidas: o que o Direito como integridade visa é justamente a convivência harmônica de todas as normas dentro do ordenamento, mantendo a coerência e a unidade do sistema.

Na interpretação a ser dada aos referidos dispositivos é necessário levar em consideração a necessidade de efetividade dos princípios gerais de direito ambiental: sem um meio ambiente sadio e equilibrado, coloca-se em risco, inclusive, o futuro da humanidade, de modo que princípios inerentes à proteção ambiental devem prevalecer frente a interesses econômicos, na medida das limitações a estes impostas por aqueles, a fim de preservar o verdadeiro sentido da Constituição.

Portanto, a questão proposta é extremamente complexa, mas a solução passa pela teoria de Dworkin da única resposta correta, a fim de eliminar a aparente contradição e manter a integridade do ordenamento jurídico, construindo respostas constitucionalmente adequadas para resolver os problemas jurídico-constitucionais envolvendo meio ambiente e outros princípios aparentemente conflitantes e promovendo a efetividade das normas ambientais, e assim trazer soluções adequadas para os problemas que a complexidade da vida na sociedade moderna exige: os princípios de proteção ambiental devem ser lidos em conjunto com os princípios da ordem econômica, e não em contraposição.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- AMADO, Frederico Augusto Di Trindade. *Direito Ambiental Esquemático*. 4. ed. São Paulo: Método, 2013.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- AZEVEDO, Damião Alves de. *Texto complementar: Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 40 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>> . Acesso em: 15 abr. 2013.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 16 tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov>>



br/ccivil\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 07 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 487 MC. Relator(a): Min. Octavio Gallotti. Brasília, 09 maio 1991. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346416>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 134297. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 13 jun. 1995. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=207731>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 22164. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 30 out. 1995. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85691>>. Acesso em 07 de outubro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1516-MC. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília, 06 mar. 1997. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347107>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1952 MC. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 12 ago. 1999. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=347347>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 300244. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 20 nov. 2001. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260498>>. Acesso em 20 de novembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n.º 3540-MC/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 01 set. 2005. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ACO 876 MC-AgR. Relator(a): Min. MENEZES DIREITO. Brasília, 19 dez. 2007. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=539061>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3378. Relator(a): Min. CARLOS BRITTO. Brasília, 09 abr. 2008. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=534983>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 101, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA. Brasília, 24 jun. 2009. *Diário de Justiça Eletrônico*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>>. Acesso em 07 de setembro de 2013.

- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- \_\_\_\_\_; MORATO LEITE, José Rubens. (organizadores) *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- CARVALHO NETTO, Menelick de; SCOTTI, Guilherme. *Os direitos fundamentais e a (in)certeza do direito: a produtividade das tensões principiológicas e a superação do sistema de regras*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- \_\_\_\_\_. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 25 p. (Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Texto-base 6: Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 13 p. (Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- \_\_\_\_\_; SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 5: Limites internos e externos e o "conflito de valores"*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 15 p. (Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- CIRNE, Mariana Barbosa. *Texto-base do Módulo I: DIREITO AMBIENTAL - Desvendando sentidos do Capítulo sobre o Meio Ambiente da Constituição de 1988*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 101 p. (Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=367>>. Acesso em: 15 ago. 2013.
- CUNHA JR., Dirley. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.
- DWORKIN, Ronald. *Texto complementar: As ambições do direito para si próprio*. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. 1985. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 12 p. (Pós-graduação *latu sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FENSTERSEIFER, Tiago. *Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do estado socioambiental de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

- FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam. (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- FIGUEIREDO, Guilherme José Purvin de. *Curso de Direito Ambiental*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- \_\_\_\_\_; MORITA, Dione Mari; FERREIRA, Paulo. *Licenciamento ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FRACALOSSO, William; FURLAN, Anderson. *Direito Ambiental*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. V I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. V II. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Texto complementar: O estado democrático de direito – uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in Era das Transições*. Tradução e introdução de Flávio Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p.152-73 Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 21 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- MACHADO, Paulo Afonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER; Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito Ambiental*. 5 ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, prática, jurisprudência, glossário*. 2 .ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito do Ambiente*. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_; MACHADO, Paulo Afonso Leme. (org.) *Direito Ambiental: fundamentos do direito ambiental*. V. 1. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

- MUKAI, Toshio. *Direito Ambiental Sistematizado*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2013.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Direito Ambiental Esquemático*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- \_\_\_\_\_. (org.) *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- \_\_\_\_\_; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e meio ambiente*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias Jurídicas Positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 17 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Texto-base 3: Razão prática, Moral e Direito – uma leitura contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013, 14 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- \_\_\_\_\_. *Texto-base 4: A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 10 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 abr. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- \_\_\_\_\_. *Direito Ambiental Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Tutela Constitucional do Meio Ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- TEIXEIRA, Orci Paulino Bretanha. *O Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TEMER, Michel. *Elementos de Direito Constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- TRENNEPOHL, Terence Dornelles. *Fundamentos de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2007.

---

## A DEDUÇÃO DO PASSIVO AMBIENTAL NAS DESAPROPRIAÇÕES PARA REFORMA AGRÁRIA COMO CONCRETIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA JUSTA INDENIZAÇÃO E DO DIREITO A UM MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

---

*José Domingos Rodrigues Lopes*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O papel central que adquiriram os princípios jurídicos no constitucionalismo a partir meados do século xx. A abordagem de Dworkin versus abordagem de Alexy; 2 Os paradigmas constitucionais e o Princípio da Legalidade; 3 O direito como integridade em Dworkin e a concretização dos Direitos Fundamentais; 4 O passivo ambiental, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e o Princípio da Justa Indenização no Direito Agrário; 4.1 O meio ambiente e o passivo ambiental; 4.2 Princípios basilares do Direito Ambiental; 4.3 Princípios de Direito Ambiental relacionados ao passivo ambiental; 4.4 Passivo ambiental e dano ambiental; 4.5 O passivo ambiental e o princípio da justa indenização no Direito Agrário; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A partir de meados de século XX, as teorias principiológicas do Direito destacaram o papel central dos princípios jurídicos na interpretação do Direito e no constitucionalismo. No Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade deve passar por nova releitura, devendo ser entendido como uma atuação da Administração conforme a Constituição. Os conceitos de integridade do Direito e da única resposta correta de Dworkin levam à conclusão de que, na atualidade, não se concebe possa ainda se falar em “lacunas do ordenamento jurídico” que impeçam a concretização de direitos fundamentais, uma vez que os princípios constitucionais, embora sejam abertos e indeterminados, são, porém, passíveis de serem densificados nas situações concretas de aplicação, segundo a sua adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso concreto, sendo exigido apenas que essa densificação seja feita levando-se em conta os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico. Assim, em face do atual ordenamento jurídico constitucional, é perfeitamente possível à Administração Pública proceder à dedução do passivo ambiental no pagamento de indenização em desapropriações, ainda que não haja uma lei autorizando a prática desse ato, pois essa postura não representa outra coisa senão a concretização do direito fundamental de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem assim do princípio da justa indenização.

**PALAVRAS-CHAVE:** Princípios. Integridade Do Direito. Direitos Fundamentais. Passivo Ambiental. Desapropriação.

**ABSTRACT:** From mid- twentieth century, theories of law principiológicas highlighted the central role of legal principles in the interpretation of law and constitutionalism. In a democratic state, the principle of legality must pass new retelling and should be understood as an act of Directors according to the Constitution. The concepts of law and the integrity of the single correct answer Dworkin lead to the conclusion that, at present, can not be conceived can still talk about “gaps in the legal system” that prevent the realization of fundamental rights, since constitutional principles although they are open and indeterminate, are however likely to be densified in the concrete situations of application, according to their suitability to the absolute uniqueness of the characteristics of the case, being required only that densification is done taking into account the other principles that make up the legal system. Thus, in light of our current constitutional law, it is perfectly possible for the Public Administration deduct any environmental liability to pay compensation for expropriation, even though there is no law authorizing the practice of this act, because

this attitude does not represent anything other than realization of the fundamental right of everyone to an ecologically balanced environment, as well as the principle of fair compensation.

**KEYWORDS:** Principles. Integrity Of The Law. Fundamental Rights. Environmental Passive. Expropriation.

## INTRODUÇÃO

A escolha do tema desenvolvido neste trabalho está diretamente relacionada à minha atuação profissional na Procuradoria-Geral Federal - PGF. Sou Procurador Federal, atuante nos Tribunais Superiores (Superior Tribunal de Justiça - STJ e Supremo Tribunal Federal - STF), na área de Desenvolvimento Agrário e Desapropriação.

Não muito raro, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária - INCRA é compelido, pelo Poder Judiciário, a indenizar danos ambientais existentes em propriedades rurais que foram objeto de desapropriação para fins de reforma agrária. De modo geral, tais danos foram praticados pelo anterior proprietário (particular), antes da desapropriação do imóvel pelo Poder Público.

No entanto, o STJ tem jurisprudência pacífica no sentido de que a obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem* e, por isso, incide sobre o atual proprietário, ainda que não seja ele o responsável por eventuais danos anteriores<sup>1</sup>. Outrossim, o Novo Código Florestal (Lei nº. 12.651/2012, BRASIL) reconheceu, em seu art. 2º, § 2º, que a obrigação de reparar os danos ambientais é de natureza real e é transmitida ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural<sup>2</sup>.

Por outro lado, o INCRA, quando vai avaliar o imóvel para fins de desapropriação e constata a existência desses danos, não está autorizado, por lei, a efetuar o abatimento desse passivo ambiental e, quando procura fazê-lo, esse ato é rechaçado pelo Poder Judiciário,

1 STJ, EREsp 218781/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJE 23/02/2012.

2 Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

[...]

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.



o qual entende que a autarquia federal está vinculada ao princípio da legalidade e, por isso, não está autorizada a praticar tal ato<sup>3</sup>.

Nesse contexto, o INCRA é colocado diante de um grande dilema, pois, se por um lado não pode efetuar o desconto do valor da justa indenização a ser paga ao proprietário, por outro, mais tarde, poderá vir a ser compelido a recompor o dano ambiental praticado pelo antigo proprietário. Foram essas incongruências que me fizeram escolher esse tema.

No presente estudo, pretendi abordar um tema atual que envolve o Direito Agrário, o Direito Ambiental e o Direito Constitucional. Almejei elaborar estudo defendendo a possibilidade da dedução do passivo ambiental no pagamento de indenização em desapropriações por interesse social para a reforma agrária, em face do atual ordenamento jurídico constitucional, ainda que a Administração Pública não disponha de uma lei que a autorize a praticar tal ato, pois essa postura não representa outra coisa senão a concretização do direito fundamental de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Além disso, o princípio da justa indenização, também de matriz constitucional (art. 5, IV, CF/88, BRASIL), recomenda à Administração Pública considerar, no pagamento da indenização, os danos ambientais causados pelo proprietário/expropriando.

Entende-se que, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o princípio da legalidade não mais pode ser concebido de forma estrita, antes, deve passar por uma nova releitura que transforme a Administração Pública em verdadeira promotora dos princípios fundamentais plasmados na Constituição Federal. Ademais, não se pode olvidar que o Direito Constitucional pós-convencional confere aos princípios a mesma força normativa conferida às regras de direito.

O tema acima referido é um assunto novo e pouco conhecido na doutrina e carente de discussão na academia. Porém, possui repercussão prática de inegável valor. No âmbito do Poder Judiciário, inúmeros processos veiculam esse tema, não sendo raro a prolação de decisões que adotam soluções diametralmente opostas, conforme será visto mais à frente.

Assim, espera-se que a presente monografia possa lançar novas luzes sobre a profícua relação interdisciplinar entre o Direito Constitucional, o Direito Ambiental e o Direito Agrário e, com isso, permita uma nova compreensão acerca do complicado problema da responsabilidade pelo dano ambiental em imóveis rurais destinados à reforma agrária, que hoje campeia nossos tribunais.

3 No sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: TRF1, AC 0009577-22.2010.4.01.3901/PA, Rel. Des. Federal Catão Alves, julgamento em 27/08/2013, Terceira Turma, e-DJF 06/09/2013, p. 285; TRF1, AC 0020580-70.2006.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgamento em 07/10/2013, e-DJF1 14/11/2013, p.1086; TRF1, AC 0000304-13.2009.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, julgamento em 10/12/2013, e-DJF1 19/12/2013, p.1070.



## 1 O PAPEL CENTRAL QUE ADQUIRIRAM OS PRINCÍPIOS JURÍDICOS NO CONSTITUCIONALISMO A PARTIR DE MEADOS DO SÉCULO XX. A ABORDAGEM DE DWORKIN *VERSUS* ABORDAGEM DE ALEXY

As teorias positivistas concebiam o ordenamento jurídico como um sistema fechado de regras, cuja compreensão seria independente da política e da moral. Para o positivismo, a noção de segurança jurídica era mais importante do que a ideia de justiça, enquanto pretensão de correção normativa. Nesse sentido, o problema da fundamentação do Direito é puramente procedimental, ou seja, refere-se unicamente à sua gênese, deixando o problema do conteúdo das normas para outros ramos do conhecimento humano, como a moral, a Política, a Sociologia, a História, etc<sup>4</sup>.

Os positivistas até reconheciam a base teórica linguística do ordenamento jurídico e, conseqüentemente, reconheciam o seu caráter impreciso, indeterminado ou lacunoso. Também reconheciam que a pretensão de regulação de todas as possíveis condutas por meio de regras abstratas era uma tarefa impossível, em face da estrutura aberta da linguagem<sup>5</sup>.

No entanto, diante dos casos que não podem ser solucionados com recurso a uma regra jurídica suficientemente clara, os *hard cases*, os positivistas entendiam que a saída era o *decisionismo*, ou seja, “A discricionariedade do juiz preencherá o espaço não regulado pelas regras jurídicas expressamente positivadas”<sup>6</sup> (grifo nosso). E para isso, a própria ciência do direito de Kelsen não podia assegurar “qualquer *moldura de interpretações* que vincule as autoridades competentes para decidir”<sup>7</sup> (grifo do autor), podendo essas autoridades valerem-se de fundamentos extrajurídicos.

Para os positivistas, o juiz, ao fazer uso de sua discricionariedade, estaria criando uma nova regra e aplicando-a retroativamente, por mais que ele se esforçasse para dar a entender que estaria simplesmente aplicando um direito preexistente, tentando assim salvaguardar a ficção da segurança jurídica<sup>8</sup>.

Contudo, o grande problema da teoria positivista com o seu *decisionismo* foi querer igualar as atividades legislativa e judicial. Scotti expõe muito bem essa confusão de *argumentos de política* e *argumentos de princípio*, perpetrada pelos positivistas:

4 SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias jurídicas positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 maio 2013. p. 1-2.

5 Ibid., p. 3.

6 Ibid.

7 Ibid.

8 Ibid., p. 4.

A teoria positivista da interpretação, ao igualar em essência as tarefas legislativa e judicial, especialmente diante de *hard cases*, nivela as distintas lógicas subjacentes, causando uma profunda confusão entre argumentos, cuja distinção é cara a toda a estrutura política das sociedades modernas: *argumentos de política* e *argumentos de princípio*. Os primeiros se referem à persecução de objetivos e bens coletivos considerados relevantes para o bem-estar de toda a comunidade, passíveis de transações e compromissos, enquanto os segundos fundamentam decisões que resguardam *direitos* de indivíduos ou grupos, possuindo assim um papel de garantia *contra-majoritária*<sup>9</sup>.

Todavia, a partir de meados do Século XX, Ronald Dworkin começou a demonstrar as insuficiências das teses positivistas, tendo como ponto de partida a distinção entre regras e princípios e a afirmação da natureza deontológica destes últimos. Com Dworkin, fomos capazes de apreender “*a tessitura aberta ou indeterminada, principiológica, de todo o ordenamento jurídico*”<sup>10</sup>.

Scotti, com bastante acuidade, identifica essas insuficiências das teses positivistas, ao afirmar que:

A leitura positivista do direito como um sistema auto-suficiente de regras, que pretendem regular com alto grau de precisão suas situações de aplicação, deixa escapar a dimensão central de qualquer ordenamento jurídico pós-convencional: sua estrutura principiológica, necessariamente, indeterminada em abstrato, embora determinável em concreto, aberta hermenêuticamente à construção intersubjetiva dos sentidos das normas universalistas positivadas enquanto direitos fundamentais.<sup>11</sup>

Assim, a partir desses influxos teóricos, os princípios passaram a ocupar papel central no constitucionalismo, dada a natureza necessariamente principiológica do texto constitucional, sobretudo das normas que estipulam direitos fundamentais.

O modelo interpretativo proposto por Dworkin é uma crítica ao modelo interpretativo defendido pelo positivismo. Segundo Dworkin,

O modelo distingue entre direito positivo – o direito nos livros, o direito apresentado nas declarações evidentes das leis e das decisões passadas das cortes – e o direito como um todo, que aceita a estrutura dos

9 SCOTTI, op. cit., p. 6.

10 CARVALHO NETO, Menelick de. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013a. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 1.

11 SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias jurídicas positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 7.

princípios da moralidade política, tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo<sup>12</sup>.

Essa concepção de hermenêutica jurídica vai de encontro à tese positivista de que a interpretação é o processo de recuperação da “intenção” do autor histórico do material a ser interpretado, ou seja, de que a interpretação volta-se para algo como a *mens legislatoris*, a vontade dos pais fundadores ou uma *vontade geral*.

De acordo com a teoria de Dworkin, haverá, em cada caso, uma única norma adequada às suas especificidades e aos interesses em jogo. Cabe ao juiz então descobrir qual é essa norma. É a ideia da “única resposta correta” de Dworkin. Nesse sentido, a hermenêutica jurídica é assim um exercício de interpretação construtiva de uma prática social<sup>13</sup>.

A teoria dos princípios de Robert Alexy também adota a distinção proposta por Dworkin entre regras e princípios. Porém, essa distinção seria inerente à própria estrutura das normas jurídicas. As regras seriam normas cogentes e determinantes de conduta, imperativos definitivos, ao passo que os princípios seriam comandos de otimização<sup>14</sup>.

Alexy extrema regras e princípios da seguinte forma:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandados de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario.

En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y en na medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entoces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica e jurídicamente. Lo importante por ello no es si la manera de actuar a que se refiere la regla puede o no ser realizada em distintos grados. Hay por tanto distintos grados de cumplimientos. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación com

12 DWORKIN, Ronald (1985). *As ambições do direito para si próprio*. Trad.: Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 4.

13 AZEVEDO, Damião Alves de (2008). *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 22.

14 Ibid., p. 5.

las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio. Si solo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla<sup>15</sup>.

Para essa teoria, os princípios, embora jurídicos, não seriam propriamente imperativos, mas meramente orientadores, pois sua aplicação é condicionada fática e juridicamente. Nesse contexto, essa teoria nega o próprio caráter deontológico aos princípios, pois afirma que os princípios não trazem em si um dever ser, mas sim um valor moral que pode ser atendido de diversas maneiras e proporções variáveis<sup>16</sup>.

Segundo essa teoria, na aplicação do Direito, as regras submetem-se à técnica da subsunção e os princípios à técnica da ponderação. As regras, por conterem em si todas as suas situações de aplicação, não requerem interpretação, sendo suficiente a sua subsunção ao fato, tratando o Direito como um dado *a priori*, pronto e acabado, ou seja, como um fato. Já a aplicação dos princípios deve dar-se mediante o método da ponderação proporcional de valores, que se encontram escalonados hierarquicamente. Assim, para Alexy, a aplicação da norma jurídica deve contemplar, simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, graduando-o, proporcionalmente, conforme uma escala de importância<sup>17</sup>.

No entanto, o grande problema da teoria de Alexy foi ter equiparado, tal como o fez o positivismo, a atividade de aplicação do Direito à atividade de legislação, ao transformar o problema da aplicação das normas num problema ético, portanto, externo ao direito. Essa questão foi muito bem elucidada por SCOTTI ao afirmar que:

A tarefa propriamente de *aplicação* dos princípios é então recusada por Alexy, ao considerá-la como algo idêntico à legislação, uma atividade de *balanceamento de valores* concorrentes, passíveis de tratamento metodológico e hierarquizado. Direitos, entendidos como interesses, devem assim ser sacrificados de acordo com o seu grau de relevância, e os princípios ensejam múltiplas possibilidades de decisão correta à discricionariedade do aplicador<sup>18</sup>.

E essa confusão de atividades se deu por meio da equiparação dos princípios a valores, consoante se depreende da seguinte afirmação:

Toda colisión entre principios puede expresarse como una colisión entre valores y viceversa. La única diferencia consiste en que en la colisión entre principios se trata de la cuestión de qué es debido de manera

15 ALEXY, Robert (1988). *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa, 5: 139-151. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 143-144.

16 AZEVEDO, op. cit., p. 5.

17 AZEVEDO, op. cit., p. 3.

18 SCOTTI, op. cit., p. 16-17.

definitiva, mientras que la solución a una colisión entre valores contesta a qué es de manera definitiva mejor. Principios y valores son por tanto lo mismo, contemplado en un caso bajo un aspecto *deontológico*, y en otro caso bajo un aspecto *axiológico*<sup>19</sup>.

Dessa forma, ao negar o caráter deontológico aos princípios, equiparando-os a valores, e permitir que decisão judicial seja fundada em argumentos extrajurídicos, ou seja, em preferências axiológicas do julgador, a teoria de Alexy acaba por cair no mesmo “decisionismo” da teoria positivista.

Além disso, ao afirmar que as regras já contém em si a sua própria forma de aplicação e, como tais, não requerem interpretação, e ao reservar o conceito de argumentação jurídica à tarefa de ponderação de valores, essa teoria transforma a aplicação do Direito numa mera questão de fato, numa mera questão de lógica jurídica, tal como concebia o positivismo.

Portanto, a teoria de Alexy nada mais representa que “*tentativas de reduzir a interpretação jurídica a fórmulas matematizantes e a modelos prévios de compreensão*” do Direito<sup>20</sup> (grifo nosso).

Conforme visto acima, a teoria Dworkin defende que haverá, em cada caso, uma única norma adequada à suas especificidades e aos interesses em jogo. Cabe ao juiz então descobrir qual é essa norma. Robert Alexy, ao fazer a leitura dessa teoria de Dworkin, entendeu que ela requereria um consenso sobre sua correção.

No entanto, segundo Scotti<sup>21</sup>, Alexy não compreende bem a ideia acerca da “única decisão correta”, pois a teoria de Dworkin não tem a pretensão de cunhar um procedimento metodológico “racional” capaz de fornecer a correção das decisões jurídicas. Ao revés, trata-se de “uma postura hermenêutica diante do caso, dos princípios jurídicos de todo o ordenamento e da história institucional”, cuja racionalidade é bastante limitada. Busca-se fazer do objeto interpretado (o Direito) o seu melhor, trazer a *melhor luz* ao Direito.

Na opinião de Scotti, a teoria da *única decisão correta* de Dworkin deve ser entendida

não enquanto mandamento inscrito a priori nas normas gerais e abstratas, mas como uma postura a ser assumida pelo aplicador em face das questões aparentemente não reguladas apresentadas pelos hard cases, de densificação dos sentidos abstratos em face de um compartilhamento existente, embora sempre passível de ser problematizado e polemizado, do sentido vivencial dos princípios jurídicos.<sup>22</sup>

19 ALEXY, op. cit., p. 145.

20 AZEVEDO, op. cit., p. 2.

21 SCOTTI, op. cit., p. 16.

22 SCOTTI, op. cit., p. 8.

Portanto, a ideia de *única decisão correta* de Dworkin remete ao sentido vivencial dos princípios jurídicos, presente em determinada comunidade de princípios. Os princípios são componentes necessariamente presentes na autocompreensão normativa das sociedades pós-convencionais, “*em contextos epistemologicamente cientes da contingência e precariedade da validade e verdade de proposições linguísticas*”<sup>23</sup> (grifo nosso).

E é exatamente em função dessa dimensão vivencial, pragmática dos princípios que não se atribui a eles (aos princípios) uma natureza metafísica, mas claramente social, histórica e intramundana. Eis aí os elementos filosóficos, históricos, políticos e psicológicos que reforçam essa leitura constitucional principiológica.

A teoria de Alexy concebe que somente as regras criam os direitos. O Direito não é criado pela institucionalização de discursos jurídicos voltados para a solução de conflitos. Ele é um dado, outorgado, pela regra. Somente os direitos baseados em regras seriam “*direitos definitivos*”, pois somente essas espécies normativas já trariam em si suas próprias condições de aplicação, o que afastaria a possibilidade de interpretá-las, as quais devem ser aplicadas por mera subsunção. Nesse sentido, o Direito é concebido como um dado *a priori* contido na norma<sup>24</sup>.

Além disso, para Alexy, o nível das regras precede *prima facie* ao nível dos princípios na tarefa de aplicação<sup>25</sup>, ou seja, as regras teriam precedência em relação aos princípios na tarefa de aplicação.

Já para Dworkin, as regras, por mais simples que sejam, também têm aplicação principiológica, pois a compreensão de regras específicas e bem determinadas requer um contextualização que permita atribuir-lhes um sentido coerente com as demais normas do ordenamento jurídico, tal como ocorre com os princípios, a fim de que se mantenha a integridade do direito como um todo<sup>26</sup>.

Por outro lado, as regras, por mais que pretendam ser completas, nunca serão capazes de prever suas condições de aplicação, pois a cada instante surgem situações concretas de aplicação que jamais poderiam ser previstas por qualquer legislador, pois a realidade é viva e requer a todo instante um novo olhar e uma nova compreensão, daí que a ideia de “*direitos definitivos*” de Alexy afigura-se equivocada<sup>27</sup>.

Ademais, em Dworkin, regras e princípios possuem a mesma dignidade normativa, não havendo entre eles relação de precedência, sendo que ambos podem ser base para o reconhecimento de direitos.

23 SCOTTI, op. cit., p. 8.

24 AZEVEDO, op. cit., p. 6.

25 SCOTTI, op. cit., p. 14.

26 AZEVEDO, op. cit., p. 35.

27 Ibid., p. 37.

Em resumo, pode-se dizer que Robert Alexy faz uma leitura axiológica do ordenamento jurídico enquanto Ronald Dorkin faz uma leitura deontológica desse mesmo ordenamento jurídico. O primeiro concebe os princípios como valores e defende que a solução de eventuais conflitos entre eles deve ser feita mediante a aplicação do princípio da proporcionalidade, com uso de ponderação de bens. Já Dworkin entende que o conflito aparente entre princípios é um conflito entre normas jurídicas e, como tal, deve ser resolvido mediante o reconhecimento do caráter deontológico dos princípios, tendo em vista o caso concreto e considerando o Direito em sua integridade.

## 2 OS PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

O conceito de paradigma foi desenvolvido inicialmente por Thomas Kuhn no campo da moderna epistemologia. Em sua obra *A Estrutura das Revoluções Científicas*, Thomas Kuhn<sup>28</sup> define paradigma sendo um conjunto de “[...] realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade científica praticante de uma ciência”.

Essa ideia de paradigma de Kuhn, no sentido de um conjunto de pré-compreensões que integram o pano de fundo da linguagem, também se aplica ao Direito, na medida em que o Direito está inserido no campo da filosofia da linguagem<sup>29</sup>.

Contudo, no campo do Direito, conforme ensina Martins,

[...] a noção de paradigma possui outra acepção, mais restrita, embora não incompatível com os atributos do conceito delineado por Kuhn, que corresponde a um ‘pano de fundo’, ou seja, a uma série de determinações, preestabelecidas e não discutidas: um ponto de partida para os discursos jurídicos<sup>30</sup>.

Essa noção de paradigma foi introduzida no Direito por Habermas, com a finalidade de definir os momentos de desenvolvimento do constitucionalismo moderno.

28 KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005. p. 13.

29 PENALVA, Janaina. *Texto-base: Metodologia da Pesquisa Aplicada ao Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=195>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 10.

30 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *Texto Complementar: A Noção de Administração Pública e os Critérios de sua Atuação*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 7.

Na opinião de Habermas, os paradigmas jurídicos funcionam como uma espécie de pano de fundo não tematizado que intervém na consciência dos atores, como cidadãos, legislador, justiça e administração. Como consequência, a interpretação do Direito acaba por se definir a partir dessa influência, pois, afinal, os sentidos normativos não existem descolados dessas pré-compreensões, ou seja, os sentidos normativos são o resultado de uma determinada compreensão paradigmática<sup>31</sup>.

Martins muito bem esclarece a noção de paradigma na teoria habermasiana:

Como constata Habermas, os juristas não somente interpretam a legislação vigente, mas também peroram sobre um 'pré-compreensão usualmente dominante da sociedade contemporânea'. Em consequência disso, a própria interpretação do direito é considerada uma resposta aos 'desafios de uma situação social percebida de uma determinada maneira (1997a, p. 123). Essa percepção específica e determinada de uma realidade social é ponto de partida para as interpretações das normas jurídicas, uma 'pré-compreensão' que perpassa o 'trabalho rotineiro' de administração da justiça e da legislação<sup>32</sup>.

Assim, ao longo da história do constitucionalismo moderno, identificam-se três grandes paradigmas que embasaram e ainda embasam as interpretações jurídicas: o paradigma do Estado Liberal, o paradigma do Estado Social e o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Em cada período de vigência, tais paradigmas vão exigir uma nova leitura dos direitos, uma nova ressignificação de conceitos como cidadania, igualdade, liberdade e legalidade.

No paradigma do Estado Liberal, conforme ensina Carvalho Netto<sup>33</sup>, vai "[...] se afirmar pela primeira vez na história que todos os homens são livres, iguais e proprietários". No entanto, a liberdade defendida nesse período era uma liberdade egoística, baseada na propriedade, uma liberdade de fazer tudo aquilo que um mínimo de leis não proibiam, que colocava em xeque a própria capacidade das pessoas viverem em sociedade, ou seja, a própria capacidade da sociedade moderna se instituir como tal.

Por sua vez, igualdade, no Estado Liberal, era uma igualdade meramente formal, perante a lei, sem levar em consideração as condições econômicas e sociais dos indivíduos. O público e o privado, nesse período, são vistos como esferas distintas e até mesmo opostas, sendo o privado concebido como o reino do egoísmo e o público como o exclusivamente estatal.

31 PENALVA, op. cit., p. 10.

32 MARTINS, op. cit., p. 7-8.

33 CARVALHO NETTO, 2013a, p. 11.



Como assinala Carvalho Netto<sup>34</sup> “Aquele ideia de que o Estado mínimo deveria garantir o máximo de liberdade aos indivíduos, do livre curso da sociedade civil, levou a consequências bastante radicais [...]”, produzindo muitas desigualdades sociais e muita luta social, o que levou ao surgimento do paradigma do Estado Social.

Sob a égide desse paradigma, os direitos fundamentais de liberdade e igualdade foram redefinidos, exigindo-se agora que sejam materializados, e ao se fazer essa materialização, amplia-se o rol de direitos fundamentais até então concebidos, enfatizando-se agora a dimensão coletiva desses direitos<sup>35</sup>.

Carvalho Netto assim explica essa passagem para o constitucionalismo social:

A ideia de liberdade agora se assenta numa igualdade tendencialmente material, através do reconhecimento **na lei** das diferenças materiais entre as pessoas, e sempre na proteção do lado mais fraco das várias relações. É precisamente com essa mudança básica que os Direitos sociais coletivos se importam; é com ela que vamos ter a ideia de liberdade como exigência de leis que reconheçam materialmente as diferenças, com a emancipação do campo do Direito civil, do Direito do trabalho, da previdência social, etc.<sup>36</sup>

No Estado Social, a cidadania deixa de ser concebida apenas como o direito ao voto (cidadania formal) e passa a exigir o acesso aos direitos sociais e coletivos, como o direito à educação, saúde, cultura, previdência social, etc.. A esfera pública continuava a ser confundida com o estatal e a privada continuava a ser vista como reino do egoísmo, e apenas o voto, agora direito de todos, continuaria a unir essas duas ordens vistas como antagônicas<sup>37</sup>.

Segundo Carvalho Netto<sup>38</sup>, o grande desafio do Estado Social era “[...] construir uma cidadania que, desde o início, é, de fato, desqualificada por carência de materialidade de seus direitos”.

No entanto, o grande erro do Estado Social foi imaginar que a economia supre direitos e que a cidadania é algo que possa ser imposto de cima para baixo, sem a participação popular efetiva e isso levou ao problema do *déficit* de cidadania e à crise desse modelo de Estado constitucional. Como ressalta Carvalho Netto<sup>39</sup>, “É preciso ver que a

34 CARVALHO NETTO, 2013a, p. 14.

35 Ibid., p. 15.

36 Ibid.

37 Ibid., p. 16.

38 Ibid., p. 16.

39 Ibid., p. 16.

experiência democrática é sempre uma experiência de aprendizado para qualquer povo. Temos que aprender a fazer democracia [...]”.

É nesse contexto que surge o chamado Estado Democrático de Direito, no qual os conceitos de cidadania e igualdade sofrem novas releituras. A cidadania agora passa a ser concebida como um processo, como participação efetiva. A igualdade, por sua vez, “[...] passa a ser uma norma aberta e mutável, sempre capaz de incluir novos sujeitos.”<sup>40</sup> e, nesse sentido, significa essencialmente um respeito às diferenças.

Essas ressignificações deram origem aos chamados direitos *difusos*, como o Direito Ambiental, o Direito ao Patrimônio Histórico, o Direito do Consumidor, os quais refogem à dicotomia *público x privado*<sup>41</sup>.

A relação entre o público e o privado também passa por alterações. A respeito dessa mudança, ensina Carvalho Netto<sup>42</sup>:

Para esse último paradigma, a questão do público e do privado é questão central, até porque esses direitos, denominados de última geração, são direitos que vão apontar exatamente para essa problemática: o público não mais pode ser visto como estatal, ou exclusivamente estatal, e o privado não mais pode ser visto como *egoísmo*. A complexidade social chegou a um ponto tal que vai ser preciso que organizações da sociedade civil defendam interesses públicos contra o Estado privatizado, o Estado tornado empresário, o Estado inadimplente e omissivo<sup>43</sup>.

Enfim, no Estado Democrático de Direito, as esferas pública e privada passam a se relacionar de maneira interdependente, reciprocamente necessárias e constitutivas, o que contribui para a construção de uma cidadania verdadeiramente democrática.

No campo da interpretação do Direito, com o surgimento desse novo paradigma, a perspectiva jurídico-constitucional sofreu mudanças consideráveis, sendo que o Direito deixa de se vincular ao “império da lei” do positivismo em direção à “constitucionalização da ordem jurídica” do pós-positivismo. O Direito do Estado Democrático de Direito é um Direito constitucionalizado, um ordenamento jurídico complexo, marcado pela presença de regras e princípios como duas espécies normativas igualmente aplicáveis à vida dos indivíduos e do Estado<sup>44</sup>.

A composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, aplicáveis à maneira

40 PENALVA, op. cit., p. 13.

41 CARVALHO NETTO, 2013a, p. 17.

42 Ibid., p. 17.

43 Ibid., p. 17.

44 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *Texto-base: A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 11.

do tudo ou nada, como entendia o positivismo. O ordenamento jurídico agora também é composto por princípios, os quais também possuem densidade normativa (integram o conceito de norma jurídica), vinculam os destinatários da mesma forma que uma regra de direito e não se eliminam reciprocamente.

A norma jurídica não é mais um dado *a priori*, senão que um construído resultante do processo de hermenêutica. Nesse contexto, torna-se relevante a diferenciação entre os discursos legislativos de justificação, regidos pelas exigências de universalidade e abstração e os discursos judiciais e executivos de aplicação, regidos pelas exigências de respeito às especificidades e à concretude de cada caso<sup>45</sup>.

Além disso, no momento em que se busca determinar o sentido do texto jurídico, feito na realidade, é necessário contar com a participação dos interessados na produção do Direito em concreto. Como referido por Acunha, apenas os

[...] interessados na decisão da causa, e diretamente afetados pela aplicação da norma, podem, legitimamente, auxiliar na definição da prestação estatal necessária, que vai satisfazer a disposição constitucional de direito fundamental e atender ao que determina a norma constitucional hermeneuticamente produzida<sup>46</sup>.

Assim, no Estado Democrático de Direito, “a gênese dos direitos é explicada pela participação comunicativa dos cidadãos, com iguais liberdades subjetivas na formação do direito que, por sua vez, deverá reservar espaço para um exercício discursivo de autonomia política”<sup>47</sup>

E acerca dessa necessidade imperiosa de legitimação do Direito, quem nos fala é Habermas, asseverando que:

Não é a forma jurídica enquanto tal que legitima o exercício da dominação política, mas tão só o vínculo com a lei legitimamente promulgada. E, em um nível pós-convencional de justificação, só são consideradas legítimas as leis passíveis de serem racionalmente aceitas por todos os co-associados em um processo discursivo de formação de opinião e vontade<sup>48</sup>.

Dessa forma, para que o constitucionalismo atual seja considerado legítimo, ele deve ser o resultado desse processo discursivo de formação de opinião e vontade de que nos fala Habermas.

45 CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 38-39.

46 ACUNHA, op. cit., p. 12.

47 MARTINS, op. cit., p. 15.

48 HABERMAS, Jürgen (2003). *Faticidade e validade: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Disponível em: <<http://moodle.cead.umb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 maio. 2013. p. 3.

E é nessa perspectiva que o princípio da legalidade ganha ressignificação, podendo ser entendido, atualmente, como a demanda por uma atuação *constitucional* e não apenas lícita. O centro gravitacional do ordenamento jurídico não é mais a lei, mas sim a própria Constituição. Isso significa que a Administração Pública deixa de estar submetida apenas a comandos legais expressos, passando a ter um dever de obediência à Constituição e aos princípios que estão na sua base.

Assim, compreender o ordenamento jurídico a partir dessa complexidade e dessa visão principiológica será de fundamental importância para entender a questão do passivo ambiental nas desapropriações para fins de reforma agrária, tema que é objeto da presente pesquisa.

Defende-se, no presente estudo, que a solução desse grande problema não passa pela adoção de um conceito de legalidade à moda clássica, como querem alguns aplicadores do Direito, mas sim pela adoção de um conceito de legalidade extraído do texto constitucional, levando-se em conta os princípios que estão na base da “comunidade de princípios” referida por Dworkin, considerando o Direito em sua integridade.

Afinal de contas, no Estado Democrático de Direito, “O centro do ordenamento jurídico não é mais a lei, fetichisticamente encarada pelos positivistas, mas a Constituição”<sup>49</sup>. O princípio da legalidade, nesse contexto, deve ser encarado como princípio da *juridicidade*, afastando-se da noção de legalidade estrita de outrora.

### 3 O DIREITO COMO INTEGRIDADE EM DWORKIN E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A teoria de Dworkin defende que a Constituição constitui uma comunidade fundada sobre princípios, a chamada comunidade de princípios. Uma comunidade que se alicerça sobre o reconhecimento recíproco da igualdade e da liberdade de todos e cada um de seus membros. Esses princípios que constituem a base dessa comunidade são proposições que o Direito tomou emprestado da moral, uma moral de princípios extramente abstratos e universais. Porém, o Direito, ao recepcionar esse abstrato conteúdo moral, empresta-lhe maior densidade e concretude, ao passo que a moral fornece ao Direito sua legitimidade. Esse conteúdo moral incorporado ao Direito como direitos fundamentais, submete-se ao código próprio do Direito, ou seja, funciona como Direito, e não mais como moral<sup>50</sup>.

49 ACUNHA, op. cit., p. 12.

50 CARVALHO NETTO, Menelick de. Texto-base 6: Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013b. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público).

Na teoria de Dworkin, o Direito é concebido como um sistema aberto de princípios e regras, ambos dotados de natureza normativa, cuja aplicação requer adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso concreto, sem produzir injustiça, em face aos demais princípios da comunidade, momento em que o texto normativo adquire o seu verdadeiro sentido. Eis aí a ideia da única resposta correta e o conceito de integridade do direito concebidos por Dworkin, ou seja, o Direito interpretado levando-se em conta todos os princípios que estão na base da comunidade política.

Dworkin<sup>51</sup> distingue duas formas de integridade: a integridade na legislação, “que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente”, e a integridade na deliberação judicial, “que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido”. Para efeito deste trabalho, interessa mais essa última espécie de integridade.

Para explicar o seu conceito de integridade, Dworkin vale-se da metáfora da criação de um “romance em cadeia”. Em tal projeto literário, [...] um grupo de romancistas escreve um romance em série; cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebeu o romancista seguinte, e assim por diante. Cada um deve escrever seu capítulo de modo a criar da melhor maneira possível o romance em elaboração, e a complexidade dessa tarefa reproduz a complexidade de decidir um caso difícil de direito como integridade<sup>52</sup>.

Partindo dessa metáfora, Dworkin<sup>53</sup> expõe o conceito de integridade na deliberação judicial da seguinte forma:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios<sup>54</sup>.

Nesse sentido, o modelo proposto por Dworkin parte de uma certa compreensão da ideia de interpretação: “um conjunto de princípio

---

Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 mai. 2013. p. 7.

51 DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 213.

52 Ibid., p. 276.

53 Ibid., p. 291.

54 Ibid., p. 291.

possibilita a melhor interpretação do direito melhor justificação disponível para as decisões políticas que o direito positivo anuncia. Em outras palavras, o modelo possibilita a melhor interpretação caso mostre o direito positivo na melhor luz possível<sup>55</sup>.

Para fazer do material a ser interpretado o melhor que ele pode ser, qualquer interpretação de qualquer material deve ser testada em duas dimensões: a dimensão de adequação e a dimensão da justificação. Na primeira dimensão, a interpretação deve adequar-se ao material interpretado. Nas palavras de Dworkin<sup>56</sup>, “Nenhuma interpretação do direito positivo pode ser bem-sucedida a menos que possa justificar, amplamente, as decisões judiciais que foram realmente alcançadas; de outra maneira, não poderá pretender mostrar essas decisões em sua melhor luz”. Já na segunda dimensão, a exigência é que

Uma interpretação do direito positivo é mal-sucedida a menos que ofereça uma justificação daquele direito, e se, como normalmente será o caso, duas interpretações concorrentes satisfazem a um só tempo, a primeira exigência de ajuste num nível adequado, essa segunda exigência de justificação discriminará uma delas porque preferirá a interpretação que possibilita uma melhor justificação. No caso do direito, é claro, a justificação em questão é de moralidade política<sup>57</sup>.

Na opinião de Carvalho Netto, a integridade do Direito possui dois sentidos:

A integridade do Direito significa, a um só tempo, a densificação vivencial do ideal da comunidade de princípios, ou seja, uma comunidade em que seus membros se reconhecem reciprocamente como livres e iguais e como co-autores das leis que fizeram para reger efetivamente a sua vida cotidiana em comum, bem como, em uma dimensão diacrônica, a leitura à melhor luz da sua história institucional, como um processo de aprendizado em que cada geração busca, da melhor forma que pode, vivenciar esse ideal. Desse segundo sentido decorre a metáfora do romance em cadeia<sup>58</sup>.

Para a teoria do Direito de Dworkin, a tarefa fundamental de uma comunidade de princípios é exatamente densificar e interpretar reflexivamente esses princípios.

Nesse contexto, não se concebe possa ainda se falar em “lacunas do ordenamento jurídico” que impeçam a concretização de direitos fundamentais, uma vez que os princípios constitucionais, embora sejam

55 DWORKIN, 1985, p. 4.

56 DWORKIN, 1985, p. 5.

57 Ibid.

58 CARVALHO NETTO, 2013b, p. 11.

abertos e indeterminados, são, porém, passíveis de serem densificados nas situações concretas de aplicação, segundo a sua adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso concreto, sendo exigido apenas que essa densificação seja feita levando-se em conta os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico.

Tal como as regras, os princípios também têm força normativa e podem servir de base para o reconhecimento de direitos, embora esse direito não esteja totalmente delineado e definido no texto constitucional, até porque, como se sabe, nenhum princípio busca controlar previamente sua própria situação de aplicação.

No atual estágio do constitucionalismo, não se pode conceber que a concretização dos direitos fundamentais fique na dependência apenas da atuação do legislador, uma vez que, sendo os direitos fundamentais a base moral da comunidade de princípios referida por Dworkin, a sua concretização é interesse e tarefa de todos os cidadãos e é dever do Poder Público, aí incluídos a Administração Pública e o Judiciário.

Além disso, se havia alguma dúvida acerca da força normativa dos princípios em nosso ordenamento jurídico, tal dúvida foi dissipada pelo Constituinte de 1988, que estabeleceu expressamente que as normas instituidoras de direito fundamentais tem aplicabilidade imediata<sup>59</sup>.

Aqui, a única exigência que se impõe é que se faça a diferenciação entre *argumentos de política* e *argumentos de princípio* (Dworkin), bem como entre *discursos de justificação* e *discursos de aplicação do Direito* (Habermas e Günther).

Nesse sentido, o Legislativo tem à sua disposição discursos das mais variadas ordens: discursos éticos, discursos morais e discursos pragmáticos, ao passo que o Executivo e Judiciário somente podem se valer legitimamente de discursos jurídicos, com seu código binário de validade (jurídico/não jurídico), de caráter deontológico.

Por certo, na concretização de direitos fundamentais, tal como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, está-se diante de um *argumento de princípio*, perfeitamente possível de ser manejado pela Administração Pública.

Não há que se cogitar que essa postura representaria uma violação ao princípio da separação de poderes. Esse princípio, inicialmente, foi concebido em termos rígidos e buscava evitar que o poder se tornasse absoluto. Ao longo da história do constitucionalismo, esse princípio sofreu diversas releituras, sendo que, no Estado Democrático de Direito, a sua releitura deve ser feita em termos dos discursos postos à disposição

59 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

de cada uma das funções estatais envolvidas (execução, legislação e jurisdição).

Nesse sentido, apesar de muitos autores já terem apregoadado a superação desse princípio, em verdade, o Estado Democrático de Direito está a exigir apenas que sua releitura se faça em termos argumentativos, ou seja, em termos dos discursos que podem ser utilizados pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, a fim de que a confusão de discursos não leve novamente à concentração de poderes em um único órgão.

#### **4 O PASSIVO AMBIENTAL, O DIREITO AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO E O PRINCÍPIO DA JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO AGRÁRIO**

##### **4.1 O meio ambiente e o passivo ambiental**

O meio ambiente, conforme é cediço em Direito, constitui tema corrente e muito em voga na atualidade<sup>60</sup>, com enorme destaque, sobretudo para normas legais que visam ao *desenvolvimento e consumo sustentáveis*, assim como ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, nos termos enunciados pelo art. 225, *caput*, da Constituição Federal.

Existe, conforme se verá a seguir, um enorme feixe de princípios que protegem o meio ambiente, assim como inúmeros dispositivos legais e constitucionais amplamente protetivos. Nada obstante a todos esses princípios e ditames existentes, verifica-se, lamentavelmente, e ainda hoje, inúmeros danos causados ao meio ambiente, e que, dessa forma, oferecem grandes riscos a toda a humanidade, e à coletividade, que é a titular do bem ambiental, que constitui direito difuso.

##### **4.2 Princípios basilares do Direito Ambiental**

O primeiro princípio que se deve mencionar nessa seara é o princípio do *desenvolvimento sustentável*, que consiste em retirar matéria-

---

60 Apenas a título de exemplo, no processo de elaboração da Constituição de 1988, a sociedade brasileira travou um intenso e profícuo debate acerca da proteção do meio ambiente. Ver a esse respeito: CIRNE, Mariana Barbosa. *Texto-base*. Desvendando sentidos do Capítulo sobre Meio Ambiente da Constituição de 1988. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 23 ago. 2013. Bem mais recentemente, nos processos legislativos que resultaram na edição da LC 140/2011 e do Novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012), a proteção do meio ambiente foi novamente objeto de acirrada discussão no âmbito do Congresso Nacional e da sociedade civil. Ver a esse respeito: CIRNE, Mariana Barbosa. *Texto-base 5*: As competências administrativas ambientais e Lei Complementar n. 140/2021. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 03 out. 2013; CIRNE, Mariana Barbosa. *Texto-base 6*: POUSSIO: o que é e quais são os seus possíveis reflexos nas questões ambientais. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 17 nov. 2013.



prima do meio ambiente para a produção de bens e produtos, causando, com isso, o mínimo de impacto, para que, assim, o meio ambiente possa ser devidamente reconstruído<sup>61</sup>.

Com efeito, o desenvolvimento sustentável é aquela espécie de progresso, experimentado pela coletividade, que permite o crescimento econômico sem afetar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, e a sua sadia qualidade de vida das gerações presentes e futuras<sup>62</sup>.

Nada mais é, portanto, do que a conciliação entre três importantes vertentes, que são: o desenvolvimento científico, tecnológico e industrial; a preservação do meio ambiente, e a sadia qualidade de vida de toda a coletividade.

O desenvolvimento sustentável constitui célebre princípio em várias declarações internacionais, como o art. 1º, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, da Organização das Nações Unidas, de 1986. Nesse mesmo sentido já previa anteriormente o Princípio 8, da Declaração de Estocolmo de 1972, e também o Princípio 18, da mesma Declaração de Estocolmo. Os Princípios 3, 4 e 8 da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a ECO 92, também cuidam do desenvolvimento sustentado. E, ainda, no mesmo sentido é o preâmbulo da Agenda 21<sup>63</sup>.

Em nosso ordenamento jurídico, o princípio do desenvolvimento sustentável também é encontrado no art. 170, IV, da Constituição Federal de 1988, que coloca a proteção do meio ambiente como um dos princípios gerais da ordem econômica, e no art. 1º, da Lei Federal nº 6.803/1980 (BRASIL).

Outro princípio basilar do Direito Ambiental é o que cuida do *meio ambiente ecologicamente equilibrado*, ditado pelo art. 225, caput, da Constituição Federal (BRASIL), e que constou, ainda, do Princípio 1, da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, de 1972, e, também, do Princípio 1, da ECO 1992. Seu conteúdo será melhor explorado nos próximos tópicos.

Outro princípio fundamental do Direito Ambiental é o chamado *princípio da solidariedade ou equidade intergeracional*. Esse princípio foi consagrado pela primeira vez no texto constitucional na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 225, caput. Tal consagração representou uma importante mudança de paradigma, pois, foi a “primeira vez que uma constituição fez remissão a um direito futuro, diferente da

61 COPOLA, Gina. *A responsabilidade do Estado por danos ambientais* (1ª parte - Capítulo I - Introdução ao tema ambiental e Capítulo II - O meio ambiente e o dano ambiental). *Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, set./out.2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37935>>. Acesso em: 7 setembro 2013. p. 4.

62 Ibid., p. 4.

63 Ibid., p. 4.

ideia sucessória do Código Civil<sup>64</sup> e isso significou uma transcendência dos objetivos do Direito Ambiental, que passou a ter preocupações com as gerações futuras e com interesses que transcendem o plano nacional<sup>65</sup>.

Ao comentar essa mudança, Cirne explica que

[...] ao inserir o princípio da solidariedade ou equidade intergeracional na Constituição brasileira e na ordem internacional, gerou-se como consequência 'uma mudança paradigmática do Direito, baseada em valores éticos, fato que exige uma interpretação e aplicação sistemática das normas de forma a alcançar uma tutela ambiental ampla e justa.'<sup>66</sup>

Assim, a partir de agora, na interpretação e na aplicação das normas de Direito Ambiental, o operador do Direito deverá levar em consideração essa mudança de perspectiva, fazendo atuar a carga normativa que emana do conteúdo do *princípio da solidariedade intergeracional*.

#### 4.3 Princípios de Direito Ambiental relacionados ao passivo ambiental

Entendendo passivo ambiental como os processos e efeitos adversos, permanentes ou temporários, decorrentes do uso e da ocupação do solo realizados de maneira incorreta, e analisando esse conceito à luz dos princípios de Direito Ambiental aplicáveis, verifica-se que diversos princípios estão diretamente relacionados à questão do passivo ambiental<sup>67</sup>.

Consubstanciado na máxima de que aquele que contamina deve arcar com os custos da contaminação, o *princípio do poluidor pagador* está expresso no Princípio 16 da Declaração do Rio/92. O referido dispositivo prega que Estados e Organizações devem desenvolver institutos econômicos destinados a obrigar os usuários dos recursos naturais com fins econômicos pela manutenção dos recursos e da mesma maneira os poluidores, que devem criar mecanismos jurídicos contábeis de internalização dos custos ambientais. Em termos econômicos é a internalização dos custos externos do processo produtivo<sup>68</sup>. Esse princípio também está consagrado na Lei nº 6.938/81<sup>69</sup>, conforme se verá logo em seguida.

64 CIRNE, Mariana Barbosa. *Texto-base 4: Desvendando sentidos do Capítulo sobre Meio Ambiente da Constituição de 1988*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 23 ago. 2013. p. 9.

65 Ibid., p. 8.

66 Ibid., p. 8.

67 SAMESHIMA, Ricardo Dias; MUKAI, Sylvio Toshiro. *Passivo Ambiental: Considerações. Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDU*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=10683>>. Acesso em: 7 setembro 2012. p. 2.

68 SAMESHIMA; MUKAI, op. cit., p. 2.

69 BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, 1981. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

O *princípio do poluidor pagador* é típico do Estado Social que obriga a criar normas que alterem a ordenação espontânea de valores que se gera através das regras do mercado. É um princípio normativo que se concretiza através de inúmeros sub-princípios de conteúdo mais concreto (precaução, prevenção, etc.).

Também, a partir do *princípio da solidariedade intergeracional*, pode-se construir desdobramentos que chegam aos chamados princípios da *precaução e da prevenção*.

O *princípio da prevenção* tem por objetivo evitar riscos ao meio ambiente, com todas as matérias necessárias de prevenção. Já o *princípio da precaução* traduz-se na seguinte assertiva: em caso de dúvida, se há ou não lesão ao meio ambiente, não se faz a obra, ou seja, estanca-se ou paralisa-se a atividade.<sup>70</sup>

Esses princípios têm como diretriz fundamental a ideia da substituição do modelo “*reaja e corrija*” para “*preveja e previna*” diante da possível ocorrência de um dano ambiental. Encontram fundamento no fato de os efeitos de um dano ambiental serem, não raramente, irreversíveis de modo a significar a perda irreparável de um meio ambiente.

Esses sub-princípios possuem cinco instrumentos básicos de implementação de acordo com a legislação pátria, que estão previstos na Constituição Federal, artigo 225, incisos I, II, IV, V, VI, § 6º; Lei nº 6.938/81 (BRASIL); Resolução 01/86 do CONAMA e em outras leis específicas. No que se refere ao Princípio da Precaução, pode-se encontrá-lo nos princípios 15 e 17 da Declaração do Rio/92. Recentemente, a ratificação do Tratado da Biodiversidade, que determina que na dúvida científica sobre os danos potenciais de determinada atividade deve-se optar pelo não licenciamento, demonstrou a adoção deste tratado pela legislação nacional<sup>71</sup>.

Dessa forma, a obediência a estes princípios tem como consequência a minimização direta dos efeitos produtivos ao meio ambiente, pois resulta no correto uso e ocupação do solo através de processos não poluidores. É dizer, a adoção destes princípios faz com que o passivo ambiental de qualquer atividade seja sensivelmente diminuído.

Outro princípio relacionado ao passivo ambiental é o *princípio da responsabilidade por dano ambiental*, encontrado no princípio 13 da Declaração do Rio/92. Também está plasmado no § 3º, do art. 225 da Constituição Federal de 1988 (BRASIL). É a consagração do *princípio poluidor pagador*, pois prevê a responsabilização administrativa, civil e criminal para quem causar degradação ao meio ambiente. Esta responsabilização independerá da culpa do agente, a chamada

70 CIRNE, 2013, p. 11.

71 SAMESHIMA; MUKAI, op. cit., p. 02.

responsabilidade objetiva<sup>72</sup>. Há inclusive a responsabilidade penal da pessoa jurídica por dano ambiental, novidade trazida pela Lei nº 9.605/98<sup>73</sup>, que determina em seu artigo 3º que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente.

Assim, a empresa que provocar danos ao meio ambiente, independentemente de dolo ou culpa, irá responder pelos danos provocados, ou seja, irá responder diretamente por seu passivo ambiental na medida em que usou e ocupou incorretamente o solo e utilizou-se de meios produtivos danosos ao meio ambiente.

Por último, aplica-se também à questão do passivo ambiental o *princípio do desenvolvimento sustentável*, já apresentado na seção anterior. Aqui, basta acrescentar que este princípio está ligado aos princípios da *prevenção e da precaução*. Com efeito, a adoção de medidas preventivas pelas empresas representará, além da diminuição dos custos de sua produção ou prestação de serviços e da possibilidade de serem compelidas a reparar o dano, a garantia da preservação dos bens naturais, considerados de uso comum do povo nos termos do preceito constitucional.

#### 4.4 Passivo ambiental e dano ambiental

O passivo ambiental decorre, necessariamente, de um dano ambiental, ou de medidas necessárias para sua não configuração. Nesse sentido, deve-se entender o dano ambiental na forma expressa por Celso Antônio Pacheco Fiorillo<sup>74</sup>: “dano é a lesão a um bem jurídico”<sup>75</sup>.

Neste estudo, deve-se compreender que o bem jurídico em questão é o meio ambiente. Desse modo, o dano ambiental seria qualquer lesão a um bem ambiental resultante de atividades exercidas, seja por pessoas jurídicas ou físicas, de direito público ou não, que tenha responsabilidade pelo dano causado<sup>76</sup>.

É importante advertir que na esfera ambiental o dano não deriva apenas da ocorrência de um ato ilícito, pois mesmo que a atividade seja lícita, e devidamente autorizada pelo órgão estatal competente, em ocorrendo qualquer lesão a um bem ambiental, configura-se o dano e o dever de indenizar.

Convém observar também que o passivo ambiental não se prende à ocorrência do dano ambiental, pois em sua composição, como exposto acima, encontram-se os custos necessários para que este não

72 BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, 1981. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

73 BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, 1998. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

74 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 33.

75 Ibid., p. 33.

76 Ibid.

se configure. É dizer, deve-se considerar que na composição do passivo ambiental encontram-se, necessariamente, os custos referentes à reparação de danos, indenizações, multas, bem como aqueles que por força de determinação do órgão ambiental, foram ou serão realizados para evitar a ocorrência do dano<sup>77</sup>.

Essas ideias nada mais refletem do que a aplicação do princípio da *prevenção*, configurada na tomada de atitudes necessárias para se evitar o dano ambiental.

#### 4.5 O passivo ambiental e o princípio da justa indenização no Direito Agrário

O *princípio da justiça da indenização* surgiu com a segunda Constituição Republicana de 1934, art. 113, inciso 17, consagrado na fórmula: “A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização”. Em que pese ter sido suprimido pela Constituição outorgada de 1937, o princípio da justa indenização foi restaurado na Constituição de 1946 e repetido em todas as Cartas Fundamentais que lhe sucederam.

Em todos os tempos, coube à lei ordinária definir quais os critérios objetivos a serem observados, no caso concreto, para definir qual seria a justa indenização.

Nos dias atuais, a Constituição de 1988 (BRASIL) afirma em seu art. 184 que a desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária, depende de prévia e justa indenização, preservado, assim, a tradição constitucional de positivar os princípios da anterioridade e da justiça indenizatória. Por sua vez, é o art. 12 da Lei nº 8.629/93<sup>78</sup> (BRASIL) que tem a finalidade de regulamentar a Carta Magna e definir,

77 SAMEISHIMA; MUKAI, op. cit., p. 3-4.

78 Art. 12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos: (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

I - localização do imóvel; (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

II - aptidão agrícola; (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

III - dimensão do imóvel; (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

IV - área ocupada e ancianidade das posses; (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias. (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 1º Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA. (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 2º Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel. (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 3º O Laudo de Avaliação será subscrito por Engenheiro Agrônomo com registro de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, respondendo o subscritor, civil, penal e administrativamente, pela superavaliação comprovada ou fraude na identificação das informações. (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

obviamente, qual deve ser a justa indenização. Por força do referido dispositivo, considera-se justa a indenização que corresponda ao preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade.

O legislador considera que o proprietário será justamente indenizado se ele receber pelo imóvel quantia equivalente à que obteria no mercado, observada a lei da oferta e da procura, caso estivesse negociando com particulares um contrato de compra e venda.

Para fins deste trabalho, mercado pode ser definido como,

[...] o cenário no qual os agentes econômicos, notadamente de natureza privada, procedem à troca de bens ou serviços por uma determinada unidade monetária (compra e venda) ou por outros bens (permuta), exercendo a autonomia da vontade para estabelecer o preço do negócio, consideradas as variantes da oferta (qualidade e quantidade do produto) e a capacidade de aquisição ou poder de compra (extensão do grupo consumidor e sua disponibilidade financeira) (BRASIL, 2011, p. 130).

O preço de mercado é só uma de muitas formas de estabelecer a quantia monetária equivalente a um bem. Existem outros como valor histórico, valor venal, valor intrínseco, valor locativo, valor tributário, valor de produção, valor agregado, etc..

Portanto, quando o art. 12 da Lei nº 8.629/93<sup>79</sup> afirma que a justa indenização deve corresponder ao preço de mercado do imóvel, está ele determinando que o expropriante deve pagar o preço equivalente àquele que seria honrado por um particular que estivesse adquirindo o bem de raiz, por meio de uma compra e venda livremente pactuada, segundo os preços normalmente praticados na região. É um preço que, uma vez recebido pelo expropriado, possibilita-lhe adquirir outro imóvel de características semelhantes situado nas redondezas<sup>80</sup>.

A Lei nº 8.629/93<sup>81</sup> (BRASIL), com as alterações introduzidas pela Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001, em seu artigo 12, estabeleceu os aspectos a serem levados em conta na determinação da justa indenização,

79 BRASIL. Lei nº 8.629/93 Comentada por Procuradores Federais: uma contribuição da PFE/IN CRA para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo/ Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, Procuradoria Federal Especializada junto ao IN CRA. Brasília: IN CRA, 2011.

80 Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: STJ, REsp 439.878/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004, DJ 05/04/2004, p. 204; STJ, AgRg no REsp 1178584/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 31/05/2010.

81 Art. 12. Considera-se justa a indenização que reflita o preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, aí incluídas as terras e acessões naturais, matas e florestas e as benfeitorias indenizáveis, observados os seguintes aspectos: (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)  
I - localização do imóvel; (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)  
II - aptidão agrícola; (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)  
III - dimensão do imóvel; (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)  
IV - área ocupada e anciandade das posses; (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)  
V - funcionalidade, tempo de uso e estado de conservação das benfeitorias. (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

representada pelo preço atual de mercado do imóvel em sua totalidade, considerando: localização, aptidão agrícola, dimensão do imóvel, área ocupada e ancianidade das posses (se houver), e benfeitorias existentes.

Observa-se que, apesar da função social da propriedade fixada na Constituição Federal considerar como um dos seus requisitos o aspecto ambiental (art. 186, II, CF/88, BRASIL), quando exige a utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente, o legislador ordinário, ao tratar dos aspectos de uma possível indenização (art. 12 da Lei n. 8.629/93, BRASIL), não menciona e nem contempla o passivo ambiental que deve ser considerado na fixação da justa indenização.

Ante esse quadro legal, indaga-se: é possível a dedução do passivo ambiental no pagamento de indenização em desapropriações por interesse social para a reforma agrária, em face do atual ordenamento jurídico constitucional?

Em geral, aqueles que respondem negativamente a essa indagação apontam a omissão do legislador ordinário como obstáculo a impedir essa dedução<sup>82</sup>.

No entanto, é de se alertar que a Constituição Federal de 1988 (BRASIL), em seu artigo 225, *caput*, elevou o meio ambiente à categoria de bem de uso comum do povo, assegurando a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determinando que sua defesa e preservação são dever tanto do Poder Público quanto da coletividade, visando proteger não só os interesses da presente quanto das futuras gerações.

E mais, o § 3º do referido artigo é cristalino ao reza que “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL). Tal é o princípio do poluidor pagador, já estudado neste Capítulo.

---

§ 1º Verificado o preço atual de mercado da totalidade do imóvel, proceder-se-á à dedução do valor das benfeitorias indenizáveis a serem pagas em dinheiro, obtendo-se o preço da terra a ser indenizado em TDA. (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 2º Integram o preço da terra as florestas naturais, matas nativas e qualquer outro tipo de vegetação natural, não podendo o preço apurado superar, em qualquer hipótese, o preço de mercado do imóvel. (Redação dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

§ 3º O Laudo de Avaliação será subscrito por Engenheiro Agrônomo com registro de Anotação de Responsabilidade Técnica - ART, respondendo o subscritor, civil, penal e administrativamente, pela superavaliação comprovada ou fraude na identificação das informações. (Incluído dada Medida Provisória nº 2.183-56, de 2001)

82 No sentido negativo, confirmam-se, a título de exemplo, os seguintes julgados: TRF1, AC 0009577-22.2010.4.01.3901/PA, Rel. Des. Federal Catão Alves, julgamento em 27/08/2013, Terceira Turma, e-DJF 06/09/2013, p. 285; TRF1, AC 0020580-70.2006.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgamento em 07/10/2013, e-DJF1 14/11/2013, p.1086; TRF1, AC 0000304-13.2009.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, julgamento em 10/12/2013, e-DJF1 19/12/2013, p.1070.



Dessa forma, a Carta Magna revela que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é primordial para o futuro da humanidade e estabelece em seu artigo 225 os princípios que devem nortear as ações ambientais em todo o país e as responsabilidades do Estado, bem como de toda a sociedade.

Como logo se percebe, o art. 225 da Constituição Federal (BRASIL) instituiu mais um *direito fundamental da pessoa humana*, cuja característica marcante, como a maioria dos direitos fundamentais, é a sua abertura, a sua indeterminação e a sua vagueza, estando sempre a reclamar uma complementação/atualização, seja por parte do legislador, seja por parte do administrador ou do julgador.

É importante lembrar que a concretização dos direitos fundamentais constitui um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito e a essa imposição constitucional estão jungidos e obrigados todos os Poderes Públicos, seja o Poder Legislativo, seja o Poder Executivo, seja o Poder Judiciário.

Além disso, conforme observado no Capítulo 3, os conceitos de integridade do Direito e da única resposta correta de Dworkin levam à afirmação de que, no atual estágio do constitucionalismo, não se concebe que se possa ainda falar em “lacunas do ordenamento jurídico” que impeçam a concretização de direitos fundamentais, uma vez que os princípios constitucionais, embora sejam abertos e indeterminados, são, porém, passíveis de serem densificados nas situações concretas de aplicação, segundo a sua adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso concreto, sendo apenas exigido que o Direito seja interpretado levando-se em conta todos os princípios que estão na base da comunidade política. E a tarefa de concretização dos direitos fundamentais, base moral da comunidade de princípios, não é incumbência apenas do Poder Legislativo, mas também do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

Desse modo, a norma contida no art. 225 da Constituição Federal (BRASIL) possui força normativa, vincula e obriga o Poder Público, cujas ações, em todas as áreas, devem ser sempre pautadas pelo dever constitucional de proteção ao Meio Ambiente.

Ademais, é importante lembrar que a Constituição Federal condiciona a função social da propriedade rural com a defesa do meio ambiente.

Com efeito, o constituinte de 1988 também inovou ao trazer para a Carta Magna os requisitos da função social dos imóveis rurais, estabelecendo-os no art. 186 (BRASIL). O referido dispositivo legal estruturou o conceito de função social, deixando claro que o seu aperfeiçoamento reclama o atendimento simultâneo não somente de valores ligados à mera produtividade econômica, mas também ao meio



ambiente, ao trabalho e ao bem-estar social (BRASIL, 2011, p. 106). Eis o teor do referido dispositivo:

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.

Verifica-se, portanto, que esses quatro elementos operam como subfunções que compõem o núcleo da função social da propriedade, quais sejam: a subfunção socioeconômica (Art. 186, I), a subfunção socioambiental (Art. 186, II), a subfunção trabalhista (Art. 186, III) e a subfunção bem-estar (Art. 186, IV).

Ao qualificar a dimensão ambiental, o inciso II do art. 186 o desdobra em duas condicionantes: a) a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e; b) a preservação do meio ambiente. O primeiro aspecto da função ambiental está diretamente relacionado ao “aproveitamento” da terra, referido no inciso I. Na dimensão ambiental, o conceito de racionalidade vai além e trata também da utilização adequada dos recursos naturais disponíveis, uma vez que sua conservação também contribui para o cultivo da terra, sempre realçando que sua exploração deve observar a vocação natural da terra (BRASIL, 2011b, p. 106).

No que concerne ao segundo aspecto da dimensão ambiental, restou ratificada a preocupação do legislador constituinte com o meio ambiente equilibrado, direito fundamental das presentes e futuras gerações e que recebeu da Constituição Federal de 1988 (BRASIL) um capítulo inteiro dedicado em seu favor (Capítulo VI do Título VIII).

Assim, qualquer uso da propriedade que contrarie essa regra de conduta, configurará um ilícito passível de ser mensurado pelo órgão federal executor da reforma agrária e capaz de ensejar a desapropriação-sanção. Nesse sentido, é de se observar que o art. 225, § 3º da CF/88 (BRASIL) estipula que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas.

Dessa forma, considerando que a desapropriação para fins de reforma agrária tem natureza de sanção, resta patente que o dispositivo retratado está em sintonia com as disposições da função social da propriedade, autorizando não só a desapropriação de imóveis que promovam a degradação ambiental, mas também o abatimento do valor

do dano ambiental provocado do justo preço a ser pago ao proprietário infrator.

Além disso, a Lei n. 8.629/1993 (BRASIL) também estabelece que a política nacional de desenvolvimento rural, nutrida das ideias de justiça social e produtividade, deve proteger o ambiente.

Observa-se, portanto, que o exercício do direito de propriedade deve, necessariamente, atender às disposições legais referentes à preservação ambiental. Esse dever implica que o proprietário internalize os custos de tal preservação, posto que o exercício do direito de propriedade é exclusivo deste, e, portanto, não se pode pensar em transferir os custos pelo exercício de um direito exclusivo.

Conforme preceitua o art. 2º, § 2º, do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012, BRASIL), a responsabilidade pela recomposição do passivo ambiental é dever constituinte da propriedade (e da posse) do imóvel<sup>83</sup>.

Aliás, nos termos do texto constitucional, o descumprimento da função ambiental, por si só, expõe o proprietário rural à chamada desapropriação-sanção, sendo certo que o dever de fiscalizar o cumprimento das condicionantes da função social da propriedade em imóveis rurais, inclusive da subfunção ambiental, recai sobre o órgão federal executor da política agrária, no caso, o INCRA.

Nesse sentido, inteira razão assiste a Cirne<sup>84</sup> quando afirma que “não há como negar que a própria Constituição reclama por uma interpretação da propriedade que conjugue a produtividade com a preservação do meio ambiente”.

Por outro lado, o princípio da justa indenização, que, conforme foi visto acima, possui matriz constitucional, considera que o proprietário será justamente indenizado se ele receber pelo imóvel quantia equivalente à que obteria no mercado. Considera-se justa indenização toda aquela que permita ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social.

Parece evidente que, em face da crescente preocupação com o meio ambiente e das responsabilidades que recaem sobre o proprietário nesse campo, o adquirente de um imóvel rural levaria em consideração a não

83 Art. 2º As florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País, exercendo-se os direitos de propriedade com as limitações que a legislação em geral e especialmente esta Lei estabelecem.

[...]

§ 2º As obrigações previstas nesta Lei têm natureza real e são transmitidas ao sucessor, de qualquer natureza, no caso de transferência de domínio ou posse do imóvel rural.

84 CIRNE, Mariana Barbosa. *O passivo ambiental e o plano de manejo: o diálogo entre o Direito Ambiental e o Agrário sobre o pagamento da justa indenização em desapropriações para fins de Reforma Agrária*. In Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 6396.

existência de áreas de preservação permanente (APP), reserva legal, ou até mesmo, a pureza da água, do ar e do solo.

Em relação ao particular até poderia haver dúvida acerca desse comportamento. No entanto, essa dúvida se dissipa quando o adquirente do imóvel é o Poder Público. E isso porque, conforme vimos acima, o art. 225 da Constituição Federal (BRASIL) vigente estabelece como responsabilidade comum e solidária do Poder Público e da coletividade a defesa e a preservação do meio ambiente.

Outrossim, o arcabouço legal estabelece que a tutela administrativa do meio ambiente seja exercida através de ações governamentais (art. 2º da Lei n. 6.938/81, BRASIL). Assim, tais ações devem ser exercidas buscando a manutenção do equilíbrio ecológico, considerando o meio ambiente como um patrimônio público a ser necessariamente tutelado e protegido, tendo em vista o uso coletivo (art.2º, I, da Lei n. 8.938/81, BRASIL).

Nesse contexto, o ente público não poderá simplesmente calar-se ou omitir-se frente à constatação de um dano ambiental ou ao descumprimento da legislação ambiental na propriedade a ser desapropriada, pois ao agente público confere-se a prerrogativa do chamado poder-dever de agir.

Talvez essa tenha sido a razão pela qual o Tribunal de Contas da União, no julgamento plenário nº 1.263/02, no ano de 2002, recomendou ao INCRA que, quando da elaboração de laudos e vistorias e avaliação de imóvel, ficasse atento para a existência de passivos ambientais, qualificando-os e representando aos órgãos ambientais competentes sobre os danos ambientais eventualmente constatados<sup>85</sup>.

Posteriormente, em um novo trabalho para averiguar a existência de irregularidades em processos de desapropriação em Mato Grosso do Sul, o Plenário do TCU (acórdão 1362/2004) determinou a suspensão das desapropriações que não realizassem o desconto do passivo ambiental.

Nessa oportunidade, a referida Corte de Contas destacou que:

5. Devem ser distinguidas duas ordens de consequências da constatação de passivo ambiental em imóvel em desapropriação: uma de natureza sancionatória e outra relativa à obrigatoriedade de recomposição do dano. As sanções administrativas e penais não são forma de recomposição do dano ambiental e, independente das referidas sanções, havendo o dano ambiental, há o dever de recomposição ambiental.

[...]

85 CIRNE, Mariana Barbosa. *O passivo ambiental e o plano de manejo: o diálogo entre o Direito Ambiental e o Agrário sobre o pagamento da justa indenização em desapropriações para fins de Reforma Agrária*. In *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI* realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010. p. 6396.

5.3. O INCRA tem o direito de ou receber o bem incólume (sem o passivo ambiental) ou obter a recuperação do passivo ambiental pelo desapropriado ou ressarcir-se dos valores despendidos na recuperação do passivo ambiental ou descontar do valor da desapropriação o valor correspondente ao ressarcimento. Por essa razão, nem se encontrando o imóvel incólume, nem tendo o imóvel sido recuperado pelo expropriado, deve o INCRA descontar o valor correspondente à recomposição ambiental do valor da indenização, para que seja justo, como exige a Constituição. Não o fazendo terá que, irrazoavelmente, posteriormente, acionar novamente o Judiciário para rever o valor despendido na recomposição ambiental, sob o risco de arcar com o ônus da reparação de ilícito que não cometeu. (TCU, Acórdão 1362/2004, Relator ADYLSO MORTTA, data da sessão: 08/09/2004, D.O.U 16/09/2004)

A partir dessa decisão do TCU (acórdão 1362/2004), o passivo ambiental passou a ser descontado nas avaliações para desapropriação por interesse social. Para cumprir as determinações desse acórdão, o INCRA expediu um novo Manual de Obtenções de Terras e Perícia Judicial (aprovado pela Norma de Execução INCRA/DT n. 52, de 25 de outubro de 2006). Neste documento está expressamente consignado um título sobre a recuperação das áreas degradadas, de reserva legal e de preservação permanente<sup>86</sup>.

Contudo, no âmbito do Poder Judiciário, essa questão não é pacífica, havendo decisões ora no sentido de permitir o desconto ora no sentido de proibi-lo<sup>87</sup>.

É importante registrar que essa posição do TCU e do INCRA de deduzir da indenização o valor do passivo ambiental se pauta também na jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Essa Corte Superior firmou posição de que a reserva legal é um direito real, acompanhando, portanto, o bem. Não importa quem devastou as florestas. Quem é o atual proprietário detém a obrigação de reflorestar<sup>88</sup>. Confira-se:

2. A obrigação de reparação dos danos ambientais é *propter rem*, por isso que a Lei 8.171/91 vigora para todos os proprietários rurais, ainda que não sejam eles os responsáveis por eventuais desmatamentos anteriores, máxime porque a referida norma referendou o próprio Código Florestal (Lei 4.771/65) que estabelecia uma limitação administrativa às propriedades rurais, obrigando os seus proprietários a instituírem áreas

86 CIRNE, 2010, p. 6397-6398.

87 No sentido da admissão, confira-se, a título de exemplo, o seguinte precedente: TRF5, APELREEX 25894, Rel. Des. Federal Manuel Maia, julgamento em 17/09/2013, Quarta Turma, DJE de 26/09/2013, p. 423; No sentido da inadmissão, confira-se, a título de exemplo, o seguinte precedente: TRF1, AC 0009577-22.2010.4.01.3901 / PA, Rel. Des. Federal Catão Alves, julgamento em 27/08/2013, Terceira Turma, e-DJF, 06/09/2013, p. 285.

88 CIRNE, op. cit., p. 6399.

de reservas legais, de no mínimo 20% de cada propriedade, em prol do interesse coletivo. Precedente do STJ: RESP 343.741/PR, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 07.10.2002.

[...]

10. Recurso especial desprovido. (REsp 745363/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 18/10/2007, p. 270)

Registre-se que esse entendimento jurisprudencial já foi pacificado no âmbito do STJ com o julgamento do EREsp n. 218.781, pela Primeira Seção, da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, em que se firmou a obrigação de reflorestar como obrigação real perante as Turmas de Direito Público.

Nessa ordem de ideias, não há como negar que a Administração Pública tem o dever de efetuar a dedução do passivo ambiental verificado nas propriedades objeto de desapropriação, pois tal atitude representa uma concretização do direito fundamental de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, um direito difuso, bem como do princípio da justa indenização, ambos previstos constitucionalmente.

## CONCLUSÃO

A partir de meados do século XX, os princípios jurídicos assumiram um *papel central no constitucionalismo com o surgimento das teorias principiológicas do Direito*.

Ronald Dworkin começou a demonstrar as insuficiências das teses positivistas, tendo como ponto de partida a distinção entre regras e princípios e a afirmação da natureza deontológica destes últimos.

No desenvolvimento do constitucionalismo, sucederam-se três grandes paradigmas, que influenciaram sobremaneira a compreensão do Direito nos períodos em que vigoraram: o paradigma do Estado Liberal, o paradigma do Estado Social e o paradigma do Estado Democrático de Direito.

Em cada período de vigência, tais paradigmas vão exigir uma nova leitura dos direitos, uma nova ressignificação dos conceitos jurídicos então vigentes, como os conceitos de cidadania, igualdade e liberdade.

Sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, a perspectiva jurídico-constitucional sofreu mudanças consideráveis, sendo que o Direito deixa de se vincular ao “império da lei” do positivismo em direção à “constitucionalização da ordem jurídica” do pós-positivismo.

No Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico é concebido como um sistema aberto e complexo, marcado pela presença de

regras e princípios como duas espécies normativas igualmente aplicáveis à vida dos indivíduos e do Estado.

E é nessa perspectiva que o princípio da legalidade ganha ressignificação, podendo ser entendido, atualmente, como a demanda por uma atuação *constitucional* e não apenas lícita. O centro gravitacional do ordenamento jurídico não é mais a lei, mas sim a própria Constituição. Isso significa que a Administração Pública deixa de estar submetida apenas a comandos legais expressos, passando a ter um dever de obediência à Constituição e aos princípios que estão na sua base.

O princípio da legalidade, nesse contexto, deve ser encarado como princípio da *juridicidade*, afastando-se da noção de legalidade estrita de outrora.

Assim, ainda que a Administração Pública não disponha de uma lei que lhe autorize a dedução do passivo ambiental verificado nas desapropriações, mesmo assim, os princípios que estão na base da Constituição Federal de 1988, como o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado e o princípio da justa indenização, autorizam-na a efetuar tal abatimento.

Por certo, a solução desse grande problema não passa pela adoção de um conceito de legalidade à moda clássica, como querem alguns aplicadores do Direito, mas sim pela adoção de um conceito de legalidade extraído do texto constitucional, levando-se em conta os princípios que estão na base da “comunidade de princípios” referida por Dworkin, considerando o Direito em sua integridade.

Por outro lado, os conceitos de integridade do Direito e da única resposta correta de Dworkin levam à conclusão de que, na atualidade, não se concebe possa ainda se falar em “lacunas do ordenamento jurídico” que impeçam a concretização de direitos fundamentais, uma vez que os princípios constitucionais, embora sejam abertos e indeterminados, são, porém, passíveis de serem densificados nas situações concretas de aplicação, segundo a sua adequabilidade à unicidade e irrepetibilidade das características do caso concreto, sendo exigido apenas que essa densificação seja feita levando-se em conta os demais princípios que compõem o ordenamento jurídico.

Tal como as regras, os princípios também têm força normativa e podem servir de base para o reconhecimento de direitos, embora esse direito não esteja totalmente delineado e definido no texto constitucional, até porque, como sabemos, nenhum princípio busca controlar previamente sua própria situação de aplicação.

No atual estágio do constitucionalismo, não se pode conceber que a concretização dos direitos fundamentais fique na dependência apenas da atuação do legislador, uma vez que, sendo os direitos fundamentais a base moral da comunidade de princípios referida por Dworkin, a sua

concretização é interesse e tarefa de todos os cidadãos e é dever do Poder Público, aí incluídos a Administração Pública e o Judiciário.

Além disso, se havia alguma dúvida acerca da força normativa dos princípios em nosso ordenamento jurídico, tal dúvida foi dissipada pelo Constituinte de 1988, que estabeleceu expressamente que as normas instituidoras de direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata (art. 5, § 1º, CF/88).

No campo da concretização desses princípios fundamentais, a única exigência que se impõe é que se faça a diferenciação entre *argumentos política* e *argumentos de princípio* (Dworkin), bem como entre *discursos de justificação* e *discursos de aplicação do Direito* (Habermas e Günther).

Nesse sentido, o Legislativo tem à sua disposição discursos das mais variadas ordens: discursos éticos, discursos morais e discursos pragmáticos, ao passo que o Executivo e Judiciário somente podem se valer legitimamente discursos jurídicos, com seu código binário de validade (jurídico/não jurídico), de caráter deontológico.

Parece evidente que, na concretização de direitos fundamentais, tal como o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, está-se diante de um *argumento de princípio*, perfeitamente possível de ser manejado pela Administração Pública.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, *caput*, elevou o meio ambiente à categoria de bem de uso comum do povo, assegurando a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, determinando que sua defesa e preservação é dever tanto do Poder Público quanto da coletividade, visando proteger não só os interesses das presentes quanto das futuras gerações.

De outro ângulo, o princípio da justa indenização, também de matriz constitucional, considera que o proprietário será justamente indenizado se ele receber pelo imóvel quantia equivalente à que obteria no mercado. Considera-se justa a indenização toda aquela que permita ao desapropriado a reposição, em seu patrimônio, do valor do bem que perdeu por interesse social.

Dessa forma, não há como negar que a Administração Pública tem o dever de efetuar a dedução do passivo ambiental verificado nas propriedades objeto de desapropriação, pois tal atitude representa uma concretização do direito fundamental de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, um direito difuso, previsto constitucionalmente.

Assim, verificado um passivo ambiental no imóvel agrário objeto da desapropriação agrária, é dever da Administração Pública buscar a reparação econômica do dano ambiental, mediante dedução do valor da indenização do bem desapropriado, sob pena de não cumprimento com sua missão constitucional.



**REFERÊNCIAS**

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *Texto-base: A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

ALEXY, Robert (1988). Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. *Doxa*, 5: 139-151. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

AZEVEDO, Damião Alves de (2008). *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

BRASIL. *Lei nº 8.629/93 Comentada por Procuradores Federais: uma contribuição da PFE/INCRA para o fortalecimento da reforma agrária e do direito agrário autônomo/ Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, Procuradoria Federal Especializada junto ao INCRA*. Brasília: INCRA, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 25 nov. 2013.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, 1981. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 8.629, de 25 de fevereiro de 1993. Brasília, 1993. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8629.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8629.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Brasília, 1998. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

BRASIL. Código Florestal. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. Brasília, 2012. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2012/Lei/L12651.htm)>. Acesso em: 16 jan. 2014.

CARVALHO NETO, Menelick de. *Texto-base 1: Público e Privado na Perspectiva Constitucional Contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013a. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 mai. 2013.



\_\_\_\_\_, Menelick de. *Texto-base 6: Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013b. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

\_\_\_\_\_, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o Paradigma do Estado Democrático de Direito. In: CATTONI, Marcelo (Coord.). *Jurisdição e Hermenêutica Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CIRNE, Mariana Barbosa. *Texto-base 4: Desvendando sentidos do Capítulo sobre Meio Ambiente da Constituição de 1988*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 23 ago. 2013.

CIRNE, Mariana Barbosa. *O passivo ambiental e o plano de manejo: o diálogo entre o Direito Ambiental e o Agrário sobre o pagamento da justa indenização em desapropriações para fins de Reforma Agrária*. In *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI* realizado em Fortaleza - CE nos dias 09, 10, 11 e 12 de Junho de 2010.

COPOLA, Gina. A responsabilidade do Estado por danos ambientais (1ª parte - Capítulo I - Introdução ao tema ambiental e Capítulo II - O meio ambiente e o dano ambiental). *Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA*, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, set./out.2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=37935>>. Acesso em: 7 setembro 2013.

DWORKIN, Ronald (1985). *As ambições do direito para si próprio*. Tradução de Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

\_\_\_\_\_. Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2000.

HABERMAS, Jürgen (2003). *FATICIDADE E VALIDADE: Uma introdução à teoria discursiva do Direito e do Estado Democrático de Direito*. Tradução: Menelick de Carvalho Netto. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Vianna Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2005.

MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *Texto Complementar: A Noção de Administração Pública e os Critérios de sua Atuação*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

PENALVA, Janaina. *Texto-base: Metodologia da Pesquisa Aplicada ao Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=195>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

PINTO JÚNIOR, Joaquim Modesto; FARIAS, Valdez Adriani. *Função social da propriedade: dimensão ambiental e trabalhista*. Brasília: Núcleo de Estudos Agrários e Desenvolvimento Rural, 2005.

SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias jurídicas positivistas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

SAMESHIMA, Ricardo Dias; MUKAI, Sylvio Toshiro. Passivo Ambiental: Considerações. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental - FDUA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, jan./fev. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=10683>>. Acesso em: 7 setembro 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, REsp 439.878/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ Acórdão Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 09/03/2004, DJ 05/04/2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, AgRg no REsp 1178584/GO, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 18/05/2010, DJe 31/05/2010.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, EREsp 218781/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/12/2009, DJe 23/02/2012.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Primeira Região, AC 0009577-22.2010.4.01.3901/PA, Rel. Des. Federal Catão Alves, julgamento em 27/08/2013, Terceira Turma, e-DJF 06/09/2013.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Primeira Região, AC 0020580-70.2006.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Olindo Menezes, Quarta Turma, julgamento em 07/10/2013, e-DJF1 14/11/2013.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Primeira Região, AC 0000304-13.2009.4.01.3300/BA, Rel. Des. Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, julgamento em 10/12/2013, e-DJF1 19/12/2013.

BRASIL, Tribunal Regional Federal da Quinta Região, APELREEX 25894, Rel. Des. Federal Manuel Maia, julgamento em 17/09/2013, Quarta Turma, DJE de 26/09/2013.

---

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E PATRIMÔNIO CULTURAL: OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL QUANTO À RESPONSABILIZAÇÃO ESTATAL À LUZ DOS PRINCÍPIOS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

---

*Lucianne Spíndola Neves*

SUMÁRIO; Introdução; 1 Patrimônio Cultural; 1.1 Conceito; 1.2 Do Patrimônio Cultural como aspecto do meio ambiente; 1.3 Do direito à preservação do Patrimônio Cultural como Direito Fundamental e Difuso; 2 Da responsabilidade civil pelos danos ao Meio Ambiente Cultural; 2.1 Do Regime de responsabilidade civil ambiental; 2.2 análise da responsabilidade civil ambiental do Poder Público no caso da Santa Casa de Misericórdia do Recife; 3 Dos limites do controle judicial a partir da aplicação dos Princípios da Participação Popular e da Função Social da Propriedade; 3.1 Princípio da Participação Popular; 3.1 Princípio da Função Social da Propriedade; 4 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O direito à preservação do patrimônio cultural constitui direito fundamental e difuso, do que se deduz a existência de deveres indeclináveis tanto do Poder Público quanto da comunidade, na consecução deste objetivo constitucional. Este estudo tem como objetivo envidar a análise acerca da responsabilidade do Poder Público por danos ao patrimônio cultural em decorrência da omissão no dever constitucional de promover medidas de conservação e manutenção dos bens culturais, abordando especificamente a hipótese dos imóveis pertencentes a particulares, protegidos por meio do tombamento. Para que se pudesse proceder à referida análise, procurou-se apresentar as características do regime de responsabilidade civil ambiental, promovendo o exame de um caso concreto, com a avaliação de quais seriam os limites do controle judicial no tocante à responsabilização estatal. Por fim, conclui-se que os princípios constitucionais da participação popular e da função social da propriedade seriam limites legítimos e objetivos, cabendo ao Poder Judiciário considerá-los na apreciação da responsabilidade do Estado, assim viabilizando a concretização dos direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Patrimônio Cultural. Responsabilidade Do Estado. Controle Judicial. Limites. Princípios Constitucionais.

**ABSTRACT:** The right to preservation of cultural heritage is essential and diffuse right, which infers the existence of irrefutable obligation of both the Public Authorities and the community in achieving this constitutional intention. This study aims to make the analysis about the responsibility of the Public Authorities for damage to cultural heritage, due to the omission in the constitutional duty to promote conservation and preservation of cultural property, dealing specifically the hypothesis of property belonging to individuals under the Government trust. In order to make this analysis, it has tried to present the characteristics of the system of environmental liability by promoting consideration of a case, with the evaluation of the limits of judicial review concerning the state responsibility. Finally, it is concluded that the constitutional principles of popular participation and social function of the property would be the objective and limits, leaving the Judiciary consider them in assessing the responsibility of the State, so enabling the realization of fundamental rights.

**KEYWORDS:** Cultural Heritage. State Responsibility. Judicial Review. Limits. The Constitutional Principles.

## INTRODUÇÃO

A preservação do patrimônio cultural constitui objetivo constitucional de relevância ímpar, posto que assegura a construção da identidade nacional, sendo expressão de realização da dignidade da pessoa humana.

A Constituição de 1988 considerou como patrimônio cultural todos os bens que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, compreendendo uma gama muito rica e diversificada de bens.

Contudo, o presente estudo pretende abordar tão somente controvérsia pertinente aos bens imóveis pertencentes a particulares e protegidos por meio do tombamento, especificamente quanto à responsabilidade pela reparação dos danos provocados aos bens culturais em face da omissão no cumprimento do dever de adotar providências visando à sua conservação e manutenção.

O Poder Público tem o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro (art. 216, §1º da Constituição Federal<sup>1</sup>), portanto, tem o dever de fiscalizar e impedir a ocorrência de danos aos bens culturais.

Sendo assim, em face da efetiva lesão a bens imóveis tombados pertencentes a particulares, há que se perquirir quais os pressupostos para que configurada a responsabilidade do Poder Público na reparação do dano ambiental, bem como quais seriam os limites de atuação do Poder Judiciário no tocante à responsabilização estatal.

Neste particular, é importante delinear as principais características do regime de responsabilidade civil ambiental.

Para melhor retratar a controvérsia, mostra-se salutar a análise de um caso concreto, razão pela qual o exame da reponsabilidade pela conservação de bens imóveis tombados pertencentes à Santa Casa de Misericórdia do Recife tem o condão de permitir amplas considerações sobre o arcabouço constitucional pertinente à matéria.

O caso é representativo, posto que para a sua solução, o juízo monocrático imputou ao Poder Público a responsabilidade pela reparação do dano ambiental, mesmo não presente a comprovação denexo causal entre o dano e eventual omissão estatal, tomando em consideração única e exclusivamente a legislação infraconstitucional.

Efetivamente, há que se reconhecer que geralmente a análise das controvérsias que cercam o tema está concentrada na interpretação e aplicação do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937<sup>2</sup>.

1 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2013..

2 BRASIL. *Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro, 1937. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

À primeira vista, poder-se-ia concluir que o aludido diploma legal, por ter sido recepcionado pela Constituição de 1988, estaria regulamentando a matéria satisfatoriamente, conferindo à controvérsia uma resposta adequada.

No entanto, defende-se que para o exame da matéria há que se promover análise minuciosa quanto aos princípios da participação da comunidade e da função social da propriedade, para que se possa definir a leitura a ser realizada quanto ao teor do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937<sup>3</sup>, o que por sua vez indicará os limites do controle judicial na hipótese.

O presente estudo tem a pretensão de abordar estes aspectos, sendo que o trabalho encontra-se estruturado para em um primeiro momento delimitar o conceito de patrimônio cultural, buscando demonstrar que a noção de meio ambiente abrange a dimensão cultural.

De outro lado, será relevante explicitar que a preservação do patrimônio cultural constitui direito fundamental e difuso, fundamentado na solidariedade, o que acarreta importantes implicações que serão adiante melhor analisadas.

A seguir, buscou-se fornecer um panorama geral quanto ao regime de responsabilidade civil ambiental, com enfoque no Poder Público, bem como, qual a solução apontada no caso concreto submetido à apreciação no presente trabalho, solução que não observa o arcabouço constitucional.

Por fim, foram apontadas as razões pelas quais os princípios da participação e da função social da propriedade figuram como limites na atuação do Judiciário na apreciação da responsabilização estatal, bem como porque a decisão proferida no juízo monocrático não representou uma resposta adequada à Constituição, tendo em vista que afastou a concretização de direitos fundamentais.

## 1 PATRIMÔNIO CULTURAL

### 1.1 Conceito

Para que se possa conceituar o patrimônio cultural, faz-se necessário preliminarmente tecer considerações acerca das noções de cultura e de patrimônio.

No que diz respeito à cultura, seu conceito é extremamente amplo, podendo ser compreendido sob inúmeros aspectos.

Edward Tylor, citado por Ana Maria Moreira Marchesan<sup>4</sup>, sintetizando estudos precedentes sobre tema, foi o primeiro a ventilar o

<sup>3</sup> BRASIL, 1937.

<sup>4</sup> 2007, p. 18.

conceito antropológico de cultura, que corresponderia ao “complexo que inclui conhecimentos, crenças, arte, moral, leis, costumes ou qualquer outra capacidade ou hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade.”

A cultura não existe isolada do mundo natural e se o patrimônio natural é indispensável para a sobrevivência física da humanidade, o patrimônio cultural é garantia de sobrevivência social dos povos<sup>5</sup>.

Partindo deste mesmo enfoque, Miguel Reale<sup>6</sup> apresenta o seguinte conceito para a cultura:

[...] é o conjunto de tudo aquilo que, nos planos material e espiritual, o homem constrói sobre a base da natureza, quer para modificá-la, quer para modificar-se a si mesmo. É, desse modo, o conjunto dos utensílios e instrumentos, das obras e serviços, assim como das atitudes espirituais e formas de comportamento que o homem veio formando e aperfeiçoando, através da história, como cabedal ou patrimônio da espécie humana.

Por outro lado, no senso comum, dentre inúmeras possibilidades, o conceito de cultura ora pode está relacionado a estudo, a educação, a formação escolar, ora associado a manifestações artísticas (pintura, música, dentre outros), por vezes identificado com meios de comunicação de massa ou mesmo referir-se às festas, às tradições, ao modo de ser e viver de um povo<sup>7</sup>.

Do quanto exposto, deduz-se que a capacidade de desenvolver cultura é peculiar ao ser humano, constituindo um traço diferenciador em relação aos demais animais, e mais, é algo dinâmico, que está em constante modificação e evolução.

Outrossim, há que se esclarecer que ao se fazer menção ao termo patrimônio, não se deve interpretá-lo tomando como parâmetro a concepção civilista que considera que “O patrimônio é o conjunto de direitos reais e obrigacionais, ativos e passivos, pertencentes a uma pessoa. O patrimônio engloba tão-só os direitos pecuniários.”<sup>8</sup>

Aqui o que se está mensurando é o valor cultural do bem, a importância que ele representa para a preservação da memória, ação e identidade nacional e não seu valor pecuniário.

Quanto à matéria, importante trazer à colação os seguintes ensinamentos doutrinários:

5 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. revista e atualizada, Curitiba: Juruá, 2009. p. 16.

6 1991. p. 25-26.

7 RODRIGUES, José Eduardo Ramos. *Aspectos polêmicos em torno do patrimônio cultural*. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 90.

8 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, p. 311.

O patrimônio é antes um conjunto de coisas que têm valor e não necessariamente o que tem valor econômico. É uma riqueza, sem dúvida. O direito consagra hoje, afastando-se de uma visão predominantemente privatista, economicista, inúmeros valores que vão além das garantias individuais em relação à propriedade, disputas por riquezas, sejam elas dinheiro ou terra, questões que por muito tempo ocupavam lugar central no cenário jurídico.

Os aspectos morais ganharam espaço, de maneira que é possível intentar, com boas promessas de êxito, ação que vise reparação por dano moral. Assim, vemos positivados valores como a preservação da imagem, a preservação do meio ambiente e, nesse contexto, a cultura. É certo também que a reparação por um dano a esses valores pode passar pela mensuração econômica, mas encontra-se definitivamente afastada do direito a ideia de que o patrimônio corresponda estritamente a valores econômicos.

Se considerado na esfera do direito privado, tradicionalmente o patrimônio correspondeu a valores econômicos, mas com a evolução do direito, não só passou-se a considerar a existência de um patrimônio moral, como surgiu o patrimônio enquanto riqueza coletiva, tal qual o patrimônio ambiental, que como coloca MICHEL PRIEUR, se aplica tanto a natureza como à cultura.<sup>9</sup>

Portanto, pode-se asseverar que o conceito de cultura é indubitavelmente mais abrangente que o de patrimônio cultural, referindo-se o último conceito tão somente àqueles bens que se apresentam representativos e evocativos da história e cultura de determinada sociedade<sup>10</sup>.

Desta feita, nem todas as manifestações que se enquadram no conceito de cultura estão abarcadas no conceito de patrimônio cultural sob pena de evidente prejuízo à evolução cultural.

Neste sentido:

Preservar toda intervenção cultural humana na natureza ou toda manifestação cultural é um absurdo e uma contradição, porque à guisa de proteger as manifestações passadas, se estaria impedindo que a cultura continuasse a se manifestar. Implicaria não admitir qualquer possibilidade de mudança, processo ou desenvolvimento. Assim como preservar intocado o meio ambiente natural, seria matar a vida. Se fossem preservadas intactas todas as intervenções humanas, não haveria a possibilidade de evolução ou desenvolvimento social.

9 REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. p. 88-89.

10 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. revista e atualizada, Curitiba: Juruá, 2009. p. 21-22.



Se a sociedade preservasse integralmente, sem mudanças, o processo têxtil - que é uma intervenção cultural humana -, é possível que a máquina a vapor não fosse criada, em substituição às velhas técnicas manuais de fiação; sem a máquina a vapor, não haveria indústria moderna, nem o motor a explosão, nem tratores, nem aviões, o que poderia comprometer a produção em escala e, em consequência, a própria sobrevivência do homem sobre a Terra.<sup>11</sup>

Embora a preservação do patrimônio cultural brasileiro tenha sido prevista no ordenamento constitucional nacional desde a Constituição brasileira de 1934, pode-se asseverar que a atual Carta Magna conferiu à matéria tratamento inovador.

Isto posto, com fundamento nos parâmetros consagrados na Constituição de 1988, somente integram o patrimônio cultural brasileiro aqueles bens materiais e imateriais, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira (art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>12</sup>).

Percebe-se que ao estender a proteção jurídica dos bens culturais a todos aqueles que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos que formam a sociedade brasileira, optou-se pelo pluralismo cultural, o que tem o condão de dispensar a necessidade do bem cultural revestir-se de excepcionalidade, afastando qualquer tentativa de valoração elitista quanto à identificação dos bens culturais.

Necessário igualmente destacar que o rol mencionado no art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>13</sup> não é exaustivo, posto que o que efetivamente define se um bem integra o patrimônio cultural brasileiro é ser detentor da significação especial mencionada no dispositivo constitucional.

Diante destas considerações, conclui-se que o patrimônio cultural brasileiro constitui o conjunto de bens materiais e imateriais detentores de referência e testemunho à identidade, à ação e à memória dos grupos formadores da sociedade brasileira, merecendo especial proteção, em benefício das presentes e futuras gerações.

## 1.2 Do patrimônio cultural como aspecto do meio ambiente

Não há um consenso doutrinário acerca do conceito de meio ambiente, que pode ser definido de forma mais estrita ou ampla.

A Constituição Federal de 1988 reconheceu o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida como direito fundamental, podendo-se

11 SOUZA FILHO, op. cit., p. 21.

12 BRASIL, 1988.

13 BRASIL, 1988.

inferir do arcabouço constitucional pertinente à matéria que consagrou a ampliação do conceito de meio ambiente (art. 225, *caput*<sup>14</sup>).

Neste contexto, cumpre mencionar que o inciso I do art. 3º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981<sup>15</sup>, que institui a Política Nacional do Meio Ambiente, define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;”, definição que embora tenha sido formulada antes da Constituição de 1988, com ela se mostra compatível.

Neste diapasão, entende-se que a noção de meio ambiente abrange tanto os elementos naturais, quanto culturais e artificiais, incluindo-se também o meio ambiente do trabalho, imprescindíveis à existência e preservação da vida.

Quanto ao tema, importante colacionar o seguinte texto:

#### 1.1.A concepção unitária de meio ambiente

Não são poucos os que confundem meio ambiente com natureza, concluindo equivocadamente que somente os bens naturais (recursos hídricos, fauna, flora, ar, etc.) integram o conjunto de elementos componentes do meio ambiente.

Entretanto, o meio ambiente é a interação do conjunto de todos os elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em suas variadas formas, constituindo a ambiência na qual se move, desenvolve, atua e se expande toda a vida, inclusive a humana.

Por isto, para os fins de proteção, a noção de meio ambiente é muito ampla, abrangendo todos os bens naturais e culturais de valor juridicamente protegido, desde o solo, as águas, a flora, a fauna, as belezas naturais e artificiais, o ser humano, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico, monumental, arqueológico, espeleológico, paleontológico, além dos espaços urbanos construídos.<sup>16</sup>

Essa concepção ampla e unitária de meio ambiente é expressamente consagrada pelo ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se mencionar como exemplos que podem corroborar a presente assertiva, o teor da Seção IV do Capítulo V da Lei nº 9.605, de 1998<sup>17</sup> e inciso XII do art. 2º da Lei nº 10.257, de 2001<sup>18</sup>.

14 BRASIL, 1988.

15 BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Brasília, 1981. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/16938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16938.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

16 MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 480 p. 17.

17 BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Brasília, 1998. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm)>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

18 BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Brasília, 2001. Diário Oficial da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/110257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm)>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

A jurisprudência também consagra referida concepção<sup>19</sup>:

A ATIVIDADE ECONÔMICA NÃO PODE SER EXERCIDA EM DESARMONIA COM OS PRINCÍPIOS DESTINADOS A TORNAR EFETIVA A PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE. - A incolumidade do meio ambiente não pode ser comprometida por interesses empresariais nem ficar dependente de motivações de índole meramente econômica, ainda mais se se tiver presente que a atividade econômica, considerada a disciplina constitucional que a rege, está subordinada, dentre outros princípios gerais, àquele que privilegia a “defesa do meio ambiente” (CF, art. 170, VI), que traduz conceito amplo e abrangente das noções de meio ambiente natural, de meio ambiente cultural, de meio ambiente artificial (espaço urbano) e de meio ambiente laboral. Doutrina. Os instrumentos jurídicos de caráter legal e de natureza constitucional objetivam viabilizar a tutela efetiva do meio ambiente, para que não se alterem as propriedades e os atributos que lhe são inerentes, o que provocaria inaceitável comprometimento da saúde, segurança, cultura, trabalho e bem-estar da população, além de causar graves danos ecológicos ao patrimônio ambiental, considerado este em seu aspecto físico ou natural.

É importante ressaltar a adoção desta concepção unitária de meio ambiente, posto que consoante demonstrar-se-á a seguir, os questionamentos referentes ao regime jurídico aplicável à responsabilidade civil pelos danos causados ao patrimônio cultural necessariamente devem ter em consideração este fator.

### 1.3 Do direito à preservação do patrimônio cultural como direito fundamental e difuso

O direito à preservação do patrimônio cultural inclui-se na categoria dos direitos fundamentais de terceira geração<sup>20</sup> ou terceira dimensão<sup>21</sup>, conforme a concepção adotada<sup>22</sup>.

19 STF, ADI-MC nº 3.540/DF, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 01.09.2005. Plenário, DJ de 03-02-2006.

20 Esta concepção está bastante arraigada na doutrina nacional, podendo-se mencionar os seguintes autores que adotam este posicionamento: Paulo Bonavides (2001. p. 516-526), Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2004. p. 6 e 57-69), Pedro Lenza (2005. p. 466), Gilmar Ferreira Mendes, Inocêncio Mártires Coelho e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008. p. 233-234). No mesmo sentido: MS 22.164, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 30-10-1995, Plenário, DJ de 17-11-1995 e RE 134.297, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 13-6-1995, Primeira Turma, DJ de 22-9-1995.

21 Os defensores desta concepção apontam para a inadequação do termo geração, por considerar que o mesmo pode induzir ao equívoco de se supor que uma geração substituiria a outra, quando na verdade o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem caráter de um processo cumulativo e não de alternância. Conferir quanto ao tema: SARLET, 2005. p. 53 e TAVARES, 2003. p. 368.

22 Qualquer que seja a concepção, entende-se que o que efetivamente não merece prosperar é a adoção de uma visão compartimentada dos direitos fundamentais, posto que tal proceder implicaria em afastar a natureza complementar dos mesmos, bem como o reconhecimento de sua unidade e indivisibilidade.

São também chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade, correspondendo desta forma aos denominados interesses ou direitos difusos. Nesta categoria, a titularidade é coletiva, e em muitos casos indefinida e indeterminável<sup>23</sup>.

Depreende-se que os direitos fundamentais da referida natureza por possuir caráter metaindividual<sup>24</sup>, no que se refere à sua proteção demandam esforços que transcendem limites territoriais dos Países instituídos, e mais, à medida que consagram o postulado da solidariedade denotam a existência de compromissos intergeracionais<sup>25</sup>.

Tendo em vista estas ponderações, inevitável concluir que tais direitos fundamentais demandam a adoção de novos mecanismos de proteção.

No que diz respeito ao objeto do nosso estudo, percebe-se que o regime de responsabilidade tradicional fundado na teoria da culpa não se apresenta satisfatório quanto à efetiva proteção do meio ambiente, em todos os seus aspectos, mormente se considerado que o direito ambiental tem cunho preponderantemente preventivo.

Além disso, não se pode olvidar que a sociedade contemporânea é por demais complexa, o que também provoca significativos reflexos na esfera dos direitos fundamentais. Neste sentido, o seguinte escólio:

Pode-se afirmar que a sociedade moderna criou um modelo de desenvolvimento tão complexo e avançado, que faltam meios capazes de controlar e disciplinar esse desenvolvimento. Segundo Beck, “as sociedades modernas são confrontadas com as bases e com os limites do seu próprio modelo”.

Em termos similares, Giddens diz que o risco é a expressão característica de sociedades que se organizam sob a ênfase da inovação, da mudança e da ousadia. De fato, nessas afirmações, questiona-se a própria prudência e cautela da ciência em lidar com as inovações tecnológicas e ambientais, que, mesmo trazendo benefícios, estão causando riscos sociais não mensuráveis.

A falta de conhecimento científico e a sua incerteza implicam uma disfunção, podendo ocasionar, segundo Beck, duas formas de risco ecológico possíveis, sobre os quais o Estado atua, de forma paliativa, como mero gestor do controle de riscos:

23 FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010. 783. p. p. 53.

24 Neste sentido: “A Constituição tutela o direito à proteção e fruição do patrimônio cultural sob a forma de interesse difuso (necessidade comum a conjuntos indeterminados de indivíduos), que somente pode ser satisfeita numa perspectiva comunitária, vez que o patrimônio cultural, enquanto valor inapropriável, pertence a todos ao mesmo tempo em que não pertence, de forma individualizada, a qualquer pessoa.” (MIRANDA, 2012. p. 324).

25 Ver: ADI 1856/RJ, Rel. Min. *Celso de Mello*, julgamento em 26-05-2011. Plenário, *DJe* de 14-10-2011.

risco concreto ou potencial (visível e previsível pelo conhecimento humano);

risco abstrato (invisível e imprevisível pelo conhecimento humano), significando que, apesar de sua invisibilidade e imprevisibilidade, existe a probabilidade de o risco existir via verossimilhança e evidências, mesmo não detendo o ser humano a capacidade perfeita de compreender esse fenômeno.

Dessa forma, é certo que toda essa difusão subjetiva, temporal e espacial das situações de risco e perigo conduz a pensar o meio ambiente de forma diferente, superando o modelo jurídico tradicional. Nesse sentido, o risco, atualmente, é um dos maiores problemas enfrentados quando se objetiva uma efetiva proteção jurídica do meio ambiente.<sup>26</sup>

Diante do dever constitucional de proteção ao meio ambiente, ao patrimônio cultural, exsurge a necessidade de consolidação de mecanismos mais compatíveis com a natureza desses direitos fundamentais.

## 2 DA RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS AO MEIO AMBIENTE CULTURAL

### 2.1 Das principais características do regime de responsabilidade civil ambiental

Segundo Sérgio Cavalieri Filho<sup>27</sup>, resta configurado o ilícito sempre que se viola um dever jurídico, e esta violação, via de regra, acarreta um dano a outrem, o que por sua vez, implica na criação de um novo dever jurídico, o de reparar o dano.

Desta feita, haveria um dever jurídico originário e um dever jurídico sucessivo, que consistiria em indenizar o dano<sup>28</sup>, acrescentando-se que este dever jurídico originário, passível de violação, decorre de convenção ou de norma jurídica.

Isto posto, a responsabilidade consistiria na obrigação de reparar o dano decorrente da ação ou da abstenção lesiva à esfera jurídica de outrem, em face da violação de dever jurídico previsto em norma jurídica ou convenção.

<sup>26</sup> LEITE, José Rubens Morato. *Sociedade de risco e Estado*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 157-232. p. 158-159.

<sup>27</sup> CAVALIERI FILHO, 2004. p. 23-24.

<sup>28</sup> “Só se cogita, destarte, de responsabilidade civil onde houver violação de um dever jurídico e dano. Em outras palavras, responsável é a pessoa que deve ressarcir o prejuízo decorrente da violação de um precedente dever jurídico. E assim é porque a responsabilidade pressupõe um dever jurídico preexistente, uma obrigação descumprida” (CAVALIERI FILHO, 2004. p. 24).

No que diz respeito ao meio ambiente cultural, o dever de proteger o patrimônio cultural brasileiro encontra-se expressamente consagrado no §1º do art. 216 da Constituição Federal<sup>29</sup>.

Ademais, especificamente quanto ao patrimônio cultural imobiliário, o Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937<sup>30</sup> desponta como norma protetiva ao impor uma série de obrigações aos proprietários dos imóveis tombados, tais como: a) dever de não destruir, demolir, deteriorar, mutilar ou inutilizar o bem tombado<sup>31</sup>; b) dever de solicitar ao Poder Público autorização para reparar, pintar ou restaurar o imóvel tombado<sup>32</sup>; c) dever de solicitar autorização ao Poder Público para colocação de anúncios e cartazes no bem tombado<sup>33</sup>; d) dever de comunicar a necessidade de reparar o bem tombado<sup>34</sup>; e) dever de comunicar ao Poder Público a intenção de vender a coisa tombada<sup>35</sup>.

Portanto, a infração a qualquer das obrigações consagradas nas normas protetivas impõe ao infrator a responsabilidade em reparar o dano perpetrado.

Por outro lado, consoante já mencionado, a noção de meio ambiente abrange tanto os elementos naturais quanto culturais imprescindíveis à existência e preservação da vida e é por esta razão que a responsabilidade civil ambiental por dano ao meio ambiente cultural também encontra fundamento de validade no disposto no §3º do art. 225 da Constituição Federal<sup>36</sup>, que assim dispõe:

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

A Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada pela ordem jurídica atual, estipulou os delineamentos do regime de responsabilidade civil ambiental, conforme teor do seu §1º do art. 14 (Lei nº 6.938/81<sup>37</sup>), a saber:

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados

29 BRASIL, 1988.

30 BRASIL, 1937.

31 Art. 17, caput do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

32 Art. 17, caput do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

33 Art. 18, caput do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

34 Art. 19, caput do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

35 Art. 22, §1º do Decreto-lei nº 25/37 (BRASIL, 1937).

36 BRASIL, 1988.

37 BRASIL, 1981.

terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Primeiramente, há que se frisar que o mencionado dispositivo se aplica tanto ao meio ambiente natural quanto cultural, sendo que em relação ao último, as agressões podem ser enquadradas no disposto nas alíneas “a”, “b” e “d” do inciso III do art. 3º da Lei nº 6.938/1981<sup>38</sup>.

Outrossim, infere-se do teor do aludido dispositivo legal, os seguintes desdobramentos: a) houve a expressa consagração do princípio do poluidor-pagador<sup>39</sup>; b) restou estabelecido o regime de responsabilidade civil objetiva<sup>40</sup>; e; c) acolheu-se o princípio da reparação integral do dano ambiental.

A responsabilidade civil ambiental relaciona-se intrinsecamente com o princípio do poluidor-pagador, segundo o qual o causador do dano ambiental deve responder pelas consequências de sua ação ou omissão.

Segundo Édis Milaré, este princípio assenta-se na vocação redistributiva do Direito Ambiental, inspirando-se na teoria econômica de que os custos sociais externos inerentes ao processo produtivo devem ser internalizados, a saber:

Busca-se, no caso, imputar ao poluidor o custo social da poluição por ele gerada, engendrando um mecanismo de responsabilidade por dano ecológico abrangente dos efeitos da poluição não somente sobre bens e pessoas, mas sobre toda a natureza. Em termos econômicos, é a internalização dos custos externos<sup>41</sup>.

A aplicação do aludido princípio além de contribuir para a recomposição, também possui efeitos preventivos, à medida que se reveste de providência socioeducativa, sendo importante destacar que não representa uma autorização para poluir, mediante o pagamento da respectiva compensação, uma vez que todos os esforços devem ser envidados para impedir a ocorrência de danos ambientais, ante a possibilidade de sua irreversibilidade.

Por outro lado, nota-se que a responsabilidade objetiva está fundamentada no risco inerente à atividade.

Por se tratar de responsabilidade objetiva, a responsabilidade civil ambiental pressupõe o atendimento dos seguintes requisitos: a) ocorrência do dano ambiental; b) ação ou omissão, e; c) nexo de causalidade entre a conduta omissiva ou comissiva e o dano ambiental.

38 BRASIL, 1981.

39 Art. 14, §1º da Lei nº 6.938/1981(BRASIL, 1981) e art. 225, §3º da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

40 Com o advento da Constituição Federal de 1988 operou-se a constitucionalização da responsabilidade civil objetiva em caso de danos nucleares. Cf. art. 21, XXIII, d, BRASIL,1988.

41 MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente*: doutrina, jurisprudência, glossário. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. 1.024. p. 142.

Nesta sistemática, prescindível a perquirição quanto à culpa (imprudência, negligência ou imperícia) ou dolo do causador para a imposição do dever jurídico de reparar o dano ambiental<sup>42</sup>.

Prevalece na doutrina brasileira a defesa da responsabilização objetiva de acordo com a teoria do risco integral<sup>43</sup>, sendo de se destacar que a adoção da referida teoria apresenta inúmeras implicações, dentre elas, a irrelevância da licitude da atividade e a inaplicabilidade de excludentes de responsabilidade<sup>44</sup>.

Ao não admitir a aplicação das excludentes de responsabilidade, percebe-se que segundo referida teoria há uma atenuação do relevo do nexo causal<sup>45</sup>.

Acrescente-se que em razão da indivisibilidade do dano e em decorrência do regime de responsabilidade objetiva adotado pelo legislador, aplicam-se as regras da solidariedade.

Infere-se igualmente do que dispõe o §1º do art. 14 da Lei nº 6.938/1981<sup>46</sup>, ao não fazer referência a uma indenização tarifária, que a responsabilidade por danos ao patrimônio cultural além de objetiva, deve ser integral, abrangendo inclusive eventual reparação por danos morais coletivos, caso configurada por exemplo, a destruição de um bem cultural.

A responsabilidade do Poder Público por danos ambientais, aí incluídos os danos ao patrimônio cultural, também deve ser considerada objetiva, posto que além do art. 14, §1º da Lei nº 6.938/81<sup>47</sup>, sustenta tal entendimento o teor do art. 37, §6º da Constituição Federal<sup>48</sup>, a saber:

§ 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.<sup>49</sup>

Depreende-se do teor do dispositivo constitucional que para se configurar a responsabilidade estatal há que se comprovar o nexo de causalidade entre a conduta do agente e o dano ocorrido, do que se deduz

42 De acordo com a responsabilidade subjetiva, fundamentada na teoria da culpa, conforme se infere do art. 186 e caput do art. 927 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (BRASIL, 2002), que institui o Código Civil, para que se possa configurar a responsabilidade do causador do dano, há que se comprovar também a ocorrência do dolo ou da culpa.

43 FURLAN; FRACALOSSI, 2010. p. 511.

44 Inobstante a doutrina majoritária entenda que qualquer dano ambiental deva gerar indenização, sem possibilidade de aplicação de excludentes, a jurisprudência inclina-se a aceitá-las (FURLAN; FRACALOSSI, 2010. p. 514).

45 "A teoria do risco integral é uma modalidade extremada da doutrina do risco destinada a justificar o dever de indenizar até nos casos de inexistência do nexo causal." (CAVALIERI FILHO, 2004. p. 147)

46 BRASIL, 1981.

47 BRASIL, 1981.

48 BRASIL, 1988.

49 Ver também, art. 43 do Código Civil: "Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo." BRASIL, 2002.



que são admitidas as excludentes de responsabilidade, tais como, culpa exclusiva da vítima, força maior e caso fortuito<sup>50</sup>, posto que nestes casos não haveria como comprovar que o dano decorre de atos praticados pelos agentes do Poder Público no exercício de suas funções estatais.

Outra conclusão inevitável é a de que não se consagrou a teoria do risco integral, sendo mais apropriado falar-se em responsabilidade objetiva pelo risco administrativo<sup>51</sup>, posto que a responsabilidade somente se faz presente quanto os agentes públicos, por ação ou omissão, houverem dado causa aos danos<sup>52</sup>.

Não se suscita maiores controvérsias nos casos de condutas comissivas, contudo, o mesmo não se pode dizer quanto à responsabilização do Poder Público em caso de condutas omissivas, em que não existe consenso acerca do regime de responsabilidade, se de natureza objetiva<sup>53</sup> ou subjetiva<sup>54</sup>.

50 No caso de dano ambiental, não seria pertinente cogitar de culpa exclusiva da vítima. Quanto ao tema: “Cuida-se, então, da responsabilidade objetiva pelo risco administrativo, admitindo-se as excludentes de caso fortuito e força maior, pois, em matéria de dano ambiental, consubstancia evidente impropriedade técnica aludir em eventual culpa exclusiva da vítima, a não ser que se considere que o próprio meio ambiente cause dano ambiental, o que não deixaria de ser força maior.” (FURLAN; FRACALOSSO, 2010. p. 520).

51 “A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (RTJ 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (RTJ 55/503 - RTJ 71/99 - RTJ 91/377 - RTJ 99/1155 - RTJ 131/417). - O princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias - como o caso fortuito e a força maior - ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 - RTJ 55/50).” RE 109615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28-05-1996, Primeira Turma, DJ de 02-08-1996.

52 Interessante mencionar a advertência formulada por Paulo Affonso Leme Machado (2013. p. 421), segundo o qual ainda que se aceitem como excludentes a força maior e o caso fortuito, há que se examinar o caso concreto, a fim de perquirir se os efeitos destes fatos poderiam ser evitados e impedidos, nos moldes do parágrafo único do art. 393 do Código Civil (BRASIL, 2002).

53 Neste sentido: “3. O Estado recorrente tem o dever de preservar e fiscalizar a preservação do meio ambiente. Na hipótese, o Estado, no seu dever de fiscalização, deveria ter requerido o Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo relatório, bem como a realização de audiências públicas acerca do tema, ou até mesmo a paralisação da obra que causou o dano ambiental. 4. O repasse das verbas pelo Estado do Paraná ao Município de Foz de Iguaçu (ação), a ausência das cautelas fiscalizatórias no que se refere às licenças concedidas e as que deveriam ter sido confeccionadas pelo ente estatal (omissão), concorreram para a produção do dano ambiental. Tais circunstâncias, pois, são aptas a caracterizar o nexo de causalidade do evento, e assim, legitimar a responsabilização objetiva do recorrente. 5. Assim, independentemente da existência de culpa, o poluidor, ainda que indireto (Estado-recorrente) (art. 3º da Lei nº 6.938/81), é obrigado a indenizar e reparar o dano causado ao meio ambiente (responsabilidade objetiva).” REsp 604725/PR, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 21-05-2005, Segunda Turma, DJ de 22-08-2005, p. 202.

54 Conferir: “1. A responsabilidade civil do Estado por omissão é subjetiva, mesmo em se tratando de responsabilidade por dano ao meio ambiente, uma vez que a ilicitude no comportamento omissivo é aferida

Ao se proceder à análise do dispositivo constitucional que versa especificamente sobre a responsabilidade do Estado, nota-se inexistir qualquer ressalva quanto à responsabilidade subjetiva em caso de omissão estatal lesiva.

Desta feita, acredita-se que quer se trate de ação ou omissão, a responsabilidade estatal há que ser considerada objetiva, contudo, tendo em vista que não se consagrou a teoria do risco integral, e sim, do risco administrativo, a imposição do dever jurídico de reparar o dano depende da comprovação de que a inércia administrativa foi a causa para a ocorrência do evento lesivo<sup>55</sup>, portanto, há que se fazer presente o nexo causal.

Neste sentido, quanto à necessidade de comprovação do nexo causal, vale transcrever<sup>56</sup>:

E M E N T A: RESPONSABILIDADE CIVIL DO PODER PÚBLICO - PRESSUPOSTOS PRIMÁRIOS QUE DETERMINAM A RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - O NEXO DE CAUSALIDADE MATERIAL COMO REQUISITO INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO DEVER ESTATAL DE REPARAR O DANO - NÃO-COMPROVAÇÃO, PELA PARTE RECORRENTE, DO VÍNCULO CAUSAL - RECONHECIMENTO DE SUA INEXISTÊNCIA, NA ESPÉCIE, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS - SOBERANIA DESSE PRONUNCIAMENTO JURISDICIONAL EM MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA - INVIABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA, DA EXISTÊNCIA DO NEXO CAUSAL - IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA (SÚMULA 279/STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Os elementos que compõem a estrutura e delinham o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o “eventus damni” e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. - O dever de indenizar, mesmo nas hipóteses de responsabilidade civil objetiva do Poder Público, supõe, dentre outros elementos (RTJ 163/1107-1109, v.g.), a comprovada existência do nexo de causalidade material entre o comportamento

---

sob a perspectiva de que deveria o Estado ter agido conforme estabelece a lei.” REsp 647493/SC, Rel. Min. João Otávio de Noronha, julgamento em 22-05-2007, Segunda Turma, DJ de 22-10-2007, p. 233.

55 FURLAN; FRACALOSSO, 2010. p. 522.

56 RE 481110 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06-02-2007, Segunda Turma, DJ de 09-03-2007.

do agente e o “*eventus damni*”, sem o que se torna inviável, no plano jurídico, o reconhecimento da obrigação de recompor o prejuízo sofrido pelo ofendido. - A comprovação da relação de causalidade - qualquer que seja a teoria que lhe dê suporte doutrinário (teoria da equivalência das condições, teoria da causalidade necessária ou teoria da causalidade adequada) - revela-se essencial ao reconhecimento do dever de indenizar, pois, sem tal demonstração, não há como imputar, ao causador do dano, a responsabilidade civil pelos prejuízos sofridos pelo ofendido. Doutrina. Precedentes. - Não se revela processualmente lícito reexaminar matéria fático-probatória em sede de recurso extraordinário (RTJ 161/992 - RTJ 186/703 - Súmula 279/STF), prevalecendo, nesse domínio, o caráter soberano do pronunciamento jurisdicional dos Tribunais ordinários sobre matéria de fato e de prova. Precedentes. - Ausência, na espécie, de demonstração inequívoca, mediante prova idônea, da efetiva ocorrência dos prejuízos alegadamente sofridos pela parte recorrente. Não-comprovação do vínculo causal registrada pelas instâncias ordinárias.<sup>57</sup>

Segundo Furlan e Fracalossi, pela análise dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, infere-se que a responsabilização em caso de omissão seria objetiva, exigindo-se, contudo, a comprovação do nexo causal – direto e imediato – entre a omissão do Estado e o dano<sup>58</sup>.

É necessário informar que há posicionamento que embora reconheça a necessidade de comprovação do nexo causal, entende que não se exige que ele seja direto e imediato, posto que bastaria para caracterizar a responsabilidade civil do Estado em caso de omissão, que a causa seja suficiente ou concorrente<sup>59</sup>.

57 Pode-se mencionar outro julgado mais recente que consagra o mesmo entendimento, ou seja, que a responsabilidade do Estado por omissão é objetiva, e mais, que há necessidade de comprovação do nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade. STF, AI 724098 AgR-segundo/RJ, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento em 16.04.2013, Segunda Turma, DJe de 26.04.2013.

58 2010. p. 522.

59 *PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. ADOÇÃO COMO RAZÕES DE DECIDIR DE PARECER EXARADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 4.771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR OMISSÃO. ARTS. 3º, IV, C/C 14, § 1º, DA LEI 6.938/81. DEVER DE CONTROLE E FISCALIZAÇÃO.* 1. 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” (REsp 1.071.741/SP, 2º T., Min. Herman Benjamin, DJe de 16/12/2010). 2. Examinar se, no caso, a omissão foi ou não “determinante” (vale dizer, causa suficiente ou concorrente) para a “concretização ou o agravamento do dano” é juízo que envolve exame das circunstâncias fáticas da causa, o que encontra óbice na Súmula 07/STJ. 3. Agravos regimentais desprovidos. (AgRg no REsp 1001780 / PR, rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em 27-09-2011, Primeira Turma, DJe de 04-10-2011.)

Feitas estas considerações, importante fazer a seguir uma exposição acerca responsabilidade civil do Poder Público na hipótese de reparação de dano ao patrimônio cultural, a partir do estudo de um caso concreto, averiguando como se deu o controle judicial na situação levada à sua apreciação.

## 2.2 Análise da responsabilidade civil ambiental do Poder Público no caso da Santa Casa de Misericórdia do Recife

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face da Santa Casa de Misericórdia do Recife, com o objetivo de condenar a ré na obrigação de fazer, consistente na restauração integral de imóveis de sua propriedade situados no bairro do Recife Antigo, imóveis estes tombados pela União<sup>60</sup>.

Desde já, cumpre esclarecer que o ajuizamento da ação somente foi possível em face do exercício do poder de polícia pelo Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN que promoveu intensa fiscalização, colacionando ao processo instaurado no âmbito administrativo, vasta documentação, com posterior comunicação ao Ministério Público Federal.

No entanto, esgotadas as tratativas no âmbito administrativo, sem qualquer êxito, no que toca à reparação do dano ao patrimônio cultural verificado, posto que a proprietária dos bens culturais escusava-se do cumprimento do dever constitucional de promover a proteção do patrimônio cultural brasileiro, o IPHAN cientificou o *parquet* acerca das irregularidades, que por sua vez, ingressou com a ação civil pública em face da proprietária dos imóveis.

O IPHAN requereu seu ingresso no polo ativo da lide, como assistente, tendo sido o pleito deferido<sup>61</sup>.

A Ré, em sua defesa, suscitou não possuir recursos para que de forma continuada pudesse investir na conservação dos seus imóveis, posto que se assim procedesse prejudicaria a execução de suas atividades fins.

60 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5. Região, EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO -APELREEX3866-PE (0009930-90.2003.4.05.8300). Embargante: Ministério Público Federal. Embargados: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, União e Santa Casa de Misericórdia. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti. Julgado em 20 de março de 2013. Publicado em 03 de abril de 2013. Disponível em <[http://www.trf5.jus.br/archive/2013/04/20038300099303-01\\_20130402\\_5044001.pdf](http://www.trf5.jus.br/archive/2013/04/20038300099303-01_20130402_5044001.pdf)>. Acesso em 22 de outubro de 2013.

61 Confira-se o teor da decisão interlocutória proferida em 17/10/2003: "Defiro a integração do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional - IPHAN no pólo ativo, como mero Assistente do Ministério Público Federal - MPF, conforme requerido pelo referido Instituto na petição de fls. 138, devendo, como tal, ser atuado na distribuição. Após, considerando o certificado às fls. 140, intime-se o MPF sobre a Contestação apresentada, bem como sobre o teor do despacho de fls. 135."

Chama a atenção as contradições em que a Ré incorreu, posto que ao mesmo tempo em que alegou a inexistência de recursos, informou que desenvolvia projetos para a conservação dos imóveis e que os reparos nos imóveis tombados seriam pontuais, e mais, que poderia entrar em contato com o Município de Recife e o IPHAN para a execução dos serviços necessários ao atendimento das exigências legais<sup>62</sup>.

De forma surpreendente, mesmo após a autarquia federal ter ingressado como assistente do MPF, o julgador deslocou o IPHAN para o polo passivo, imputando à autarquia responsabilidade para a realização das medidas necessárias à reparação dos bens<sup>63</sup>.

É importante esclarecer que a União também foi incluída no polo passivo da demanda.

Conquanto União e o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tenham demonstrado, por meio de farta documentação juntada oportunamente ao processo, que a proprietária dos imóveis teria como angariar recursos para a manutenção do seu patrimônio tombado, sendo que para tanto, necessário apenas que implementasse uma gestão mais racional dos recursos de que dispunha, e portanto, seria ela a responsável pela reparação do dano ambiental decorrente da omissão em adotar as medidas cabíveis<sup>64</sup>, bem como de que não haveria como se configurar

62 As informações foram extraídas de consulta ao processo judicial por meio do sítio eletrônico do Tribunal Regional Federal da 5ª Região.

63 Veja a seguir o teor da decisão interlocutória proferida em 06/07/2005: "O IPHAN foi intimado por mandado para se manifestar sobre pleito de fls. 149/150 do Ministério Público Federal, ora autor, e silenciou. O Ministério Público Federal pede que o IPHAN seja novamente intimado, pleito esse que não pode ser acolhido, porque este Juízo encontra-se assoberbado de serviço e não pode ficar "brincando" de intimidar Autarquias Federais. O IPHAN tem que assumir o ônus do seu silêncio. Quanto a alegação do Ministério Público Federal de que a Requerida teria que provar sua impossibilidade de arcar com as despesas da reforma, remeto o Autor à decisão de fls. 135, que já transitou em julgado. Ante o mencionado silêncio do IPHAN, modifico a decisão de fls. 141 e, considerando que caberá ao IPHAN a reforma do imóvel em questão, na impossibilidade de a Requerida poder fazê-la, impossibilidade essa já delineada nos autos, desloco o IPHAN do pólo ativo para o pólo passivo desta ação e determino que, após modificação da autuação na Distribuição, que seja o IPHAN intimado desta decisão, bem como o Ministério Público Federal, ora Autor. Int."

64 Apenas para ilustrar a presente assertiva, traz-se à colação trechos do voto proferido pelo Desembargador Francisco Cavalcanti nos *EMBARGOS INFRINGENTES EM APELAÇÃO CÍVEL EM APELAÇÃO/ REEXAME NECESSÁRIO N° 3866 PE* (2003.83.00.009930-3-01), em que se reconheceu que a proprietária dos imóveis possuía plenas condições de reparar o dano ambiental: "Quanto ao segundo momento, tenho que é evidente que não restou comprovada pela SANTA CASA sua carência econômico-financeira, impedita da realização das obras reputadas necessárias pelo autor nos imóveis em questão. Em verdade, é estarrecedor que o ente particular tenha formulado essa alegação, mesmo diante dos documentos coligidos aos autos, que são robustos na formação de conclusão em sentido diametralmente oposto (a SANTA CASA é proprietária de vários imóveis - dois dos quais objeto de contrato de locação pecuniariamente expressivo -, ostentando um ativo permanente imobilizado de quase R\$35.000.000,00). Enumero a prova documental da capacidade da SANTA CASA de realizar os reparos no seu patrimônio tombado:

a) no ofício de fls. 464/465, o 2º Serviço de Registro de Imóveis do Recife explicitou:

-A empresa demandada acima indicada [a SANTA CASA] possuem inúmeros imóveis registrados em seu nome nesta Serventia Extrajudicial.

-Devido ao volume de imóveis registrados em nome da executada, o que demanda tempo para localizá-los em nosso indicadores pessoas (índices), bem como para proceder às buscas no indicar real, análise da

omissão no dever de fiscalização, o Poder Público foi condenado a arcar com as despesas para reparação dos danos ao patrimônio, excluindo-se a responsabilidade da proprietária em fazê-lo.

A princípio, poder-se-ia cogitar que ao concluir pela responsabilidade do Poder Público na presente hipótese, o Julgador apenas

---

cadeia dominial e feitura da respectiva Certidão de Propriedade e Ônus; assim, estamos enviando nesta oportunidade, 09 Certidões.

-Caso os nome imóveis registrados em nome das demandadas [a SANTA CASA] não sejam suficientes para garantir a execução [rectius: a ação civil pública] em curso no processo em epígrafe, favor oficiar novamente esta Serventia, requerente o envio de novas Certidões de imóveis registrados em nome da executada [rectius: ré].

Seguem em anexo a este as Certidões dos seguintes imóveis:

-Casa nº 529, situada na Rua do Riachuelo, na Boa Vista [...]

-Casa nº 131, situada na Rua Corredor do Bispo, na Soledade [...]

-Prédio nº 146, situado na Rua Guilherme Pinto, Graças [...]

-Apartamento nº 201, do Edifício Vila Velha Colonial, situado na Rua Dr. José Maria, nº 485, Rosarinho [...]

-Apartamento nº 403, do Edifício Recife Colonial, situado na Rua Aquarius, nº 76, Graças [...]

-Apartamento nº 1.603, do Edifício Recife Colonial, situado na Rua Aquarius, nº 76, Graças [...]

-Apartamento nº 1.701, do Edifício Vila Velha Colonial, situado na Rua Dr. José Maria, nº 485, Rosarinho [...]

- Sítio nº 06 do Lugar denominado Tamarineira, em frente ao Hospício dos alienados, atual Avenida Conselheiro Rosa e Silva [...]

- Casa nº 18, à da Matriz, Boa Vista [...]

Note-se que se enumerou apenas 9 dos vários imóveis de propriedade da SANTA CASA, sendo mister realçar a localização privilegiada que têm.

b) juntada aos autos em 2006, a cópia da DIPJ 2005 (Ano Calendário 2004) dá conta de que a SANTA CASA tem um ativo permanente imobilizado que soma quase R\$35.000.000,00 (fl. 225).

Diante desse dado, o mínimo em que se poderia pensar seria na possibilidade de a SANTA CASA, em gestão eficiente de seu patrimônio, auferir renda suficiente à efetivação das obras de reforma em discussão. Nesse tocante, cabe afirmar que, se sua gestão é ineficiente, ou seja, se ela não consegue auferir as receitas justas nessa administração patrimonial, esse problema é de sua responsabilidade, não autorizando que os cofres públicos arquem com as consequência de sua má-gestão, em detrimento de toda a coletiva e com enriquecimento injusto do particular incompetente, que se beneficiará das melhorias dos imóveis de sua propriedade com dinheiro público.

c) a SANTA CASA tem contrato de locação com a Alfândega Empreendimentos e Participações Ltda, fls. 452/463, nos termos do qual ela, SANTA CASA, é credora dos seguintes quantitativos, segundo cláusulas contratuais:

**CLÁUSULA TERCEIRA:**

Considerando que os imóveis de propriedade da Primeira Contratante Irmandade da Santa Casa de Misericórdia do Recife, consoante se verifica dos laudos anexos, neste ato rubricados pelas partes, os quais ficam fazendo parte integrante e complementar do presente Instrumento, foram avaliados em R\$2.076.000,00 [...], sendo o imóvel destinado a implantação do Paço Alfândega em R\$1.601.000,00 [...] e os demais imóveis em R\$475.000,00 [...] considerando ainda ser o orçamento para a construção e implantação do Paço Alfândega de R\$11.000.000,00 [...] e orçamento para construção e implantação do empreendimento denominado Chanteclair em R\$4.200.000,00 [...], totalizando R\$15.200.000,00 [...], as partes contratantes convencionaram entre si que do lucro líquido operacional apurado em cada balancete mensal dos empreendimentos acima referidos Paço Alfândega e Chanteclair, caberá a Primeira Contratante Irmandade da Santa Casa de Misericórdia do Recife, uma participação de 18% (dezoito por cento) [...]

[...]

**CLÁUSULA OITAVA - DOS ESTACIONAMENTOS.**

Fica convencionado que os rendimentos líquidos obtidos com os estacionamentos serão divididos entre a Primeira Contratante e a Segunda Contratante na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada uma. Esse lastro documental não autoriza pensar que a SANTA CASA não teria condições financeiras de arcar com os custos das reformas dos seus imóveis.

teria evidenciado a adoção do entendimento de que a responsabilidade seria objetiva, quer se trate de conduta comissiva ou omissiva.

Além disso, sendo a tutela do patrimônio cultural indeclinável dever constitucional do Poder Público, sequer haveria que se cogitar acerca da análise da existência de nexo de causalidade, entre eventual omissão fiscalizatória do IPHAN e o dano, com a adoção da teoria do risco integral.

Frise-se que não se poderia ventilar a omissão, uma vez que a autarquia federal efetivamente cumpriu com sua missão institucional, promovendo a efetiva fiscalização acerca do cumprimento das normas protetivas aplicáveis à hipótese, sendo que os elementos probatórios que subsidiaram a propositura da ação foram produzidos pelo Poder Público (IPHAN).

Contudo, os reflexos da adoção do entendimento nos moldes acima esposados são muito mais extensos, inclusive, refletindo na aplicação e efetividade de outras normas constitucionais, conforme demonstrar-se-á.

Primeiramente, percebe-se que o dever constitucional de proteção ao patrimônio cultural não foi atribuído de forma exclusiva ao Poder Público, sendo imprescindível a participação da comunidade. Da forma como proferida a decisão, percebe-se que o Estado, mesmo não tendo provocado o dano, foi responsabilizado pela sua reparação.

Ademais, constata-se que o proprietário dos imóveis tombados poderia envidar esforços para angariar recursos para assegurar a manutenção dos mesmos, contudo, por não considerar prioritária a preservação dos bens culturais em face de seus demais interesses, optou por simplesmente omitir-se no dever de conservar os imóveis de sua propriedade, atribuindo ao Estado todo o encargo.

Quanto ao tema, importante conferir<sup>65</sup>:

Destaca-se que o poluidor é também o primeiro garantidor da incolumidade ambiental, na medida em que auferir ele os lucros advindos da atividade potencial ou efetivamente lesiva, deve também arcar com os ônus. Se de um lado o Poder Público, em todas as esferas e por todas as suas manifestações, está compelido pelo dever de zelar pelo meio ambiente em sua mais ampla conotação (arts. 225, “caput”, e 216, §1º da CF), o fato é que o particular que, através de sua ação ou omissão tendente a perseguir uma finalidade econômica, permitiu ou contribuiu para a ocorrência de danos ao ambiente deve ser o primeiro a ser chamado a repará-los, sob pena de o Estado ter que arcar sempre com esse tipo de reparação, o que levaria à concretização de um subsídio às avessas.

65 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 134



Por outro lado, inelutável concluir que há sérias implicações quanto à função social da propriedade, uma vez que se dispensou o proprietário do bem tombado do dever de cumpri-la.

### 3 OS LIMITES DO CONTROLE JUDICIAL A PARTIR DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA PARTICIPAÇÃO POPULAR E DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

#### 3.1 Princípio da participação popular

No que toca à responsabilidade civil por dano ao meio ambiente cultural, em especial quanto aos imóveis tombados, o que se observa na discussão da matéria, especialmente na análise da responsabilidade da Santa Casa de Misericórdia do Recife, é que o julgador ao imputar responsabilidade ao Poder Público, assim o fez fundado estritamente no disposto no Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937<sup>66</sup>, especialmente no art.19<sup>67</sup>, sem que quaisquer ponderações tenham sido perpetradas quanto à aplicação do princípio da participação popular. Ao proceder neste sentido, vislumbra-se a ocorrência de graves consequências.

Primeiramente, afasta-se a necessidade de demonstração do nexo causal, posto que não haveria como imputar ao Poder Público a imposição do dever jurídico de reparar o dano, posto que não foi a inércia administrativa a causa direta e imediata (ou mesmo causa suficiente ou concorrente) para a ocorrência do evento lesivo, tendo em vista que devidamente exercido o poder de polícia pelo Poder Público<sup>68</sup>, o que em última análise configuraria afronta ao art. 37, §6º da Constituição Federal<sup>69</sup>.

---

66 BRASIL, 1937.

67 Art. 19. O proprietário de coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for avaliado o dano sofrido pela mesma coisa. § 1º Recebida a comunicação, e consideradas necessárias as obras, o diretor do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional mandará executá-las, a expensas da União, devendo as mesmas ser iniciadas dentro do prazo de seis meses, ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa. § 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa. § 3º Uma vez que verifique haver urgência na realização de obras e conservação ou reparação em qualquer coisa tombada, poderá o Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional tomar a iniciativa de projetá-las e executá-las, a expensas da União, independentemente da comunicação a que alude este artigo, por parte do proprietário. (BRASIL, 1937).

68 Consoante já destacado, a propositura da ação civil pública decorreu da fiscalização envidada pela Administração Pública.

69 BRASIL, 1988.



De outro lado, o posicionamento adotado não deixa de representar um retrocesso, por estar alicerçado em parâmetros próprios de paradigma de Estado já superado e caracterizado pelo clientelismo<sup>70</sup>.

Por fim, o mais relevante, afasta-se a própria aplicação do princípio da participação popular, em prol da aplicação do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937<sup>71</sup>, o que não se afigura uma resposta adequada ao texto constitucional, consoante demonstrar-se-á.

O §1º do art. 216 da Constituição Federal impõe ao Poder Público o dever de promover e proteger o patrimônio cultural brasileiro, tendo expressamente consagrado a necessidade de participação da comunidade na consecução deste objetivo constitucional<sup>72</sup>.

Infere-se do teor do texto constitucional duas implicações de suma importância: a) ao elevar o direito à preservação do patrimônio cultural à condição de direito fundamental, reduz-se a discricionariedade administrativa, posto que ao Poder Público não mais se confere a possibilidade de se eximir em atuar diante da obrigação de promover a tutela ambiental cultural<sup>73</sup>; b) igualmente relevante destacar, que nos termos da Constituição Federal, a comunidade além de titular do direito fundamental, possui também o indeclinável dever de promover a preservação e defesa do patrimônio cultural brasileiro.

Conforme já destacado, a natureza do direito fundamental de proteção ao patrimônio cultural requer diferenciados mecanismos de proteção, a exigir a cooperação de todas as forças sociais para sua consecução, daí resulta a importância da participação popular.

70 Neste sentido, conferir Justen Filho apud Acunha (2012, p. 9) ao analisar as relações entre Estado e indivíduos no paradigma do Estado Social: “A atribuição de incontáveis funções à estrutura estatal produzia não apenas a redução da autonomia privada, mas também da responsabilidade moral do indivíduo. É que a visão ampliada das funções do Estado gerava concepções paternalistas que desoneravam os indivíduos. Significava a irrelevância da participação do particular para promover o princípio da dignidade da pessoa humana e os demais valores fundamentais. Aludir a solidariedade humana tornou-se quase despropositado, em face da ilusão de que algum órgão estatal se encarregaria de atender às necessidades alheias. Sob um certo ângulo, a afirmação de um Estado de Bem-Estar Social trazia consigo uma grande comodidade filosófica: a transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado.”

71 BRASIL, 1937.

72 § 1º - O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação. (BRASIL, 1988)

73 Neste sentido, Antônio Herman Benjamin, defende que a constitucionalização da tutela do meio ambiente implicou em inúmeros benefícios substantivos e formais. Dentre os benefícios de ordem substantiva, menciona a redução da discricionariedade administrativa, a saber: “Daí que ao Estado não resta mais do que uma única hipótese de comportamento: na formulação de políticas públicas e em procedimentos decisórios individuais, optar sempre, entre as várias alternativas viáveis ou possíveis, por aquela menos gravosa ao equilíbrio ecológico, aventando, inclusive, a não ação ou manutenção da integridade do meio ambiente pela via de sinal vermelho ao empreendimento proposto. É desse modo que há de ser entendida a determinação constitucional de que todos os órgãos públicos levem em consideração o meio ambiente em suas decisões (art. 225, caput, e §1º, da Constituição brasileira), adicionando a cada uma das suas missões primárias – não por opção, mas por obrigação – a tutela ambiental. No Brasil, o desvio desse dever pode caracterizar improbidade administrativa e infrações a tipos penais e administrativos.” (2012, p. 101).

Neste sentido, pode-se asseverar que ao lado do dever de proteção do Estado, há deveres fundamentais dos particulares, quanto à defesa e preservação do meio ambiente<sup>74</sup>.

O papel do indivíduo e da sociedade no paradigma do Estado Democrático de Direito tem caráter marcadamente democrático-participativo<sup>75</sup>, segundo o qual se confere a possibilidade aos cidadãos de participação nos processos decisórios<sup>76</sup>, proporcionando um aumento significativo no grau de conformidade, de harmonia entre as políticas públicas e as demandas sociais. Desta feita, a participação da comunidade no que toca à tutela ambiental cultural mostra-se perfeitamente inserida neste contexto.

Neste diapasão, vislumbra-se que a Constituição Federal prevê inúmeros instrumentos por meio dos quais a participação da comunidade poderá se efetivar, das quais se pode mencionar: iniciativa popular de lei<sup>77</sup>, plebiscito<sup>78</sup>, referendo<sup>79</sup>, direito de petição<sup>80</sup>, direito de acesso a informações públicas<sup>81</sup>, estudo prévio de impacto ambiental<sup>82</sup>, participação em conselhos consultivos<sup>83</sup>, ação popular<sup>84</sup>.

Desta forma, a participação popular não se restringe à abstenção da prática de atos que venham a provocar danos aos bens culturais, consistindo igualmente em executar medidas que promovam a proteção do meio ambiente cultural, em participar das políticas públicas ambientais.

Neste sentido<sup>85</sup>:

Com efeito, o texto constitucional assevera uma unidade de cooperação, da mesma forma inovadora, que pede um comportamento social ativo do cidadão em face da coletividade e da necessidade de proteção do patrimônio ambiental. Com isso, exige ou pressiona o Estado na elaboração de normas contemporâneas, voltadas a concretizar essa cooperação nas decisões da esfera ambiental. Portanto, essa norma constitucional, em seu conteúdo, obriga ao exercício de uma cidadania participativa

74 SARLET; FENSTERSEIFER, 2013. p.56.

75 SILVA, 1999. p. 123.

76 Não se pode negar que há diferenças quanto ao grau e mecanismos de participação, decorrentes das particularidades de cada ordenamento jurídico.

77 Art. 14, inciso III da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

78 Art. 14, inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

79 Art. 14, inciso II da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

80 Art. 5º, inciso XXXIV, alínea 'a', da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

81 Art. 5º, inciso XXXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

82 Art. 225, §1º, inciso IV da Constituição Federal (BRASIL, 1988), especialmente no que toca à realização de audiências públicas (Resolução CONAMA nº 09, de 03 de dezembro de 1987).

83 Art. 216, §1º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), cabendo mencionar no que diz respeito à preservação do patrimônio cultural, que nos termos do Decreto nº 6.844/2009 (BRASIL, 2009), o Conselho Consultivo do Patrimônio Cultural tem em sua composição representantes da sociedade.

84 Art. 5º, inciso LXXXIII da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

85 LEITE, 2012. p. 190-191.

e com responsabilidade social ambiental. Tal responsabilidade é uma obrigação com as gerações presentes e futuras, incluindo, obviamente, o uso racional dos bens e a solidariedade.

Ao abordar a questão da necessidade de cooperação, ou seja, função de todos e não apenas do Poder Público, Canotilho alerta que “a unilateral estatização/publicização do bem ambiente conduziria a um Estado de ambiente dissociado da sociedade. O Estado do ambiente seria um Estado autoritário, utilizador de instrumentos coativos, como leis, regulamentos, preceitos administrativos, ordens de polícia, penalizações”.

Com efeito, fica claro que o bem ambiental não pode ser rotulado como bem público, devendo, sim, ao contrário, ser considerado um bem de interesse público, cuja administração e gestão e cujo uso devem ser compartilhados e solidários com toda a comunidade, inspirados em um perfil de democracia ambiental.

E mais, é imprescindível que se frise que o dever fundamental atribuído aos cidadãos não se resume ao controle sobre a atividade desenvolvida pelo administrador e legislador<sup>86</sup>, posto que nele se inclui também a responsabilidade de forma individualizada dos membros da comunidade<sup>87</sup>.

A hipótese retratada no bojo do presente estudo bem exemplifica este aspecto, uma vez que nos casos de imóveis tombados, aos proprietários incumbe o dever de adotar providências visando a sua conservação e manutenção, ressaltando-se que referido dever a eles é atribuído de forma precípua.

Neste sentido, é importante destacar que com o advento do Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937<sup>88</sup>, referido dever fora atribuído aos proprietários dos imóveis tombados, sendo que desde então, a responsabilidade pela omissão no atendimento do comando legal fora analisado sob este enfoque.

---

86 Quanto ao tema, conferir: “Tendo atribuído também à coletividade o dever de defender e preservar o ambiente, o texto do art. 225, caput, da Constituição brasileira propôs a esse dever uma função positiva e negativa, que podem compreender, em uma enumeração apenas exemplificativa, a imposição dirigida aos particulares, no sentido de: a) não degradar os recursos naturais ( dever de não violar); b) promover a sua proteção pelo uso racional desses recursos (cujo fundamento é a necessidade de proteção dos interesses das futuras gerações); c) corresponsabilizar financeiramente a conservação dos recursos naturais; d) usar tecnologias, métodos, técnicas ou processos capazes de mitigar os efeitos negativos da exploração econômica sobre os recursos naturais; e e) impedir que particulares ou que o próprio Estado degrade a qualidade dos recursos naturais.” (AYALA, 2012. p. 422).

87 SARLET; FENSTERSEIFER, 2013. p. 51.

88 Art. 17. As coisas tombadas não poderão, em caso nenhum ser destruídas, demolidas ou mutiladas, nem, sem prévia autorização especial do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, ser reparadas, pintadas ou restauradas, sob pena de multa de cinquenta por cento do dano causado. Parágrafo único. Tratando-se de bens pertencentes à União, aos Estados ou aos municípios, a autoridade responsável pela infração do presente artigo incorrerá pessoalmente na multa. (BRASIL, 1937.)

Contudo, com o advento da Constituição de 1988, quanto referido diploma legal tenha sido por ela recepcionado, a interpretação e aplicação do mesmo não pode ficar dissociada dos comandos constitucionais, havendo que se destacar que o teor do §1º do art. 216 da Constituição Federal<sup>89</sup> deve condicionar a leitura que venha a ser feita da aludida regra.

Desta feita, a omissão do proprietário em providenciar a conservação e manutenção de imóvel tombado não representa simplesmente infração ao mencionado Decreto-lei, implica principalmente inobservância ao dever fundamental atribuído ao cidadão de promover a preservação do patrimônio cultural brasileiro, dever que precisa ser cumprido em benefício das presentes e futuras gerações, fundado na solidariedade.

Ressalte-se que diante da constatação quanto à necessidade de medidas protetivas referentes ao bem tombado, não se confere ao seu proprietário a prerrogativa de livremente escolher se adota ou não as medidas pertinentes.

Diante do dever constitucional de promover a tutela do patrimônio cultural, ao proprietário do imóvel que se omitiu na adoção de medidas preventivas, implicando na configuração do dano ambiental, compete a adoção das providências para a respectiva reparação, inclusive a de enviar esforços para angariar os recursos necessários para tanto.

Neste diapasão, não se mostra legítima a postura do proprietário que de forma discricionária prioriza o atendimento de interesses diversos, em detrimento da proteção ao patrimônio cultural, por contrariar o dever constitucional de que se cuida.

Apenas naquelas hipóteses em que configurada a impossibilidade material quanto à adoção de medidas visando a preservação do bem cultural tombado, caberia ao proprietário realizar a comunicação deste fato ao Poder Público<sup>90</sup>, e por conseguinte, em caso de inércia da Administração e posterior dano ao bem, poder-se-ia cogitar de responsabilidade do Poder Público quanto à reparação do bem, ou seja, restaria comprovada a existência denexo causal.

Poder-se-ia argumentar que se a obrigação de conservação do bem imóvel tombado fora atribuída ao proprietário, se os danos decorrentes desta omissão devem ser a ele imputados, de que forma a participação do Estado seria concretizada no cumprimento do dever constitucional de preservação do patrimônio cultural?

Não se pretende com o presente estudo fazer defesa de entendimento que implique na redução da responsabilidade do Estado no que toca à defesa do meio ambiente cultural, posto que ao Poder Público são conferidas importantes atribuições. O que se rechaça é a adoção de

89 BRASIL, 1988.

90 Art. 19, caput, do Decreto-lei nº 25/1937 (BRASIL, 1937).

interpretação que além de provocar “a *transplantação da responsabilidade social do indivíduo para o Estado*”<sup>91</sup>, implique na inobservância de princípios constitucionais.

Desta feita, além do exercício do poder de polícia, compete ao Estado adotar uma atuação proativa, buscando a adoção de todos os instrumentos que possam contribuir para a efetiva defesa do patrimônio cultural, inclusive com a promoção de medidas que possam resultar na repartição mais adequada dos encargos decorrentes do regime especial a que se submetem os bens culturais.

Dentre estes instrumentos, pode-se mencionar os incentivos fiscais, como a isenção do Imposto Predial Territorial Urbano (IPTU)<sup>92</sup> e os incentivos financeiros, tais como a concessão de empréstimos a juros baixos para a execução de obras de conservação e restauração de bens tombados.

Também constitui importante instrumento na defesa do patrimônio cultural, a celebração de convênios ou outros instrumentos congêneres entre o Poder Público e a iniciativa privada com vistas à conservação dos bens culturais, no bojo dos quais o Estado viesse a contribuir com recursos técnicos, auxiliando a atuação dos particulares.

O Estado somente assumiria diretamente a obrigação de promover as medidas de conservação no imóvel tombado pertencentes a particulares, arcando com os recursos necessários para tanto, nos moldes já explicitados, e nem por isso, a adoção deste entendimento representaria eximir o Poder Público do dever constitucional de proteger o meio ambiente cultural.

Neste particular, entende-se pertinente mencionar o modelo interpretativo de decisão judicial defendido por Ronald Dworkin, trazendo a lume o seguinte trecho<sup>93</sup>:

O modelo distingue entre o direito positivo – o direito nos livros, o direito apresentado nas declarações evidentes das leis e das decisões passadas das cortes – e o direito como um todo, que aceita a estrutura dos princípios da moralidade política, tomados em conjunto como a melhor interpretação do direito positivo. O modelo insiste numa certa compreensão da ideia de interpretação: um conjunto de princípios possibilita a melhor interpretação do direito positivo se ele provê a melhor justificação disponível para as decisões políticas que o direito

91 Ver nota de rodapé 62.

92 Inúmeros municípios adotam este instrumento para auxiliar o particular na preservação dos bens de valor cultural, podendo-se citar: Belo Horizonte (Lei Municipal nº 8.839, de 28 de dezembro de 1990); Rio de Janeiro (Lei Municipal nº 691, de 24 de dezembro de 1984) e Florianópolis (Lei Complementar nº 07, de 18 de fevereiro de 1997).

93 DWORKIN, Ronald. *A Conferência Mccorkle de 1984 – As ambições do Direito para si próprio*, p. 4.

positivo anuncia. Em outras palavras, o modelo possibilita a melhor interpretação caso mostre o direito positivo na melhor luz possível.

Portanto, nesta concepção, a interpretação procura fazer do material a ser interpretado o melhor que ele pode ser, apontando-se duas dimensões.

Primeiramente, a interpretação do direito seria bem sucedida quando venha a justificar as decisões judiciais que forem efetivamente alcançadas, portanto, ela deve adequar-se ao material<sup>94</sup>.

Por outro lado, uma interpretação do direito positivo deve fornecer uma justificação daquele direito, de forma que havendo duas interpretações que sejam adequadas (primeira dimensão), deve-se preferir a interpretação que possibilite uma melhor justificação, sendo de se destacar que a justificação em questão é de moralidade política<sup>95</sup>.

Esclarecedor o seguinte escólio<sup>96</sup>:

A *integridade* demanda a busca da melhor interpretação da prática jurídica, desde as decisões passadas da comunidade de princípios, sempre adequando às escolhas atuais, onde a história assume papel importante na medida do *pressuposto de coerência de princípios* em todo o sistema jurídico que a comunidade faz vigorar. O Direito contém não apenas o limitado conteúdo explícito das decisões passadas, mas, *latu sensu*, a justificativa e o sistema de princípios necessários a tais decisões.

Neste sentido, a história assume suma importância, pois o sistema de princípios deve justificar tanto o *status* quanto o conteúdo das decisões anteriores, uma vez que estas possuem valores morais incorporados, haja vista o direito apreender *conteúdos morais relevantes* em sua prática. Contudo, a *Integridade* não busca recuperar e aplicar as razões políticas anteriores que levaram uma comunidade a tomar uma decisão, aplicando-as em um contexto atual, totalmente diferente, sob pena de incorrer no mesmo erro de desvendar a intenção dos autores da prática jurídica.

Neste quadro, dois momentos interpretativos são importantes. O primeiro consiste na *adequação*: qualquer teoria da interpretação deve levar em consideração as decisões jurídicas anteriores. Seu papel é acrescentar mais um tijolo na construção do muro, de tal forma que a direção que aponte seja a que abarque melhor o edifício já construído. Este passo atende aos critérios de coerência necessários tomada de decisão judicial.

94 Quanto ao tema, ver também Ronald Dworkin em *A Justiça de Toga* (2010. p. 22-25).

95 Vale conferir: "Também para Ronald Dworkin, a correção normativa possui um caráter deontológico. A moralidade política de uma comunidade se fundamenta racionalmente, sendo mais que uma mera expressão de vontades, gostos, preferências ou interesses de determinados indivíduos, grupos ou classes sociais." (SCOTTI, 2013. p. 8)

96 SILVA; FERREIRA, p. 10-11.

[...]

O segundo passo consiste na *justificação*: explicação de qual das leituras possíveis do texto, título e decisão se apresenta melhor à obra em desenvolvimento, depois de analisados os critérios de *adequação*. Fazer emergir a melhor *justificação*, dentre as propostas adequadas à *integridade*, resgata a dimensão substantiva da prática jurídica, pois irá considerar a *firmeza da visão* em que se apóia a tese esboçada pelo magistrado.

No que pertine ao caso em estudo, vislumbra-se que a escolha entre as diversas abordagens possíveis tem consequências relevantes, posto que a depender do posicionamento que se adote, pode-se a pretexto de concretizar o direito fundamental de preservação do patrimônio cultural afastar-se a aplicação de outros princípios constitucionais, quando na verdade não se verifica qualquer incompatibilidade entre eles.

No caso específico em análise, entende-se que a melhor interpretação do direito positivo é aquela que se inclina no sentido de reconhecer que os princípios nunca podem ser considerados isoladamente, via de consequência, que a imputação da responsabilidade do Estado deve necessariamente ser apreciada tendo em conta o princípio da participação popular, bem como o princípio da função social da propriedade, como adiante demonstrar-se-á.

Portanto, depreende-se que as regras previamente estabelecidas - art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937<sup>97</sup> - devem ser interpretadas à luz dos princípios constitucionais inseridos na Constituição de 1988, para que se possa configurar a fundamentação racional das decisões judiciais<sup>98</sup>.

E neste contexto, o controle judicial que se exerça sobre controvérsia versando sobre o tema deve obrigatoriamente considerar o atual arcabouço constitucional, em particular, o princípio da participação popular, razão pela qual se conclui que na análise acerca da responsabilidade pela conservação dos imóveis da Santa Casa de Misericórdia do Recife, a atividade jurisdicional não representou a concretização dos princípios constitucionais aplicáveis.

### 3.2 Princípio da função social da propriedade

Primeiramente, cumpre asseverar que a vetusta noção de propriedade não mais subsiste<sup>99</sup>, passando a revestir-se de um sentido

97 BRASIL, 1937.

98 Pertinente a transcrição dos ensinamentos de Scotti (2013, p. 7): “Em que pese a adoção da terminologia do realismo moral, Dworkin se vale de uma postura construtivista para lidar produtivamente com o princípio hermenêutico, de modo a não permitir que as tradições se legitimem de maneira autônoma e acrítica, pois exige a reflexividade ética com base em uma noção universalista de direitos fundamentais ou humanos.”

99 Neste sentido: “Concebida como direito fundamental, a propriedade não é, contudo, aquele direito que possa erigir-se na suprema condição de ilimitado e inatingível. Daí o acerto do legislador em proclamar,

cada vez menos individual, à medida que sua utilização somente se legitima quando também atenda ao interesse social<sup>100</sup>.

Neste sentido, a Constituição Federal estabelece no inciso XXIII do art. 5<sup>o</sup><sup>101</sup> e inciso III do art. 170<sup>102</sup> que a propriedade deverá atender a sua função social<sup>103</sup>. Isto posto, há que se ressaltar que a função social também abrange a dimensão ambiental, cultural.

Em sintonia com o texto constitucional, o teor do §1<sup>o</sup> do art. 1.228 do Código Civil<sup>104</sup>, que inclusive destaca a necessidade de preservação do patrimônio histórico e artístico, a saber:

O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

Quanto ao tema, mostra-se pertinente destacar célebre acórdão de 1942 do Supremo Tribunal Federal, mencionado por Miranda<sup>105</sup>, que além de analisar a constitucionalidade do Decreto-lei n<sup>o</sup> 25, de 1937, reconheceu a função social dos bens culturais, a saber:

O Decreto-Lei n. 3.365, de 21 de junho de 1941, lei de desapropriações, contemplando entre as hipóteses que prevê, a preservação dos monumentos históricos, deve ser entendido nos termos da lei especial, ou seja, o Decreto-Lei n. 25, de 30 de novembro de 1947; a desapropriação

---

de maneira veemente, que o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. Isso significa que a propriedade não mais ostenta aquela concepção individualista do Código Civil de 1916, direcionado a uma sociedade rural e agrária, com a maior parte da população vivendo no campo.” (MILARÉ, 2004. p. 146).

100 No que diz respeito ao patrimônio cultural, é importante destacar que a Carta de Atenas, de outubro de 1931, resultante de Conferência promovida pelo Escritório Internacional de Museus da Liga das Nações (antecessor da UNESCO), que tratava acerca da proteção dos monumentos, especificamente no item II que versava sobre administração e legislação dos monumentos históricos reconhecia a existência de um direito da coletividade em relação à propriedade privada, bem como a necessidade de sacrifícios a que estariam sujeitos os proprietários em benefício da coletividade, verbis: “A conferência aprovou unanimemente a tendência geral que consagrou nessa matéria um certo direito da coletividade em relação à propriedade particular. Em consequência, aprovada a tendência geral dessas legislações, a conferência espera que elas sejam adaptadas às circunstâncias locais e à opinião pública, de modo que se encontre a menor oposição possível, tendo em conta os sacrifícios a que estão sujeitos os proprietários, em benefício do interesse geral.”

101 Art. 5<sup>o</sup> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXIII - a propriedade atenderá a sua função social; (BRASIL, 1988).

102 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... III - função social da propriedade; (BRASIL, 1988).

103 Acrescente-se que os arts. 182, §2<sup>o</sup> e 186 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), em relação à propriedade urbana e rural, respectivamente, reafirmam a necessidade do cumprimento da função social, apontando, inclusive quais parâmetros servem para orientar a conclusão quanto ao cumprimento do dever constitucional, o que corrobora a concepção de limitação e redefinição do conceito do direito de propriedade.

104 BRASIL, 2002.

105 (2006. p. 6). Trata-se do julgamento da Apelação Cível n<sup>o</sup> 7.377, que visava a declaração de nulidade do ato de tombamento federal de um imóvel localizado na Praça Quinze de Novembro, no Rio de Janeiro.



dos monumentos históricos tombados compulsoriamente não é obrigatória e sim facultativa, sendo constitucionais as disposições de lei ordinária a respeito.

A legalidade do tombamento dos monumentos históricos pode em cada caso, e deve, ser apreciada pelo Poder Judiciário

A conservação dos monumentos históricos e objetos artísticos visa um interesse de educação e de cultura; a proibição legal de os mutilar, destruir ou desfigurar está implícita nessa preservação; a obrigação de conservar, que daí resulta para o proprietário, se traduz no dever de colaboração desse interesse público.

É a necessidade ou conveniência da conservação dos monumentos históricos e objetos de arte, que pode não convir ao proprietário, o fundamento da legislação especial a respeito. Existe em tais coisas algo que supera o interesse do dono. Destacar esse interesse público para protegê-lo, ainda que reduzindo as faculdades do proprietário, está ao alcance do legislador ordinário com base na atual constituição.

A propriedade social concretiza uma concepção jurídica aplicada para fundamentar a legalidade da proteção aos monumentos históricos e objetos de arte, indicando a existência de um degrau do desenvolvimento progressivo do direito de propriedade em um sentido cada vez menos individual; diz-se que em tais monumentos e objetos, em poder dos particulares, existem duas partes distintas: a intelectual – ou seja, o pensamento do artista, o ideal que lhe encarnou - e a material - isto é, esta mesma forma que lhe serviu para fixar o seu pensamento, o seu ideal. A primeira pertence à sociedade, que a deve proteger; somente a segunda pertence à propriedade privada, gravada de servidão.

A expropriação importa na perda de um direito de propriedade, o qual se transforma num direito de crédito que compensa aquele e reintegra o patrimônio do proprietário, consistindo pois numa venda forçada; há limitações ao direito de propriedade que, embora fundadas no interesse público, não exigem a desapropriação, porque nem toda lesão ao direito individual, em nome do interesse público, constitui desapropriação; o seu característico consiste na transferência da propriedade do legítimo titular para quem vá promover o bem geral.

Quando o Poder Público retira ao particular a propriedade o faz por meio de expropriação; se porém, apenas a limita não precisa recorrer a essa providência.

Verifica-se, portanto, que o direito à propriedade foi redimensionado, sendo que no atual paradigma constitucional, conquanto o aludido direito

figure como direito fundamental, a função social passa a representar o estabelecimento da conformação ou limitação do direito<sup>106</sup>.

Ora, esse novo regime do direito de propriedade necessariamente há que ser considerado na solução das controvérsias levadas à apreciação do Poder Judiciário, posto que em decorrência de expressa previsão constitucional, o exercício do direito individual de propriedade reclama o cumprimento da função socioambiental.

Os bens ambientais, categoria na qual se inserem os bens culturais, quer sejam públicos ou privados, revestem-se de um especial interesse decorrente do reconhecimento coletivo quanto à necessidade de preservação em face do valor cultural<sup>107</sup>, razão pela qual aos proprietários dos bens culturais, e na hipótese em exame, dos imóveis tombados, exsurge a obrigação de conservar.

Com o propósito de assegurar a proteção ao patrimônio cultural, restringe-se o exercício de outro direito fundamental<sup>108</sup>, ajustando-se os interesses do titular da propriedade às funções social e ambiental que lhe são inerentes<sup>109</sup>.

106 MENDES; COELHO; BRANCO, 2008. p. 422.

107 "Em conclusão, o bem cultural – histórico ou artístico – faz parte de uma nova categoria de bens, junto com os demais ambientais, que não se coloca em oposição aos conceitos de privado e público, nem altera a dicotomia, porque ao bem material que suporta a referência cultural ou importância ambiental – este sempre público ou privado –, se agrega um novo bem, imaterial, cujo titular não é o mesmo sujeito do bem material, mas toda a comunidade. Este novo bem que surge da soma dos dois, isto é, do material e do imaterial, ainda não batizado pelo Direito, vem sendo chamado de bem de interesse público, e tem uma titularidade difusa, e talvez outro nome lhe caiba melhor, como bem socioambiental, porque sempre tem que ter qualidade ambiental humanamente referenciada." (SOUZA FILHO, 2009. p. 24).

108 ADMINISTRATIVO. TOMBAMENTO. CONCEITO DE BEM VINCULADO A "FATOS MEMORÁVEIS DA HISTÓRIA PÁTRIA" E DE "EXCEPCIONAL VALOR ARTÍSTICO". NULIDADE, NO CASO, CARACTERIZADA. I - O TOMBAMENTO E A DESAPROPRIAÇÃO SÃO MEIOS DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO, CONSISTENTES EM ATOS ADMINISTRATIVOS, QUE TRADUZEM A ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO MEDIANTE A IMPOSIÇÃO DE SIMPLES RESTRIÇÃO AO DIREITO DE PROPRIEDADE OU PELA DECRETAÇÃO DA PRÓPRIA PERDA DESSE DIREITO. O TOMBAMENTO LOCALIZA-SE "NO INÍCIO DUMA ESCALA DE LIMITAÇÕES EM QUE A DESAPROPRIAÇÃO, OCUPA O PONTO EXTREMO" (J. CRETELLA JUNIOR). II - AS RESTRIÇÕES OU LIMITAÇÕES AO DIREITO DE PROPRIEDADE, TENDO EM CONTA A SUA FEIÇÃO SOCIAL, ENTRE AS QUAIS SE INSERE O TOMBAMENTO, DECORRE DO PODER DE POLÍCIA INERENTE AO ESTADO, QUE HA DE SER EXERCITADO COM ESTRITA OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE E SUJEIÇÃO AO CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO. CABE A ESTE DIZER, A VISTA DO CASO CONCRETO, SE SE TRATA DE SIMPLES LIMITAÇÃO ADMINISTRATIVA OU DE INTERDIÇÃO OU SUPRESSÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE, HIPÓTESE ESTA QUE SO PODE SER ALCANÇADA POR MEIO DE DESAPROPRIAÇÃO. III - CONSTITUIÇÃO FEDERAL, ARTS. 5., XXII, XXIII E XXIV, E 216, PAR. 1. DECRETO-LEI N. 25, DE 30.11.37, ARTS. 1., 7. E 19. DECRETO-LEI N. 3.365, DE 21.06.41, ART. 5., LETRAS "K" E "L". IV - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp 30519/RJ, Rel. Min. Torreão Braz, 2a. T, DJ 20.06.1994. p. 16.007).

109 "A proteção ambiental transporta um conteúdo econômico muito forte, na medida em que muitas vezes a implementação da proteção ambiental ocasiona limitação ao exercício do direito de propriedade, da autonomia privada e mesmo da livre iniciativa. Há, portanto, um conflito entre proteção do ambiente e direito de propriedade. O reconhecimento de uma função social e de uma função ecológica da propriedade, como fez o constituinte brasileiro de 1988 (art. 5º, XXIII, 170, III e VI, e 186, caput e II), acaba por revelar uma ordem jurídico-econômica vinculada ao dever de um desenvolvimento sustentável, em que, para a consecução do objetivo constitucional de tutela do ambiente, o direito de propriedade necessariamente

O cumprimento da função social da propriedade abrange tanto a observância das limitações decorrentes das abstenções, como a imposição ao proprietário de comportamentos positivos<sup>110</sup>.

Neste diapasão, vislumbra-se que a função social da propriedade é um dever atribuído precipuamente ao proprietário<sup>111</sup>.

No que toca aos bens tombados, para que se cumpra a função social, deve o proprietário envidar esforços para a conservação do bem. Trata-se de uma obrigação, e não uma faculdade, que o titular poderia atender conforme sua conveniência e oportunidade.

Neste sentido, importante conferir:

De tal sorte, conforme já assinalado anteriormente, o dever fundamental de proteção ambiental, além de conter obrigação de cunho negativo, a qual determina a abstenção de práticas degradadoras da qualidade ambiental, exige também comportamentos positivos dos atores privados (pessoas físicas e jurídicas), impondo a adoção de condutas específicas no sentido de prevenir, precaver e reparar qualquer forma de degradação do ambiente que esteja relacionada ao exercício do direito de propriedade (e da posse), cabendo, inclusive, o controle externo (extrajudicial e judicial) pela coletividade e pelo Estado a respeito do cumprimento das finalidades socioambientais por parte do proprietário (ou possuidor).<sup>112</sup>

Compreender a obrigação de conservação do bem tombado como um dever fundamental decorrente do texto constitucional torna incompatível a concepção quanto à fixação de um sistema de preferências em que o proprietário venha a conferir prioridade ao atendimento de outras necessidades em detrimento do cumprimento do dever constitucional, como pretendia a Santa Casa de Misericórdia do Recife ao tentar se eximir da responsabilidade na reparação do dano ambiental, ao suscitar a existência de outras prioridades a atender com os recursos de que dispunha.

Ao admitir que o proprietário deixe de cumprir o dever de preservação do patrimônio cultural, por meio do qual ele cumpre a

---

sofrerá limitações. Tal ideia é reforçada inclusive pelos artigo 225 da CF88, ao atribuir não apenas ao Poder Público o dever de proteger o ambiente, mas também aos particulares, o que resulta na configuração de deveres fundamentais de proteção do ambiente que limitam e conformam o conteúdo do direito de propriedade (e da posse)." (SARLET; FENSTERSEIFER, 2013. p. 327)

110 "Assim, os proprietários de bens culturais devem exercer o direito sobre eles não unicamente em seu próprio e exclusivo interesse, mas em benefício da coletividade, observando-se todo o regramento constitucional e legal sobre a proteção do patrimônio cultural, sendo precisamente o cumprimento da função social que legitima o exercício do direito de propriedade pelo titular. Para o alcance da função social, ambiental e cultural da propriedade, pode valer-se o Poder Público de instrumentos inclusive que imponham ao proprietário comportamentos positivos (não meramente de abstenção), para que sua propriedade concretamente se adapte à preservação do meio ambiente cultural." MIRANDA, 2012. p. 273.

111 Ayala (2012. p. 428) defende que a função social da propriedade não pode ser concebida como ônus exclusivo imposto ao proprietário, mas que ainda assim, subsiste como condição de dever atribuído primeiro ao mesmo.

112 SARLET; FENSTERSEIFER, 2013. p. 262-263.

função social, na sua dimensão ambiental, o julgador considera apenas o sentido literal da lei, deixando de concretizar relevantes princípios que a Constituição Federal consagrou expressamente.

Consoante já ressaltado, por certo que há hipóteses em que o proprietário não terá efetivamente condições financeiras para adotar as medidas de conservação do imóvel tombado, casos em que deverá comunicar o Poder Público, a teor do que dispõe o *caput* do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937<sup>113</sup>.

Em face desta comunicação, compete ao Poder Público realizar uma averiguação quanto às assertivas do particular, que caso confirmadas, despertam a necessidade de intervenção estatal, a fim de promover a preservação do patrimônio cultural<sup>114</sup>.

Eventual dano ao bem tombado decorrente da inércia administrativa configura a responsabilidade civil ambiental estatal, conforme já esposado.

De outro lado, verificando-se a possibilidade do proprietário cumprir o dever de preservação do imóvel, ainda que o cumprimento de tal objetivo constitucional não corresponda às suas prioridades, proceder à transferência da responsabilidade ao Poder Público significa pura e simplesmente eximir o proprietário de dar cumprimento à função social.

A leitura a ser construída quanto à aplicação do teor do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937<sup>115</sup>, deve necessariamente considerar o suporte principiológico previsto na Constituição Federal aplicável à tutela ambiental cultural<sup>116</sup>. Sendo assim, inevitável a discussão acerca

113 BRASIL, 1937.

114 Neste particular, cumpre salientar que a legislação não estabelece quaisquer parâmetros a serem observados pelo Poder Público quando da avaliação acerca da existência ou não de condições do proprietário realizar as medidas necessárias à conservação do bem. Sendo assim, vislumbra-se que em cada caso deverá ser realizada uma análise minuciosa das condições financeiras do proprietário do bem tombado e do montante necessário para a realização das obras, averiguando-se a compatibilidade entre estes dois fatores. Diante de todos os pressupostos de fato e de direito pertinentes à hipótese, deverá o Poder Público por meio de uma motivação explícita e congruente decidir quanto à pertinência em assumir diretamente a realização das medidas de conservação e reparação necessárias à preservação do patrimônio cultural brasileiro.

115 BRASIL, 1937.

116 Pode-se mencionar, ainda, outra hipótese em que a interpretação do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937 (BRASIL, 1937), sem que se observe o texto constitucional pode conduzir a resultados flagrantemente atentatórios aos direitos fundamentais. Como já mencionado, caso o proprietário não possua condições financeiras, deve comunicar o Poder Público, para que este adote as medidas voltadas à conservação do bem tombado. O Poder Público no prazo de seis meses executará as obras necessárias ou providenciará para que seja feita a desapropriação da coisa tombada. O §2º do art. 19 do aludido diploma prevê que a inércia da Administração, permite que o proprietário venha a requerer o cancelamento do tombamento do bem cultural, verbis: “§ 2º À falta de qualquer das providências previstas no parágrafo anterior, poderá o proprietário requerer que seja cancelado o tombamento da coisa.” Ora, conquanto o Decreto-lei nº 25, de 1937, tenha em linhas gerais sido recepcionado pela Constituição Federal, a possibilidade de cancelamento do tombamento decorrente da omissão do Poder Público em promover as medidas destinadas à conservação do bem não se sustenta frente ao atual ordenamento constitucional que prevê o direito à preservação do patrimônio cultural brasileiro como direito fundamental, com todas as implicações decorrentes deste reconhecimento. Neste sentido, há redução da discricionariedade administrativa, não se podendo cogitar da existência de faculdade do Poder Público quanto à adoção ou não de medidas

da função social da propriedade e suas implicações quanto à preservação do patrimônio cultural brasileiro.

Quanto ao tema, vale proceder a seguinte leitura<sup>117</sup>:

Desse modo, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é de se requerer do Judiciário que tome decisões que, ao retrabalharem construtivamente os princípios e regras constitutivos do Direito vigente, satisfaçam, a um só tempo, a exigência de dar curso e reforçar a crença tanto na legalidade, entendida como segurança jurídica, como certeza do Direito, quanto ao sentimento de justiça realizada, que deflui da adequabilidade da decisão às particularidades do caso concreto.

Para tanto, é fundamental que o decisor saiba que a própria composição estrutural do ordenamento jurídico é mais complexa que a de um mero conjunto hierarquizado de regras, em que acreditava o positivismo jurídico: ordenamento de regras, ou seja, de normas aplicáveis à maneira do tudo ou nada, porque capazes de regular as suas próprias condições de aplicação na medida em que portadoras daquela estrutura descrita por Kelsen como a estrutura mesma da norma jurídica: “Se é A, deve ser B.” Ora, os princípios são também normas jurídicas, muito embora não apresentem essa estrutura. Operam ativamente no ordenamento ao condicionarem a leitura das regras, suas contextualizações e inter-relações, e ao possibilitarem a integração construtiva da decisão adequada de um *hard case*. Os princípios, ao contrário das regras, como demonstra Dworkin, podem ser contrários sem ser contraditórios, sem se eliminarem reciprocamente.

Neste diapasão, se duas regras entram em conflito, uma delas não pode ser válida. Os princípios, por sua vez, possuem uma dimensão

---

protetivas. No atual patamar de desenvolvimento dos direitos fundamentais, a inércia administrativa quanto ao cumprimento do dever constitucional de preservação do patrimônio cultural pode acarretar a ocorrência de responsabilidade civil ambiental do Estado. Se o bem possui relevância cultural a ponto de ter sido objeto de tombamento, a inércia da Administração não pode ser causa para a retirada da proteção especial. Aliás, no julgamento de primeira instância referente aos bens tombados de propriedade da Santa Casa de Misericórdia do Recife, o julgador cogitou a possibilidade de cancelamento do tombamento, como se percebe do seguinte trecho: “julgo procedentes os pedidos desta ação e condeno o Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional-IPHAN, no prazo fixado no § 1º do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 30.11.1937, sob às expensas da União, a dar início às obras de restauração do imóvel em questão, ou desapropriar mencionado imóvel para tal fim, ou então cancelar o respectivo tombamento, sendo que, caso escolha uma das duas primeiras opções, fica a União, à luz do mencionado dispositivo legal c/c o respectivo § 3º, condenada a disponibilizar, dentro do mesmo prazo, a quantia necessária para tal fim, sob pena de os responsáveis pela administração do referido Instituto e da União serem responsabilizados no campo da improbidade administrativa, funcional e criminalmente.”. Isto posto, entende-se que admitir a aplicação do §2º do art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937, permitindo o cancelamento do tombamento em decorrência da inércia do Poder Público ou de mera conveniência seria malferir o teor do §1º do art. 216 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), que reconhece o direito fundamental à preservação do patrimônio cultural. Se o bem comprovadamente reveste-se de relevância cultural, não há como retirar a proteção especial a ele conferida, posto que a proteção de tais valores está diretamente relacionada ao dever de solidariedade, cabendo a sua preservação para as presentes e futuras gerações.

117 CARVALHO NETTO, 2004. p. 38-39.

diversa das regras, a que Dworkin denominou de dimensão de peso ou importância, desta forma, quando os princípios se inter cruzam, aquele que solucionará o conflito deverá ter em consideração a força relativa de cada um<sup>118</sup>.

São estas as razões pelas quais se defende que decisões judiciais que venham a atribuir ao Estado, a responsabilidade de reparar o dano cultural, com fundamento na interpretação literal do art. 19 do Decreto-lei n. 25, de 1937<sup>119</sup>, acabam por malferir os princípios constitucionais da função social da propriedade e da participação popular. Portanto, a resposta constitucionalmente adequada pressupõe a aplicação dos aludidos princípios.

Conclui-se que na análise da responsabilidade civil em face do dano cultural, o Poder Judiciário ao analisar as particularidades do caso concreto, promovendo a aplicação do teor do art. 19 do Decreto-lei n° 25, de 1937<sup>120</sup>, de forma imprescindível deve considerar os princípios constitucionais (preservação do patrimônio cultural e função social da propriedade), sob pena de afastar a concretização de direitos fundamentais.

## CONCLUSÃO

Este estudo pretendeu, em primeiro lugar, apresentar o conceito de patrimônio cultural, tomando por referência os parâmetros estabelecidos pela Constituição de 1988 que introduziu diversas inovações, das quais se destaca, o respeito à diversidade cultural, por prescrever expressamente a proteção a todos os bens culturais que sejam portadores de referência à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Delimitado o conceito de patrimônio cultural, foi importante demonstrar que o ordenamento jurídico pátrio adota a concepção ampla e unitária de meio ambiente, rechaçando-se a possibilidade de sustentar que a referida premissa esteja vinculada apenas aos bens naturais.

Aspecto de maior relevância diz respeito ao reconhecimento do direito à preservação do patrimônio cultural como direito fundamental e difuso, o que tem o condão de provocar inúmeros benefícios de ordem formal e substancial.

Uma vez estabelecidas estas premissas, relevantes para o desenvolvimento do tema central, para que fosse possível formar convicção acerca de quais seriam os limites da atuação do Poder Judiciário no tocante à responsabilização estatal quanto à reparação de

118 DWORKIN, 2010. p. 42-43.

119 BRASIL, 1937.

120 BRASIL, 1937.

dano ao patrimônio cultural decorrente da omissão no cumprimento do dever de conservação de imóveis tombados pertencentes a particulares, foi necessário apontar as principais características do regime de responsabilidade civil ambiental.

Sempre tomando como referência o arcabouço constitucional, sustentou-se o entendimento de que a responsabilidade civil do Estado é objetiva, inclusive nos casos de omissão, contudo, aplicar-se-iam as excludentes de responsabilidade, uma vez que adotada a teoria do risco administrativo.

Importante reflexo que decorre desta concepção diz respeito à necessidade de comprovação do nexo de causalidade para que configurada a responsabilidade estatal.

Tecidas estas considerações, considerou-se apropriado proceder à análise de um caso concreto, tendo-se feito opção pela decisão proferida por juízo monocrático acerca da responsabilidade pela reparação de dano ambiental a imóveis pertencentes à Santa Casa de Misericórdia do Recife.

Do exame, observou-se, dentre outros aspectos que: a) a atribuição de responsabilidade ao Poder Público foi perpetrada com fundamento no art. 19 do Decreto-lei nº 25, de 1937; b) não se entendeu exigível a comprovação do nexo de causalidade para a configuração da responsabilidade; c) e por fim, não se cogitou da análise dos preceitos constitucionais pertinentes.

Quando a controvérsia acerca da inobservância ao teor do §6º do art. 37 da Constituição Federal fosse suficiente para suscitar questionamento quanto à adequação do tratamento jurídico dado ao caso concreto, percebeu-se que as implicações da decisão judicial seriam bem mais significativas, posto que o atendimento de outros princípios constitucionais restariam ameaçados.

Desta feita, mostrou-se pertinente aprofundar a análise quanto aos princípios da participação popular e da função social da propriedade.

Quanto ao primeiro, chegou-se à conclusão de que a responsabilidade pela proteção ao patrimônio cultural fora atribuída tanto ao Poder Público quanto aos particulares, do que se deduz que deve haver cooperação para que respeitado este direito fundamental.

Nesta perspectiva, no que toca à comunidade, além da necessidade de se conferir a oportunidade de participação dos cidadãos nos processos decisórios, no controle da atividade desenvolvida pelo administrador e pelo legislador, também se vislumbra a existência de deveres fundamentais, inclusive de forma individualizada dos membros da comunidade.

Em relação aos imóveis tombados, infere-se a existência do dever de promover a conservação e manutenção dos bens culturais, não havendo que se cogitar em discricionariedade quanto ao cumprimento desta obrigação, razão pela qual eventual dano

decorrente desta omissão deve ser imputado ao proprietário do mesmo.

Quanto ao segundo princípio, verificou-se que o exercício do direito fundamental à propriedade somente se legitima se cumprida a função social, imposição prevista no bojo de diversos dispositivos constitucionais.

Tendo em conta o objeto do estudo, depreende-se ser obrigação do proprietário adotar as medidas visando à integridade do bem cultural, posto que ao optar por não adotá-las, deixa de atender à função social, na dimensão ambiental, o que impõe a responsabilização em caso de dano.

Sustentar o contrário seria penalizar duplamente a sociedade, posto que primeiramente ela seria lesada em razão do dano ao patrimônio cultural, posto que malferido o direito fundamental à sua preservação. Em seguida, no final das contas, atribuir a responsabilidade ao Poder Público neste contexto, representa, na verdade, atribuir à própria comunidade a obrigação de indenizar o dano, enquanto os responsáveis permanecem impunes e dispensados do cumprimento dos deveres fundamentais decorrentes dos princípios da participação popular e função social da propriedade.

Na análise dos dois princípios, frisou-se que não se desconsidera que há hipóteses em que o dono do imóvel se vê impossibilitado materialmente de cumprir o dever fundamental de proteger o patrimônio cultural brasileiro, dever decorrente do §1º do art. 216 da Constituição Federal<sup>121</sup>.

Em tais hipóteses, reconheceu-se que incumbiria ao Poder Público assumir diretamente a responsabilidade de prover os recursos necessários à manutenção e conservação dos bens, via de consequência, a inércia administrativa poderia ocasionar dano e, por conseguinte, a respectiva responsabilização.

No paradigma do Estado Democrático de Direito, vislumbra-se que o Direito constitui um importante instrumento de transformação da sociedade<sup>122</sup>, tendo o Poder Judiciário um relevante papel na concretização dos direitos fundamentais.

Contudo, como alertado no bojo do presente estudo, há que se exigir que no cumprimento deste objetivo, adote decisões que retrabalhem construtivamente os princípios e regras constitutivos do direito vigente<sup>123</sup>.

Isto posto, conclui-se que a interpretação a ser conferida ao teor do art. 19 do Decreto-lei n. 25, de 1937, deve necessariamente considerar os princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal de 1988,

121 BRASIL, 1988.

122 STRECK, 2008. p.1.

123 CARVALHO NETTO, 2004. p.38.



e por conseguinte, vislumbra-se que os princípios da participação popular e função social da propriedade revestem-se de limites legítimos no controle judicial quanto à responsabilização estatal.

## REREFÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2012. 36 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163> >. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

AYALA, Patryck de Araújo. *O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENJAMIN, Antônio Herman. *Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988*. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

BRASIL. *Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro, 1937. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0025.htm)>. Acesso em: 10 de setembro de 2013.

BRASIL. *Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981*. Brasília, 1981. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998*. Brasília, 1998. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9605.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm)>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

BRASIL. *Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001*. Brasília, 2001. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/leis\\_2001/l10257.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)>. Acesso em: 23 de dezembro de 2013.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Brasília, 2002. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm)>. Acesso em: 18 de outubro de 2013.

BRASIL. Lei Complementar Municipal nº 07, de 18 de fevereiro de 1997. Florianópolis, 1997. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/lei-complementar/1997/0/7/lei-complementar-n-7-1997-consolidacao-das-leis-tributarias-do-municipio-de-florianopolis.html>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei Municipal nº 691, de 24 de dezembro de 1984. Rio de Janeiro, 1984. Disponível em: <[http://www0.rio.rj.gov.br/patrimonio/pastas/legislacao/lei691\\_84.pdf](http://www0.rio.rj.gov.br/patrimonio/pastas/legislacao/lei691_84.pdf)>. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Lei Municipal nº 5.839, de 28 de dezembro de 1990. Belo Horizonte, 1990. Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/mg/b/belo-horizonte/lei-ordinaria/1990/583/5839/lei-ordinaria-n-5839-1990-procede-a-reavaliacao-das-isencoes-incentivos-e-beneficios-fiscais-de-acordo-com-o-art-21-do-ato-das-disposicoes-constitucionais-transitorias-da-lei-organica-do-municipio-de-belo-horizonte.html>>. Acesso em: 05 de janeiro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1001780/ PR. Agravante: União. Agravado: Margaret Marieta Giani Campo e outros. Relator: Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma. Brasília, DF, 27.09.2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 04.10.2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 30519/RJ. Recorrente: União. Recorrido: Maria da Glória Mallet de Souza Aguiar Nina Ribeiro e outro. Relator: Min. Torreão Braz, Segunda Turma. Brasília, DF, 25.05.1994. *Diário de Justiça*, 20.06.1994.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 604725/PR. Recorrente: Estado do Paraná. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, DF, 21.05.2005. *Diário de Justiça*, 22.08.2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 647493/SC. Recorrente: União e outros. Recorrido: Augusto Baptista Pereira-Espólio e outros. Relator: Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma. Brasília, DF, 22.05.2007. *Diário da Justiça*, 22.10.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1856/RJ. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outro. Relator: Min. Celso de Mello, Plenário. Brasília, DF, 26.05.2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 14.10.2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 481110 AgR/PE. Agravante: Usina Petribu S/A. Agravado: União. Relator: Min. Celso de Mello, Segunda Turma. Brasília, DF, 06.02.2007. *Diário da Justiça*, 09-03-2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 22164*. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Plenário. Brasília, DF, 30.10.1995. *Diário da Justiça*, 17.11.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.540/DF. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, Plenário. Brasília, DF, 01.09.2005. *Diário da Justiça*, 03.02.2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 134.297. Recorrente: Estado de São Paulo. Recorrido: Paulo Ferreira Ramos e outro. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma. Brasília, DF, 13.6.1995. *Diário da Justiça*, 22.9.1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. RE 109615/RJ. Recorrente: Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro. Recorrido: Nelma de Castro Dias de Oliveira. Relator: Min. Celso de Mello, Primeira Turma. Brasília, DF, 28.05.1996. *Diário de Justiça*, 02.08.1996.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segundo Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 724.098/RJ. Agravante: Marcos Augusto Sacco. Agravado: Município do Rio de Janeiro. Relator: Min. Teori Zavaski, Segunda Turma. Brasília, DF, 16.04.2013. *Diário de Justiça Eletrônico*, 26.04.2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (5. Região). Embargos Infringentes em Apelação/Reexame Necessário 3866-PE(0009930-90.2003.4.05.8300). Embargante: Ministério Público Federal. Embargado: Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. Relator: Juiz Francisco Cavalcanti, Plenário. Recife, PE. *Diário de Justiça Eletrônico*, 03.04.2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A Hermenêutica Constitucional sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de (organizador). *Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 25-44.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.

CURY, Isabelle. *Cartas Patrimoniais*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: IPHAN, 2004.

DWORKIN, Ronald. A Conferência Mccorkle de 1984 – *As ambições do Direito para si próprio*. Trad. Emílio Peluso Neder Meyer e Alonso Reis Siqueira Freire. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 12 p. (Texto complementar da Disciplina Direito Constitucional de Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

DWORKIN, Ronald. *A Justiça de Toga*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FURLAN, Anderson; FRACALOSSO, William. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (organizadores). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Método, 2005.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do Direito Ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007. 317 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Tutela do patrimônio cultural brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. Análise dos impactos ao patrimônio cultural no âmbito dos estudos ambientais. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

\_\_\_\_\_. O Estatuto da Cidade e os novos instrumentos urbanísticos de proteção ao patrimônio cultural. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA,

Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 169-287.

\_\_\_\_\_. Tutela constitucional do patrimônio cultural brasileiro: o inventário como um novo instrumento de proteção. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 321-349.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 19. ed. rev. São Paulo: Saraiva.

REISEWITZ, Lúcia. *Direito ambiental e patrimônio cultural: direito à preservação da memória, ação e identidade do povo brasileiro*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Aspectos polêmicos em torno do patrimônio cultural. In: RODRIGUES, José Eduardo Ramos; MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. *Estudos de direito do patrimônio cultural*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 5. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. 382 p.

SCOTTI, Guilherme. *A Teoria de Dworkin na perspectiva da Teoria Discursiva do Estado Democrático de Direito*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 10 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

\_\_\_\_\_. *Razão prática, Moral e Direito – uma leitura contemporânea*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 14 p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 10 de janeiro de 2014.

SILVA, Davi José de Souza da; FERREIRA, Luciano Cavalcante de Souza. *A moralidade política na prática judicial em Dworkin*. Disponível em: <[http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/davi\\_jose\\_de\\_souza\\_da\\_silva2.pdf](http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/davi_jose_de_souza_da_silva2.pdf)>. Acesso em 16 de janeiro de 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 16. ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros, 1999.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *Bens culturais e sua proteção jurídica*. 3. ed. revista e atualizada, Curitiba: Juruá, 2009.

SRECK, Lênio Luiz. *A constituição (ainda) dirigente e o direito fundamental à obtenção de respostas concretas*. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/>

bid/PDIprintentd.aspx?pdiCntd=79325&idPublicac... >. Acesso em: 18 nov. 2013.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. revista e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2003.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 663.

---

## OS ÍNDIOS E A CIDADANIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE INTERVENÇÃO DA FUNAI NO ÂMBITO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

---

*Lucimar Hofmann Bogo*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O contexto das ações possessórias; 2 O índio e os paradigmas do Estado De Direito; 2.1 O Estado Liberal e a negação ao índio da condição de sujeito de direitos; 2.2 O Estado Social e o fomento da dependência e da incapacidade; 2.3 O Estado Democrático de Direito – emancipação e reconhecimento da diversidade; 3 O índio e a condição de cidadão brasileiro; 3.1 O Princípio da Cidadania e o direito à preservação do costume indígena; 3.2 A cidadania e o direito fundamental ao desenvolvimento; 4 A atuação estatal na proteção dos interesses indígenas; 4.1 extinção da tutela indígena pela Constituição Federal de 1988; 4.2 Novos contornos da atuação Estatal; 5 Considerações finais; Referências.

**RESUMO:** A condição de indígena no Brasil foi sofrendo alterações conforme se sucederam os modelos de Estado Liberal, Social e Democrático. O paradigma do Estado Democrático de Direito exige a instituição de um processo comunicativo/discursivo que propicie a participação da sociedade civil na definição do interesse público e das políticas públicas. Nesse paradigma, em que o Estado assume um papel regulador, não mais de produtor de bens e serviços, a sociedade civil adquire a titularidade do interesse público. O pluralismo e a diversidade são essenciais ao Estado Democrático de Direito, no qual o direito de cidadania adquire novos contornos, incorporando a necessidade de participação ativa dos cidadãos, que deixam de ser meros clientes do Estado. A Constituição de 1988, em consonância com o paradigma democrático, atribui aos índios a cidadania plena e a capacidade processual, o que significa a emancipação de uma tutela que se fundava na incapacidade. Desde a Constituição de 1988 os índios não são mais tutelados pelo Estado, não cabendo à FUNAI realizar a sua representação judicial.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado Democrático de Direito. Cidadania. Indígena. Ações Possessórias. FUNAI.

**ABSTRACT:** The condition of the indigenous in Brazil has suffered changes as succeeding into the models of a Liberal, Social and Rule of Law State. The paradigm of the Rule of Law State requires the establishment of a communicative/discursive process that allows the participation of civil society in defining the public interest and public politic. In this paradigm, in which the State plays a regulatory role, not anymore as a producer of goods and services, it's the civil society that becomes the owner of public interest. Pluralism and diversity are essential to the Democratic State, in which the right of citizenship acquires new dimensions, incorporating the need for active participation of citizens, who are no longer only clients of the state. The Brazilian Constitution of 1988, in line with the democratic paradigm, assigns the indigenous full citizenship and procedural capacity, which means the emancipation of a guardianship that was based on disability. Since the Brazilian Constitution of 1988 the Indians are no longer protected by the State, not fitting to FUNAI to perform their judicial representation.

**KEYWORDS:** Rule Of Law. Citizenship. Indigenous. Possessory Actions. FUNAI.



## INTRODUÇÃO

Este trabalho pretende efetuar uma reflexão acerca da necessidade e/ou adequação da atuação judicial da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) nas ações judiciais em que um ou mais indígenas se encontrem em qualquer dos polos da relação processual. Para tanto, partirá de uma experiência concreta, em que a Procuradoria Federal Especializada da FUNAI recebeu recomendação do Ministério Público Federal para atuar no feito, após ter declinado do interesse em nome da Fundação indigenista sob o fundamento de que não cabe à FUNAI intervir em ação proposta por índio contra índio, bem como em face da constatação de que se tratava de demanda de caráter individual em que ambas as partes estavam representadas por advogado.

Embora o problema específico registrado fosse passível de superação mediante as razões acima mencionadas, elencadas pela Procuradoria Federal Especializada da FUNAI, um amadurecimento das reflexões se faz necessário a partir de uma nova visão do Estado e de seu papel no que diz respeito aos povos indígenas, a fim de demonstrar que a questão diz respeito a algo muito mais profundo, atinente ao reconhecimento do índio como cidadão brasileiro e às implicações daí advindas.

Assim, após a descrição do caso em estudo, serão abordados os paradigmas do Estado de Direito, na forma vislumbrada pelo filósofo alemão Jürgen Habermas, em paralelo com a condição atribuída ao índio em cada um dos paradigmas: Estado Liberal, Estado Social e Estado Democrático de Direito. O trabalho pretende apontar a insuficiência da classificação de direitos em gerações, tendo em vista que a cada mudança de paradigma os direitos já instituídos ampliam-se, assumindo novos contornos, fato que ocorreu com os direitos de igualdade, que no Estado Democrático passou a agregar o reconhecimento e o respeito à diversidade e à pluralidade, e de cidadania, que mudou completamente de feição, passando a exigir efetiva participação dos cidadãos na escolha dos rumos da nação.

Com relação à cidadania, impõe-se a abertura de um capítulo específico abordando a condição de cidadão do índio brasileiro e as consequências do reconhecimento dessa condição enquanto integrante de um Estado Democrático de Direito. Neste ponto, serão abordados o direito de preservação de sua língua, cultura e tradições, albergado pela Constituição Federal, bem como a relação entre a condição de cidadão e o direito fundamental ao desenvolvimento, visando à emancipação do indígena no plano fático. Tal abordagem tem como escopo demonstrar que a incapacidade atribuída aos índios no passado não tem sustento no Estado Democrático de Direito.

Considerados os novos contornos do direito de cidadania e o reconhecimento do indígena como cidadão pleno e, como tal, sujeito de direitos e deveres no cenário nacional, impende verificar se persiste a tutela preconizada pela legislação anterior à Constituição de 1988 e definir qual deve ser a atuação da FUNAI no caso em estudo diante de tal diploma constitucional e da adoção, já no seu artigo inicial, do regime democrático.

## 1 O CONTEXTO DAS AÇÕES POSSESSÓRIAS

Na Medida Cautelar Inominada n. 5000549-15.2011.404.7202, em trâmite na 2ª Vara Federal de Chapecó, movida pelos indígenas Lurdes Barbosa e Ademir Correia da Silva em face do Cacique da Comunidade da Terra Indígena Xaçepó, Gentil Belino, os autores, representados por advogado constituído, alegaram que teriam sido expulsos pelo Cacique de sua casa, situada no interior da reserva indígena demarcada e onde haviam residido por toda a sua vida, e transportados em um caminhão, com todos os seus móveis, até a reserva indígena de Palmas/PR, onde foram impedidos de entrar pelo Cacique dessa área indígena, tendo ficado, portanto, desabrigados.

Com base em tais afirmações, os autores requereram medida cautelar de reintegração de posse, informando que estariam ajuizando a respectiva ação principal dentro de trinta dias.

A FUNAI, através de sua Procuradoria Federal Especializada, manifestou desinteresse no feito, como sintetizado pelo magistrado:

Intimada, a FUNAI informou não ter interesse em relação à lide. Argumentou que apesar de possuir o dever legal de tutelar os interesses indígenas, não pode intervir nas demandas que envolvem interesses antagônicos de membros da comunidade. Além disso, a FUNAI não pode interferir na organização social e costumes da comunidade indígena, sob pena de violação ao art. 231 da CF/88.<sup>1</sup>

No caso em apreço, o magistrado, afastando a incidência do artigo 109, XI<sup>2</sup>, da Constituição Federal, indeferiu a petição inicial, por entender inexistente a competência da Justiça Federal, ao que o Ministério

1 BRASIL. 2. *Vara Federal de Chapecó*. Ação Cautelar Inominada n. 5000549-15.2011.404.7202. Autores: Lurdes Barbosa e Ademir Correia da Silva. Réu: Gentil Belino. Data de autuação: 31 mar. 2011. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50005491520114047202&num\\_chave=&hash=b9a5b2077117fb4aae0e1dffa8abf3b](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50005491520114047202&num_chave=&hash=b9a5b2077117fb4aae0e1dffa8abf3b). Acesso em: 30 jan. 2014.

2 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar: [...] XI- a disputa sobre direitos indígenas. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

Público Federal interpôs recurso de apelação, apresentando como um dos fundamentos a imprescindibilidade da participação da FUNAI no feito, seja como litisconsorte ativo ou passivo.

Além disso, a Procuradoria da República em Chapecó encaminhou à Procuradoria Federal Especializada da FUNAI a Recomendação n. 05/2011, dando ciência da decisão de:

RECOMENDAR à Procuradoria Federal Especializada da FUNAI em Chapecó, na pessoa da sua Procuradora Federal, para que não deixe de atuar nas demandas judiciais em que se discuta posse e propriedade em Terra Indígena, independentemente das partes envolvidas serem indígenas ou não, sob pena de por em risco a própria razão de existir da FUNAI, ou seja, de "Coordenar o processo de formulação e implementação da política indigenista do Estado brasileiro, instituindo mecanismos efetivos de controle social e gestão participativa, visando à proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas".

Ressalte-se que nesta, como em outras ações semelhantes, os índios, no mais das vezes, tem ido a juízo representados por advogados constituídos, sem solicitar a tutela da FUNAI, seja quando integram o polo ativo<sup>3</sup> ou o extremo oposto<sup>4</sup>.

Por outro lado, há ações judiciais em que a FUNAI é colocada no polo passivo da demanda em razão de seu suposto dever de tutela, o que ocorre especialmente em casos de reintegração de posse, quando os índios invadem área de terceiro não indígena, o qual pleiteia a condenação do órgão público indigenista a realizar a desocupação do imóvel<sup>5</sup>, ou quando o próprio indígena expulso por ordem do Cacique atribui à FUNAI uma omissão relacionada ao dever de tutela, com o intuito de obter indenização<sup>6</sup>.

3 Cf. Reintegração de Posse n. S. Juízo Federal Substituto da 2. Vara Federal de Chapecó. Autores: Antonio Gilmar Ferreira e Marinês de Oliveira. Réus: FUNAI e Idalino Fernandes. Data de Autuação: 08 ago. 2013. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50059277820134047202&num\\_chave=&hash=ad391cbee5fff0cb324ff780a75c19b5](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50059277820134047202&num_chave=&hash=ad391cbee5fff0cb324ff780a75c19b5). Acesso em: 30 jan. 2014.

4 Cf. Ação Ordinária n. 5001470-37.2012.404.7202. Juízo Federal da 2. Vara Federal de Chapecó. Autores: Adilson Jorge Ferreira e outros. Réus: FUNAI e Valmir Fernandes. Data de autuação: 27 fev. 2012. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50014703720124047202&num\\_chave=&hash=1f0bdf5d1000a046e3100504622a1779](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50014703720124047202&num_chave=&hash=1f0bdf5d1000a046e3100504622a1779). Acesso em: 30 jan. 2014.

5 Cf. Reintegração de Posse n. 5000242-68.2010.404.7211. Juízo Federal da 1. Vara Federal de Caçador/SC. Autor: Renar Maçãs. Ré: FUNAI. Data de autuação: 18 mai. 2010. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50002426820104047211&num\\_chave=&hash=3908385263d541eec57275a8e56c339f](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50002426820104047211&num_chave=&hash=3908385263d541eec57275a8e56c339f). Acesso em: 30 jan. 2014.

6 Cf. Ação Ordinária n. 5000826-64.2012.404.7212, em trâmite no Juízo Federal da 1. Vara Federal de Concórdia/SC. Autores: José Alcício Sagjo Pedroso e outros. Ré: FUNAI e União. Data de autuação: 17 maio 2012. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_)

É importante, nesse contexto, estabelecer os limites da atuação da FUNAI, afastando as dúvidas existentes acerca de sua legitimidade e responsabilidade em relação aos atos praticados pelos caciques e demais índios, bem como acerca da forma de intervenção porventura cabível em tais processos.

A questão merece ser refletida à luz do paradigma do Estado Democrático de Direito, bem como do conteúdo fornecido por este novo paradigma aos conceitos de liberdade, igualdade e cidadania, em especial este último, albergado pela Carta Constitucional de 1988 entre seus princípios basilares, porquanto é a partir desse arcabouço conceitual que devem ser interpretados os artigos 231 e 232 da Constituição Federal e o regime tutelar estabelecido pelo Estatuto do Índio<sup>7</sup>.

## 2 OS ÍNDIOS E OS PARADIGMAS DO ESTADO CONSTITUCIONAL

A noção de paradigma foi desenvolvida por Thomas Kuhn, no intuito de conceituar “pressupostos e pontos de vista compartilhados como sendo a fonte da coerência para as tradições da pesquisa normal”<sup>8</sup>. A sua transposição para a seara jurídica se dá na forma de um conjunto de compreensões que representam a “visão mais hegemônica de certa

---

selecionar&acao\_origem=processo\_consultar&acao\_retorno=processo\_consultar&num\_processo=50008266420124047212&num\_chave=&hash=a409b48c19a6c574cd3268f840f24faf. Acesso em: 30 jan. 2014.

7 BRASIL, *Lei nº 6001, de 19 de dezembro de 1973*. Art. 7º Os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta Lei. § 1º Ao regime tutelar estabelecido nesta Lei aplicam-se no que couber, os princípios e normas da tutela de direito comum, independentemente, todavia, o exercício da tutela da especialização de bens imóveis em hipoteca legal, bem como da prestação de caução real ou fidejussória. § 2º Incumbe a tutela à União, que a exercerá através do competente órgão federal de assistência aos silvícolas. Art. 8º São nulos os atos praticados entre o índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena quando não tenha havido assistência do órgão tutelar competente. Parágrafo único. Não se aplica a regra deste artigo no caso em que o índio revele consciência e conhecimento do ato praticado, desde que não lhe seja prejudicial, e da extensão dos seus efeitos. Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes: I - idade mínima de 21 anos; II - conhecimento da língua portuguesa; III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional; IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional. Parágrafo único. O Juiz decidirá após instrução sumária, ouvidos o órgão de assistência ao índio e o Ministério Público, transcrita a sentença concessiva no registro civil. Art. 10. Satisfeitos os requisitos do artigo anterior e a pedido escrito do interessado, o órgão de assistência poderá reconhecer ao índio, mediante declaração formal, a condição de integrado, cessando toda restrição à capacidade, desde que, homologado judicialmente o ato, seja inscrito no registro civil. Art. 11. Mediante decreto do Presidente da República, poderá ser declarada a emancipação da comunidade indígena e de seus membros, quanto ao regime tutelar estabelecido em lei, desde que requerida pela maioria dos membros do grupo e comprovada, em inquérito realizado pelo órgão federal competente, a sua plena integração na comunhão nacional. Parágrafo único. Para os efeitos do disposto neste artigo, exigir-se-á o preenchimento, pelos requerentes, dos requisitos estabelecidos no artigo 9º. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

8 KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006. p. 66.

sociedade, compreendida em certo contexto, num dado período de tempo.”<sup>9</sup>

Um paradigma constitucional reflete a visão de mundo com que se elaboram e/ou interpretam as normas constitucionais, pois, nas palavras de Fernando José Gonçalves Acunha

A sucessão de paradigmas constitucionais do Estado moderno significa, assim, a sucessão de visões, interpretações e pré-compreensões que influencia a concepção que os atores sociais têm da própria Constituição e dos textos jurídicos a serem interpretados. Temas como a legalidade ou o conteúdo da legalidade, ambos de presença marcante em todos os paradigmas comentados, passam por interpretações e reinterpretações capazes de atualizar e modificar o seu sentido, a ponto de significar, hoje, algo completamente distinto daquilo que significaram antes.<sup>10</sup>

Os paradigmas constitucionais, segundo Menelick de Carvalho Netto<sup>11</sup>, referem-se ao Estado de Direito, ao Estado Social e ao Estado Democrático de Direito.

Os portugueses chegaram ao Brasil antes do advento do Estado Constitucional, no período em que governavam os reis absolutistas e não havia separação entre o patrimônio do Estado e o patrimônio do governante, pois o Estado servia apenas para satisfazer os interesses deste. Neste sentido, Acunha, ao discorrer sobre os modelos de administração pública que caracterizaram a evolução do Estado moderno, afirma, em relação ao modelo vigente no *ancien régime*, que “é possível dizer que não existe coisa pública em sentido contemporâneo, visto que o Estado é, em verdade, patrimônio do soberano, uma extensão daquilo que lhe pertence”.<sup>12</sup>

Já na sua concepção moderna, o Estado tem passado por inúmeras transformações, tanto em seu desenho constitucional como na sua forma de administrar e se relacionar com a sociedade civil. Como não podia deixar de ser, a relação do Estado com os primitivos habitantes das terras descobertas também foi sofrendo alterações substanciais de acordo com cada um dos paradigmas adotados.

9 AQUINO JUNIOR, Getúlio Eustáquio de. *Reflexões sobre o direito na pós-modernidade*. In: Publicações da Escola da AGU. Brasília, Advocacia-Geral da União, 2010. p. 150.

10 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 21 out. 2013.

11 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

12 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 36p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 21 out. 2013.

## 2.1 O Estado Liberal e a negação ao Índio da condição de sujeito de direitos

O advento do Estado de Direito, de viés liberal, representou a ruptura com o *ancien régime*, da sociedade medieval, em que vigia o poder absoluto do soberano, tendo surgido a ideia de público e privado como conceitos separados. O Estado era visto com desconfiança e por isso deveria ser mínimo, existindo apenas para possibilitar a liberdade, a igualdade e a propriedade, sendo-lhe reconhecido o exercício de funções de garantia da ordem social, defesa externa e administração da justiça. A igualdade no sentido formal, a liberdade e propriedade no sentido de não mais permitir a escravidão. A igualdade formal significava que a lei se aplica da mesma forma para todos, independentemente das peculiaridades inerentes a cada ser.<sup>13</sup> Na visão de Marés, esses direitos, ainda que mínimos, demoraram a ter aplicação prática, especialmente no Brasil, porquanto

O escravagismo brasileiro do século XIX deixa claro que no Estado Liberal a proclamação pela liberdade não significa mais do que a não-intervenção do Estado na vida econômica do cidadão e suas leis, talvez por isso mesmo são inoperantes para garantir os direitos proclamados. Quer dizer, a liberdade é contratual e negocial muito mais do que liberdade de pensar, de crer e de agir.<sup>14</sup>

No Estado Liberal, buscou-se a limitação dos poderes de atuação do Estado, protegendo-se, assim, o cidadão contra o absolutismo do rei, o que implicava a restrição da atividade administrativa, que era vista como usurpadora da liberdade individual. Para tanto, as Declarações de Direitos consagravam direitos fundamentais, que consistiam em deveres de abstenção pelo Estado. Esses direitos negativos oponíveis ao Estado consagravam essa igualdade formal entre os componentes da sociedade.<sup>15</sup>

Na vigência do Estado Liberal, portanto, não se reconhecia o direito à diferença e o índio, sendo diferente, era destituído de direitos concernentes à cidadania, representando um estorvo ao avanço do processo civilizatório, passível inclusive de extermínio<sup>16</sup>. No Brasil, apenas em 1910, com a criação do Serviço de Proteção ao Índio através

13 Idem.

14 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 81.

15 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 24 out. 2013.

16 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 81.

do Decreto n. 8.072/1910<sup>17</sup>, é que se iniciou a preocupação com a sua proteção, com o objetivo, entretanto, de integração das comunidades indígenas à cultura oficial. Em 1916, sob essa ótica da negação das diferenças, o Código Civil<sup>18</sup> estabeleceu que os índios eram pessoas relativamente incapazes.

A crise que atingiu o modelo Liberal de Estado teve relação direta com o reconhecimento do princípio da igualdade apenas no seu aspecto formal, sem envolver a consideração das particularidades que envolvem os seres humanos, sendo indiferente aos desníveis sociais, o que permitia a exploração dos operários pelos detentores do capital, vez que a economia regia-se segundo as regras do livre mercado. Os explorados começaram a manifestar cada vez maior descontentamento, resultando em situações de conflito, estimulados pelas ideias socialistas e comunistas, e passaram a exigir direitos sociais, em detrimento do direito de propriedade e da autonomia da vontade dos contratantes. Por outro lado, a crise econômica vivenciada após a Primeira Guerra Mundial revelou as nefastas consequências de se deixar o mercado à sua própria sorte, evidenciando a necessidade de intervenção estatal na economia. A Grande Depressão, em 1929, também demonstrou a falibilidade do modelo de Estado Liberal, pois colocou em evidência os riscos a que está submetida a economia regida integralmente pelo mercado. O Estado precisava, portanto, fortalecer-se para assegurar meios de intervenção, a fim de corrigir as distorções provocadas pela autorregulação.

## 2.2 O Estado Social e o fomento da dependência e da incapacidade

O modelo liberal foi substituído pelo paradigma do Estado Social, o qual, pretendendo resolver os sérios problemas criados em face de sua atuação mínima, agigantou-se e passou a interferir nas relações entre particulares, a ser produtor de bens e serviços e a prometer o bem estar social, alterando os conceitos de liberdade e igualdade para buscar o sentido material de igualdade e sobre ele fundar o sentido de liberdade<sup>19</sup>. Nesse contexto, surgiram os direitos sociais, econômicos e

17 BRASIL. *Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910*. Art. 1º O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais, criado no Ministério da Agricultura, Indústria e Commercio, tem por fim: a) prestar assistência aos índios do Brazil, quer vivam aldeados, reunidos em tribus, em estado nomade ou promiscuamente com civilizados; b) estabelecer em zonas férteis, dotadas de condições de salubridade, de mananciaes ou cursos de agua e meios fáceis e regulares de comunicação, centros agrícolas, constituídos por trabalhadores nacionais que satisfaçam as exigencias do presente regulamento. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8072.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

18 *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos (art. 147, n. 1), ou à maneira de os exercer: [...] IV. Os silvícolas. Parágrafo único. Os silvícolas ficarão sujeitos ao regime tutelar, estabelecido em leis e regulamentos especiais, e que cessará à medida de sua adaptação. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

19 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://>



culturais, de natureza positiva, atribuindo-se ao Estado não mais um dever de abstenção, mas de promoção desses direitos. O Estado passou a ser prestador de serviços públicos e a explorar diretamente atividades econômicas, tendo por cliente a sociedade. A propriedade deixou de ser absoluta, devendo exercer sua função social. Sob esse paradigma, os cidadãos eram vistos como conjunto de destinatários dos programas sociais, não como sujeitos, coautores de tais programas.<sup>20</sup>

Os índios passaram a merecer proteção constitucional a partir da Constituição de 1934<sup>21</sup>, mantendo a perspectiva integracionista que orientava a atuação do Serviço de Proteção ao Índio. A criação da FUNAI<sup>22</sup>, em 1967, e a edição do Estatuto do Índio<sup>23</sup>, em 1973, representaram significativo avanço na proteção aos direitos indígenas. Entretanto, essa tutela tinha como fundamento a incapacidade do índio, entendido como um ente incapaz de se adaptar às regras da sociedade vigente.

Com efeito, o Estatuto do Índio, em consonância com o paradigma do Estado Social, possui um capítulo destinado à “Assistência ou Tutela” (capítulo II), no qual determina a aplicação do regime tutelar aos índios e comunidades indígenas “ainda não integrados à comunhão nacional” (art. 7º), ao qual se aplicam “no que couber, os princípios e as normas da tutela de direito comum” (art. 7º, § 1º). A falta de assistência, segundo a referida lei, torna nulos os “atos praticados entre índio não integrado e qualquer pessoa estranha à comunidade indígena” (art. 8º). A tutela coube à Fundação Nacional do Índio, órgão responsável por exercer “os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais”, conforme disposto no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 5.371/67<sup>24</sup>.

Esse paradigma sofreu um colapso por volta da década de 70 do século XX, pois a cidadania passou a ser entendida como um processo que exige a participação efetiva dos cidadãos, reconhecendo-

---

moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242. Acesso em: 13 jun. 2013.

20 Idem.

21 BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Art. 5º. Compete privativamente à União: [...] XIX – legislar sobre: [...] m) incorporação dos silvícolas à comunhão nacional. Art. 129. Será respeitada a posse de terras de silvícolas que nelas se achem, permanentemente localizados, sendo-lhes, no entanto, vedado aliená-las. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A7o34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7%C3%A7%C3%A7o34.htm). Acesso em: 04 dez. 2013

22 BRASIL. *Lei n. 5371, de 05 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

23 BRASIL. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. BRASIL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

24 BRASIL. *Lei n. 5371, de 05 de dezembro de 1967. Autoriza a instituição da “Fundação Nacional do Índio” e dá outras providências*. BRASIL. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.



se paulatinamente a existência do pluralismo como riqueza e não mais como problema.

Para Janaína Penalva:

A crise do Estado de Bem-Estar Social reflete a ideia que se solidifica em um contexto de Estado Democrático de Direito de que o mero assistencialismo (Estado como pai) não forma cidadãos de verdade. Direitos não são dados, são conquistados. A relação do cidadão com o Estado não pode ser paternalista e dependente, a construção e definição de direitos reclama a participação direta dos envolvidos<sup>25</sup>.

Ainda hoje, contudo, no que diz respeito aos índios, o Estado brasileiro mantém resquícios dessa atuação paternalista inerente ao Estado Social, exercendo, em muitos casos, seja através do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, a tutela-incapacidade, que possui como consequência o fomento da cultura da dependência. Ressalte-se que mediante o exercício da tutela-incapacidade o Poder Público nega ao índio a condição de cidadão pleno, negando-lhe a própria dignidade.

Como exemplo dessa cultura de dependência, ainda persistente na prática do Estado brasileiro, podemos citar a decisão proferida na Ação Civil Pública n. 5003983-12.2011.404.7202<sup>26</sup>, ajuizada pelo Ministério Público Federal, visando compelir a FUNAI e a União ao fornecimento de cestas básicas para as famílias da etnia Guarani provisoriamente acampadas na Terra Indígena Toldo Chimbangue, no município de Chapecó, cuja posse pertence aos índios da etnia Kaingang, alegando o precário estado, em termos de moradia e alimentação, em que se encontravam as famílias aludidas.

Entre outras alegações, tais como a sua ilegitimidade passiva em face de que o fornecimento de cestas básicas às pessoas em situação de insegurança alimentar seria obrigação da Companhia Nacional de Abastecimento (CONAB), nos termos do artigo 19 da Lei n. 8.029/90, a FUNAI aduziu a falta de interesse de agir, tendo como um dos fundamentos a inexistência da situação alegada na inicial, não se encontrando tais famílias em situação de insegurança alimentar, nem se registrando qualquer caso de desnutrição ou fome.

Para comprovar suas alegações, a FUNAI juntou aos autos, além de outros documentos, declaração de profissional da área de enfermagem

25 PENALVA, Janaína. *Metodologia da pesquisa aplicada ao direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=195>. Acesso em 17 out. 2013.

26 BRASIL. 2. *Vara Federal de Chapecó. Ação Civil Pública n. 5003983-12.2011.404.7202*. Sentença proferida em 15/04/2013 pela Juíza Federal Substituta, Priscilla Mielke Wickert Piva. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar\\_documento&doc=721366211737692550230000000001&evento=721366211737692550230000000001&key=87949abdd45ed21ece883463da31b238e58ae1720cc0d0019f1971049af523](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=acessar_documento&doc=721366211737692550230000000001&evento=721366211737692550230000000001&key=87949abdd45ed21ece883463da31b238e58ae1720cc0d0019f1971049af523). Acesso em: 30 jan. 2014.

que fazia acompanhamento nutricional na referida área indígena, atestando a inexistência de casos de desnutrição na comunidade, bem como relatório de viagem realizado pelo Setor de Assistência Social da referida fundação pública, contendo a informação de que nenhuma família se encontrava em situação de risco nutricional, bem como que todas as famílias contavam com renda própria, tendo em vista que todos os adultos possuíam alguma ocupação ou recebiam benefício social (aposentadoria rural, bolsa família etc).

A sentença, embora reconhecendo não ter sido comprovada a existência de casos de desnutrição entre os membros do referido grupo social, condenou as rés, em caráter solidário, ao fornecimento de cestas básicas às famílias da etnia Guarani acampadas na Aldeia Toldo Chimbanguê, “*mensalmente, de modo regular e por tempo indeterminado*”. A decisão traduz o esquecimento, pelo Poder Judiciário, de que políticas de fornecimento de cesta básica deveriam ser transitórias e adotar como pressuposto a necessidade do alimentando.

Na atuação do Poder Executivo, pode-se identificar o exercício da tutela-incapacidade na assunção, pelos órgãos da Procuradoria-Geral Federal, da defesa judicial de interesses individuais indígenas de natureza cível, criminal, trabalhista, eleitoral e previdenciária, nos casos especificados na Portaria n. 839/2010<sup>27</sup>, da Advocacia-Geral da União, ainda que tal ato normativo excetue da atuação os casos em que os indígenas ou suas comunidades hajam constituído advogados privados.

O Estado Social, que certamente significou um avanço em relação ao modelo anterior, faliu, justamente, por buscar o extremo antagônico do liberalismo, tentando puxar para si toda a responsabilidade pela produção de bens, pela economia, previdência e implementação de direitos sociais, não tendo sido capaz de manter tal estrutura por muito tempo. A estrutura do Estado tornou-se pesada, morosa e burocrática, já não mais capaz de atender à demanda da sociedade clientelista que se formara. Além disso, segundo Habermas

O paradigma do direito centrado no Estado social gira em torno do problema da distribuição justa das chances de vida geradas socialmente. No entanto, ao reduzir a justiça à justiça distributiva, ele não consegue atingir o sentido dos direitos legítimos que garantem a liberdade, pois o sistema dos direitos apenas interpreta aquilo que os participantes da prática de auto-organização de uma sociedade de parceiros do direito, livres e iguais, têm que pressupor implicitamente. A ideia de

27 BRASIL. *Advocacia-Geral da União. Portaria n. 839/2010*. Publicada no DOU de 21.06.2010. Seção 1, p. 52-53. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?IdAto=254624>. Acesso em: 03 dez. 2013.

uma sociedade justa implica a promessa de emancipação e de dignidade humana.<sup>28</sup>

Conclui-se, portanto, que o predomínio do assistencialismo nesse modelo de Estado trouxe consequências nefastas, por limitar a atuação privada e impedir o exercício da plena cidadania, tendo em vista que colocava os integrantes da sociedade civil em uma condição passiva perante o Estado, como detentores de direitos, mas não como integrantes, participantes e responsáveis pelas decisões que seriam tomadas.

### 2.3 O Estado Democrático de Direito – emancipação e reconhecimento da diversidade

O Estado Democrático de Direito surge como uma reação aos dois paradigmas anteriores. O Estado não deve ser omissivo, mas também não pode retirar a autonomia da sociedade civil, a quem é reconhecida a participação nos processos decisórios. Deixa de haver uma separação absoluta entre a esfera pública e a privada. O Estado sai da esfera de produção, passando a fiscalizar, normatizar e controlar a realização das atividades privadas, ampliando seu raio de atuação na seara fiscalizatória. O Estado prestador dá lugar ao Estado regulador, que deve atuar de forma a manter a harmonia e o equilíbrio entre a atuação do mercado e a manutenção dos direitos individuais e sociais constitucionalmente assegurados, além dos direitos difusos e coletivos, como é o caso do meio ambiente e dos direitos das minorias. Nesse novo paradigma, a sociedade civil adquire a titularidade do interesse público, sendo exigida dos cidadãos maior participação, seja consultiva ou deliberativa, na gestão das políticas públicas, tornando-se imperioso, segundo Habermas<sup>29</sup>, o estabelecimento de um processo comunicativo/discursivo para a participação social na definição de tal interesse.

Segundo Habermas, a legitimidade de uma norma obedece ao princípio democrático segundo o qual, para a formação da norma, deve haver um processo institucionalizado que contemple a ampla participação de todos aqueles que serão por ela atingidos, a fim de que, mediante o intercâmbio de argumentos, possa ser encontrado o consenso em torno do melhor dos argumentos apresentados. Essa legitimidade, daí decorrente, é o que confere dignidade ao ordenamento político, por nele ter sido reconhecida a justiça e equanimidade, pois os destinatários da

28 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 159.

29 HABERMAS, Jürgen. *Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do direito e do estado democrático de direito*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 set. 2013.

norma reconhecer-se-ão também como seus autores, tendo em vista que participaram de seus processos decisórios.

Pela teoria da razão argumentativa, ou da ação comunicativa, Habermas busca superar a ideia, então vigente, de uma racionalidade científica e instrumental. A ética passa a ser argumentativa e a sociedade racional passa a ter como fundamento a relação intersubjetiva, não mais a relação entre sujeito e objeto<sup>30</sup>.

No Estado Democrático de Direito foram consagrados, em âmbito constitucional, os direitos difusos e individuais homogêneos, atendendo à demanda de uma sociedade que deixou de lado a posição cômoda que havia assumido no Estado Social paternalista para passar a reivindicar o reconhecimento dos mais variados direitos, inclusive dos pertencentes a titulares difusos ou que não poderiam ou não teriam força para reivindicá-los, como é o caso do meio ambiente e das minorias. São, portanto, direitos que expressam a solidariedade e a fraternidade.

É corrente no meio acadêmico a ideia de que com a evolução histórica do Estado sobrevieram acréscimos à tábua de direitos fundamentais, entendidos como de primeira, segunda e terceira gerações<sup>31</sup>. Em apertada síntese, poder-se-ia afirmar que os de primeira geração, surgidos no Estado Liberal, estariam relacionados ao direito de liberdade e teriam caráter negativo, por exigirem uma abstenção do Estado, visto com desconfiança; os de segunda geração, surgidos com o Estado Social, teriam caráter positivo, exigindo, em conformidade com esse modelo de Estado Protetor, um caráter positivo, podendo ser tutelados pela coletividade, tais como os direitos sociais e culturais; os de terceira geração seriam os direitos difusos, modalidade que tomou corpo com o advento do Estado Democrático de Direito<sup>32</sup>.

Entretanto, há que ir mais fundo na compreensão de tais direitos, porquanto, como destaca Menelick de Carvalho Neto<sup>33</sup>, as mudanças de paradigmas que implicaram o surgimento do Estado Social e do Estado Democrático de Direito também significaram uma virada hermenêutica, que resultou em profundas modificações nos conceitos de liberdade, igualdade e cidadania, por exemplo. Isso significa que não surgiram apenas direitos novos conforme os paradigmas iam se alterando, mas

30 MILOVIC, Miroslav. *Emancipação com reflexão: Habermas*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=80>. Acesso em: 24 out. 2013.

31 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

32 RORIZ, Rodrigo Matos. *O Direito e a Administração Pública nos paradigmas jurídicos do Estado. Uma abordagem sob a perspectiva da relação Estado x cidadão*. Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3518, 17 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23735>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

33 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

surgiram, isso sim, novas compreensões dos direitos já existentes, que tiveram como consequência a redefinição completa do seu significado.

Assim ocorreu, por exemplo, com os direitos de liberdade e igualdade, que foram redefinidos no Estado Social, passando a agregar, além do seu aspecto formal, uma dimensão material que resultou na ampliação do seu significado e, por conseguinte, na obrigatoriedade de uma atitude positiva do Estado no sentido de garantir a sua materialização, inclusive mediante o condicionamento da propriedade a uma função social. Já no Estado Democrático de Direito esses conceitos estão intrinsecamente relacionados ao conceito de cidadania, que requer a inclusão dos excluídos no conceito de povo e, inclusive, esse novo paradigma requer nova definição, tanto do conceito de cidadania quanto do de povo, pensando-se este como sujeito e não apenas como destinatário dos direitos.

Pode-se afirmar, então, que o que está ocorrendo não é simplesmente uma ampliação da tábua geracional de direitos, e sim uma virada na visão de mundo que norteava os modelos estatais anteriores, a qual, por sua vez, implica a alteração dos paradigmas do próprio constitucionalismo.

Consequência do paradigma do Estado Democrático de Direito, o conceito de democracia também sofreu uma virada hermenêutica ao longo do tempo. Vista por Carl Schmitt como um conceito que exige unicamente a identidade entre governantes e governados, sofreu uma releitura por Chantal Mouffe<sup>34</sup>, que aduz ser justamente a pluralidade, a tensão antagônica entre a lógica da identidade e a lógica da diferença, o elemento que tem feito subsistir o projeto democrático. Nesse redimensionamento, entretanto, o pluralismo não pode ser absoluto, devendo ser estabelecidos alguns limites constitucionais, alguns valores básicos erigidos em princípios, fundamentais para manter o processo democrático e evitar, por exemplo, uma ditadura em que a maioria se imponha e as minorias não possam ter direito de participação<sup>35</sup>. Na doutrina de Carvalho Netto

[...] não há democracia, soberania popular, sem a observância dos limites constitucionais à vontade da maioria, pois aí há, na verdade, ditadura; nem constitucionalismo, sem legitimidade popular, pois aí há autoritarismo.<sup>36</sup>

Desta forma, a democracia é essencial ao constitucionalismo atual porque confere legitimidade ao processo que resultou na edição da lei

34 MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra/ carl Schmitt*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

35 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 13p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 16 out. 2013.

36 Idem.

fundamental, que somente será reconhecida como legítima por um povo que teve participação efetiva na sua elaboração, assentando nela seus princípios básicos de relacionamento. Esse processo democrático é o que garante que cada integrante da comunidade regida por esse instrumento se reconheça como sujeito e coautor da norma da qual é destinatário.<sup>37</sup>

O Estado Social prometia a democracia e a efetividade da cidadania. Entretanto, entendia cidadania apenas no contexto de massa, como objeto dos programas sociais. Assim, os programas eram editados de cima para baixo, sem a participação dos destinatários. O sujeito era o Estado. A experiência foi suficiente para se aprender que não é dessa forma que se dá o acesso à cidadania, pois esse acesso nunca foi concedido pelo Estado Social, apesar da promessa nesse sentido<sup>38</sup>. O Estado Social, de cunho paternalista, gerou apenas dependência.

No Estado Democrático de Direito, a cidadania compreende a materialização do direito de cidadania<sup>39</sup>, que implica não apenas o direito de voto, mas o direito de participar da definição das políticas das quais será destinatário, ou seja, de ser o sujeito dos programas sociais. De acordo com Acunha,

Na nova feição de Estado não se fala de legitimidade, participação e interação com a sociedade apenas como retórica discursiva desprovida de efeitos práticos, mas, em verdade, busca-se um modelo em que os destinatários das normas sejam entendidos como seus autores. Essa é a interseção entre o modelo jurídico-constitucional do Estado Democrático de Direito com a feição econômico-administrativa representada pelo Estado Regulador.<sup>40</sup>

É possível afirmar, portanto, que cidadania incondicional é consequência do paradigma Estado Democrático de Direito e requer ampla participação dos destinatários na formação das normas e não apenas como destinatários delas, a fim de que os destinatários se reconheçam também como coautores e, dessa forma, concedam legitimidade ao sistema normativo. Nessa cidadania incondicional está presente o conceito de diversidade cultural, compreendendo as minorias raciais, culturais e religiosas, bem como os hipossuficientes.

37 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 24 out. 2013.

38 CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

39 Idem.

40 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 24 out. 2013.

A Constituição de 1988<sup>41</sup> reflete esse novo paradigma, ao reconhecer “aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” (artigo 231), colocando a cultura indígena em pé de igualdade com a cultura majoritária, bem como ao assegurar aos índios, suas comunidades e organizações a legitimidade para defender seus direitos e interesses na seara judicial (artigo 232).

O problema que se coloca nesse contexto é relacionado ao papel do Estado como gerador de políticas públicas que incentivem os índios a abandonarem o papel de tutelados para assumirem a perspectiva de emancipação preconizada pela Constituição Federal de 1988, exercendo a cidadania plena.

### 3 O ÍNDIO E A CONDIÇÃO DE CIDADÃO BRASILEIRO

Considerando que a Constituição brasileira de 1988 erigiu, entre seus fundamentos, o princípio da cidadania, é mister inquirir qual a relevância, em relação aos índios, do reconhecimento da importância de tal princípio pelo texto constitucional, pois, como visto, a cidadania plena é requisito para a democracia, estando, portanto, na base do próprio Estado Democrático de Direito. Significa dizer que um Estado que não confere cidadania ampla a seus integrantes, não reconhecendo a diversidade dos grupos étnicos que a compõem, não pode se erigir em Estado Democrático de Direito.

Inicialmente, portanto, é necessário afirmar a condição de cidadãos brasileiros conferida aos indivíduos de etnia indígena integrantes da nação brasileira. Vale dizer que as comunidades indígenas não constituem uma nação à parte, configurando-se, ao contrário, como parte constitutiva deste grande Estado pluriétnico e multicultural denominado República Federativa do Brasil. Tanto é assim que possuem um capítulo da Constituição (Capítulo VIII) tratando do reconhecimento de sua organização social, costumes, crenças, tradições e direito à terra, sob o manto do Estado brasileiro. Tal assertiva está em consonância com o que decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento envolvendo a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, extraído-se da ementa o seguinte excerto:

A Constituição teve o cuidado de não falar em territórios indígenas, mas, tão-só, em “terras indígenas”. A traduzir que os “grupos”, “organizações”, “populações” ou “comunidades” indígenas não constituem pessoa federada. Não formam circunscrição ou instância espacial que se orne de dimensão política. Daí não se reconhecer a qualquer das organizações

41 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Artigos 231 e 232. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.



sociais indígenas, ao conjunto delas, ou à sua base peculiarmente antropológica a dimensão de instância transnacional. Pelo que nenhuma das comunidades indígenas brasileiras detém estatura normativa para comparecer perante a Ordem Jurídica Internacional como “Nação”, “País”, “Pátria”, “território nacional” ou “povo” independente. Sendo de fácil percepção que todas as vezes em que a Constituição de 1988 tratou de “nacionalidade” e dos demais vocábulos aspeados (País, Pátria, território nacional e povo) foi para se referir ao Brasil por inteiro.<sup>42</sup>

Além disso, os índios não ficaram à parte no processo de elaboração da Constituição, que foi chamada de cidadã justamente por ter havido intensa participação popular durante os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, estabelecendo-se, na prática, o processo discursivo preconizado por Habermas, o que conferiu ampla legitimidade ao documento resultante.

O movimento indígena protagonizou ações nos espaços do Congresso, nos gabinetes dos constituintes, nos gramados do Congresso, seja em forma de debates, rituais, celebrações, protestos, ou propostas dos direitos indígenas. Fato inédito na história do país. Nunca antes houvera semelhante mobilização indígena pelos seus direitos nas Constituições. Valeu a pena. Após intensos debates, embates, recuos e avanços, finalmente foi aprovado o Capítulo VIII – “Dos Índios”, no qual se garante os direitos fundamentais dos povos indígenas, particularmente suas terras/territórios e se supera o regime de tutela, reconhecendo aos povos indígenas, suas comunidades e organizações como legítimos para “ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses” (art. 232).<sup>43</sup>

Deve-se considerar, portanto, que a participação ativa vivenciada no processo constituinte demonstrou que os índios veem a si mesmos como cidadãos brasileiros e, como tais, sujeitos de direitos e deveres na ordem constitucional.

Nesse contexto, não é possível concordar com Marés quando afirma que o Estado e as constituições não possuem legitimidade em relação aos povos indígenas “porque eles não viviam, e não vivem, como indivíduo, mas como coletivo e o Estado não contém a dimensão do coletivo”<sup>44</sup>. Como já afirmado, os índios tiveram participação intensa na elaboração da Carta constitutiva da nação brasileira. Além disso, os índios, sem dúvida, possuem existência e vontade individual, não

42 BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, Petição 3388, Rel. Carlos Ayres Britto, Julgamento pelo Plenário em 19.03.2009*. Disponível em: <http://www.jfjus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 03 dez. 2013.

43 HECK, Egon. *Mobilização e conquista dos direitos indígenas na constituinte*. In: constituição 20 anos – caderno de textos. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009.

44 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Juruá: Curitiba, 2008. p. 82.



podendo ser compreendidos somente no seio de uma comunidade, mas como integrantes dela, com anseios próprios e independentes dos anseios da coletividade, apesar de muitas vezes coincidirem com os dos demais integrantes dessa coletividade. O ajuizamento de ações possessórias contra seus próprios caciques demonstra essa tomada de posição no sentido de exigir direitos individuais mesmo no âmbito de uma terra indígena, cuja natureza de ocupação é coletiva.

Estabelecida a premissa de que o componente indígena está inserido no todo maior da nação brasileira, impende dar efetividade ao princípio da cidadania, agora entendido como cidadania participativa. Para tanto, o Estado deve incentivar a autonomia e a assunção, pelos índios, da posição de protagonistas, não mais de vítimas da história. Isso porque é mais fácil, após tanto tempo mantidos sob tutela, aceitar a permanência dessa situação, embora vivendo de forma precária, do que buscar a emancipação, porquanto, na visão de Paulo Freire, o oprimido teme a liberdade, que exige de sua parte o esforço de buscar o preenchimento, com o conteúdo da autonomia, do vazio deixado pela expulsão da sombra dos opressores.<sup>45</sup> Marcon compartilha desse entendimento, ao advertir sobre a necessidade de uma educação emancipatória que neutralize a tendência dos povos indígenas a um aprofundamento das relações de subordinação e de tutela:

O que se observa é que muitas comunidades indígenas, pelo menos no sul do Brasil, vivem o paradoxo apontado por Freire: a busca da libertação por parte de alguns grupos e o desejo de permanecer na condição de tutelado ao Estado, nele buscando não apenas os direitos fundamentais assegurados em lei (saúde e educação), mas também alimentação, distribuída através de cestas básicas. A liberdade, conforme assegura Freire, é uma conquista e exige esforço por parte dos oprimidos para conquista-la. Essa decisão é um pressuposto para a efetivação da emancipação e da cidadania. Neste sentido, sublinha Freire, (1981, p. 57) que é fundamental, para qualquer processo emancipatório, a consciência da vocação para ser sujeito: ‘os oprimidos, nos vários momentos da sua libertação, precisam reconhecer-se como homens, na sua vocação ontológica e histórica de ser mais’<sup>46</sup>.

A autonomia dos cidadãos é fundamental para a concretização do Estado Democrático de Direito, tendo em vista a necessidade de uma participação efetiva em relação à formulação e gestão de políticas

45 FREIRE, Paulo, *Pedagogia do oprimido*. Disponível em <http://forumeja.org.br/files/PedagogiaDoOprimido.pdf>. Acesso em: 13 set. 2013.

46 MARCON, Telmo. *Políticas de educação indígena: da tutela à emancipação*. Disponível em: <http://www.anpae.org.br/simposio2011/cdrom2011/PDFs/trabalhosCompleto/comunicacoesRelatos/0518.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

públicas voltadas ao melhoramento social, a fim de que tais políticas adquiram legitimidade e os beneficiários reconheçam-se também como seus autores.

### 3.1 O princípio da cidadania e o direito à preservação do costume indígena

O reconhecimento aos índios de “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições” é decorrência do princípio da cidadania erigido como base constitucional, significando que, em observância aos preceitos democráticos que garantem o direito à diversidade, o Estado brasileiro abandonou a perspectiva de integração como meta, no sentido adotado até então, e positivado no Estatuto do Índio, concedendo aos indígenas o direito de permanecerem à margem da cultura majoritária<sup>47</sup>.

O paradigma integracionista, adotado pelo Estatuto do Índio (Lei n. 6001/73) é bastante criticado na atualidade, sob o fundamento de que considera o índio uma *categoria social transitória*<sup>48</sup>, conduzindo à sua extinção em face da perda de seus traços culturais destacados, colocando também a descoberto a ideia do indígena como ser inferior na escala evolutiva, como é possível compreender na doutrina de Helder Girão Barreto:

Por seu turno, o art. 4º do Estatuto classifica os índios em “isolados”, “em vias de integração” e “integrados” – de acordo com o menor ou maior contato ou integração à comunidade envolvente – numa perspectiva que designaremos por “paradigma da integração”. Em síntese, segundo este “paradigma”, há estágios de evolução cultural pelos quais os índios (isolada ou coletivamente) passarão, necessária e inexoravelmente. Estágios a partir dos quais seria possível diferenciá-los numa “escala hierárquica” de “menos” ou “mais evoluídos”.

Nesta perspectiva, portanto, o índio é visto como um “ser inferior” que deve ser e precisa ser “integrado à comunhão nacional”. Completada a integração, não será mais considerado “inferior”, mas também não será mais considerado índio e, portanto, não merecerá mais qualquer forma de tutela especial.<sup>49</sup>

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito, segundo o autor, o termo “integração” dá lugar à palavra “interação”<sup>50</sup>, em consonância com

47 SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 46.

48 Idem.

49 BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006. p. 33.

50 Ibidem, p. 101.

a corrente antropológica que reconhece o evolucionismo multilinear, no sentido de que cada civilização segue um caminho diferente em sua evolução, em contraposição ao evolucionismo unilinear, segundo o qual os povos seguem uma escala hierárquica única e linear de evolução, estando os índios ainda numa condição primitiva<sup>51</sup>.

Entretanto, a diversidade de condições em que se encontram os índios do Sul e do Norte do país não pode ser ignorada, tendo em vista que existem ainda comunidades completamente isoladas<sup>52</sup> das demais culturas e outras que convivem de forma muito próxima, inclusive com a adoção de muitos dos costumes da sociedade não índia. Por isso, a situação não pode ser compreendida apenas no plano abstrato, sem levar em consideração as questões inerentes a cada caso, razão pela qual seria oportuna a investigação e reflexão acerca da pertinência da manutenção de tal diferenciação nos dias atuais.

Mesmo entre os indígenas de uma mesma região, as diferenças culturais são uma realidade inegável, como resume Telmo Marcon ao se referir aos índios Kaingang:

Cumprir mencionar, ademais, que, no âmbito das comunidades indígenas, no sul do Brasil, existem muitas disparidades internas, especialmente entre os Kaingang. Hoje, existem indígenas com cursos de graduação e de pós-graduação lato e stricto sensu, enquanto outros permanecem analfabetos; alguns incorporaram a lógica capitalista de produção e outros sobrevivem de atividades esporádicas como diaristas; há os que desenvolvem agricultura mecanizada e outros não tem terra para cultivar e sobrevivem da venda de artesanato; existem os que lutam pela preservação das matas, ao mesmo tempo em que outros se associam a madeireiros. Esses poucos exemplos evidenciam paradoxos de difícil solução.<sup>53</sup>

Por outro lado, a integração, embora não mais passível de ser imposta pelo Poder Público, pode, sim, acontecer, e inclusive ser incentivada pelo Estado, desde que desejada e realizada pelo próprio indivíduo ou grupo indígena. Da mesma forma que não é permitido ao Estado forçar a integração desses grupos, tampouco é permitido forçar o seu isolamento ou a manutenção de costumes que já não fazem parte de sua realidade.

51 BARETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba, Juruá, 2010. p. 36.

52 Cf. Notícia: Funai filma pela primeira vez tribo de índios que vive isolada na Amazônia. UOL, São Paulo. Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2013/08/13/funai-filma-uma-das-tribos-de-indios-que-viviam-isoladas-na-amazonia.htm>. Acesso em: 16 out. 2013.

53 MARCON, Telmo. *Políticas de educação indígena: da tutela à emancipação*. Disponível em: <http://www.apae.org.br/simposio2011/cdrom2011/PDFs/trabalhosCompleto/comunicacoesRelatos/0518.pdf>. Acesso em: 11 set. 2013.

Stefanini aduz, inclusive, a existência de um “direito fundamental à integração”; em nada afetado pelo advento da atual Constituição, defendendo a integração, sem a perda dos elementos étnicos diferenciadores, com o objetivo de oportunizar ao índio “a possibilidade, dentre inúmeras outras, de assumirem a condição de células da vida nacional.”<sup>54</sup>

Essa ideia de que a integração não é sinônimo de perda de identidade já era defendida por Pedro Agostinho anteriormente à promulgação da Constituição de 1988, o qual distingue integração de assimilação, afirmando que somente na ocorrência da assimilação é que os traços culturais indígenas seriam perdidos, porquanto

A condição de integrados dos índios ‘reconhecidos no pleno exercício dos direitos civis’ não exclui a persistência de ‘usos, costumes e tradições característicos de sua cultura’ (art. 4º, III), ou, noutras palavras, não exclui a persistência de alteridade étnica manifestada através de seus atributos culturais.<sup>55</sup>

Para Manuela Carneiro da Cunha, tem ocorrido uma confusão nefasta entre os termos “integração”, que envolve o reconhecimento de direitos de cidadania e de participação no processo político do país<sup>56</sup>, e “assimilação cultural”, que implica a dissolução na sociedade nacional<sup>57</sup>.

Neste ponto, é perceptível o saudosismo de muitos estudiosos das questões indígenas, sejam juristas ou antropólogos. Esse pensamento é retratado por Lucas Alves da Silva no artigo “A História Kaingáng através do Ritual do Kiki”.

Com nostalgia, pensamos: ‘belos tempos em que o índio vivia em harmonia com a natureza, até que o homem branco veio e destruiu tudo’. Sim, o homem branco ‘veio’ e dizimou os povos nativos da América, mas muitas tribos, etnias, nações, ou como se queira chamar, sobreviveram. Esses povos ‘sofreram’ uma assimilação da cultura branca com a sua, mas isso também não quer dizer que eles são menos índios do que aqueles que ‘viviavam em harmonia com a natureza’. Não importa se eles são agricultores sedentários, vivem em casas com antena parabólica. Eles continuam sendo índios, e a história é isso, as mudanças, e temos de aceitá-las. Mesmo que, é claro, isso não impede de acharmos que a vida seria melhor sem essas assimilações.

[...]

54 STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 113.

55 AGOSTINHO, Pedro. *Incapacidade civil relativa e tutela do índio*. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. *O Índio perante o direito (Ensaio)*. 1. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982. p. 68.

56 CUNHA, Manuela Correa da. *Índios no Brasil*. 1. ed., São Paulo: Claro Enigma, 2012. p. 102 e 114.

57 Idem, p. 102.

Os Kaingáng, um povo indígena real, se enquadram perfeitamente no povo hipotético que tentei descrever antes. Aquele povo que, com a chegada do homem branco, foi incorporando à sua cultura a deles e que hoje não vive mais entre as florestas, de caça e coleta. Atualmente – e já faz um bom tempo – eles vivem como agricultores sedentários, plantando para a sua subsistência e também para o comércio nas cidades vizinhas.<sup>58</sup>

O fato é que não é possível, nem desejável, retornar ao passado, devendo-se voltar os olhos para o futuro visando conceber as mudanças necessárias a permitir o exercício da plena cidadania a todos os integrantes da nação brasileira.

Por outro lado, a imagem do índio encontra-se distorcida e estereotipada, o que prejudica a compreensão acerca das peculiaridades de cada povo que compõe esse conceito. Como ensina Marés:

[...] a riquíssima diversidade cultural dos índios no Brasil não foi ainda entendida pela sociedade brasileira. O próprio termo índio, genérico, insinua que todos esses povos são iguais. O senso comum acha que todos têm uma mesma cultura, língua, religião, hábitos e relações jurídicas civis e de família. Esta falsa ideia é disseminada nas escolas através dos livros didáticos, que não raras vezes misturam os índios brasileiros, seus costumes, com os índios norte-americanos que aparecem, também, estereotipados, nos filmes do velho oeste.

O próprio Marés, contudo, demonstra não ter clara essa diferença, porquanto apresenta a mesma visão romanceada, quando afirma, em crítica à Carta Régia de 13 de maio de 1808, contrapondo-se à disposição nela contida de que a sociedade então vigente era pacífica e doce e vivia sob leis justas e humanas:

Esta ideia de que a civilização é pacífica e doce e de que as leis são justas e humanas é recorrente na vida social brasileira desde 1500. O interesse nacional está sempre acima dos interesses dos grupos, ainda quando estes grupos são povos indígenas que vivem em uma sociedade, esta sim, pacífica e doce, humana e justa, mas *diferente*. (grifo no original)<sup>59</sup>

Se havia em 1808 uma errônea percepção da sociedade dominante, denota-se que essa afirmação de Marés, por sua vez, está carregada de uma visão preconcebida do índio como o ser pacífico, doce, humano e justo, condizente com o personagem Peri, da Obra O Guarani, de José de

58 SILVA, Lucas Alves. *A história kaingáng através do ritual do kiki*. Disponível em: <http://seer.cfih.ufsc.br/index.php/scch/article/viewFile/144/193>. Acesso em: 11 set. 2013.

59 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 106.

Alencar, mas que não se coaduna com a realidade das inúmeras aldeias indígenas espalhadas pelo país, cuja diversidade étnica multifacetária demonstra que nem sempre é dessa forma. A afirmação de Marés também esconde uma realidade vivida hoje em grande parte dos aldeamentos, em que esse ideal de humanidade e justiça não é tão facilmente encontrado, tanto que cada vez mais os índios procuram o Poder Judiciário contra seus próprios pares.

Impende ver que, embora a Constituição reconheça o direito à organização própria e determine o respeito aos costumes de cada etnia, não protege as agressões a direitos fundamentais, mesmo que inerentes a essa cultura ou tradição. Sobre o tema, a Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, introduzida no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 5051/2004<sup>60</sup>, em seu artigo 8º, dispõe:

Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. [...]

Desse modo, a política de não-intervenção, alçada ao âmbito constitucional, porquanto destinada a proteger direitos não só coletivos como também individuais, não pode ser invocada para deixar a descoberto a proteção de direitos fundamentais das minorias inseridas dentro dessa coletividade minoritária, pois isso significaria conferir aos caciques um poder de vida e morte sobre seu povo, o que não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, que exige o reconhecimento, às minorias, de mecanismos de proteção de seus direitos que as coloquem em condições de igualdade em relação às maiorias<sup>61</sup>.

### 3.2 A cidadania e o direito fundamental ao desenvolvimento

O preceito constitucional insculpido no artigo 231 da Constituição de 1988<sup>62</sup> caracteriza um direito que pode ser oposto pelos índios ao

60 BRASIL. *Decreto n. 5051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

61 SCOTTI, Guilherme. *Razão prática, moral e direito – uma leitura contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 24 out. 2013.

62 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 04 dez. 2013).

Estado, não o contrário, não podendo ser tal assertiva utilizada para a segregação ou isolamento compulsório dos integrantes das etnias indígenas, nem, tampouco, para impor aos índios a manutenção de seus costumes ancestrais, língua ou tradição.

Aos índios, como aos demais integrantes dos diversos grupos étnicos que compõem a população brasileira, foi reconhecido o direito ao desenvolvimento<sup>63</sup>, que é inerente ao princípio da cidadania e vem mencionado já no preâmbulo da Constituição de 1988<sup>64</sup> como um valor superior, precedente à própria composição do Estado.

O termo “desenvolvimento” vem definido, na Declaração Sobre o Direito ao Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas, de 1986, como

[...] um processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa o constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes.<sup>65</sup>

A República Federativa do Brasil, embora não tenha editado norma específica sobre o direito ao desenvolvimento, erigiu, no artigo 3º, inciso II, de sua Constituição, a garantia do desenvolvimento nacional como um de seus objetivos fundamentais. Assim, para Robério Nunes dos Anjos Filho,

Embora a nossa Constituição não o mencione com todas as letras, ao contrário, por exemplo, da Constituição Portuguesa, é possível afirmar que o direito ao desenvolvimento tem abrigo no direito constitucional brasileiro. Em outras palavras, à luz da atual Constituição da República Federativa do Brasil é possível concluir que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental que integra o nosso ordenamento jurídico-positivo.<sup>66</sup>

63 Sobre o direito ao desenvolvimento, segundo Robério Nunes dos Anjos Filho, “[...] foi o jurista senegalês Keba M’Baye quem por primeiro utilizou a expressão, quando proferiu a conferência inaugural do Curso de Direitos Humanos do Instituto Internacional de Direitos do Homem de Estrasburgo em 1972, a qual terminou publicada com o título de O direito ao desenvolvimento como um direito do Homem”. Cf. ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 196.

64 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Preâmbulo. Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 03 dez. 2013).

65 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 15 jan. 2014.

66 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 268.

A adoção no plano interno brasileiro de um direito fundamental ao desenvolvimento está implícita na adoção do regime democrático, bem como na base principiológica na qual se sustenta a Constituição e nos tratados internacionais assinados pela República Federativa do Brasil.<sup>67</sup> De acordo com o Prof. Gustavo Henrique Justino de Oliveira, “reconhece-se no direito brasileiro um direito ao desenvolvimento, qualificado como direito fundamental decorrente, nos termos do § 2º do artigo 5º da Constituição da República”.<sup>68</sup>

É possível ir mais longe, afirmando que o direito ao desenvolvimento está na própria base do Estado Democrático, que sem ele não se sustenta. Isso porque, como visto, o conceito de cidadania sofreu uma virada hermenêutica no paradigma do Estado Democrático, demandando a participação discursiva na definição das normas e políticas públicas. Entretanto, para Habermas, a sobrevivência do Estado Democrático depende da capacidade e qualificação dos cidadãos para o exercício do poder pensante e discursivo.<sup>69</sup>

Com efeito, o princípio democrático não será efetivado enquanto os cidadãos não detiverem o poder real de escolha quanto aos destinos da nação, de nada adiantando a implantação de processos discursivos se as partes que dele participarem não forem detentoras de autonomia que lhes possibilite fazer escolhas livremente e expressar essas escolhas. O direito ao desenvolvimento visa, portanto, não somente ao desenvolvimento econômico, mas também individual, social e cultural.

A pessoa humana, assim, tem o direito de participar ativamente do desenvolvimento, exercendo o seu papel ativo em benefício próprio e dos demais, contribuindo na medida das suas potencialidades, que devem ser ampliadas ao máximo.<sup>70</sup>

Esse desenvolvimento integral interessa ao Estado Democrático de Direito, portanto, na medida em que esse modelo estatal exige a participação de cidadãos qualificados para o exercício da cidadania, o que não é possível num estado que fomenta as relações de dependência, as quais possuem como pressuposto a incapacidade de uma das partes. Assim, de acordo com Habermas,

A sociedade democrática como um todo não sobreviverá, se as decisões tomadas pelas pessoas não tiverem uma certa qualidade, que pode ser

67 Idem, p. 269.

68 OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico n. 16 – nov/dez/jan-2009. Salvador: 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>. Acesso em: 05 dez. 2013.

69 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade* – Volume II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 158.

70 ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 222.



definida de várias maneiras. Através disso, ela também está interessada na qualificação dos cidadãos: em seu poder de informação, em sua capacidade de refletir e de levar em conta as consequências de decisões politicamente relevantes, em sua vontade de formular e impor interesses levando em conta os interesses de seus concidadãos e das gerações futuras, numa palavra, ela está interessada em sua ‘competência comunicativa’ [...].<sup>71</sup>

Com base nas ideias expostas, é possível afirmar que o direito ao desenvolvimento visa à obtenção da autonomia e da emancipação do índio no plano fático, a fim de que possa exercer plenamente o direito de cidadania. A norma constitucional que garante a preservação da língua, cultura e tradições indígenas não pode ser utilizada, portanto, como pretexto para manter as comunidades indígenas à margem do desenvolvimento econômico, social e cultural.

#### 4 A ATUAÇÃO ESTATAL NA PROTEÇÃO DOS INTERESSES INDÍGENAS

##### 4.1 Extinção da tutela indígena pela Constituição Federal de 1988

Prestigiando o princípio da cidadania, a Constituição Federal estabeleceu no artigo 232 que “os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, intervindo o Ministério Público em todos os atos do processo”.<sup>72</sup>

Vale destacar a diferença substancial existente entre a redação adotada pela Constituição e as disposições do Estatuto do Índio. Segundo o art. 34 do Estatuto do Índio, “cabe ao órgão federal de assistência ao índio a defesa judicial ou extrajudicial dos direitos dos silvícolas e das comunidades indígenas”. Já o artigo 37 dispõe:

Os grupos tribais ou comunidades indígenas são partes legítimas para a defesa dos seus direitos em juízo, cabendo-lhes, no caso, a assistência do Ministério Público Federal ou do órgão de proteção ao índio.

A assistência do Ministério Público Federal, preconizada no artigo acima transcrito, significava a assistência da União, tendo em vista que, nos termos do artigo 138, § 2º, da Constituição de 1967, os Procuradores da República eram os representantes da União em Juízo.<sup>73</sup>

71 HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade - Volume II*. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 158.

72 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao compilado.htm). Acesso em: 04 dez. 2013.

73 BRASIL, *Constituição Federal de 1967: Art. 138*. [...] § 2º - A União será representada em Juízo pelos Procuradores da República, podendo a lei cometer esse encargo, nas Comarcas do interior, ao Ministério Público local. (Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso em: 15 jan. 2014.)

É interessante notar que o artigo 232 da Constituição Federal, que atribui aos índios, suas comunidades e organizações, a legitimidade para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses, impõe, como prerrogativa conferida aos índios, a necessidade de intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo, não fazendo referência, em momento algum, à assistência do Ministério Público ou da FUNAI, como fazia o Estatuto do Índio.

Não se trata de mera alteração de forma. Trata-se, ao contrário, de uma mudança de paradigma no trato da questão indígena, como reconhece a Procuradoria Federal Especializada da FUNAI no Parecer n. 04/PGF/PG/FUNAI/07, que trata dos limites da atuação da Procuradoria da FUNAI:

Numa clara mudança de paradigmas, a Constituição foi expressa no artigo 232 ao prever o ingresso dos índios, suas comunidades e organizações em juízo, sendo partes legítimas para defenderem seus direitos e interesses. Revogou a necessária assistência do órgão de proteção ao índio e do Ministério Público, que deverá, tão só, intervir em todos os atos do processo como fiscal da lei. Reconheceu a possibilidade do índio ser parte legítima no processo, concretizando o direito de todos de recorrer ao Poder Judiciário na defesa de seus direitos e interesses, sem qualquer restrição ou interpretação equivocada que poderia ser feita da assistência que lhe é devida pelo Estado.

Por outro lado, o artigo 231 da Constituição confere à União a responsabilidade por proteger e fazer respeitar todos os bens dos índios e é nessa previsão que se assenta a doutrina para afirmar a manutenção de um regime tutelar a ser exercido pelo Estado<sup>74</sup>. Contudo, a leitura desse artigo deve ser efetuada em consonância com o paradigma do Estado Democrático de Direito, que reconhece o pluralismo como valor inerente à democracia, que necessita da participação ativa da sociedade nos processos decisórios, sendo possível afirmar que a Constituição emancipou o índio, porquanto reconheceu o seu direito de ser diferente sem que isso represente uma condição de inferioridade, tendo reconhecido também a sua plena capacidade processual, o que implica o reconhecimento da capacidade civil plena, de direito e de fato. A capacidade processual para demandar e para ser demandado.

A posição dos indígenas e de suas comunidades no polo passivo foi negada pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região no julgamento do Agravo de Instrumento n. 96.01.01182-0/DF<sup>75</sup>, sob o entendimento

74 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2008. p. 107 e 108.

75 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1. Região. *AI 96.01.01182-0/DF*, Terceira Turma, Relator Leão Aparecido Alves. Julgado em 23 mai. 2001. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/default>.

de que a norma constitucional deve ser interpretada no contexto de um sistema protetivo, razão pela qual não poderia ser invocada para permitir a legitimidade passiva do índio. O contexto das ações dúplices, entretanto, deixa claro que a capacidade de demandar não difere da capacidade para ser demandado, uma vez que ambas exigem os mesmos requisitos. Por outro lado, não se coaduna com o paradigma democrático e com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária a concessão de direitos sem a contrapartida da imputação de deveres inerentes à cidadania, tendo em vista que “estes ideais democráticos alimentam a cada passada do tempo mais deveres na exata medida da expansão dos direitos.”<sup>76</sup>

O Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região já se manifestou no sentido de que a Constituição de 1988 extinguiu o instituto da tutela<sup>77</sup>, tendo migrado para um regime de proteção<sup>78</sup>, não mais competindo “ao Estado, por meio da União, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73)”.<sup>79</sup>

Com efeito, sob o novo paradigma do Estado de Direito, que reconhece o direito à alteridade, tendo em vista a concepção do pluralismo como valor intrínseco ao processo democrático, e considerando que esse paradigma exige a plena cidadania para a sua efetividade, não é mais possível considerar que os índios sejam seres de formação incompleta, o que os tornaria incapazes e, portanto, sujeitos à tutela do Estado.

O artigo 232 da Carta constitutiva representa, portanto, a emancipação dos povos indígenas de uma tutela que pressupunha o reconhecimento de sua incapacidade, ferindo, assim, a sua dignidade.

#### 4.2 Novos contornos da atuação estatal

A argumentação até aqui expendida buscou estabelecer algumas premissas, quais sejam: a) o paradigma democrático requer o

---

php?p1=12479019964010000. Acesso em: 23 out. 2013.

76 STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012. p. 101.

77 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 0006904-88.2009.404.7108*, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 29/10/2010. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=3736066&hash=b0700d3d46521ea7db4c62fd6f69477a](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3736066&hash=b0700d3d46521ea7db4c62fd6f69477a). Acesso em: 30 jan. 2014.

78 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 1999.72.01.005824-4*, Quarta Turma, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, D.E. 03/09/2007. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=1679601&hash=73cdb506a60b043051db876690e0d02f](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1679601&hash=73cdb506a60b043051db876690e0d02f). Acesso em: 30 jan. 2014.

79 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 2005.72.12.001892-9*, Quarta Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 29/04/2011. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=4126216&hash=29a8f243c985d914d74dfce604809322](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4126216&hash=29a8f243c985d914d74dfce604809322). Acesso em: 30 jan. 2014.

reconhecimento da diversidade e do pluralismo, exigindo dos cidadãos a participação efetiva em um processo discursivo permanente que propicie que os destinatários das normas se reconheçam também como seus autores; b) os índios são cidadãos brasileiros, aos quais foi reconhecida sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, não significando isso o engessamento desses valores, porquanto também lhes foi reconhecido, como aos demais cidadãos, o direito ao desenvolvimento; c) os índios foram emancipados da tutela estatal pela Constituição de 1988.

A partir de tais premissas, é possível afirmar que o papel do Estado, no que diz respeito aos indivíduos e comunidades indígenas, não pode mais estar atrelado a políticas assistencialistas, que negam ao assistido a condição de cidadão integral, colocando-o em posição passiva, sendo necessário, ao contrário, o estabelecimento de políticas públicas que visem ao desenvolvimento de capacidades e à autonomia individual e coletiva, única forma de colocar os índios em condições materiais de igualdade social, o que favorece o exercício do poder decisório sobre o próprio destino.

Neste ponto, cabe uma análise acerca do papel a ser exercido pelo Estado em relação aos índios, bem como da necessidade ou adequação da intervenção da FUNAI nas ações judiciais que envolvam índios.

O artigo 231<sup>80</sup> da Constituição Federal estabelece uma proteção a ser exercida pela União sobre direitos que são inerentes aos índios, em relação a seus bens e às terras por eles tradicionalmente ocupadas. Essa proteção está relacionada à condição de vulnerabilidade dos índios enquanto minoria étnica, o que demanda atenção diferenciada do Estado, assim como ocorre no caso dos idosos<sup>81</sup> e deficientes<sup>82</sup>, os quais, em razão de uma condição especial que os deixa mais vulneráveis, merecem proteção especial. Nesse sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região:

---

80 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

81 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

82 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência; [...]. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência; [...]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014

Com o advento da Constituição de 1988, migrou-se de um regime de tutela dos povos indígenas para um regime de proteção. Não mais compete ao Estado, através da FUNAI, responder pelos atos das populações autóctones e administrar-lhes os bens, tal como ocorria enquanto vigente o regime tutelar previsto no Código Civil de 1916 e no Estatuto do Índio (Lei 6001/73). A partir do reconhecimento da capacidade civil e postulatória dos silvícolas, em 1988, remanesce ao Estado o dever de proteção das comunidades indígenas e de seus bens (à semelhança do que ocorre com os idosos que, a despeito de serem dotados de capacidade civil, gozam de proteção especial do Poder Público).<sup>83</sup>

Entretanto, tal proteção não tem a natureza de tutela de pessoas, mas apenas de direitos, implicando a instituição de políticas públicas que favoreçam o exercício de direitos em igualdade de condições com o restante da população, o que pode ocorrer, inclusive, mediante a realização de ações afirmativas. A vulnerabilidade não pode ser confundida com incapacidade, embora por vezes seja decorrência desta última condição.

No caso dos índios, como visto, houve uma emancipação no plano jurídico, sendo dever do Estado a elaboração de programas que visem à obtenção dessa emancipação também no plano fático, a fim de dar cumprimento ao preceito democrático que exige a participação discursiva dos cidadãos na elaboração das políticas públicas e normas às quais serão submetidos.

Nessa linha de raciocínio, impende ver que a intervenção da FUNAI nas ações judiciais na condição de representante ou assistente dos indígenas, se admitida na vigência do Estado Social, não tem suporte constitucional na atualidade, pois não compete ao Estado substituir-se à vontade dos indígenas ou falar por eles em juízo, já que estes não estão albergados no rol de incapazes, possuindo capacidade civil e processual plena.

Poder-se-ia arguir que a FUNAI deve atuar, a fim de propiciar o acesso à justiça de pessoa necessitada, quando o indígena participante do processo: a) não possua condições de contratar advogado; b) não seja conhecedor da língua ou cultura majoritária; ou c) seja considerado relativa ou absolutamente incapaz nos termos da legislação infraconstitucional.

Contudo, nenhuma das três situações acima mencionadas justifica a atuação da FUNAI como representante ou assistente dos índios. No primeiro caso porque a capacidade conferida aos indígenas pela Constituição é a capacidade processual, que implica o direito de se fazer presente no processo sem tutela ou assistência, a qual difere da

83 BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 4. Região. Apelação Cível n. 2001.72.01.004308-0*. Rel. Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior. D.E 25 nov. 2008. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=2577021&hash=0fe36b00469a4e60e0be883a072ebc29](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2577021&hash=0fe36b00469a4e60e0be883a072ebc29). Acesso em: 06 dez. 2013.

capacidade postulatória, cujo titular é o advogado. A FUNAI também, embora possua capacidade processual, não detém capacidade postulatória, devendo valer-se da Procuradoria-Geral Federal para apresentar-se em juízo. De modo que são institutos distintos, não devendo ser confundidos.

Neste ponto, deve-se atentar para o artigo 134 da Constituição Federal de 1988, que assim dispõe: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”<sup>84</sup>

Dessa forma, tratando-se de indígena com dificuldades materiais para contratação de um advogado, é à Defensoria Pública que cabe a orientação jurídica e a representação judicial, com a necessária intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo.

Nas demais hipóteses, tendo em vista a não-recepção do Estatuto do Índio no que diz respeito à tutela conferida à FUNAI, não cabe a este órgão a representação ou assistência, devendo-se solucionar a questão mediante a análise dos dispositivos legais pertinentes posteriores à Constituição e com ela compatíveis, ou ainda, enquanto não editada a legislação prevista no artigo 4º, parágrafo único, do Código Civil, mediante a utilização, por analogia, dos artigos 3º e 4º<sup>85</sup> daquele Código. Isso significa que o indígena relativa ou absolutamente incapaz será assistido ou representado nos termos da lei civil e o assistente ou representante outorgará poderes ao respectivo advogado para exercício do *jus postulandi*.

Na mesma linha argumentativa, é patente, ainda, a ilegitimidade passiva da FUNAI no que diz respeito às ações possessórias mencionadas, tendo em vista que o órgão público não detém qualquer poder sobre os atos praticados pelos Caciques, devendo inclusive abster-se de fazer intervenções sobre a cultura, costumes ou tradições indígenas.

Tampouco é possível a inserção da FUNAI no polo passivo de ações que visem à obtenção de indenização em face da prática de atos ilegais por parte de um ou mais índios, tendo em vista que, não sendo o índio incapaz, não pode ser atribuída ao órgão indigenista a responsabilidade por suas ações, sejam lícitas ou ilícitas. A emancipação

84 BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Art. 134. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

85 BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I - os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade. Art. 4º São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II - os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III - os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV - os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 16 jan. 2014.

do índio pela ordem constitucional brasileira implica a assunção, por este, dos direitos e deveres inerentes à sua condição de indivíduo capaz e responsável por seus atos.

O reconhecimento de uma cultura, no caso cultura indígena, determinou a obrigatoriedade, estabelecida tanto para o Estado quanto para a sociedade, de encarar o índio como cidadão, respeitando sua diversidade. A diferença étnica deve ser respeitada, protegida e valorizada, mas nunca tutelada. Significa que o órgão indigenista federal deve assumir uma nova feição a partir do texto constitucional de 1988. Significa que o Estado deve adequar suas políticas públicas ao contexto da cultura diferenciada existente nas comunidades indígenas. Significa que o índio, sujeito de direitos, deve ser encarado de outro modo pelo Estado, com a afirmação plena de sua identidade e capacidade.<sup>86</sup>

Essa solução também é contemplada pelo artigo 8º, 3, da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, inserida no ordenamento jurídico interno pelo Decreto n. 5051/2004<sup>87</sup>, segundo a qual “A aplicação dos parágrafos 1 e 2 deste Artigo não deverá impedir que os membros desses povos exerçam os direitos reconhecidos para todos os cidadãos do país e assumam as obrigações correspondentes”.

Eventualmente, pode a FUNAI ser chamada a colaborar com o Juízo no esclarecimento de questões que necessitem da aferição de elementos relacionados à língua, cultura e tradições indígenas que se façam necessários para a solução da lide. Entretanto, tal função pode ser cumprida com o mesmo resultado por profissionais da área de antropologia, sendo desnecessária, portanto, a participação da FUNAI nessa condição.

Não se olvida que a União e a FUNAI podem intervir em processos de seu interesse, nos termos da Lei n. 9.469/97<sup>88</sup>, ou mesmo no cumprimento do dever de proteger e fazer respeitar os bens indígenas. Contudo, essa intervenção será efetuada em nome próprio, não sendo

86 BECKHAUSEN, Marcelo. *As consequências do reconhecimento da diversidade cultural*. In *Questões de cidadania e o diálogo entre o jurídico e a antropologia*. Porto Alegre: UFRGS. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/naci/documentos/humanas\\_beckhausen.pdf](http://www.ufrgs.br/naci/documentos/humanas_beckhausen.pdf). Acesso em: 25 out. 2013.

87 BRASIL. *Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

88 BRASIL. *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Art. 5º A União poderá intervir nas causas em que figurarem, como autoras ou rés, autarquias, fundações públicas, sociedades de economia mista e empresas públicas federais. Parágrafo único. As pessoas jurídicas de direito público poderão, nas causas cuja decisão possa ter reflexos, ainda que indiretos, de natureza econômica, intervir, independentemente da demonstração de interesse jurídico, para esclarecer questões de fato e de direito, podendo juntar documentos e memoriais reputados úteis ao exame da matéria e, se for o caso, recorrer, hipótese em que, para fins de deslocamento de competência, serão consideradas partes. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm). Acesso em: 06 dez. 2013.



possível fazê-lo substituindo-se à vontade do índio e, tampouco, mediante intromissão na cultura, língua ou tradição dos povos protegidos pela Carta magna.

Esta é a solução que se compatibiliza com a Constituição Federal de 1988, em cujo processo de elaboração os índios foram partícipes ativos e demonstraram a capacidade de exercício da cidadania, mediante a reivindicação de seus direitos sem qualquer tipo de assistência ou representação do órgão indigenista.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O paradigma do Estado Democrático de Direito aponta para a necessidade de reconhecimento da diversidade cultural formadora do povo brasileiro, não somente no seu aspecto histórico, mas também na interação multicultural e no reconhecimento da dignidade das minorias étnicas e culturais. Nesse contexto, os índios, que no Estado Social foram considerados seres inferiores e incapazes, alcançaram, ao menos no âmbito constitucional, o reconhecimento de sua plena cidadania, bem como do direito de preservarem a sua forma de organização social, seus costumes, crenças e tradições, consoante exposto no artigo 231 da Constituição Federal vigente, que também lhes reconhece a legitimidade para ingresso em juízo em defesa de seus direitos e interesses.

Assim, não é permitido ao Estado atual continuar a exercer a tutela sobre os índios e os povos indígenas nos mesmos moldes em que o fazia no Estado Social, quando se formulavam políticas protecionistas que tinham como resultado o fomento da dependência. Não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, tampouco, o engessamento dos costumes indígenas, dado que a todos os povos é reconhecido o direito ao desenvolvimento, assumido como um valor pelos representantes do povo brasileiro no preâmbulo da Constituição de 1988, bem como em decorrência da adoção do princípio da dignidade humana em sua base normativa.

No Estado Democrático de Direito, cabe aos índios o papel de sujeitos da própria história, exercendo o seu livre-arbítrio para decidir se querem o isolamento, a integração ou ainda a manutenção de um modo de vida que apenas interage com os demais povos que formam a nação brasileira. Cabe a eles a manutenção ou abandono de sua língua e costumes ancestrais, sendo certo que, mesmo que a decisão seja pela preservação dessa língua e cultura, tais elementos também são passíveis de evolução, não podendo permanecer estáticos, congelados, porquanto a vida, por si só, oferece inúmeros motivos de novas descobertas linguísticas e culturais. Não é lícito ao Estado, portanto, pretender que



determinada comunidade indígena continue realizando os rituais que eram realizados por seus antepassados, assim como a sociedade comum também não realiza mais as coisas da mesma forma que realizava há cem ou duzentos anos atrás. Todos os povos possuem a prerrogativa da evolução, não podendo tal direito ser negado aos povos indígenas. Quando a Constituição, em seu artigo 231, reconhece aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, por certo não pretende engessar esse conjunto de características, mas apenas garantir às etnias indígenas um direito que corresponde ao seu livre-arbítrio.

A tutela indígena, que tão bem representava o modo de agir do Estado Social, perdeu sua razão de ser no Estado Democrático de Direito, porquanto este exige a cidadania plena, que tem por pressuposto a autonomia e a competência comunicativa. O exercício da tutela, atualmente, não tem base conceitual e normativa, representando um ofensivo e odioso ataque ao direito de cidadania dos índios, não sendo reconhecido pelo sistema normativo da Constituição.

O dever de proteção aos bens e à cultura indígena, preconizados pela Carta de 1988, impõe a elaboração de políticas públicas protetivas desses bens e dessa cultura, sendo defeso ao Estado, entretanto, atuar como representante dos índios, judicial ou extrajudicialmente, porquanto a estes, enquanto cidadãos, é dado o poder de manifestação e determinação quanto ao seu destino. Também não cabe ao Estado responder civilmente pelos atos praticados pelos índios, pois essa responsabilidade tem como pressuposto uma incapacidade que não mais subsiste no Estado pluralista e Democrático. O índio, como cidadão, é sujeito de direitos, deveres e responsabilidades na ordem constitucional brasileira. Cabe ao Estado, ainda, para dar efetividade ao princípio democrático, a elaboração e consecução de políticas públicas que propiciem o desenvolvimento e consequente aquisição de autonomia aos indivíduos e grupos indígenas componentes da nação brasileira, a fim de que possam atuar no processo discursivo em igualdade de condições com o restante da população nacional.

## REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do estado democrático de direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acesso em: 24 out. 2013.

AGOSTINHO, Pedro. *Incapacidade civil relativa e tutela do índio*. In SANTOS, Sílvio Coelho dos. *O Índio perante o direito (Ensaio)*. 1. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 1982.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AQUINO JUNIOR, Getúlio Eustáquio de. *Reflexões sobre o direito na pós-modernidade*. In *Publicações da Escola da AGU*. Brasília: Advocacia-Geral da União, 2010.

BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas – vetores constitucionais*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BECKHAUSEN, Marcelo. *As consequências do reconhecimento da diversidade cultural*. In *Questões de cidadania e o diálogo entre o jurídico e a antropologia*. Porto Alegre: UFRGS. Disponível em: [http://www.ufrgs.br/naci/documentos/humanas\\_beckhausen.pdf](http://www.ufrgs.br/naci/documentos/humanas_beckhausen.pdf). Acesso em: 25 out. 2013.

BRASIL. *Advocacia-Geral da União. Portaria n. 839/2010*. Publicada no DOU de 21.06.2010, Seção 1, págs. 52-53. Disponível em: <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/NormasInternas/AtoDetalhado.aspx?idAto=254624>. Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 16 de julho de 1934*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao34.htm). Acesso em: 04 dez. 2013.

BRASIL, *Constituição Federal de 1967*: Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao67.htm). Acesso em: 15 jan. 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 10 jan. 2014

BRASIL. *Decreto n. 5051, de 19 de abril de 2004*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. *Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8072.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D8072.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. *Lei n. 3.071, de 1º de janeiro de 1916*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l3071.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l3071.htm). Acesso em: 10 jan. 2014.

BRASIL. *Lei n. 5371, de 05 de dezembro de 1967*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/1950-1969/L5371.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L5371.htm). Acesso em: 03 dez. 2013

BRASIL, *Lei n. 6001, de 19 de dezembro de 1973*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6001.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm). Acesso em: 03 dez. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9469.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9469.htm). Acesso em: 06 dez. 2013.

BRASIL. *Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm). Acesso em: 16 jan. 2014.

BRASIL. 2. *Vara Federal de Chapecó*. Ação Cautelar Inominada n. 5000549-15.2011.404.7202. Autores: Lurdes Barbosa e Ademir Correia da Silva. Réu: Gentil Belino. Data de autuação: 31 mar. 2011. Disponível em: [https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo\\_selecionar&acao\\_origem=processo\\_consultar&acao\\_retorno=processo\\_consultar&num\\_processo=50005491520114047202&num\\_chave=&hash=b9a5b2077117fb4aae0ea1dfaa8abf3b](https://eproc.jfsc.jus.br/eprocV2/controlador.php?acao=processo_selecionar&acao_origem=processo_consultar&acao_retorno=processo_consultar&num_processo=50005491520114047202&num_chave=&hash=b9a5b2077117fb4aae0ea1dfaa8abf3b). Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1. Região. *AI 96.01.01182-0/DF*, Terceira Turma, Relator Leão Aparecido Alves. Julgado em 23 mai. 2001. Disponível em: <http://arquivo.trf1.jus.br/default.php?p1=12479019964010000>. Acesso em: 23 out. 2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 0006904-88.2009.404.7108*, Terceira Turma, Relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 29 out. 2010. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=3736066&hash=b0700d3d46521ea7db4c62fd6f69477a](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=3736066&hash=b0700d3d46521ea7db4c62fd6f69477a). Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 1999.72.01.005824-4*, Quarta Turma, Relator Edgard Antônio Lippmann Júnior, D.E. 03 set. 2007. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=1679601&hash=73cdb506a60b043051db876690e0d02f](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=1679601&hash=73cdb506a60b043051db876690e0d02f). Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região, *AC 2005.72.12.001892-9*, Quarta Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 29 abr. 2011. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=4126216&hash=29a8f243c985d914d74dfce604809322](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=4126216&hash=29a8f243c985d914d74dfce604809322). Acesso em: 30 jan. 2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4. Região. *Apelação Cível n. 2001.72.01.004308-0*. Rel. Des. Federal Edgard Antônio Lippmann Júnior. Disponível em: [http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=2577021&hash=0fe36b00469a4e60e0be883a072ebc29](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=2577021&hash=0fe36b00469a4e60e0be883a072ebc29). Acesso em: 06 dez. 2013.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal, Petição 3388, Rel. Carlos Ayres Britto*, Julgamento pelo Plenário em 19.03.2009. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/juris/unificada/Resposta>. Acesso em: 03 dez. 2013.

CARVALHO NETTO, Menelick de. *Público e privado na perspectiva constitucional contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lutas por reconhecimento e a cláusula de abertura da Constituição*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012, 13p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 16 out. 2013.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Índios no Brasil*. 1. ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.

FREIRE, Paulo, *Pedagogia do oprimido*. Disponível em <http://forumeja.org.br/files/PedagogiadoOprimido.pdf>. Acesso em 13 set. 2013.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volumes I e II. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

\_\_\_\_\_. *Faticidade e validade: uma introdução à teoria discursiva do direito e do estado democrático de direito*. Tradução de Menelick de Carvalho Netto. Disponível em <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em 13 set. 2013.

HECK, Egon. *Mobilização e conquista dos direitos indígenas na constituinte*. In constituição 20 anos – caderno de textos. Câmara dos Deputados: Brasília, 2009.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 9. ed. São Paulo: Perspectiva, 2006.

MARCON, Telmo. *Políticas de educação indígena: da tutela à emancipação*. Texto disponível em <http://www.anpae.org.br/simposio2011/cdrom2011/PDFs/trabalhosCompleto/comunicacoesRelatos/0518.pdf>. Acesso em 11 set. 2013.

MILOVIC, Miroslav. *Emancipação com reflexão: Habermas*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=80>. Acesso em: 24 out. 2013.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MOUFFE, Chantal. *Pensando a democracia moderna com, e contra/ Carl Schmitt*. Texto disponível em <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>. Acesso em: 13 jun. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. Direito ao desenvolvimento na constituição brasileira de 1988. In *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* n. 16 – nov/dez/jan-2009. Salvador: 2009. Disponível em: <http://>

[www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf](http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-16-NOVEMBRO-2008-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf). Acesso em: 05 dez. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o direito ao desenvolvimento*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>. Acesso em: 15 jan. 2014.

PENALVA, Janaína. *Metodologia da pesquisa aplicada ao direito*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012, 25p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=195>. Acesso em: 17 out. 2013.

RORIZ, Rodrigo Matos. O Direito e a Administração Pública nos paradigmas jurídicos do Estado. Uma abordagem sob a perspectiva da relação Estado x cidadão. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3518, 17 fev. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/23735>>. Acesso em: 6 dez. 2013.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Apontamentos sobre o direito indigenista*. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

SCOTTI, Guilherme. *Razão prática, moral e direito – uma leitura contemporânea*. Brasília – DF: CEAD/UNB, 2012. 25p. (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242> Acesso em: 24 out. 2013.

SILVA, Lucas Alves. *A história kaingáng através do ritual do kiki*. Disponível em: <http://seer.cfh.ufsc.br/index.php/sceh/article/viewFile/144/193>. Acesso em: 11 set. 2013.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o direito*. Juruá: Curitiba, 2008.

STEFANINI, Luiz de Lima. *Código indígena no direito brasileiro*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012.



---

## LICENCIAMENTO AMBIENTAL E POVOS INDÍGENAS NO BRASIL: EM BUSCA DA CONCILIAÇÃO ENTRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – CASO DA UHE DE BELO MONTE

---

*Patrícia da Cruz Sales*

“Não estamos em contato com um povo de cultura primitiva. Estamos tendo a oportunidade de viver com outra humanidade, outra ética, outra moral, outra visão de mundo.”

(Orlando Villas Boas)

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 O Empreendimento UHE de Belo Monte; 2 Licenciamento ambiental; 2.1 O licenciamento ambiental como procedimento; 2.2 O estudo prévio de impacto ambiental – EIA; 2.3 A intervenção de órgãos externos no processo de licenciamento ambiental. Os critérios da Portaria Interministerial n. 419/2011; 2.4 O papel da Fundação Nacional Do Índio – FUNAI. A análise do componente indígena nos processos de licenciamento ambiental; 3 Estudo do “Componente Indígena” como parte integrante do EIA/RIMA. Os danos acarretados aos indígenas no caso da UHE de Belo Monte; 3.1

Dano ambiental e dano de natureza sociocultural; 3.2 O “Componente Indígena” no licenciamento ambiental Da UHE de Belo Monte; 4 Questões controversas envolvendo o licenciamento ambiental e povos indígenas: Uma análise a partir das decisões judiciais prolatadas no caso da UHE de Belo Monte; 4.1 Do direito à consulta prévia garantido aos povos indígenas; 4.1.1 O reconhecimento do direito de consulta na Constituição Federal de 1988 e na Convenção 169 da OIT; 4.1.2 Da natureza jurídica da consulta prévia: política ou técnica? Do momento da realização da consulta: antes ou após a autorização do Congresso Nacional? O entendimento judicial perfilhado no caso da UHE de Belo Monte; 4.2 Do aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas – a previsão do art. 176 §1º da Constituição Federal; 4.3 Desenvolvimento econômico x garantia de Direitos Fundamentais; 4.3.1 Desenvolvimento sustentável e socioambientalismo; 4.3.2 UHE Belo Monte: desenvolvimento para quem?; Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O presente trabalho se propôs a analisar o processo de licenciamento ambiental no Brasil sob o enfoque do chamado “componente indígena”, ou seja, para a forma como são tratados os impactos acarretados aos povos indígenas em razão da realização de grandes empreendimentos, de forma a investigar se, de fato, os diplomas nacionais e internacionais de proteção a essas sociedades vêm sendo respeitados na condução das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do país. O caso da UHE de Belo Monte foi utilizado como guia para a pesquisa, oferecendo dados concretos que permitiram discutir - logicamente sem pretensão de esgotar - diversas questões envolvendo o licenciamento ambiental de obras com impactos sobre comunidades indígenas, dentre as quais, o direito à consulta prévia, garantido pelo art. 231 § 3º, da Constituição Federal de 1988 e pela Convenção nº 169 da OIT; a questão da necessidade ou não de regulamentação específica para aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas, previsto no art. 176, §1º da Constituição Federal; além de temas relacionados à efetivação do princípio do desenvolvimento sustentável.

**PALAVRAS-CHAVE:** Licenciamento Ambiental. Povos Indígenas. UHE de Belo Monte.



**ABSTRACT:** This study aims to analyze the process of environmental licensing in Brazil under the focus of the “indigenous component”, in other words, to the way how the impacts entailed to the indigenous peoples are treated due to the realization of large projects, to investigate whether, in fact, national and international laws for the protection of these societies have been respected in conducting the country’s public development policies. The case of UHE Belo Monte will guide the research by providing concrete data that will enable discuss - logically without pretense exhausting - several issues involving the environmental licensing of works with impacts on indigenous communities, among which the right to consultation Preview, guaranteed by art. 231 § 3º, of the Federal Constitution of 1988 and by the 169 Convention of the OIT; the question of necessity or not of specific regulations for use of water resources in indigenous lands, provided in art. 176 §1º of the Federal Constitution, as well as issues related to the effectiveness of the principle of sustainable development.

**KEYWORDS:** Environmental Licensing. Indigenous Peoples. UHE Belo Monte.

## INTRODUÇÃO

O licenciamento ambiental constitui hoje, sem dúvida, um enorme gargalo na realização das políticas públicas voltadas à construção de grandes empreendimentos no país, a exemplo das usinas hidrelétricas e outras obras de grande porte. Sob a justificativa de desenvolvimento econômico, o governo brasileiro vem, principalmente após a edição do Plano de Aceleração do Crescimento – PAC, executando ou planejando diversas obras consideradas importantes para a nação, as quais têm sido alvo de ferrenhas críticas dos mais variados setores da sociedade nacional e internacional, sempre no sentido de que os processos de licenciamento ambiental levados a efeito não respeitam os direitos das populações afetadas, aí incluídas as comunidades indígenas, objeto do presente estudo.

O fato é que, diante de tantos questionamentos técnico-jurídicos, as obras acabam atrasadas, demandando uma série de rearranjos contratuais e orçamentários, os quais muitas vezes importam num aumento considerável dos custos inicialmente previstos.

Por outro lado, não se pode perder de vista a potencialidade de danos que a construção de empreendimentos de grande porte é passível de gerar, muitas vezes até irreversíveis, razão pela qual se mostra imperiosa a realização de um processo de licenciamento ambiental com cumprimento rigoroso das exigências previstas na legislação ambiental,

sob pena de completa violação aos direitos constitucionais das populações direta ou indiretamente afetadas.

Desta sorte, o grande desafio que se apresenta é: como coadunar o desenvolvimento econômico do país com a garantia de respeito aos direitos fundamentais das populações indígenas impactadas?

O presente trabalho se propõe a analisar o processo de licenciamento ambiental no Brasil sob o enfoque do chamado “componente indígena”, ou seja, para a forma como são tratados os impactos acarretados aos povos indígenas em razão da realização de grandes empreendimentos, de forma a investigar se, de fato, os diplomas nacionais e internacionais de proteção a essas sociedades vêm sendo respeitados na condução das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do país.

O caso da UHE de Belo Monte, talvez o mais emblemático da atualidade, servirá de guia para a pesquisa, oferecendo dados concretos que permitirão discutir - logicamente sem pretensão de esgotar - diversas questões envolvendo o licenciamento ambiental de obras com impactos sobre comunidades indígenas, dentre as quais, o direito à consulta prévia, a questão da necessidade ou não de regulamentação específica para aproveitamento de recursos hídricos; além de temas relacionados à efetivação do princípio do desenvolvimento sustentável.

No primeiro capítulo, é apresentada uma breve introdução acerca do empreendimento UHE de Belo Monte, de forma a situar o leitor quanto à celeuma em torno da construção da obra, notadamente na parte que envolve as comunidades indígenas.

No segundo capítulo, aborda-se a temática do licenciamento ambiental como instrumento de prevenção de danos ambientais, ressaltando-se a importância dos estudos de impacto ambiental, com destaque para a participação de órgãos externos ao processo de licenciamento, notadamente a FUNAI, na análise do componente indígena, regulamentado através da Portaria Interministerial nº 419/2011.

No terceiro capítulo, parte-se para a análise dos estudos de componente indígena como parte integrante do EIA/RIMA, com a conceituação de danos de natureza ambiental e sociocultural, enfatizando os danos acarretados no caso da construção da UHE de Belo Monte.

No quarto capítulo, haverá a análise de algumas questões controversas envolvendo o processo de licenciamento ambiental e povos indígenas, tendo por base as decisões prolatadas no caso da UHE de Belo Monte.

Ao final do estudo, observar-se-á que apesar da existência de diversos diplomas nacionais e internacionais de proteção aos direitos dos povos indígenas, o caso da UHE de Belo Monte demonstra a necessidade de um maior comprometimento do Estado Brasileiro na condução das políticas públicas voltadas ao desenvolvimento do país, de forma a

garantir a realização do princípio do desenvolvimento sustentável previsto na Constituição Federal de 1988.

## 1 O EMPREENDIMENTO UHE DE BELO MONTE

A Usina Hidrelétrica – UHE de Belo Monte, localizada no Rio Xingu, Estado do Pará, constitui hoje, a maior obra de infraestrutura do País, com promessa de geração de energia suficiente para abastecer 40% do consumo residencial de todo o Brasil, capacidade instalada de 11.233,1 megawatts (MW) de potência e geração anual prevista de 38.790.156 megawatts-hora (MWh) ou 4,57mil MW médios, segundo dados do Governo Federal.<sup>1</sup>

Longe de ser uma unanimidade<sup>23</sup>, a construção da UHE de Belo Monte vem sendo alvo de discussões desde a década de 1970, quando começaram os Estudos de Inventário Hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Rio Xingu, sobretudo em virtude da discordância de vários setores da sociedade, inclusive comunidades indígenas afetadas pela possível implementação do empreendimento.

De acordo com o Instituto Socioambiental – ISA, com a finalização dos Estudos de Inventário Hidrelétrico da Bacia Hidrográfica do Rio Xingu, chegou-se à conclusão de que para o aproveitamento integral da Bacia do Rio Xingu seriam necessários 7 (sete) barramentos, que gerariam 19 mil megawatts (MW), e que tais usinas representariam o alagamento de mais de 18 mil km<sup>2</sup>, atingindo sete mil índios, de 12 Terras Indígenas, além dos grupos isolados da região<sup>4</sup>.

1 PORTAL BRASIL, 2013.

2 A favor do empreendimento, argumenta-se os benefícios para o desenvolvimento socioeconômico do Pará e para o restante da economia brasileira; uma vez que a produção e energia hidrelétrica em larga escala seria viável em rios amazônicos por sua grande vazão e, sem essa fonte energética, o país correria o risco de entrar em colapso até 2017 (SANTANA, 2010. p. 105.). Os defensores da construção de usinas hidrelétricas sustentam que se trata de energia barata, renovável e pouco poluente. De acordo com o governo, as termoeletricas a gás, substitutas mais óbvias, são mais caras e poluentes. Por outro lado, a energia eólica, cujo preço se equipara ao praticado pelas geradoras em rios, é na verdade, complementar e não substituta da hidrelétrica, vez que o regime de ventos chega ao ápice entre julho e novembro, exatamente quando as bacias fluviais estão mais rasas. (PIAÚÍ, 2013).

3 De acordo com SANTANA (2010. p. 103) as ponderações contrárias à construção da usina, além de destacarem os aspectos socioambientais da obra, como a afetação de terras indígenas e a inundação de florestas nativas, criticam a própria viabilidade econômica do empreendimento, pois sua capacidade máxima de geração de energia somente poderia ser atingida durante o período chuvoso na região norte, cerca de quatro meses ao ano. Segundo o autor, na época da estiagem, o nível do rio Xingu poderia até mesmo chegar a secar em alguns trechos, o que tornaria a hidroelétrica apenas um gigantesco monumento de concreto armado (SANTANA, 2010, p. 103). Na opinião de RAVENA e TEIXEIRA (2010. p. 7), “a construção da hidrelétrica de Belo Monte viola os direitos humanos dos moradores da região, principalmente os que utilizam dos recursos naturais como meio de subsistência, como por exemplo, os pescadores e os indígenas. Os direitos humanos violados são os da vida digna, do trabalho e da propriedade. A dignidade é afetada quando o alimento é retirado do alcance daquele que necessita, e quando este mesmo indivíduo, tiver que mudar sua propriedade para outra área como compensação, aparentemente satisfatória, do transtorno que lhe será causado. Seu trabalho como pescador desaparecerá e áreas serão inundadas.”

4 Instituto Socioambiental - ISA, 2013.

Assim, no ano de 1980, a partir das recomendações contidas no relatório final dos Estudos de Inventário Hidrelétrico, a Eletronorte deu início aos estudos de viabilidade técnica e econômica do chamado Complexo Hidrelétrico de Altamira, que reuniria as Usinas de Babaquara (6,6 mil MW) e Kararaô (11 mil MW).

Com a aprovação do Relatório Final dos Estudos no ano de 1988 pelo Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica (DNAEE), extinto órgão regulador do setor elétrico, lideranças Kaiapó se reuniram na aldeia Gorotire, para discutir as barragens projetadas para o Rio Xingu, ocasião em que decidiram convidar autoridades brasileiras para um grande encontro com os povos indígenas que seriam afetados pelas usinas, que ficou conhecido como o 1º Encontro dos Povos Indígenas do Xingu.

O Encontro, realizado no ano de 1989, no Município de Altamira (PA), com o objetivo de protestar contra as decisões tomadas na Amazônia sem a participação dos índios e contra a construção da usina hidrelétrica, contou com a participação de aproximadamente três mil pessoas, entre índios, jornalistas, integrantes de movimentos sociais e autoridades brasileiras. Certamente, um dos momentos mais marcantes do Encontro foi protagonizado pela índia Tuíra, que durante o discurso proferido pelo presidente da Eletronorte José Antônio Muniz Lopes sobre a construção da Usina Kararaô, levanta-se da plateia e encosta a lâmina de seu facão no rosto do diretor, expressando sua indignação. A cena foi veiculada em diversos países e tornou-se histórica. O encontro passou a ser considerado um marco do socioambientalismo no Brasil <sup>5</sup>.

Desde então, o projeto originário sofreu mudanças significativas<sup>6</sup>. O próprio nome “Kararaô” – que significa grito de guerra em Kayapó

<sup>5</sup> Instituto Socioambiental - ISA, 2013.

<sup>6</sup> De acordo com o EIA da UHE de Belo Monte: “O Complexo Hidrelétrico para a bacia do rio Xingu era composto inicialmente por seis usinas hidrelétricas – Iriri, Babaquara, Kararaô, Ipixuna, Kokraimoro e Jarina - todas previstas para serem instaladas no estado do Pará. Ao longo dos anos o projeto sofreu alterações e atualizações. As modificações foram impulsionadas pelos avanços políticos no país, tais como a Constituição Federal de 1988, legislação ambiental e indígena, diretrizes socioambientais do setor elétrico. No entanto, não se pode deixar de mencionar as conquistas oriundas dos atores sociais organizados, indígenas e não-indígenas que vivem na região, organizações sociais nacionais e internacionais, que tiveram participação para que o empreendimento fosse revisto e buscasse minimizar as interferências no meio ambiente e na vida da população da região. Sendo assim, o local onde seria a Usina Hidrelétrica Kararaô, no sítio Belo Monte, foi considerado adequado pelos empreendedores para um aproveitamento futuro, desde que totalmente reformulado. Dessa forma, foi levada adiante a elaboração de um novo projeto, que passou a ser denominado Aproveitamento Hidrelétrico Belo Monte. As principais modificações realizadas, referentes aos povos indígenas xinguanos, apontaram o seguinte: 1) o não alagamento das terras indígenas; 2) não haverá perda de território indígena; 3) o potencial energético da bacia hidrográfica do rio Xingu foi reduzido de 20.375 MW para 11.181 MW; 4) a realização de estudos nas terras indígenas para avaliar as mudanças que o aproveitamento imprimirá a esses povos e seus territórios; 5) a definição, pela Funai, do escopo dos estudos que estão sendo realizados; e, por último, 6) a redução da vazão rio Xingu no trecho de mais de 100 km na Volta Grande, onde se localizam as TIs Paquiçamba e Arara da VGX. (EIA, Volume 35, Tomo 4, p. 145).

- foi substituído por “Belo Monte”. O projeto foi modificado<sup>7</sup> de forma a não inundar Terras Indígenas.

Com a edição do Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, instituído pelo Decreto nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007, (BRASIL) durante o Governo Lula, a construção da UHE de Belo Monte passou a ser vista como prioridade do Governo Federal. Em 2009, após diversas modificações<sup>8,9</sup>, o EIA-RIMA do empreendimento é concluído e apresentado ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA<sup>10</sup>.

A despeito das modificações ocorridas no projeto, diversos são os questionamentos técnico-jurídicos que permeiam a obra<sup>11</sup>, havendo atualmente pelo menos 15 ações judiciais em andamento apontando irregularidades no empreendimento<sup>12</sup>, muitas destas especificamente relacionadas à temática indígena, cujo estudo foi objeto de análise do presente trabalho.

7 De acordo com a notícia veiculada no jornal “O Estado de São Paulo” o projeto foi remodelado em 1994 para se mostrar mais palatável aos ambientalistas e investidores estrangeiros e apresentado ao DNAEE (já extinto) e à Eletrobras. O reservatório da usina, por exemplo, foi reduzido de 1.225 km<sup>2</sup> para 400 km<sup>2</sup>, evitando a inundação da Área Indígena Paquiçamba. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,facoes-artistas-e-contradicoes-cercam-belo-monte,14438,0.htm>>. Acesso em 27 out. 2013.

8 De acordo com o Parecer Técnico nº 21/CMAM/CGPIMA-FUNAI (BRASIL, 2009) “O EIA mostrou a necessidade de mudanças importantes no projeto inicial de engenharia apresentado nos Estudos de Viabilidade de 2002 para diminuir efeitos negativos que a construção da usina hidrelétrica poderia causar: 1) A mudança da cidade de Vitória de Xingu das 2.500 casas para funcionários das obras que antes seriam feitas próximas ao local da casa de força principal, em vila residencial; 2) A construção de 500 casas também para funcionários das obras espalhadas pela cidade de Altamira, ao invés de uma vila fechada; 3) A construção de um canal ao lado da barragem principal para fazer com que os barcos possam passar de um lado para o outro do rio Xingu; 5) A definição de um hidrograma ecológico para o trecho do rio Xingu, entre a barragem principal e a casa de força, garantindo a navegação e a sobrevivência de espécies e plantas.”

9 No ano de 2007 foi concluído um novo inventário do potencial energético do Xingu, encomendado pelo Governo Federal, o qual previa a instalação de quatro usinas ao longo do rio. No ano seguinte, o Conselho Nacional de Política Energética determinou que apenas Belo Monte seria construída naquele afluente do rio Amazonas. O novo projeto também reduzia a área alagada pela barragem. Tais modificações, realizadas por conta da comoção social em torno da hidrelétrica, trouxeram consequências negativas para o rendimento da usina. “Como a vazão do rio varia muito ao longo do ano e Belo Monte não tem reservatório, seu aproveitamento de energia será em torno de 42% dos 11 mil megawatts de potência instalada(...) Se outra barragem que acumulasse água fosse instalada a montante do rio, como estava previsto no projeto dos anos 80, a geração de energia pelas caras turbinas da usina seria maior. (PIAÚÍ, 2013)

10 A versão integral do EIA/RIMA da UHE de Belo Monte encontra-se disponível no site do IBAMA, in <<http://licenciamento.ibama.gov.br/Hidreletricas/Belo%20Monte/EIA/>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

11 À guisa de exemplo, pode-se citar a ACP nº 2006.39.03.000711-8, que questiona a falta de oitiva prévia dos povos indígenas antes da autorização do empreendimento; a ACP nº 25997-08.2010.4.01.3900, que questiona a falta de regulamentação do aproveitamento hídrico em terras indígenas; a ACP nº 968-19.2011.4.01.3900, que questiona a possibilidade de emissão de licença parcial do empreendimento, dentre outras.

12 No site do Ministério Público Federal no Estado do Pará é disponibilizada a lista das ações judiciais movidas em face do empreendimento UHE de Belo Monte. In <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_Jan\\_2014.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2014/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_Jan_2014.pdf)>. Acesso em: 31 jan.. 2014.

## 2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL

O licenciamento ambiental constitui, sem dúvida, um importante instrumento de controle preventivo de danos ambientais. No dizer de Bechara (2009, p. 82) é nesse procedimento que o Estado, através de seu órgão licenciador, verifica a natureza, dimensão e impactos de um empreendimento potencialmente poluidor, antes mesmo de sua instalação, condicionando o exercício da atividade ao atendimento de uma série de requisitos - denominados “condicionantes”- destinados a eliminar ou reduzir ao máximo os impactos negativos dela decorrentes.

Antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, o licenciamento ambiental já era previsto como instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente, encontrando previsão expressa no art. 9º, inc. IV da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981<sup>13</sup>(BRASIL), a qual constitui o marco legal da proteção ambiental no Direito Brasileiro, na medida em que se passa a devotar uma importância maior à necessidade de preservação do meio ambiente.

Com a inauguração da nova ordem constitucional, na qual o meio ambiente equilibrado passa a ser reconhecido como direito fundamental de todos, a ser preservado para as presentes e para as futuras gerações<sup>14</sup>, o licenciamento ambiental adquire uma importância ainda maior, notadamente em razão da consagração do princípio do desenvolvimento sustentável, expresso no art. 170 da Constituição Federal (BRASIL, 1988), o qual resguarda o direito ao crescimento econômico, desde que garantidas a proteção ao meio ambiente e a redução das desigualdades sociais<sup>15</sup>.

Tanto é assim que o art. 225, §1º, inc. VI da Constituição Federal (BRASIL, 1988) passou a exigir a realização de estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental, o que demonstra, sem dúvida, a preocupação do legislador constituinte com a máxima proteção do meio ambiente.

Nesse sentido, o licenciamento ambiental constitui um dentre os muitos instrumentos colocados à disposição do Poder Público para a garantia de um meio ambiente saudável, na medida em que promove

13 Cf. “Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras.”

14 Nesse sentido o art. 225 da CF (BRASIL, 1988): “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

15 De acordo com o art. 170 da CF (BRASIL, 1988): “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais.”

o enquadramento da atividade econômica na legislação ambiental, garantindo, assim, o desenvolvimento de atividades compatibilizadas com a preservação do meio ambiente e a garantia do desenvolvimento sustentável.

## 2.1 O licenciamento ambiental como procedimento

Conforme destaca Thomé (2012, p. 248-249) “o licenciamento ambiental de atividades que utilizam recursos naturais decorre do poder de polícia da Administração Pública” e se materializa através de um procedimento administrativo, composto de diversas fases que devem ser cumpridas pelo interessado “para que obtenha um resultado final e conclusivo da Administração Pública sobre o consentimento da utilização dos recursos naturais”.

Esse procedimento encontra-se detalhado, atualmente, na Resolução do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA nº 237, de 19 de dezembro de 1997 (BRASIL), que em seu art. 1º, I, define o licenciamento ambiental como o:

[...] procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (grifo nosso)

A realização do licenciamento ambiental desenrola-se, normalmente, em três fases distintas, as quais resultam na emissão de licenças ambientais com finalidades diversas, quais sejam: a licença prévia, a licença de instalação e a licença de operação. A definição de cada uma dessas fases encontra-se descrita no art. 19 do Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990<sup>16</sup> (BRASIL), e detalhadas no art. 8º da Resolução CONAMA nº 237/1997 (BRASIL):

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

*I - Licença Prévia (LP)* - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção,

<sup>16</sup> Cf. “Art. 19. O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças: I - Licença Prévia (LP), na fase preliminar do planejamento de atividade, contendo requisitos básicos a serem atendidos nas fases de localização, instalação e operação, observados os planos municipais, estaduais ou federais de uso do solo; II - Licença de Instalação (LI), autorizando o início da implantação, de acordo com as especificações constantes do Projeto Executivo aprovado; e III - Licença de Operação (LO), autorizando, após as verificações necessárias, o início da atividade licenciada e o funcionamento de seus equipamentos de controle de poluição, de acordo com o previsto nas Licenças Prévia e de Instalação.”



atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

*II - Licença de Instalação (LI)* - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

*III - Licença de Operação (LO)* - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

Denota-se, pois, que a licença prévia (LP) é aquela concedida na fase de planejamento do empreendimento, atestando a sua viabilidade ambiental e estabelecendo as condicionantes para o desenvolvimento do projeto. É nessa fase que serão analisados os possíveis impactos ao meio ambiente e as medidas a serem adotadas para a mitigação destes. No caso de atividades de significativo impacto ambiental, é imprescindível a elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA)<sup>17</sup> antes da expedição da licença prévia.

De acordo com a Cartilha de Licenciamento Ambiental elaborada pelo Tribunal de Contas da União – TCU<sup>18</sup>, é durante o processo de obtenção da licença prévia que:

são levantados os impactos ambientais e sociais prováveis ao empreendimento;

são avaliadas a magnitude e a abrangência de tais impactos;

são formuladas medidas que, uma vez implementadas, serão capazes de eliminar ou atenuar os impactos;

são ouvidos os órgãos ambientais das esferas competentes;

são ouvidos órgãos e entidades setoriais, em cuja área de atuação se situa o empreendimento;

são discutidos com a comunidade, caso haja audiência pública, os impactos ambientais e respectivas medidas mitigadoras e compensatórias; e

<sup>17</sup> Trata-se de exigência prevista no art. 225, §1º, IV, CF (BRASIL).

<sup>18</sup> Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa\\_pnla/\\_arquivos/cartilha.de.licenciamento.ambiental.segunda.edicao.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/cartilha.de.licenciamento.ambiental.segunda.edicao.pdf)>. Acesso em 13 set. 2013.



é tomada a decisão a respeito da viabilidade ambiental do empreendimento, levando-se em conta sua localização e seus prováveis impactos, em confronto com as medidas mitigadoras dos impactos ambientais e sociais.

De posse da licença prévia, caberá ao empreendedor providenciar a elaboração do projeto básico do empreendimento, o qual deverá compreender o conjunto de elementos necessários e suficientes para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação. Além de ser elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, deverá possibilitar a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução<sup>19</sup>.

Aprovado o projeto básico, será expedida a licença de instalação (LI), a qual autoriza a implantação física do empreendimento. Nessa fase, o órgão licenciador terá<sup>20</sup>:

autorizado o empreendedor a iniciar a obra;

concordado com as especificações constantes dos planos, programas e projetos ambientais, seus detalhamentos e respectivos cronogramas de implementação;

verificado o atendimento das condicionantes determinadas na licença prévia<sup>21</sup>;

estabelecido medidas de controle ambiental, com vistas a garantir que a fase de implantação do empreendimento obedecerá aos padrões de qualidade ambiental estabelecidos em lei ou regulamento;

fixado as condicionantes da licença de instalação (medidas mitigadoras e/ou compensatórias).

Por fim, e após a constatação de cumprimento de todas as condicionantes previstas nas etapas anteriores, expede-se a licença de operação (LO), que autoriza o início do funcionamento do empreendimento, mediante o estabelecimento de condicionantes necessárias à continuidade das atividades.

19 Lei nº 8.666/93, art. 6º, IV (BRASIL, 1993)

20 BRASIL. Tribunal de Contas da União, p. 18. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa\\_pnla/\\_arquivos/cartilha.de.licenciamento.ambiental.segunda.edicao.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/cartilha.de.licenciamento.ambiental.segunda.edicao.pdf)>. Acesso em: 13 set. 2013.

21 Acerca da necessidade ou não de cumprimento das condicionantes da licença prévia antes da concessão da licença de instalação, vale a pena conferir a Ação Civil Pública nº 968-19.2011.4.01.3900, ajuizada pelo MPF em face da concessão de licença de instalação da UHE de Belo Monte. Disponível em <[http://www.pmpa.mp.br/news/2014/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_Jan\\_2014.pdf](http://www.pmpa.mp.br/news/2014/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_Jan_2014.pdf)>. Acesso em: 31 jan. 2014

## 2.2 O Estudo Prévio de Impacto Ambiental – EIA

A obrigatoriedade dos estudos de impacto ambiental é prevista expressamente no inciso IV, §1º do art. 225 da Constituição Federal (BRASIL), que ao discorrer sobre o dever de preservação do meio ambiente para as presentes e futuras gerações, impõe ao Poder Público a obrigação de “Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade”.

De acordo com Bechara (2009, p. 112), a partir dos estudos ambientais é que:

[...] será possível identificar os impactos positivos ou negativos do empreendimento (e não apenas sob a ótica ambiental, mas sob a ótica social, econômica, cultural etc.), a possibilidade técnica de se eliminarem os negativos ou minorá-los o quanto possível, bem como se de ampliarem os positivos ou, ainda, nos casos mais extremos, a necessidade de se rechaçar o empreendimento por conta da intolerabilidade dos seus impactos. Por isso se afirma que tais estudos são os fatores embaixadores da decisão governamental.

Assim, nos casos de licenciamento de empreendimentos causadores de impactos ambientais significativos<sup>22</sup>, imprescindível a realização dos estudos prévios de impacto ambiental, a fim de subsidiar a decisão do órgão licenciador de reconhecer ou não a viabilidade do empreendimento<sup>23</sup> e autorizar a sua realização.

<sup>22</sup> De ressaltar que a realização do EIA não é obrigatória em todos os procedimentos de licenciamento ambiental, mas apenas nos casos de empreendimentos com significativo impacto ambiental. Sobre o conceito de impacto ambiental significativo, Bechara (2009, p. 115) afirma se tratar de conceito jurídico indeterminado a ser preenchido com dados da realidade, concluindo que “significativa é a degradação ambiental de grande efeito, um impacto negativo considerável, um impacto num grau maior e mais relevante do que um impacto ambiental não qualificado dessa forma”. A Resolução CONAMA 01/1986, apesar de introduzir o conceito legal de impacto ambiental (art. 1º), não esclarece o que seria o impacto ambiental significativo; entretanto, apresenta um rol exemplificativo das atividades sujeitas à realização do EIA, dentre as quais se pode destacar a construção de estradas de rodagem, ferrovias, aeroportos, usinas hidrelétricas, entre outras previstas em seu art. 2º.

<sup>23</sup> Para Antunes (2012, p. 381) não há vinculação da Administração aos resultados do EIA, os quais constituiriam apenas um importantíssimo instrumento na tomada da decisão estatal e não mais que isso. Para o autor “caso o EIA fosse vinculante para a Administração” “não haveria sentido na própria existência do licenciamento, pois uma vez que o EIA tivesse concluído que uma licença deveria ser dada, a Administração não poderia negá-la, por exemplo”. Em sentido diverso, entendendo o EIA como verdadeiro freio à discricionariedade administrativa em matéria ambiental Benjamin apud Bechara (2009, p. 134), destaca que as conclusões do EIA “não extinguem a apreciação da conveniência e oportunidade que a Administração Pública pode exercer, como, por exemplo, na escolha de uma entre as múltiplas alternativas [...], desde que a decisão final esteja coberta de razoabilidade, seja motivada e tenha levado em conta o próprio EIA”. Para Benjamin, portanto, a discricionariedade da Administração estaria circunscrita às alternativas pautadas pelas conclusões do EIA. Nesse particular, a posição externada por Antunes parece ser a mais adequada, na medida em que a decisão pela viabilidade ou não do empreendimento deve sempre caber à Administração, não havendo qualquer obrigatoriedade de se acatar as conclusões do EIA, desde, é claro, que a Administração o faça motivadamente.

O primeiro diploma legal a tratar dos estudos de impacto ambiental foi a Resolução CONAMA nº 01/1986 (BRASIL), que além de traçar as principais diretrizes do EIA, apresenta em seu art. 5º o conteúdo mínimo a observado quando da elaboração dos estudos:

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto;

II - Identificar e avaliar sistematicamente os impactos ambientais gerados nas fases de implantação e operação da atividade;

III - Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;

IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade.

Essas diretrizes constituem o conteúdo mínimo a ser observado na elaboração do EIA, nada impedindo que o órgão licenciador estabeleça diretrizes adicionais, a depender das peculiaridades do projeto e das características ambientais da área. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 5º da Resolução CONAMA nº 01/1986 (BRASIL):

Parágrafo Único - Ao determinar a execução do estudo de impacto ambiental o órgão estadual competente, ou o IBAMA ou, quando couber, o Município, fixará as diretrizes adicionais que, pelas peculiaridades do projeto e características ambientais da área, forem julgadas necessárias, inclusive os prazos para conclusão e análise dos estudos.

De acordo com Antunes (2012, p. 382), a exigência dos estudos deve ser feita por ato formal da Administração, consubstanciado através do documento intitulado termo de referência (TR), o qual balizará as exigências do órgão ambiental para determinado licenciamento. Nesse sentido destaca:

O termo de referência é um balizamento estabelecido pela Administração Pública para a equipe técnica multidisciplinar que irá trabalhar na elaboração do estudo de impacto ambiental ou de outros estudos ambientais. Através do termo de referência, a Administração Pública mostrará ao empreendedor quais são os elementos que ela julga devam ser privilegiados na análise a ser realizada pelos técnicos. Cuida-se do estabelecimento de aspectos cuja observação deverá ser mais acurada, mais detalhada. O termo de referência é a bússola que irá orientar o trabalho da equipe técnica.

Além do EIA, a Resolução CONAMA 01/1986 (BRASIL) exige a elaboração Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), o qual refletirá as conclusões do estudo de impacto ambiental, e deverá ser apresentado de forma objetiva e adequada à compreensão da população em geral, de modo que se possam entender as vantagens e desvantagens do projeto, bem como todas as consequências ambientais de sua implementação.<sup>24</sup>

Cabe ainda salientar que, ao determinar a execução do EIA e a apresentação do RIMA, o órgão licenciador, sempre que julgar necessário, promoverá a realização de audiência pública para informação sobre o projeto e seus impactos ambientais e discussão do RIMA<sup>25</sup>. A audiência pública tem por finalidade expor aos interessados o conteúdo do produto em análise e do seu referido RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito<sup>26</sup>, podendo ser determinada de ofício pelo órgão ambiental ou quando for solicitado por entidade civil, pelo Ministério Público, ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos.<sup>27</sup>

### **2.3 A intervenção de órgãos externos no processo de licenciamento ambiental. Os critérios da Portaria Interministerial nº 419/2011**

Não obstante a competência para o licenciamento ambiental estar concentrada em apenas um órgão da federação<sup>28</sup> - o qual irá conduzir o procedimento até a concessão de licença de operação do empreendimento - a natureza dos impactos gerados, os quais não raras vezes ultrapassam a seara puramente ambiental, demandam a manifestação de outros órgãos da Administração acerca de determinados componentes específicos.

De acordo com Antunes (2012, p. 221):

Normalmente a intervenção dos órgãos externos tem por objetivo resguardar bens que poderão ser afetados negativamente pelo empreendimento em implantação. Os órgãos externos, em princípio, não estão autorizados a emitir opiniões sobre os impactos ambientais, especificamente aqueles que dizem respeito ao meio biótico. Contudo, devido ao fato de que o conceito de meio ambiente é extremamente amplo, há uma tendência dos órgãos externos ao sistema de licenciamento ampliarem o nível de participação e seguidamente, opinarem sobre questões que se situam em um “limbo”, ou zona cinzenta, sem que se saiba exatamente onde começa a atribuição de cada órgão.

24 Art. 9º, Resolução CONAMA 01/1986 (BRASIL).

25 Art. 11 §2º, Resolução CONAMA 01/1986 (BRASIL).

26 Art. 1º, Resolução CONAMA 09/1987 (BRASIL)

27 Art. 2º, Resolução CONAMA 09/1987 (BRASIL)

28 Segundo o art. 13 da Lei Complementar (LC) 140/2011 (BRASIL): “Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.”

No afã de regulamentar os critérios de participação dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal nos processos de licenciamento ambiental<sup>29</sup>, foi editada a Portaria Interministerial nº 419, de 26 de outubro de 2011(BRASIL), que em seu art. 3º determina:

Art. 3o O IBAMA, no início do procedimento de licenciamento ambiental, na Ficha de Caracterização as Atividade-FCA, deverá solicitar informações do empreendedor sobre possíveis interferências em terra indígena, em terra quilombola, em bens culturais acautelados e em áreas ou regiões de risco ou endêmicas para malária.

§ 1o No caso de omissão das informações solicitadas no caput, o IBAMA deverá informá-la às autoridades competentes para a apuração da responsabilidade do empreendedor, na forma da legislação em vigor.

§ 2o Para fins do disposto no caput deste artigo, presume-se a interferência:

I - em terra indígena, quando a atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra indígena ou apresentar elementos que possam gerar dano sócio-ambiental direto no interior da terra indígena, respeitados os limites do Anexo II;

II - quando a atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se em terra quilombola ou apresentar elementos que possam gerar dano sócio-ambiental direto no interior da terra quilombola, respeitados os limites do Anexo II;

III - quando a área de influência direta da atividade ou empreendimento submetido ao licenciamento ambiental localizar-se numa área onde for constatada ocorrência de bens culturais acautelados;

IV - quando a atividade ou empreendimento localizar-se em municípios pertencentes às áreas de risco ou endêmicas para malária.

Assim, nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos com impactos em terras indígenas, terras quilombolas, áreas em que for constatada a existência de bens culturais acautelados e municípios pertencentes a áreas de risco ou endêmicas para malária, o procedimento contará com a participação da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, da Fundação Cultural Palmares, do Instituto de Patrimônio Histórico e Artístico Nacional – IPHAN e do Ministério da Saúde, respectivamente.

29 De ressaltar que nos casos de licenciamento de obras com impactos sobre Unidades de Conservação Federal, a Lei nº 9985/2000 já estabelecia a participação obrigatória do órgão responsável por sua administração, conforme disposto no art. 36, §3º: “Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.”

De acordo com a Portaria, o termo de referência do estudo ambiental exigido pelo IBAMA para o licenciamento ambiental deverá conter as exigências de informações ou de estudos específicos referentes à interferência da atividade ou empreendimento em terra indígena, em terra quilombola, em bens culturais acautelados e em municípios pertencentes às áreas de risco ou endêmicas para malária<sup>30</sup>, o qual será submetido aos órgãos envolvidos para manifestação, no prazo de 15 dias.

Após a conclusão dos estudos ambientais, os órgãos envolvidos deverão apresentar ao IBAMA manifestação conclusiva no prazo de até 90 (noventa) dias no caso de EIA/RIMA e de até 30 (trinta dias) nos demais casos, a contar da data do recebimento da solicitação.<sup>31</sup> Poderão, ainda, exigir uma única vez, mediante decisão motivada, esclarecimentos, detalhamento ou complementação de informações, com base no termo de referência específico, a serem entregues pelo empreendedor no prazo de até 60 (sessenta) dias no caso de EIA/RIMA e 20 (vinte) dias nos demais casos.<sup>32</sup>

Ainda segundo a referida portaria, os órgãos e entidades federais envolvidos no licenciamento ambiental deverão acompanhar a implementação das recomendações e medidas relacionadas às suas respectivas áreas de competência, informando ao IBAMA

eventuais descumprimentos e inconformidades em relação ao estabelecido durante as análises prévias à concessão de cada licença<sup>33</sup>. Outrossim, poderá o IBAMA, no período que antecede a emissão das licenças de instalação e operação, solicitar manifestação dos órgãos e entidades envolvidos, quanto ao cumprimento das condicionantes das licenças expedidas anteriormente, bem como quanto aos estudos, planos e programas pertinentes à fase do licenciamento em curso.<sup>34</sup>

Importante destacar que na redação da Portaria nº 419/2011 não há qualquer referência ao caráter vinculante ou não dos pareceres emitidos pelos órgãos intervenientes no processo de licenciamento ambiental. Não obstante, considerando o regramento contido no art. 13, §1º, da Lei Complementar – LC nº 140/2011<sup>35</sup> (BRASIL) - que atribui o processo de licenciamento ambiental a um único ente federativo, permitindo a participação dos demais entes de maneira não vinculante

30 Art. 4º, Portaria nº 419/2011 (BRASIL).

31 Art. 6º, Portaria nº 419/2011(BRASIL).

32 Art. 6º, §6º, Portaria nº 419/2011(BRASIL).

33 Art. 9º, Portaria nº 419/2011(BRASIL).

34 Art. 7º, Portaria nº 419/2011(BRASIL).

35 Art. 13. Os empreendimentos e atividades são licenciados ou autorizados, ambientalmente, por um único ente federativo, em conformidade com as atribuições estabelecidas nos termos desta Lei Complementar.

§ 1º. Os demais entes federativos interessados podem manifestar-se ao órgão responsável pela licença ou autorização, de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos do licenciamento ambiental.

– a conclusão que se chega é de que as considerações efetuadas pelos órgãos intervenientes não vinculam o IBAMA, servindo tão-somente de balizamento para a análise dos impactos ambientais e das medidas a serem impostas ao empreendedor para mitigar os danos referentes aos componentes específicos envolvidos no processo de licenciamento<sup>36</sup>.

#### 2.4 O papel da Fundação Nacional do Índio – FUNAI. A análise do componente indígena nos processos de licenciamento ambiental

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI, entidade responsável pela gestão da política indigenista do País, assume papel de extrema relevância no contexto dos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos com impactos sobre Terras Indígenas, sendo responsável pela análise e acompanhamento dos chamados estudos do componente indígena, nos quais serão avaliados os impactos gerados sobre as populações indígenas afetadas, bem como as propostas de mitigação e/ou compensação pelos danos ambientais e socioculturais acarretados.

Antes da edição da Portaria nº 419/2011 (BRASIL), não havia um diploma legal que tratasse especificamente sobre a intervenção da FUNAI nos processos de licenciamento ambiental. Entretanto, a participação do órgão indigenista era garantida pela interpretação conjunta de vários diplomas legais<sup>37</sup>.

36 Nesse sentido, o TRF da 4. Região já decidiu: ADMINISTRATIVO. LICENCIAMENTO AMBIENTAL. ÓRGÃO INTEGRANTE DO SISNAMA. MANIFESTAÇÃO NÃO VINCULANTE.1. Hipótese em que a FATMA analisou estudo de impacto ambiental e considerou-o suficiente para autorizar o regular funcionamento do empreendimento, que consiste na exploração de conchas calcárias.2. A emissão de licença não tem sua eficácia condicionada à aprovação do estudo de impacto ambiental e relatório de impacto ambiental por outro órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (IBAMA), nos termos do art. 13, § 1º, da Lei Complementar nº 140/2011, que prevê a manifestação de outros órgãos de maneira não vinculante, respeitados os prazos e procedimentos. 3. Embargos infringentes a que se nega provimento. (TRF 4, EINF n. 0007287-70.2003.404.7207, Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, in D.E. 20/08/2013). Disponível em <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro.php?local=trf4&documento=6024771&hash=4779ec431ada31e717c80fac22b09fd2](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro.php?local=trf4&documento=6024771&hash=4779ec431ada31e717c80fac22b09fd2)>. Acesso em 27 out. 2013.

37 No Parecer Técnico nº 21/CMAM/CGPIMA-FUNAI, de 30 de setembro de 2009 (BRASIL), o qual trata da análise dos estudos de componente indígena da UHE de Belo Monte, são explicitadas as seguintes normas jurídicas que garantem o acompanhamento da FUNAI nos processos de licenciamento ambiental: Lei 5.371/67, que cria a Funai com as seguintes finalidades (dentre outras): estabelecer as diretrizes e garantir o cumprimento da política indigenista baseada no respeito às comunidades indígenas, à garantia da posse permanente das terras indígenas bem como o usufruto exclusivo de seus recursos naturais e buscar preservar o equilíbrio biológico e cultural das comunidades, no seu contato com a sociedade nacional; Constituição Federal, em seus artigos 231 e 232 – sobre os povos indígenas e suas terras; Decreto 1.141/94 – Dispõe sobre as ações de proteção ambiental, saúde e apoio às comunidades indígenas, destacando-se o artigo 9º que prevê a realização de diagnóstico ambiental para conhecimento da situação e de controle ambiental das atividades potencial ou efetivamente modificadoras do meio ambiente, mesmo aquelas desenvolvidas fora dos limites das terras indígenas que afetam, de modo a garantir a manutenção do equilíbrio necessário para a sobrevivência física e cultural das comunidades indígenas;

Com a edição da Portaria nº 419/2011 (BRASIL), os critérios de participação da FUNAI passam a ser mais definidos, sendo previstos, inclusive, prazos para manifestação<sup>38</sup>. De acordo com os procedimentos previstos na referida portaria, caberá à FUNAI:

- Elaborar termo de referência específico quanto aos estudos de componente indígena a serem realizados no âmbito do EIA;
- Avaliar os impactos provocados pela atividade ou empreendimento em terras indígenas, bem como apreciação da adequação das propostas de medidas de controle e de mitigação decorrentes desses impactos a partir da análise do estudo de impacto ambiental – EIA apresentado pelo empreendedor;<sup>39</sup>
- Apontar a existência de eventuais óbices ao processo de licenciamento e indicar as medidas ou condicionantes consideradas necessárias para superá-los.<sup>40</sup>
- Acompanhar a implementação das recomendações e medidas relacionadas ao componente indígena, informando ao IBAMA eventuais descumprimentos e inconformidades em relação ao estabelecido durante as análises prévias à concessão de cada licença.<sup>41</sup>

Ainda sobre a questão, foi editada no âmbito da FUNAI a Instrução Normativa – IN nº 1, de 9 de janeiro de 2012 (BRASIL), a qual estabelece normas internas sobre a participação da Fundação nos processos de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades potencial e efetivamente causadoras de impactos ambientais e socioculturais que afetem terras e povos indígenas.<sup>42</sup>

---

- Lei 6.001/73 – também conhecida como “Estatuto do Índio”, nos quais se destaca o artigo 2º, sobre o papel da União, dos estados e municípios na proteção das comunidades indígenas e a preservação de seus direitos, garantindo a posse permanente de suas terras, reconhecendo-lhes o direito ao usufruto exclusivo das riquezas naturais, dentre outros artigos;

- Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, destacando-se os artigos 18, que dispõe que os povos indígenas tem o direito de participar da tomada de decisões sobre as questões que afetem seus direitos, o artigo 19, sobre o consentimento livre, prévio e informado antes de adotar e aplicar medidas legislativas e administrativas que os afetem, o artigo 29, que dispõe sobre o direito à conservação e à proteção do meio ambiente e da capacidade produtiva de suas terras ou territórios e recursos;

- Convenção 169/OIT/89 – ratificada pelo Decreto 5.051/04 – Dispõe sobre a responsabilidade dos governos em desenvolver, com a participação dos povos interessados, ações coordenadas e sistemáticas com vistas a proteger os direitos desses povos e garantir o respeito por sua integridade; bem como do direito a oitiva indígena nos assuntos governamentais e políticas que afetem os povos e terras indígenas e/ou tribais.

38 Os prazos para manifestação encontram-se previstos no art. 6º, Portaria nº 419/2011 (BRASIL). De ressaltar que a ausência de manifestação no prazo estabelecido não implicará prejuízo ao andamento do processo de licenciamento ambiental, nem para a expedição da respectiva licença, sendo a manifestação extemporânea dos órgãos e entidades envolvidas considerada na fase em que se encontrar o processo de licenciamento (vide §§6º e 7º, Portaria nº 419/2011 (BRASIL)).

39 Art. 6º, I, Portaria nº 419/2011 (BRASIL)

40 Art. 6º, §7º, Portaria nº 419/2011 (BRASIL)

41 Art. 9º, Portaria nº 419/2011 (BRASIL)

42 Art. 1º, IN nº 01/2012 FUNAI (BRASIL).



Decerto, a participação da FUNAI nos processos de licenciamento ambiental constituiu um importante instrumento no tratamento dos danos ambientais e socioculturais gerados às populações indígenas, já que se trata de entidade com expertise nas questões indígenas e interlocução com as comunidades.

Não obstante, uma vez que a manifestação exarada pelo ente indigenista não possui caráter vinculante, é possível que o processo de licenciamento prossiga ainda que haja a discordância da FUNAI. Nesse caso, o caminho mais provável será a Câmara de Conciliação da Advocacia-Geral da União.<sup>43</sup>

### 3 ESTUDO DO “COMPONENTE INDÍGENA” COMO PARTE INTEGRANTE DO EIA/RIMA. OS DANOS ACARRETADOS AOS INDÍGENAS NO CASO DA UHE DE BELO MONTE

#### 3.1 Dano ambiental e dano de natureza sociocultural

Segundo Bechara (2009, p. 49), o conceito de dano, sob o ponto de vista jurídico, refere-se à lesão a um bem juridicamente protegido, o qual impõe à vítima um sacrifício não exigido pelo Direito. Assim, só possui relevância jurídica, o dano que atinge um bem juridicamente protegido contra a ação ou omissão geradora do prejuízo.

No que pertine à conceituação de dano ambiental, a autora apresenta interessante distinção entre o que classifica como “dano ambiental” (propriamente dito), o qual afetaria o bem jurídico qualidade ambiental; e “dano por intermédio do meio ambiente”, que atingiria bens individuais, coletivos ou difusos não ambientais.<sup>44</sup>

Nesse sentido, o dano ambiental caracterizar-se-ia como:

[...] a agressão ao meio ambiente, *i.e.*, aos componentes ambientais do ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho, que lesa o direito da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Por assim dizer, produz alterações no meio ambiente que afetem o equilíbrio ecossistêmico ao qual a coletividade faz jus<sup>45</sup>.

43 De acordo com a Cartilha publicada no site da Advocacia-Geral da União – AGU, a Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF foi criada em 27 de setembro de 2007 e instituída pelo Ato Regimental nº 05, de 27 de setembro de 2007. Dentre suas atribuições está a resolução de divergências entre entes da Administração Pública Federal, promovendo-se a conciliação de interesses divergentes dos diversos órgãos da Administração. Disponível em <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Cartilha\\_CCAF\\_03\\_02\\_09.pdf](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Cartilha_CCAF_03_02_09.pdf)>. Acesso em: 18 jan. 2014.

44 BECHARA, E.. *Licenciamento e Compensação Ambiental*: na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC). São Paulo: Atlas, 2009. p. 57.

45 *idem*, p. 49.

Decerto, por força do art. 225, caput, da CF/88 (BRASIL), o meio ambiente equilibrado passa a ser reconhecido como direito fundamental de todos, a ser preservado para as presentes e para as futuras gerações. Assim, quando o meio ambiente é agredido, com alterações de sua qualidade, há lesão ao equilíbrio ambiental constitucionalmente protegido, configurando-se em dano ambiental. “O direito (bem jurídico) atingido pelo dano ambiental é, portanto, o direito de todos ao equilíbrio e à higidez do meio ambiente”.<sup>46</sup>

Por outro lado, se é certo afirmar que a realização de uma obra de grande porte pode trazer danos ao meio ambiente, também não se pode olvidar dos danos gerados aos seres humanos a partir da lesão ambiental, os quais comprometem a realização de vários outros direitos da coletividade, como o direito à saúde, ao bem-estar físico e psíquico, à identidade e memória histórico-cultural etc.<sup>47</sup> Conforme leciona Bechara<sup>48</sup>

Além dos danos individuais, temos os danos coletivos e difusos por intermédio do meio ambiente. São danos atinentes a grupos ou massas de pessoas, que não dizem respeito à perda da qualidade ambiental, embora sejam causados por conta de uma modificação adversa do meio ambiente. Não se vê aqui, a agressão ao direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (este, certamente um dano ambiental), mas agressão a direitos transindividuais (coletivos e difusos) de outra natureza, tais como à saúde, à dignidade, à paz social, à memória etc. Um bom exemplo de agressão aos elementos da natureza que resulta em lesão a bens jurídicos coletivos e/ou difusos não ambientais: *a dizimação de uma floresta habitada há centenas de anos por uma tribo indígena, deixando os índios sem a sua morada e destruindo as reminiscências religiosas e familiares bem como o vínculo afetivo desse agrupamento de pessoas com a área.* [...] (*Grifos nossos*)

É exatamente o que ocorre nos empreendimentos com impactos sobre populações indígenas, cujos danos envolvem não apenas o aspecto puramente ambiental, mas também questões de ordem cultural, etnológica etc., os quais necessitam ser tratados com extrema seriedade nos estudos de impacto ambiental, a fim de evitar que os danos gerados pela realização de obras ou atividades não comprometam a sobrevivência

46 BECHARA, E.. *Licenciamento e Compensação Ambiental: na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009. p. 52.

47 Idem, p. 51.

48 Idem, p. 59

física e cultural desses grupos étnicos, cuja proteção é resguardada pelo ordenamento jurídico nacional<sup>49</sup> e internacional<sup>50</sup>.

Diante de tal complexidade, é imprescindível que a análise do dano ambiental - em sentido amplo - presente nos processos de licenciamento, seja visto sob a ótica dos direitos fundamentais das comunidades indígenas atingidas<sup>51</sup>, a fim de que haja um perfeito equilíbrio entre a garantia do desenvolvimento econômico e a realização de equidade social, tal como preconiza a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas editada em 1986<sup>52</sup>.

Nesse sentido, revela-se de extrema importância a análise do chamado “componente indígena” nos estudos de impacto ambiental, de forma a garantir o devido tratamento aos danos acarretados às comunidades indígenas decorrentes da construção de grandes empreendimentos que impactem, direta ou indiretamente, o modo de ser e de viver dessas sociedades.

Decerto, a realização de obras de grande porte - como a construção de usinas hidrelétricas, abertura de estradas etc. -, ocasionará impactos às populações indígenas por um longo período de tempo, quiçá até pela vida inteira<sup>53</sup>. O fluxo de pessoas atraídas pela construção do empreendimento, a pressão exercida sobre o modo de viver tradicional dos indígenas e demais consequências, são todas questões que devem ser observadas quando da realização dos estudos de impactos ambientais

49 De acordo com o art. 231 da CF/88 (BRASIL): “São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”

50 A Convenção 169/OIT, promulgada pelo Decreto 5.051/2004 (BRASIL), dispõe em seu artigo 4º: “Deverão ser adotadas as medidas especiais que sejam necessárias para salvaguardar as pessoas, as instituições, os bens, as culturas e o meio ambiente dos povos interessados. 2. Tais medidas especiais não deverão ser contrárias aos desejos expressos livremente pelos povos interessados. 3. O gozo sem discriminação dos direitos gerais da cidadania não deverá sofrer nenhuma deterioração como consequência dessas medidas especiais.”

51 Citando o estudo realizado pelo IPARJ – Instituto de Pesquisas Antropológicas do Rio de Janeiro, contratado pela ELETROBRÁS em 1988, para abordar e estabelecer diretrizes para o relacionamento do setor elétrico com os povos indígenas, o Parecer Técnico nº 21 (BRASIL, 2009, p. 34) destaca: “[...] os povos indígenas que são confrontados com empreendimentos de grande porte, como hidrelétricas, estradas e ferrovias, projetos de desenvolvimento regional, assentamentos, entre outros, sofrem impactos em todos os setores de sua vida, desde sua população, atividades cotidianas, condições materiais de sobrevivência, até os aspectos estruturais de suas sociedades, concepções de vida e de mundo. Visto desta forma, eles não afetam apenas uma parte de sua população, uma aldeia, mas um povo como um todo, a etnia.”

52 O art. 1º da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas, editada em 1986, dispõe em seus itens 1 e 2 que o direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, e também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação, aí incluído o direito de soberania sobre todas as suas riquezas e recursos.

53 Sobre os danos socioculturais decorrentes da construção da UHE de Belo Monte, a matéria publicada na revista Carta Capital (2013) destaca: “As terras indígenas estão vulneráveis. E os índios cada vez mais dependentes. [...] Como um escambo moderno, o processo ‘deslocou a atenção dos índios do questionamento sobre a barragem para o consumo’[...] As aldeias deixaram seus roçados e se acostumaram à dependência alimentar. Lideranças jovens passaram a criar aldeias de olho nos repasses. O resultado foi a perda da identidade cultural.”

e dos programas de compensação ambiental no bojo do processo de licenciamento.

### 3.2 O “componente indígena” no licenciamento ambiental da UHE de Belo Monte

Em que pese a inexistência de regulamentação específica sobre a análise do componente indígena nos processos de licenciamento ambiental - a qual somente veio ocorrer com a edição da Portaria nº 419/2011 (BRASIL) - os estudos de impacto ambiental da UHE de Belo Monte contemplaram a análise dos impactos ambientais e socioculturais sobre comunidades indígenas, segundo termo de referência específico formulado pela FUNAI, sendo objeto de análise pelo órgão indigenista por meio do Parecer Técnico nº 21/CMAM/CGPIMA-FUNAI, de 30 de setembro de 2009 (BRASIL).

Nos estudos de componente indígena do EIA da UHE de Belo Monte, foram incluídas 10 (dez) Terras Indígenas<sup>54</sup> e mais dois grupos de análise, divididos da seguinte forma: o Grupo 01, composto por Terras Indígenas consideradas “diretamente impactadas”, localizadas bem próximas ao empreendimento (T.I Paquiçamba, T.I Arara da Volta Grande, T.I Juruna do Km 17 e T.I Trincheira Bacajá); o Grupo 02, composto por Terras Indígenas que, embora também sofram impactos diretos, estão geograficamente mais distantes do empreendimento (T.I Apyterewa, T.I Araweté do Igarapé Ipixuna, T.I Koatinemo, T.I Kararaó, T.I Arara e T.I Cachoeira Seca); o Grupo 03, composto pela etnia Kayapó<sup>55</sup>; e o Grupo 04, formado pelos índios citadinos residentes em Altamira e Volta Grande do Xingu, que serão impactados diretamente pelo empreendimento.

Dentre os impactos acarretados aos indígenas pelo empreendimento UHE de Belo Monte, o que talvez mereça maior destaque seja aquele decorrente da transformação gerada pela mudança do regime hídrico do rio Xingu, que desencadeará a redução da vazão<sup>56</sup> no trecho do rio

54 T.I Paquiçamba, T.I Arara da Volta Grande, T.I Juruna do Km 17, T.I Trincheira Bacajá, T.I Koatinemo, T.I Kararaó, T.I Apyterewa, T.I Araweté do Igarapé Ipixuna, T.I Arara, T.I Cachoeira Seca.

55 De acordo com o Parecer Técnico 21/2009(BRASIL, p.29 e 32), a princípio não seriam feitos estudos nas Terras Indígenas da etnia Kayapó, mas estas deveriam ser contempladas com Plano de Comunicação específico para os povos indígenas, de forma a trabalhar os impactos psicossociais ocorridos a esses povos desde o projeto do Complexo Kararaó, que ainda persiste no imaginário e sistema de representações simbólicas a respeito do empreendimento. Nesse sentido, foram realizadas reuniões junto a essas comunidades indígenas, explicando o projeto atual de Belo Monte e a abrangência dos estudos. O posicionamento dos indígenas, entretanto, foi claro: apesar de entenderem que os impactos ambientais e socioculturais não afetariam suas terras, declararam que o Rio Xingu não deveria ser barrado: “o Xingu é o coração dos Kayapó”, disseram, posicionando-se mais uma vez contra o empreendimento, como vem fazendo desde 1989.

56 De acordo com o EIA da UHE de Belo Monte, o Trecho de Vazão Reduzida (TVR) compreende o trecho do rio Xingu entre a Barragem do Sítio Pimental até o ponto de restituição das vazões turbinadas pela

conhecido como “Volta Grande do Xingu”, cujas conseqüências vão muito além da seara ambiental, comprometendo o próprio modo de viver desses povos tradicionais<sup>57</sup>.

No caso dos Juruna da T.I Paquiçamba, por exemplo, - que faz parte da área de influência direta do empreendimento, sendo a terra mais impactada pela construção da usina segundo a FUNAI<sup>58</sup> - a redução da vazão na Volta Grande do Xingu acarretará reflexos no ciclo produtivo de castanha, principal produto de extrativismo e fonte de renda para os Juruna, cujo transporte somente é possível devido à cheia do rio Xingu<sup>59</sup>. As atividades de pesca também serão impactadas pela mudança do regime hídrico do rio<sup>60</sup>, aumentando a vulnerabilidade das áreas pesqueiras, com maior ação de pescadores ilegais, já que a vazão reduzida aumenta a oferta de peixes num primeiro momento, acarretando a posterior escassez dos recursos e a substituição de espécies da icitiofauna<sup>61</sup>. Tais mudanças trarão conseqüências diretas no modo de vida dos Juruna, implicando numa reconfiguração social, econômica e até cosmológica daquela etnia<sup>62</sup>. Segundo dados do EIA:

Historicamente os Juruna residem na região do rio Xingu há muitos anos e as gerações desses indígenas que vivem na região da VGX conforme o ciclo hidrológico do rio Xingu. As mudanças ambientais irão alterar o cenário que possuem na memória e calendário etnoecológico. Além de levar a possível perda de elementos da biodiversidade levará a perdas de referência espacial dos indígenas devido à grande modificação do ambiente. Com o enchimento do reservatório do Xingu, as ilhas, pedrais e margens que são pontos de referência para os deslocamentos e paradas eventuais dos indígenas, acima do Sitio Pimental até a cidade de Altamira, deixarão de existir forçando-os a estabelecer novas referências espaciais. O mesmo deverá ocorrer com a vazão reduzida da VGX que fará parte da paisagem no trecho do Sitio Pimental até a Cachoeira do Jurucua. (EIA, Volume 35, Tomo 2, p. 288)

---

Casa de Força Principal ao leito do rio, trecho este que sofrerá redução de vazão durante a operação do empreendimento. (EIA, Volume 29, p. 34).

57 Nesse sentido, a matéria publicada na Revista Piauí (2013) destaca: “Quando a usina estiver em funcionamento, a vazão média na Volta Grande cairá bastante, sobretudo nos períodos de cheia do rio. O principal impacto, acreditam os índios, será a redução na oferta de peixes, parte essencial de sua alimentação - e de sua independência em relação à cidade”.

58 Parecer Técnico nº 21/2009 (BRASIL), p. 44.

59 Parecer Técnico nº 21/2009 (BRASIL), p. 38.

60 De acordo com o EIA: “Com as possíveis alterações na qualidade da água e da comunidade de peixes poderá comprometer os locais de captura de peixes (subsistência, consumo e ornamental) levando ao maior esforço de captura nos arredores da TI Paquiçamba forçando a deslocarem para outros locais mais distantes da aldeia e de maior custo no deslocamento. Muitas dessas áreas levarão ao aumento de conflitos interétnicos.” (EIA, Volume 35, Tomo 2, p. 270)

61 Parecer Técnico 21/2009 (BRASIL), p. 39.

62 Parecer Técnico 21/2009 (BRASIL), p. 43.

Para os Arara da T.I Arara da Volta Grande do Xingu, além das mudanças ambientais decorrentes da diminuição do pescado e dificuldades de navegabilidade, dentre outras<sup>63</sup>, a alteração do ciclo hidrológico do rio também provocará, no entendimento dos indígenas, mudanças cosmológicas, forçando com que os espíritos que estão no Xingu passem a procurar novas moradias<sup>64</sup>. Nesse sentido, o EIA destaca:

Os “espíritos” estão em consonância com os indígenas e o meio ambiente. As alterações que o meio ambiente sofrer, o mundo espiritual desses lugares também sofrerão. A reação será o abandono do local, tanto do bem quanto do mal. Assim como o “espírito” vindo do Amazonas vagou por lá, os espíritos que estão na Volta Grande do Xingu, segundo seu entendimento poderão vagar em busca de novo ambiente. (EIA, Volume 35, Tomo 3, p. 77)<sup>65</sup>.

Quanto às Terras Indígenas integrantes do Grupo 02<sup>66</sup>, formadas pelas etnias Arara, Kararaô, Assurini, Araweté e Parakanã, o EIA indica, ainda, alguns impactos que incidem na cultura material e imaterial dos cinco povos estudados em razão da modificação do ciclo do rio Xingu:

A divulgação do empreendimento, ou melhor, do projeto de engenharia do AHE Belo Monte, pode trazer inquietação para os grupos indígenas estudados, principalmente para os Asurini e Arara. As concepções cosmológicas destes povos estão relacionadas com o rio Xingu, como, por exemplo, para os Asurini, o lugar de origem do universo é onde se encontram a água grande (Rio Xingu), a terra e o céu, morada de Maíra (herói criador) e dos Awaeté (gente de verdade) ancestrais dos Asurini. Para este grupo, em todo o rio Xingu e seus afluentes encontram-se pedras com “pegadas”, que os Asurini identificam como as pegadas de Maíra. A possibilidade de construção do AHE Belo Monte, com conseqüente alteração do rio Xingu, pode trazer desconforto, aflição, inquietação, alterações de ordem psicológica, principalmente nos adultos

63 Segundo a FUNAI: “Na perspectiva da implantação do Projeto Belo Monte, outro aspecto crucial para os Arara refere-se ao impedimento deles continuarem navegando pelo rio Xingu nas suas rotas tradicionais, seja para comercializar sua produção e viabilizarem seu atendimento à saúde em Altamira, seja para pescar e caçar entre as ilhas, seja para pescarem na foz do Bacajá ou pescarem os peixes ornamentais nos pedrais. Tratam-se de rotas que levam em consideração não apenas os melhores canais do rio, mas também a existência de seres sobrenaturais e mitológicos que habitariam determinados trechos do rio. A vazão reduzida do Xingu poderá comprometer de forma significativa essas possibilidades. E ainda, prejudicar a manutenção de laços familiares, comerciais e políticos que os Arara estabelecem por meio do rio Xingu.” (Parecer Técnico nº 21/2009 (BRASIL), p. 49).

64 Parecer Técnico nº 21/2009 (BRASIL), p. 50

65 Segundo a FUNAI, trata-se “de um impacto cultural importante, uma vez que o manejo inadequado dos peixes pode gerar a punição da Mãe D’água, sendo que, segundo os Arara, as feras sairão quando começarem a mexer no rio. A Mãe D’água é responsável pela subida e descida dos rios, mas ela procurará outro lugar se ocorrerem muitas interferências no rio Xingu e seus afluentes.” (Parecer Técnico nº 21/2009 (BRASIL), p. 51).

66 T.I Arara, Cachoeira Seca, Apyterewa, Kararaô, Koatinemo e Araweté do Igarapé Ipixuna.

e idosos para os quais o rio Xingu é referência do saber cosmológico. Este impacto é adverso, direto, permanente, localizado principalmente nas terras indígenas Asurini e Arara, de alta magnitude e irreversível, não podendo, portanto ser mitigado e compensado por nenhum programa (EIA, Volume 35, Tomo 6, p. 242-243)

Ao lado dos impactos acarretados pela mudança do ciclo hídrico do Xingu, a construção da UHE de Belo Monte desencadeará inúmeros outros impactos sobre as comunidades indígenas, dentre os quais se pode citar<sup>67</sup>:

- Aumento de exposição dos indígenas à prostituição, alcoolismo e drogas em razão do aumento do fluxo migratório para a região;
- Aumento da pressão fundiária e nos recursos naturais das Terras Indígenas (caça, pesca e recursos extrativistas);
- Deslocamento para a cidade de Altamira em busca de alternativas de renda, ocasionando o desestímulo das atividades de subsistência tradicionais nas aldeias;
- Alteração da qualidade de água a jusante da barragem Pimental, na Volta Grande do Xingu, comprometendo o abastecimento de água de consumo na TI Paquiçamba.

Segundo destaca a FUNAI<sup>68</sup>:

[...] além das questões basicamente relacionadas com a “vazão reduzida”, os maiores problemas para todas as comunidades indígenas estudadas certamente estão relacionados com o afluxo de um contingente populacional para a região, ocasionando o aumento da pesca e caça ilegal, da exploração madeireira e garimpeira, de invasões às TI e de transmissão de doenças. Face a isto, são necessárias condições que dependem basicamente de ações de Estado que garantam a proteção de todas as terras indígenas afetadas, pelo ordenamento territorial, e a vigilância e fiscalização das terras indígenas e unidades de conservação, bem como do seu entorno.

Apesar do EIA-RIMA apresentar uma extensa agenda de planos e programas, cujos objetivos são os de mitigar os impactos negativos do empreendimento sobre os povos e Terras Indígenas, a complexidade da situação, como foi retratada nesse parecer, baseado em informações colhidas pela FUNAI e no próprio EIA-RIMA, exige muito mais do que a implementação de um bom Plano Básico Ambiental (PBA). A situação atual da região, fortemente impactada por desmatamentos, atividade madeireira e garimpos, entre outros, com a presença insuficiente do

67 Fonte: EIA da UHE de Belo Monte (BRASIL, 2009)

68 Parecer Técnico nº 21/2009 (BRASIL, p. 95)

Estado brasileiro, já contribui para o contexto de vulnerabilidade das Terras Indígenas.

Portanto, não há dúvidas que as mudanças acarretadas pela construção da UHE de Belo Monte transformarão de forma considerável o modo de vida dos povos indígenas daquela região, as quais exigem tratamento adequado e contundente por parte do Estado Brasileiro de forma a garantir a sobrevivência dessas populações.

#### **4 QUESTÕES CONTROVERTIDAS ENVOLVENDO O LICENCIAMENTO AMBIENTAL E POVOS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE A PARTIR DAS DECISÕES JUDICIAIS PROLATADAS NO CASO DA UHE DE BELO MONTE**

##### **4.1 Do direito à consulta prévia garantido aos povos indígenas**

###### **4.1.1 O reconhecimento do direito de consulta na Constituição Federal de 1988 e na Convenção 169 da OIT**

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL) representa, sem dúvida, um marco no tratamento dado à questão indígena no país. O paradigma até então vigente, pautado na integração do índio à sociedade, é substituído por uma nova ordem baseada no respeito à diversidade e no reconhecimento dos indígenas não como seres de cultura inferior, mas apenas dotados de modos de vida e visões de mundo diferentes<sup>69</sup>.

O Capítulo VIII do Título VII do texto constitucional enumera uma série de direitos reconhecidos a essas populações, os quais visam, acima de tudo, resguardar a sua sobrevivência enquanto minoria étnica. Nesse sentido, destaca o *caput* do art. 231:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

69 Segundo Villares (2007, p. 18): "O ordenamento passa, então, a reconhecer os povos indígenas enquanto tais, dotados de culturas, organizações sociais, línguas, religiões, modos de vida, visões de mundo peculiares a cada grupo ou povo. Abandona-se definitivamente o conceito, inclusive jurídico, de que índios são seres humanos com uma cultura inferior, primitiva, de que a aproximação com a sociedade ocidental brasileira condena-os à civilização ocidental e à conseqüente perda de sua identidade indígena. Pelo contrário, a experiência traz que o simples contato de grupos étnicos não faz um absorver o outro, numa integração necessária, mas proporciona uma mudança cultural, que não tira do índio sua identidade. Ela lhes foi roubada muitas vezes por uma integração forçada, violenta, uma política levada pela sociedade, pela igreja e pelo Estado, para transformar o índio em indivíduo pobre que habita e coloniza o meio rural. A perda da identidade indígena, sob qualquer aspecto, não pode ser mais admitida pelo direito. Os povos indígenas são sujeitos perpétuos nessa relação social de poder, como indivíduos e comunidades autônomos e senhores de seu destino."



No que se refere especificamente ao aproveitamento de recursos hídricos (inclusive potenciais energéticos) e a pesquisa e lavras de riquezas minerais, o §3º do art. 231 prevê expressamente a necessidade de consulta às comunidades indígenas:

§ 3º - O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, *ouvidas as comunidades afetadas*, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.(grifo nosso)

Por sua vez, a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais, assinada em 1989 e ratificada pelo Brasil em 2002, por meio do Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002 (BRASIL), com posterior promulgação pelo Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004 (BRASIL), traz em seu art. 6º as seguintes disposições:

#### Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) *consultar os povos interessados*, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, *cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente*;

[...]

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, *com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas*. (grifos nossos)

De ressaltar que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) firmou entendimento no sentido de que os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, mesmo aqueles que abordem matéria relativa a direitos humanos, são incorporados ao direito brasileiro como lei ordinária<sup>70</sup>, só passando a ostentar *status* constitucional acaso cumpram o rito congressional necessário à aprovação de uma emenda constitucional, nos termos do art. 5º, §3º, da CF/88 (BRASIL) com redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004<sup>71</sup>. Apesar disso, o próprio STF vem

70 Nesse sentido, os seguintes julgados: ADI 1.675 – MC. Ministro Relator: Sepúlveda Pertence. Julgado 24.09.97, publicado no Diário da Justiça do dia 19.09.2003; ADI 1.480 MC Ministro Relator: Celso de Mello, julgado em 04.09.1997, publicado no Diário da Justiça o dia 18.05.2001; e o HC-88.420. Ministro Relator: Ricardo Lewandowski Julgado 17.04.2007, publicado no Diário da Justiça do dia: 08.06.2007.

71 Cf. Art. 5º [...] § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.



e não criar um mero entrave burocrático à obtenção de autorização mineral. Assim, o Congresso Nacional, ao decidir se autoriza ou não um determinado projeto minerário, deverá sempre levar em consideração o posicionamento da comunidade indígena em relação ao mesmo, e saber o quanto de tal decisão irá afetá-la. Nos dizeres de Dalmo Dallari:

‘Não é pura e simplesmente ouvir para matar a curiosidade, ou para ter-se uma informação relevante. Não. É ouvir para condicionar a decisão. O legislador não pode tomar decisão sem conhecer, neste caso, os efeitos dessa decisão. Ele é obrigado a ouvir. Não é apenas uma recomendação. É, na verdade, um condicionamento para o exercício de legislar. Se elas (comunidades indígenas) demonstrarem que será tão violento o impacto (da mineração ou da construção de hidrelétrica), será tão agressivo que pode significar a morte de pessoas ou a morte da cultura, cria-se um obstáculo intransponível à concessão da autorização (Informe Jurídico da Comissão Pró-Índio, Ano II, nº 9 a 13, abril a agosto de 1990).’

Nessa perspectiva, o direito à consulta prévia condicionaria a própria decisão política do Congresso Nacional, o qual, antes de autorizar a realização de empreendimentos hidrelétricos com impactos sobre populações indígenas deveria ouvir verdadeiramente o que tais populações têm a dizer.

Não obstante, observa-se que as decisões encampadas pelo Poder Judiciário no caso da UHE de Belo Monte trazem, em sua maioria, uma abordagem completamente diferente da questão, atribuindo um caráter restritivo ao direito de consulta. Nesse sentido, destaca-se o trecho do acórdão proferido pelo TRF 1ª Região, no bojo da Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA<sup>75</sup>:

O art. 231, § 3º, da Carta da República enuncia dois requisitos prévios para o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, quais sejam: autorização do Congresso Nacional e oitiva das comunidades afetadas. Não explicita, contudo, a precedência de uma medida sobre a outra.

[...]

O ato congressual em discussão não se revela, outrossim, ofensivo à Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre Povos Indígenas e Tribais, cujas normas estabelecem a consulta aos

75 De ressaltar que, em sede de Embargos de Declaração opostos pelo MPF, a referida decisão foi reformada para “coibir o IBAMA de praticar qualquer ato administrativo, e tornar insubsistentes aqueles já praticados, referentes ao licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica de Belo Monte.” De acordo com o entendimento adotado a unanimidade pela Egrégia Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 1. Região, o Decreto Legislativo nº 788/2005 seria materialmente inválido por violação ao art. 231, §3º, da Constituição Federal, c/c os arts. 3º, item 1, 4º, itens 1 e 2, 6º, item 1, alíneas a,b e c, e 2; 7º, itens 1,2 e 4; 13, item 1;14, item 1; e 15, itens 1 e 2, da Convenção nº 169/OIT. (Cf. TRF 1. Região, Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA (BRASIL, 2012) Não obstante, a decisão foi posteriormente suspensa, após Reclamação ajuizada pelo Governo Federal perante o STF.

índios sobre medidas legislativas e administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente. Isso porque, no caso concreto, a oitiva das comunidades afetadas efetivamente ocorreu, tal como amplamente esclarecido no memorial apresentado pela própria FUNAI e demonstrado por documentos nos autos, uma vez que, em diversos momentos, foram realizadas consultas às comunidades locais, não só indígenas, como também de ribeirinhos. E, de outro lado, as normas inscritas em tal convenção não estabelecem que a consulta aos povos indígenas deva ser prévia à autorização do Congresso Nacional. Destaca-se, inclusive, a eficácia de tais reuniões realizadas com as aludidas comunidades, tanto é assim que o projeto referente ao empreendimento passou por diferentes alterações, resultantes de ações mitigadoras e reparadoras de danos que poderiam decorrer da implantação do AHE na região<sup>76</sup>.

No presente caso, confundiu-se o direito de consulta - previsto na CF/88 e na Convenção nº 169 da OIT - com a realização de audiências públicas - previstas no art. 3º da Resolução CONAMA nº 237/97, o qual prevê:

Art. 3º- A licença ambiental para empreendimentos e atividades consideradas efetiva ou potencialmente causadoras de significativa degradação do meio dependerá de prévio estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto sobre o meio ambiente (EIA/RIMA), ao qual dar-se-á publicidade, garantida a realização de audiências públicas, quando couber, de acordo com a regulamentação.

Sobre o assunto, vale destacar o trecho do voto vencido proferido pela Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, no bojo da apelação cível em referência, o qual rechaça o entendimento adotado pela maioria:

[...]

11. A audiência pública prevista no artigo 3º da Resolução CONAMA não se confunde com a consulta feita pelo Congresso Nacional nos termos da Constituição.

12. A FUNAI, os índios, ribeirinhos, comunidades urbanas, ambientalistas, religiosos etc, todos podem ser ouvidos em audiência pública inserida no procedimento de licenciamento ambiental. Tal audiência realizada pelo IBAMA para colher subsídios tem natureza técnica. A consulta realizada pelo Congresso às comunidades indígenas

76 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 1. Região. Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA. Ministério Público Federal e Eletrobrás/Eletronorte. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Relator para o acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente, 14/11/2011, 5. Turma. Apelação improvida, vencida a relatora. Disponível em: <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_23-10-13.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_23-10-13.pdf)>. Acesso em: 26 out. 2013.

afetadas por obras em suas terras tem por objetivo subsidiar a decisão política.<sup>77</sup>

Aliás, o voto vencido da referida desembargadora federal indica expressamente o momento em que a consulta prévia deve ser realizada:

Nesse aspecto, a ausência da norma expressa na Constituição Federal sobre o momento da oitiva das comunidades afetadas nos induz a olhar a lógica das coisas e não os interesses em conflito.

A lógica indica que o Congresso só pode autorizar a obra em área indígena depois de ouvir a comunidade. Por outro lado, só pode proceder à consulta depois que conhecer a realidade antropológica, econômica e social das comunidades que serão afetadas pelos impactos ambientais.

[...]

Sendo a oitiva das comunidades afetadas um antecedente condicionante à autorização, é inválida a autorização do DL 788/2005. Não se autoriza para depois se consultar. Ouve-se os indígenas e depois autoriza-se, ou não, a obra.<sup>78</sup>

Decerto, a audiência pública constitui importante mecanismo de participação popular nos processos de licenciamento ambiental, permitindo que vários setores da sociedade se manifestem sobre os estudos de impacto ambiental realizados, cumprindo seu objetivo de informar a população sobre o projeto.

Entretanto, a mera participação dos indígenas em audiências públicas no curso do processo de licenciamento, depois de já tomada a decisão política de se realizar a obra, não se mostra suficiente para atender o requisito da consulta prévia, que pressupõe a oitiva com vistas a subsidiar a decisão política de autorizar ou não o empreendimento.

Nesse sentido, vale trazer à baila os ensinamentos de Villares<sup>79</sup>:

Destarte, pela inteligência do § 3º do artigo 231 e da Convenção 169, resta claro que a oitiva deve ser prévia a qualquer ato administrativo. Infelizmente, têm sido encaminhados processos de autorização requeridos por órgãos do Poder Executivo ao Congresso, que tornou a oitiva prévia, grande chance de tomada de decisão embasada em estudos e posições de diversos setores sociais, simplesmente uma etapa burocrática no processo.

[...]

77 Idem.

78 Idem.

79 VILLARES, L.F. *Direito e Povos Indígenas*. Brasília: FUNAI/CGDTI, 2007. p. 335-336.

Os povos indígenas devem ser ouvidos para participarem da tomada de decisões políticas sobre seu futuro. A oitiva fomenta o debate, propicia o embate democrático sobre a questão e influencia a decisão. Em outros tempos a Usina Hidrelétrica de Belo Monte, como o antigo nome de Kararaô, teve a construção interrompida quando a índia Tu-Ira mostrou a indignação do povo Kaiapó em relação ao empreendimento.

Ainda sobre a importância da oitiva dos indígenas pelo Congresso Nacional e como requisito anterior à autorização legislativa da implantação da UHE de Belo Monte, valiosas são as reflexões apresentadas por Santana (2010, p. 117):

O Congresso Nacional poderia ser uma arena saudável para o exercício de uma ampla discussão pública, aliás, a Constituição Federal claramente fez essa opção em seu art. 231§3º, ao condicionar a exploração dos recursos hídricos em terras indígenas à autorização legislativa.

[...]

Entretanto, no caso de Belo Monte, o Parlamento se converteu em uma espécie de “carimbador”. Agiu de forma burocrática, limitou-se a chancelar a realização dos estudos preliminares. [...] Ao se eximir do debate político e percuciente, ao não ouvir os anseios das comunidades presumivelmente atingidas, o Congresso Nacional remeteu toda sorte da discussão para o âmbito administrativo, para as audiências públicas que ocorrerão sobre o EIA/RIMA, nas quais os informes técnico-científicos, embotados por uma linguagem inacessível ao homem comum (e geralmente em defesa dos empreendimentos estudados), predominam sobre qualquer outro tipo de argumentação.

Enquanto minorias étnicas, os grupos indígenas são protegidos por normas de caráter nacional e internacional, cujo conteúdo não pode ser ignorado pelo aplicador do Direito, já que visam resguardar a sobrevivência dessas populações enquanto grupos. Nesse sentido, interpretação que restrinja o direito de consulta põe em risco a própria concepção democrática que deve servir de base ao ordenamento jurídico-constitucional.

Num Estado Democrático de Direito, fundado na garantia dos valores de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, as decisões políticas só se mostram legitimamente democráticas se respeitarem os diversos grupos que compõem a sociedade, por meio de procedimentos que garantam sua participação e efetiva influência nos processos decisórios.

Nesse sentido, qualquer interpretação que venha atribuir um caráter restritivo ao direito de consulta, convolvando-o na simples participação dos indígenas em audiências públicas abertas para informar a população acerca do empreendimento, mostra-se contrária a todo o

sistema protetivo garantido nacional e internacionalmente a essas populações, violando frontalmente os valores democráticos consagrados pela Carta da República de 1988.

#### 4.2 Do aproveitamento de recursos hídricos em Terras Indígenas: a previsão do art. 176, §1º, da Constituição Federal

Questão de extrema relevância e que vem sendo alvo de discussões judiciais no âmbito do processo de licenciamento ambiental da UHE de Belo Monte, diz respeito à necessidade ou não de se condicionar o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas à edição de lei ordinária que estabeleça as condições específicas para o desenvolvimento da atividade, a teor do que determina o art. 176, §1º, da CF/88 (BRASIL).<sup>80</sup>

No bojo da Ação Civil Pública nº 25997-08.2010.4.01.3900 - ajuizada pelo MPF no ano de 2010 com o objetivo de suspender a licença prévia e o leilão do empreendimento, em razão da falta de regulamentação do dispositivo em comento - o MM. Juízo da 9ª Federal da Subseção Judiciária do Estado do Pará proferiu decisão liminar determinando a suspensão do licenciamento da obra, sob os seguintes fundamentos:

O cerne da presente *quaestio* cinge-se, portanto, em deslindar se a norma do art. 176, § 1º, da CF/88 é de eficácia limitada ou não, de molde a necessitar, em caso positivo, a regulamentação por lei ordinária.

[...]

Com efeito, da análise do referido artigo, possível é extrair que se trata realmente de norma de eficácia limitada, porquanto exige regulamentação por meio de norma infraconstitucional que lhe complete a eficácia.

Tanto é assim que o referido dispositivo constitucional estabelece que a pesquisa e a lavra de recursos naturais e o aproveitamento dos potenciais de energia hidráulica em terras indígenas, como ocorre no presente caso, só poderão ocorrer de acordo com os critérios e condições específicas definidas em lei, a qual, até o presente momento, inexistente.

Assim, bem de ver que o art. 176, § 1º, da CF/88, resultante da EC n. 6, de 15/08/1995, ainda não foi regulamentado por lei ordinária, no

<sup>80</sup> Cf. Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o «caput» deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995, BRASIL)

específico ponto que trata das condições específicas para a exploração do potencial hidráulico em terras indígenas.

Por conseguinte, forçoso é concluir que o ato de expedição da Licença Ambiental (fls. 382/386), do Edital de Leilão (fls. 387/433) e do Contrato Administrativo de Concessão de Serviço Público não têm validade alguma, devendo, pois, aguardar-se a expedição de lei regulamentadora do dispositivo constitucional<sup>81</sup>.

Não obstante, no âmbito da Suspensão de Antecipação de Tutela nº 21954-88.2010.4.01.0000/PA, o presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, suspendeu os efeitos da liminar proferida, com base no seguinte entendimento:

Sem pretender adentrar no mérito dessa questão, por incabível na presente via incidental, cumpre salientar que todo o procedimento de licenciamento, implantação e início das obras da UHE Belo Monte já está em curso há vários anos, sendo que tal discussão não havia sido levantada até esse momento. Entretanto, tenho que todo esse procedimento foi precedido da edição de Decreto Legislativo, de nº 788/2005, o qual foi considerado válido pelo eg. Supremo Tribunal Federal [...]

Outro ponto a ser abordado diz respeito à localização da obra, se parte dela está inserida em terras indígenas e se haverá perda territorial para a comunidade indígena.

A alegada necessidade de regulamentação foi levantada sob o fundamento de que a UHE Belo Monte explorará potencial de energia elétrica em áreas ocupadas por indígenas.

Entretanto, tenho que a decisão impugnada desconsidera o teor das conclusões a que chegaram os estudos levados a cabo pelo IBAMA, no ponto em que afirmam que “[...] O Termo de Referência do IBAMA para a elaboração do EIA/RIMA ao incluir como ADA o trecho afetado por redução da vazão não inclui as terras indígenas, pois não haverá perda territorial em decorrência do empreendimento”<sup>82</sup>

A decisão proferida pelo TRF 1ª Região baseia-se em duas premissas importantes: primeiro, que a legalidade do procedimento de licenciamento ambiental de Belo Monte estaria garantida pela edição do Decreto Legislativo nº 788/2005; segundo, que as terras indígenas não serão atingidas diretamente pelo empreendimento, vez que não serão inundadas pelas águas do lago a ser formado, nem pelas obras físicas da barragem e do canteiro de operação, entendimento compartilhado pela

81 BRASIL, 2010.

82 BRASIL, 2008.



sentença proferida no bojo da referida ACP no ano de 2013, a qual julgou improcedentes os pedidos formulados pelo MPF<sup>83</sup>.

No que se refere ao fundamento contido no *decisum* de que inexistiria a necessidade de regulamentação em razão de o empreendimento não estar localizado no interior de terras indígenas, interessante destacar o argumento apresentado pelo MPF na petição inicial da referida ACP, segundo o qual o aproveitamento do potencial hidrelétrico depende não só das áreas alagadas mas também das áreas secadas<sup>84</sup>, sem as quais não se torna possível o desenvolvimento da atividade:

[..]

a ideia contida na norma do art. 176, § 1º, da CRFB (em especial: “na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas”), abrange não só a área alagada pela barragem, mas as áreas secadas (de diminuída vazão de água) pelo projeto hidroelétrico. Esta conclusão é flagrante, pois ambas as áreas (alagadas ou secadas) são essenciais para o concessionário desenvolver a atividade de produção de energia por aproveitamento do potencial hidráulico.

[..]

O ato de desenvolver um projeto de geração de energia que altere drasticamente a vazão no leito natural do rio é considerado pelo sentido teleológico (racional) da norma como área essencial para o desenvolver da atividade. Considerando que este leito esvaziado está dentro de terras indígenas, não resta dúvida de que a norma abrange o caso sob julgamento.

Ademais, segundo o MPF, deve-se chamar atenção para o fato de que o conceito de terra indígena previsto no art. 231 da CF/1988 (BRASIL) abrange não somente aquelas por eles habitadas em caráter permanente, como também as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo

83 BRASIL, 2013.

84 Nesse sentido, interessante destacar o trecho do voto do Desembargador Federal João Batista Moreira no julgamento dos Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA (BRASIL): “[..] Um último ponto que merece ser examinado [...] é a alegação de que a hidrelétrica não está sendo construída em terras indígenas; não haverá inundação de terra indígena, pelo contrário, haverá redução na vazão do rio. De fato, será reduzida em 80% a água que corre em terras indígenas. Haverá desvio do rio, que, em sua maior parte, tomará outro leito. É risível o argumento, porque talvez a inundação fosse até mais benéfica para essas comunidades, uma vez que aumentaria principalmente os recursos pesqueiros e a possibilidade de navegação; a diminuição das águas na terra indígena é pior que o alagamento, parece-me. Não enxergo lógica nesse argumento: não haver inundação de terra indígena. Penso que a seca é pior que a inundação, principalmente considerando a prática, a vida, a cultura das comunidades indígenas, que dependem essencialmente das águas e das florestas.”

seus usos, costumes e tradições<sup>85</sup>. Assim, considerando que a água é um bem natural integrante do território indígena e que a área de vazão reduzida atinge diretamente os recursos naturais afetos ao modo de vida dos indígenas das T.I Paquiçamba e Arara da Volta Grande do Xingu, imprescindível a edição de lei ordinária estabelecendo as condições específicas para que a atividade geradora de energia se desenvolva na região, a teor do que determina o art. 176, §1º, da CF.<sup>86</sup>

Sobre a importância da edição de lei específica para regulamentar a questão, assim destacada Villares (2007, p. 329):

A lei regulamentadora é a forma de compatibilizar a proteção aos povos indígenas, pois vai definir taxativamente quais casos em que é possível a exploração da terra indígena, com a importância social da água. Se as riquezas naturais presentes nos rios e nos lagos existentes nas terras indígenas são de usufruto da comunidade indígena, os recursos hídricos são bens de extrema relevância social, pois essenciais a todos os cidadãos, impossíveis de serem apropriados de forma individual ou, ainda que coletiva, de forma exclusiva.

Decerto, qualquer interpretação acerca da necessidade de edição de lei específica para o aproveitamento de recursos hídricos em terras indígenas deve levar em conta o conceito de usufruto exclusivo previsto no art. 231, §2º, da CF/88 (BRASIL)<sup>87</sup>, segundo o qual “as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes”. Tal dispositivo tem sua razão de ser na garantia da própria sobrevivência física e cultural desses grupos, cuja relação com seus territórios envolvem muito mais que uma relação de subsistência<sup>88</sup>.

Assim, a adoção de medidas que venham a limitar<sup>89</sup> o usufruto das riquezas existentes em terras indígenas necessita de especial autorização,

85 Cf. Art. 231[...], § 1º - São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

86 Cf. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Processos caso Belo Monte. Disponível em <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_31-01-14.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_31-01-14.pdf)>. Acesso em: 01 fev. 2014.

87 Cf. Art. 231[...], § 2º - As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

88 Nesse sentido, interesse destacar a declaração do Ministro Carlos Ayres Brito em defesa do voto proferido no caso Raposa Serra do Sol: “Para os índios, a terra não é um bem mensurável. Para eles, a terra não é uma coisa. Ela é um ser, é um espírito protetor. A Constituição diz: “Os índios não podem ser removidos de suas terras, a não ser diante de uma grave calamidade”. Na cabeça do índio é o seguinte: “Não adianta me pagar pela terra”. Ele não quer ser indenizado nem reassentado. No imaginário do índio, ele pensa: “Eu vou sair daqui, mas meus ancestrais vão ficar. Tirá-los de perto da terra é uma violência”. (Correio Braziliense, 2009)

89 De acordo com Romero (2009): “Resta irrefutável que a comunidade indígena tem o direito ao usufruto de suas terras de uma forma ampla e irrestrita. Como legítimos senhores e possuidores de suas terras são

a qual, no caso do aproveitamento de recursos hidráulicos em terras indígenas está prevista no art. 176§1º da CF interpretado em conjunto com o art. 231, §3º, do mesmo diploma legal, que prevê, inclusive, a necessidade de oitiva das comunidades indígenas prévia à autorização do Congresso Nacional. Portanto, não há dúvidas quanto à necessidade de lei específica determinando as condições para exploração de recursos hídricos de terras indígenas, de forma a compatibilizar o exercício da atividade com a proteção dos povos indígenas.

#### 4.3 Desenvolvimento econômico x garantia de direitos fundamentais

##### 4.3.1 Desenvolvimento sustentável e socioambientalismo

A Constituição Federal de 1988, ao elevar o meio ambiente à condição de direito fundamental, impôs ao poder público e à coletividade o dever de preservá-lo não só para as presentes, mas também para as futuras gerações de indivíduos<sup>90</sup>.

De fato, esse “olhar para o futuro” constitui uma das particularidades afetas ao Direito Ambiental, na medida em que, diferentemente da maioria dos direitos fundamentais que são imediatos, o direito a um ambiente equilibrado não basta a atender o presente; “tem que atender igualmente aos interesses das pessoas que hão-de-vir, a médio e a longo prazo, porque a Terra é finita e há recursos não renováveis.”<sup>91</sup> Assim, a consagração da preservação do meio ambiente como um direito constitucional intergeracional impõe ao poder público a preocupação com o outro e com o futuro.

Por outro lado, sobreleva notar que o princípio do desenvolvimento sustentável, consagrado no art. 170 da CF (BRASIL)<sup>92</sup>, ao resguardar o direito ao crescimento econômico, condiciona o seu exercício à garantia da proteção ao meio ambiente e a redução das desigualdades sociais, de tal modo que não há como optar entre desenvolvimento econômico e meio ambiente; o verdadeiro desenvolvimento econômico só ocorre com respeito ao meio ambiente e aos direitos das presentes e futuras gerações.

Sobre o assunto, leciona Trindade (1993, p.110-111):

---

os próprios índios que devem escolher quem pode ou não delas se utilizar, ou seja, qualquer uso da terra indígena deve ter o crivo e a aprovação da comunidade indígena.”

90 Cf. Art. 225.CF. Todos têm direito ao meio ambiente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (BRASIL, 1988).

91 FURLAN, apud CIRNE, p. 07.

92 Cf. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais [...]

O desenvolvimento sustentável implica um novo conceito, a abranger não só o crescimento econômico, mas também o provimento de justiça e oportunidade para todos; o crescimento assim entendido passa a ser um imperativo (ao invés de uma opção), o objetivo primordial sendo a proteção da vida humana e das opções humanas, e a proteção ambiental um meio para promover o desenvolvimento humano.

Com base nessa nova perspectiva, construiu-se um novo modo de enfocar a tutela ao meio ambiente, denominado “socioambientalismo”, o qual tem por fundamento, a proteção ambiental, o crescimento econômico e a equidade social.<sup>93</sup>

Sobre o assunto, Santos Filho (2006, p. 17) leciona:

Sob a influência da posituação levada a efeito na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento das Nações Unidas (ONU-1996), e de acordo com o disposto nos instrumentos internacionais que formam o sistema global ou geral de proteção aos direitos humanos, hoje predomina entendimento de que para a realização do desenvolvimento dos Estados, sobretudo os subdesenvolvidos, é necessária a proteção do meio ambiente, que visa a tutela da vida em suas diversas formas, e é imprescindível haver equidade social.

Ou seja, *para que haja desenvolvimento são essenciais a tutela do meio-ambiente e a redução da pobreza e das desigualdades sociais, com a proteção dos grupos vulneráveis (e.g. mulheres, idosos e povos indígenas).*

[...]

Com base nesse ideal foi construída a nova forma de enfoque da tutela ao meio-ambiente conhecida como *socioambientalismo*, que tem por fundamento a proteção ambiental, o crescimento econômico e a equidade social. (*Grifos nossos*)

A ideia de socioambientalismo defendida por Santos Filho vai ao encontro dos princípios de desenvolvimento sustentável preconizados na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento Humano, realizada na cidade do Rio de Janeiro, no ano de 1992, quando elaborado o documento conhecido como Agenda 21.

A Agenda 21 traz um capítulo inteiro (Capítulo 26)<sup>94</sup> dedicado ao reconhecimento e fortalecimento do papel das populações indígenas e suas comunidades, enfocando que estas devem desfrutar dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em sua integralidade, sem impedimentos ou discriminações. O documento também estabelece esforços nacionais e internacionais para fortalecer o papel dessas

<sup>93</sup> Santos Filho (2006.p.17)

<sup>94</sup> BRASIL, *Ministério do Meio Ambiente*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global#ld>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

populações visando a implementação de um desenvolvimento ambiental saudável e sustentável, tendo em vista a inter-relação entre o meio natural, o desenvolvimento sustentável e o bem cultural, social, econômico e físico das mesmas.

Nessa toada, abandona-se a concepção de desenvolvimento econômico “a todo o custo”, para a busca de um modelo de desenvolvimento centrado no respeito às comunidades locais, visando a redução da pobreza e das desigualdades sociais, bem como a promoção de valores de justiça social e equidade. Como ensina Santilli (2005, p. 35):

O socioambientalismo foi construído com base na idéia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se com base na concepção de que, em um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade social – ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores de justiça social e equidade. Além disso, o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático no país, com ampla participação social na gestão ambiental.

[...]

O socioambientalismo nasceu, portanto, baseado no pressuposto de que as políticas públicas ambientais só teriam eficácia social e sustentabilidade política se incluíssem as comunidades locais e promovessem uma repartição socialmente justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração dos recursos naturais.

Assim, não há dúvidas que o exame de questões ligadas aos índios e ao meio ambiente também deva ser efetuado com base nessas premissas, de sorte que o desenvolvimento deva significar crescimento sustentável e igualitário, respeitando-se as minorias e as diversas culturas e modos de viver.<sup>95</sup> “Não observada essa diretriz, haverá descompasso ou ruptura de sistemas, não ocorrendo, assim, efetivo crescimento, com harmonia entre o avanço da tecnologia, o direito à vida e às condições de sobrevivências das presentes e futuras gerações”<sup>96</sup>.

95 BRASIL, *Ministério do Meio Ambiente*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global#ld>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

96 Idem.

#### 4.3.2 UHE de Belo Monte: desenvolvimento para quem?

O fato de a Constituição Federal de 1988 ter previsto a garantia a um meio ambiente equilibrado como um direito intergeracional, impõe um tratamento muito mais contundente à gestão dos riscos ambientais, na medida em que tais riscos devem ser analisados não apenas sob a ótica das gerações presentes, mas também daquelas que ainda estão por vir.

De acordo com Carvalho *apud* Cirne (2013, p.18):

O risco nos obriga a refletir sobre a nossa responsabilidade em assegurar e garantir os interesses das futuras gerações em ter acesso aos recursos naturais e a gozarem de uma qualidade ambiental assegurada constitucionalmente.

[...]

Avaliando o risco, a sociedade se propõe a refletir sobre as decisões presentes e suas repercussões em curto, médio e longo prazo.<sup>97</sup>

Interessante notar que, mesmo tendo a Constituição Federal de 1988 garantido o direito a um meio ambiente equilibrado para as gerações presentes e futuras, disponibilizando mecanismos de avaliação de riscos e impondo ao poder público (e à coletividade) o dever de preservação, não se pode afirmar que as decisões emanadas pelo Estado Brasileiro sempre prestigiem a proteção ao meio ambiente, mormente quando estão em jogo interesses relativos ao desenvolvimento econômico do país.

No caso específico do estudo proposto nesta monografia, que trata do licenciamento ambiental da Usina Hidrelétrica – UHE de Belo Monte e seus impactos sobre as populações indígenas, percebe-se a clara opção do Estado pelo direito ao desenvolvimento econômico em detrimento dos direitos fundamentais das comunidades indígenas atingidas, o que vem sendo reforçado pelo Poder Judiciário no julgamento das ações ajuizadas em face do empreendimento.

Decerto, no caso das populações indígenas, a análise dos danos acarretados toma uma proporção maior, pois envolve não apenas o aspecto puramente ambiental, mas também questões de ordem cultural, etnológica etc., os quais podem significar, muitas das vezes, a ameaça da própria sobrevivência desses povos enquanto grupos étnicos. Entretanto, observa-se que tais questões vêm sendo relegadas a segundo plano, ante a necessidade de conclusão das obras da usina.

Um exemplo bem claro dessa opção pode ser visto nas decisões proferidas no bojo da Ação Civil Pública nº 2006.39.03.000711-8, uma das primeiras ações contra o empreendimento, ajuizada ainda no ano de 2006 - que trata da discussão acerca da validade do Decreto Legislativo

97 CIRNE, 2013. p. 13.

nº 788/2005 -, tendo por fundamento, dentre outros, a ausência de consulta prévia às comunidades indígenas.

Após diversas decisões liminares<sup>98</sup> ora suspendendo, ora autorizando a continuidade do processo de licenciamento, foi prolatada sentença de mérito julgando improcedente o pedido, permitindo a continuidade do processo de licenciamento em todos os seus termos. Especificamente sobre a questão indígena, a sentença destacou:

Sem desmerecer a legitimidade das iniciativas em defesa dos índios residentes nas localidades sob futura e potencial influência da UHE Belo Monte (índios estes que, repita-se, ainda não foram devidamente informados sobre os benefícios oriundos da hidroelétrica em questão), tecnicamente e mesmo sociologicamente, *os interesses indígenas não podem jamais soterrar o interesse público nacional*. Tudo é uma questão de ponderação de interesses de modo a compatibilizá-los, preservando o núcleo fundamental de cada um.

É a Constituição que garante aos povos da floresta seus direitos e é esta mesma Carta que registra, em seu art. 3º que “garantir o desenvolvimento nacional” constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. (g.n) (BRASIL, 2007, grifo nosso)

A referida decisão de mérito desafiou a interposição de recurso de apelação perante o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o qual obteve acórdão favorável à manutenção da sentença de improcedência, vencida a Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. No referido acórdão, restou consignado:

4. Ante todo o contexto da lide, é imprescindível reconhecer a preexistência de fatos e o transcurso de etapas que, sob qualquer ponto de vista, *tornam irreversível a continuidade do empreendimento*, porquanto houve: 1º) manifestação inexorável da vontade política, preordenada à implementação de políticas públicas voltadas para o saneamento do setor energético do país, expressa e implementada na deliberação estatal de levar a cabo o aproveitamento hidroelétrico de Belo Monte; 2º) vontade e interesse da Administração Pública, especialmente a do Conselho Nacional de Política Energética em dar concretude ao projeto relativo à construção da Usina; 3º) deliberação congressional pertinente, legítima

<sup>98</sup> Com efeito, verifica-se que, de início, foi proferida decisão liminar para suspender o processo de licenciamento, a qual foi posteriormente revogada pelo próprio juízo de primeiro grau. Em face dessa decisão, o MPF interpôs o Agravo de Instrumento nº 2006.01.00.017736-8 com pedido de efeito suspensivo, o qual recebeu decisão monocrática da Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, determinando a suspensão da decisão agravada até o julgamento final do agravo, paralisando mais uma vez o processo de licenciamento. A União, por sua vez, ingressou perante o STF com a Suspensão de Liminar nº 125-6/PA, objetivando a suspensão da decisão proferida no referido agravo, a qual foi deferida pela Ministra Ellen Gracie, permitindo ao IBAMA que procedesse à oitiva prévia das comunidades indígenas e mantendo a determinação de realização do EIA e do laudo antropológico.

e oportuna; 4º) uma série de atos perpetrados pela Administração com vistas à implementação do AHE já em curso; e 5º) respaldo do Poder Judiciário, consubstanciado em pronunciamentos do STF e desta Corte, que asseguraram a continuidade das etapas subseqüentes do empreendimento.

As referidas decisões trazem à baila duas questões importantes, as quais merecem reflexão: primeiro, a de que o interesse indígena não poderia se sobrepor ao interesse nacional<sup>99</sup>; segundo, a de que a vontade política de construir o empreendimento tornaria irreversível a sua continuidade.

Decerto, o leitor desavisado pode considerar plausível o entendimento segundo o qual uma obra importante para o País não pode deixar de ser realizada simplesmente porque os índios assim não desejam; afinal, o desenvolvimento econômico do País, que interessa à toda a nação, não pode ser brechado pelos interesses de uma minoria.

Entretanto, é a própria Constituição Federal do Brasil que pondera que o desenvolvimento econômico deve ser alcançado com respeito ao meio ambiente e a redução das desigualdades sociais e regionais e é essa mesma Constituição que garante aos índios um tratamento diferenciado, a fim de garantir sua sobrevivência enquanto grupos étnicos integrantes do Estado Brasileiro (BRASIL, 1988). Portanto, o compromisso do Estado Brasileiro, aí incluído o Poder Judiciário, deve ser o de cumprir a Constituição Federal e as Convenções Internacionais das quais o País é signatário.

Noutro giro, o entendimento segundo o qual a vontade política de construir o empreendimento torna irreversível a sua continuidade, mormente em razão das etapas de execução já transcorridas, faz com que a realização da obra se convole em fato consumado, independentemente da violação de direitos que porventura esteja ocorrendo, fazendo, pois, com que os interesses indígenas sejam sepultados face à necessidade de conclusão das obras.

A evidenciar tal questão, verifica-se que muito embora a FUNAI, na análise do componente indígena de Belo Monte, tenha elencado a necessidade do cumprimento de uma série de condicionantes - as quais deveriam ser implementadas, em alguns casos, antes mesmo do leilão<sup>100</sup> para concessão da obra - diversas são as denúncias que acusam o consórcio construtor de Belo Monte de não estar cumprindo referidas exigências a contento, o que tem

99 De acordo com o Relatório da Anistia Internacional (2011. p. 3), tal dicotomia se baseia no falso argumento de que os empreendimentos de exploração econômica do meio ambiente e outros projetos de desenvolvimento que servem aos interesses nacionais, aumentando a renda do país e gerando empregos, não podem ser 'detidos' pelos índios que representam 'apenas' uma parcela da sociedade.

100 O Parecer Técnico FUNAI nº 21/2013(BRASIL) destaca as condicionantes que deveriam ser cumpridas antes da realização do leilão da concessão da usina, dentre as quais: a) reestruturação da saúde indígena na região de Altamira; b) demarcação física das TIs Arara da Volta Grande e Cachoeira Seca, c) iniciar a desintrusão da TI Apyterewa; dentre outras.



provocado a revolta de muitos indígenas, com invasão dos canteiros de obra da usina e diversas paralisações na execução do empreendimento<sup>101</sup>.

De acordo com o Instituto Socioambiental - ISA, apesar da licença prévia de Belo Monte estipular como uma das principais condicionantes para a viabilidade da obra “a reestruturação do atendimento à saúde indígena nas aldeias” cujo cumprimento deveria ocorrer até a realização do leilão da obra, em abril de 2010, o fato é que, decorridos mais de dois anos desde a expedição da licença, a reestruturação da saúde indígena não saiu do papel, fazendo com que os indígenas tenham que se deslocar cada vez mais para a cidade em busca de atendimento médico.<sup>102</sup>

A própria FUNAI, por meio do Ofício nº 373/2013/PRES/FUNAI-MJ (BRASIL, 2013), comunicou formalmente o IBAMA acerca do descumprimento de condicionantes do componente indígena, mais especificamente sobre aquela referente à aquisição de terras para os Juruna da Aldeia Boa Vista. Na oportunidade destacou:

[...] após análise técnica dos últimos fatos e procedimentos, bem como do posicionamento do empreendedor em relação à condicionante determinada desde 2009, podemos afirmar que a mesma não teve cumprimento integral. Seu descumprimento, além de potencializar todos os impactos identificados no EIA, favorece o surgimento de outros, bem como expõe a comunidade Juruna da Aldeia Boa Vista a uma situação de vulnerabilidade, colocando em risco a integridade sociocultural e física daquela população.

Assim, tendo em vista a responsabilidade do órgão licenciador, solicitamos que sejam adotadas as medidas pertinentes previstas na legislação ambiental no sentido de responsabilizar o empreendedor pelo descumprimento da condicionante.

De ressaltar que a manifestação exarada pela FUNAI ensejou o ajuizamento da ACP nº 1655-16.2013.4.01.3903 pelo MPF, a qual obteve liminar favorável em 06 de setembro de 2013, determinando à Norte Energia que providenciasse, no prazo de 60 (sessenta) dias, a aquisição dos imóveis para criação da Reserva da Comunidade Indígena Juruna do Km 17.<sup>103</sup>

Diante de todo o panorama aqui exposto, verifica-se que, em que pese os esforços do Governo Brasileiro em promover o desenvolvimento econômico do País, é preciso ter em conta a necessidade de respeito aos direitos fundamentais das comunidades indígenas afetadas, sob pena de tornar letra morta o princípio do desenvolvimento sustentável consagrado na Constituição Federal de 1988.

101 Segundo Notícia veiculada no Estadão, até maio de 2013, já haviam ocorrido 18 ocupações nos canteiros de obra de Belo Monte. Disponível em <<http://economia.estadao.com.br/noticias/decima-oitava-invasao-de-belo-monte-preocupa-governo,155042,0.htm>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

102 SInstituto Socioambiental, 2013.

103 BRASIL, 2013.

## 5 CONCLUSÃO

O licenciamento ambiental constitui, sem dúvida, um importante instrumento de controle preventivo de danos ambientais colocado à disposição do poder público para efetivar a garantia de um meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, tal como preconizado no art. 225 da Constituição Federal de 1988.

No caso da realização de obras com impactos sobre populações indígenas, a análise dos danos provocados toma uma importância ainda maior, pois envolve, não só a questão puramente ambiental, mas também, questões de ordem cultural, etnológica etc., as quais podem representar mudanças drásticas no modo de ser e de viver dessas comunidades, comprometendo a sua própria sobrevivência física e cultural enquanto grupos *étnicos*.

Destarte, não há dúvidas de que a realização de obras com impactos, ainda que indiretos, sobre comunidades indígenas deve ser precedida de um processo de licenciamento ambiental que contemple as especificidades da questão indígena, com respeito ao direito “de ser diferente” e atendendo às determinações constantes nos diplomas nacionais e internacionais de garantia aos povos indígenas, como forma de evitar que o desenvolvimento econômico se transforme em mecanismo de opressão a essas sociedades, deixando para trás um rastro de pobreza e desvalorização (quicá extinção) sociocultural.

A análise do processo de licenciamento ambiental da UHE de Belo Monte revela que vários povos indígenas serão impactados pela construção do empreendimento. Muito embora não haja perda territorial, já que o projeto não prevê a inundação de nenhuma terra indígena, as mudanças acarretadas no ciclo hidrológico do rio Xingu provocarão consequências diretas no modo de vida de algumas dessas comunidades, implicando numa reconfiguração social, econômica e até cosmológica na relação destas com o rio Xingu.

Além das questões relacionadas com a “vazão reduzida”, a construção da UHE de Belo Monte desencadeará inúmeros outros impactos, mormente em razão do aumento do contingente populacional na região, ocasionando o aumento da pesca e caça ilegal, da exploração madeireira e garimpeira, de invasões às terras indígenas e de transmissão de doenças, deixando essas populações em situação de absoluta vulnerabilidade acaso não haja um empenho conjunto na execução dos programas instituídos para mitigação dos impactos sofridos.

Portanto, é fato que a construção da UHE de Belo Monte trará mudanças significativas no modo de vida tradicional das comunidades indígenas, o que deveria ensejar uma participação efetiva destas nas discussões acerca da construção do empreendimento. Porém, o que se observa, na prática, é que os direitos dessas populações, garantidos em normas nacionais e internacionais de proteção, não vêm sendo legitimamente observados na condução do processo de licenciamento.

O direito de consulta prévia é reconhecido pelo art. 231, §3º, da Constituição Federal, que estabelece a necessidade de oitiva das comunidades indígenas, quando do aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em suas terras. A Convenção nº 169 da OIT, garante em seu art. 6º que as populações indígenas sejam ouvidas sempre que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-las diretamente.

Entretanto, a interpretação que vem sendo dada pelo Estado Brasileiro, com o respaldo do Poder Judiciário, é de considerar o direito de consulta como etapa meramente técnica do licenciamento, convolvando-o na simples participação das comunidades indígenas em audiências públicas, sem qualquer chance em influenciar na tomada de rumos do país.

Noutro giro, observa-se que a Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 176, §1º, que a exploração de potenciais de energia hidráulica dependerá da expedição de lei específica que estabelecerá as condições quando essas atividades se desenvolverem em terras indígenas. Não obstante, no caso de Belo Monte, a tese chancelada pelo Poder Judiciário foi de que a referida lei seria desnecessária em razão de o empreendimento não alagar nenhuma terra indígena, numa interpretação bastante restritiva do dispositivo constitucional.

No próprio curso do procedimento de licenciamento da usina, verifica-se a recalcitrância no cumprimento das condicionantes indígenas, o que coloca essas populações numa situação de extrema vulnerabilidade, maximizando os impactos decorrentes da execução da obra.

Em que pese a Constituição da República ter albergado em seu art. 170 o princípio do desenvolvimento sustentável - segundo o qual o desenvolvimento econômico somente pode ser alcançado com a preservação do meio ambiente e a redução das desigualdades sociais -, e a despeito da existência de diversos diplomas nacionais e internacionais que asseguram o direito das comunidades indígenas de terem resguardados sua organização, cultura e modos de vida; a análise do caso da UHE de Belo Monte demonstra que os processos de licenciamento de grandes empreendimentos com impactos sobre comunidades indígenas não têm cumprido seu papel de instrumento de controle preventivo de danos ambientais e socioculturais. Ao contrário, têm sido claras as violações aos direitos garantidos a essas populações, numa evidente opção do Estado Brasileiro pelo sacrifício de direitos fundamentais em nome do “progresso” da nação.

**REFERÊNCIAS**

ANISTIA INTERNACIONAL. *Sacrificando direitos em nome do progresso: povos indígenas ameaçados nas Américas*. Disponível em: <<http://www.amnesty.org/en/library/asset/AMR01/001/2011/en/abbba831-a1a6-4d35-9f2a-96b6aca0c0b9/amr010012011pt.pdf>>. Acesso em: 27 jan. 2014.

ANTUNES, P.B. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BECHARA, E.. *Licenciamento e Compensação Ambiental: na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação (SNUC)*. São Paulo: Atlas, 2009.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. *Cartilha da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal*. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Cartilha\\_CCAF\\_03\\_02\\_09.pdf](http://www.agu.gov.br/sistemas/site/PaginasInternas/download/cartilhas/Cartilha_CCAF_03_02_09.pdf)>. Acesso em: 18 de jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Brasília, 1988. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 13 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 6.025, de 22 de janeiro de 2007*. Brasília, 2007. Institui o Programa de Aceleração do Crescimento - PAC, o seu Comitê Gestor, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6025.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6025.htm)> Acesso em: 13 set. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 99.274, de 06 de junho de 1990*. Brasília, 1990. Regulamenta a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981. e a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõem, respectivamente sobre a criação de Estações Ecológicas e Áreas de Proteção Ambiental e sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/antigos/d99274.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d99274.htm)>. Acesso em: 26 out. 2013.

\_\_\_\_\_. *Decreto Legislativo nº 143, de 20 de junho de 2002*. Brasília, 2002. Aprova o texto da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre povos indígenas e tribais em países independentes. *Diário Oficial da União*. Disponível em <<http://www.in.gov.br/imprensa/visualiza/index.jsp?journal=1&pagina=2&data=21/06/2002>>. Acesso em: 30 nov.2013

\_\_\_\_\_. *Decreto 5.051, de 19 de abril de 2004*. Brasília, 2004. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. *Diário Oficial da União*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm)>. Acesso em: 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Fundação Nacional do Índio. *Parecer Técnico nº 21/CMAM/CGPIMA-FUNAI, de 30 de setembro de 2009*. Brasília, 2009. Disponível em <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2010/pdf/pdf3/parecer\\_funai.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2010/pdf/pdf3/parecer_funai.pdf)>. Acesso em: 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Fundação Nacional do Índio. *Instrução Normativa nº 01, de 09 de janeiro de 2012*. Brasília, 2012. Estabelece normas sobre a participação da Fundação Nacional

do Índio – Funai no processo de licenciamento ambiental de empreendimentos ou atividades potencial e efetivamente causadoras de impactos ambientais e socioculturais que afetem terras e povos indígenas. Disponível em: <<http://www.observatorioeco.com.br/atuacao-da-funai-no-licenciamento-em-terras-indigenas>>. Acesso em: 04 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA. *EIA/RIMA da UHE de Belo Monte*. 26 de setembro de 2012. Brasília, 2012. Disponível em <<http://licenciamento.ibama.gov.br/Hidreletricas/Belo%20Monte/EIA/>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Brasília, 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm)> Acesso em: 13 set. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Brasília, 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm)> Acesso em: 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9985, de 18 de julho de 2000. Brasília, 2000. Regulamenta o art. 225, § 10, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm)> Acesso em: 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Brasília, 2011. Fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora; e altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp140.htm)>. Acesso em: 26 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente. *Agenda 21 da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-global#ld>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Portaria Interministerial nº 419, de 26 de outubro de 2011. Brasília, 2011. Regulamenta a atuação dos órgãos e entidades da Administração Pública Federal envolvidos no licenciamento ambiental, de que trata o art. 14 da Lei no 11.516, de 28 de agosto de 2007. *Diário Oficial da União*. Disponível em <[http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria\\_interministerial\\_419\\_completa.pdf](http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/portaria_interministerial_419_completa.pdf)> Acesso em: 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 237 CONAMA, de 19 de dezembro de 1997. Brasília, 1997. Regulamenta os aspectos de licenciamento ambiental estabelecidos na Política Nacional do Meio Ambiente. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res97/res23797.html>>. Acesso em 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 01 CONAMA, de 23 de janeiro de 1986. Brasília, 1986. Dispõe sobre critérios básicos e diretrizes gerais para a avaliação de impacto ambiental. *Diário Oficial da União*. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res86/res0186.html> > Acesso em: 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Resolução nº 09 CONAMA, de 3 de dezembro de 1987. Brasília, 1987. Dispõe sobre a realização de Audiências Públicas no processo de licenciamento ambiental. *Diário Oficial da União*. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=60>>. Acesso em: 30 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343*. Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Julgamento: 03/12/2008. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Data da publicação 05/06/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.ME%2E+OU+466343%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/oqj4y7r>>. Acesso em: 01 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Contas da União. *Cartilha de Licenciamento Ambiental elaborada pelo Tribunal de Contas da União – TCU*. Disponível em:<[http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa\\_pnla/\\_arquivos/cartilha.de.licenciamento.ambiental.segunda.edicao.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/sqa_pnla/_arquivos/cartilha.de.licenciamento.ambiental.segunda.edicao.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Ação Civil Pública nº 25997-08.2010.4.01.3900*. Ministério Público Federal e Aneel e Outros. Decisão liminar deferida. Disponível em: <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_23-10-13.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_23-10-13.pdf)>. Acesso em: 26 out.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Ação Civil Pública nº 25997-08.2010.4.01.3900*. Ministério Público Federal e Aneel e Outros. Sentença improcedente. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=f9afb424a304248d32088b9e3826ddf&trf1\\_captcha=twhg&enviar=Pesquisar&proc=25997-08.2010.4.01.3900&secao=PA](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=f9afb424a304248d32088b9e3826ddf&trf1_captcha=twhg&enviar=Pesquisar&proc=25997-08.2010.4.01.3900&secao=PA)>. Acesso em: 01 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Ação Civil Pública nº 1655-16.2013.4.01.3903*. Ministério Público Federal e Aneel e Outros. Decisão liminar deferida. Disponível em: <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_23-10-13.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_23-10-13.pdf)>. Acesso em: 26 out.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA*. Ministério Público Federal e Eletrobrás/Eletronorte. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Relator para o acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente, 14/11/2011, 5ª Turma. Apelação improvida, vencida a relatora. Disponível em: <<http://www.prpa.mpf>>.

mp.br/news/2013/arquivos/Tabela\_de\_acompanhamento\_atualizada\_23-10-13.pdf>. Acesso em: 26 out.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Embargos de Declaração na Apelação Cível nº 2006.39.03.000711-8/PA*. Ministério Público Federal e Eletrobrás/Eletronorte. Relatora: Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida. Relator para o acórdão: Desembargador Federal Souza Prudente, 13/08/2012, 5ª Turma. Embargos de Declaração parcialmente providos para modificar o resultado do julgamento. Disponível em Disponível em: <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_23-10-13.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_23-10-13.pdf)>. Acesso em: 26 out.2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1. Região. *Suspensão de Antecipação de Tutela nº 21954-88.2010.4.01.0000/PA*. União e Ministério Público Federal. Relator Desembargador Federal Presidente. Jirair Aram Megueiran. Decisão deferindo a suspensão. Disponível em: <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_31-01-14.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_31-01-14.pdf)> Acesso em: 31 jan. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 1. Região. *Apelação Cível nº 1999.01.00.068811-3/MT*, Relatora Desembargadora Federal Selene Maria de Almeida, DJ 29.07.2005. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/default.php?p1=1999.01.00.068811-3>> Acesso em: 01 fev. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal Regional Federal da 4. Região. *Embargos Infringentes nº 0007287-70.2003.404.7207*. Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 20/08/2013, 2ª Seção. Embargos infringentes a que se nega provimento. Disponível em: <[http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar\\_documento\\_gedpro\\_4&documento=6024771&hash=4779ec431ada31e717c80fac22b09fd2](http://www2.trf4.gov.br/trf4/processos/visualizar_documento_gedpro_4&documento=6024771&hash=4779ec431ada31e717c80fac22b09fd2)> . Acesso em: 27 out. 2013.

CARTA CAPITAL. *Quanto vale um índio?* Sem intervenção pública, as compensações financeiras da Usina de Belo Monte desagregam as aldeias da região. São Paulo, 2013.

CORREIO BRAZILIENSE. *Ayres Britto: não à cultura de branco*. Brasília, 2009. Disponível <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/AyresBritto/Entrevistas/2009\\_abr\\_06.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/AyresBritto/Entrevistas/2009_abr_06.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2014.

CIRNE, Mariana Barbosa. *Texto-base 1.4: Desvendando sentidos do Capítulo sobre o Meio Ambiente da Constituição de 1988 - DF: CEAD/UnB, 2012. 24p.* (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Público). Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 21 set. 2013.

ESTADÃO. *Fações, artistas e contradições cercam Belo Monte*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/economia,facoes-artistas-e-contradicoes-cercam-belo-monte,14438,0.htm>>. Acesso em: 27 out. 2013.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL-ISA. *Especial Belo Monte: cronologia histórica*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/esp/bm/hist.asp>> Acesso em: 07 set. 2013.



\_\_\_\_\_. *Nas aldeias atingidas por Belo Monte o atendimento à saúde continua precário*. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/pt-br/noticias-socioambientais/nas-aldeias-atingidas-por-belo-monte-o-atendimento-a-saude-continua-precario>>. Acesso em: 28 jan. 2014.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Processos caso Belo Monte*. Disponível em: <[http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela\\_de\\_acompanhamento\\_atualizada\\_23-10-13.pdf](http://www.prpa.mpf.mp.br/news/2013/arquivos/Tabela_de_acompanhamento_atualizada_23-10-13.pdf)>. Acesso em: 27 out. 2013.

PORTAL BRASIL. *Usina de Belo Monte, no Pará, é a maior obra de infraestrutura do Brasil*. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2011/12/energia-para-abastecer-40-do-consumo-residencial-do-pais>>. Acesso em: 07 set. 2013.

PIAUI. *A onça e a barragem*: por que o mais conhecido líder indígena do país é contra uma usina a centenas de quilômetros de sua aldeia. Disponível em: <<http://revistapiaui.estadao.com.br/edicao-77/vultos-da-floresta/a-onca-e-a-barragem>>. Acesso em: 03 jan. 2014.

RAVENA, N.; TEIXEIRA, E.F. Usina de Belo Monte: quando o desenvolvimento viola direitos. *Ponto de Vista*, Rio de Janeiro, n. 10, 2010. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/96635255/Ponto-de-Vista-HBM>>. Acesso em: 16 jan. 2014.

ROMERO, Ellen Cristina Oenning. Aspectos jurídicos da exploração de recursos naturais em terras indígenas. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XII, n. 69, out 2009. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=6823](http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6823)>. Acesso em: 13 jan 2014.

SANTANA, R.R. *Justiça Ambiental na Amazônia*: análise de casos emblemáticos. Curitiba: Juruá, 2010.

SANTILLI, J. F. R. (Org.). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Brasília e Porto Alegre: Núcleo de Direitos Indígenas e Sérgio Fabris, 1993.

SANTOS FILHO, R. L. Índios, Convenção 169/OIT e Meio Ambiente. *Revista CEJ*, Brasília, n.33, abr./jun. 2006.

THOMÉ, R. *Manual de Direito Ambiental*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

TRINDADE, A. A. Cançado. *Direitos Humanos e meio ambiente*: paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

VILLARES, L.F. *Direito e Povos Indígenas*. Brasília: FUNAI/CGDTI, 2007.



---

## A RELAÇÃO ENTRE A AUTONOMIA REFORÇADA E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DAS AGÊNCIAS REGULADORAS NO BRASIL

---

*Bárbara Bianca Sena*

*Procuradora Federal lotada na Agência Nacional de Energia Elétrica-ANEEL*

SUMÁRIO: Introdução; 1 A sucessão de paradigmas constitucionais e a intervenção do Estado (Moderno) no domínio econômico; 2 Do Estado Regulador e da criação de agências reguladoras; 3 Da construção institucional das Agências Reguladoras: autonomia e legitimidade democrática. Conclusão; Referências.

**RESUMO:** As mudanças no perfil do Estado conforme os paradigmas constitucionais modernos influenciaram diretamente na relação de cada um deles com a sociedade civil e no perfil assumido pela Administração em cada fase - o que correspondia, por sua vez, ao perfil das Constituições vigentes naqueles momentos históricos. Assim, o Estado moderno não se apresenta como uma estrutura estática, mas submetida a uma sucessão de eventos históricos, à evolução do pensamento social, e às interferências de diversos campos do saber sobre o direito e a política, de modo que se pode dizer do encadeamento de diversos paradigmas de Estado Constitucional na história do direito moderno, a saber: o do Estado liberal, o do Estado social e o do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, procurou-se promover uma drástica mudança de concepção a respeito do modelo de Estado e, por conseguinte, no modelo de gestão da coisa pública como resposta à expansão das funções econômicas e sociais do Estado, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, seguida, também, da proposta de privatização de estatais e execução de serviços públicos por concessionárias mediante prévio procedimento licitatório e parcerias com a sociedade civil organizada. O Estado coloca-se frente a uma democracia procedimental pautada no Direito, mas promovida uma alteração paradigmática da visão piramidal do ordenamento jurídico a ensejar uma nova interpretação do princípio da legalidade, que ganha contornos de juridicidade, uma ordem jurídica pós-positivista constitucionalizada que se pauta não apenas em regras, mas, igualmente, em princípios, uma mitigação ao ideal clássico da separação de poderes e uma Administração composta de vários centros de poder político-decisório, inclusive as agências reguladoras independentes, e que, ao mesmo tempo, favorece o pluralismo participativo no tocante aos aspectos econômicos e sociais dos atos que pratica; tudo isso, tornou o ambiente propício para a estruturação de um modelo de Estado Regulador, que possui, como instrumental, a criação das agências reguladoras com autonomia reforçada. Emerge, nesse contexto, o debate acerca da legitimidade democrática das entidades reguladoras, relacionado, especialmente, às ideias de democracia, representação e separação de poderes. A existência de uma contradição empírica e interna ao regime democrático fundado sob as bases do princípio majoritário ensejou a crise da democracia, mas que deve ser vista, modernamente, como abrangente de novos vieses de legitimação, dentre eles, o viés que confere legitimidade democrática a atuação das agências reguladoras: a denominada legitimidade pela imparcialidade. Assim, embora se reconheça a legitimação democrática das Agências Reguladoras constitua-se de verdadeiro universo em gestação, para que possa ser realmente afirmada, é preciso que se recepcione a ideia de democracia sob esses novos vieses, enquanto modalidades legitimatórias

complementares à legitimidade eleitoral-majoritária, que, por sua vez, não mais se autossustenta numa sociedade cada vez mais heterogênea e formada por interesses de minorias. As Agências Reguladoras devem ser reconhecidas, portanto, como um dos centros políticos-decisórios do Estado, numa Administração reconhecidamente policêntrica, cujas bases dependem, para que haja um funcionamento integrado, de definições mais precisas sobre critérios e limites de competências.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado moderno. Paradigmas. Administração Pública. Estado liberal. Estado Social. Estado Democrático de Direito. Estado Regulador. Agências Reguladoras Independentes. Princípio da legalidade. Juridicidade. Separação de Poderes. Privatização. Legitimidade. Democracia.

**ABSTRACT:** Some changes in the state model that happened according to the modern constitutional paradigms directly influenced on the relationship between each type of state organization and the civil society as well as on the profile assumed by the Administration at each stage - which corresponded to the Constitutions profile in those historical moments. Thus, the modern state is not a static structure; it's a structure formed by a role of historical events, the evolution of social thought, and the interference of various fields of knowledge over law and politics, so that from the thread of various paradigms about the Constitutional State in the modern law history emerged various paradigms, such as the liberal state, the welfare state and the democratic state. In this context, there was a drastic paradigm change regarding the state model and therefore the model of public management in response to the expansion of economic and social functions of the state, technological development and globalization of the world economy, followed by privatization of state-owned companies and transference of public services to third parties through bidding process and previous partnerships with civil society organizations. The state faces a emerging procedural democracy guided by law (rule of Law) and at the same time a paradigm change of the pyramidal law understanding that led to a new rule of Law interpretation, a Post-positivist and constitutional legal system built not only on rules, but also, on principles, diminishing the classical ideal of the checks and balance doctrine and an Administration composed by multiple power-political centers of decision-making, including independent regulatory agencies, and, at the same time, promoting a greater society participation regarding economic and social aspects of State's actions, what has made a good environment to create a Regulatory State, which has, as its means, the creation of regulatory agencies with enhanced autonomy. In this context, it takes place the debate about the democratic

legitimacy of the regulatory bodies, related especially to the ideas of democracy, representation and separation of powers. The existence of a contradiction to the empirical and internal democracy founded on the basis of the majority principle led to the crisis of democracy, but that should be seen in modern times as a comprehensive new legitimacy biases, including the bias that gives democratic legitimacy to actions of regulatory agencies: the so-called legitimacy of impartiality. Thus, while recognizing the democratic legitimacy of regulatory agencies would constitute a true rising universe, so that it can be truly affirmed, it is necessary to accept the idea of democracy under these new biases as complementary legitimacy modalities comparing to majoritarian electoral legitimacy because it is no longer able to sustain itself in a society that is increasingly heterogeneous and formed by minority interests. Regulatory Agencies should therefore be recognized as one of the state political-decision-making centers, in a admittedly polycentric Administration, which depends, so there is an integrated operation, of more precise criteria and limits of competence definitions.

**KEYWORDS:** Modern state. Paradigms. Public Administration. Liberal State. Welfare State. Democratic and Rule of Law State. Regulatory State. Independent Regulatory Agencies. Rule of Law. Juridicity. Checks and balances. Privatization. Legitimacy. Democracy.

## INTRODUÇÃO

O Estado moderno é construído por uma sucessão de paradigmas constitucionais que ensejaram diversas conformações entre o papel da Administração Pública e o papel da sociedade civil, bem como para a relação entre os vários atores sociais e a Administração Pública, até que, a partir da última década do século XX, o Estado adquire algumas concepções adjetivantes e indicativas da sua transformação, a exemplo do conceito de Estado Regulador.

Essas invenções adjetivas<sup>1</sup> também se prestam a demonstrar que o conceito de democracia não se desvincula da própria transformação do Estado até a sua conformação mais contemporânea.

Verificou-se, em verdade, a existência de um fenômeno mundial de redução da intervenção direta do Estado na economia e de fortalecimento da função reguladora, mas que preza pela eficiência na prestação de serviços públicos. As designações qualitativas revelam, portanto, os objetivos do Estado transformado e configuram verdadeiras normas de orientação e direção.

1 CANOTILHO, J.J. Gomes *O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios*. Revista de Direito Público e Regulação. Coimbra: Cedipre – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2009. p. 99.

A democracia, nesse contexto, passa a ser entendida sob novos prismas, considerando a existência de várias instâncias politicamente decisórias, sobretudo, executivas. Não se ignoram as discussões acerca da legitimidade democrática das instituições conformadoras do Estado contemporâneo, centradas, em grande medida, na existência de uma única forma de legitimação: a legitimação eleitoral direta. A Constituição não deixa de ser vista como um sistema normativo de poder, mas o poder se torna procedimentalizado, permitindo novos meios de legitimação democrática.

Nessa linha, o Estado Democrático não deixa de ser um Estado de Direito, mas o direito é formado a partir da democracia procedimentalizada e se instrumentaliza não apenas por atos do Poder Legislativo, mas, também, do Judiciário e, sobretudo, do Executivo. Promove-se, assim, uma alteração paradigmática: a de que o direito encontra-se desvinculado do império da lei formal e ruma para uma ordem jurídica estrutural constitucionalizada e pós-positivista, mais complexa do que um mero conjunto hierarquizado de regras.

Assim, a legalidade ganha novo sentido e a ideia de separação de poderes ganha contornos próprios distintos do ideal clássico francês. Na esfera executiva, a legalidade ganha semblantes de deslegalização, viabilizando-se a atuação administrativa por meio de vários centros de poder, em especial, as agências reguladoras.

O paradigma do Estado Democrático de Direito tenta superar os paradigmas precedentes, permitindo-se a criação de novos arranjos institucionais com vistas a cobrir o déficit democrático instaurado nos paradigmas anteriores. Nesse contexto, emerge um novo ramo do direito: o regulatório.

O direito regulatório visa propiciar a administração conjuntural de atividades de relevância social, ou seja, atividades necessárias à garantia de preservação das prestações materiais essenciais à fruição dos direitos fundamentais na medida em que a plena fruição desses direitos depende de uma lista abrangente de atuação estatal e não estatal concertada por uma entidade interventora do Estado (não do governo), enquanto espaço público de construção de soluções. A administração conjuntural seria exercida por essa entidade independente do Poder Executivo considerando o Estado Regulador identifica-se com a noção de Estado Administrativo, originária da percepção de que *“a divisão tripartite de poderes e funções não conseguia abranger todas as dimensões de atividades estatais”* e de que, portanto, a administração estatal seria algo distinto das funções executivas, legislativa e judicial. Assim, as entidades reguladoras seriam independentes do executivo e a administração que exercem também seria uma espécie de execução da vontade do Estado, ao lado da executiva e da judicial, mas em oposição

à atividade de decisão política, a legislativa. Nesse contexto, o Estado Regulador seria dotado de um processo administrativo único que abarca política e administração<sup>2</sup>.

O Estado Regulador insere-se nesse contexto de reafirmação da democracia estatal que, por sua vez, adquire distintos vieses. E, enquanto modelo de reafirmação da democracia, o Estado Regulador deve atuar pautado em pressupostos instrumentais democráticos, como imparcialidade e independência, acessibilidade e proximidade, e reflexibilidade. O Estado torna-se, assim, apenas mais um centro de decisão política, tendo como uma das suas formas instrumentais, a conformação institucional das agências reguladoras enquanto mecanismo de intervenção e de mudança para o regime regulatório que se adota.

O presente trabalho objetiva, assim, realizar uma análise da conformação institucional das agências reguladoras e o seu caráter democrático, enquanto entidades que integram e modulam o Estado contemporâneo, auxiliando na conformação do próprio paradigma do Estado Democrático de Direito.

## 1 A SUCESSÃO DE PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS E A INTERVENÇÃO DO ESTADO (MODERNO) NO DOMÍNIO ECONÔMICO

Os paradigmas constitucionais que se sucederam na construção do Estado moderno exerceram influência sobre a sociedade civil e a conformação da Administração Pública, especialmente no Brasil, e sua atuação no domínio econômico. Na história do direito moderno, existiram três paradigmas que influenciam as interpretações jurídicas: o do Estado liberal, o do Estado social e o do Estado Democrático de Direito<sup>3</sup>.

O Estado liberal era absentéista e circunscrito ao político, com prevalência da autonomia privada. Passa-se a conformar as primeiras nuances do Estado social com a crise de 30, a partir de quando surgem novas medidas na tentativa de correção das externalidades do sistema capitalista; mas, o Estado Social atinge seu ápice na década de 60, apresentado características de Estado interventor, com redução da autonomia privada, e executor direto das políticas públicas setoriais, mas com elevação da carga tributária e certo grau de ineficiência administrativa, ensejando uma crise fiscal. Observa-se que a Administração está inflada de normas ao tempo em que deixa de existir uma separação estrita de poderes conforme concebida no período liberal. A despeito de o

2 ARANHA, Márcio Iorio. *Direito Regulatório*. Unidade I. Curso de Especialização em Direito Público, UnB. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=485>. Acesso em 18/08/2013. p. 2-3.

3 MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Administração Pública e a Constituição*. 2008(b). Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2008.

imenso aparato técnico-burocrático ter sido uma das razões da crise do Estado Social, o modelo burocrático influenciou decisivamente a base da estruturação da Administração Pública brasileira na Constituição de 1988, a exemplo da repartição de competências administrativas e da manutenção da possibilidade de intervenção estatal direta na economia em determinadas situações.

A inauguração de um período neoliberal propiciou a alteração do papel do Estado na economia, a partir das privatizações de grandes empresas estatais e da quebra de monopólios. O Estado passa a assumir uma posição mais fiscalizadora, inaugurando uma fase de dirigismo econômico, que possibilita o surgimento de um modelo regulador de Estado, o qual preza pela eficiência na prestação de serviços públicos e pela disponibilização de instrumentais para a realização dos direitos fundamentais. Na Administração Pública, ascende a ideia de administração gerencial em detrimento do modelo burocrático. Fala-se, então, de uma alteração paradigmática, denominada paradigma do Estado Democrático de Direito, no qual o direito desvincula-se do positivismo e favor da constitucionalização de uma ordem jurídica pós-positivista, num contexto em que a legalidade ganha novo sentido, agregada de conteúdo axiológico, com maior foco na Constituição ao invés de simplesmente na lei formal. Quanto à ideia de separação de poderes, reconhece-se que a ordem constitucional brasileira propõe um modelo concreto, distinto do modelo abstrato proposto por Montesquieu e que não se adéqua perfeitamente na visão tripartida, sobretudo no que se refere ao exercício da função administrativa. Nesse contexto, o Executivo passa a exercer amplo papel regulador considerando uma perspectiva constitucionalizada e não estritamente legalista. Público e privado tonam-se reciprocamente necessários e constitutivos, e não mais ramos totalmente separados, num contexto em que se elegem, como igualmente relevantes, os princípios da liberdade e da igualdade, objetivando-se tanto o afastamento do individualismo liberal quanto do assistencialismo do Estado Social.

Nesse contexto, as mudanças no perfil do Estado conforme os paradigmas constitucionais modernos influenciaram diretamente a relação de cada um deles com a sociedade civil, o perfil assumido pela Administração em cada fase - o que correspondia, por sua vez, ao perfil das Constituições vigentes naqueles momentos históricos - e a própria visão ou interpretação do direito posto<sup>4</sup> e, como consequência, a conformação do Estado moderno. Em verdade, o constituinte revela

<sup>4</sup> Toda interpretação do direito que instrumentalize a sua aplicação é concebida no contexto da pré-compreensão do aplicador do direito sempre situado também num contexto histórico (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008, p. 53/83).

suas opções diante do “acúmulo de acontecimentos histórico e de uma sucessão de institutos jurídicos”<sup>5</sup>.

De fato, segundo ARAGÃO<sup>6</sup>, não se pode considerar aleatória “a construção do Direito Público de um Estado liberal, de um Estado democrático de Direito, social ou de outra espécie cujo surgimento esteja em curso”; ao contrário, ela é “inerente às contingências ideológicas, políticas e sociais de cada momento histórico”:

Por isso, o Estado moderno não se apresenta como uma estrutura estática, mas submetida a uma sucessão de eventos históricos, à evolução do pensamento social, e às interferências de diversos campos do saber sobre o direito e a política; daí que “uma infinidade de razões” contribuiu para o “encadeamento de diversos paradigmas de Estado Constitucional”, como formadores da pré-compreensão dos aplicadores do direito e dos diversos atores sociais<sup>7</sup>.

Do mesmo modo, o modelo de Estado Regulador “é a síntese de um processo histórico muito significativo”, relacionado diretamente à sucessão dos paradigmas constitucionais; cuida-se de “uma organização institucional que se relaciona às concepções do Estado de Direito”, cuja ideia é resultante “da conjugação de três princípios fundamentais” – “a supremacia constitucional, a generalização do princípio da legalidade e a universalidade da jurisdição” – e que, portanto, pressupõe o reconhecimento da “supremacia da ordem jurídica sobre a atuação política”.

Nesse modelo, “o Estado permanece presente no domínio econômico, mas não mais como partícipe direto”, substituindo a busca pessoal pela “realização de determinados fins” pelo “uso do instrumento normativo e de suas competências políticas para influenciar os particulares a realizar os fins necessários ao bem-comum”. Em outras palavras, eleva-se a intervenção estatal indireta “à categoria de instrumento primordial de realização de determinados fins de interesse público no âmbito das atividades econômicas”, deixando-se a atuação direta do Estado para “situações de grande excepcionalidade”<sup>8</sup>.

Verifica-se, assim, uma redução da atuação estatal direta, através da privatização e da publicização de espaços. O Estado Regulador incumbese de estabelecer as regras que devem disciplinar a ordem econômica atuando mediante fiscalização, incentivo (fomento) e planejamento. Nele, existe uma atuação direta no domínio econômico, mas por direção ou por indução, mais do que por absorção, que somente ocorre em situações

5 ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>, acesso em 14/01/2013.

6 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p. 11. Abr/2001.

7 *Ibid.*, 2013.

8 JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 24.



excepcionais. Assim, procura preservar o espaço naturalmente ocupado pela iniciativa privada, sem, contudo, deixar de preservar o interesse público.

Isso se deve a uma alteração de paradigmas que pretende superar as distorções ocorridas na perspectiva dos Estados Liberal e Social e que formam novas ideologias compreendidas no contexto do Estado Democrático de Direito, ensejando certas modificações nas estruturas jurídicas administrativas, no papel que desempenham na organização do Estado, bem como um pluralismo participativo da sociedade que se desenvolve de diversas maneiras.

As agências reguladoras são um dos instrumentos para a concretização desse novo modelo de Estado, sobretudo se considerarmos a inclinação brasileira para o exercício de uma regulação operacional descentralizada. Elas surgem, também, diante da necessidade de intervenção (indireta) mais efetiva, o que se daria por meio de uma regulação normativa centralizada e voltada para o gerenciamento de conflitos. A regulação, portanto, pressupõe uma capacidade normativa, que assume características complexas (normatividade complexa), mais elaborada e voltada para as especificidades de cada setor regulado.

Inicialmente, estudos acerca desse tema foram desenvolvidos em países de língua inglesa, que se utilizam das expressões *regulation* e *regulator*, para indicar, respectivamente, a atividade desenvolvida pelo Estado e o sujeito que a promove<sup>9</sup>.

## 2 DO ESTADO REGULADOR E DA CRIAÇÃO DE AGÊNCIAS REGULADORAS

A crise do Estado Social (desenvolvimentista) propiciou uma alteração no perfil assumido pela Administração Pública perante o domínio econômico. Alteraram-se certos parâmetros de organização administrativa e a relação entre o público e o privado. Essas novas perspectivas jurídicas, institucionais, econômicas e sociais ensejaram mudanças de paradigmas para o Estado e possibilitaram novas visões sobre antigos dogmas (democracia, separação de poderes, relação entre Estado e sociedade e entre o público e o privado etc). Surgem propostas de novos modelos de governança ao tempo em que o mercado se volta para novas teorias econômicas, admitindo-se o Estado como novo centro de decisão política.

É nesse contexto que emerge o atual modelo regulatório de Estado, de forma instrumental, diretamente vinculado ao conceito de regulação e à conformação institucional das agências reguladoras.

9 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 15-16.

As agências, mesmo não sendo o único mecanismo de que se poderia dispor para tal fim, são, por excelência, o instrumento de realização da regulação como forma de intervenção (indireta) do Estado na economia, mas que, gradativamente, foi incorporando no seu conceito elementos normativos. Com efeito, a ascensão do modelo de Estado Regulador é simultânea ou concomitante à própria criação de entidades reguladoras independentes. Portanto, regular é o múnus dessas entidades. Com isso, torna-se relevante também compreender não apenas as características do Estado Regulador, mas também o fato de que o conceito de regulação abarca a regulação econômica e a regulação social.

O atual modelo regulatório brasileiro surge a partir do fracasso do modelo de Estado Social (desenvolvimentista), na década de 90, inspirado, especialmente, no arranjo institucional norte-americano pós *New Deal*, que se estruturava com a criação das *regulatory agencies*, caracterizadas por um elevado grau de autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo. A esse despeito, existia uma significativa diferença entre os cenários político, ideológico e econômico inseridos em ambos os ordenamentos - brasileiro (panorama de reforma do Estado com privatizações) e norte-americano (objetivo de proteção dos menos favorecidos pela mitigação das garantias liberais clássicas da propriedade e da autonomia da vontade) - a ensejar a necessidade de aclimação dos conteúdos jurídicos importados<sup>10</sup>. É nesse contexto, no entanto, que surgem as primeiras noções de administração policêntrica, significando a existência de mais de um centro decisório.

No Brasil, prevalecia um enfoque político-econômico onde a presença do Estado não deveria ser totalmente excluída, permanecendo, então, com a atividade regulatória em alguns setores da economia. O incentivo governamental às privatizações também ascendeu o debate sobre a necessidade de prévia ampliação do aparato estatal para regulação de setores relevantes sob uma perspectiva pública e privada, econômica e social, a exemplo de setores de infraestrutura e serviços públicos, como energia elétrica, telecomunicações, transporte etc. Entendeu-se, finalmente, pela necessidade de reforçar aquele aparato incrementando possibilidades de planejamento, regulação, controle e fiscalização, inclusive mediante adequada capacitação técnica. Havia, também, uma preocupação em aumentar a atratividade do mercado brasileiro para o financiamento de infraestrutura.

A partir dessas premissas, em 1996, foram criadas as primeiras agências reguladoras, com atributos como especialidade e autonomia decisória, como modelo regulador alternativo à regulação pelo mercado ou à regulação por contratos, objetivando garantir o atendimento, em

10 BINENBOJM, Gustavo. *As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil* (p. 89/110). In *Agências Reguladoras e Democracia*. Coordenador Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 89-90.

níveis mínimos de qualidade, da demanda por prestação de serviços públicos e a fiscalização de atividades privadas mediante regulação. Outrossim, a criação das agências reguladoras, no Brasil, objetivava a elaboração de mecanismos jurídicos e institucionais que assegurassem autonomia em relação aos demais agentes políticos e ao próprio Poder Judiciário, fazendo com que fossem qualificadas como autarquias de regime especial, cuja pedra de toque seria justamente essa autonomia reforçada<sup>11</sup>.

As agências reguladoras brasileiras, com personalidade de direito público, pertencentes à estrutura orgânica da Administração Pública, detém função normativa secundária, na visão de ARANHA (2013)<sup>12</sup>, mas sofreram um processo de especialização formando subsistemas jurídicos próprios e as bases mesmas do Estado Regulador, onde se reduzem as dimensões do Estado e o grau de intervenção direta na economia, aumentando, por outro lado, a atividade normativa da Administração. Nesse modelo, são reconhecidos os valores da livre iniciativa, ao tempo em que se reserva, ao Estado, a regulação como instrumento para orientar a atividade privada à realização dos direitos fundamentais.

A proposta do modelo regulatório brasileiro tenta conciliar diferentes concepções ideológicas, afigurando-se como mecanismo para equilibrar os valores provenientes do Estado Liberal com aqueles oriundos do Estado Social (desenvolvimentista), ao tempo em que também procura efetivar a democracia. Fala-se em modelo brasileiro porque o modelo de Estado Regulador é variável e heterogêneo na sua forma de concretização de acordo com os parâmetros do ordenamento jurídico em que se situa, mas, em qualquer caso, ele representa um novo patamar de intervencionismo no qual vigora o princípio da subsidiariedade porque se efetiva sob novas bases.

As agências reguladoras são um dos instrumentos para a concretização desse novo modelo de Estado, sobretudo se considerarmos a inclinação brasileira para o exercício de uma regulação operacional descentralizada. Elas surgem, também, diante da necessidade de intervenção (indireta) mais efetiva, o que se daria por meio de uma regulação normativa centralizada e voltada para o gerenciamento de conflitos. A regulação, portanto, pressupõe uma capacidade normativa, que assume características complexas (normatividade complexa), mais elaborada e voltada para as especificidades de cada setor regulado.

Nessa perspectiva, o Legislativo assumiria o papel de formulador de políticas públicas gerais e de estruturação de setores de interesse público, ao tempo em que o Executivo desempenha uma função

11 BINENBOJM, op. cit., p. 95.

12 ARANHA, Márcio Iorio. *Direito Regulatório*. Unidade II. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=485>, acesso em 18/08/2013b.

normativa conjuntural, destinada a acompanhar o dinamismo dos setores regulados. A partir dessas premissas surge o debate acerca da legitimidade democrática das agências reguladoras que será objeto de estudo no capítulo seguinte.

As agências reguladoras, enquanto instrumentais ao modelo de Estado Regulador, realizam, em sentido amplo, a atividade de regulação, inicialmente entendida apenas sob o prisma econômico, mas que, posteriormente, assume caráter social, abrangendo áreas de fomento e de fiscalização tradicional. Essas entidades e o modelo que assumem não estão livres de críticas doutrinárias. Sobre a criação desses novos entes reguladores, pode-se dizer que a doutrina se divide em duas grandes correntes: (i) a que defende que o modelo não encontra fundamento na tradição administrativa; (ii) a que defende se tratar de uma adaptação necessária aos ditames contemporâneos. Entre os primeiros, estariam Luís Roberto Barroso, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, Alexandre dos Santos Aragão, Marcos Jurueña Vilela Souto, Carlos Ari Sundfeld, Floriano Azevedo Marques Neto e Calixto Salomão Filho; e, entre os segundos, Celso Antônio Bandeira de Mello, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Marcelo Figueiredo e Eros Roberto Grau<sup>13</sup>. Cuida-se de um debate que surge diante da própria necessidade de aclimatação de conceitos e institutos jurídicos em realidades ideológica, política, social e econômica diversas.

Observa-se, também, que a doutrina brasileira apresenta uma tendência de analisar os conceitos de regulação, função reguladora e agência reguladora como coisas unas e indivisíveis enquanto meros mecanismos instrumentais de concretização do modelo Regulador. A literatura estrangeira, de outro modo, diferencia-os como instrumentos propriamente ditos de atuação estatal para distingui-los, entre si, do modelo administrativo de agências reguladoras. Sob esse ponto de vista, é preciso reconhecer que a função reguladora ganha novos contornos com a inserção de elementos sociais e normativos<sup>14</sup>.

Em todo caso, “o conceito de regulação é sempre dependente do conceito de ação”, ou seja, do “debate e aprovação de regras jurídicas”. Daí que, segundo uma perspectiva sociológica do direito, poder-se-ia falar em direito responsivo e, sob esse ponto de vista, o cerne do estudo da regulação econômica consistiria em “entender as regras jurídicas por meio das suas ações criativas e reconstrutoras” no contexto social e não apenas “compreender os processos específicos da referida ação regulatória de uma determinada agência”<sup>15</sup>. Em outras palavras, o

13 AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *Ajudicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011. p. 109.

14 Ibid., p. 103, 121-133.

15 Ibid., p. 120.

conceito jurídico de regulação também é excessivamente imbuído de elementos normativos.

A regulação, assim, seria o termo utilizado para designar um conjunto de direitos constituídos através da elaboração de normas administrativas pelas entidades estatais especializadas. Por outro lado, deve-se ter em mente que, mesmo antes desse modelo, a regulação sempre existiu e que os órgãos estatais não seriam os únicos capazes de exercê-la, já que ela se efetiva de vários modos e como produto social e político. Segue, portanto, a própria tendência do direito que passa a ser formado sob as bases de um pluralismo social, incumbindo-se subsidiariamente de conferir bases sustentáveis para a comunidade.

Assim, o conceito de regulação relaciona-se também com o debate e a aprovação de regras jurídicas, segundo a lógica da teoria do direito responsivo, que, por sua vez, remete para o contexto social como influência necessária para a construção regulatória e para a própria noção de integridade dos subsistemas jurídicos que cria. Verifica-se, assim, que o conceito jurídico de regulação agrega conteúdo normativo.

Nessa linha, o modelo das agências encontraria respaldo num conceito jurídico central: o de função reguladora. E, para o exercício dessa função reguladora, considerou-se, após amplo “debate jurídico, político e econômico”, serem necessárias a inserção de certas “prerrogativas institucionais, na forma de um modelo jurídico”, paulatinamente incrementado na medida em que “cada agência reguladora foi sendo criada, por cada lei específica”. Assim, à função reguladora, primária, e, portanto, cerne da atuação das agências, acrescentaram-se funções secundárias, dentre elas, “a noção de poder fiscalizador e de poder concedente”, o “poder normativo ou, a sua função quase-legislativa” e, finalmente, “a tentativa no estabelecimento de uma função arbitral ou quase-jurisdicional”<sup>16</sup>.

Ademais, seria própria da atividade regulatória, em razão do seu caráter pragmático e finalístico, a multiplicidade de funções e competências, porque, se “o Estado opta por intervir na ordem econômica como regulador”, ele “assume o compromisso de manejar todos os instrumentos necessários para, naquele setor da economia, atingir as finalidades precípua da regulação”. Por outro lado, essas finalidades somente serão atingidas se o ente de regulação possuir “competências e instrumentos amplos e efetivos”<sup>17</sup>. Verifica-se, pois, que o novo paradigma do Estado Democrático de Direito privilegia a competência regulatória exercida pelas agências reguladoras, caracterizadora do modelo de Estado Regulador, cujos pressupostos foram assim resumidos

16 AGUIAR, op. cit., p. 116.

17 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes* (p. 79/80). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, , 2000. p. 20.

por ARANHA<sup>18</sup>: interventor; administrativo, privilegiando a função de planejamento e gerenciamento das leis; “legitimado na figura do administrador, do processo de gerenciamento normativo da realidade ou do espaço público regulador”; conformador de direitos em ambientes regulados; subsidiário, “em sua apresentação de potencialização da iniciativa privada via funções de fomento, coordenação e fiscalização de setores relevantes”.

Nesse contexto, definir o conceito de regulação é essencial para distingui-la da regulamentação, esta exercida diretamente pela Presidência da República. Isso não quer dizer que a regulação somente possa ser exercida pelas entidades reguladoras especializadas. Elas são, por excelência, entidades que regulam, mas, até mesmo pela relação de coordenação que possuem com a Administração Direta, não impede que esta última também expeça atos de conteúdo regulatório, apenas que é preciso que o conteúdo desses atos não se sobreponha ao conteúdo de atos exarados pelas Agências Reguladoras no âmbito de suas competências legalmente definidas, sob pena de possibilitar a configuração de conflitos positivos de competência e conseqüente insegurança regulatória.

A distinção entre regulação e regulamentação é igualmente relevante para a sua análise do ponto de vista da observância ou não, no seu exercício, do princípio da separação de poderes e da própria configuração da legitimidade ou do déficit democrático das agências reguladoras.

Observa-se, ademais, que o modelo das agências toma por base um conceito jurídico central: o da função regulatória e, para exercê-la, foi necessária a inserção de prerrogativas institucionais na forma de modelo jurídico, que serão indicadas no capítulo seguinte. De todo modo, conhecidas as bases desse novo modelo jurídico, será possível relacionar, ainda, as principais características do Estado Regulador e a sua formatação diante de objetivos precisos: superar as distorções ocorridas nos modelos anteriores.

Nesse contexto, tem-se que o Estado regulador enfatiza aspectos como: (a) a questão das competências estatais, no tocante à abrangência das atividades sujeitas ao regime de Direito Público e de Direito Privado, com a ascensão da função de planejamento e gerenciamento das leis; (b) a forma de atuação (direta/indireta) sobre a economia e a sociedade, com a inversão da relevância do instrumento interventivo, para prevalência de meios indiretos de intervenção e da ideia de Estado Subsidiário, mediante exercício das funções de fomento, coordenação e fiscalização de setores relevantes, sem prejuízo da “constante reorientação política para a preservação dos direitos fundamentais de todos os envolvidos ameaçados

18 ARANHA, op. cit., p. 10.

por distorções produzidas pelo *mercado livre*<sup>19</sup>; (c) o movimento de privatização das pessoas jurídicas ligadas ao Estado; (d) o movimento de publicização descrito pelo PDRAE (Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado)<sup>20</sup>.

### 3 DA CONSTRUÇÃO INSTITUCIONAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS: AUTONOMIA E LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA

Algumas características são mais comuns entre as entidades reguladoras a despeito de não existir uma lei base que indique, para o ordenamento jurídico brasileiro, um modelo geral e abstrato de agências reguladoras, o que, na verdade, foi sendo construído a partir da edição de cada uma das leis responsável pelo nascimento dessas entidades. Dentre essas características, a título ilustrativo, pode-se citar (i) a amplitude de poderes das Agências, tais como o poder normativo, o poder de outorga, o poder de fiscalização, os poderes de mediação e conciliação, o poder sancionatório, e o poder de recomendação; (ii) a concentração de conhecimento (capacitação técnica) que deve residir na Agência; (iii) a permeabilidade da Agência à sociedade, permitindo uma abertura da atividade que executa aos atores sociais; (iv) a processualidade característica da sua atuação; e (v) a independência ou a autonomia.

A característica da autonomia, que, para alguns autores seria sinônimo de independência e ampla gama de atividades desempenhadas pelas agências reguladoras suscitam questionamentos acerca da existência ou não de um déficit democrático na atuação desses entes. Há de se analisar se, de fato, a legitimidade democrática poderia ser reduzida à via da eleição popular. O problema da legitimidade democrática emerge, não apenas desse fator, mas especialmente em razão da possibilidade de produção de atos normativos pelas agências reguladoras, o que, ao fundo e ao cabo, também se relaciona com os vieses da autonomia.

Ultrapassada a fase de privatizações, vive-se “uma *segunda onda* regulatória, instaurada pela submissão das agências ao teste da sucessão democrática no governo federal”, cuja preocupação não mais se volta apenas para a preservação da autonomia das agências, mas para o controle político, responsividade social e legitimidade democrática<sup>21</sup>. Importante, nesse contexto, analisar a relação entre os agentes envolvidos no contexto dessa nova Administração policêntrica que se forma a partir da criação das agências reguladoras independentes, especificamente, a discussão acerca da legitimidade democrática das agências e a sua conformação institucional.

19 ARANHA, op. cit., p. 10.

20 ACUNHA, op. cit., 2013.

21 BINENBOJM, op. cit., p. 96.



Como visto, as agências reguladoras têm, como objetivo, exercer a regulação estatal sobre a economia, e, também, uma regulação social, sendo que “a finalidade para a qual foram criadas” exige a presença de certas características, “as quais as instrumentam para o cumprimento dos pressupostos da regulação”<sup>22</sup>.

Sabe-se que existem diferenças formais entre as entidades reguladoras, mas, mesmo não havendo uma lei base que as disciplina de forma geral e abstrata, existem, também, algumas características que compartilham: estabilidade, transparência e impermeabilidade, especialidade ou concentração de conhecimento técnico, processualidade e autonomia reforçada, sob vários vieses, podendo exercer ampla gama de poderes e atividades. As agências reguladoras são, portanto, dotadas de um regime especial, sendo-lhes conferida uma autonomia reforçada. A autonomia vincula-se, sobretudo, à ideia de produção normativa.

A substituição do modelo tradicional de Administração Pública ministerial por uma forma de administração plurifórmica e pluricêntrica teve como consequência necessária o acréscimo de “amplos poderes, notadamente de natureza normativa, conferidos aos entes reguladores”, pois, “de outra forma, não poderiam desempenhar satisfatoriamente (agilidade, informalidade, constante adaptação à realidade cambiante etc.) suas atribuições”<sup>23</sup>.

A doutrina brasileira tende a tratar o conceito de autonomia e independência como sinônimas, referindo-se à qualificação da agência, ora como autonomia, ora como independência. Existem críticas ao uso indiscriminado dos termos, mas, neste capítulo, nosso objetivo consiste apenas em retratar essa característica do grau mais elevado de autonomia que esses entes possuem ou deveriam possuir.

Inseridas na estrutura orgânica da Administração Pública, as agências reguladoras contribuem para a conformação de uma administração policêntrica. O fato de possuírem autonomia administrativa não se apresenta tão problemático para o ordenamento jurídico brasileiro porque se admite maior grau de autonomia seja conferido a determinadas entidades, como ocorre, por exemplo, com as universidades.

Essa autonomia, inclusive, para as universidades, é relativa ou mitigada por princípios e regras existentes no ordenamento jurídico brasileiro, mas a característica da autonomia reforçada das agências reguladoras ratifica a ideia de que existem subsistemas jurídicos ou uma pluralidade de ordenamentos jurídicos (setoriais, parciais ou derivados), que recebem influência de elementos normativos externos, uma vez a própria existência desses subsistemas pressupõe, no plano

22 MARQUES NETO, op. cit., p. 25.

23 MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997. p. 31-35.



interno, autonomia. Essa noção serve para demonstrar que o conceito de autonomia vincula-se, sobretudo, à ideia de produção normativa.

A regulação configuraria, assim, um processo de formulação de regras e a sua concreta aplicação para modificar as ações de seus destinatários, sendo dificilmente enquadrada na construção tradicional e liberal-burguesa do princípio da separação dos poderes. Com efeito, um dos principais debates acerca do grau de autonomia mais elevado conferido às agências diz respeito à autonomia para o exercício da função reguladora, sobretudo, sob o prisma do exercício do Poder Normativo dentro de um contexto em que a configuração policêntrica da Administração fortalece a mudança de foco, no âmbito do Direito Público, do Legislativo – que deixa de ser considerado o poder central – para o Executivo.

O debate acerca da legitimidade democrática relaciona-se às ideias de democracia, representação e separação de poderes. Na conformação jurídico-institucional do princípio da separação de poderes segundo o ideário liberal-burguês, entendia-se que somente o povo poderia ser sujeito de legitimação democrática considerando a ideia subjacente de representação popular, pelo sufrágio universal e segundo o postulado do princípio majoritário. Na França, persistia a ideia de nação, enquanto nos Estados Unidos, o conceito de povo, mas, em qualquer caso, vigia o postulado do princípio majoritário pressupondo, logicamente, a existência de sociedades homogêneas.

Observa-se, portanto, uma contradição empírica e interna ao regime democrático já que se partia do pressuposto ou da suposição da existência de uma unidade política expressada pela vontade geral enquanto, na verdade, considerando a existência de uma sociedade cada vez mais heterogênea, essa vontade geral não poderia, de forma simplória, traduzir-se na vontade da maioria. Essa contradição empírica ensejou o que ROSANVALLON<sup>24</sup> denominou “crise da democracia”.

Por outro lado, não se pode negar que o conceito moderno de democracia também pressupõe a necessidade de controle externos do poder sobre o poder, como um esforço preliminar de assegurar a dialética entre poder de minorias e o poder de majorias, embora esse esforço também traga, em si, uma contradição empírica, já que, no desenho constitucional majoritário, o poder fragmentado dificultaria o controle dos cidadãos enquanto, na prática, existiria forte concentração de poderes na tomada de decisões políticas.

Com Duguit a noção de “vontade geral” é substituída pela de “interesse geral”, representando um prenúncio de autonomia do Executivo em face do Legislativo, porque se passa a admitir um novo

24 ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial, 2009.

meio de legitimação democrática: a contratação racional e impessoal de funcionários públicos que se tornariam guardiões dos interesses gerais.

Conforme ROSANVALLON<sup>25</sup> aponta, no entanto, a partir da década de 1980, surge uma nova era de particularidades ensejando uma nova crise de legitimidade democrática estatal resultante de transformações econômicas e sociais que influenciaram a governabilidade e a relação entre sociedade e política, bem como da contribuição do capitalismo industrial para instaurar uma sociedade generalizada e o tratamento homogêneo de grupos sociais em situação de risco. Diante desses fatores, posteriormente, instaurou-se uma economia de particularidades, onde a noção de qualidade passa a ser o ponto central, formando-se, também, novas modalidades de liames sociais, distintos, portanto, do modelo simplificado de classes sociais, a ensejar elações inéditas entre indivíduos e instituições. Essa nova conformação social acaba por colocar em xeque o modelo de administração baseado na formulação de regras gerais aplicáveis aos administrados, fazendo com que o próprio Estado admita a formação de processos decisórios mais complexos.

A antiga noção de maioria cede lugar a de minoria porque a sociedade se transforma em um conjunto de situações minoritárias de todas as naturezas, de modo que, conquanto o mecanismo eleitoral-majoritário continue a vigorar para conferir legitimidade instrumental aos governantes eleitos, percebe-se claramente a necessidade de alteração dos paradigmas de legitimidade democrática em todos os meandros da administração pública, que experimenta novos arranjos institucionais para contemplar novos vieses da democracia segundo uma compreensão mais dinâmica e aberta<sup>26</sup>.

Outra contradição empírica relativamente à formação desses novos arranjos institucionais diz respeito ao fato de congregarem instituições antimajoritárias<sup>27</sup>, como as agências reguladoras, típicas de sistemas políticos proporcionalistas que se contrapõem aos sistemas políticos majoritários. Trata-se de mais uma contradição que decorre da aclimação de conteúdos jurídicos importados de realidades e modelos de organização estatais bastante distintos e que, no campo das entidades reguladoras autônomas, pode ensejar uma discussão acerca do problema da *accountability*.

Trata-se, sem dúvida, de um universo ainda em gestação e que fortalece o aceite de novos vieses para a conformação de democracia

25 ROSANVALLON, op. cit., 2009.

26 TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. *A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração "Direito, Estado e Economia". Brasília, 2011.

27 MELO, Marcus André. *O viés majoritário na política comparada. Responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática*. In: RBCS, Vol. 22, n.º 63, fevereiro/2007.

– imparcialidade, reflexividade e proximidade – permitindo-se o reconhecimento da legitimidade democrática dos novos arranjos institucionais – que vão sendo formados nas sociedades cada vez mais complexas e heterogêneas – e, em especial, das agências reguladoras (legitimidade pela imparcialidade).

Essas novas modalidades de legitimidade tornaram-se complementares à legitimidade eleitoral-majoritária, levando o questionamento quanto à própria possibilidade de sustentação do modelo clássico de separação dos poderes, já que o Legislativo e o Executivo não mais poderiam ser compreendidos como dois entes isolados em suas funções supostamente típicas, mesmo porque esse ideário não se revela útil para explicar a realidade do funcionamento das instituições brasileiras<sup>28</sup>.

A regulação, portanto, diferencia-se da regulamentação, exclusivamente exercida pela Presidência da República por meio da edição de decretos, mas poderia ser exercida por qualquer autoridade administrativa, não sendo atividade exclusiva das agências reguladoras. Em todo caso, a justificativa que muitos autores encontram para o exercício da função normativa das agências reguladoras corresponde à construção de uma teoria do regulamento autônomo, de um lado, ou da existência de delegação legislativa, de outro.

Esses argumentos, no entanto, não são suficientemente capazes de explicar a legitimidade democrática dos entes reguladores em face da conformação de novos arranjos administrativos e institucionais na perspectiva de uma sociedade cada vez mais complexa e heterogênea porque, ao fundo e ao cabo, remontam aos antigos dogmas liberais do ideário da separação de poderes.

Assim, entendo que as ideias mais inovadoras e condizentes com a nova conformação dos arranjos institucionais contemporâneos são as propostas por AGUIAR<sup>29</sup>, complementadas por TEIXEIRA<sup>30</sup>. Para o primeiro, as agências reguladoras experimentariam, na verdade, uma dificuldade em estabelecer a sua capacidade normativa como regulação propriamente, pois esta não estaria a ultrapassar a noção de lei, inserindo-se na função reguladora que é própria das agências dotadas de autonomia reforçada. Segundo TEIXEIRA<sup>31</sup>, a relação entre Executivo e Legislativo passa a ser marcada por espaços naturais e necessários de conflitos e arbitragem em meio às regras constitucionais. Para TEIXEIRA<sup>32</sup>, no entanto, considerando

<sup>28</sup> MELO, op. cit., 2011.

<sup>29</sup> AGUIAR, op. cit., 2011.

<sup>30</sup> TEIXEIRA, op. cit., 2011.

<sup>31</sup> TEIXEIRA, op. cit., 2011.

<sup>32</sup> TEIXEIRA, op. cit., 2011.

os novos vieses democráticos, não apenas as agências reguladoras, mas, também, a Administração Central, poderiam expedir atos normativos “independentes”. A ideia de legalidade é substituída pela de juridicidade que é integrada pelo conceito de legitimidade e democracia.

Observa-se que o debate acerca do alcance do poder normativo das agências reguladoras sem afronta aos poderes conferidos ao Legislativo e, portanto, a discussão sobre a legitimidade democrática das agências reguladoras é acirrada. Várias obras literárias foram dedicadas ao tema, a exemplo da organizada por ARAGÃO<sup>33</sup>, mas as ideias de ROSANVALLON<sup>34</sup> ascendem luzes para o tema afastando as conclusões de que os novos arranjos institucionais ensejaram a perda de legitimidade do poder político em detrimento da própria noção de soberania; ao contrário, o autor indica novas formas de legitimação política considerando a complexidade dos arranjos institucionais contemporâneos.

Há evidentemente uma celeuma acerca da questão referente à atuação do Poder Executivo e das Agências Reguladoras Independentes, não apenas quanto à expedição de atos normativos, mas, inclusive, sob o prisma da edição e da execução de políticas públicas, cuja solução encontra luzes acesas na doutrina pátria e internacional, mas não se pode negar tratar-se de um universo em construção.

A autonomia reforçada é relevante também para a conformação dos meios de articulação entre as agências reguladoras e o poder político (não apenas o Legislativo, mas, igualmente, o Executivo). Nesse contexto, a autonomia, nas dimensões administrativa e financeira, torna-se especialmente relevantes. Ademais, a ausência de relação hierarquizada com a Administração Central é essencial para proteger os entes reguladores das vicissitudes do poder político.

A solução, portanto, para a questão da observância e respeito à autonomia reforçada das agências reguladoras, sobretudo na dimensão do exercício do poder normativo, repousaria, a nosso ver, na definição de critérios ou limites de competências mais claros em relação à Administração Central e aos demais poderes políticos, proporcionando, de fato, aos entes reguladores, um maior afastamento das vicissitudes políticas.

33 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

34 ROSANVALLON, op. cit., 2009.

## CONCLUSÃO

O modelo de Estado Regulador representa uma síntese de um processo histórico significativo, que se relaciona diretamente à sucessão dos paradigmas constitucionais e as concepções do Estado de Direito, enquanto ideia resultante da conjugação dos princípios da supremacia constitucional, da legalidade e da universalidade da jurisdição. Decorre da crise do Estado Social (desenvolvimentista), que propiciou uma alteração no perfil assumido pela Administração Pública perante o domínio econômico com mutações em certos parâmetros de organização administrativa e na relação entre o público e o privado.

Essas novas perspectivas jurídicas, institucionais, econômicas e sociais ensejaram mudanças de paradigmas para o Estado e possibilitaram novas visões sobre antigos dogmas (democracia, separação de poderes, relação entre Estado e sociedade e entre o público e o privado etc). Surgem propostas de novos modelos de governança ao tempo em que o mercado se volta para novas teorias econômicas, admitindo-se o Estado como novo centro de decisão política. Nesse contexto, emerge o atual modelo regulatório de Estado, de forma instrumental, diretamente vinculado ao conceito de regulação e à conformação institucional das agências reguladoras.

Trata-se de modelo que, no Brasil, foi construído a partir do desenho institucional de agência reguladora independente, como um modelo de gestão administrativo, adaptado no seu processos de reestruturação econômica. Foi implantado a partir da década de 1990, com inspiração, em grande medida, no arranjo institucional norte-americano pós *New-Deal*, que se estruturava na criação de agências com acentuado grau de autonomia em relação à Chefia do Poder Executivo e se fundava na ideia do insulamento político de administradores supostamente neutros e dotados de elevada qualificação técnica.

A esse despeito, observa-se a existência de significativas diferenças entre os cenários político, ideológico e econômico nos quais os modelos norte-americano e brasileiro foram implantados, de modo que, no Brasil, a regulação apresenta-se com características bastante específicas, especialmente se levarmos em consideração que, aqui, as agências surgiram muito mais da necessidade de estabilização da economia e de proteção dos menos favorecidos contra as oscilações dos mercados desregulados do que propriamente da característica da capacitação técnica das agências, tendo ocorrido no bojo de um amplo processo de privatizações e desestatizações<sup>35</sup>. Assim, a noção de Estado Regulador não pode ser entendida como se houvesse uma configuração

35 BINENBOJM, op. cit., p. 89-90.

padronizada e unitária, porque existiria um modelo regulador de Estado, cuja implementação é variável e heterogênea, podendo se concretizar de diversas maneiras de acordo com as concepções históricas e ideológicas de cada sociedade<sup>36</sup>.

O Estado Liberal não admitia a intervenção do Estado nas relações privadas, enquanto o Estado Social nelas intervinha demasiadamente, de modo a inflar a sua estrutura; em tal contexto, o Estado Regulatório emerge como um ponto de equilíbrio entre o Estado Liberal e o Estado Social, com a proposta de transferir a prestação de alguns serviços essenciais à iniciativa privada e atuar na fiscalização. E, “para este novo perfil de Estado, por vezes denominado Estado Regulador, é que se introduzem as agências reguladoras como instrumentos por excelência dessa nova etapa de atuação estatal”<sup>37</sup>.

A regulação, por sua vez, pressupõe logicamente uma capacidade normativa. Nesse contexto, o Estado transfere para as mãos dos particulares a prestação de serviços públicos, fazendo-o por meio de “um projeto normativo mais elaborado voltado às especificidades de cada setor econômico”, a evidenciar mais nitidamente o papel do Poder Legislativo como formulador de políticas públicas gerais e de estruturação dos setores de interesse público” e o papel do Poder Executivo para exercício de uma “*função normativa conjuntural* destinada a acompanhar o setor no seu dinamismo, mas dentro da legalidade”. Restaria, assim, o questionamento acerca da ocorrência ou não de uma migração de funções do Poder Legislativo para o Poder Executivo, com auxílio das agências reguladoras “criadas para o fim de produção normativa complementar” ou se isso refletiria, na verdade, “um *aclaramento da sempre existente especialização funcional dos poderes*”<sup>38</sup>.

Trata-se de tema relevante para a indicação geográfica e do papel desempenhado pelas agências reguladoras. Assim, ultrapassada a fase de privatizações, deu-se “uma *segunda onda* regulatória, instaurada pela submissão das agências ao teste da sucessão democrática no governo federal”, cuja preocupação não mais se volta apenas para a preservação da autonomia das agências, mas para o controle político, responsividade social e legitimidade democrática<sup>39</sup>.

A regulação, como instrumental das agências reguladoras, embora derive diretamente do debate econômico, deve ser compreendida em contexto mais amplo, para abranger não apenas a fixação de regras de

36 JUSTEN FILHO, op. cit., p. 25.

37 MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. In Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, n. 1, março/abril/maio de 2005 B. Disponível em <<http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-1-MAR%C7O-2005-FLORIANO%20DE%20AZEVEDO%20MARQUES%20NETO.pdf>>. Acesso em: 25/08/2013.

38 ARANHA, op. cit., p. 10.

39 BINENBOJM, op. cit., p. 96.

conduta e controle, mas, também, a proteção do interesse público. Nessa linha, no âmbito jurídico, o conceito de regulação engloba a regulação econômica (da atividade pública e privada) e a regulação social<sup>40</sup>.

A respeito do novo modelo de atuação estatal, configuraria, em verdade, “produto em contínua construção”, uma vez que se refere “à sedimentação no modo pelo qual estão organizados os arranjos sociais e produtivos na esfera pública e o âmbito privado”<sup>41</sup>.

Convém destacar que o conceito de regulação, função reguladora e agência reguladora estariam intimamente relacionados. Juridicamente e do ponto de vista instrumental, “regulação” é a “função desempenhada pelas agências reguladoras”<sup>42</sup>, não se olvidando de que a função reguladora do estado ganha novos contornos a partir da inserção de elementos sociais externos ao direito<sup>43</sup>. Nesse contexto, o conceito de regulação relaciona-se também com o debate e a aprovação de regras jurídicas, segundo a lógica da teoria do direito responsivo, que, por sua vez, remete para o contexto social como influência necessária para a construção regulatória e para a própria noção de integridade dos subsistemas jurídicos que cria. Verifica-se, assim, que o conceito jurídico de regulação agrega conteúdo normativo.

Nessa linha, o modelo das agências encontraria respaldo num conceito jurídico central: o de função reguladora. E, para o exercício dessa função reguladora, considerou-se, após amplo “debate jurídico, político e econômico”, serem necessárias a inserção de certas “prerrogativas institucionais, na forma de um modelo jurídico”, paulatinamente incrementado na medida em que “cada agência reguladora foi sendo criada, por cada lei específica”. Conhecidas as bases desse novo modelo jurídico, tem-se que as principais características do Estado Regulador e a sua formatação objetivam superar as distorções ocorridas nos modelos anteriores.

A partir dessas premissas, em 1996, foram criadas as primeiras agências reguladoras, com atributos como especialidade e autonomia decisória, como modelo regulador alternativo à regulação pelo mercado ou à regulação por contratos, objetivando garantir o atendimento, em níveis mínimos de qualidade, da demanda por prestação de serviços públicos e a fiscalização de atividades privadas mediante regulação.

Nesse modelo, são reconhecidos os valores da livre iniciativa, ao tempo em que se reserva, ao Estado, a regulação como instrumento

40 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. (p. 19/50). In. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004 B. p.21.

41 AGUIAR, op. cit., p. 110.

42 AGUIAR, op. cit., p. 108.

43 AGUIAR, op. cit., p. 103, 121-133.



para orientar a atividade privada à realização dos direitos fundamentais. A proposta do modelo regulatório brasileiro tenta conciliar diferentes concepções ideológicas, afigurando-se como mecanismo para equilibrar os valores provenientes do Estado Liberal com aqueles oriundos do Estado Social (desenvolvimentista), ao tempo em que também procura efetivar a democracia. Fala-se em modelo brasileiro porque o modelo de Estado Regulador é variável e heterogêneo na sua forma de concretização de acordo com os parâmetros do ordenamento jurídico em que se situa, mas, em qualquer caso, ele representa um novo patamar de intervencionismo no qual vigora o princípio da subsidiariedade porque se efetiva sob novas bases.

As agências reguladoras são um dos instrumentos para a concretização desse novo modelo de Estado, sobretudo se considerarmos a inclinação brasileira para o exercício de uma regulação operacional descentralizada. Elas surgem, também, diante da necessidade de intervenção (indireta) mais efetiva, o que se daria por meio de uma regulação normativa centralizada e voltada para o gerenciamento de conflitos. A regulação, portanto, pressupõe uma capacidade normativa, que assume características complexas (normatividade complexa), mais elaborada e voltada para as especificidades de cada setor regulado.

Embora existam diferenças formais entre as entidades reguladoras, elas compartilham algumas características. As principais características das agências reguladoras seriam a autonomia decisória e financeira, a estabilidade e a transparência<sup>44</sup>. Já as diferenças decorrem das “peculiaridades da regulação de cada setor específico” e da “formação da cultura regulatória de cada órgão” e representam a diversidade de modos para organizar “as relações entre a sociedade, o Estado e o mercado”<sup>45</sup>.

O modelo tradicional de Administração Pública fundado numa administração ministerial ou numa administração hierarquicamente organizada sob as ordens de um Ministro (autoridade máxima subordinada apenas à Presidência da República), mais moroso e embebido de critérios políticos, revelou-se inadequado “para os novos desafios regulatórios do Estado”. Assim, esse modelo é substituído por uma forma de administração plurifórmica e pluricêntrica, tendo-se acrescido, como consequência necessária disso, poderes amplos, especialmente, de natureza normativa, aos entes reguladores, considerando que esta seria a única forma pela qual seria possível desempenhassem satisfatoriamente (agilidade, informalidade, constante adaptação à realidade cambiante etc.) suas atribuições<sup>46</sup>.

44 AGUIAR, op. cit., p. 99.

45 AGUIAR, op. cit., p. 99.

46 ARAGÃO, op. cit., 2001.



A doutrina brasileira tende a tratar o conceito de autonomia e independência como sinônimas, referindo-se à qualificação da agência, ora como autonomia, ora como independência. Existem críticas ao uso indiscriminado dos termos, mas, nosso objetivo foi apenas retratar essa característica do grau mais elevado de autonomia que esses entes possuem ou deveriam possuir. Em todo caso, como visto, inseridas na estrutura orgânica da Administração Pública, as agências reguladoras contribuem para a conformação de uma administração policêntrica.

A regulação configuraria, assim, um processo de formulação de regras e a sua concreta aplicação para modificar as ações de seus destinatários, sendo dificilmente enquadrada na construção tradicional e liberal-burguesa do princípio da separação dos poderes. Com efeito, um dos principais debates acerca do grau de autonomia mais elevado conferido às agências diz respeito à autonomia para o exercício da função reguladora, sobretudo, sob o prisma do exercício do Poder Normativo dentro de um contexto em que a configuração policêntrica da Administração fortalece a mudança de foco, no âmbito do Direito Público, do Legislativo – que deixa de ser considerado o poder central – para o Executivo.

O debate acerca da legitimidade democrática relaciona-se às ideias de democracia, representação e separação de poderes. Diante do postulado do princípio majoritário é possível observar uma contradição empírica e interna ao regime democrático já que se partia do pressuposto ou da suposição da existência de uma unidade política expressada pela vontade geral enquanto, na verdade, considerando a existência de uma sociedade cada vez mais heterogênea, essa vontade geral não poderia, de forma simplória, traduzir-se na vontade da maioria. Vivencia-se, assim, a denominada “crise da democracia”.

Com a substituição da ideia de vontade geral pela de interesse geral, enquanto prenúncio da autonomia do Executivo em face do Legislativo, o conceito de legitimidade democrática vai sendo ampliado. A esse despeito, novos fatores, a exemplo de transformações econômicas e sociais que influenciaram a governabilidade e a relação entre sociedade e política, instaurou-se uma economia de particularidades e uma nova conformação social acaba por colocar em xeque o modelo de administração baseado na formulação de regras gerais aplicáveis aos administrados, fazendo com que o próprio Estado admita a formação de processos decisórios mais complexos. Percebe-se claramente a necessidade de alteração dos paradigmas de legitimidade democrática em todos os meandros da administração pública, que experimenta novos arranjos institucionais para contemplar novos vieses da democracia segundo uma compreensão mais dinâmica e aberta<sup>47</sup>, inclusive, mediante criação de instituições

<sup>47</sup> TEIXEIRA, op. cit., 2011.

antimajoritárias<sup>48</sup>, como as agências reguladoras, típicas de sistemas políticos proporcionalistas. Tal se deu pela aclimação de conteúdos jurídicos importados de realidades e modelos de organização estatais bastante distintos.

Trata-se, sem dúvida, de um universo ainda em gestação e que fortalece o aceite de novos vieses para a conformação de democracia – imparcialidade, reflexividade e proximidade – permitindo-se o reconhecimento da legitimidade democrática dos novos arranjos institucionais – que vão sendo formados nas sociedades cada vez mais complexas e heterogêneas - e, em especial, das agências reguladoras (legitimidade pela imparcialidade). Essas novas modalidades de legitimidade tornaram-se complementares à legitimidade eleitoral-majoritária, levando o questionamento quanto à própria possibilidade de sustentação do modelo clássico de separação dos poderes, já que o Legislativo e o Executivo não mais poderiam ser compreendidos como dois entes isolados em suas funções supostamente típicas, mesmo porque esse ideário não se revela útil para explicar a realidade do funcionamento das instituições brasileiras<sup>49</sup>.

Nesse sentido, as ideias mais inovadoras e condizentes com a nova conformação dos arranjos institucionais contemporâneos são as propostas por AGUIAR<sup>50</sup>, complementadas por TEIXEIRA<sup>51</sup>. Para o primeiro, as agências reguladoras experimentariam, na verdade, uma dificuldade em estabelecer a sua capacidade normativa como regulação propriamente, pois esta não estaria a ultrapassar a noção de lei, inserindo-se na função reguladora que é própria das agências dotadas de autonomia reforçada. Segundo TEIXEIRA<sup>52</sup>, a relação entre Executivo e Legislativo passa a ser marcada por espaços naturais e necessários de conflitos e arbitragem em meio às regras constitucionais. Para TEIXEIRA<sup>53</sup>, no entanto, considerando os novos vieses democráticos, não apenas as agências reguladoras, mas, também, a Administração Central, poderiam expedir atos normativos “independentes”. A ideia de legalidade é substituída pela de juridicidade que é integrada pelo conceito de legitimidade e democracia.

A esse despeito, o debate acerca do alcance do poder normativo das agências reguladoras sem afronta aos poderes conferidos ao Legislativo e, portanto, a discussão sobre a legitimidade democrática das agências reguladoras é acirrada. Várias obras literárias foram

48 MELO, op. cit., 2007.

49 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

50 AGUIAR, op. cit., 2011.

51 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

52 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

53 TEIXEIRA, op. cit., 2011.

dedicas ao tema, a exemplo da organizada por ARAGÃO<sup>54</sup>, mas as ideias de ROSANVALLON<sup>55</sup> ascendem luzes para o tema afastando as conclusões de que os novos arranjos institucionais ensejaram a perda de legitimidade do poder político em detrimento da própria noção de soberania; ao contrário, o autor indica novas formas de legitimação política considerando a complexidade dos arranjos institucionais contemporâneos.

Há evidentemente uma celeuma acerca da questão referente à atuação do Poder Executivo e das Agências Reguladoras Independentes, não apenas quanto à expedição de atos normativos, mas, inclusive, sob o prisma da edição e da execução de políticas públicas, cuja solução encontra luzes acesas na doutrina pátria e internacional, mas não se pode negar tratar-se de um universo em construção. A autonomia reforçada é relevante também para a conformação dos meios de articulação entre as agências reguladoras e o poder político (não apenas o Legislativo, mas, igualmente, o Executivo). Nesse contexto, a autonomia nas dimensões administrativa e financeira tornam-se especialmente relevantes. Ademais, a ausência de relação hierarquizada com a Administração Central é essencial para proteger os entes reguladores das vicissitudes do poder político. A solução, portanto, para a questão da observância e respeito à autonomia reforçada das agências reguladoras, sobretudo na dimensão do exercício do poder normativo, repousaria, a nosso ver, na definição de critérios ou limites de competências mais claros em relação à Administração Central e aos demais poderes políticos, proporcionando, de fato, aos entes reguladores, um maior afastamento das vicissitudes políticas.

## REFERÊNCIAS

ABRUCIO, Fernando Luiz. *Os avanços e os dilemas do modelo pós-burocrático: a reforma da administração pública à luz da experiência internacional recente*. In: BRESSER, Luiz Carlos, e SPINK, Peter Kevin (coord.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A administração pública brasileira no contexto do Estado Democrático de Direito*. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>, acesso em 14/01/2013.

ADEODATO, João Maurício. *Ética e Retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2002.

AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*.

54 ARAGÃO, op. cit., 2006.

55 ROSANVALLON, op. cit., 2009.

Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

AMARAL JUNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao Capítulo VI do Livro XI de O Espírito das Leis in Revista dos Tribunais*, vol. 868, 2008, p. 58-68.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p. 11 Abr/2001.

ARANHA, Márcio Iorio. *Direito Regulatório*. Unidade I. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=485>, acesso em 18/08/2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Regulatório*. Unidade II. Curso de Especialização em Direito Público, UnB, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=485>, acesso em 18/08/2013b.

ARAÚJO, Luiz Eduardo Diniz. *Controle da atividade normativa das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro, Synergia, 2013.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Texto-complementar 3: Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Brasília - DF: CEAD/UnB, 2013. 40 p. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>, acesso em 22.05.2013.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2000.

BANI, Elisabetta. *Stato regolatore e autorità indipendente. Letras formazioni Del diritto amministrativo*, Milano : Giuffrè, 1995 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p.11. Abr/2001.

BARROSO, Luiz Roberto, *Apontamentos sobre as Agências Reguladoras*. In: MORAES, Alexandre de (Org.). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. *As agências reguladoras independentes e democracia no Brasil* (p. 89/110). In *Agências Reguladoras e Democracia*. Coordenador Gustavo Binenbojm. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. *Uma teoria do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5. ed. Brasília: UnB, 2000. v. 1.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Aspectos de teoria geral dos direitos fundamentais*. Material da 1ª aula da Disciplina Direitos e Garantias Fundamentais, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional - UNISUL-IDP-REDE LFG.

BRUNA, Sérgio Varella. *Agências Reguladoras. Poder Normativo, Consulta Pública e Revisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e Direito Administrativo*. Revista de Informação Legislativa, v. 34, n. 133, p. 89-98, jan./mar. de 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *O princípio democrático sobre a pressão dos novos esquemas regulatórios*. Revista de Direito Público e Regulação. Coimbra: CEDIPRE – Centro de Estudos de Direito Público e Regulação, 2009, p.99/109.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria geral do direito*. Trad. Antônio Carlos Ferreira. São Paulo : Lejus, 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

CARVALHO NETTO, Menelick de (2007). Entrevista. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais, 65(4): 7-12, disponível em: [http://200.198.41.151:8081/tribunal\\_contas/2007/04/-sumario?next=20](http://200.198.41.151:8081/tribunal_contas/2007/04/-sumario?next=20), acesso em 16/10/2013.

CARVALHO, Raquel Melo Urbano de. *Curso de Direito Administrativo*. Bahia: JusPodivm, 2008.

CHEVALLIER, Jacques. *Les Autorités Administratives Indépendantes*, In *Encyclopaedia Universalis*, Paris, 1989 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COELHO, Inocência Mártires. *Hermenêutica filosófica e hermenêutica jurídica. O direito como objeto cultural e o problema da compreensão. A dialética da aplicação do direito e o caráter exemplar da hermenêutica jurídica para as ciências do espírito. Diretrizes para uma hermenêutica jurídica estrutural*. Material da 4ª aula da Disciplina Teoria da Constituição e Hermenêutica Constitucional, ministrada no Curso de Especialização Telepresencial e Virtual em Direito Constitucional – UNISUL - IDP – REDE LFG).

COMPARATO, Fábio Konder. *Para viver a democracia*. São Paulo: Brasiliense, 1989.

\_\_\_\_\_. *A organização constitucional da função planejadora*. In: *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional* (Organizado por Ricardo Antônio Lucas Camargo). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.

1995 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

COSTA, Alexandre Araújo; COSTA, Henrique Araújo. *Instrumentalismo x Neoinstitucionalismo: uma avaliação das críticas neoinstitucionalistas à teoria da instrumentalidade do processo*. *Revista Brasileira de Direito Processual RBDPro*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, out./dez. 2010. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=70493>>. Acesso em: 12 julho 2012.

CUÉLLAR, Leila. *Introdução às Agências Reguladoras Brasileiras*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

\_\_\_\_\_. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Malheiros: São Paulo, 2008.

DINIZ, Eli, e AZEVEDO, Sérgio de. *Reforma do Estado e Democracia no Brasil*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

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

\_\_\_\_\_. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

\_\_\_\_\_. *Limites da função reguladora das agências diante do princípio da legalidade*. (p. 19/50). In. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004 B.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *As agências reguladoras: legalidade e constitucionalidade*. In *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, n. 35, novembro de 2000, disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>, acesso em 25/08/2013.

FOIS, Sergio. *Servizi e Interessi tra Privatizzazioni e Regolazione Publica*, em *Diritto e Società*. Vol. I, Padova, Cedam, 2000, *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

GRAU, Eros. *O discurso neoliberal e a teoria da regulação*, em *Desenvolvimento Econômico e Intervenção do Estado na Ordem Constitucional – Estudos Jurídicos em Homenagem ao Professor Washington Peluso Albino de Souza*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995 (p. 59-75), *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2011 *apud* TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. *A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de

Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”. Brasília, 2011.

HOBBSHAWM, Eric. *Era dos Extremos : o breve século XX : 1914-1991*; tradução Marcos Santarrita ; revisão técnica Maria Célia Paoli- — São Paulo : Companhia das Letras, 1995.

ISONI, Ananda Tostes. *Controle Judicial de Atos Regulatórios*. Monografia. Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, 2011.

LA SPINA, Antonio. MAJONE, Giandomenico. *La Stato Regolatore*, Bologna, Il Mulino, 2000, *apud* JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

JUST, Gustavo. *O princípio da legalidade administrativa: o problema da interpretação e os ideais do direito público*. In: ADEODATO, João Maurício; BRANDÃO, Cláudio; CAVALCANTI, Francisco (Coords.). *Princípio da legalidade: Da Dogmática Jurídica à Teoria do Direito*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADISON, James. *Federalist n.º 51*. The Structure os the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. For the Independent Journal. Wednesday, February 6, 1788. In: MADISON, James. JAY, John. HAMILTON, Alexander. *The federalist papers* (773 p.). Ibook, disponível na AppleStore.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes* (p. 79/80). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras Independentes. Fundamentos e seu regime jurídico*. Belo Horizonte: Fórum, 2005 A.

\_\_\_\_\_. *Agências Reguladoras. Instrumentos do Fortalecimento do Estado*. São Paulo: Associação Brasileira de Agências de Regulação – ABAR, folheto sem indicação de ano. Disponível em: <http://www.abar.org.br/images/publicacoes/agencias-reguladoras.pdf>, acesso em 18/10/2013.

\_\_\_\_\_. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil*. In *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, n. 1, março/abril/maio de 2005 B, disponível em <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-1-MAR%C7O-2005-FLORIANO%20DE%20AZEVEDO%20MARQUES%20NETO.pdf>, acesso em 25/08/2013.



MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A noção de administração pública e os critérios de sua atuação*. 2008(a). Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2008, disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>, acesso em 14/01/2013.

\_\_\_\_\_. *A Administração Pública e a Constituição*. 2008(b). Texto base da disciplina Direito Administrativo do eixo comum do Curso de Especialização em Direito Público, Centro de Educação a Distância da Universidade de Brasília e Escola da Advocacia Geral da União, Brasília, 2008.

MASSONETTO, Luís Fernando. *(Des)Regulação: em busca do senso perdido*. In *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*, 11. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MELO, Marcus André. *O viés majoritário na política comparada. Responsabilização, desenho institucional e qualidade democrática*. In: RBCS, Vol. 22, n.º 63, fevereiro/2007.

\_\_\_\_\_. *A política da ação regulatória: responsabilização, credibilidade e delegação*. In: RBCS, Vol. 16, n.º 46, junho/2001.

MENDES, Conrado Hübner. *Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão* (p. 129). In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MONCADA, Luis S. Cabral de. *Direito Econômico*. Coimbra: Coimbra Editora, 1988 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *Do Espírito das Leis*. Tradução por Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Agências Reguladoras*. Revista dos Tribunais, vol. 791, p. 739-756, Set/2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Administração Pública Gerencial*. Rev. Direito, Rio de Janeiro, v.2, n. 4, jul./dez. 1998. Disponível em: [http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est\\_adminpublica.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc1998/revdireito1998B/est_adminpublica.pdf), acesso em 10/03/2013.

\_\_\_\_\_. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. *Mutações do Direito Administrativo: novas considerações (avaliação e controle das transformações)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 2, junho/julho/agosto, 2005, disponível em: [www.direitodoestado.com](http://www.direitodoestado.com), acesso em 13/10/2013.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.



\_\_\_\_\_. *Administração autônoma e associações públicas*. Coimbra: Coimbra Ed., 1997 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p. 11. Abr/2001.

NONET, Philippe; SELZNICK, Philip. *Direito e sociedade: a transição ao sistema jurídico responsivo*. Rio de Janeiro: Revan, 2010, apud AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

NUNES, Edson de Oliveira e outros. *Agências Reguladoras e Reforma do Estado no Brasil: inovação e continuidade no sistema político-institucional*. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Gestão do setor público: estratégia e estrutura para um novo Estado*. In: BRESSER, Luiz Carlos, e SPINK, Peter Kevin (coord.). *Reforma do Estado e Administração Pública Gerencial*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005.

\_\_\_\_\_. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996), disponível em: <http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>, acesso em 10.mar.2013.

PITKIN, Hanna Fenichel. *Representação: palavras, instituições e ideias*. Tradução: Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado (Originalmente “Representation”, publicado em Terence Ball; James Farr; Russell Hanson (orgs.). *Political innovation and conceptual change*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989). In: Lua Nova, São Paulo, 67: 15-47, 2006.

ROSANVALLON, Pierre. *La legitimidad democrática: imparcialidad, reflexividad, proximidad*. Buenos Aires: Manantial, 2009.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1998.

SALGADO, Lucia Helena. *As agências regulatórias na experiência brasileira: um panorama do atual desenho institucional*. Texto para discussão, n.º 941, Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, mar. 2003, disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055672.PDF>, acesso em 13.out.2013.

SCOTTI, Guilherme. *Texto-base 2: Teorias jurídicas positivistas*. CEAD/UnB, 2013. (Pós-graduação lato sensu em Direito Público). Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>, acesso em 22.abr.2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

SILVA, Ovídio A. Batista da. *Processo e ideologia: o paradigma racionalista*. Rio de Janeiro, Forense, 2004.

STUCHI, Carolina Gabas. *Regulação e desregulação diante dos princípios da administração pública*(p.96/122) In. *Direito regulatório: temas polêmicos*. Coordenado por Maria Sylvania Zanella Di Pietro. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A Administração Pública na Era do Direito Global*. In: SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000.

\_\_\_\_\_. *Agências reguladoras e os novos valores e conflitos*, p. 1294 e 1296. In: Anais da XVII Conferência Nacional dos Advogados. *Justiça: realidade e utopia*. Vol. II, Rio de Janeiro: Ordem dos Advogados do Brasil, 1999(b).

\_\_\_\_\_. *Agências reguladoras*. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, n. 3, 2003, p.487-442 *apud* AGUIAR, Alexandre Kehrig Veronese. *A judicialização das políticas públicas de telecomunicações e as demandas dos consumidores: o impacto da ação judicial*. Tese apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro: Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2011.

TÁCITO, Caio. *Agências reguladoras na Administração*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, jul/set. 2000.

TEIXEIRA, Victor Epitácio Cravo. *A trajetória do poder regulamentar no pensamento político francês e seus reflexos no Brasil: um olhar para além dos manuais jurídicos*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, área de concentração “Direito, Estado e Economia”. Brasília, 2011.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A intervenção do Estado no Domínio Econômico – O Direito Público Econômico no Brasil*, Ed. fac-similar, Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1998.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria geral do Estado*. 3. ed., Trad. Karin Praefke-Aires Coutinho. Coord. J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 401-405 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *As agências reguladoras independentes e a separação de poderes – uma contribuição da teoria dos ordenamentos setoriais*. Revista dos Tribunais. vol. 786, p. 11. Abr/2001.

---

## O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS DA ANVISA À LUZ DO PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA: UM ESTUDO DE CASOS

---

*Beatriz Monzillo de Almeida*

*Procuradora Federal. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília  
– UnB. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Brasiliense de Direito  
Público – IDP. Graduada em Direito pela Universidade de Brasília – UnB.*

SÚMARIO: Introdução; 1 O Poder normativo da Anvisa; 2 O controle judicial dos atos normativos da Anvisa e o princípio da deferência; 2.1 O controle judicial dos atos normativos da Anvisa; 2.2 O princípio da deferência e a autocontenção judicial; 2.3 O controle judicial dos atos normativos da Anvisa à luz do princípio da deferência; 3 Estudo de casos; 3.1 Resolução Anvisa nº 46/2002: o caso do álcool etílico; 3.2 Resolução Anvisa nº 56/2009: o caso do bronzamento artificial.

## INTRODUÇÃO

O tema do controle judicial dos atos administrativos é permeado de controvérsias, a respeito das quais ainda não se produziu um consenso significativo na literatura jurídica universal<sup>1</sup>.

Com o advento do Estado regulador, a discussão ganhou fôlego e se distanciou sobremaneira de eventual convergência doutrinária. Isto porque referido modelo estatal se caracteriza pelo surgimento de diversas agências reguladoras, com elevado grau de autonomia e independência técnica, o que aumentou a diversidade e a complexidade das funções da Administração.

De todas as atribuições conferidas a estes novos entes públicos, o poder normativo é, sem dúvida, o mais controverso. A edição de normas por pessoas jurídicas alheias ao Poder Legislativo suscita questionamentos acerca de sua legalidade e legitimidade democrática e, ainda, enseja o debate a respeito de eventual violação ao princípio da separação de poderes. No caso da Anvisa - objeto deste estudo -, o mérito de seus atos também costuma causar divergências relacionadas à ponderação de direitos fundamentais, já que a proteção da saúde acaba por restringir outros direitos dos particulares, tais como a livre iniciativa e a livre concorrência. Diante de tantos pontos polêmicos, é natural que os particulares atingidos por essas normas busquem invalidá-las judicialmente.

A profusão de ações tendentes a impugnar as normas emanadas das agências reguladoras causa inquietações relacionadas aos limites do controle judicial e às possíveis consequências advindas do comportamento ativista que tem caracterizado o Poder Judiciário na última década. A preocupação é ainda mais justificável em matéria de vigilância sanitária, já que a proteção à saúde da população não se concretiza por meio de ações isoladas, mas sim por políticas uniformes. Deste modo, a ausência de critérios objetivos para o controle judicial das normas da Anvisa pode acarretar a total ineficácia de seus objetivos institucionais.

Embora o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 estipule expressamente a inafastabilidade da jurisdição quanto a qualquer lesão ou ameaça a direito, há quem defenda “a necessidade de se construir no Judiciário um novo *ethos* de contenção no que concerne ao escrutínio judicial da ação política do Legislativo e do Executivo, sob pena de desrespeito à separação de poderes”<sup>2</sup>.

1 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 226.

2 VERISSIMO, Marcos Paulo. *Juízes deferentes? Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=81179>>. Acesso em: 03 de agosto de 2013. p. 2.

A ideia de autocontenção ou autolimitação judicial (*judicial self restraint*) ganhou força com o surgimento do chamado princípio ou doutrina da deferência, que encontra correspondência em vários julgados da Suprema Corte estadunidense.

Nessa perspectiva, o presente artigo – que condensa as principais ideias lançadas em estudo mais detalhado<sup>3</sup> – tem o objetivo de examinar como o Poder Judiciário brasileiro tem decidido as lides envolvendo a impugnação de normas sanitárias editadas pela Anvisa. Busca-se, desta forma, responder ao seguinte problema: se, e em quais circunstâncias, o Poder Judiciário brasileiro tem se valido do princípio da deferência ao efetuar o controle judicial dos atos normativos da Anvisa.

Para tanto, o texto foi estruturado em três partes. Inicialmente, teceram-se linhas introdutórias sobre o poder normativo da Anvisa, esclarecendo-se que, a despeito da controvérsia doutrinária que ainda existe acerca da constitucionalidade de tal atribuição, o presente trabalho terá como premissa lógica a sua conformidade com a lei maior.

O segundo tópico constitui o núcleo da pesquisa e tem por finalidade analisar aspectos teóricos relacionados ao controle judicial dos atos normativos das agências reguladoras, em especial, da Anvisa. Demonstrar-se-á que a tradicional distinção entre atos discricionários e vinculados não é mais suficiente para definir os limites do controle judicial dos atos administrativos. Por sua vez, o método da ponderação de direitos constitucionais, apesar de amplamente utilizado, pode acarretar a substituição da discricionariedade do administrador pela do juiz, o que não é desejável. Apresentar-se-á, então, a definição de princípio da deferência e demonstrar-se-á que essa técnica decisória é plenamente compatível com o sistema jurídico pátrio.

Por fim, o terceiro capítulo será um estudo de dois casos concretos, com o intuito de identificar eventual existência de um padrão decisório relacionado ao controle jurisdicional dos atos normativos produzidos pela Anvisa. É dizer, pretende-se verificar se tal conceito vem sendo utilizado pelas cortes pátrias. A eleição dos temas levou em consideração dois critérios principais, quais sejam: a) a repercussão causada pela norma administrativa, estimada com base no número de processos ajuizados e; b) a existência de decisões judiciais que analisem o mérito do ato normativo. Com base nesses parâmetros, as normas escolhidas foram as seguintes: Resolução Anvisa nº 46, de 20 de fevereiro de 2002, que regula a produção e a comercialização do álcool etílico e; Resolução Anvisa nº 56 de 09 de novembro de 2009, que proíbe em todo território nacional a importação, recebimento em doação, aluguel, comercialização

3 ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. *O controle judicial dos atos normativos da Anvisa à luz do princípio da deferência: um estudo de casos*. Curitiba: CRV, 2014.

e o uso dos equipamentos para bronzeamento artificial, com finalidade estética, baseada na emissão da radiação ultravioleta.

Como a matéria é relativamente recente, o estudo de casos se deterá a julgados proferidos pelos Tribunais Regionais Federais, já que as Cortes superiores ainda não tiveram a oportunidade de julgar nenhum processo relacionado à validade das normas editadas pela Anvisa.

O tema reveste-se de relevância acadêmica, na medida em que o instituto da deferência técnico-administrativa ainda demanda aprofundamento no Brasil. Ademais, o assunto tangencia importantes debates relacionados à autocontenção judicial, ao controle das decisões administrativas e à separação dos poderes.

No tocante à pertinência prática, cabe salientar que o estudo do comportamento do Judiciário em relação à edição de normas pela Anvisa permite o aperfeiçoamento da defesa judicial da entidade, assim como o aprimoramento da elaboração das normas reguladoras, de modo a evitar o excessivo ajuizamento de ações.

## 1 O PODER NORMATIVO DA ANVISA

Para além de modernizar a regulação em matéria de saúde, a Anvisa surgiu com a finalidade de imprimir caráter técnico e independente às ações de vigilância sanitária, de modo a assegurar sua desvinculação a interesses político-eleitorais e proporcionar maior segurança jurídica aos cidadãos e às empresas reguladas.

Suas atribuições legais possuem natureza variada. Em uma tentativa de sistematização, inspirada pela clássica divisão de funções no âmbito do Estado, é possível classificar suas atividades em executiva, decisória e normativa<sup>4</sup>. De todas, a que causa maior controvérsia é, sem dúvida, esta última, razão pela qual foi escolhida como objeto desta pesquisa.

Diante da rapidez e imprevisibilidade com que as mudanças ocorrem no mundo atual, e da conseqüente impossibilidade de o legislador prever e regular todas as situações que demandariam uma resposta do Poder Público, faz-se necessário criar mecanismos para assegurar a efetiva regulação dos diversos setores da sociedade<sup>5</sup>. Com efeito, já não é mais suficiente tratar a realidade com previsões abstratas petrificadas em instrumentos normativos perenes<sup>6</sup>.

4 BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 76.

5 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 198.

6 ARANHA, Márcio Iório. *Direito Regulatório*. Texto-base disponibilizado na disciplina Direito Regulatório do curso de pós-graduação em Direito Público da Universidade de Brasília, em parceria com a Escola da

Por esse enfoque, a atribuição de poder normativo às agências reguladoras revela a preocupação do Estado em atualizar as diretrizes regulatórias no ritmo de alteração da própria atividade regulada, já que a eficácia dos preceitos normativos é diretamente proporcional a sua sintonia com a linguagem falada no setor<sup>7</sup>.

Para alcançar esse objetivo, a normatividade exercida por tais entidades envolve prescrição de comportamentos, orientações de condutas, determinações de diretrizes e metas de desempenho. Não se trata, portanto, de uma mera função regulamentar.

As críticas direcionadas a dito modelo estão centradas na alegação de que o Executivo estaria invadindo prerrogativas legislativas ao se utilizar da regulação de setores para implementação de políticas públicas<sup>8</sup>. Como consequência dessa suposta violação à separação de poderes, costuma-se alegar que os atos provenientes das Agências seriam desprovidos de legitimidade democrática e extrapolariam o princípio da legalidade.

A discussão em comento, conforme já explorado em outra seara<sup>9</sup>, ainda não goza de consenso doutrinário. De toda sorte, o presente trabalho tem por premissa lógica a constitucionalidade da capacidade normativa da Anvisa, pois não haveria sentido em discutir-se o controle judicial do mérito dos atos normativos da agência se se considerasse inconstitucional o poder normativo que lhes deu origem.

## 2 O CONTROLE JUDICIAL DOS ATOS NORMATIVOS DA ANVISA E O PRINCÍPIO DA DEFERÊNCIA

Sabe-se que o controle externo da Administração pelo Poder Judiciário é uma conquista do Estado de Direito e tem por finalidade impedir a prática de eventuais ilegalidades ou arbítrios, além de assegurar a participação efetiva do cidadão na vida administrativa do país, especialmente, quando falharem outros mecanismos de participação democrática<sup>10</sup>.

---

AGU, p. 15.

7 ARANHA, Márcio Iório. *Direito Regulatório*. Texto-base disponibilizado na disciplina Direito Regulatório do curso de pós-graduação em Direito Público da Universidade de Brasília, em parceria com a Escola da AGU, p. 12.

8 ARANHA, Márcio Iório. *Direito Regulatório - Unidade II*. Texto-base disponibilizado na disciplina Direito Regulatório do curso de pós-graduação em Direito Público da Universidade de Brasília, em parceria com a Escola da AGU, p. 10.

9 ALMEIDA, Beatriz Monzillo de. *O controle judicial dos atos normativos da Anvisa à luz do princípio da deferência: um estudo de casos*. Curitiba: CRV, 2014.

10 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. "Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 287

Seu exercício, contudo, deve encontrar limites, de modo que a atuação administrativa não sofra interferências indevidas, sob pena de dificultar a implementação das políticas públicas. Em que pese a aparente obviedade dessa afirmação, a ideia de limitação do controle judicial não parece corresponder àquilo que se observa em boa parte das decisões judiciais brasileiras, que se arrogam cada vez maior capacidade de questionar as escolhas da Administração, inclusive quando feitas no exercício de competência normativo-regulatória<sup>11</sup>.

A participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes, recebeu o nome de ativismo judicial.

Esse fenômeno começou a ser detectado no início do século passado (1905-1937), nos Estados Unidos, a partir de uma série de decisões liberais da Suprema Corte. Nesse período, que se convencionou chamar de Era Lochner<sup>12</sup>, a Corte passou a tomar decisões que substituíam a vontade do legislador, com fundamento no princípio do devido processo legal substantivo. Por essa doutrina, a análise da constitucionalidade da norma não se limitaria à verificação dos aspectos formais, mas também da sua razoabilidade frente aos princípios constitucionais<sup>13</sup>. Assim, para que uma lei interferisse validamente nos direitos individuais, ela deveria ter uma relação direta entre meios e fins e sua finalidade precisaria ser apropriada e legítima<sup>14</sup>.

Ocorre que, a pretexto de dar cumprimento ao devido processo substantivo, aquele colegiado não fazia apenas um controle de adequação entre meios e fins, mas um controle muito estrito sobre as finalidades eleitas pelo legislador. Nos dizeres de ALEXANDRE ARAÚJO COSTA, “a Corte passou a declarar a inconstitucionalidade das leis de cujo conteúdo maioria dos seus membros discordasse.”<sup>15</sup> Considerando que o Estado americano, à época, era regido pelo paradigma do liberalismo, não é difícil perceber que a atuação da Corte, nesse primeiro momento, se colocou a serviço dos setores mais conservadores e reacionários da sociedade, amparando a segregação racial e a invalidação das leis sociais em geral.

11 VERISSIMO, Marcos Paulo. “Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). Poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 291.

12 A jurisprudência da Era Lochner não garantia a liberdade e o bem-estar efetivos das pessoas, mas o mito liberal de que uma sociedade de homens absolutamente livres seria naturalmente conduzida ao máximo de bem-estar possível.

13 VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. Revista Direito GV, v. 4, n. 2, p. 441-463, jul./dez. 2008, p. 443.

14 COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 56-57.

15 COSTA, Alexandre Araújo. *O controle de razoabilidade no direito comparado*. Brasília: Thesaurus, 2008. p. 72.



No Brasil, essa postura ativa do Poder Judiciário se tornou mais evidente após o advento da Constituição de 1988. Diante da incapacidade de o Legislativo e o Executivo realizarem todos os fins previstos na Carta Magna, coube ao Poder Judiciário o papel de fazer cumprir suas diretrizes. Com isso, algumas questões de larga repercussão política e social passaram a ser decididas por este Poder e não pelas instâncias políticas tradicionais, num processo que se convencionou chamar de judicialização.<sup>16</sup>

A ação política do Judiciário - travestida de interpretação constitucional - vem sendo objeto de estudos pela doutrina, tendo dado origem, na experiência constitucional estadunidense, a propostas de autolimitação judicial (*judicial self-restraint*), baseadas na noção de deferência<sup>17</sup>.

No curso deste capítulo, pretende-se realizar um estudo teórico sobre os aspectos jurídicos relacionados ao controle judicial dos atos normativos da Anvisa, verificando-se a aplicabilidade das propostas acima mencionadas no Direito brasileiro.

## 2.1 O controle judicial dos atos normativos da Anvisa

A discussão sobre o controle judicial dos atos normativos da Anvisa passa pela análise do tema da discricionariedade dos atos administrativos. E não poderia ser diferente. Da leitura da Lei Federal nº 9.782/92, observa-se que o legislador atribuiu a essa agência certa margem de liberdade para, em cada situação concreta, decidir e disciplinar - ao lume dos marcos legais e das políticas públicas - qual a solução mais adequada e conformada ao equilíbrio do sistema regulado<sup>18</sup>.

A título de exemplo, os artigos 2º, 6º, 7º, incisos III e IV, e art. 8º da citada lei delimitam o núcleo de competências da Anvisa, conferindo-lhe discricionariedade para decidir, em matéria de saúde pública e vigilância sanitária, qual o conteúdo dos atos normativos a serem editados.

Porém, ao contrário do que se poderia imaginar, a constatação de que a edição de atos normativos é feita no exercício de sua competência discricionária não configura motivo para afastar a incidência do controle jurisdicional.

16 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, no 13, p. 71-91, jan/mar 2009. p. 73.

17 VERISSIMO, Marcos Paulo. "Juízes deferentes?". In Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=81179>>. Acesso em: 03 de agosto de 2013. p. 10.

18 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Discricionariedade e regulação setorial - o caso do controle dos atos de concentração por regulador setorial*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). Poder normativo das agências reguladoras. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 428.

Essa ideia equivocada se deve ao fato de que, por muito tempo, o ponto fundamental para a determinação dos limites da revisão dos atos administrativos pelo Poder Judiciário foi a distinção teórica entre as categorias do ato discricionário e do ato vinculado<sup>19</sup>. Sucintamente, os atos vinculados seriam plenamente revisáveis, ao passo que os atos discricionários teriam sua revisibilidade reduzida, ante a impossibilidade de o Judiciário se imiscuir no mérito administrativo.

Tal entendimento vem sendo progressivamente alterado. A larga margem de liberdade da Administração para dispor sobre os elementos discricionários do ato administrativo (motivo e objeto) passou a ocorrer em cada vez mais raras ocasiões<sup>20</sup>, reduzindo sobremaneira o espectro de atuação do administrador e obrigando-o a tomar decisões compatíveis não apenas com a lei, mas, principalmente, com os princípios do ordenamento jurídico.

Daí decorre, logicamente, que a verificação do alcance do controle judicial dos atos administrativos não pode mais ser feita com base na simples distinção entre atos vinculados e discricionários, pois tanto um quanto o outro estão sujeitos ao exame pelo Poder Judiciário. Nos dizeres de MARCOS PAULO VERÍSSIMO, não há mais que se falar em um critério teórico e apriorístico que exclua determinado ato administrativo do controle judicial<sup>21</sup>.

Estas considerações, no entanto, não esgotam o tema do controle dos atos normativos da Administração. Como visto acima, a revisibilidade judicial do mérito dos atos discricionários está relacionada à possível violação de princípios do ordenamento jurídico. Sucede que o alto grau de subjetividade e polissemia dessas normas acaba por tornar vago os limites do controle judicial, causando o risco de a discricionariedade da Administração ser substituída pela do julgador, com todas as consequências negativas daí decorrentes. Ademais, o âmbito de aplicação desses preceitos pode ser tão abstrato, que todos os atos administrativos estariam, em tese, sujeitos à invalidação judicial, a depender da visão pessoal de cada juiz ou tribunal.

Veja-se, por exemplo, o conceito de razoabilidade. Sua acepção está ligada à ideia de bom-senso, logicidade, admissibilidade, idoneidade, prudência, justiça - noções tão vagas quanto subjetivas. Desta forma,

19 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. "Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 290.

20 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. "Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras". In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 293.

21 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 306.

um ato considerado perfeitamente razoável para o administrador pode parecer um verdadeiro absurdo para um juiz e vice-versa.

Para que a dificuldade acima comentada não fique apenas no plano hipotético, vale citar como exemplo o caso da Resolução Anvisa nº 56, de 09 de novembro de 2009, que proibiu, em todo território nacional, a importação, recebimento em doação, aluguel, comercialização e uso dos equipamentos de bronzeamento artificial, com finalidade estética. Em julgamento proferido nos autos do Agravo de Instrumento nº 0015299-75.2012.4.03.0000<sup>22</sup>, a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região invalidou referida norma, por considerar que os riscos da exposição excessiva à radiação ultravioleta seriam suficientemente minorados por meio de campanhas publicitárias, ou “por meio de normas que condicionem, sem proibir de forma absoluta, a prática do bronzeamento artificial”. Noutros termos, entendeu o colegiado que a proibição veiculada pela norma não seria razoável, pois os objetivos almejados pela entidade reguladora poderiam ser obtidos de outra forma menos gravosa para as empresas.

Posta a questão em termos práticos, indaga-se: se a Anvisa - entidade independente e eminentemente técnica -, entendeu, com base em estudos científicos e após a realização de consulta pública, que a melhor política para a proteção da saúde dos cidadãos seria a proibição total do comércio de equipamentos de bronzeamento artificial, é legítima a invalidação da norma administrativa pelo Judiciário, sob o fundamento de que haveria outras medidas menos gravosas e tão eficazes para alcançar o objetivo proposto?

Desde logo, registra-se que a resposta para essa indagação passa ao largo da chamada discricionariedade técnica. Seria simplista e até perigoso afirmar que determinada norma administrativa não pode ser submetida ao controle judicial em razão de seu caráter técnico. Não se ignora, contudo, a existência de defensores da tese de que as decisões administrativas que supõem alto grau de especialização somente podem ser invalidadas pelo Poder Judiciário em caso de erro manifesto.

Em estudo sobre o tema, EROS GRAU rechaça a validade desse entendimento<sup>23</sup>. Citando as lições de ANTONIO FRANCISCO DE SOUSA, aquele autor destaca a impossibilidade de se “responder em termos satisfatórios onde começa e onde acaba o caráter ‘altamente técnico’” do ato administrativo. Além disso, registra que o juiz não tem o dever de conhecer todas as matérias, mas pode e deve ouvir peritos, a fim de

22 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3. Região. Agravo de Instrumento no 0015299-75.2012.4.03.0000. Agravante Tanning Estética Corporal Ltda. Agravado Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Desembargador Federal Carlos Muta. 20 de setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>.

23 GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. 8. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p.211.

que sejam plenamente esclarecidos os fatos a respeito dos quais decidirá. Acrescenta que a dificuldade de controle das decisões técnicas não pode significar uma liberdade para que a Administração decida a seu talante. Por fim, arremata que tanto o erro manifesto quanto o não manifesto são ilegais e devem ser controlados e corrigidos judicialmente.

Diante dessas considerações, vê-se que a resposta ao questionamento acima formulado deve ser buscada em outra fonte.

Pois bem. Sabe-se que as normas editadas pela Anvisa quase sempre colocam preceitos constitucionais em rota de colisão. De um lado, o direito à saúde. De outro, o direito à livre iniciativa, à livre concorrência, ao livre exercício da profissão etc. Tomando-se, novamente, como exemplo o caso da proibição dos equipamentos de bronzeamento artificial, vê-se que a tentativa da Anvisa de proteger o direito à saúde se sobrepôs totalmente aos interesses das empresas do ramo de estética.

Sem adentrar o mérito do acerto ou desacerto do ato normativo, não causa surpresa que o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no acórdão referido anteriormente, tenha invalidado dita resolução, sob o fundamento de ofensa ao princípio da proporcionalidade.

Isso porque, em matéria de colisão de direitos constitucionais, vigora o entendimento de que a prevalência de um ou de outro dependerá sempre da análise do caso concreto, mediante ponderação de valores, de modo que cada direito fundamental seja realizado na maior medida possível<sup>24</sup>.

Como alerta CANOTILHO, embora a técnica da ponderação de valores seja uma necessidade “ineliminável”, ela gera o risco de posições decisionistas. Essa preocupação, aliás, é compartilhada por EROS GRAU, ao afirmar que o exercício do controle da razoabilidade - ou proporcionalidade - das leis não faz prevalecer a Constituição, mas sim “a preferência, o valor que cada juiz adote, subjetivamente, como critério de aferição da razoabilidade ou proporcionalidade da lei”. Em outros termos, prossegue o autor, “o juiz avalia não a sua constitucionalidade mas se a lei é boa (razoável) ou má (irrazoável), segundo suas preferências pessoais.”<sup>25</sup>

Não obstante as críticas recebidas, a ponderação de princípios é hoje uma realidade no sistema constitucional pátrio - amplamente aceita e praticada pelo Supremo Tribunal Federal - razão pela qual se conclui que o Poder Judiciário pode, em tese, analisar a escolha feita pela Agência Reguladora, bem como invalidar a norma administrativa, caso entenda que ponderou indevidamente os direitos constitucionais em jogo.

24 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 7. ed. 2000. p. 1274-1275.

25 GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8.ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 341/342

No entanto, como se demonstrará nos tópicos seguintes, embora o Judiciário quase sempre possa interferir na escolha da agência, nem sempre é desejável que o faça.

## 2.2 O princípio da deferência e a autocontenção judicial

A autolimitação ou autocontenção do Poder Judiciário é um tema que vem ganhando destaque, na exata medida em que se expandem os limites da jurisdição constitucional e que passa a tornar-se corrente o ativismo no campo judicial<sup>26</sup>.

Seu estudo pode ser abordado sob enfoques diversos. Neste trabalho, optou-se por fazê-lo à luz do chamado princípio ou doutrina da deferência, por ser a base de tantas outras teorias modernas que também defendem a maior sensibilidade e prudência do Judiciário, em contraposição ao ativismo-judicial.

A concepção de deferência ora adotada consiste em uma atitude de cautela dos juízes no que diz respeito à invalidação de uma ação política do Legislativo ou do Executivo.

Embora não se pretenda traçar um histórico detalhado do surgimento dessa doutrina, vale dizer que a ideia de deferência do Judiciário para com as interpretações administrativas nasceu nos Estados Unidos. O precedente mais emblemático foi o julgamento do caso *Chevron, Inc. v. Natural Resources Defense Council* [467 U.S 837 (1984)]<sup>27</sup>, no qual ficou estabelecido o chamado princípio da deferência. De acordo com a diretriz firmada, também conhecida como doutrina Chevron, o controle judicial da atividade normativa dos órgãos administrativos comportaria um duplo teste (*two steps*): primeiro, implicaria verificar se o texto legal seria, realmente, vago, isto é, se o congresso atribuíra margem de liberdade para a agência interpretar ou normatizar determinado assunto; depois, em caso positivo, analisar-se-ia se a interpretação do texto legal, consagrada na ação administrativa, seria razoável<sup>28</sup>.

Se a resposta aos parâmetros acima informados fosse afirmativa, é dizer, se a dicção legal fosse vaga e se a norma administrativa fosse razoável, ela não poderia ser substituída por outra tida pela corte como mais consentânea ao espírito da lei. Ou seja, havendo ambiguidade de

26 VERISSIMO, Marcos Paulo. *Juízes deferentes?*. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdicntd=81179>>. Acesso em: 03 de agosto de 2013. p. 2.

27 O caso Chevron envolveu uma disputa ambiental em que se discutiu a interpretação do conceito de “fonte estacionária” (stationary source), constante na “Lei do ar limpo” (Clean Air Act). A Suprema Corte decidiu que a interpretação feita pela Agência de Proteção Ambiental (EPA) era razoável, razão pela qual prestou deferência à decisão administrativa.

28 VERISSIMO, Marcos Paulo. *Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 299.

qualquer natureza, ou múltiplas interpretações possíveis da norma, os juízes deveriam se limitar a avaliar se a agência interpretara a norma de uma forma lícita<sup>29</sup>, não podendo substituir a posição firmada pela agência por sua própria opinião. Em síntese: o Judiciário deveria prestar deferência à construção que o Executivo fez da legislação que ele é incumbido de aplicar<sup>30</sup>. Vê-se, pois, que o caso Chevron não afastou a possibilidade do controle judicial das agências reguladoras, apenas previu uma regra de autocontenção.

Questão pertinente diz respeito aos motivos que teriam levado a Suprema Corte a essa decisão. De acordo com STEPHEN G. BREYER *et al.*, a explicação prevalecente está relacionada à noção de separação de poderes, já que o Congresso, como regra geral, teria delegado às agências a autoridade para resolver as “ambiguidades” legais. Para estes autores, porém, o entendimento consagrado no caso Chevron, de que a interpretação feita pela agência deve prevalecer em relação à interpretação judicial, está relacionado às noções de *political accountability* e de especialização técnica da entidade. A primeira diz respeito à prestação de contas e à responsabilização do ente público em razão do exercício de suas atribuições. Assim, se a agência reguladora deve responder por suas ações, ninguém melhor do que ela para normatizar ou interpretar questões relacionadas a sua área de atuação. A segunda, por sua vez, transmite a ideia de que seria difícil ao Judiciário fixar interpretações em matérias técnicas sem conhecer as consequências econômicas e ambientais dessa decisão<sup>31</sup>.

Outra possível justificativa, acrescentam os autores americanos, é que a regra da deferência reduziria as discrepâncias relacionadas à interpretação da legislação, limitando o número de conflitos judiciais. Com efeito, quanto mais pessoas interpretam uma norma, maiores são as divergências encontradas, o que, certamente encoraja o ajuizamento de ações. Por outro lado, a tendência à manutenção da norma administrativa desestimularia referida prática.

No Brasil, já existem vozes em defesa da autocontenção judicial, baseada na noção de deferência. EROS GRAU, por exemplo, afirma que o controle pelo Poder Judiciário há de, em certas circunstâncias, ser relativizado. Citando novamente ANTONIO FRANCISCO DE SOUSA, o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal afirma que certas decisões administrativas contêm elementos que são incompatíveis com o controle por um órgão estranho à entidade que decide. Dentre os exemplos por

29 LIMA, Gustavo Augusto F. de. *Agências reguladoras e o poder normativo*. São Paulo: Baraúna, 2013. p. 158.

30 BINENBOJM, Gustavo. *Agências reguladoras independentes e democracia no Brasil*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, no 3 - ago/out 2005. p. 5.

31 BREYER, Stephen G. et al. *Administrative Law and regulatory policy: problems, text and cases*. 5th ed. New York: Aspen Publishers, 2002. p. 290.

eles citados, destacam-se as decisões de caráter prognóstico, isto é, aquelas “fundadas na antecipação intelectual do futuro, ou seja, sobre uma afirmação sobre acontecimentos futuros”. Com argumento semelhante ao da *political accountability*, estes autores defendem que tais decisões devem estar sujeitas a controle limitado porque, em situações desta natureza, em que há dúvida sobre o porvir, o direito à última decisão deve ser reconhecido à autoridade administrativa, que será política, econômica e socialmente responsável por uma eventual decisão errada”<sup>32</sup>.

Esse entendimento se aplica perfeitamente ao controle judicial das normas editadas pela Anvisa. Nunca se saberá se os riscos sanitários nelas previstos, efetivamente, se concretizarão. Também não há como prever se a política sanitária eleita pela agência se revelará, no futuro, a melhor escolha. No entanto, como a agência, e somente ela, poderá vir a responder por eventual omissão ou por alguma ação incorreta, é desejável que o Poder Judiciário interfira o menos possível em sua atuação.

Sob outro prisma, vale lembrar que o Poder Judiciário não é um ente monolítico, razão pela qual são bastante comuns decisões divergentes acerca de temas semelhantes. Malgrado existam cortes de uniformização, alguns processos levam anos para subirem aos tribunais superiores e, muitas vezes, nem sobem, seja pela resignação da parte sucumbente ou pela perda de um prazo ou por outro motivo qualquer. Nessa perspectiva, não é difícil prever a possibilidade de uma mesma norma sanitária vigorar para determinadas empresas e não vigorar para outras. Em termos regulatórios, essa consequência é desastrosa, já que torna inviável a disciplina da saúde pública de modo isonômico e eficaz.

Veja-se, por exemplo, o caso da Resolução Anvisa nº 46, de 20 de fevereiro de 2002, que proíbe a produção e a comercialização de álcool líquido em graduações superiores a 54° GL (cinquenta e quatro graus Gay Lussac), com o intuito de evitar acidentes por queimaduras e ingestão. Ora, se em determinado processo judicial uma empresa alcooleira obtém a invalidação da norma reguladora, o álcool líquido por ela fabricado continuará à venda, dificultando a obtenção dos resultados protetivos almejados pela Anvisa. Outra consequência é que a empresa que conseguiu a invalidação da norma pela via judicial terá consideráveis vantagens econômicas em detrimento das outras que não tiveram a mesma sorte. Assim, além de inviabilizar a proteção efetiva e uniforme da saúde da população, essa divergência de entendimentos causará repercussões em matéria econômica e concorrencial. Por fim, a fiscalização feita pela agência também sofrerá revezes, tendo em vista a necessidade de se separar os grupos que deverão cumprir a norma dos grupos que estão amparados por decisões judiciais.

<sup>32</sup> GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 215.



Como se vê, o magistrado, preparado para realizar a microjustiça, “nem sempre dispõe das informações, do tempo e mesmo do conhecimento para avaliar o impacto de determinadas decisões, proferidas em processos individuais, sobre a realidade de um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”<sup>33</sup>.

Não se ignora que, com o transcorrer das pesquisas científicas, uma determinada norma emanada da Anvisa pode, no futuro, revelar-se excessiva, insuficiente ou inadequada. Sabe-se que a ciência está em permanente evolução, sendo plenamente possível que uma medida protetiva hoje considerada correta venha a ser refutada posteriormente. O que se pretende demonstrar no presente trabalho é que, apesar de a Anvisa, obviamente, não deter o monopólio do conhecimento em matéria de saúde, a invalidação de suas normas pelo Judiciário poderá acarretar consequências muito mais danosas para o interesse público do que a sua manutenção.

Como, então, conciliar o controle judicial dos atos normativos da Anvisa, com a perspectiva ora apresentada? É o que se verá no próximo tópico.

### 2.3 O controle judicial dos atos normativos da Anvisa à luz do princípio da deferência

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que a função do controle judicial não consiste em definir *qual* é a medida sanitária mais correta, mas sim, *se* a medida estabelecida pela Anvisa é correta.

Partindo-se dessa premissa, entende-se que a regra do “duplo teste” ou dos “dois passos” (*two steps*), consagrada no caso Chevron, pode ser útil neste caso, com algumas adaptações.

Assim, ao se deparar com a necessidade de realizar o controle judicial de um ato normativo da Anvisa, sugere-se que o juiz, primeiramente, verifique se a norma foi editada nos limites da delegação conferida pela Lei nº 9.782/99. Noutros termos, que examine se a lei em questão foi “vaga”, isto é, se deixou margem de liberdade para o Administrador disciplinar o caso concreto. Em caso negativo, a norma poderá ser invalidada, sem maiores dificuldades, por violação ao princípio da legalidade. Por outro lado, caso se constate que o ato normativo manteve-se dentro da esfera de liberdade atribuída por lei, o magistrado deverá passar à análise do conteúdo da norma.

Embora a metodologia acima proposta estabeleça que esse segundo passo consista no exame de razoabilidade do ato, já se viu anteriormente que a polissemia desse conceito permitiria uma avaliação muito subjetiva

33 BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, no 13, p. 71-91, jan/mar 2009. p. 86.



da norma pelo magistrado, o que não é desejável. Deste modo, buscando-se evitar que a discricionariedade da Administração seja substituída pela do julgador, reputa-se necessário estipular alguns critérios objetivos, capazes de guiar a apreciação da razoabilidade do ato normativo pelo juiz.

Propõe-se, então, que esta segunda fase do controle judicial seja baseada na análise de aspectos objetivos do processo administrativo que lhe deu origem. Alguns pontos que podem ser observados são: a existência de estudos científicos e dados estatísticos que amparem a medida proposta pela Anvisa; a efetiva consideração dos aspectos debatidos nas audiências públicas - ou a sua refutação fundamentada -; a demonstração da utilidade dos resultados almejados pela norma; a indicação de que as medidas implementadas encontram eco nas políticas sanitárias de outros países etc. Assim, quanto mais bem fundamentado o processo administrativo, mais “razoável” será a norma reguladora e, conseqüentemente, menor deverá ser a interferência do Poder Judiciário.

Neste ponto, é bom esclarecer que não se está a defender que o Judiciário se abstenha de examinar o teor da norma reguladora posta ao seu crivo. Isto seria vedado pelo princípio do *non liquet*. Sugere-se, em verdade, que o Judiciário, ao se deparar com uma norma eminentemente técnica, limite-se a avaliar se a Anvisa teria competência para editá-la e se o processo administrativo que lhe deu origem foi suficientemente instruído e fundamentado. Em caso afirmativo, recomenda-se uma postura de deferência do Judiciário em relação ao entendimento da Anvisa, mantendo-se hígida a norma reguladora impugnada.

É relevante assinalar que a ideia de autocontenção judicial não se resume à aplicação do “duplo teste” consagrado no precedente *Chevron*. Para GUSTAVO BINENBOJM, por exemplo, ao se deparar com a necessidade de realizar o controle judicial sobre o juízo de ponderação realizado pela agência reguladora, o magistrado deverá se perguntar: “qual a intensidade do controle que devo realizar sobre os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, feitos pelo administrador?”<sup>34</sup>

Para esse autor, o primeiro passo é verificar o “grau de objetividade extraível dos relatos normativos incidentes à hipótese em exame”<sup>35</sup>. Em outras palavras, o Poder Judiciário deverá se atentar para a tipologia da norma jurídica incidente ao caso (regras, conceitos indeterminados e princípios). Assim, se determinada norma tiver sido editada com o intuito de conferir interpretação a determinados conceitos indeterminados ou para atribuir eficácia a princípios constitucionais, o controle judicial

34 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 238.

35 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 239-240.

sobre a escolha da agência deve ser, tendencialmente, menos intenso do que o controle feito sobre um ato vinculado.

O segundo critério proposto pelo mestre da UERJ diz respeito ao grau de tecnicidade da matéria normatizada. É dizer, quanto mais técnica for a matéria, menos intenso deverá ser o controle judicial, privilegiando-se, assim, os valores especialização funcional e eficiência.

O terceiro parâmetro segue a mesma lógica do anterior e propõe que, quanto maior o grau de *politicidade* da matéria, menos intenso deve ser o grau do controle judicial, de modo a prestigiar os valores legitimidade democrática e responsividade (*accountability*) na organização e funcionamento dos órgãos do Estado.

O quarto passo refere-se à efetiva participação social no processo de deliberação que resultou no ato normativo. Deste modo, se a norma da Anvisa foi precedida de consulta pública ou outro processo que possa demonstrar ampla participação dos interessados em torno do tema, menor deve ser o grau de intervenção judicial no mérito do ato.

Por fim, o quinto critério proposto por BINENBOJM, está relacionado ao grau de restrição imposto a direitos fundamentais e sugere que quanto maior a restrição a tais direitos maior deve ser o controle judicial e vice-versa.

Assim, finaliza o autor, “a baixa objetividade do relato normativo somada à ampla e contundente motivação técnica da decisão, corroborada em um processo de consulta pública por expressiva maioria”<sup>36</sup> estaria a recomendar uma postura de maior deferência do Judiciário em relação às normas administrativas.

É relevante mencionar que o procedimento proposto por BINENBOJM não exclui o método sugerido no caso Chevron. Aliás, podem até ser complementares, já que tanto um quanto o outro constituem apenas guias para uma atuação menos ativista e mais deferente por parte do Judiciário.

Outro aspecto a merecer registro diz respeito à compatibilidade do princípio da deferência com o sistema judicial brasileiro. Da leitura do quanto exposto acima, vê-se que a fixação de parâmetros para a interpretação da norma reguladora pelo Judiciário não parece violar o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, tampouco, acarretar a negativa de prestação jurisdicional. Com efeito, não se pretende que o Judiciário se abstenha de efetuar o controle judicial, mas tão-somente que, ao examinar o mérito do ato normativo, procure se valer de critérios objetivos, de modo que a discricionariedade da Administração não seja substituída pela subjetividade de cada juiz. Nestes termos, conclui-se que o princípio da deferência é compatível com a estrutura

36 BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do Direito Administrativo. Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 241.

do direito nacional, embora o Poder Judiciário brasileiro, atualmente, tenha uma postura tendencialmente ativista.

Malgrado este princípio ainda seja muito pouco citado ou utilizado pelas cortes pátrias, sua forma de abordar o controle judicial, como visto, traz vantagens em termos de equilíbrio entre os poderes, de eficiência na implementação das políticas públicas, de responsabilização estatal, de isonomia entre os cidadãos afetados pela norma reguladora, de uniformização dos entendimentos judiciais e de redução de conflitos.

Concluindo, com VERÍSSIMO, a regra da deferência, compreendida como o princípio que exige respeito pela interpretação razoável feita pela agência reguladora, pode não ser objetiva “no sentido de eliminar mecanicamente a necessidade do juízo, mas é, sem dúvida, operativa, no sentido de ser capaz de fornecer uma moldura dentro da qual boas razões para o exercício de um controle judicial mais fraco podem ser fornecidas e colocadas em operação”<sup>37</sup>.

### 3 ESTUDO DE CASOS

O estudo de casos que se pretende realizar no presente trabalho tem por objetivo verificar, primeiramente, se os tribunais pátrios têm reconhecido a constitucionalidade do poder normativo da Anvisa e, em caso afirmativo, se têm decidido de forma contida, prestando deferência às escolhas técnicas desse ente.

Como a edição de normas pela Anvisa é relativamente recente, ainda não se têm posicionamentos firmados pelas Cortes Superiores, razão pela qual o estudo se deterá, primordialmente, sobre julgados de segunda instância.

A eleição dos temas levou em consideração dois critérios principais, quais sejam: a) a repercussão causada pela norma administrativa, estimada com base no número de processos ajuizados e; b) a existência de decisões judiciais que analisem o mérito do ato normativo. Com base nesses parâmetros, as normas escolhidas foram as seguintes: Resolução Anvisa nº 46, de 20 de fevereiro de 2002, que regula a produção e a comercialização do álcool etílico, e Resolução Anvisa nº 56 de 09 de novembro de 2009, que proíbe em todo território nacional a importação, recebimento em doação, aluguel, comercialização e o uso dos equipamentos para bronzeamento artificial, com finalidade estética, baseada na emissão da radiação ultravioleta.

37 VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *Juízes deferentes?* Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pidCntd=81179>>. Acesso em: 03 de agosto de 2013. p. 23.

### 3.1 Resolução Anvisa no 46/2002: o caso do álcool etílico

O primeiro caso a ser examinado é o da RDC nº 46, de 20 de fevereiro de 2002, que, dentre outras normatizações, limita e impõe condições para a comercialização do álcool etílico na forma líquida, com o intuito de evitar acidentes e preservar a saúde da população.

Segundo a resolução administrativa, o álcool etílico com graduação acima de 54º GL (cinquenta e quatro graus Gay Lussac) à temperatura de 20º C (vinte graus Celsius) deve ser comercializado unicamente em solução coloidal na forma de gel desnaturado e no volume máximo de 500g (quinhentos gramas), em embalagens resistentes ao impacto. Além disso, a norma estabelece que os produtos formulados à base do álcool etílico hidratado comercializados com graduações abaixo ou igual a 54º GL (cinquenta e quatro graus Gay Lussac) à temperatura de 20º C (vinte graus Celsius) deverão conter desnaturante de forma a impedir seu uso indevido. No que diz respeito ao álcool etílico industrial e o álcool destinado a testes laboratoriais e à investigação científica, hidratado ou anidro, quando comercializado em volume menor ou igual a 200L (duzentos litros), a norma determina a utilização de tampa com lacre de inviolabilidade e a inclusão da seguinte instrução: “PERIGO: PRODUTO EXCLUSIVAMENTE DE USO INSTITUCIONAL - PROIBIDA A VENDA DIRETA AO PÚBLICO”. Por fim, a norma estabelece que o álcool puro ou diluído somente poderá ser comercializado nos locais de dispensação, nos termos da Lei 5.991 de 17 de dezembro de 1973, quando a finalidade de uso não se enquadrar nas condições técnicas de desnaturamento ou forma de gel, nos termos desta Resolução, até o volume máximo de 50ml (cinquenta mililitros).

De todas as regras acima mencionadas, a que causou maior repercussão foi a restrição ao comércio de álcool líquido.

Segundo a Anvisa<sup>38</sup>, a edição de referida norma teve início a partir de dados encaminhados ao Ministério da Saúde, advindos da Sociedade Brasileira de Queimaduras, relatando os graves e constantes acidentes, que então ocorriam no Brasil, com a fácil disponibilização comercial do álcool etílico na forma líquida.

O ato normativo tomou por base pesquisas científicas referentes a medidas químico-industriais capazes de prevenir acidentes, análises de legislações estrangeiras, bem como dados estatísticos de acidentes com álcool. Além disso, o setor produtivo foi consultado, por meio da Consulta Pública nº 77, de 30 de agosto de 2001.

Assim, com o objetivo declarado de reduzir o número de acidentes por queimadura e ingestão, a agência editou a norma em referência, para

<sup>38</sup> Informação prestada na defesa judicial da agência em diversos processos, disponível na intranet da Advocacia-Geral da União.

regulamentar a comercialização do álcool no Brasil, estatuinto que, a partir da graduação acima especificada, o álcool somente poderia ser comercializado na forma de gel, que não espalha, não espirra e é menos volátil<sup>39</sup> do que o álcool na forma líquida. Ademais, sendo de ingestão desagradável, a solução em gel impede seu acréscimo em bebidas, prevenindo eventuais intoxicações.

A norma afrontou os interesses de empresas fabricantes e/ou comercializadoras de álcool, que ajuizaram diversas ações com o intuito de invalidar a resolução, sob fundamentos de violação ao princípio da legalidade, da livre iniciativa, da livre concorrência e da isonomia.

O tema em debate foi bastante enfrentado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, tendo prevalecido o entendimento de que o poder normativo da Anvisa encontra respaldo legal e constitucional. No tocante ao mérito da resolução, a agência também se sagrou vencedora, tendo sido integralmente mantido o texto da norma.

Esse entendimento, contudo, não foi sempre pacífico. No agravo de instrumento 2005.01.00.009951-8/DF<sup>40</sup>, interposto por Industrial Boituva de Alimentos S/A em face de decisão que indeferira o pedido de antecipação da tutela postulado contra a Anvisa, a Sexta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região entendeu que a norma violaria o princípio da legalidade, já que apenas a lei teria o condão de estabelecer proibições de tal natureza. Além disso, estatuiu-se que os artigos 6º, 7º e 8º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, não autorizariam a agência a proibir a produção de bens, mas, tão-somente, a controlá-la e a fiscalizá-la.

No tocante ao mérito da norma, o julgado concluiu que não seria razoável a proibição da produção de álcool líquido, tendo em vista “o longo período de tempo em que essa produção foi admitida, bem como ao fato de que a ocorrência dos acidentes com esse produto devem-se mais à imperícia, imprudência e negligência no manuseio [...]” do que propriamente à forma líquida do álcool. Argumentou-se, ainda, que a forma em gel “pode, até, diminuir a incidência de acidentes, mas não tem o poder de evitar que ocorram”.

O julgado em destaque acabou não prevalecendo, em razão da posterior prolação de sentença nos autos do processo originário nº 2004.34.00.048615-8<sup>41</sup>, que julgou improcedente o pedido formulado

39 A baixa volatilidade diminui o risco de queimaduras pelo “vapor invisível”, que permanece no local mesmo tendo o líquido (falsamente) desaparecido.

40 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Agravo de Instrumento nº 2005.01.00.009951-8/DF. Agravante Industrial Boituva de Alimentos. Agravado Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves. 05 de setembro de 2005. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>.

41 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação no 2004.34.00.048615-8/DF. Apelante Industrial Boituva de Alimentos. Apelado Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam. 19 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>.

por Industrial Boituva de Alimentos S/A, que objetivava declaração judicial de não sujeição aos termos da Resolução Anvisa nº 46/2002, quanto à comercialização e fabricação de álcool etílico líquido, bem como declaração de que a ré se absteresse de praticar qualquer ato punitivo ou restritivo quanto à aplicação da referida resolução.

A sucumbente interpôs recurso de apelação, ao qual se negou provimento, sob o fundamento de que “o Estado pode impor, validamente, limitações à livre iniciativa consagrada na Constituição, sobretudo quando se trata de garantir a saúde pública em detrimento dos interesses financeiros de entidades particulares”. Asseverou-se, ainda, que a finalidade institucional da Anvisa, prevista no art. 6º da Lei nº 9.782/99<sup>42</sup>, consiste em “promover a saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária”. Por fim, pontuou-se que a atuação da Anvisa estaria respaldada pelo artigo 7º, III e XV, da Lei n. 9.782/99<sup>43</sup>, que lhe atribuiu competência para a edição de normas relativas às ações de vigilância sanitária e a proibição de fabricação, distribuição e comercialização de produtos e insumos que causem risco iminente à saúde<sup>44</sup>.

É interessante destacar que, no julgamento dessa apelação, a Corte reformulou inteiramente o posicionamento firmado no agravo de instrumento, renunciando a mudança de entendimento que seria observada no Tribunal Regional Federal da 1ª Região acerca da constitucionalidade dos atos normativos da Anvisa e, em especial, da legalidade da norma reguladora então questionada.

Julgado em referência seguiram-se outros de semelhante teor, podendo-se afirmar que o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, atualmente, confere plena validade à RDC nº 46/2002.

A respeito do tema, é representativo - pela sua fundamentação - o acórdão proferido nos autos da Apelação nº 2002.34.00.028442-6<sup>45</sup>, que

42 Art. 6º A Agência terá por finalidade institucional promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.

43 Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

[...]

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

[...]

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

44 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação no 2004.34.00.048615-8/DF. Apelante Industrial Boituva de Alimentos. Apelado Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Desembargador Federal Jirair Aram Megueriam. 19 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>.

45 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação no 2002.34.00.028442-6. Apelante Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Apelado Associação brasileira de produtores e envasadores de álcool e seus

deu provimento à apelação da Anvisa e à remessa oficial, para reformar a sentença de primeiro grau e reconhecer a possibilidade de a agência, por ato normativo derivado, estabelecer proibições e restrições que repercutam na esfera de direitos das pessoas jurídicas e físicas sujeitas à sua atuação administrativa.

Após reconhecer a constitucionalidade e a legalidade do poder normativo da agência, o colegiado passou a enfrentar o aspecto material da norma administrativa. Sob essa perspectiva, entendeu ser necessário apurar a razoabilidade, ou não, das proibições e restrições nela veiculadas, já que “uma das condições de validade do poder de polícia, segundo doutrina uníssona dos administrativistas, é o atendimento ao critério da proporcionalidade ‘entre a restrição imposta pela Administração e o benefício social que se tem em vista’”<sup>46</sup>.

Nesse norte, o julgado buscou verificar se as condutas determinadas pela norma “configuram medidas ajustadas ao interesse público primário no sentido de se revelarem soluções menos gravosas com vistas a afastar o risco iminente à saúde pública.”

Citando lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>47</sup>, o relator destacou que “o exame da razoabilidade deve ser aferido ‘em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei’” (grifo consta no original). Vale dizer que o senso comum, na acepção utilizada pelo voto do relator, expressa um critério desprovido de expertise ou de conhecimentos técnicos profundos para a análise social do bom senso de uma solução adotada pelo Estado para a realização do interesse público, não se confundindo com o apoio e concordância da sociedade.

Delimitado os parâmetros em que se basearia o controle judicial do ato normativo, passou-se a analisar a razoabilidade da resolução da Anvisa. Para tanto, lançou a seguinte indagação: “a disponibilidade de comercialização de álcool líquido em supermercados, que pode alcançar a altíssima concentração de 93,7 GL, está em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei?”

A conclusão foi pela razoabilidade da norma. Como fundamentação, o relator utilizou-se, praticamente, de todos os fatos e argumentos apresentados pela Anvisa, o que vem a corroborar a importância de se instruir adequadamente o processo administrativo que dá origem à norma reguladora.

---

plementos - ABRASPEA. Relator Juiz Federal Márcio Barbosa Maia. 17 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>.

46 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação no 2002.34.00.028442-6. Apelante Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Apelado Associação brasileira de produtores e envasadores de álcool e seus implementos - ABRASPEA. Relator Juiz Federal Márcio Barbosa Maia. 17 de julho de 2012. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>.

47 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 14. ed. São Paulo: Atlas 2002. p. 210.



Vê-se, então, que, neste caso concreto, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região reconheceu a constitucionalidade e a legalidade do poder normativo da Anvisa e, no mérito, manteve o teor da norma. Embora o acórdão não tenha feito referência expressa ao princípio da deferência e, tampouco, à autocontenção judicial, as duas diretrizes (*two steps*) propostas no consagrado caso Chevron foram, de certa forma, aplicadas. Primeiramente, verificou-se a existência de liberdade para a Anvisa editar a norma em questão e, em seguida, analisou-se a sua razoabilidade.

Observa-se, no entanto, que a aferição da razoabilidade da norma pelo colegiado levou em consideração aspectos relacionados à noção de “senso comum”, o que poderia ocasionar o risco de julgamentos decisionistas, tornando inócua a ideia de autocontenção judicial proposta pelo princípio da deferência. Com efeito, ao afirmar que determinada norma é razoável por estar de acordo com o senso comum, o tribunal se permite uma margem de liberdade bastante ampla para manter ou invalidar o ato, a depender da elasticidade atribuída àquele conceito.

Assim, em que pese a utilização de critério semelhante ao “duplo teste” proposto pela doutrina Chevron, não se pode afirmar que o acórdão em estudo tenha prestado verdadeira deferência à norma da Anvisa. Como visto no capítulo anterior, a deferência é entendida como o princípio que exige respeito à interpretação razoável da agência reguladora. No entanto, esta razoabilidade deve ser aferida com base em critérios objetivos, sob pena de se perpetuarem os subjetivismos que ora se busca combater.

Nessa ordem de ideias, a solução mais adequada para a aferição da razoabilidade da norma para fins de aplicação do princípio da deferência - repisa-se - parece ser a verificação de aspectos objetivos do processo administrativo que deu origem ao ato, tais como: a existência de estudos técnicos e dados estatísticos que amparem a medida proposta pela agência; a demonstração da utilidade da medida sanitária para o alcance dos fins colimados; e a efetiva consideração - ou a refutação fundamentada - dos aspectos debatidos na consulta pública. Assim, se o processo administrativo instaurado pela Anvisa estiver fundamentado, a norma deverá ser considerada razoável, aplicando-se, destarte, o princípio da deferência judicial.

No caso ora em exame, pode-se afirmar que o Tribunal anuiu com o conteúdo da norma sanitária, pois declarou sua validade com fundamento em aspectos subjetivos. Anuência, contudo, não se confunde com deferência. Enquanto o primeiro conceito se caracteriza pela concordância do magistrado com o conteúdo da norma, o segundo denota o respeito do julgador à norma, independentemente de sua



concordância. A grande vantagem da deferência consiste na uniformidade dos resultados dos processos judiciais e, conseqüentemente, na maior eficiência da política sanitária.

Por fim, vale dizer que a validade da Resolução Anvisa nº 46/2002 também foi analisada pelos Tribunais Regionais Federais da 4<sup>ª</sup> e da 5<sup>ª</sup> Regiões, os quais mantiveram integralmente o texto da norma, com fundamento em juízo de ponderação, no qual o direito à saúde prevaleceu em face do direito à livre concorrência. Deixa-se de analisar detalhadamente os acórdãos em questão, uma vez que não se vislumbrou a aplicação das noções de deferência.

Não foram encontrados julgados proferidos pelos Tribunais Regionais Federais da 2<sup>ª</sup> e nem da 3<sup>ª</sup> Região.

### 3.2 Resolução Anvisa no 56/2009: o caso do bronzamento artificial

O segundo estudo de caso refere-se à Resolução Anvisa nº 56, de 09 de novembro de 2009, que proíbe, em todo território nacional, “a importação, recebimento em doação, aluguel, comercialização e o uso dos equipamentos para bronzamento artificial, com finalidade estética, baseada na emissão da radiação ultravioleta”.

De acordo com informações prestadas pela Agência nos autos dos processos judiciais em que se discutiu a validade da resolução em foco, a preocupação da entidade com as câmaras de bronzamento artificial surgiu no final da década de 90, quando o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul passou a apurar diversas irregularidades relacionadas ao uso do equipamento.

A partir de então, percebeu-se a necessidade de se regulamentar a prática desse tipo de atividade, o que resultou na publicação da RDC Anvisa nº 308 de 14 de novembro de 2002. Essa norma tinha por escopo estabelecer os requisitos mínimos de fabricação e comercialização das câmaras de bronzamento, passando a exigir que esses equipamentos fossem registrados na Anvisa previamente à sua oferta no mercado.

Nesse primeiro momento, a classificação de risco à exposição aos raios ultravioleta (UV) era Grupo 2A – “provavelmente carcinogênico para humanos”, conforme a *International Agency for Research on Cancer – IARC*, instituto associado à Organização Mundial da Saúde - OMS. Essa situação permitiu à Anvisa regulamentar a produção/comercialização e

48 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação no 2008.70.03.003692-7. Apelante Cocamar Cooperativa Agroindustrial. Apelado Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Juiz Federal Jorge Antonio Maurique. 05 de maio de 2011. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>.

49 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação nº 2007.83.00.004968-8. Apelante Flores Mágicas Industrial Ltda. Apelado Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá. 06 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>.

uso de câmaras de bronzamento, ainda que não considerada um produto para uso em saúde<sup>50</sup>.

No entanto, novos estudos demonstraram uma relação direta da exposição aos raios ultravioleta (UV) e a ocorrência de câncer de pele, fazendo com que a *International Agency for Research on Cancer – IARC*, reclassificasse, em Junho de 2009, os raios UV, incluindo o uso dos equipamentos com emissão ultravioleta para bronzamento artificial, elevando-os para o Grupo 1 – “carcinogênico para humanos”.

Essa mudança de posição do IARC exigiu da Anvisa uma pronta alteração no sistema regulatório, o que resultou na proibição do uso de câmaras de bronzamento para efeitos estéticos, por meio da edição da Resolução Anvisa nº 56, de 09 de novembro de 2009. A medida extrema – precedida de consulta pública realizada em setembro de 2009<sup>51</sup> – decorreu da constatação de não existirem benefícios capazes de amparar a assunção dos riscos decorrentes do uso dos equipamentos para bronzamento artificial estético e, também, em razão das dificuldades de se determinar um nível de seguro de sua utilização.

A norma contrariou interesses de empresas do ramo de estética, que ajuizaram diversas ações judiciais com o intuito de invalidar a resolução, sob fundamentos de violação ao princípio da legalidade, da livre iniciativa, da livre concorrência e da isonomia.

Assim como o caso do álcool etílico, o tema em exame é tormentoso. Em pesquisa jurisprudencial constatou-se que os colegiados dos Tribunais Regionais Federais da 1ª, 2ª, 4ª e 5ª Regiões vêm conferindo validade à Resolução Anvisa nº 56, de 09 de novembro de 2009, ao passo que a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região considerou-a desprovida de razoabilidade, invalidando-a.

Os tribunais superiores ainda não se manifestaram sobre a norma, motivo pelo qual, este estudo de caso também ficará restrito a julgados proferidos pelas Cortes Regionais.

De início, anota-se que todos os Tribunais Regionais Federais admitiram a constitucionalidade e a legalidade do poder normativo da Anvisa, com fundamento nos dispositivos constitucionais e legais já citados nos tópicos anteriores.

50 ANVISA. Nota Técnica no 009/2012–GGTPS/ANVISA. Atualiza as informações referentes à proibição do uso de câmaras de bronzamento no Brasil à sociedade brasileira, bem como o impacto da decisão do Brasil no mundo e a importância do controle do risco decorrente do uso deste produto. Disponível em <[http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/2e65b1004c14de8991dcd1dc39d59d3e/\(NOTA+T%C3%89CNICA++009-2012-C%C3%A2maras+de+bronzamento+GGTPS\).pdf?MOD=AJPERES](http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/2e65b1004c14de8991dcd1dc39d59d3e/(NOTA+T%C3%89CNICA++009-2012-C%C3%A2maras+de+bronzamento+GGTPS).pdf?MOD=AJPERES)>. Acessado em 12 de janeiro de 2014.

51 ANVISA. Audiência Pública Referente à Consulta Pública 059/2009: Proibição do Uso de Câmaras de Bronzamento Artificial para fins Estéticos. 22 de set. 2009.

Por outro lado, no tocante ao aspecto material da norma, verificam-se algumas divergências de entendimentos, sendo prevalecente a tese da validade da norma administrativa.

O posicionamento minoritário é defendido pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região<sup>52</sup>, que invalidou a resolução da Anvisa, por considerá-la irrazoável. Segundo a fundamentação do colegiado, os estudos científicos realizados pelo *International Agency for Research on Cancer* - IARC “não se revelaram suficientes e nem definitivos para justificar a adoção da medida proibitiva em questão”. Ademais, prossegue a relatora, o fato de tais equipamentos aumentarem o risco de o usuário contrair câncer de pele não tem “o condão de justificar a adoção de medida de caráter proibitivo”. Isso porque, em sua visão, a vedação irrestrita dos equipamentos de bronzeamento artificial não seria proporcional se comparada com as providências tomadas pelo Poder Público em relação à comercialização do tabaco - que tem potencial cancerígeno muito maior.

Em outra linha de fundamentação, a Quarta Turma do mesmo Tribunal Regional Federal da 3ª Região<sup>53</sup>, concluiu pela validade material da norma da Anvisa. Segundo o colegiado, a agência possui competência legal e constitucional para disciplinar a matéria em comento. No mérito, asseverou que a norma foi embasada em estudos da Organização Mundial de Saúde e foi precedida de consulta pública. O presente caso pode ser considerado como um exemplo de aplicação do princípio da deferência, já que o Tribunal manteve a higidez da norma reguladora com base na constatação da regularidade/razoabilidade do procedimento realizado pela Anvisa, sem emitir juízo de valor a respeito do conteúdo da norma.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, também tem decidido pela validade da Resolução Anvisa nº 56/09. O julgamento proferido pela Terceira Turma dessa Corte, nos autos da Apelação nº 5002825-70.2012.404.7109/RS<sup>54</sup>, enquadra-se com precisão no modelo de deferência proposto no capítulo anterior. Após concluir pela competência da Anvisa para normatizar o uso dos equipamentos de bronzeamento artificial, o colegiado passou a analisar o aspecto material

52 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação e Reexame Necessário no 00064753420104036100. Apelante Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Apelado Sun Days Estética Corporal S/C LTDA e Outros. Relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes. 26 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>

53 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Agravo de Instrumento no 0001464-88.2010.4.03.0000Agravante Adriana Lopes Alves Negretti - ME. Agravada Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Desembargador Federal Paulo Sarno. 11 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>

54 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação no 5002825-70.2012.404.7109/RS Apelante Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Apelado Paulo Sergio Borges dos Santos. Relator Desembargador Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz. 14 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>

da norma. Neste diapasão, o relator consignou que a resolução em estudo tem supedâneo fático em pesquisa realizada pela *International Agency for Research on Cancer* (IARC). Acrescentou que a conclusão da Anvisa se coaduna com as pesquisas de âmbito nacional realizadas pela Sociedade Brasileira de Dermatologia. Por fim, asseverou que a norma realiza a “finalidade pública” para a qual a Anvisa foi criada - proteção à saúde - e limita-se à área técnica de sua especificidade.

A Quarta Turma do mesmo tribunal também deu total cumprimento ao princípio da deferência, ao reconhecer a validade da norma reguladora pelo simples fato de a Anvisa possuir atribuição, legalmente conferida, de proteger a saúde da população, mediante normatização, controle e fiscalização de produtos, substâncias e serviços de interesse para a saúde<sup>55</sup>. Vale notar que o colegiado sequer perquiriu sobre a razoabilidade do ato, limitando-se a declarar sua validade em razão da competência da Anvisa para disciplinar a matéria. Vê-se, aqui, raro caso de deferência total à interpretação administrativa. Essa solução, todavia, não parece ser a melhor sob o ponto de vista do Estado Democrático de Direito, pois confere poderes demasiado amplos à agência reguladora.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região também teve a oportunidade de apreciar a validade da norma em referência, decidindo pela sua higidez, com fundamento na vasta documentação carreada aos autos pela Anvisa, a qual evidencia “apontamentos científicos quanto à configuração de riscos concretos ao desenvolvimento de câncer pelos usuários dessa espécie de equipamento”<sup>56</sup>. Muito embora este julgado também não tenha feito referência expressa ao princípio da deferência, observa-se que tal noção foi inteiramente aplicada. Com efeito, sem emitir qualquer juízo de valor sobre o ato normativo, o tribunal manteve a validade da norma pelo fato de a Anvisa ser competente para normatizar o assunto e em razão de seu conteúdo estar amparado em estudos científicos.

De forma semelhante, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, ao analisar o agravo de instrumento n. 2010.02.01.002362-9<sup>57</sup>, interposto pela Anvisa contra decisão que suspendera os efeitos da Resolução Anvisa nº 56/09, deu provimento ao recurso sob o fundamento de que a Anvisa,

55 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação no 5000158-21.2011.404.7118/RS Apelante Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Apelado Elisabete Zanetti. Relator Desembargador Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha. 17 de outubro de 2013. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>.

56 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação no 527326/CE (2009.81.00.017088-3). Apelante Shop Visual Serviços de Beleza e Comércio Ltda ME. Apelado Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Desembargador Federal Rubens de Mendonça Canuto. 18 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>

57 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento no 2010.02.01.002362-9/ES. Agravante Agência Nacional de Vigilância Sanitária Agravado Du Walker Dermo-estética LTDA-ME. Relator Desembargador Federal Castro Aguiar. 05 de maio de 2010. Disponível em: <<http://www.trf2.jus.br>>

no exercício de sua competência legal, editou referida norma de forma motivada, “em razão de recente reavaliação realizada por órgão ligado à Organização Mundial da Saúde e especializado na pesquisa sobre o câncer (*International Agency for Research on Cancer - IARC*)”.

Noutro passo, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao apreciar a Apelação em Mandado de Segurança nº 2009.34.00.038030-3<sup>58</sup>, manteve a validade da norma da Anvisa, sob o fundamento de que as atividades que oferecem risco à saúde devem se submeter ao atuar da Anvisa. No entanto, o voto condutor do acórdão consignou que deixou de analisar as alegações da apelante de que o percentual de câncer de pele registrado no país seria baixo e de que não haveria caso comprovado da doença provocado pelo bronzamento artificial pelo fato de a estreita via do mandado de segurança não comportar dilação probatória. Noutros termos, restou subentendido que, em uma ação sob o rito ordinário, o Judiciário poderia questionar o conteúdo da norma sanitária.

Examinando-se os casos acima comentados, observou-se que, diferentemente dos julgados de primeira instância - que, em sua maioria, invalidaram a Resolução Anvisa nº 56/09<sup>59</sup> - existe uma tendência dos Tribunais Regionais Federais - com exceção da 3ª Turma da 3ª Região - em manter a validade de referida norma sanitária.

Verificou-se, outrossim, que apesar de nenhum dos acórdãos examinados ter utilizado a nomenclatura “princípio da deferência” ou “autocontenção judicial”, a maioria deles se valeu das noções subjacentes a tais conceitos.

Embora o Poder Judiciário brasileiro seja bastante ativista, verificou-se que, em matéria de vigilância sanitária, os Tribunais Regionais Federais têm tido uma postura autocontida, evitando interferir no mérito da atuação da Anvisa.

A explicação para tanto poder estar relacionada à preponderância do direito à saúde em face de outros direitos fundamentais. Por outro lado, como visto acima, os processos administrativos que dão origem às normas sanitárias costumam ser amparados em estudos científicos e, ainda, possibilitam a participação dos interessados, por meio de consultas públicas, o que favorece a deferência do judiciário em relação ao seu conteúdo. Por fim, conforme bem pontuado por VERÍSSIMO, o grau de ativismo ou autocontenção do órgão jurisdicional também está ligado a uma série de outros fatores, alguns até mesmo extrajurídicos, como (i) o grau de seriedade, imparcialidade e comprometimento da

58 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação em Mandado de Segurança no 2009.34.00.038030-3/DF. Apelante Nilva dos Anjos Rossi. Apelado Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Relator Desembargador Federal Souza Prudente. 14 de março de 2012. Disponível em: <<http://www.trf1.jus.br>>

59 Esta afirmação é deduzida da análise dos julgamentos citados no decorrer do capítulo, já que mais da metade dos casos analisados chegaram à segunda instância em razão de recurso da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

agência reguladora, (ii) sua abertura democrática, (iii) a legalidade e a transparência de seus procedimentos, (iv) o histórico de sua atuação, (v) a coerência da norma administrativa em apreço com a ação pretérita do órgão etc<sup>60</sup>.

Diante dessas considerações e em resposta ao problema formulado no início do trabalho, conclui-se que, nas ações relacionadas a normas de vigilância sanitária, o Poder Judiciário brasileiro, paulatinamente, começa a se utilizar das noções de deferência, muito embora sem utilizar esta denominação. Constata-se, ademais, que tal princípio será tendencialmente mais utilizado quanto mais legítima for a norma da agência. Esse nível de legitimidade é diretamente proporcional à qualidade do processo administrativo que deu origem à norma reguladora e também pode estar relacionado aos fatores extrajurídicos acima mencionados.

#### 4 CONCLUSÕES

O objetivo do presente estudo consistia em analisar o controle judicial dos atos normativos da Anvisa, à luz do princípio da deferência, por meio da metodologia de estudo de casos. Noutras palavras, buscou-se investigar se, e, em quais circunstâncias, o Poder Judiciário brasileiro vem prestando deferência às escolhas técnicas da agência.

Tendo em vista que o princípio da deferência está diretamente relacionado ao conteúdo da norma reguladora, a pesquisa ora desenvolvida partiu do pressuposto de que o poder normativo atribuído à Anvisa é constitucional, muito embora não se desconheça a existência de divergência doutrinária acerca do tema.

O segundo tópico consistiu em analisar os aspectos teóricos do controle judicial dos atos normativos da Anvisa para, ao final, verificar a aplicabilidade, no sistema jurídico brasileiro, do princípio da deferência.

Consignou-se, inicialmente, que o exercício do controle externo da Administração pelo Poder Judiciário deve encontrar limites, de modo a não interferir indevidamente na implementação de políticas públicas.

Em que pese a aparente obviedade dessa afirmação, viu-se que a interferência do Poder Judiciário nas decisões de outros poderes é uma realidade, que, por vezes, pode acarretar consequências indesejadas. Tal circunstância tem dado origem, especialmente, no Direito estadunidense, a propostas de autolimitação ou autocontenção judicial, baseadas na noção de deferência. Buscou-se, então, verificar a aplicabilidade de tais

60 VERISSIMO, Marcos Paulo. *Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Org.). *Poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 310.

propostas ao Direito brasileiro, em especial, aos atos normativos da Anvisa.

Conforme restou exposto, os atos normativos da Anvisa são espécies de atos discricionários. Diante dessa constatação, poder-se-ia defender sua não sujeição ao controle judicial, com fundamento na tradicional teoria do mérito administrativo. Tal entendimento, contudo, não encontra mais respaldo no Direito contemporâneo, já que mesmo os atos discricionários estão sujeitos ao controle pelo Poder Judiciário, caso se constate que a escolha da Administração contrariou princípios constitucionais.

Embora não se discorde de tal conclusão, demonstrou-se no decorrer do trabalho que o alto grau de abstração desses princípios acaba por tornar vago os limites do controle judicial, causando o risco de a discricionariedade da Administração ser substituída pela do julgador, com todas as consequências negativas daí decorrentes.

Considerando-se que as normas sanitárias são produzidas por órgãos altamente técnicos e independentes, são fundamentadas em estudos científicos e previamente debatidas em consultas públicas, não parece legítimo que as conclusões da agência ente sejam invalidadas por juízos subjetivos dos julgadores. Tal preocupação revela-se ainda mais evidente em matéria de saúde pública e vigilância sanitária, já que os objetivos institucionais da Anvisa são atingidos por meio de ações conjuntas e uniformes.

Nessa linha, também se destacou que o juízo de ponderação de direitos fundamentais, - prática decisória corriqueira e de grande aceitação nas cortes pátrias - também acarreta o risco de posições subjetivas e decisionistas.

Feitas essas considerações, passou-se a estudar o princípio ou doutrina da deferência, segundo o(a) qual o Poder Judiciário deve agir com cautela no que diz respeito à invalidação de ações políticas de outros poderes. Sugeriu-se, então, a adoção do procedimento denominado duplo teste (*two steps*) - consagrado no caso *Chevron* -, segundo o qual o Poder Judiciário, ao analisar a validade de uma norma administrativa, deve verificar, primeiro, se o legislador atribuiu margem de liberdade para a agência normatizar ou interpretar determinado assunto. Em caso afirmativo, o julgador deve analisar se a interpretação consagrada na ação administrativa teria sido razoável.

Tal método, como visto, permite a melhor prestação de contas e a responsabilização da agência em razão do exercício de suas atribuições (*political accountability*). Além disso, a deferência judicial à interpretação da Anvisa evita a produção de efeitos sistêmicos indesejáveis, já que o julgador, acostumado a realizar a micro-justiça, nem sempre conhece



possíveis consequências econômicas e sociais de sua decisão. Reduz, outrossim, o número de interpretações divergentes acerca da norma e permite a aplicação mais uniforme das normas reguladoras, melhorando a eficácia da política sanitária.

Ocorre, porém, que, o exame da razoabilidade da norma reguladora - nos moldes propostos pela doutrina Chevron - causaria os mesmos problemas relacionados à abstração e subjetivismo ressaltados anteriormente. Desta feita, sugeriu-se que tal análise levasse em consideração aspectos objetivos do processo administrativo que deu origem à norma reguladora da Anvisa. Alguns pontos que poderiam ser observados pelo magistrado são: a existência de estudos científicos e dados estatísticos que amparem a medida proposta pela Anvisa; a efetiva consideração dos aspectos debatidos nas audiências públicas - ou a sua refutação fundamentada -; a demonstração da utilidade dos resultados almejados pela norma; a indicação de que as medidas implementadas encontram eco nas políticas sanitárias de outros países etc.

Nessa perspectiva, concluiu-se que a fixação de parâmetros para a interpretação da norma reguladora pelo Poder Judiciário não viola o princípio da inafastabilidade da jurisdição e, tampouco, acarreta a negativa de prestação jurisdicional. O princípio da deferência é, assim, plenamente compatível com o sistema jurídico pátrio.

No terceiro tópico, realizou-se um estudo de dois casos concretos, por meio do qual se concluiu que, em matéria de vigilância sanitária, os Tribunais Regionais Federais têm tido uma postura autocontida, evitando interferir no mérito da atuação da Anvisa. Muito embora não se fale, expressamente, em princípio da deferência, constatou-se que o procedimento do duplo teste consagrado no caso Chevron já foi, de certa forma, utilizado em alguns julgados brasileiros.

Concluiu-se, então, que a deferência do Poder Judiciário às normas da Anvisa pode estar relacionada à preponderância do direito à saúde em face de outros direitos fundamentais. Mas não é só. O fato de os processos administrativos que dão origem às normas sanitárias serem transparentes, devidamente fundamentados em estudos científicos e, ainda, possibilitarem a participação dos interessados, por meio de consultas públicas, favorece sobremaneira a deferência do judiciário em relação ao seu conteúdo.



**REFERÊNCIAS**

- ALMEIDA, Guilherme Henrique De La Roque. *O controle judicial da regulação - o caso do setor elétrico*. 2009. 217 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília - UnB, Brasília, 2009.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O poder normativo das agências reguladoras independentes e o Estado democrático de Direito*. In *Revista de Informação Legislativa*, v. 37, n. 148, p. 275-299, out./dez. de 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *Agências Reguladoras: Constituição, Transformações do Estado e Legitimidade Democrática*. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. *Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, nº 13, p. 71-91, jan/mar 2009*.
- \_\_\_\_\_. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. In *Revista Eletrônica do Conselho Federal da OAB, janeiro a março de 2011 - número 11*. Disponível em: <[http://www.oab.org.br/editora/revista/revista\\_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf](http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11/artigos/constituicaodemocraciaesupremaciajudicial.pdf)>. Acesso em 20 de junho de 2013.
- BINENBOJM, Gustavo (coord.). *Agências Reguladoras e democracia*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Uma Teoria do Direito Administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BREYER, Stephen G. *et al. Administrative Law and regulatory policy: problems, text and cases*. 5<sup>th</sup> ed. New York: Aspen Publishers, 2002.
- FAGUNDES, Seabra. *O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*. 8. ed. Atualizada por Gustavo Binenbojn Rio de Janeiro: Forense, 2010 .
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Agências Reguladoras: A “metamorfose” do Estado e da Democracia (Uma reflexão de Direito Constitucional e Comparado)*. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Agências Reguladoras e Democracia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. revista e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2011.
- LIMA, Gustavo Augusto F. de. *Agências reguladoras e o poder normativo*. São Paulo: Baraúna, 2013.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

Mendes, Conrado Hübner. Reforma do Estado e agências reguladoras. In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

PEREIRA DA SILVA, Vasco Manuel Pascoal Dias. *Em busca do ato administrativo perdido*. Coimbra: Almedina, 1996.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Introdução às Agências Reguladoras*. p. 17-38 In: SUNDFELD, Carlos Ari (org.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

TOURINHO, Rita. *A principiologia jurídica e o controle jurisdicional da discricionariedade administrativa*. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *Discricionariedade administrativa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 91-160, 2005.

VERISSIMO, Marcos Paulo. Juízes deferentes?. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*, Belo Horizonte, ano 6, n. 22, abr./jun. 2012. Disponível em <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=81179>>. Acesso em: 03 de agosto de 2013.

\_\_\_\_\_ “Controle judicial da atividade normativa das agências de regulação brasileiras”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). *O poder normativo das agências reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 441, jul./dez. 2008.

---

## A TROCA DE INFORMAÇÕES NA SAÚDE SUPLEMENTAR E O DIREITO FUNDAMENTAL À INTIMIDADE

---

*Felipe Germano Cacicedo Cidad*  
*Procurador Federal*  
*Especialista em Direito Público pela UnB*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 A Troca de Informações em Saúde Suplementar: conceito e finalidade; 2.1 Os procedimentos de troca de informações antes do padrão TISS; 2.2 O universo de informações: agentes e dados; 2.3 A natureza do TISS; 2.4 A finalidade do TISS; 3 O “novo” direito à intimidade; 3.1 O desenvolvimento do conceito; 3.2 A configuração jurídica da privacidade; 3.3 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais; 4 A colisão de direitos fundamentais; 4.1 Noções gerais; 4.2 A função protetiva do estado; 4.3 O Código de Ética Médica e o sigilo profissional; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** A finalidade deste trabalho é apresentar os principais conflitos relacionados à implementação do padrão de Troca de Informações em Saúde Suplementar (TISS), da Agência Nacional de Saúde Suplementar, no que tange à livre iniciativa das operadoras de planos de saúde em obter dados sobre a doença que acomete o segurado e o direito à intimidade deste, consagrado na fórmula do sigilo médico-paciente. Na outra ponta, analisam-se os limites do Poder Público em seu dever de controlar epidemias e promover melhora na saúde da população com o acesso monopolizado a estes dados. Também pontuam-se algumas consequências que a circulação mal protegida de dados de usuários de planos de saúde pode acarretar à ordem econômica, como a rotulação de grupos indesejáveis de consumidores.

**PALAVRAS-CHAVE:** Regulação Econômica. Saúde Suplementar. Padrão TISS. Sigilo Médico-Paciente.

**ABSTRACT:** The aim of this paper is to present the main conflict related to the implementation of Private Health Insurance and Plans Information Exchange Standard (TISS) from the National Regulatory Agency for Private Health Insurance and Plans with respect to the free enterprise of the private health insurers to obtain data on any disease that affects the insured and the right to privacy of those, perceived as the legal concept of doctor-patient confidentiality. At the other end, the limits of the law enforcement are analyzed in terms of the government's duty to monitor epidemics and improve health standards of the population, with monopolized access to that kind of information. Furthermore, we describe some consequences that poorly protected data exchange can cause on economic order, like the labeling of unwanted beneficiaries.

**KEYWORDS:** Economic Regulation. Private Health Insurance. Private Health Insurance and Plans Information Exchange Standard. Doctor Patient-Confidentiality

## INTRODUÇÃO

O mandado de eficiência e a necessidade de mapeamento do setor regulado levaram a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) a disponibilizar um padrão para troca de informações entre os prestadores privados de serviços em saúde e as operadoras de planos de saúde no país<sup>1</sup>.

Nasceu o padrão da Troca de Informações na Saúde Suplementar (TISS), que procurou criar modelos para as principais transações sobre eventos em saúde, desde a nomenclatura científica das enfermidades até a forma de guias de preenchimento e a segurança dos dados nelas contidos.

Nesse último item, a ANS deparou-se com a tarefa hercúlea de incentivar a intercomunicação ágil e fácil entre prestadores e operadoras e, ao mesmo tempo, impedir que informações que exigem alto grau de confidencialidade tivessem contato com terceiros não autorizados a obtê-las.

Ao mesmo tempo, vê-se que o manejo de dados sensíveis e a proteção do direito fundamental à intimidade passam por agentes privados e órgãos públicos que fogem à regulação direta da ANS, mas que sem a cooperação deles a própria idéia do TISS seria inócua.

A crescente automatização das informações em saúde, assim como o faturamento eletrônico e demais dados contábeis relativos às operações realizadas dentro do padrão TISS reclamam vigilância constante dos órgãos estatais competentes e da sociedade civil sobre essas atividades. A tensão entre a vida privada e as informações relativas à saúde parecem aumentar exponencialmente, já que os mecanismos de obtenção e tratamento de dados só se aprimoram.

O aumento do valor econômico agregado à informação pessoal de saúde também contribui para sua necessidade de padronização e resguardo<sup>2</sup>. O comércio eletrônico ilícito *intra* operadoras e o escambo com terceiros interessados naquele conhecimento pode apresentar-se como futuro sombrio que corre à revelia do Poder Público e passa a corroer a força normativa da Constituição.

O mercado interessa-se em conhecer e cativar seus potenciais consumidores através de processos como o *data mining*, que, com serviços de captação de dados, gera categorias de pessoas e ajuda na disseminação de propaganda, venda de produtos, pesquisa de reações medicamentosas adversas na população, além de auxiliar no combate a fraudes do sistema

1 BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Manual TISS*. p. 1. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual\\_TISS\\_2\\_1\\_03.pdf](http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual_TISS_2_1_03.pdf)>. Acesso em: 06.out.2013.

2 Cf. GROVES, Peter et al. *The big-data revolution in US health care: Accelerating value and innovation* Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.mckinsey.com/insights/health\\_systems\\_and\\_services/the\\_big-data\\_revolution\\_in\\_us\\_health\\_care](http://www.mckinsey.com/insights/health_systems_and_services/the_big-data_revolution_in_us_health_care)>. Acesso em: 24.out.2013.

de seguro saúde<sup>3</sup>. Outro lado desse processo é a categorização de indivíduos em listas negras (*blacklists*) que, no caso do presente estudo, podem ser rotulados como doentes e prejudiciais a planos de saúde e empresas pelos custos diretos que podem gerar<sup>4</sup>.

O padrão TISS veio normatizar o tratamento de dados já feito de forma incipiente pelo mercado, de forma a impedir as intrusões ilícitas nos direitos da personalidade assim como promover as transações lícitas para o desenvolvimento da saúde pública e a melhoria da qualidade de serviço prestada ao consumidor do plano.

O escopo deste estudo é apresentar os principais conflitos que a implantação do padrão TISS pode gerar no que se refere à livre iniciativa das operadoras de planos de saúde e o direito à intimidade dos segurados ao lado do sigilo médico-paciente. Na outra ponta, pretende-se analisar os limites do Poder Público em seu dever de controlar epidemias e promover melhora na saúde da população com o acesso monopolizado a estes dados. Por último, faz-se necessário pontuar algumas consequências que a circulação mal protegida de dados de usuários de planos de saúde pode acarretar à ordem econômica, como a rotulação de grupos indesejáveis de consumidores.

Para tanto, inicia-se com breves definições de conceitos chave relacionados ao padrão TISS e aos modelos que o precederam. Em seguida, situa-se o tratamento jurídico concedido aos dados no mercado de saúde suplementar, seguidos da natureza e finalidade do TISS. Após, inicia-se o debate sobre um direito à intimidade em um mundo digital, com seus aspectos jurídicos basais e breves apontamentos sobre a questão da eficácia horizontal desse direito fundamental. Ao final, há propostas e soluções de possíveis conflitos relacionados a esses temas, principalmente no que tange ao sigilo médico-paciente e o tráfego monitorado de informações.

## 2 A TROCA DE INFORMAÇÕES EM SAÚDE SUPLEMENTAR: CONCEITO E FINALIDADE

### 2.1 Os procedimentos de troca de informações antes do padrão TISS

A padronização dos dados em saúde suplementar já era estudada por segmentos do mercado para evitar alguns transtornos como a demora no atendimento do beneficiário, complicações para autorização de procedimentos, fraudes ou dificuldades na obtenção de dados

3 DOYLE, Kathryn. *5 Ways Big Data Helps Save Lives*. Obtido pela internet. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/xerox/2013/09/03/5-ways-data-mining-can-improve-healthcare/>>. Acesso em 24.out.2013.

4 DORSCHNER, John. Obtido pela internet. How insurers secretly blacklist millions with common ailments. Disponível em: <<http://www.mcclatchydc.com/2009/03/29/65010/how-insurers-secretly-blacklist.html>>. Acesso em: 24.out.2013.

estatísticos. Nesse momento, cada operadora desenhava suas guias, escolhia as denominações de eventos indenizáveis e a melhor forma de fazer o prestador comunicá-los. A grande quantidade de papel envolvida nesse processo e a desconexão e perda da informação transmitida traziam incrível prejuízo ao setor<sup>5</sup>.

Nesse esteio, a ANS promoveu uma série de estudos e, tomando por base guias e procedimentos de transação já adotados por alguns agentes públicos e privados – além de outros modelos internacionais<sup>6</sup> – editou a Resolução Normativa 114, de 26 de outubro de 2005, que tratou de regular o mercado com objetivo de dar maior presteza e acuidade nas informações em saúde tratadas pelos prestadores e operadoras.

A partir dela, a ANS padronizou dois conjuntos de signos informativos em saúde suplementar: o conteúdo e a estrutura dos modelos de apresentação dos eventos em saúde (guias, demonstrativos de pagamento e seus resumos) e a representação de conceitos em saúde (terminologia, códigos e descrições definidos pelo programa). Ademais, a citada resolução procurou pontuar métodos de comunicação entre os sistemas de informação das operadoras e dos prestadores e as respectivas transações eletrônicas<sup>7</sup>.

Essa normatização dos modelos, porém, exibia duas faces para o consumidor. De fato veio facilitar transações em seu benefício e tornar rápidas, por exemplo, autorizações de procedimentos cirúrgicos. Por outro lado, incentivou que seus dados particulares pudessem ser trocados entre as próprias operadoras, já que facilmente legíveis através da linguagem comum. Então, aditando a estrutura anterior, as Resoluções Normativas 153, de 28 de maio de 2007, e 305, de 09 de outubro de 2012, vieram determinar a padronização também da segurança conferida ao sigilo das informações em saúde, através de requisitos mínimos de proteções administrativas, técnicas e físicas<sup>8</sup>. Com isso, configurou-se o modelo hoje adotado pelo setor para intercâmbio e sigilo de dados em saúde suplementar.

## 2.2 O universo de informações: agentes e dados

Alguns autores costumam discernir dado de informação. Victor Drummond, por exemplo, assevera que o primeiro seria uma informação isolada, destacada<sup>9</sup>, sem valor individualizado. A dita “informação”, por

5 BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Manual TISS*, p. 5. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual\\_TISS\\_2\\_1\\_03.pdf](http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual_TISS_2_1_03.pdf)> Acesso em: 06.out.2013.

6 HIPAA ACT-1996, HLV-3, OpenEHR, ISO-TC215, entre outras.

7 Art 2o., RN114/05

8 Art.2o, §4o da RN 153/2007 e art. 2º. da RN 305/2012.

9 Internet, Privacidade e Dados Pessoais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 30.

sua vez, seria uma espécie de dado minimamente interpretado, alocado em um certo contexto. No terreno da gramática, o dado seria o significante e a informação seu significado. Danilo Doneda, no entanto, explica que a doutrina não raro trata os termos sem distinção, pois, na prática, é ínsita à natureza de ambos “a característica de ser comunicada ou, ao menos, de ser comunicável<sup>10</sup>”. Neste estudo, que tem por objeto a troca de informações ou de dados, tal diferença semântica é irrelevante, pois sempre que os dados são transmitidos e cruzados, geram informação.

Outra divisão sobre a qual se deve debruçar é a das informações pessoais em relação às informações pessoais em saúde. As informações pessoais num sentido lato são “quaisquer informações relacionadas a um indivíduo identificado ou identificável”, como definiu o art. 2º, “a”, da *Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data* (Estrasburgo, 1981)<sup>11</sup>. Essas, a seu turno, podem ser qualificadas e separadas de acordo com o setor onde circulem ou sejam armazenadas. Por isso, fala-se em sigilo bancário ou médico de informações guardadas por esse ou aquele agente. Em geral, as informações em saúde fazem parte de um campo qualificado que pode ser genericamente denominado de *dados sensíveis*. Pode-se definir dado sensível como aquele que, caso seja conhecido ou processado, podem ser gerar potencial utilização discriminatória ou lesiva para a pessoa detentora daquelas informações, e não para a coletividade<sup>12</sup>. Na área de saúde, pública ou privada, todas as informações que podem ligar um procedimento de atenção à saúde a um indivíduo são dados sensíveis, informações pessoais que exigem cuidado especial dos seus detentores, assim como regulamentação específica pelo Estado<sup>13</sup>.

10 Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 154 e segs. O Dicionário Aurélio em si não registra distinção pontual (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 1109)

11 UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. Obtido via internet. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>. Acesso em: 24.out.2013.

12 DONEDA, Danilo. op. cit., p. 160. Para Victor Drummond, os dados sensíveis são os relacionados à situação patrimonial e financeira, seja do próprio e de seu agregado familiar, estado de saúde, convicções políticas ou filosóficas, filiação partidária, fé religiosa, vida privada e origem racial ou étnica, bem como o tratamento de dados relativos à saúde, à vida sexual e genéticos (op. cit., p. 33). O tratamento de dados pode ser entendido como “qualquer operação ou conjunto de operações efetuadas sobre dados pessoais, com ou sem meios automatizados, tais como recolhimento, registro, organização, conservação, adaptação ou alteração, recuperação, consulta, utilização, comunicação por transmissão, difusão ou qualquer outra forma de colocação à disposição, com comparação ou interconexão, bem como o bloqueio, apagamento ou destruição” (definição dada pela Diretiva 95/46/CE, art. 2o, b).

13 Cabe aqui anotar a crítica de Tércio Sampaio Ferraz Júnior à constitucionalização do termo “dado”: “o sigilo de dados é uma hipótese nova, colocada pela Constituição Federal de 1988 (art. 5o, XII). A inovação trouxe comigo dúvidas interpretativas que merecem, por isso mesmo, uma reflexão mais detida. Em primeiro lugar, a expressão “dados”, constante no inciso XII, manifesta uma certa impropriedade (Bastos, Martins, 1993, p. 73). Os citados autores reconhecem que por “dados” não se entende o objeto da comunicação. Clara, nesse sentido, a observação de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (1986. p. 38): ‘Sigilo de dados. O direito anterior não fazia referência a essa hipótese. Ela veio a ser prevista, sem dúvida, em decorrência do desenvolvimento da informática. Os dados aqui são dados informáticos (v. incs. XII e LXXII)’. A interpretação faz sentido. [...] Obviamente, o que se regula é a comunicação por correspondência e telegrafia, comunicação de dados



Esses tipos de dados são comumente agrupados no universo do “big data”, conceito guarda-chuva que normalmente abriga a ideia de um conjunto de dados tão grande e complexo que extrapola a capacidade para softwares estatísticos normais processá-los<sup>14</sup>. Com esse avanço tecnológico que criou softwares altamente potentes, o comércio de dados nunca foi tão intenso<sup>15</sup>.

Uma prática deles derivada, a princípio lícita, pode fugir do controle estatal e deixar as informações pessoais em saúde vulneráveis a terceiros fora da relação de confiança estipulada pela RN305/2012. É o *data mining*.

Segundo o United States General Accounting Office (GAO), o *data mining*, ou mineração de dados, é a aplicação da tecnologia de base de dados para desvelar padrões ocultos e relações sutis em informações para inferir regras que permitem a predição de resultados futuros<sup>16</sup>. No ramo da saúde suplementar, essa prática é altamente profícua, visto que permite, por exemplo, verificar quais tratamentos são mais efetivos para determinadas doenças, identificar padrões relativos a efeitos colaterais de certos medicamentos ou sobre causas de internações repetidas<sup>17</sup>.

A mineração de dados pode ser realizada por todo tipo de órgão privado ou estatal. Um banco, por exemplo, pode retirar dados do cartão de crédito de seus correntistas para identificar seu perfil de consumo. Da mesma forma, um banco ligado a uma seguradora de planos de saúde pode, por exemplo, monitorar as compras de medicamentos de um consumidor ou mesmo verificar seu perfil em mídias sociais para colher informações sobre sua condição de saúde. Esses fatos podem extrapolar os limites da privacidade, tornando os conglomerados de que fazem parte as operadoras verdadeiros *big brothers*<sup>18</sup>.

No Brasil, os dados alvo da troca de informações em saúde suplementar são de naturezas distintas. De um lado, o padrão propõe a unificação de transações contábeis; de outro, a organização de verbetes

---

e telefonia. O que fere a inviolabilidade do sigilo é, pois, entrar na comunicação alheia, fazendo com o que deveria ficar entre sujeitos que se comunicam privadamente passar ilegitimamente ao domínio de um terceiro. (Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007. p. 168).

14 SNIJDERS, Chris. “Big Data: Big Gaps of Knowledge in the Field of Internet Science”. Obtido via internet. Disponível em: <[http://www.ijis.net/ijis7\\_1/ijis7\\_1\\_editorial.pdf](http://www.ijis.net/ijis7_1/ijis7_1_editorial.pdf)>. Acesso em: 24/10/2013.

15 Cf. GROVES, Peter et al. The big-data [...], p.1

16 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States General Accounting Office. DATA MINING: Federal Efforts Cover a Wide Range of Uses. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.gao.gov/new.items/d04548.pdf>>. Acesso em: 29/10/2013.

17 Cf. GROVES, Peter et al. The big-data [...], p.1 .

18 GITTLESON, Kim. How big data is changing the cost of insurance. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/business-24941415>>. Acesso em: 25/11/2013. O artigo comenta o caso de uma mulher canadense que teve seu plano de saúde cortado por postar fotos sorrindo numa rede social enquanto estava afastada do emprego por depressão. Também comenta o quanto as big data podem ser valiosas na determinação do preço do seguro a ser cobrado, a exemplo do seguro de automóvel, que é avaliado através de diversas características do motorista.

relativos à atenção à saúde. Nesse mercado, porém, as informações a princípio independentes podem entrelaçar-se, já que cada evento em saúde corresponde a um custo específico. O conteúdo dos dados em determinadas transações pode apresentar o caráter dúplice, sendo objeto também de proteção da intimidade do paciente.

Um problema maior reside nos agentes responsáveis pela manipulação e guarda da informação em saúde suplementar. A legislação pátria não define especificamente os legítimos detentores de informações confidenciais de pacientes, mas sugere uma solução genérica para o caso.

Na letra original da Lei 9656/98, o tema não fora sequer abordado. Essa omissão também não havia causado grandes transtornos ao órgão regulador, pois não estipulou qualquer infração para a violação à privacidade de dados de beneficiários de planos de saúde no campo da Resolução da Diretoria Colegiada (RDC) 24, de 13 de junho de 2000. No ano seguinte, porém, surgiu a RDC 64 para tentar sanar essa lacuna. Determinou a necessidade de designação de profissional médico responsável pelo fluxo de informações médicas relativas à assistência prestada aos consumidores (art.1º). Ao lado, manteve a responsabilidade das operadoras em relação à omissão ou incorreção de dados relativos a beneficiários.

Mas a proteção específica da privacidade de dados de eventos em saúde chega apenas com a RDC 21, de 12 de dezembro de 2002, que faz incluir na RDC 24/2000 as penalidades para a divulgação ou fornecimento “a terceiros não envolvidos na prestação de serviços assistenciais, informação sobre as condições de saúde dos consumidores, contendo dados de identificação, sem a anuência expressa dos mesmos, salvo em casos autorizados pela legislação<sup>19</sup>” ou “informações contidas na declaração de saúde preenchida pelo consumidor por ocasião da contratação de plano de assistência à saúde<sup>20</sup>”.

Pode-se tentar desenhar a figura do guardião das informações em saúde pela expressão negativa “terceiros não envolvidos”. O acesso, *a contratio sensu*, restringe-se aos envolvidos com a prestação de serviços assistenciais, ou seja, aos indicados para promover serviços referentes ao rol de procedimentos e atenção à saúde em geral. Mas, logo em seguida, vemos que também o corretor de planos de saúde pode ter acesso a essas informações, dado que ele é responsável pelo envio das mesmas na proposta do contrato de adesão do plano de saúde. E não apenas ele, mas a pessoa jurídica que o mesmo representa, inclusive quando faz parte de um conglomerado de outras sociedades que nada se ligam à assistência à saúde. A solução dada pela RDC 21/2002 foi demasiadamente genérica.

19 Art 5º, XIV, RDC 24.

20 Art. 5º, XV, RDC 24.

O *Personal Health Information Protection Act (PHIPA, 2004)*, do Estado canadense de Ontário, trouxe uma disciplina diversa. Enumerou um extenso rol de personagens atuantes no intercâmbio de informações em saúde, fechando o ciclo de transmissão de dados nesses. Para a lei, uma das figuras centrais é o guardião de informações em saúde (*health information custodian*), que é a pessoa ou organização que tem a tutela ou controle de informações pessoais em saúde em razão de seu ofício<sup>21</sup>. Em seguida a essa definição genérica, enumerou pessoas que também podem entrar em contato com esse tipo de dado, como, por exemplo, o diretor médico de uma operadora, diretores de hospitais, asilos, farmacêuticos, responsáveis por laboratórios, grupo de paramédicos numa ambulância, entre outros.

O problema da expressão “não envolvidos” reside no fato de que, ao invés de fechar o ciclo de troca de informações, abre-se um leque interpretativo daqueles que têm maior ou menor envolvimento no cuidado à saúde. Para efeitos práticos desse trabalho, o TISS aplica-se às operadoras e, atualmente, a todos os profissionais de saúde habilitados para realização dos procedimentos previstos no rol da RN 338, de 21 de outubro de 2013.

### 2.3 A natureza do TISS

A Troca de Informações em Saúde Suplementar é um padrão. O ente regulador entendeu que as relações privadas entre prestadores de serviços em saúde e operadoras de planos devem ser otimizadas por um fator cogente que conformasse as informações transmitidas entre eles, assim como o modo como essa transmissão e guarda de dados é feita. A opção de uma regulação através de obrigação jurídica com multa administrativa<sup>22</sup> pelo não-cumprimento foi eficaz. Por um lado, propiciou a adoção paulatina pelos destinatários da norma para não gerar impacto financeiro negativo imediato, mas também não se utilizou de uma regulação mais branda, próxima do incentivo, que poderia ser ineficaz frente às pequenas operadoras do país<sup>23</sup>.

21 Art. 3.1

22 Arts. 15 e 16 da RN153/07 c/c arts. 34 e 44 da RN124/06

23 Diante das grandes demandas postas pelo Estado Democrático de Direito e pelo dinamismo da realidade sócio-econômica, o Direito Administrativo Econômico tem se guiado preponderantemente por princípios, programas e objetivos genéricos a serem realizados (ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 85). Nessa perspectiva, as normas se tornaram um dos meios necessários para que finalidades públicas sejam alcançadas, em relação às quais são instrumentais. A ANS utiliza-se de normas coercitivas e impõe multas para determinadas infrações nas quais o interesse público impede qualquer consensualidade e ajuste de mercado (v.g., negativa de cobertura para situações previstas em contrato). Em contrapartida, é concedido um tempo de adaptação maior e flexibilidade em outras normas que procuram adequar o mercado às novas condições de fiscalização e padronização (como no caso do TISS), assim como atenção à saúde (no rol de procedimentos ou o padrão de certificação de prestadores). Isto não quer dizer que o modelo tradicional de normas jurídicas, linear e

Essa norma que institui o padrão TISS não permite que o agente regulador do mercado de saúde suplementar seja responsável pela guarda dos dados trocados entre prestadores e operadoras de planos de saúde. O padrão refere-se unicamente à busca de *standards* entre seus destinatários. Traz seu fundamento constitucional na proteção ao consumidor (arts. 5º, XXXII, 170, V), na atuação do Estado Regulador (art. 174, *caput*) e promoção da saúde pública (196, 197 e 200, II).

Em relação à atuação regulatória do Estado, destaca Carlos Ari Sunfeld<sup>24</sup> que

[...] nos novos tempos, o Poder Legislativo faz o que sempre fez: edita leis, frequentemente com alto grau de abstração e generalidade. Só que, segundo os novos padrões da sociedade, agora essas normas não bastam, sendo preciso editar normas mais diretas para tratar das especificidades, realizar o planejamento dos setores, viabilizar a intervenção do Estado em garantia do cumprimento ou da realização daqueles valores: proteção do meio ambiente e do consumidor, busca do desenvolvimento nacional, expansão das telecomunicações nacionais, controle sobre o poder econômico – enfim, todos esses que hoje consideramos fundamentais e cuja perseguição exigimos do Estado. Isso justificou a atribuição do poder normativo para as agências, o qual não exclui o poder de legislar que conhecemos, mas significa, sim, o aprofundamento da atuação normativa do Estado [...].

Como agente normativo, o Estado cria as regras jurídicas que se destinam à regulação da ordem econômica. Cabem-lhe três formas de atuar: a de fiscalização, de incentivo e a de planejamento. A de fiscalização implica a verificação dos setores econômicos para o fim de serem evitadas formas abusivas de comportamento de alguns particulares, causando gravames a setores menos favorecidos, como, no caso, os consumidores de planos de saúde. O incentivo representa o estímulo que o governo deve oferecer para o desenvolvimento econômico e social do país, fixando medidas como as isenções fiscais, o aumento de alíquotas para importação, a abertura de créditos especiais para o setor produtivo agrícola e outras do gênero. Por fim, o planejamento, que mais nos interessa aqui, “é um processo técnico instrumentado para transformar a realidade existente no sentido de objetivos previamente estabelecidos<sup>25</sup>”. De fato, planejar no texto constitucional significa estabelecer metas a serem alcançadas pelo governo no ramo da economia de determinado período futuro. A

---

substantivo, tenha sido ultrapassado. Continua existindo com grande intensidade, mas é permeado pelas normas fluidas das políticas públicas, acarretando uma reestruturação do sistema jurídico, que agora se volta menos para operações substantivas e mais para a realização de objetivos.

24 Introdução às Agências Reguladoras *in*: Direito Administrativo Econômico. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 27

25 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 809.

transformação não é instantânea; ao contrário, é gradativa e realizada através de um processo dirigido para as metas planejadas.

Por mais que a voz da Carta Maior indique que os planejamentos corram no campo macroeconômico e que sejam apenas indicativos para o setor privado<sup>26</sup>, a atividade da ANS ao proporcionar o padrão TISS não é outra que planejar a atuação de agentes privados para melhorar a eficiência de seus serviços.

O crescimento do mercado de saúde suplementar e da troca de informações correspondente conclamou uma intervenção nesse sentido. No Brasil, são em média 47,9 milhões de vínculos a planos de assistência médica e 18,6 milhões a planos exclusivamente odontológicos. São mais de 1.500 operadoras de planos de saúde ativas<sup>27</sup>. As transações de dados dos beneficiários, se realizadas ainda por papel e sem padrão, demandariam imenso esforço em recursos humanos para decodificação, além de prejuízo ecológico.

Se o mercado por si já sinalizava mudança no envio e tratamento dos dados em atenção à saúde, em poucos anos terá em mãos mecanismos de receber, enviar e processar todo tipo de conhecimento relativo aos usuários de planos de saúde no país, com alto perigo à intimidade e com propensões a atos discriminatórios. O crescimento do setor deve ser dirigido e incentivado pela agência reguladora responsável, com monitoramento dos bancos de dados de informações em saúde e constante revisão dos padrões de qualidade em segurança de dados.

#### 2.4 A finalidade do TISS

Segundo a atual Resolução Normativa que cuida do padrão TISS<sup>28</sup>, são diversas as finalidades do programa. Primeiramente, busca padronizar as ações administrativas de verificação, solicitação, autorização, cobrança, demonstrativos de pagamento e recursos de glosas entre operadoras. Também tem por objetivo subsidiar as ações da ANS de avaliação e acompanhamento econômico, financeiro e assistencial das operadoras de planos privados de assistência à saúde. Por último, compõe o registro eletrônico dos dados de atenção à saúde dos beneficiários de planos privados de assistência à saúde.

Além dessas finalidades declaradas em lei, pode-se entender que o TISS aprimora a comunicação entre agentes do setor, reduz o uso do papel e custos administrativos gerais, possibilita comparações e análises

26 SILVA, José Afonso da. op. cit., 810.

27 BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. Caderno de Informação da Saúde Suplementar. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Caderno\\_informacao\\_saude\\_suplementar/2013\\_mes03\\_caderno\\_informacao.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2013_mes03_caderno_informacao.pdf)>. Acesso em: 24.out.2013.

28 Art. 3º, RN 305, de 09 de outubro de 2012.

de desempenho institucional, o que gera a otimização de recursos e aumento da qualidade de gestão, favorece a realização de análise de custos e benefícios de investimentos na área de saúde, além de facilitar a obtenção de informações para estudos epidemiológicos e definição de políticas em saúde.

De pronto, pode-se observar duas vertentes nos benefícios almejados pela implantação do padrão nas trocas de informações do setor. Uma trata do desenvolvimento setorial e a otimização das transações de dados, que, indiretamente, refletirão na diminuição de custos para prestadores e operadoras, e melhorarão a resposta destes aos beneficiários quando da autorização de procedimentos<sup>29</sup>.

O art. 3º, inciso II, da Carta Magna, assinala o princípio do desenvolvimento nacional. Segundo José Afonso da Silva<sup>30</sup>, esse é um típico princípio político-constitucional, ou seja, constitui a decisão política fundamental concretizada numa norma conformadora do sistema constitucional positivo. É um princípio que dá fundamento às prestações positivas estatais, como a implantação de escolas ou criação de órgãos reguladores.

O desenvolvimento nacional compreende duas direções: o desenvolvimento humano e o econômico. O desenvolvimento humano se junte ao desenvolvimento da personalidade no âmbito coletivo. Como bem definiu Amartya Sen:

O Desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente. A eliminação de privações de liberdades substanciais, argumenta-se aqui, é constitutiva do desenvolvimento. [...] O desenvolvimento requer se removam as principais fontes de privação de liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social sistemática, negligência dos serviços públicos [...] Às vezes a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico. [...] Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo<sup>31</sup>.

29 BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. Manual TISS, p. 4.

30 op. cit., p. 93.

31 Desenvolvimento como liberdade. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 18 e 29.

O desenvolvimento tecnol3gico para fins juridicamente aceitáveis é n3o s3o opç3o do legislador, como mandamento constitucional. O aperfeiçoamento do sistema de trocas de informaç3es em saúde suplementar n3o é apenas um capricho regulat3rio, mas uma necessidade constitucional. Convém, no entanto, fixar limites a essa determinaç3o administrativa, de modo que possa conformar-se com os ditames do texto da Constituiç3o Federal e siga o prumo do desenvolvimento da saúde p3blica.

O dever fundamental de tutela da saúde p3blica, como bem coletivo, decorre, na ordem constitucional brasileira, do art. 196, CF88. Apesar de este 3ltimo referir-se à saúde como direito de todos e dever apenas do Estado, n3o se deve limitar a an3lise à dimens3o literal do dispositivo<sup>32</sup>. Isso porque há deveres implícitos que devem, por3m, ser fundados ainda que indiretamente na Constituiç3o. Se a Carta brasileira consagra o direito à saúde, vinculado claramente à chamada segunda geraç3o de direitos fundamentais, e se o pa3s tem como objetivo a construç3o de uma sociedade solid3ria (art. 3º, I), n3o faria sentido que se imputassem apenas ao Estado deveres de promoç3o e defesa de referido bem. A saúde pode ser lesada por atos particulares, instaurando a referida dimens3o de solidariedade um imperativo para todas as pessoas no sentido de protegê-la.

Por outro lado, o art. 5º, §1º da Constituiç3o, dedica-se n3o apenas aos direitos, mas também aos deveres fundamentais e coletivos<sup>33</sup>. Prevê a aplicaç3o imediata de normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. E também n3o se restringe aos direitos fundamentais tratados no art. 5º, alcançando os direitos sociais e n3o apenas o Estado mas também os particulares.

A despeito das falhas da referida previs3o constitucional, a identificaç3o de um dever fundamental de defender a saúde dos outros e da pr3pria, pelo menos como condiç3o da saúde dos demais, afirma-se como indispensável para um equacionamento adequado da pessoa na comunidade<sup>34</sup>.

Nesse sentido, o livre desenvolvimento da personalidade é o mesmo suped3neo tanto para a tutela da saúde p3blica (finalidade do TISS), quanto o direito fundamental à intimidade, cujo o cont3udo ser3 exposto a seguir e poder3 entrar em conflito com o primeiro.

32 Nesse sentido, NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 63.

33 DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informaç3o administrativa: o caso das advert3ncias relativas a produtos perigosos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 308.

34 DIAS, Eduardo Rocha. op. cit., p. 309.



### 3 O “NOVO” DIREITO À INTIMIDADE

#### 3.1 O desenvolvimento do conceito

Para os pensadores liberais, a noção de vida privada passa a ser considerada aquele espaço onde o indivíduo exerce aspectos concernentes ao pensamento e à consciência, enquanto que a esfera pública é o lugar onde se move o próximo, a coletividade e os governos. Com efeito, há uma evidente conexão entre os ataques à intimidade e os atentados à liberdade. Uma vida privada que é objeto de investigações e divulgações não é verdadeiramente livre, estando limitada pela possibilidade de conhecimento dela por parte das autoridades e mesmo pelos particulares.

A primeira manifestação doutrinária do direito à intimidade resultou da tentativa de traçar limites jurídicos às intromissões da imprensa americana na vida privada e deve-se aos advogados americanos Samuel D. Warren e Louis D. Brandeis, em artigo que veio a tornar-se um clássico da literatura jurídica moderna<sup>35</sup>.

Os autores demonstraram que o direito à intimidade deriva da proteção mais genérica da inviolabilidade da pessoa, ou seja, do direito da própria personalidade. Afirmam que o princípio que protege os escritos pessoais e qualquer obra produto do espírito ou das emoções é o direito à intimidade, acrescentando mais que o direito não necessita formular nenhum princípio novo quando estende a sua proteção à aparência pessoal, aos ditos, aos fatos e às relações pessoais, domésticas ou de qualquer outra classe. Esse é o preâmbulo conceitual para considerar o direito à intimidade e à vida privada como um princípio de inúmeras aplicações e interpretações, abarcando até a moderna proteção de dados eletrônicos.

Sem embargo, a jurisprudência norte-americana entre as décadas de 1890 e 1950 não reconheceu de imediato e de modo continuado as idéias dos articulistas Warren e Brandeis<sup>36</sup>. Tal dispersão e consolidação do direito à intimidade só ocorreria no pós-guerra, com a Declaração de Direitos do Homem de 1948 e sua previsão explícita no art. 12.1<sup>37</sup>.

35 The Right to Privacy. Harvard Law Review. Vol IV, 1890. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)>. Acesso em: 26.out.2013.

36 SAMPAIO, José Adécio Leite. Direito à intimidade e à vida privada. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 64. O autor comenta alguns julgados importantes nesse período, mas que não geraram a guinada absoluta nas cortes do país para o reconhecimento do right to privacy. Em especial, deve-se anotar o caso Pavesich v. New England Life Insurance Company (50 S.E. 68, Ga 1905), em que se reconhece violado o direito à intimidade do ator Paolo Pavesich pela companhia de seguros ré no processo quando esta publicou sua foto em um anúncio sem a respectiva autorização.

37 “1.Ninguém será objeto de ingerências arbitrárias em sua vida privada, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem ataques a sua honra ou a sua reputação.2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ataques”.



A mudança de entendimento começa com o caso *New York Times v. Sullivan*<sup>38</sup>, de 1964. Sullivan, funcionário público, fora citado em uma reportagem do *New York Times*, imputando-lhe alguns fatos comprometedores que, no curso do processo por ele então ajuizado, vieram a se mostrar infundados. A Suprema Corte, no entanto, procurou ampliar o conceito de um comentário incorreto por parte da imprensa acerca de um funcionário público, insistindo que a reparação de danos por violação à sua reputação dependia de algo mais do que a simples demonstração da inexatidão das informações publicadas. Ao contrário, aquele pretório sinalizou que seria necessário o dolo real (*actual malice*) do agente de imprensa a ser provado pelo supostamente ofendido para que houvesse reconhecimento do direito lesado.

Em decisões seguintes, a Corte ampliou a imunidade da imprensa, desenvolvendo o conceito de funcionário público, de modo a incluir as figuras públicas, que estivessem implicadas em questões a respeito das quais o público tivesse justificado interesse<sup>39</sup>. No caso *Time Inc. v. Hill*<sup>40</sup>, o sr. e a sra. Hill ingressaram contra a revista *Life* por apresentar fotos da antiga residência do casal, onde haviam sido reféns de três criminosos, e também o elenco de uma novela baseada na história. Apesar de negar direito aos autores, a corte acabou por diferenciar o dolo relativo aos casos que envolviam funcionários públicos, do dolo do direito comum, sob a fórmula da “falsa luz” (*false light*). Esse *standard* determina que o dolo do *common law* se refere a uma má vontade pessoal ou menosprezo temerário ou irresponsável, por parte do editor, relativamente aos direitos das pessoas noticiadas. Aqui, a verdade ou falsidade do assunto publicado é irrelevante. O dolo real revelar-se-ia no menosprezo pela verdade da notícia, enquanto que o dolo comum descuidaria do respeito à intimidade pessoal.

Depois dessa primeira leva de decisões, a Suprema Corte daquele país revolveu-se para ampliar os direitos fundamentais de forma grandiosa. O *right to privacy* fora estendido ao direito à solidão, à proteção do lar, chegando até o segredo de comunicações telefônicas<sup>41</sup>.

O direito à privacidade começa a transformar-se novamente com a evolução da sociedade de massa no pós-guerra. Começam os questionamentos judiciais de ilegalidades praticadas pelas polícias do mundo todo no tocante aos arquivos que essas instituições guardavam de certos indivíduos. Nesse sentido, decidiu-se que a conservação, prevista em lei, de dossiês contendo documentos, fotografias e impressões digitais,

38 376 US 254(1964).

39 SAMPAIO, José Adércio Leite. op. cit., p. 99

40 385 US 374(1967)

41 Reconhecido no caso *Katz v. United States* [389 US 347(1967)], depois de dramática superação do precedente *Olmstead v. United States* [277 US438 (1928)].

relativos a infrações criminais, seria justificável, porquanto necessária, em uma sociedade democrática moderna, à prevenção da criminalidade e, portanto, à segurança pública<sup>42</sup>.

Na Alemanha, delineou-se a teoria das três esferas de proteção da privacidade<sup>43</sup>. Estas comporiam círculos concêntricos, a saber, a esfera íntima, menor, a esfera privada e a esfera pública, maior. Nesta doutrina, a esfera íntima corresponde ao campo pessoal, que geralmente permanece inacessível mesmo para conhecidos e amigos, correspondendo a um espaço de tranqüilidade onde somente podem desenvolver-se a vida individual e a ação criadora. A segunda esfera oferece maiores dificuldades e é onde está localizada a informação em saúde, seja dados de prontuário, seja as confissões de consultório médico. Está na linha de separação decisiva da esfera pública.

De maneira concomitante, entende-se naquele país que o direito a privacidade tem a perspectiva de controle pessoal sobre as situações que o titular deseja manter em reserva<sup>44</sup>. A noção repousa sobre a idéia de que não são todas as situações de retiro ou isolamento que constituem objeto do direito à intimidade, mas apenas aquelas que estejam sob o controle de quem as desfruta. De fato, o direito à intimidade refere-se a zonas ou situações de retiro ou segredo voluntariamente escolhidas e que são sempre possíveis de abandonar-se, ou seja, são situações essencialmente reversíveis.

Assim, a intimidade encontra-se naquelas zonas de segredo e retiro voluntários e reversíveis, e o seu gozo consiste no direito de desfrutar a intimidade controlando voluntariamente tais situações. Essa noção de intimidade, útil ao caso em estudo, foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Alemão sob a fórmula da “autodeterminação das zonas de segredos pessoais” (*Selbstbestimmungsrecht*)<sup>45</sup>.

### 3.2 A configuração jurídica da privacidade

Há certas informações, situações, vivências, sentimentos, que o indivíduo faz privativos, só seus, excluindo outros do acesso a eles. A Constituição Federal diz que são invioláveis. Trata-se do direito fundamental à privacidade (art. 5º, X). Em questão está o direito de um indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito a seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada.

42 SAMPAIO, José Adércio Leite. op. cit., p. 126.

43 FONTES JUNIOR, João Bosco Araújo. op. cit., p. 122.

44 FONTES JUNIOR, João Bosco Araújo. op. cit., p. 123.

45 FONTES JUNIOR. João Bosco. op. cit., p. 121.

Trata-se de um direito subjetivo fundamental<sup>46</sup>. Como direito subjetivo, manifesta-se uma estrutura básica, cujos elementos são o sujeito, o conteúdo e o objeto. O sujeito é o titular do direito. Em se tratando de um dos direitos fundamentais do indivíduo, o sujeito é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente no país (art. 5º, *caput*).

O conteúdo é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais). Ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de um indivíduo constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio. Isto é, das situações vitais, por dizerem respeito àquele sujeito, ele deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão.

O objeto é o bem protegido, que pode ser uma coisa (não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito<sup>47</sup>.

No recôndito da privacidade se esconde, em primeiro lugar, a intimidade<sup>48</sup>. A intimidade não exige publicidade, porque não envolve direito de terceiros. No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos direitos.

No que tange à intimidade, trata-se da informação daqueles dados que a pessoa trata para si e que dão consistência à sua personalidade, dados de foro íntimo, expressões de autoestima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, relatos internos de um consultório médico, enfim, dados que, quando constantes de processos comunicativos, exigem do receptor extrema lealdade e confiança, e que, se devassados, desnudariam a personalidade do emissor, quebrariam a consistência psíquica e destruiriam sua integridade moral.

Por isso, em processos que versem sobre situações íntimas, como é o caso das informações transmitidas pelo padrão TISS, a lei garante sigilo. A inexigibilidade desses dados, salvo quando alguém se vê ferido na sua própria intimidade, faz deles um limite ao direito de acesso à informação (CF88, art. 5, XIV).

46 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 173.

47 Não é pacífico esse entendimento na doutrina. Uma das primeiras questões que se puseram no que se refere aos direitos da personalidade, aqui considerados sinônimos tanto para o direito público como para o privado, já que a intimidade figura em ambos, diz respeito à dificuldade que alguns enfrentaram de colocar no posto de objeto da relação jurídica um bem que se confunde com o próprio sujeito, em uma relação de direito subjetivo (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Direito Civil: parte geral. São Paulo; Atlas, 2006. p. 30). Segundo Pietro Perlingieri, "a esta matéria não se pode aplicar o direito subjetivo elaborado sobre a categoria do 'ter'. na categoria do 'ser' não existe dualidade entre sujeito e objeto, porque ambos representam o ser, e a titularidade é institucional, orgânica. Onde o objeto de tutela é a pessoa, a perspectiva deve mudar, pela especial natureza do interesse protegido, que é justamente a pessoa a constituir ao mesmo tempo o sujeito titular do direito e o ponto objetivo de relação" (Perfis de Direito Civil. 2a. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 155).

48 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. op. cit., p. 174.

### 3.3 Eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Na concepção liberal clássica, os direitos fundamentais são direitos eminentemente de defesa<sup>49</sup>, destinados a proteger o indivíduo contra a intervenção do Poder Público. Para os pensadores do século XIX, haveria uma área restrita de ingerência estatal, assegurando a esfera de liberdade daquele indivíduo contra interferências ilegítimas<sup>50</sup>.

No âmbito de aplicação desses direitos fundamentais, sempre se entendeu que os mesmos limitavam-se à regência das relações públicas, que tinham o Estado em um de seus pólos, não se projetando no cenário das relações jurídicas privadas<sup>51</sup>.

Atualmente, no entanto, os direitos fundamentais, ainda que vistos sob o prisma de direito de defesa, não se limitam às liberdades e igualdades, como ensina Ingo Sarlet, “abrangendo, ainda, as mais diversas posições jurídicas que os direitos fundamentais intentam proteger contra ingerências dos poderes públicos”<sup>52</sup>.

É inegável que a opressão e a violência contra a pessoa humana advêm não apenas do Estado, mas de uma variedade de atores privados, como ensina Daniel Sarmento, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa<sup>53</sup>. Num mundo onde algumas corporações produzem mais riquezas que certos países e que determinadas decisões suas podem ser mais nocivas à população que certas ilegalidades estatais, a projeção dos direitos fundamentais sobre as relações entre particulares é premente.

No cenário do direito à intimidade no Brasil, o perigo de lesão parece ser muito mais ocasionado pelos poderes das sociedades empresárias que propriamente pelo Estado, já que essas têm amplo acesso a sistemas informatizados de busca de dados e contam com a falta de legislação específica sobre o tráfego e comércio de informações pessoais.

Nesse estudo sobre o sujeito passivo dos direitos fundamentais, ensina José Carlos Vieira de Andrade que há dois aspectos principais da vinculação dos particulares. O primeiro é a constatação de que os direitos fundamentais, por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, são aplicáveis a todas as pessoas na ordem jurídica vigente, seja pública ou privada. O segundo aspecto trata da necessidade de os

49 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991. p. 548. 2003. p. 169.

50 MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 3

51 SARMENTO, Daniel. *A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil*. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 193

52 *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7.ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 169.

53 SARMENTO, Daniel. *A vinculação...* p. 193-194.

particulares serem protegidos de atos que atentem contra seus direitos fundamentais que se originem de outros particulares<sup>54</sup>.

Essa doutrina, todavia, não é pacífica no direito comparado. No direito norte-americano foi criada a doutrina do *State Action*, segundo a qual não há a vinculação dos particulares pelos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição<sup>55</sup>.

Assim, os direitos fundamentais previstos na Constituição norte-americana (*Bill of Rights*) impõem limitações apenas para os Poderes Públicos e não dão aos particulares direitos frente a outros particulares (com exceção apenas da 13<sup>a</sup>. Emenda que proibiu a escravidão).

Para justificar esta posição, a doutrina usa como fundamento a literalidade do texto constitucional que se refere apenas aos Poderes Públicos como sujeito passivo da maioria das cláusulas que prevêem direitos fundamentais, invocando, também, outros argumentos teóricos, tendo como principal a preocupação com a autonomia privada, que seria fulminada caso fosse admitida tal vinculação entre particulares<sup>56</sup>.

Ocorre que a partir dos anos 40, a Suprema Corte americana começou a demonstrar atenuações à doutrina do *State Action* em seus julgados e passou a adotar paulatinamente a chamada *Public Function Theory* (teoria da função pública), segundo a qual os particulares que agissem no exercício de atividade de natureza estatal, estariam também sujeitos aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos<sup>57</sup>.

Na Alemanha, consagrou-se a teoria da eficácia indireta e mediata dos direitos fundamentais. Os defensores dessa teoria sustentam que esses não ingressam nas relações jurídicas privadas como direitos subjetivos que possam ser invocados por um particular frente ao outro<sup>58</sup>.

Segundo eles, os direitos fundamentais consistiriam numa ordem de valores que se irradia por todos os campos do ordenamento jurídico, inclusive sobre o Direito privado, cujas normas têm de ser interpretadas à sua luz, ou seja, os direitos fundamentais serviriam como princípios de interpretação das cláusulas gerais e conceitos indeterminados do direito privado, como os *bons costumes*, *v.g.*, mas jamais como normas diretamente aplicáveis da Constituição a outro particular.<sup>59</sup>

54 *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987. p. 273-274. Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...* p. 401

55 SARMENTO, Daniel. *A vinculação...* p. 198-199.

56 SARMENTO, Daniel, *Vinculação...* p. 199.

57 *Idem*.

58 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...* p. 398.

59 SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 228.

No caso brasileiro, dentre os poucos autores que já se manifestaram sobre o presente tema, a maioria sustentou que a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas direta e imediata<sup>60</sup>.

A assertiva decorre tanto da característica intervencionista e social da nossa Carta Magna, que contém um generoso elenco de direitos sociais e econômicos (art. 6º e 7º), bem como da previsão de inúmeros direitos voltados especialmente contra particulares, como os direitos trabalhistas do art. 7º.

Além disso, trata-se de uma Constituição que indica como primeiro objetivo fundamental da nossa República “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), indicando todos os esses fatores que o modelo constitucional brasileiro se afastou daquela visão liberal de que o Estado é o único violador dos direitos fundamentais.

Vale ressaltar que a existência de desigualdade entre as partes na relação privada é inerente à sociedade civil, ou seja, o campo das relações privadas também se verifica a existência do binômio poder-sujeição, justificando a proteção dos direitos fundamentais nessa esfera, já que tal assimetria de poder prejudica, em muitas das vezes, o exercício da autonomia privada pela parte mais fraca.

No caso das relações de sujeição de operadoras de planos de saúde e beneficiários, a assimetria de informações<sup>61</sup> e o objeto da relação contratual corrente (prestação de assistência à saúde) contribuem para a desigualdade de posições e a maior fragilidade do consumidor no mercado.

60 Nesse sentido: SARLET, Ingo Wolfgang, *Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000; CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e direitos fundamentais do homem*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. O Supremo Tribunal Federal Brasileiro só se manifestaria de forma detalhada sobre o tema no Recurso Extraordinário nº 201.819/RJ, de 2005.

61 A questão da informação foi negligenciada pelos economistas durante muito tempo, estabelecendo um distanciamento entre teoria e realidade. Contudo, com a publicação do artigo “The market for lemons”, George A. Akerloff (1970, obtido via internet, disponível em: <<http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>>. Acesso em: 28/10/2013) fundou um novo ramo de estudo em economia, o qual investiga as implicações da assimetria de informação que os agentes econômicos enfrentam ao efetuar trocas. Neste artigo seminal, foi analisado o mercado de carros usados, mas devido sua contribuição para a Teoria Econômica foi possível estender a lógica para outros bens e mercados, tal como o mercado de seguros. Assim, se uma seguradora cobrasse um preço médio de apólice para todos os seus clientes, isto traria ganhos para aqueles que fossem mais propensos ao risco de adoecer. Os mais saudáveis achariam a apólice cara demais e não a comprariam. Por mais cara que se tornasse a apólice, sempre haveria compradores para ela, porém sempre pessoas que tivessem um gasto esperado superior ao valor da apólice. Desse modo, o único meio de fazer uma companhia de seguros não ir à falência seria fazer com que cada consumidor comprasse uma apólice que revelasse o seu custo esperado. Em cuidados de saúde frequentemente as decisões de compra envolvem o benefício esperado e os custos envolvidos. Quando um indivíduo adquire um plano de saúde, seu objetivo é se proteger financeiramente contra perdas decorrentes de uma eventual possibilidade de adoecimento, ou seja, ele avalia o benefício esperado e os custos incorridos. Assim, podem ocorrer algumas situações tais como: os benefícios e custos são altos ou ainda benefício baixo e custo alto (VARIAN, Hal R., *Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003, p. 719) as situações onde o custo é alto e o benefício é médio e/ou baixo, ocorre a rejeição por parte do consumidor. Este pode ser um resultado gerado pela assimetria de informação, pois o mercado pode ser dominado por indivíduos de alto custo, isto é, que possuem uma alta probabilidade de utilizarem os serviços de saúde, enquanto que os indivíduos de baixo risco são expulsos do mercado.

## 4 A COLISÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

### 4.1 Noções gerais

Os direitos fundamentais são direitos heterogêneos. Seu conteúdo é, muitas vezes, aberto e variável, sendo apenas revelado no caso concreto e nas relações dos direitos entre si ou com outros valores constitucionais (ou seja, posições jurídicas subjetivas *prima facie*)<sup>62</sup>. Assim, é freqüente o choque entre esses direitos ou com outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente. Tal fenômeno é o que a doutrina tecnicamente designa de colisão ou conflito de direitos fundamentais.

Para J.J. Gomes Canotilho<sup>63</sup>, a colisão de direitos fundamentais pode suceder de duas maneiras. Ou o exercício de um direito dessa natureza colide com outro da mesma (colisão entre os próprios direitos fundamentais), ou o exercício de um direito fundamental colide com a necessidade de preservação de um bem coletivo ou do Estado protegido constitucionalmente (colisão entre direitos fundamentais e valores constitucionais).

As finalidades expostas do padrão TISS (2.4, *supra*) colidem diretamente com o direito fundamental à intimidade no seu aspecto da proteção de dados sensíveis em saúde. O Estado não pode violar características essenciais da personalidade em prol de pesquisas epidemiológicas ou uma suposta melhoria na prestação de serviços de atenção à saúde por parte das operadoras. Da mesma forma, não é possível ao indivíduo opor-se a ações estatais que visam à melhoria das condições de vida da coletividade, sob pena de, em nome de um individualismo irrazoável, comprometer o desenvolvimento de toda a sociedade. Faz-se necessário o balanceamento dos dois direitos, conformando-os aos ditames constitucionais<sup>64</sup>. O legislador não pode dispor dos direitos fundamentais.

Esse balanceamento pode dar-se através de normas configurativas (ou conformadoras) e restritivas de direitos fundamentais<sup>65</sup>. As normas de

62 FARIAS, Edilson Pereira de. *Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. p. 116.

63 CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991, p. 135.

64 Para Humberto Ávila, a colisão de direitos que não suportam a densidade normativa das regras deve ser resolvida por postulados normativos. O primeiro postulado seria a ponderação de bens, segundo a qual se deve atribuir pesos, sem qualquer referência material a elementos que se entrelaçam nos direitos em conflito. Comenta o jurista que esse postulado, em si, não é de grande valia para o Direito se não forem criados parâmetros para sua aplicação prática em casa conflito. O outro postulado possível seria o da concordância prática, que invoca a necessária otimização da eficácia dos direitos em jogo; cada qual deve intentar ser aproveitado ao máximo em seu conteúdo, restringindo-se apenas o necessário. A vedação do excesso, terceiro postulado, dança com o anterior: grandes restrições dos direitos imbricados ou soluções que limitem seu exercício mínimo devem ser descartadas (Teoria dos princípios. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 143).

65 FARIAS, Edilson Pereira de. Op. Cit. p. 88.



configuração ou conformação de direitos fundamentais são aquelas que completam, precisam, concretizam ou definem o conteúdo de proteção de um direito fundamental.

Segundo Robert Alexy<sup>66</sup>, o conceito de configuração é utilizado tanto em sentido amplo quanto em sentido estrito. Na primeira acepção, esse conceito é manuseado para indicar qualquer forma de intervenção normativa no âmbito dos direitos fundamentais, independentemente de a intervenção afetar ou não o conteúdo do direito fundamental. Na segunda acepção, o conceito refere-se àquelas hipóteses que o legislador deixa imperturbado o âmbito de proteção do direito fundamental. Dessa forma, para este estudo, somente uma concepção restrita de configuração responderia melhor às exigências de racionalidade de fundamentação jurídica, vez que permite a distinção clara entre normas conformativas e normas restritivas<sup>67</sup>.

As normas restritivas de direito fundamental são aquelas que atingem ou afetam o conteúdo do direito fundamental, isto é, limitam ou comprimem posições que, à primeira vista, estão incluídas no âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Para comprovar se uma lei é restritiva, é necessário determinar o âmbito de proteção do direito a ser comprimido, averiguar a finalidade, tipo e natureza da restrição e observar se a lei restritiva em exame respeita os limites a ela impostos pela Constituição Federal.

Comumente faz-se referência às seguintes restrições<sup>68</sup>: as estabelecidas diretamente pela constituição, as estabelecidas por lei autorizada pela constituição (reserva de lei) e as estabelecidas tacitamente pela constituição (implícitas)<sup>69</sup>. As primeiras referem-se aos incisos XI, XIV e XVII do art. 5º do texto da Carta Magna. As restrições por lei qualificada são o caso do art. 5º, XXIV. O último tipo, por sua vez, refere-se àquele que, embora não expressamente previsto no texto constitucional, admite-se que, implicitamente, possa ser albergada a fim de salvaguardar direitos ou bens constitucionalmente protegidos.

A restrição ao direito à intimidade formulada pela instituição do padrão TISS é implícita, já que quando a Resolução Normativa 305/2012 estabelece os critérios e *standards* de nomenclatura e segurança na transmissão de dados sensíveis, tange os limites do conteúdo do direito à intimidade.

66 *Teoría de los derechos fundamentales*. 2.ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 324.

67 ALEXY, Robert. Op. Cit., p. 329.

68 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*, p. 614.

69 HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*.; Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000. p. 251-255



Levando em consideração que os atos da Diretoria Colegiada de uma agência reguladora têm poder normativo, faz-se necessário definir até que ponto o núcleo essencial do direito fundamental à privacidade, relativamente à autodeterminação de informações pessoais em saúde, pode ser afetado. De igual modo, qual o limite do dever estatal de angariar dados coletivos sobre a condição de saúde dos beneficiários para estudos epidemiológicos e protegê-los da criação de listas de usuários indesejáveis entre operadoras.

#### 4.2 A função protetiva do Estado

A questão sobre se um Estado deve apenas respeitar os direitos fundamentais ou também protegê-los ainda divide a prática e a teoria constitucionais. No “Primeiro Caso do Aborto”, de 1975, a Corte Constitucional Alemã explicitamente reconheceu que a Lei Fundamental impõe ao Estado o dever de proteger os direitos fundamentais contra violações praticadas por terceiros<sup>70</sup>. A Corte argumentou: “a obrigação do Estado de fornecer proteção é abrangente. Ela proíbe não apenas ataques estatais diretos à vida em desenvolvimento mas também exige que o Estado assuma posição ativa na proteção e promoção dessa vida, isto é, ele deve, acima de tudo, preservá-la contra ataques ilegais de terceiros<sup>71</sup>”.

Em sentido diametralmente oposto foi a decisão da Suprema Corte Americana no caso *DeShaney v. Winnebago County*<sup>72</sup>, em que se determinou que nada exige do Estado que proteja a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos contra invasões praticadas por agentes privados. O propósito da cláusula do devido processo legal é apenas proteger as pessoas contra o Estado, não assegurar que o Estado proteja umas das outras. Os constituintes contentaram-se em reservar aos processos democráticos a tarefa de definir a extensão da obrigação estatal nessa seara.

Na Alemanha, a Corte Constitucional pode declarar uma lei nula não apenas quando o legislador tenha ido longe demais na limitação a um direito fundamental, mas também quando tenha feito muito pouco no sentido de protegê-lo contra ofensas provocadas por agentes privados. A Suprema Corte norte-americana, ao contrário, recusa-se a reconhecer a si mesma tal poder<sup>73</sup>.

70 GRIMM, Dieter. *A função protetiva do Estado*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007, p. 102.

71 BverfGE 39,1. KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2.ed. Ed. Durham, p. 336 e segs., apud GRIMM, Dieter. Op. Cit., p. 102.

72 489 US189 (1989).

73 GRIMM, Dieter. Op. Cit., p. 103.

Por razões históricas, cada movimento constitucional tratou do tema sob diferentes aspectos. Na Alemanha, a decisão paradigmática para a fixação das características desse dever de proteção foi o caso *Lüth*, decidido em 1958<sup>74</sup>. O caso se originou nas cortes ordinárias, com base no Código Civil. Veit Harlan, diretor de cinema do período nazista, conhecido por seus filmes anti-semitas, reapareceu no panorama cinematográfico do pós-guerra com certo filme, o que gerou protestos por parte de Erich Lüth, ativista engajado no esforço de reconciliação entre alemães e judeus. Este incitou donos de cinema a não exibir o filme de Harlan e os alemães a não o assistir. As companhias cinematográficas intentaram uma medida judicial para impedir Lüth de repetir seu chamamento a um boicote. A ordem foi concedida pelas cortes civis com base em um dispositivo do Código Civil alemão, que estabelece responsabilidade pelos danos causados por atos que ofendam os bons costumes.

A questão apresentada à Corte Constitucional dizia respeito à aplicação horizontal dos direitos fundamentais. Para respondê-la, o Tribunal começou por afirmar que os direitos fundamentais não são apenas direitos subjetivos do indivíduo contra o Estado, mas também expressões de valores objetivos.

No caso *Lüth*, a Corte Constitucional precisou da noção de valores objetivos a fim de demonstrar que os direitos fundamentais não estavam confinados à aplicação vertical. Nos anos seguintes, a concepção dos valores objetivos serviu de base para determinados efeitos atribuídos aos direitos fundamentais, dos quais o dever de proteção logo se tornou o mais importante.

Enquanto os direitos fundamentais como direitos negativos protegem a liberdade individual contra o Estado, o dever de proteção derivado desses direitos destina-se a proteger indivíduos contra ameaças e riscos provenientes não do Estado, mas sim de atores privados ou mesmo organismos sociais controláveis pela ação estatal<sup>75</sup>.

Assim, se a saúde é um direito fundamental e fora possibilitada sua exploração econômica por hospitais privados e operadoras de planos de saúde (arts. 196 e 199, CF88), é perfeitamente cabível que sejam receptores dos mandamentos constitucionais das normas de direitos humanos.

O dever de proteção da Agência Nacional de Saúde Suplementar na garantia de sigilo das informações trocadas pelo padrão TISS decorre desses fatores. Ao propiciar e incentivar a melhoria dos meios e facilidade de troca de dados sensíveis da saúde de beneficiários, o órgão regulador

74 BverfGE 7, 198.

75 SARLET, Ingo Wolfgang, A Eficácia... p. 391.

obriga-se a criar padrões de qualidade para a segurança das informações de forma mais pujante possível.

Determinava a RN153/2007, art. 8º, que “as operadoras de planos privados de assistência à saúde e os prestadores de serviços de saúde devem constituir proteções administrativas, técnicas e físicas para impedir o acesso eletrônico ou manual impróprio à informação de saúde, em especial a toda informação identificada individualmente, conforme normas técnicas estabelecidas na Resolução CFM nº 1639 de 10 de julho de 2002, e na RN nº 21 de 12 de dezembro de 2002, e na RDC nº 64 de 10 de abril de 2001 ambas da ANS”. Em seguida, no art 9º., determinava-se que, “para as transmissões remotas de dados identificados, os sistemas deverão possuir um certificado digital de aplicação única emitido por uma Autoridade Certificadora (AC) credenciada pelo Instituto Nacional de Tecnologia da Informação – ITI, responsável pela AC Raiz da estrutura da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, a fim de garantir a identidade do sistema”. A atual RN 305, de 09 de outubro de 2012, em seu art. 21, fixa que “as operadoras de planos privados de assistência à saúde deverão manter protegidas as informações assistenciais oriundas do Padrão TISS, quando acompanhadas de dados que possibilitem a sua individualização, não podendo as mesmas ser divulgadas ou fornecidas a terceiros”.

Essas disposições impõem às operadoras a adoção dos padrões restritos para impedir o acesso, troca indevida ou venda de dados transmitidos entre elas e os prestadores. Essa norma tenta impedir qualquer intromissão de terceiros na leitura ou cooptação de dados sensíveis transmitidos ou guardados segundo certificados de autoridades certificadoras. Nesse caso, o papel do ICP e do ITI são imprescindíveis. Entretanto, a Resolução vai aquém do papel protetivo exigido do Estado nesse caso. Primeiramente, porque não regula de forma percutiente a possível quebra dos dados entre as próprias operadoras, ou seja, ao migrar o beneficiário individualmente ou ao alienar-se uma carteira, nada impede que a operadora que recebe a proposta de adesão a um de seus planos referenciados tenha em mãos informações pessoais sobre o estado de saúde do beneficiário. Essa medida atenuaria a assimetria informativa própria desse mercado e cortaria custos desnecessários com indivíduos muito doentes. Da mesma sorte, a RN 305/2012 nada prevê sobre a atuação de terceiros indiretamente interessados em dados da saúde de beneficiários, nem evita a categorização dos mesmos através de banco de dados ilícitos<sup>76</sup>, como se verá a seguir.

76 O art. 14 da RN 305/2012 trata do componente de segurança e privacidade do padrão TISS, que estabelece os requisitos de proteção dos dados de atenção à saúde. Esse componente é um padrão detalhado em documento fornecido pela ANS (obtido via internet. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano\\_de\\_saude\\_e\\_Operadoras/tiss/Padrao\\_tiss/tiss3/padrao\\_tiss\\_seguranca3.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/tiss/Padrao_tiss/tiss3/padrao_tiss_seguranca3.pdf)>. Acesso em: 28/10/2013). Cuida de procedimentos de segurança de rede, para que invasores externos não tenham

### 4.3 O Código de Ética Médica e o sigilo profissional

Num suposto conflito de atribuições, o Conselho Federal de Medicina também regulamentou a privacidade de informações em saúde, ao menos na área da prática médica. O Código de Ética Médica, aprovado pela Resolução 1931/2009, disciplina, em inúmeros dispositivos, o sigilo profissional do médico. O art. 73 dita que é vedado ao médico “revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente”. Já o art. 77 é mais específico. Prescreve que é proibido “prestar informações a empresas seguradoras sobre as circunstâncias da morte do paciente sob seus cuidados, além das contidas na declaração de óbito”. Esse dispositivo atinge diretamente as seguradoras que operam plano de saúde, já que não faz distinção sobre o tipo de pessoa jurídica que contrata seguros.

O art. 77 teve sua redação alterada pela Resolução 1997, de 16 de agosto de 2012. Esta resolução é mais contundente em relação ao sigilo profissional. Ela cita, em sua exposição de motivos, a preservação do sigilo médico-paciente como corolário dos arts. 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988, o art. 11 do Código Civil bem como aos princípios da intimidade e intransmissibilidade dos direitos personalíssimos.

Esse conflito normativo que, em tese, impediria a troca de informações na saúde suplementar, deu origem à ação civil pública 0021345-89.2007.403.6100, que tramita perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Em recente sentença no caso (publicada em 07.02.2013<sup>77</sup>), o juiz de primeiro grau condenou “a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS em abster-se, permanentemente, de exigir a inclusão de dados confidenciais e íntimos dos pacientes acerca do seu estado de saúde, em especial a indicação do CID (Classificação Internacional da Doença), em qualquer documento ou formulário do SISTEMA DE TROCA DE INFORMAÇÕES EM SAÚDE SUPLEMENTAR - TISS, que condicione a prestação de serviço contratado e o pagamento dos custos decorrentes de serviços médicos, assim como, de proibir a troca de informações entre as operadoras de plano de saúde a ela vinculados, evitando qualquer tentativa de criação de listas negras dos usuários”.

A delimitação da lide, coincidente majoritariamente com o objeto deste estudo, está clara. O magistrado entende que o problema levado ao Poder Judiciário reside em estabelecer se a exigência de que prestadores

---

acesso aos dados de beneficiários de determinado plano ou pacientes de prestador. Entretanto, o envio de informações dentro de um conglomerado que abarque prestadores, operadoras e outros agentes não está contemplado pela norma.

77 BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, 24ª. Vara Cível de São Paulo. Publicado em 07/02/2013. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 27.out.2013.

informem o CID de seus pacientes como condição para recebimento de atendimento constitui ou não agressão ao direito à intimidade garantido na Constituição Federal e se tal envio de informação fere o código de ética médica.

Na fundamentação, recorre o magistrado primeiramente ao modelo de Alexy para resolução de conflitos entre direitos fundamentais. Entende que os mesmos são princípios e que devem ser efetivados ao máximo, ainda que sejam relativos diante da própria ordem jurídica que os vê irremediavelmente em rota de colisão. Logo, solução para resolver esse impasse é a técnica da proporcionalidade em sentido estrito, em que se sopesam valores preponderantes para o Direito. Em seguida, discorre sobre a natureza jurídica do interesse público. De início, atenta que

o interesse público não é o interesse do Estado ou de um de seus órgãos, não é o interesse momentâneo do aparato administrativo e não é o interesse da agência estatal. [...], a existência de inúmeros interesses em uma sociedade plural reafirma uma das características do Estado contemporâneo que é a fragmentação dos interesses, a afirmação conjugada de posições subjetivas objetadas e a variação os arranjos entre diferentes grupos. A atividade administrativa do Estado Democrático de Direito subordina-se à supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, constitui um vetor anterior à supremacia do interesse público, [...], razão pela qual não há interesse público prévio ao direito ou anterior à atividade decisória da administração pública. Somente será possível compreender que uma decisão foi produzida por meio de procedimento satisfatório e com respeito aos direitos fundamentais e a interesses legítimos se puder ser reputada como tradução fiel do interesse público, todavia ela não se legitimará mediante a invocação a esse 'interesse público', mas sim porque compatível com os direitos fundamentais.

Após, desqualifica o interesse do órgão regulador como legítimo ao implementar o TISS, ainda que fundado em suposta melhoria da eficiência do mercado regulado e em outras medidas de promoção da saúde. Isso porque, a pretexto de proteger os consumidores em situação de hipossuficiência, a ANS acabaria por deixá-los ainda mais vulneráveis ao armar o mercado com um código comum de rastreamento de doenças. O TISS permitiria, em última análise, que dados vazassem da operadora a que está vinculado o paciente a terceira estranha à relação de consumo, se houvesse uma troca disciplinada de informações.

Tal assertiva corrobora com o desenvolvido no capítulo 3.2 *supra*, em relação ao componente de segurança e privacidade do TISS. Há extensas obrigações e recomendações para que as operadoras implementem sistemas de segurança contra invasores externos, mas não

há norma que preveja qualquer punição específica ou que as impeça de transmitir dados sensíveis umas às outras.

O magistrado continua na mesma linha e elucubra que tais dados podem servir de moeda de troca entre operadoras<sup>78</sup>. Além disso, a ANS impôs que as operadoras fossem responsáveis pelo sistema de segurança e confiabilidade das informações em saúde. No problema específico deste estudo, seria permitir uma autorregulação dos entes privados em relação a bem jurídico de terceiros (consumidores).

Aponta o juiz do citado processo que a resolução que cria e determina a implementação do padrão TISS<sup>79</sup> deveria permitir que as entidades do sistema de saúde impeçam a liberação indevida de suas informações e acompanhem a coleta, uso e disseminação de dados que possam afetar sua reputação. Além disso, os pacientes deveriam consentir sobre o uso de suas informações em saúde e ser avisados sobre eventual transmissão.

Anota o magistrado que a questão não circunda o problema da melhoria das transações eletrônicas entre prestadores e operadoras, mas sobre a obrigatoriedade da inserção do código da CID-10 para o atendimento do paciente, o que entendeu ser ilegal.

## CONCLUSÃO

O mercado de saúde suplementar gerou a necessidade de regulamentação estatal para promover a eficiência na troca de informações contábeis e em atenção à saúde. No entanto, esse ato regulatório carece de intensa renovação e complemento, visto que deixa à revelia do mercado regulado certas práticas que podem ser severamente prejudiciais aos beneficiários.

A unificação da linguagem dos dados de atenção à saúde já vinha sendo praticada pelas operadoras mesmo antes do padrão TISS e é de alto interesse público. Primeiramente porque promove informações

78 A alienação de carteira de beneficiários de planos de saúde é um elemento complexo dentre os objetos de regulação da ANS e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Em outubro de 2013, a Unimed-Rio e a GoldenCross foram notificadas pelo Ministério da Justiça e pela Defensoria Pública do Estado de Alagoas a prestar esclarecimentos sobre a venda da carteira de uma para a outra, com fins de assegurar os direitos dos consumidores (cf. BRASIL, Ministério da Justiça. MJ notifica Unimed e Golden Cross por alienação da carteira do plano de saúde. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/portal/ministerio-da-justica/banner-de-destaque/mj-notifica-unimed-rio-e-golden-cross-por-alienacao-da-carteira-do-plano-de-saude.htm>>. Acesso em: 28.out.2013 . cf. BRASIL, Estado de Alagoas. Defensoria Pública notifica plano de saúde Golden Cross para prestar informações sobre venda de carteira de clientes. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.defensoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias2/defensoria-publica-notifica-plano-de-saude-golden-cross-para-prestar-informacoes-sobre-venda-de-carteira-de-clientes>>. Acesso em: 28/10/2013). Ainda que houvesse garantia do atendimento dos beneficiários de ambas as operadoras, não é possível para o órgão regulador saber se houve escambo ilícito de dados sigilosos para uma análise de risco de sinistro entre a Unimed-Rio e a GoldenCross.

79 153/2007, à época do ajuizamento.

para fins de estudos epidemiológicos. Em segundo lugar, porque toca diretamente o conteúdo do direito à intimidade, revelada através do sigilo entre médico e paciente.

A regulação pelo padrão TISS apresenta-se idônea para atingir seus objetivos principais, já que apresenta a Agência Nacional de Saúde Suplementar como armazenadora dos dados que revelam a situação econômico-financeira e assistencial das operadoras. Além disso, permite a interoperabilidade com os sistemas de informação em saúde do Ministério da Saúde brasileiro, o que cerca todos os campos assistenciais, público e privado.

A intervenção estatal através de padrões é necessária na medida em que o mercado não poderia gerar dados centralizados de atenção à saúde ou confrontá-los com o Sistema Único de Saúde de modo eficiente. Da mesma forma, o intercâmbio de informações sem controle poderia gerar a criação de listas negras de usuários indesejáveis.

O TISS, dessa forma, apresenta-se como modalidade de melhor custo-benefício para o tratamento de dados de atenção à saúde. Não gera um custo financeiro muito grande às operadoras para que se adaptem ao projeto; ao contrário, em longo prazo, aumenta sua eficiência administrativa. Em relação aos consumidores, protege-os contra o uso indevido de informações sensíveis que tocam o sigilo médico-paciente, ainda que de forma não totalmente segura.

Em uma primeira análise, a ferramenta regulatória em comento é constitucional, eis que atravessa sem falhas os testes do princípio da proporcionalidade. É idônea para atingir os fins elencados pela Constituição Federal no tocante à ordem econômica, bem como os parâmetros da Lei 9.656/98 especificamente em relação aos direitos dos consumidores de planos de saúde. É necessária na medida em que eventual inércia do órgão estatal nesse sentido poderia gerar um descontrole sobre o tráfego de informações sensíveis entre operadoras, minando, por via transversa, o sigilo médico-paciente. É proporcional em sentido estrito pois não se vislumbra meio menos gravoso para atingir o fim desejado, que é permitir o uso seletivo das informações de atenção em saúde, mormente para estudos em saúde pública, e ainda sim proteger o direito à intimidade do usuário do plano.

No entanto, em estudo mais profundo, nota-se que a função protetiva desse padrão carece de alguns ajustes a fim de que se otimize o exercício desse direito à intimidade. O padrão TISS determina eficientes códigos para intercomunicabilidade entre os diversos agentes de mercado e a própria ANS, mas falha ao promover pouco controle sobre a efetiva troca de conteúdo entre esses atores. A segurança da informação é um dos pilares para a manutenção da legalidade do padrão.



A ponderação entre os interesses dos diversos agentes do mercado de saúde suplementar deve passar por critérios jurídicos, políticos e econômicos. A obrigatoriedade de adoção do padrão em prazos razoáveis é o meio menos gravoso que a ANS pôde utilizar-se para evitar mudanças bruscas no padrão regulatório para operadoras e prestadores. Da mesma forma, pôde colher paulatinamente os dados referentes à atenção à saúde, seja para complementar informações já obtidas junto ao Ministério da Saúde, seja para evitar que operadoras quebrem repentinamente e deixem seus usuários a descoberto. Em relação aos consumidores, porém, a proteção dada pelo padrão fica aquém da necessária.

A obrigatoriedade de apresentação do CID-10 para receber atendimento, por sua vez, não é inconstitucional, desde que haja uma rede eficientemente segura para proteger essa informação de qualquer agente externo à relação médico-paciente. Caso contrário, a equação entre os interesses fica desequilibrada em prol das operadoras de planos de saúde. Não se trata, assim, de inconstitucionalidade por falta de proporcionalidade em sentido estrito no padrão TISS. Ao contrário, a remoção do padrão por completo seria inconstitucional pelo princípio da vedação ao retrocesso. A inexistência de um modelo desse tipo ou a determinação da exclusão do campo destinado à CID nos formulários de atendimento, como fez o magistrado da ação civil pública supracitada, não protege mais os usuários de planos de saúde. Além de impedir avanços no próprio campo da atenção à saúde e a melhoria gerencial das operadoras, retira qualquer possibilidade de fiscalização por parte do ente regulador sobre a existência de possíveis escambos ilegais de informações sensíveis, já que essas passariam diretamente de um ator privado a outro.

A fixação da ANS como guardiã dessas informações é o primeiro passo, já dado, para concretizar os objetivos do TISS. Há um problema, no entanto, em relação aos padrões estipulados para segurança, já que não contempla o vazamento de dados entre terceiros que também são atores do mercado de saúde suplementar.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE. José Carlo Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987 *Apud* SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

AKERLOFF. George A. *The market for lemons*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.iei.liu.se/nek/730g83/artiklar/1.328833/AkerlofMarketforLemons.pdf>>. Acesso em: 28.out.2013



ALEXU. Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Alexandre dos Santos. *Agências reguladoras e evolução do direito administrativo econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2006

BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Caderno de Informação da Saúde Suplementar*. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais\\_para\\_pesquisa/Perfil\\_setor/Caderno\\_informacao\\_saude\\_suplementar/2013\\_mes03\\_caderno\\_informacao.pdf](http://www.ans.gov.br/images/stories/Materiais_para_pesquisa/Perfil_setor/Caderno_informacao_saude_suplementar/2013_mes03_caderno_informacao.pdf)>. Acesso em: 24.out.2013

BRASIL, Agência Nacional de Saúde Suplementar. *Manual TISS*. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual\\_TISS\\_2\\_1\\_03.pdf](http://www.eln.gov.br/opencms/export/sites/eletronorte/aEmpresa/saudePPRS/tiss/Manual_TISS_2_1_03.pdf)>. Acesso em 06.out.2013

BRASIL, Estado de Alagoas. *Defensoria Pública notifica plano de saúde Golden Cross para prestar informações sobre venda de carteira de clientes*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.defensoria.al.gov.br/sala-de-imprensa/noticias2/defensoria-publica-notifica-plano-de-saude-golden-cross-para-prestar-informacoes-sobre-venda-de-carteira-de-clientes>>. Acesso em: 28.out.2013

BRASIL, Ministério da Justiça. *MJ notifica Unimed e Golden Cross por alienação da carteira do plano de saúde*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/portal/ministerio-da-justica/banner-de-destaque/mj-notifica-unimed-rio-e-golden-cross-por-alienacao-da-carteira-do-plano-de-saude.htm>>. Acesso em: 28.out.2013

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional Federal da 3ª. Região, 24ª. Vara Cível de São Paulo. Publicado em 07/02/2013. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>>. Acesso em: 27.out.2013

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991, p.548. 2003

CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991

CASTRO, Carlos Roberto Siqueira. *A constituição aberta e direitos fundamentais do homem*. Rio de Janeiro: Forense, 2003

DIAS, Eduardo Rocha. *Direito à saúde e informação administrativa: o caso das advertências relativas a produtos perigosos*. Belo Horizonte: Fórum, 2008

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção de dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

DORSCHNER. John. Obtido pela internet. *How insurers secretly blacklist millions with common ailments*. Disponível em: <<http://www.mcclatchydc.com/2009/03/29/65010/how-insurers-secretly-blacklist.html>>. Acesso em 24.out.2013

- DOYLE, Kathryn. *5 Ways Big Data Helps Save Lives*. Obtido pela internet. Disponível em: <<http://www.forbes.com/sites/xerox/2013/09/03/5-ways-data-mining-can-improve-healthcare/>>. Acesso em 24.out.2013
- DRUMMOND, Victor. *Internet, Privacidade e Dados Pessoais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States General Accounting Office. *DATA MINING: Federal Efforts Cover a Wide Range of Uses*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.gao.gov/new.items/d04548.pdf>>. Acesso em: 29.out.2013
- FARIAS, Edilsom Pereira de. *Colisão de Direitos – a honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Direito Constitucional: liberdade de fumar, privacidade, estado, direitos humanos e outros temas*. Barueri: Manole, 2007
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999
- GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. *Direito Civil: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2006
- GITTLESON, Kim. *How big data is changing the cost of insurance*. Obtido via internet. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk/news/business-24941415>>. Acesso em: 25.nov.2013
- GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007
- GROVES, Peter et al. *The big-data revolution in US health care: Accelerating value and innovation*. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://www.mckinsey.com/insights/health\\_systems\\_and\\_services/the\\_big-data\\_revolution\\_in\\_us\\_health\\_care](http://www.mckinsey.com/insights/health_systems_and_services/the_big-data_revolution_in_us_health_care)>. Acesso em 24.out.2013
- HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*.; Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2000
- KOMMERS, Donald P. *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2a. edição. Ed. Durham *apud* GRIMM, Dieter. A função protetiva do Estado. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. *A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007
- MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004
- NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Livraria Almedina, 1998

- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis de Direito Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002
- SAMPAIO, José Adécio Leite. *Direito à intimidade e à vida privada*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998
- SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 7. ed. Ver. E atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007
- \_\_\_\_\_. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In.: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000
- SARMENTO, Daniel. A Vinculação dos Particulares aos Direitos Fundamentais no Direito Comparado e no Brasil. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). *A Nova Interpretação Constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris
- SEM, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006
- SNIJDERS, Chris. “*Big Data: Big Gaps of Knowledge in the Field of Internet Science*”. Obtido via internet. Disponível em: <[http://www.ijis.net/ijis7\\_1/ijis7\\_1\\_editorial.pdf](http://www.ijis.net/ijis7_1/ijis7_1_editorial.pdf)>. Acesso em: 24.out.2013
- SUNFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras in: *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2000
- UNIÃO EUROPEIA. Conselho da Europa. Obtido via internet. Disponível em <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/108.htm>>. Acesso em: 24.out.2013
- VARIAN, Hal R., *Microeconomia*. Rio de Janeiro: Campus, 2003
- WARREN, Samuel D. e BRANDEIS, Louis D. *The Right to Privacy*. *Harvard Law Review*. Vol IV, 1890. Obtido pela internet. Disponível em: <[http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy\\_brand\\_warr2.html](http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html)>. Acesso em: 26.out.2013.



---

## O CONTRATO DE GESTÃO COMO MEIO DE REALIZAÇÃO DE PARCERIAS ENTRE O SETOR PÚBLICO E AS ENTIDADES PRIVADAS SEM FINS LUCRATIVOS PARA A VIABILIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

---

*THE MANAGEMENT CONTRACT AS A MEANS OF ESTABLISHING PARTNERSHIPS BETWEEN THE PUBLIC AND PRIVATE NONPROFIT ORGANIZATIONS FOR THE VIABILITY OF PUBLIC POLICIES*

*Michelle Marry Marques da Silva*

*Advogada da União – Especialista e Pós-graduada em Direito Público pelo Instituto Brasileiro de Direito Público e pela Universidade de Brasília – Coordenadora-Geral Jurídica de Suporte à Central de Compras e Contratações no Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão – Mestranda no Instituto Brasileiro de Direito Público tendo como área de concentração “Constituição e Sociedade”.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Do Contrato de Gestão; 2 Aspectos Gerais; 3 Conceito; 4 Conteúdo; 5 Da forma de instrumentalização; 6 Parcerias Entre o Setor Público e o Setor Privado; 7 Das organizações sociais; 8 Serviços públicos não estatais e a atividade de fomento; 9 Políticas Públicas; 10 conceito; 11 Formas para sua implementação; 12 O papel do Estado na efetivação das políticas públicas e os agentes responsáveis por sua viabilização; 13 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** O Estado passou nos últimos tempos por mudanças consideráveis. Desse modo, o que se buscou com o presente trabalho foi demonstrar que o chamado contrato de gestão pode ser visto hoje como meio para realização de parcerias entre o setor público e as entidades privadas sem fins lucrativos com o intuito de viabilizar políticas públicas.

Nesses termos, no início do presente trabalho o que se buscou foi tratar sobre o contrato de gestão em si, seu conteúdo, forma de instrumentalização e sua utilização como meio de transferência de recursos para o setor privado. Em um segundo momento, o que se tentou foi demonstrar que a realização do contrato de gestão com as Organizações Sociais não deixa de ser uma forma de parceria entre o setor público e privado, para isso a exposição foi mais voltada para a forma de funcionamento das organizações sociais e para a diferenciação dos serviços públicos não estatais para os estatais e sobre o que se pode entender por atividade de fomento. Por fim, de forma perfunctória foi disposto sobre o plano diretor de reforma do aparelho do Estado e ao final do trabalho discorreu-se sobre as formas de implementação das políticas públicas e qual o papel do Estado na sua efetivação, bem como quem seriam os agentes responsáveis por sua efetivação, o que está intimamente relacionado com a alteração dos paradigmas de Estado.

**ABSTRACT:** The state has recently undergone considerable changes. Thus, what is sought in the present work was to demonstrate that the so-called management contract can be seen today as a means to establish partnerships between the public and private nonprofit entities for the purpose of enabling public policies.

In these terms, the beginning of this work what we sought was treating about contract management itself, its content, form of instrumentalization and its use as a means of transferring resources to the private sector. In a second step, which was tried to demonstrate that the implementation of the management contract with the Social Organizations is nonetheless a form of partnership between the public and private sector, for that exhibition was more focused on the way of functioning of social organizations and for the differentiation of non-state public services to the state and what can be understood by fostering activity. Finally, the perfunctory manner was arranged on the master plan for reform of the state apparatus and the end of the work is talked about ways of implementation of public policies and the role of the state in its implementation and what would be the agents responsible for its effectiveness, which is closely related to the change of paradigms in the state.

**PALAVRAS-CHAVES:** Contrato de Gestão. Parcerias entre o Setor Público e o Privado. Viabilização de Políticas Públicas. Serviços Públicos Não Estatais. Alteração dos Paradigmas de Estado.

**KEYWORDS:** Management Contract. Partnerships between the Public Sector and the Private . Feasibility of Public Policy . Public Services Non State . Alteration of State Paradigms .

## INTRODUÇÃO

As demandas sociais crescentes e a insuficiência do Estado para supri-las tem resultado na necessidade de o Estado repensar as formas de prestação de serviços públicos e a efetivação das políticas públicas, o que tem feito surgir parcerias entre as entidades privadas e o Poder Público como forma de implementar as políticas públicas crescentes.

O tema em questão procurou demonstrar a importância do contrato de gestão como um meio através do qual possa ser viabilizada a transferência de recursos para as entidades privadas sem fins lucrativos como meio para a implementação de políticas públicas.

Tendo em vista o fato de que muitas vezes o setor privado se apresenta mais eficaz para a realização de determinado programa de governo, forçoso reconhecer, que essas parcerias são cada dia mais desejadas pelo poder público tendo como resultado a divisão com o mencionado setor da efetivação das políticas públicas necessárias.

Nesse diapasão, o foco principal se volta para a prestação de serviços públicos por intermédio de agentes não estatais que irão atuar segundo normas menos rígidas e sujeitas a um controle estatal quanto aos resultados com o foco voltado para o resultado, logo, na eficiência.

Além disso, tendo em vista o fato de que vários dispositivos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 foram questionados no Supremo Tribunal Federal-STF (ADI 1923/DF) no que se refere à sua constitucionalidade observou-se que o Poder Executivo passou a evitar realização desse tipo de parceria como o setor privado. O que em termos de eficiência do Estado e busca por uma administração pública gerencial<sup>1</sup> gera uma deficiência considerável nos objetivos a serem alcançados.

<sup>1</sup> Segundo o Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado – MARE – e aprovado em 21.09.1995 pela Câmara da Reforma do Estado, composta pelos ministros da Administração e Reforma do Estado, do Trabalho, da Fazenda e do Planejamento e Orçamento, e pelo ministro chefe do Estado-Maior das Forças Armadas a administração pública gerencial: [...] emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de restringir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial. A reforma do aparelhamento do Estado passa a ser

Desse modo, a chamada publicização de espaços públicos passa a estar associada ao modelo de Estado gerencial, no qual, o Estado deixa de tratar questões como saúde, educação e assistência pública como questões de administração exclusivamente estatal.

Portanto, o Estado passa a transferir essas responsabilidades às organizações da sociedade civil e as controla por meio do chamado contrato de gestão. O controle passa a ser de resultados. Surge a partir daí a ideia de eficiência que passa a implicar uma necessidade de maior autonomia dos entes administrativos, especialmente, relacionada à hierarquia e controle procedimental dos seus atos.

Assim, afigura-se inegável a importância do estudo do tema em questão.

Relacionado ao paradigma de Estado em questão tem-se que no Estado regulador a relação entre a esfera pública e a esfera privada deu-se pela instituição de mecanismos de cooperação e pela criação do Terceiro Setor (esfera pública não estatal), pois o Estado passou a ter o papel de regular apenas a satisfação dos interesses sociais (intervenção indireta).

Com isso, atividades públicas (serviços públicos) quando considerados não exclusivos do Estado podem ser prestados na forma de parceria entre o Estado e a sociedade (Terceiro Setor). Essas atividades são consideradas espaços públicos não estatais (serviços públicos como saúde, educação, cultura, pesquisa científica).

Ante o exposto, o Estado não se imiscuiu com o nascimento do Terceiro Setor das responsabilidades estatais relacionadas à saúde, educação e assistência pública, mas, ao mesmo tempo buscou manter um controle nos resultados a serem apresentados (buscando seguir um modelo de administração gerencial e não mais burocrático), pois o Estado passa a ser promotor desses tipos de serviços.

Em outras palavras o Estado regulador buscou um modelo no qual os destinatários das normas passassem a ser entendidos como seus autores.

No que se refere às competências do Estado regulador elas são recorrentes no âmbito da economia, mas também do social (proteção do meio ambiente e do direito das minorias), tendo em vista que esse modelo de Estado assiste a um aumento do controle e da fiscalização sobre as atividades privadas. Nota-se um incremento do poder de controle, fiscalização e normatização das atividades privadas.

Verifica-se, então, que a forma de atuação do Estado regulador, tanto, na economia, quanto na sociedade é de forma indireta.

Dessa forma, O Estado passa a privatizar as empresas e as entidades pertencentes a ele e que estavam incumbidas de intervir diretamente

---

orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos e desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.



na atividade econômica, ou seja, buscou-se a transposição da atividade considerada econômica em sentido estrito para a iniciativa privada. A mencionada transposição teve como pano de fundo o fato de que a iniciativa privada passou a ser vista como aquela que teria melhores condições de exercer certas atividades econômicas/sociais, com eficiência, na busca do lucro, redução de despesas e ganhos de escala para o Estado.

Por outro lado, atividades econômicas em relação às quais se considera existir interesse público relevante (como, por exemplo, no caso brasileiro o petróleo, nos termos do art. 177 da Constituição da República) deveriam continuar a ser prestadas diretamente pelo Estado, por isso pode-se dizer que o movimento de publicização descrito pelo PDRAE buscou a defesa da coisa pública, de fato, o que se quis foi a separação entre a esfera dos interesses dos indivíduos (interesses privados) daquela relacionada ao interesse da coletividade (interesse público) passando a ser papel do Estado a busca pela satisfação do interesse público e não de grupos específicos da sociedade.

## **1 DO CONTRATO DE GESTÃO**

## **2 ASPECTOS GERAIS**

A necessidade de redefinir o papel do Estado, principalmente, em decorrência da falência apresentada tanto pelo modelo de Estado Social, quanto do liberal fez com que o Estado assumisse mais uma função regulatória.

Assim sendo, a atividade de fomento aparece como uma forma de manifestação deste Estado que agora passa a assumir uma postura mais regulatória. Foi com esse objetivo que a Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 (resulta da conversão da Medida Provisória nº 1.591, de 9 de outubro de 1997) instituiu o contrato de gestão, como instrumento hábil a ser celebrado com as Organizações Sociais, para instigar a iniciativa privada a praticar atividades consideradas pelo Estado e pela sociedade como relevantes, principalmente, para a área social.

Por outro lado, fato é que toda a mudança de paradigma traz consigo certa resistência. Não foi diferente com a Lei nº 9.637/1998, a qual trouxe com sua publicação toda uma discussão voltada em torno da sua constitucionalidade, é por isso que, atualmente, existe no Supremo Tribunal Federal - STF esperando julgamento duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Lei nº 9.637/1998, quais sejam: a ADI nº 1943/DF, que se encontra sobrestada aguardando o julgamento da ADI nº 1923/DF.

Em relação a ADI nº 1923/DF o Informativo/STF nº 474, de agosto de 2007, trouxe notícia no sentido de que o Tribunal, por maioria, indeferiu a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade por

entender que não existe a incompatibilidade alegada na peça vestibular com a Constituição Federal. Para o Tribunal “a Constituição Federal não impôs ao Estado o dever de prestar tais atividades por meio de órgãos ou entidades públicas, nem impediu que elas fossem desempenhadas por entidades por ele constituídas para isso, como são as organizações sociais.”

Iniciado o julgamento em março de 2011, pelo que consta da consulta feita ao sítio do STF, votaram os Ministros Ayres Brito e Luiz Fux. O ponto de destaque presente no voto do Ministro Ayres Brito foi o reconhecimento da constitucionalidade do inciso XXIV do art. 24 da Lei nº 8.666/1993, considerou o Ministro que é dispensável a realização de um procedimento licitatório para a celebração de contrato de gestão, pelo fato de, na verdade, esse tipo de contrato tratar-se de um convênio, no qual prevalecem interesses recíprocos.

Quanto ao Ministro Luiz Fux afirmou que “o texto constitucional é expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, através do fomento, como o faz com setores particularmente sensíveis como saúde [...] e educação [...], mas que se estende por identidade de razões a todos os serviços sociais”.

Além disso, destacou a não caracterização do contrato de gestão como “contrato” no sentido próprio do termo, pela inexistência de contraposição de interesses.

Também, no que se refere à constitucionalidade da ausência de licitação do procedimento de qualificação afirmou se tratar, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzida com observância aos princípios constitucionais que regem a Administração Pública.

Sobre os empregados das Organizações Sociais destacou, com precisão, que não são servidores públicos, mas sim empregados privados, logo a remuneração dispensa a previsão em lei, bem como a contratação dispensa o concurso público.

Em relação ao tratamento a ser dado aos servidores públicos cedidos o Ministro não vislumbrou qualquer violação à Constituição da República, visto que a Lei nº 9.637/1998 preserva a remuneração do cargo, da qual o servidor faz jus no órgão de origem e será esta que virá servir como paradigma em termos previdenciário.

O Ministro destacou, ainda, que exigir a previsão em lei para pagamento de verbas dos servidores que vierem a ser cedidos, as quais jamais serão incorporadas à remuneração do servidor na origem e, ainda, se provenientes de contrato de gestão, serão consideradas como adicionais decorrentes do exercício de uma função temporária de direção e assessoramento iria caracterizar “uma verdadeira autarquização das organizações sociais, afrontando a própria lógica de eficiência e flexibilidade”.

Impede destacar, pela pertinência, trecho do voto do Ministro Luiz Fux, quanto ao argumento lançado na petição inicial, no sentido de que não há na Lei nº 9.637/1998 violação à liberdade de associação. Ponderou que:

[...] a interferência na atuação das associações, inclusive com o percentual de representantes do poder público do Conselho de Administração, é apenas um requisito para um benefício a ser obtido voluntariamente através da parceria entre o setor público e a organização social [...]. Assim, a intervenção na estrutura da entidade é condicionada, e instituída no benefício da própria organização, que apenas se submeterá a ela se assim o desejar.

O Ministro Marco Aurélio pediu vista dos autos e o julgamento da ADI nº 1923/DF encontra-se suspenso desde 19.05.2011.

Ante o exposto, forçoso reconhecer que não houve, pelo menos, até o momento, declaração de mérito sobre a inconstitucionalidade da Lei nº 9.637, de 1998, por parte do STF, ademais, a manifestação lançada no voto, principalmente, do Ministro Luiz Fux inaugurou duas interpretações possíveis relacionadas à referida Lei, quais sejam: a) a não necessidade de procedimento licitatório para a qualificação de uma entidade privada, sem fins lucrativos, como Organização Social se assemelha a uma forma de credenciamento, e; b) a natureza de convênio a ser dada ao contrato de gestão.

Destarte, diante da presunção de constitucionalidade de que gozam as leis e da legalidade dos atos da administração até que sobrevenha decisão judicial em contrário a Lei nº 9.637/1998 deve ser aplicada.

Importante notar que, a implementação das políticas públicas hoje não deve depender apenas dos governos constituídos, mas, de toda a sociedade civil organizada, o que pode ser alcançado com as parcerias firmadas com a iniciativa privada, por meio das entidades privadas sem fins lucrativos.

Significante parâmetro, nesse sentido, foi traçado por Maria Paula Dallari Bucci quando dispôs que pensar em política pública é pensar em coordenação dos seguintes setores: 1) na atuação dos poderes executivos, legislativos e judiciário; 2) seja entre os níveis federativos; 3) seja no interior do governo (entre as suas pastas); 4) interação entre os organismos da sociedade civil e o Estado (Convênios, Consórcios etc)<sup>2</sup>.

Portanto, a busca pela realização de parcerias com a iniciativa privada pode resultar no atendimento das políticas públicas almejadas pela coletividade de forma satisfatória. Está dentro dessa lógica a

<sup>2</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari - *organizadora. Políticas Públicas – Reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo. Editora: Saraiva. 2006. p 1-49.

interação com as Organizações Sociais, entidades privadas sem fins lucrativos.

Outrossim, cabe ser feita distinção entre serviços públicos exclusivos do Estado e serviços públicos não-exclusivos, os quais nas lições de José dos Santos Carvalho Filho<sup>3</sup> podem ser considerados:

Serviços delegáveis são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores.

[...]

Alguns serviços, embora delegáveis, são prestados pelo próprio Estado, mas o fato se deve a determinada diretriz política e administrativa que pretenda implementar, o que não impede que, em outro momento, sejam executados por terceiros.

[...]

Forçoso reconhecer que o art. 1º da Lei nº 9.637/1998 selecionou os serviços que o Estado entende como delegáveis.

Nessa senda, nada mais coerente que caso se apresente uma entidade privada sem fins lucrativos com o objeto específico da política pública que se quer implementar dentre as suas atribuições, o governo decida ser desnecessária a realização de seleção pública para esse tipo de contratação, que, na verdade se assemelha mais a uma parceria do que qualquer outra coisa.

### 3 CONCEITO

A Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998 trouxe previsão expressa em seu artigo quinto no sentido de ser o contrato de gestão o instrumento firmado entre o Poder Público e a entidade que já houver sido qualificada como organização social.

Ademais, pode-se concluir, ainda, pela inteligência do artigo supramencionado que a finalidade do contrato de gestão é a formação de parceria com vistas à fomentar as atividades dirigidas: 1) ao ensino; 2) à pesquisa científica; 3) ao desenvolvimento tecnológico; 4) à proteção e preservação do meio ambiente, e; 5) à cultura e à saúde, portanto, prestação de serviços públicos ou atividades que sejam consideradas de interesse público.

Nesse sentido, como a finalidade do contrato de gestão presente na Lei nº 9.637/1998 é a formação de parcerias pode-se entender que quando a citada norma em seu artigo quinto fez referência à palavra

3 FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Lumen Juris editora. Rio de Janeiro. 2011. p. 299.

fomento estava ela deixando a entender que essa era uma forma que o Estado encontrou para incentivar a iniciativa privada.

Utiliza-se a expressão contrato de gestão para indicar um ato jurídico pactuado entre diferentes órgãos no âmbito interno da Administração Pública e que dispõe sobre as condições de exercício das competências públicas, fixando inclusive metas a serem atingidas.

A figura desperta controvérsias, especialmente em virtude da utilização da expressão 'contrato'. Afinal, não existem propriamente 'duas' partes, eis que se trata de uma 'avença' (se é que se pode utilizar a expressão) entre órgãos administrativos. Sequer se pode aludir a algum tipo de sancionamento, em sentido próprio, para o não cumprimento das condições estabelecidas no contrato de gestão.<sup>4</sup>

No tipo de contrato idealizado pela Lei nº 9.637/1998 poderá o Poder público auxiliar a entidade qualificada fazendo a cessão de bens públicos, de servidores públicos e, até mesmo, transferindo recursos orçamentários.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>5</sup> chama a atenção para o fato de que o tipo de contrato em comento tanto pode ser celebrado entre órgão da Administração direta com entidades da indireta, quanto pela Administração direta com entidades do terceiro setor, como as Organizações Sociais, restará configurado, nesse último caso o desejo da Administração em realizar parceria com os entes privados.

Com a Emenda Constitucional nº 19, de 14 de junho de 1998, houve a introdução do parágrafo oitavo ao artigo 37 da Constituição da República dispondo o mencionado artigo que poderia ser ampliada a autonomia gerencial, orçamentária e financeira dos órgãos e entidades da administração direta e indireta mediante contrato, esse último deveria ser firmado entre os administradores dos entes referidos e o poder público.

Nesse prumo, o artigo dispôs, ainda, que o objeto do contrato deveria trazer a fixação de metas de desempenho para o órgão ou entidade e caberia à lei dispor sobre: 1) o prazo de duração do contrato; 2) os controles e critérios de avaliação de desempenho, direitos, obrigações e responsabilidade dos dirigentes, e; 3) a remuneração do pessoal.

Destarte, nota-se que o fim almejado com a inclusão da disposição constitucional acima citada foi exatamente deixar clara a vontade do Estado em ser concedida maior autonomia seja ao órgão, seja à entidade da Administração indireta que viesse a celebrar com ele o contrato recém criado.

<sup>4</sup> FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Fórum editora. Belo Horizonte. 2012. p. 672.

<sup>5</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 8. ed. Atlas editora. São Paulo. 2011. p.255.

Importante notar que quando o contrato de gestão é celebrado com as organizações sociais acaba gerando o efeito inverso daquele que é observado na celebração com a Administração indireta, em outras palavras, observar-se-á no caso da primeira entidade uma restrição a sua autonomia, já que essas entidades são privadas e terão que se sujeitar as exigências estabelecidas no ajuste firmado.

Além disso, em troca da autonomia concedida é que o instrumento de contrato deve trazer em seu bojo as metas a serem alcançadas pelo contratado e o prazo que ele deverá cumpri-las. Como forma de controlar se os fins a serem alcançados ao final do contrato estão sendo cumpridos pelo contratado estabeleceu-se um controle baseado em resultados.

No que se refere ao controle a ser realizado no contrato de gestão Alexandre de Moraes<sup>6</sup> dispôs:

O ciclo de avaliação do contrato de gestão envolve as seguintes ações:

- Geração de relatórios parciais e anual;
- Avaliação institucional;
- Auditorias

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>7</sup> discorrendo sobre o contrato de gestão a ser celebrado entre órgãos da Administração direta, os quais não possuem personalidade jurídica própria, portanto, na verdade, em ambos os lados o que vai existir são as duas partes representando a mesma pessoa, com muita propriedade observou que:

[...] esses contratos correspondem, na realidade, quando muito, a termos de compromissos assumidos por dirigentes de órgãos, para lograrem maior autonomia e se obrigarem a cumprir metas. Além disso, as metas que se obrigam a cumprir já correspondem àquelas que estão obrigados a cumprir por força da própria lei que define as atribuições do órgão público; a outorga de maior autonomia é um incentivo ou um instrumento que facilita a consecução de metas legais.

De fato, razão assiste à autora, até mesmo porque como esposado no tópico anterior contratos pressupõem a existência de interesses contrapostos e no caso da realização de contrato de gestão entre órgãos o que vai existir é uma convergência de interesses e não uma contraposição entre os mesmos.

6 MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. 3. ed. Atlas editora. São Paulo. 2006. p. 160.

7 Op cit. p. 266.

Com bem destacado por Marçal Justen Filho<sup>8</sup>:

Deve-se asseverar, primeiramente, a ausência de natureza contratual para a figura. A figura examinada apresenta natureza consensual, mas não contratual. Não se trata de um acordo de vontades destinado a gerar direitos e obrigações para uma ou ambas as partes, com natureza ampliativa do universo de relações jurídicas de que participam.

Os partícipes da avença não podem sequer ser considerados partes distintas e autônomas. São sujeitos integrantes da mesma órbita jurídica, sem qualquer contraposição ou dissociação de interesses.

Observa-se que a intenção desse tipo de instrumento é ampliar a eficiência administrativa, o que não retira dele a obrigatoriedade de observância ao princípio da legalidade.

#### 4 CONTEÚDO

O artigo 6º da Lei nº 9.637/1998 deixa claro que o contrato de gestão deverá discriminar em seu corpo:1) as atribuições;2) as responsabilidades, e;3) as obrigações tanto do Poder Público, quanto da organização social.

Além disso, o artigo 7º do mesmo diploma normativo ressalva que na elaboração do contrato de gestão, devem ser observados os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade.

Ainda, no mesmo dispositivo precitado encontra-se comando para que sejam observados os seguintes preceitos:

- I - especificação do programa de trabalho proposto pela organização social, a estipulação das metas a serem atingidas e os respectivos prazos de execução, bem como previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de qualidade e produtividade;
- II - a estipulação dos limites e critérios para despesa com remuneração e vantagens de qualquer natureza a serem percebidas pelos dirigentes e empregados das organizações sociais, no exercício de suas funções.

No inciso I verifica-se o atendimento ao preceito constitucional expresso no artigo 37, § 8º, o qual determina a obrigatoriedade de fixação de metas de desempenho, os controles e critérios de avaliação de desempenho para o órgão ou entidade que irá celebrar o contrato. Isso

8 Op cit. p. 673.

se deve ao fato do controle para esse tipo de avença ser pelo resultado alcançado.

Também é importante a disposição constante no inciso II acima para que se observe o cumprimento das determinações constitucionais, especialmente, as relacionadas ao teto remuneratório.

Outrossim, as demais cláusulas dos contratos de gestão serão definidas pelos Ministros de Estado ou autoridades supervisoras da área de atuação da entidade, de acordo com o objeto acordado.

## 5 DA FORMA DE INSTRUMENTALIZAÇÃO

Para alcançar a fase da assinatura do contrato de gestão existe um percurso a ser seguido, no qual suas etapas devem ser observadas dentro de um procedimento administrativo específico aberto para essa finalidade.

No caso das entidades privadas sem fins lucrativos primeiro elas deverão receber a qualificação de organização social. Para receberem a mencionada qualificação deverá ser submetida à apreciação do Poder Executivo o estatuto da entidade, o qual deverá contemplar todas as disposições constantes dos artigos 2º, 3º e 4º da Lei nº 9.637/1998.

No artigo 2º da Lei nº 9.637/1998 encontram-se os requisitos específicos para que as entidades privadas, sem fins lucrativos, habilitem-se à qualificação como organização social, sendo eles:

- I - comprovar o registro de seu ato constitutivo, dispondo sobre:
  - a) natureza social de seus objetivos relativos à respectiva área de atuação;
  - b) finalidade não-lucrativa, com a obrigatoriedade de investimento de seus excedentes financeiros no desenvolvimento das próprias atividades;
  - c) previsão expressa de a entidade ter, como órgãos de deliberação superior e de direção, um conselho de administração e uma diretoria definidos nos termos do estatuto, asseguradas àquele composição e atribuições normativas e de controle básicas previstas nesta Lei;
  - d) previsão de participação, no órgão colegiado de deliberação superior, de representantes do Poder Público e de membros da comunidade, de notória capacidade profissional e idoneidade moral;
  - e) composição e atribuições da diretoria;



- f) obrigatoriedade de publicação anual, no Diário Oficial da União, dos relatórios financeiros e do relatório de execução do contrato de gestão;
  - g) no caso de associação civil, a aceitação de novos associados, na forma do estatuto;
  - h) proibição de distribuição de bens ou de parcela do patrimônio líquido em qualquer hipótese, inclusive em razão de desligamento, retirada ou falecimento de associado ou membro da entidade;
  - i) previsão de incorporação integral do patrimônio, dos legados ou das doações que lhe foram destinados, bem como dos excedentes financeiros decorrentes de suas atividades, em caso de extinção ou desqualificação, ao patrimônio de outra organização social qualificada no âmbito da União, da mesma área de atuação, ou ao patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, na proporção dos recursos e bens por estes alocados;
- II - haver aprovação, quanto à conveniência e oportunidade de sua qualificação como organização social, do Ministro ou titular de órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e do Ministro de Estado da Administração Federal e Reforma do Estado.

Dessa forma, todos os requisitos acima listados deverão estar presentes no estatuto da entidade.

Nos artigos terceiro e quarto há disposições específicas direcionando como deve ser a composição do Conselho de administração da entidade, bem como as atribuições que devem a ele ser outorgadas.

Após a análise do estatuto da entidade que se candidatar para receber a qualificação de Organização Social estando ele de acordo com o que prevê a Lei nº 9.637/1998 e após o juízo de conveniência e oportunidade realizado pelo Poder Executivo é publicado o Decreto, o qual irá qualificar a entidade como Organização Social.

Qualificada a entidade privada como Organização Social segue-se a essa etapa a elaboração do contrato de gestão e, posteriormente, sua assinatura.

Todavia, antes da assinatura do contrato de gestão pelos interessados ele deve ser submetido ao Conselho de Administração da entidade e depois de aprovado deve ser enviado ao Ministro de Estado ou autoridade supervisora da área correspondente à atividade a ser desenvolvida pela entidade.

Aprovado o contrato de gestão a próxima etapa é a de execução e fiscalização do contrato firmado.

Sobre o assunto, o artigo 8º da Lei nº 9.637/1998 determinou que a fiscalização do contrato gestão deve ser feita pelo órgão ou entidade supervisora da área de atuação correspondente à atividade fomentada.

Para isso, de acordo com o parágrafo 1º do artigo precitado deverá a entidade qualificada apresentar:

[...] ao órgão ou entidade do Poder Público supervisora signatária do contrato, ao término de cada exercício ou a qualquer momento, conforme recomende o interesse público, relatório pertinente à execução do contrato de gestão, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado da prestação de contas correspondente ao exercício financeiro.

É recomendável que o prazo para apresentação do relatório exigido acima seja determinado já no contrato de gestão para que as duas partes tenham ciência do prazo acordado para apresentação do relatório de execução do instrumento firmado e o Poder Público possa acompanhar de perto o cumprimento das metas estabelecidas e verificar se os resultados foram alcançados.

O Tribunal de Contas da União já decidiu pela necessidade de previsão no contrato de gestão das metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos:

4. Importante destacar que o contrato de gestão é ajuste firmado com vistas a propiciar repasse de recursos públicos e, portanto, ainda que a organização social a ser beneficiada com a verba disponibilizada seja entidade particular, preponderam os princípios de direito público.

5. Dessarte, o art. 7º da Lei n. 9.637/1998 estabelece que devem ser observados no contrato de gestão os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e economicidade.

6. Nesse sentido, verifico que para a aferição do cumprimento, pelo CGEE, do princípio da economicidade, faz-se necessário que estejam especificados, de forma detalhada, os custos referentes à execução de cada uma das ações previstas para o alcance das metas estipuladas no âmbito do contrato de gestão em exame.

[...]

14. [...] ante todo o contexto das falhas detectadas pela unidade técnica, cumpre a essa Corte de Contas determinar ao Ministério da Ciência e Tecnologia que, ao firmar contratos de gestão, estipule as metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos incorridos, especificando, detalhadamente, todos os custos atinentes às ações que estão sendo consideradas.

[...]

9.4. determinar ao Ministério da Ciência e Tecnologia que:[...]9.4.2. ao firmar contratos de gestão, estipule as metas a serem alcançadas, com as respectivas previsões de gastos incorridos, especificando, detalhadamente, todos os custos atinentes às ações que estão sendo consideradas<sup>9</sup>

Quanto aos resultados o parágrafo 2º do art. 1º da Lei nº 9.637/1998 determina que eles sejam “analisados, periodicamente, por comissão de avaliação, indicada pela autoridade supervisora da área correspondente, composta por especialistas de notória capacidade e adequada qualificação.” Importante, também, que essa previsão já venha definida no contrato. A comissão ao final de sua análise deverá encaminhar à autoridade supervisora relatório conclusivo sobre a avaliação feita para que de posse do mencionado documento possa a referida autoridade avaliar a pertinência em dar continuidade ou não à avença.

Tendo em vista o acima exposto foi que o artigo 9º da Lei nº 9.637/1998 dispôs:

Os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão, ao tomarem conhecimento de qualquer irregularidade ou ilegalidade na utilização de recursos ou bens de origem pública por organização social, dela darão ciência ao Tribunal de Contas da União, sob pena de responsabilidade solidária.

O artigo 10 do mesmo diploma normativo acima citado sinaliza no sentido da necessidade de ser feita representação também ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade de acordo com a gravidade dos fatos ou o interesse público no caso da existência de indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública.

A medida precitada se faz necessária para que os órgãos mencionados requeiram ao juízo competente, de acordo com a conveniência de cada um, a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

Contudo, como muitas vezes fica difícil para os responsáveis pela fiscalização da execução do contrato de gestão identificar a existência de indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública o mais indicado é que em todos os casos seja feita representação também ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade e não apenas ao Tribunal de Contas da União.

9 AC-2640-29/08-1. Sessão: 20/08/08 Grupo: II Classe: II Relator: Ministro MARCOS BEMQUERER - Tomada e Prestação de Contas - Iniciativa Própria.

## 6 PARCERIAS ENTRE O SETOR PÚBLICO E O SETOR PRIVADO

### 7 DAS ORGANIZAÇÕES SOCIAIS

Uma das formas de parceria entre o setor público e o setor privado é a realização do chamado contrato de gestão com a entidade privada sem fins lucrativos que tenha sido qualificada como organização social pelo poder público.

Sobre o assunto o Ministro Luiz Fux teceu importantes observações em seu voto proferido na ADIN nº 1923/DF<sup>10</sup>:

Em primeiro lugar, deve ser afastada a incidência do art. 37, XXI, da CF quanto ao procedimento de qualificação como OS, porquanto tal ato não se configura como *contratação* no sentido próprio do termo. É que não ocorre, em tal hipótese, a *contraposição de interesses, com feição comutativa e com intuito lucrativo*, que consiste no núcleo conceitual da figura do contrato administrativo [...]. Ao contrário, a qualificação consiste em uma *etapa inicial*, embrionária, pelo deferimento do título jurídico de '*organização social*', para que Poder Público e particular colaborem na realização de um interesse comum, que consiste na prestação de serviços sociais para a população.

Essa prestação, mais à frente, será fomentada pelo Estado através do repasse de recursos e da cessão de pessoal e de bens, mas a etapa inicial, a condição primeira para que isso ocorra, nos termos da Lei (Art. 1º), *é a qualificação da entidade como organização social*. Assim, a qualificação como OS consiste apenas na atribuição de um título jurídico de legitimação da entidade, que passa a se habilitar, a fruir, se celebrado o contrato de gestão posteriormente, de determinados benefícios. (grifos no original).

Nesse sentido, nota-se que a parceria firmada entre o poder público e o particular pode ser entendida como uma forma de colaboração entre os mencionados setores tendo como finalidade fomentar a atividade privada, aumentar a eficiência do Estado e satisfazer o interesse público.

De fato, a intenção em realizar esse tipo de parceria é para que a entidade qualificada como organização social desenvolva atividades que possuam interesse coletivo.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>11</sup> a parceria entre o setor público e privado pode ser configurada de diferentes formas:

a. forma de delegação da execução de serviços públicos a particulares, pelos instrumentos da concessão e permissão de serviços públicos, ou

<sup>10</sup> ADIN nº 1.923/DF. Relator Ministro Ayres Britto. Acesso pelo link: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto\\_\\_ADI1923LF.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Voto__ADI1923LF.pdf). p. 1-35. Acesso em 16.jan.2014.

<sup>11</sup> 13 Op. Cit. p. 22-23.

das parcerias público-privadas (concessão patrocinada e concessão administrativa, criadas pela Lei nº 11.079, de 30-12-2004);

b. meio de fomento à iniciativa privada de interesse público, efetivando-se por meio de convênio, contrato de gestão ou termo de parceria;

c. forma de cooperação do particular na execução de atividades próprias da Administração Pública, pelo instrumento da terceirização (contratos de prestação de serviços, obras e fornecimento, sob a forma de empreitada regida pela Lei nº 8.666, de 23-6-93, ou de concessão administrativa, regida pela Lei nº 11.079/2005);

d. instrumento de desburocratização e de instauração da chamada Administração Pública gerencial, por meio dos contratos de gestão.

Além disso, para a mesma autora acima mencionada<sup>12</sup> a realização do contrato gestão com as organizações não governamentais, que tenham sido qualificadas como organizações sociais, é uma forma de descentralização administrativa por colaboração, como no caso do exemplo trazido por ela da realização de contrato gestão com a organização social que venha a assumir a prestação de serviço público na área de saúde.

Quanto ao enquadramento das organizações sociais Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>13</sup> aponta com muita propriedade toda a indefinição que existe em torno do tema. Segundo a autora citada:

1) esse tipo de entidade se enquadra na categoria das entidades paraestatais, as quais para ela abrangem “pessoas privadas que colaboram com o Estado desempenhando atividade não lucrativa e às quais o Poder Público dispensa especial proteção, colocando a serviço delas manifestações de seu poder de império, como o tributário, por exemplo; não abrangem as entidades da Administração indireta; trata-se de pessoas privadas que exercem função típica (embora não exclusiva do Estado), como as de amparo aos hipossuficientes, de assistência social, de formação profissional; o desempenho das atividades protetórias por entidades que colaboram com o Estado faz com que as mesmas se coloquem próximas ao Estado, paralelas a ele; daí a expressão ‘entidade paraestatal’;

2) para os teóricos da Reforma do Estado esse tipo de entidade faz parte do chamado terceiro setor ‘aquele que é composto por entidades da sociedade civil que exercem atividades de interesse

<sup>12</sup> 14 OP. Cit. p. 46-47.

<sup>13</sup> 15 Op. Cit. p. 253-254.

público e não lucrativas'. O mencionado setor convive com o primeiro, reconhecido como sendo o Estado e o segundo, no qual se insere o mercado;

- 3) outros teóricos da Reforma do Estado reconhecem as organizações sociais como fazendo parte do terceiro setor, mas em uma categoria diferente chamada de 'públicas não estatais', as quais podem ser entendidas como sendo públicas '[...] porque prestam atividade de interesse público, com auxílio e controle pelo Estado; e não estatais, porque não integram a Administração Pública, direta ou indireta'.

Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>14</sup> considera que:

A administração dos interesses públicos a cargo do Estado pode ser realizada: diretamente – pelos órgãos executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; indiretamente – pelos entes públicos por ele criados, como autarquias, paraestatais (integrantes da administração indireta); e associadamente – através de pessoas jurídicas de direito privado que se aliam ao Estado sob um vínculo de colaboração de direito público.

A partir dessa premissa de que o interesse público é próprio do Estado, que deve persegui-lo e realizá-lo na forma da lei e do Direito, mas não é dele exclusivo, pois a sociedade organizada pode e em certos casos deve ter ação concorrente.

Abre-se um vasto campo, que a doutrina tem denominado administração privada associada de interesses públicos.

Chama atenção a citação acima para o fato de que a ação do Estado pode ser intensificada pelos esforços a serem empreendidos de forma associada tanto pelo setor público, quanto pelo privado, tendo em vista que a sociedade deve ter em mente o seu papel de auxiliar do Estado na realização do interesse público.

A qualificação da entidade como organização social é prévia à assinatura do contrato de gestão, justamente, porque a entidade qualificada está apta a receber alguns benefícios do poder público, tais como: utilização de bens públicos, repasse de recursos públicos e cessão de servidores públicos, para que ela possa desenvolver as atividades dispostas no art. 1º da Lei nº 9.637/1998<sup>15</sup>.

14 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro. Editora: Renovar. 2006. p. 340.

15 Art. 1º. O Poder Executivo poderá qualificar como organizações sociais pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde, atendidos aos requisitos previstos nesta Lei.

No que se refere às organizações sociais Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>16</sup> entende que:

‘Organizações sociais’, como resulta da Lei nº 9.637, de 15.5.98, são entidades privadas, qualificadas livremente pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador da área de atividade correspondente ao seu objeto social e pelo Ministro do Planejamento, Orçamento e Gestão, desde que, não tendo fins lucrativos, suas atividades sejam dirigidas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º).

Ante o exposto, nota-se a necessidade de preenchimento de alguns requisitos para que uma entidade possa ser qualificada como organização social, tais como: 1) ser entidade privada, nesse caso, tanto poderá ser uma associação civil, quanto uma fundação; 2) não ter fins lucrativos; 3) ser qualificada pelo Ministro ou titular do órgão supervisor ou regulador que corresponda à atividade que venha a ser por ela desenvolvida (deve ter adequação com o objeto social); 4) suas atividades devem estar voltadas ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde (art. 1º, da Lei nº 9.637/1998); 5) deverá preencher os requisitos legalmente presentes no art. 2º da Lei nº 9.637/1998, os quais já foram tratados em ponto específico deste trabalho.

Como bem apontado pelo Ministro Luiz Fux no voto acima referido os requisitos legais do inciso I do artigo 2º da Lei nº 9.637/1998 podem ser satisfeitos por todas as associações interessadas, mas a decisão pela qualificação ou não da entidade que venha a se habilitar fica condicionada à conveniência e oportunidade do Poder Executivo.

Sobre a polêmica existente em torno da necessidade de abertura de um procedimento licitatório para a escolha da entidade a ser qualificada o Ministro Luiz Fux em seu voto proferido na ADIN nº 1923/DF equiparou essa etapa de escolha ao chamado credenciamento<sup>17</sup>, entendeu o referido Ministro, naquela oportunidade, que:

[...]

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo. Editora: Malheiros. 28. ed. 2010. p. 237.

17 O Tribunal de Contas da União já se manifestou quanto ao credenciamento nos seguintes termos: O relator, ao examinar os esclarecimentos trazidos, reiterou ensinamento contido no Voto condutor do Acórdão nº 351/2010-Plenário, no sentido de que, ‘embora não esteja previsto nos incisos do art. 25 da Lei n. 8.666/1993, o credenciamento tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência como hipótese de inexigibilidade inserida no caput do referido dispositivo legal’; a inviabilidade de competição ‘configura-se pelo fato de a Administração dispor-se a contratar todos os que tiverem interesse e que satisfaçam as condições por ela estabelecidas’. Deixou assente o relator que não há concorrência entre os interessados; preenchidos os critérios mínimos estabelecidos no edital, a empresa será credenciada, podendo ser contratada em igualdade de condições com todas as demais que forem credenciadas. ‘Inexiste, portanto, a possibilidade de escolha de empresas que mais se destaquem dentre os parâmetros fixados pela entidade’. (Acórdão n.º 408/2012-TCU-Plenário, TC- 034.565/2011-6, rel. Min. Valmir Campelo, 29.2.2012).

A doutrina contemporânea tem feito uso do termo *credenciamento* para denominar tais casos, em que, repita-se, não incide o dever constitucional de licitar pela própria natureza jurídica do ato, que não é contrato, e pela inexistência de qualquer competição, já que todos os interessados podem alcançar o mesmo objetivo, de modo *includente*, e não *excludente*.

[...]

Portanto, não há violação à Constituição pela ausência de licitação no procedimento de qualificação, já que se trata, materialmente, de atividade de credenciamento, a ser conduzido sempre com a observância dos princípios constitucionais que regem a Administração Pública. (grifos no original)

Observa-se, então, que todas as entidades que venham a preencher os requisitos legalmente previstos (Lei nº 9.637/1998) estão aptas a ser credenciadas e qualificadas como organização social. Assim, não há necessidade de abertura de um procedimento licitatório, tendo em vista que não haverá competição entre as entidades que se habilitem a desenvolver uma das atividades previstas no art. 1º da Lei nº 9.637/1998.

Todavia, a decisão final referente à qualificação da entidade vai caber ao poder público.

Além disso, importante disposição trouxe o art. 20 da Lei nº 9.637/1998<sup>18</sup>, nele se observa a possibilidade de absorção pelas organizações sociais qualificadas das atividades desenvolvidas por órgão ou entidade públicos extintos por meio de Lei que quando atuantes desenvolvessem alguns dos serviços públicos mencionados no art. 1º da Lei nº 9.637/1998.

O art. 12 da Lei nº 9.637/1998<sup>19</sup> também dispõe que poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão às organizações sociais.

---

18 Art. 20. Será criado, mediante decreto do Poder Executivo, o Programa Nacional de Publicização - PNP, com o objetivo de estabelecer diretrizes e critérios para a qualificação de organizações sociais, a fim de assegurar a absorção de atividades desenvolvidas por entidades ou órgãos públicos da União, que atuem nas atividades referidas no art. 10, por organizações sociais, qualificadas na forma desta Lei, observadas as seguintes diretrizes:

- I - ênfase no atendimento do cidadão-cliente;
- II - ênfase nos resultados, qualitativos e quantitativos nos prazos pactuados;
- III - controle social das ações de forma transparente.

19 Art. 12. Às organizações sociais poderão ser destinados recursos orçamentários e bens públicos necessários ao cumprimento do contrato de gestão.

§ 1o São assegurados às organizações sociais os créditos previstos no orçamento e as respectivas liberações financeiras, de acordo com o cronograma de desembolso previsto no contrato de gestão.

§ 2o Poderá ser adicionada aos créditos orçamentários destinados ao custeio do contrato de gestão parcela de recursos para compensar desligamento de servidor cedido, desde que haja justificativa expressa da necessidade pela organização social.

§ 3o Os bens de que trata este artigo serão destinados às organizações sociais, dispensada licitação, mediante permissão de uso, consoante cláusula expressa do contrato de gestão."



Sobre a destinação de recursos orçamentários tratou-se do tema no capítulo I. Em relação à destinação de bens públicos como já disposto linhas acima essa destinação é uma forma de fomentar a atividade a ser desenvolvida pela entidade privada. Foi exatamente nesse sentido que o Ministro Luiz Fux manifestou-se na ADIN 1923/DF:

A finalidade de fomento, *in casu*, é posta em prática pela cessão de recursos, bens e pessoal da Administração Pública para as entidades privadas, após a celebração de contrato de gestão. Este mesmo contrato de gestão, por outro lado, será o instrumento *consensual* que viabilizará o direcionamento, pelo Poder Público, da atuação do particular em consonância com o interesse público, através da inserção de metas e de resultados a serem alcançados, em uma versão branda da conhecida regulação, temperada pelo princípio da *consensualidade* e pela *participação dos administrados*. Além disso, a regulação ainda incidirá da forma tradicional, pela imposição de deveres definidos em leis ou atos infralegais [...] (grifos no original).

Ainda, o art. 14 da Lei nº 9.637/1998<sup>20</sup> faculta ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem. Também, nesse caso, a concessão do citado benefício faz-se necessária para o desenvolvimento da atividade a ser desempenhada pela entidade privada.

## 8 SERVIÇOS PÚBLICOS NÃO ESTATAIS E A ATIVIDADE DE FOMENTO

Segundo Marçal Justen Filho<sup>21</sup>:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público.

20 Art. 14. É facultado ao Poder Executivo a cessão especial de servidor para as organizações sociais, com ônus para a origem.

§ 1º Não será incorporada aos vencimentos ou à remuneração de origem do servidor cedido qualquer vantagem pecuniária que vier a ser paga pela organização social.

§ 2º Não será permitido o pagamento de vantagem pecuniária permanente por organização social a servidor cedido com recursos provenientes do contrato de gestão, ressalvada a hipótese de adicional relativo ao exercício de função temporária de direção e assessoria.

§ 3º O servidor cedido perceberá as vantagens do cargo a que fizer juz no órgão de origem, quando ocupante de cargo de primeiro ou de segundo escalão na organização social.

21 Op. Cit. p. 687.

Sob essa ótica, deve-se reconhecer que o serviço público é atividade não apenas pública, haja vista o fato de que as necessidades que ele busca satisfazer estão relacionadas aos direitos fundamentais, os quais não estão disponíveis, mas também, administrativa, tendo como destinatários pessoas indeterminadas.

Com isso, importante observação foi feita por Marçal Justen Filho<sup>22</sup> no sentido de que antes do serviço vir a ser considerado como sendo estatal ele vai ser reconhecido como público, logo, o serviço não é apenas considerado público porque prestado pelo Estado. Ele já era público antes mesmo de sua prestação ser feita pelo Estado, por isso entidades não exclusivamente estatais poderão prestar serviços públicos, as quais, diga-se de passagem, irá prestá-lo em nome próprio.

De fato, não deve o Estado ser considerado titular exclusivo da prestação de serviços públicos<sup>23</sup>.

Desse modo, atividades que não sejam consideradas monopólio estatal poderão ser prestadas pelos particulares cabendo ao Estado, nesses casos, regulamentar como deve se dar a prestação do serviço e, principalmente, como deverá ser fiscalizado<sup>24</sup>.

Para Marçal Justen Filho<sup>25</sup> poderá existir exclusividade na prestação do serviço quando restar configurada situação de monopólio natural. Entende o mencionado autor que:

Monopólio natural é uma situação econômica em que a duplicação de operadores é incapaz de gerar a redução do custo da utilidade. O monopólio natural envolve, geralmente, as hipóteses de custos fixos (atinentes à infraestrutura necessária à produção da utilidade) muito

<sup>22</sup> Op. Cit. p.692.

<sup>23</sup> Art. 175 da Constituição Federal dispõe que:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

<sup>24</sup> Já decidiu o Supremo Tribunal Federal no seguinte sentido:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 6.584/94 DO ESTADO DA BAHIA. ADOÇÃO DE MATERIAL ESCOLAR E LIVROS DIDÁTICOS PELOS ESTABELECIMENTOS PARTICULARES DE ENSINO. SERVIÇO PÚBLICO. VÍCIO FORMAL. INEXISTÊNCIA. 1. Os serviços de educação, seja os prestados pelo Estado, seja os prestados por particulares, configuram serviço público não privativo, podendo ser prestados pelo setor privado independentemente de concessão, permissão ou autorização. 2. Tratando-se de serviço público, incumbe às entidades educacionais particulares, na sua prestação, rigorosamente acatar as normas gerais de educação nacional e as dispostas pelo Estado-membro, no exercício de competência legislativa suplementar (§2º do ar. 24 da Constituição do Brasil). 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado improcedente." (ADI 1266, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 06/04/2005, DJ 23-09-2005 PP-00006 EMENT VOL-02206-1 PP-00095 LEXSTF v. 27, n. 322, 2005, p. 27-36).

<sup>25</sup> Op. Cit. p. 705.

elevados. A duplicação das infraestruturas conduziria a preços unitários mais elevados do que a exploração por um único agente econômico. Ou seja, quanto maior o número de usuários do sistema, menor o custo para fornecer outras prestações.

Noutro prumo, para Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>26</sup>:

Ante o tratamento dado pela Constituição aos serviços públicos nela mencionados, podem ser distinguidas as seguintes hipóteses:

- 1) Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado;
- 2) Serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar em concessão a terceiros;
- 3) Serviços de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; e
- 4) Serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigado a promover-lhes a prestação, tendo, pois que outorga-los em concessão ou permissão a terceiros.

Portanto, forçoso reconhecer que vão existir serviços públicos que não necessariamente devem ser prestados pelo Estado, nesses casos, caberá ao Estado regulamentar a melhor forma de controle da prestação desses serviços pelo agente escolhido. É o caso, por exemplo, dos serviços de saúde, educação, previdência social e de assistência social, considerados não exclusivos do Estado.

Sobre o assunto Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>27</sup> com muita propriedade destaca que:

É que, embora a Lei Magna os declare um 'dever do Estado' (arts. 196 e 197 para a saúde; 205, 208, 211 e 213 para a educação; 201 e 202 para a previdência social; e 203 e 204 para a assistência social), afirma, também, ou (a) que 'são livres à atividade privada' (arts. 199 para a saúde; 209 para a educação) ou (b) expressamente contempla a presença de particulares no setor, independentemente de concessão ou permissão (art. 204, I, e II, para a assistência social), ou (c) pressupõe uma atuação 'complementar' da iniciativa privada (art. 202 para a previdência social).

Também no âmbito da cultura, desporto, ciência e tecnologia poderão existir atuação privada, no entanto, é importante, como já destacado, que a forma seja regulada pelo Estado<sup>28</sup>.

No mesmo sentido acima se expressou o Ministro Luiz Fux em seu voto emitido na ADIN 1923/DF:

<sup>26</sup> Op. Cit. p. 696.

<sup>27</sup> Op. Cit. p. 284.

<sup>28</sup> Op. Cit. p. 696.

Com efeito, a Constituição, quando se refere aos setores de cultura (CF, art. 215), desporto e lazer (CF, art. 217), ciência e tecnologia (CF, art. 218) e meio ambiente (CF, art. 225), afirma que tais atividades *são deveres do Estado e da Sociedade*. Faz o mesmo, em termos não idênticos, em relação à saúde (CF, art. 199, caput) e à educação (CF, art. 209, caput), afirmando, ao lado do dever de o Estado de atuar, que tais atividades são 'livres à iniciativa privada'.

Do excerto acima se pode concluir que o fato de a Constituição da República fazer opção para que atividades ligadas aos setores acima mencionados não sejam consideradas como dever apenas do Estado demonstra que a sociedade também tem o múnus na sua prestação, por isso atividades dessa natureza são consideradas como sendo livres à iniciativa privada.

Importante notar que pode ser distinta a titularidade do serviço daquela relacionada à sua prestação<sup>29</sup>.

Nesse diapasão, mesmo quando o Estado detém a titularidade do serviço, casos haverá que a sua prestação poderá ser realizada por outras entidades, logo, a prestação se dará de forma compartilhada, contudo, é recomendável que o Estado venha a garantir a prestação e regular a forma na qual ela deve ser realizada, assim acontece, por exemplo, com as concessões e permissões de serviços públicos<sup>30</sup>.

Contudo, merece destaque a observação feita pelo Ministro Luiz Fux<sup>31</sup> nos seguintes termos:

Referidos setores de atuação do Poder Público são denominados, na teoria do direito administrativo econômico, *serviços públicos sociais*, em contraposição aos típicos serviços públicos industriais, como se passa com o fornecimento de energia elétrica ou com os serviços de telecomunicações. [...] Em outras palavras, e ao contrário do que ocorre com os serviços públicos privativos, pode o particular exercer tais

29 OP. Cit. p. 285.

30 Artigo 21, incisos XI e XII da Constituição Federal dispõem que:  
Art. 21. Compete à União:

[...]XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;(Redação dada pela Emenda Constitucional n° 8, de 15/08/95):

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;(Redação dada pela Emenda Constitucional n° 8, de 15/08/95):

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos;

c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;

f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

[...]

31 ADIN 1923/DF.

atividades independentemente de qualquer ato negocial de delegação pelo Poder Público, de que seriam exemplos os instrumentos da concessão e da permissão, mencionados no art. 175, caput, da CF. (grifos no original).

Portanto, para o Ministro Luiz Fux atividades reconhecidas como sendo de serviços públicos sociais não necessitam de nenhum ato negocial de delegação, como acontece, por exemplo, no caso das concessões e permissões de serviços públicos, disciplinadas pelo art. 175 da Constituição da República, para que sejam desenvolvidas pelos particulares.

A posição acima também parecer ser a defendido por Diogo de Figueiredo Moreira Neto<sup>32</sup>:

Os vínculos são legalmente definidos de acordo com a natureza das entidades de direito privado associadas, que podem ser, basicamente, entidades paraestatais, que contam com um vínculo de delegação legal, e entidades extra-estatais, que se caracterizam pela delegação administrativa; neste caso, contratual, complexa ou unilateral, conforme a natureza do ato instituidor do vínculo.

À vista disso pode se chegar à conclusão de que o vínculo formado entre a organização social e o poder público decorre do ato de qualificação e o contrato de gestão é ato por meio do qual a mencionada relação será regulamentada.

Outro ponto importante é que quando a atividade for considerada como sendo um serviço público, mesmo que não estatal, as normas relacionadas ao regime de direito privado devem ser levadas em consideração no que for aplicável, já que o regime público passa a ter maior relevância.

Além disso, Marçal Justen filho<sup>33</sup> pontuou que: 1) o serviço público é uma intervenção estatal no domínio econômico, pois “envolve a utilização de recursos econômicos escassos, produzindo uma escolha de sua alocação entre diversas alternativas possíveis e visando a obter o resultado mais eficiente e satisfatório possível”; 2) a Constituição é o documento hábil para identificar as atividades que deverão ser prestadas como serviços públicos e quais podem ser considerados como sendo atividades econômicas; 3) a qualificação da atividade como um serviço público depende de seu reconhecimento jurídico como uma atividade necessária à satisfação de direitos considerados fundamentais, o que deve estar expresso em algum diploma normativo.

---

<sup>32</sup> Op. Cit.p. 340.

<sup>33</sup> Op. Cit. p. 692-693.

Com isso, pode-se dizer que serviço público é uma forma de satisfação dos direitos fundamentais por parte do Estado, bem como meio para realização de políticas públicas.

Por outro lado, poderá o Estado decidir transferir recursos para particulares que preencham determinados requisitos, os quais levem em consideração a capacidade dos mencionados entes privados em realizar os fins sociais e, nesse caso, portanto, a escolha do Estado será no sentido de fomentar uma atividade que seja considerada de interesse social.

Marçal Justen Filho<sup>34</sup> definiu a atividade de fomento como sendo:

[...] uma atividade administrativa de intervenção no domínio econômico para incentivar condutas dos sujeitos privados mediante a outorga de benefícios diferenciados, inclusive mediante a aplicação de recursos financeiros, visando promover o desenvolvimento econômico e social.

Dessa forma, o repasse de recursos financeiros para os entes privados procura incentivar a realização de atividades que possuam, acima de tudo, interesses sociais. É uma forma que busca a efetivação do desenvolvimento econômico e social do Estado. O desenvolvimento dos setores referidos justifica o repasse de recursos realizados pelo Estado.

Como o fomento pode ser considerado uma atividade pública torna-se compreensível o fornecimento de bens públicos e servidores pelo Estado.

Outra forma encontrada pelo Estado para fomentar a atuação das organizações sociais, que tenham sido qualificadas pelo poder público, foi criar uma hipótese de dispensa (Lei nº 9.648/1998) incluindo o inc. XXIV no art. 24 da Lei nº 8.666/1993. Essa foi a forma encontrada pelo Estado para reconhecer que esse tipo de entidade deve ser reconhecida como colaboradora do Estado na implementação de políticas públicas.

Ilustra bem a opção feita pelo Estado o trecho abaixo retirado do voto do Ministro Luiz Fux na ADIN 1923/DF expressa claramente a intenção do Poder Público quando da criação do modelo de colaboração entre o setor público e o privado na prestação de serviços pelas organizações sociais:

Portanto, o Poder Público não renunciou aos seus deveres constitucionais e atuação nas áreas de saúde, educação, proteção ao meio ambiente, patrimônio histórico e acesso à ciência, mas apenas colocou em prática uma opção válida por intervir de *forma indireta* para o cumprimento de tais deveres, através do fomento e da regulação. Na essência, preside a execução deste programa de ação a lógica de que a atuação privada será mais eficiente do que a pública em determinados domínios, dada

---

34 Op. Cit. p. 677.

a agilidade e a flexibilidade que dominam o regime de direito privado. (grifos no original).

Ante o exposto chega-se à conclusão de que a atividade de fomento deve ser considerada serviço público não estatal e, dessa forma, as organizações sociais prestam serviços públicos não estatais.

Relacionado ao assunto, o Ministro Luiz Fux quando se manifestou na ADIN 1923/DF destacou toda a polêmica existente em torno do tema:

Se exercidas tais atividades *pelo Poder Público*, assumem elas, inquestionavelmente, a natureza de serviços públicos. Quando prestadas, ao contrário, diretamente *pelos particulares*, a qualificação de tais atividades está sujeita a polêmica no terreno doutrinário. Há quem entenda se tratar, ainda assim, de *serviço público*, uma vez que o perfil material da atividade não poderia ser afastado pela mudança apenas de seu executor, que diz respeito somente ao ângulo subjetivo. Há, no sentido diametralmente oposto, quem entenda tratar-se de *atividade econômica em sentido estrito*, caracterizada pela preponderância da livre iniciativa, já que ausente o Poder Público na prestação, devendo prevalecer o perfil subjetivo para a definição do respectivo regime jurídico. Por fim, há posição intermediária que define tais atividades, quando prestadas pelo particular, como *atividade econômica de interesse público*, sujeita à incidência de um marco regulatório mais intenso do que as meras atividades econômicas em sentido estrito, porém menos intensa do que a cabível no âmbito dos serviços públicos propriamente ditos. (grifos no original).

Considerando que a Constituição Federal não exigiu que o Poder Público atue, no campo do serviço público, exclusivamente de forma direta. Pelo contrário, o texto constitucional foi expresso em afirmar que será válida a atuação indireta, por meio do fomento, como o faz no caso de setores relacionados à saúde (CF, art. 199, §2º) e educação (CF, art. 213) de acordo com o que foi exposto neste trabalho quando essas atividades forem prestadas diretamente pelos particulares passarão a serem consideradas serviços públicos de execução não estatal.

Quanto ao fato do tipo de atividade a ser prestada pelas organizações sociais serem consideradas como sendo atividade econômica não há como negar essa natureza aos serviços públicos, todavia, eles não deixarão de fazer parte dessa categoria.

Importante lição sobre o assunto foi apresentada por Marçal Justen Filho<sup>35</sup>:

Não há uma distinção intrínseca entre atividade econômica e serviço público. O serviço público consiste na organização de recursos escassos

35 Op. Cit. p. 653-654.

para a satisfação de necessidades individuais. Portanto, trata-se de uma atividade de natureza econômica.

Logo, o serviço público não pode ser diferenciado de modo absoluto de atividade econômica, porque apresenta igualmente natureza e função econômicas. É possível diferenciar serviço público de uma concepção mais restrita de atividade econômica. Portanto, atividade econômica é um gênero, que contém duas espécies, o serviço público e a atividade econômica (em sentido estrito). Isso não significa que a evolução do cenário jurídico esteja completa e encerrada. Existem atividades cujo enquadramento em uma das duas categorias é problemático, e que podem ser referidas como atividades de interesse coletivo.

Portanto, o serviço público não pode deixar de ser considerado uma atividade econômica, mas, não perde a sua natureza de serviço público por conta desse fato, logo, as atividades desempenhadas pelas organizações sociais são serviços públicos, os quais são executados por entes não estatais, por isso passam a ser considerados serviços públicos de execução não estatal.

## 9 POLÍTICAS PÚBLICAS

### 10 CONCEITO

Pode-se dizer que políticas públicas são um meio por onde o Estado pode agir, assim, partindo de um planejamento anterior o Estado tem como analisar em quais setores deverá atuar, tais como: 1) desemprego; 2) poluição; 3) igualdade de gênero ou raça, e; 4) analfabetismo.

Maria Paula Dallari Bucci<sup>36</sup> dispendo sobre o conceito de política pública conceituou-a da seguinte maneira:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

<sup>36</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Organizadora. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.



Do conceito acima se pode extrair que a política pública requer um planejamento estatal prévio direcionado à escolha do que irá melhor atender ao interesse coletivo.

Nota-se, ainda, do conceito mencionado que a autora destaca que uma boa política pública deve ordenar os meios de que o Estado dispõe não deixando de considerar as atividades privadas. Além disso, não há como não considerar que o planejamento da ação estatal também tem relevância à medida que leva à necessidade de um estudo relacionado ao que é considerado socialmente relevante para aquele momento vivido pelo Estado especificamente e quais decisões políticas devem ser buscadas.

Na segunda parte do conceito acima citado deve-se destacar o tipo ideal de política pública traçado pela autora.

Nesse sentido, para que uma política pública seja considerada ideal deverá ela: 1) ter objetivos definidos para que se possa buscar realizá-los; 2) expressar o atendimento às prioridades da coletividade; 3) os meios financeiros devem estar reservados para a sua implementação e nesse ponto o orçamento passa a ter importância, pois é nele que estarão previstas as ações governamentais; 4) prever em quanto tempo se espera que os resultados esperados sejam atingidos.

Assim, partindo-se do pressuposto de que a escolha quanto a realização de determinada política pública é uma decisão estatal a execução direta ou indireta pelo Estado de certa atividade que irá resultar no atendimento à política pública eleita não deixa de ser também uma decisão estatal<sup>37</sup>.

Nesses termos, Vanice Lírio do Valle<sup>38</sup> refletindo sobre o conceito de política reflexiva ressaltou que:

[...] denomina política reflexiva, por intermédio do qual, no espaço público de decisão, se discutam os limites e possibilidades do Estado; exercício esse que pode conduzir à conclusão por sua incapacidade (técnica, ou financeira, ou gerencial, ou ainda de qualquer outra natureza) para o desempenho da atividade em cogitação; ou, ainda, pela circunstância de que, do ponto de vista de realocação de recursos e meios, a melhor alternativa seja o recurso a terceiros [...]

De fato, a escolha pelo Estado da execução de determinada atividade por terceiros leva em conta tudo que se viu até esse ponto sobre o que se entende como sendo a política pública.

37 Sandra Aparecida Lopes Barbon Lewis apresentou em seu artigo intitulado "Terceiro Setor, políticas públicas e tributação" um conceito para política social. Na visão da autora: "A Política Social, por sua vez, é um tipo de política pública, cuja expressão se dá por meio de um conjunto de princípios, diretrizes, objetivos e normas, de caráter permanente e abrangente, que orientam a atuação do poder público em uma determinada área."

38 VANICE, Lírio do Valle. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 33.

Na medida em que a política pública passa a ser entendida como uma decisão estatal, com objetivos definidos, voltados ao atendimento do interesse público a forma para sua implementação passa a ter relevância, visto que os recursos e os meios à disposição do Estado sendo escassos dificultam ou muitas vezes impossibilitam o atendimento devido a certa política pública. É nesse caso que a transferência da execução de determinado serviço público passa a ser levada em consideração, justamente, para que em parceria com o Estado o privado passe a atuar e participar do atendimento às necessidades da coletividade.

### 11 FORMAS PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO

Como visto no ponto anterior para a implementação das políticas públicas necessita o Estado traçar metas (a médio e longo prazo) a serem alcançadas e, geralmente, isso se dá através de normas, especialmente, criadas para isso.

Outra questão relevante diz respeito à identificação por parte do Estado de quais os anseios da comunidade como um todo a fim de identificar a melhor política pública a ser aplicada em busca de sua “indispensabilidade para realização e desenvolvimento da coesão social.”

<sup>39</sup>

Forçoso reconhecer, ainda, que a política pública possui uma estreita relação com o serviço público na medida em que água, saneamento básico, energia e infraestrutura são alguns exemplos de ações que podem ser efetivadas por meio de uma política pública.

Noutro prumo, o ideal a ser alcançado com uma política pública é que a sociedade possa expressar o que é mais importante para ela naquele determinado momento, assim, sendo ouvido pelo Estado o indivíduo passa a ser visto como cidadão, também, responsável pela realização da política pública.

Dessa forma, tendo como ponto de partida as metas traçadas a serem alcançadas “as políticas públicas vinculam, além dos órgãos estatais, também agentes econômicos, organizações da sociedade civil e também os particulares, como indica uma rápida lançada de olhos sobre políticas econômicas ou as políticas sociais de saúde, de educação, de trabalho.”<sup>40</sup>

Nesse contexto, a conclusão a que se pode chegar é no sentido de que a realização das políticas públicas tem como fim a materialização dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente.

Desse modo, a intenção maior do Estado quando busca efetivar parceria com o setor privado é buscar investimentos desse setor para

<sup>39</sup> Op. Cit. p. 54.

<sup>40</sup> Op. Cit. p. 58.

que sejam executadas obras e serviços públicos considerados essenciais para o desenvolvimento econômico, social e político. Esse também foi o ensinamento de Manoel Messias Peixinho quando dispôs que:

[...] Os direitos fundamentais somente podem ser plenamente vivenciados quando, por exemplo, o Estado, por meio de um contrato de parceria público-privada, investe em obras de infraestrutura. Estas obras poderão ter por objeto a criação ou melhoramento de redes de fornecimento de água, esgoto e energia elétrica que servirão para a construção de rodovias, ferrovias, construção e modernização de portos e aeroportos, hospitais, urbanização e loteamentos, construção hidroelétricas, termoelétricas, dentre outras.

Certo é que a utilização de um parceiro privado tem como objetivo principal prestar os serviços públicos da melhor forma para a coletividade, tendo em vista que a demanda pelos serviços públicos é crescente e muitas vezes o Estado esbarra no déficit orçamentário para que seja feita a devida prestação.

Por outro lado, forçoso reconhecer que a iniciativa privada tem a capacidade de forma mais ágil realizar obras e prestar os serviços públicos.

## **12 O PAPEL DO ESTADO NA EFETIVAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E OS AGENTES RESPONSÁVEIS POR SUA VIABILIZAÇÃO**

Como destacado linhas acima o papel do Estado na efetivação das políticas públicas está relacionado as modificações de perfil processadas no Estado por conta dos paradigmas constitucionais modernos (Estado Liberal, o Estado Social e o Estado Democrático de Direito).

Assim, no Estado Liberal não se observava considerações materiais de desigualdade fática dos indivíduos, já no Estado Social os indivíduos como eram considerados “clientes” do Estado não participavam ativamente das decisões do Estado. Por fim, no Estado Democrático de Direito existe uma participação ativa dos cidadãos sob várias formas (opinião pública – influencia o processo político decisório, procedimentos jurisdicionais e administrativos, como forma de os indivíduos veicularem suas pretensões, reivindicações e interesses). Verificaram-se iguais liberdades subjetivas na formação do direito.

A passagem do Estado absenteísta (Estado liberal) para o Estado produtor (Estado-providência), e deste para o Estado regulador, foi marcada por crises econômicas que vieram a impactar diretamente as feições do Estado em sua relação com a economia, na idade Moderna e trouxeram reflexo no papel a ser desempenhado pelo Estado.

Nesse sentido, na passagem do Estado liberal para o Estado social, o primeiro evento que será trazido é o cenário da crise econômica surgida desde o final da primeira guerra mundial (O Estado liberal mostrou-se incapaz de superar as crises e as destruições que o conflito gerou) aliado a quebra da bolsa de Nova York de 1929, o qual resultou em uma participação maior por parte dos Estados para controlar o caos socioeconômico resultante do período.

O cenário acima mencionado deveu-se, principalmente, à ideologia do Estado “absenteísta”, o qual entendia que o âmbito das relações privadas estaria completamente fora de sua alçada de legítima atuação (convicção de que cada indivíduo deveria saber escolher suas próprias necessidades e a melhor forma de satisfazê-las). Para o Estado, portanto, restava apenas o papel de criação das condições necessárias para isso.

Nesse diapasão, essa completa e absoluta liberdade dos agentes econômicos resultou no que se convencionou chamar de “mão invisível do mercado”.

Mas, a carência na prestação de serviços públicos essenciais resultante da política acima disposta, o desemprego e a miséria trouxeram consigo a necessidade de mudança de paradigma de Estado para um outro que viesse permitir que todos os membros da sociedade tivessem acesso a meios de vida antes colocados à disposição apenas dos que tiveram condições econômicas individuais suficientes para tanto.

Surge a partir daí o chamado Estado produtor, aquele que intervém diretamente na economia, assim, ele passa a produzir, comercializar e distribuir bens e serviços, além de ter que garantir a proteção da população.

Todavia, todo esse financiamento por parte do Estado acaba por gerar falta de recursos do Estado para a manutenção de projetos que viessem a satisfazer o interesse coletivo o que acaba ocasionando uma crise fiscal (crise de financiamento do Estado social), o que evidenciará a incapacidade de o Estado continuar a atuar diretamente na economia provendo bens e serviços para a sociedade.

Aliado a tudo isso, a crise do padrão monetário mundial com o fim do gold Exchange standard (paridade dólar-ouro) e com o dólar deixando de ser a moeda-reserva internacional estável o que gerou a flutuação do câmbio, a desorganização do sistema de regulação criado pelo acordo de Bretton Woods e abertura dos mercados internos das economias desenvolvidas a produtos industrializados oriundos do Terceiro Mundo.

Ainda, os choques do petróleo de 1973/1974 e 1978/1979 desnivelaram subitamente os preços dos bens e serviços, o que, além de gerar desequilíbrios econômicos nos países mais ou menos desenvolvidos, acabou paralisando temporariamente o mercado.

Dessa forma, mais uma vez altera-se o paradigma de Estado e a intervenção do Estado na economia passa de direta para indireta (Estado regulador), logo, devolve à iniciativa privada a tarefa de gerar desenvolvimento econômico e social.

No Plano Diretor de Reforma do Estado observa-se que foi retratada a crise do Estado, a qual foi relacionada em três eixos:

A Crise do Estado define-se então como: (1) uma crise fiscal, caracterizada pela crescente perda do crédito por parte do Estado e pela poupança pública que se torna negativa; (2) o esgotamento da estratégia estatizante de intervenção do Estado, a qual se reveste de várias formas: o Estado de bem-estar social nos países desenvolvidos, a substituição de importações no Terceiro Mundo, e o estatismo nos países comunistas; e (3) a superação da administração pública burocrática (Brasil: Presidente, 1995, p. 15).

À vista disso, a conclusão que se chega é que o papel do Estado na efetivação das políticas públicas vai ser alterado e sua intensidade será medida de acordo com o modelo de Estado que venha a ser adotado. Dessa maneira, no modelo atual de Estado, a sociedade civil passa a realizar, em parceria com o Estado, a prestação de serviços.

Consequentemente, o que se observa hoje é a existência de um compartilhamento de responsabilidades pela efetivação das políticas públicas com a sociedade. Assim sendo o Estado não deixa de atender a sua responsabilidade constitucionalmente prevista, como agente das políticas públicas, mas, agora no papel de um Estado regulador das políticas públicas.

Dessarte, a sociedade passa a ter uma prévia conscientização com relação à necessidade de compartilhar a responsabilidade pela efetivação das políticas públicas com o Estado.

### 13 CONCLUSÃO

A grande conclusão que se chega ao final deste trabalho é que deve-se repensar o direito de modo que ele possa se adequar às necessidades sociais e econômicas.

Levando em consideração que o setor público tem se mostrado sobrecarregado desde o surgimento dos Estados liberal e social, o atual Estado democrático busca amenizar os efeitos ocasionados pelos mencionados paradigmas de Estado utilizando-se das parcerias entre o setor público e privado como uma forma de efetivação de políticas públicas e as entidades privadas sem fins lucrativos também passaram a ser inseridas nesse modelo.

Ademais, por meio do contrato de gestão é possível trazer mais eficiência para o Estado, principalmente, pelo fato de que por meio desse tipo de instrumento torna-se possível realizar um controle de resultados da prestação de serviços que está sendo repassada para o setor privado.

Desse modo, o serviço que não seja considerado exclusivo do Estado passa a ser transferido ao setor privado, para que ele possa de acordo com as metas e diretrizes presentes no contrato de gestão de forma eficiente prestar o serviço à sociedade.

Torna-se possível, ainda, por meio do contrato de gestão possibilitar um controle a ser feito, também, pela sociedade por meio das metas e da publicidade que pode ser implementada por meio desse instrumento jurídico.

Tudo isso foi o que se procurou demonstrar ao longo deste trabalho.

#### REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ROSSI, Lucilene. Parcerias entre o Poder Público e a Esfera Privada como Instrumentos de Descentralização da Ação Estatal: diferentes perspectivas. Artigo apresentado para o mestrado em Educação pelo Departamento de Educação do Instituto de Biociências da UNESP - Rio Claro.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

PEIXINHO, Manoel Messias. Coordenador. CANEN, Dóris. Coordenador adjunto. *Marco regulatório das parcerias público-privadas no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2010.

VANICE, Lírio do Valle. *Parcerias público-privadas e responsabilidade fiscal: uma conciliação possível*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Organizadora. Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Mutações do direito público*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

NETO, Floriano Peixoto de Azevedo Marques. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros editores. 2002.

MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Editora revista dos tribunais, 2011.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e Parcerias Público-Privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as Parcerias Público-Privadas. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p.953, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31112>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

LEWIS, Sandra Aparecida Lopes Barbon. Terceiro Setor, políticas públicas e tributação. *Revista de Direito do Terceiro Setor \_ RDTS*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p., jan./jun. 2007. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=39450>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Contrato de gestão e modernização da Administração Pública Brasileira*. *Revista Brasileira de Direito Público RBDP*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, p. 195232, jul./set. 2005. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=31119>>. Acesso em: 21 jul. 2013. *Revista Brasileira de Direito Público - RBDP*. Belo Horizonte, ano 3, n. 10, jul. / set. 2005.

FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de Direito Administrativo*. 24. ed. Lumen Juris editora. Rio de Janeiro.2011.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 8. ed. Fórum editora. Belo Horizonte. 2012.

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A Administração Pública Brasileira no Contexto do Estado Democrático de Direito*. Texto-base fornecido no curso de pós-graduação online em parceria com Universidade de Brasília e a Escola da Advocacia-Geral da União.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. *Revista do Serviço Público*, 47(1) janeiro-abril 1996. Trabalho apresentado ao seminário sobre Reforma do Estado na América Latina organizado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado e patrocinado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (Brasília, maio de 1996). Acesso pelo link: <http://blogs.al.ce.gov.br/unipace/files/2011/11/Bresser1.pdf>.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo. Editora: Malheiros. 28. ed. 2010.

VERONESE, Alexandre. *As unidades de pesquisa do MCT e a reforma do Estado: Organizações Sociais – 1995-2002*. Belo Horizonte. Editora: Fórum. 2011.





---

## A RAZOABILIDADE DAS RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA ANVISA À COMERCIALIZAÇÃO DO ÁLCOOL ETÍLICO POR MEIO DA RESOLUÇÃO RDC Nº 46/2002.

---

*Ronise Pereira Franco*

*Procuradora Federal. Especialista em Direito Público pela Universidade de Brasília – UnB. Pós-Graduada em Direito Constitucional. Especialista em Direito Processual.*

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Princípio da Proporcionalidade; 2.1 Princípios e Regras; 2.2 Princípio da Razoabilidade; 3 legalidade Do Poder Normativo da ANVISA; 3.1 Da Competência da ANVISA; 3.2 Da legalidade do poder normativo da ANVISA em matérias afetas à saúde pública; 4 Razoabilidade da RDC nº 46/2002; 5 Conclusão; Referências.

**RESUMO:** Este trabalho busca verificar a razoabilidade das restrições impostas pela ANVISA à comercialização do álcool etílico no Brasil por meio da Resolução RDC nº 46/2002. O objeto do presente estudo tem suscitado frequente questionamento judicial, com diferentes posicionamentos por parte dos órgãos julgadores. Teremos como referencial teórico Luís Roberto Barroso com suas importantes contribuições acerca do princípio da proporcionalidade, bem como o trabalho do Banco de Defesas Mínimas ANVISA sobre a RDC nº 46/2002. Assim, propõe-se demonstrar a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito das restrições impostas pela ANVISA à comercialização do álcool etílico no Brasil por meio da Resolução RDC nº 46/2002.

**PALAVRAS-CHAVE:** Razoabilidade. Resolução RDC nº 46/2002. ANVISA. Álcool Etílico.

## 1 INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, por meio da RDC nº 46/2002, impôs algumas restrições à comercialização do álcool etílico na forma líquida no Brasil visando minimizar os riscos oferecidos à saúde pública decorrentes de acidentes por queimadura e ingestão.

Desde a publicação desta Resolução, várias ações judiciais foram protocoladas por fabricantes e distribuidores de álcool etílico objetivando que a ANVISA deixasse de aplicar a RDC 46/2002 e se abstinhasse de impor qualquer restrição quanto à produção, comercialização, engarrafamento ou envasamento de álcool etílico na forma líquida. Tais pleitos eram fundamentados na suposta desproporcionalidade da medida e na ausência de competência da ANVISA para regular a matéria.

De fato, esse tema tem suscitado frequente questionamento judicial, com diferentes posicionamentos por parte dos órgãos julgadores. Desse modo, faz-se necessário um estudo mais aprofundado da questão a fim de verificar se as restrições impostas pela ANVISA à comercialização do álcool etílico por meio da Resolução RDC nº 46/2002 violariam o princípio constitucional da razoabilidade.

O grande número de acidentes, principalmente com crianças, provocados pelo álcool líquido, e a relevância da atividade regulatória e fiscalizatória da ANVISA também justificam a importância da análise do tema.

Destarte, o objeto do presente estudo configura um litígio judicial com dimensão considerável e significativo potencial multiplicador, tanto que houve a preocupação da AGU em incluir material sobre o assunto

no Banco de Defesas Mínimas - ANVISA, trabalho desenvolvido pela Procuradoria- Geral Federal em parceria com a Procuradoria da ANVISA para uniformizar e qualificar a defesa das autarquias e fundações públicas federais em juízo. Além desse trabalho da PGF, teremos como referencial teórico o Professor Luís Roberto Barroso com suas importantes contribuições acerca do princípio da proporcionalidade. Também será utilizada na pesquisa a obra de Alexandre Santos de Aragão o qual é referência nos estudos das Agências Reguladoras no Brasil.

Como afirmado, as restrições impostas pela ANVISA à comercialização do álcool etílico no Brasil geram inúmeras discussões judiciais. Neste universo de possibilidades de debates surgem as seguintes indagações: As restrições impostas pela ANVISA à comercialização do álcool etílico por meio da Resolução RDC nº 46/2002 violam o princípio da razoabilidade? As limitações e proibições contidas nesta resolução são adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito?

Propõe-se demonstrar a razoabilidade da RDC nº 46/2002, trabalhando-se com a hipótese de que esta é meio adequado, necessário e proporcional em sentido estrito para alcançar os objetivos pretendidos.

Preliminarmente, para compreensão do tema, faz-se necessário discorrer sobre o princípio constitucional da razoabilidade, esclarecendo seus requisitos e elementos.

Em seguida abordaremos a competência da ANVISA e a legalidade de seu poder normativo. Serão apresentadas e analisadas as normas que legitimam a atividade regulatória e fiscalizatória da ANVISA quanto às restrições impostas à comercialização do álcool líquido.

Por fim, demonstra-se que as restrições previstas na RDC nº 46/2002 são razoáveis, analisando a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito das medidas para alcançar os objetivos pretendidos (evitar acidentes por queimadura e ingestão de álcool líquido, especialmente por crianças).

## **2 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE**

### **2.1 Princípios e Regras**

Inicialmente, faz-se necessário discorrer sobre o conceito de princípio jurídico. Nos primórdios prevaleceu na teoria jurídica tradicional a ideia de que os princípios desempenhavam mera função subsidiária ou auxiliar na aplicação do Direito (meio de integração da ordem jurídica no caso de eventual lacuna). Desse modo, os princípios não eram considerados propriamente como normas jurídicas, mas ferramentas utilizadas para sua aplicação e integração.

Depois de um longo caminho evolutivo, foi consolidado na doutrina o entendimento de que as normas jurídicas são um gênero que tem como espécies as regras e os princípios. Atualmente não há mais dúvidas quanto à normatividade dos princípios, os quais são reconhecidos como verdadeiras normas jurídicas com aplicabilidade direta e imediata.

Dentre os autores que proclamaram a normatividade dos princípios em bases teóricas e metodológicas consistentes podemos destacar Ronald Dworkin.

Segundo este doutrinador, os princípios são mais dinâmicos que as regras e permitem ao julgador proferir decisões conforme a equidade e a justiça com maior amplitude no ordenamento jurídico.

De acordo com Dworkin, os princípios possibilitam uma solução justa aos casos concretos quando: a) inexistirem regras; 2) a aplicação das regras existentes resultasse em evidente injustiça. Isto não excluiria a importância das regras, as quais oferecem segurança jurídica e regulam as relações sociais de forma geral. Assim, a diferença entre princípios e regras seria de natureza lógica e dependeria dos respectivos modos de aplicação.

Segundo Dworkin, quando há conflito entre princípios, o julgador deve analisar a força relativa de cada um no caso concreto a fim de aplicar aquele princípio que possibilitar uma decisão mais justa. Todos os princípios continuam válidos no ordenamento jurídico, de forma que há apenas uma opção por aquele que estiver mais em conformidade com a equidade e justiça.

Já se houver conflito entre duas regras, para Dworkin, uma delas necessariamente deverá ser declarada inválida no ordenamento jurídico. Para tanto é preciso recorrer a critérios como hierarquia, especificidade, cronologia etc. As regras, assim, ou incidiriam totalmente ou não incidiriam.

Convém destacar que num sistema principiológico mesmo as regras, as quais especificam de forma mais detalhada as suas hipóteses de aplicação, não são capazes de esgotá-las. Assim, podem ter sua aplicação afastada diante de princípios os quais exigem do intérprete densificação e interpretação sistemática<sup>1</sup>.

De fato, a distinção entre princípios e regras também nem sempre foi muito clara na doutrina. Entretanto, os doutrinadores modernos empreendem um esforço louvável para que princípios e regras sejam definidos de modo coerente e eficaz. Tal postura é fundamental para descobrir a importância dos princípios dentro do sistema normativo brasileiro.

---

1 Scotti, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>>. Acesso em: 24 out. 2013. p.3-9.

Destarte, atualmente é possível afirmar que a norma é o gênero do qual fazem parte as regras e os princípios. Gomes Canotilho possui doutrina respeitada quanto ao tema. Este doutrinador divide as normas de direito em regras e princípios enumerando algumas diferenças<sup>2</sup>.

Quanto à abstração, observa-se que os princípios possuem-na em elevado grau, enquanto as regras, em menor grau<sup>3</sup>.

As regras são aplicadas diretamente sem a necessidade de um intérprete. Todavia, os princípios, devido ao seu grau de indeterminabilidade, necessitam da real atuação do legislador, do intérprete, para que venham a produzir efeitos no ordenamento jurídico<sup>4</sup>.

Os princípios desempenham um papel fundamental no sistema normativo quando comparados às regras. A partir de meados do século XX, os princípios adquiriram um papel central no constitucionalismo. Na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, isso se deve tanto em razão de sua superioridade hierárquica (quando os princípios são alçados a patamar constitucional) como também decorre de sua importância estruturante no sistema jurídico (a exemplo do Estado Democrático de Direito).

Ressalte-se que os princípios “fixam a ideia de Direito a prevalecer num determinado Estado, tendo em vista a sua posição de standards ou cânones vinculados às exigências de justiça, dignidade, liberdade, igualdade, fraternidade e democracia.”<sup>5</sup>.

Os princípios se revelam como fundamentos das regras, de forma que os primeiros serviriam de base para a inspiração e criação dos segundos. Assim, os princípios consagrariam os valores constitutivos e fundamentadores do sistema jurídico (função normogênica) orientando a sua exata compreensão, aplicação e interpretação (função hermenêutica).

Assim, verifica-se que aos princípios sempre é dada uma finalidade mais destacada dentro do sistema jurídico. Sobre a questão convém citar ainda os ensinamentos de Luís Roberto Barroso<sup>6</sup>:

As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema.

No mesmo sentido a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>7</sup>:

2 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria das Constituições*. Coimbra – Portugal: Ed. Livraria Almeida, 2000. p.1034.

3 *Ibid.*, p. 1034.

4 *Ibid.*, p. 1034.

5 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008. p. 146-148

6 BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: 2003. p.151.

7 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p.230.

Princípio é por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico [...]

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais [...]

Conclui-se que os princípios e as regras fazem parte do ordenamento jurídico, não se contrapondo entre si, de forma que aos primeiros cabe uma finalidade de destaque dentro do sistema.

Insta observar que os princípios podem ser implícitos ou explícitos. De modo que há princípios expressamente previstos em lei, enquanto outros estão implícitos no sistema normativo. Existem, ainda, os que estão enumerados na Constituição Federal, denominados princípios constitucionais.

Os princípios, independentemente se são implícitos ou explícitos, servem de orientação aos três poderes. Eles atuam como garantidores de direitos fundamentais, bem como critérios de interpretação das normas e de integração do texto constitucional. Portanto, constituem importante ferramenta a auxiliar os operadores do direito<sup>8</sup>.

## 2.2 Princípio da Razoabilidade

O princípio da razoabilidade (ou proporcionalidade ampla),<sup>9</sup> tem sua origem e desenvolvimento ligados à garantia do devido processo legal, instituto ancestral do direito anglo-saxão, que remonta à cláusula *law of the land* inscrita na Magna Carta de 1215, documento reconhecido como antecedente do constitucionalismo.<sup>10</sup>

Esse princípio constitucional limita a atuação e discricionariedade dos poderes públicos ao vedar que seus agentes ajam com excesso ou valendo-se de atos inúteis ou desproporcionais<sup>11</sup>.

8 CANOTILHO, op. cit., 2000.

9 A maioria da doutrina e da jurisprudência do STF adota a tese da identidade entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. No entanto ainda há na doutrina quem os entenda como princípios distintos (STEINMETZ, 2001. p. 148-192).

10 BARROSO, op. cit., p. 218.

11 CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 220.

A proporcionalidade também é utilizada como técnica de interpretação e aplicação do direito e tem exercido grande influência sobre os doutrinadores e tribunais pátrios. Sobre essa técnica, AZEVEDO<sup>12</sup> sustenta que:

Não seria exagero afirmar que é atualmente a mais difundida técnica de hermenêutica jurídica, especialmente no Direito Constitucional. Talvez a melhor formulação desse princípio tenha sido elaborada por Robert Alexy, para quem a aplicação da norma jurídica deve contemplar, simultaneamente, todos os possíveis princípios jurídicos aplicáveis ao caso concreto, graduando-os, proporcionalmente, conforme uma escala de importância.

O princípio em questão é comumente utilizado para aferir a legitimidade das restrições de direitos. Teria assim, certa natureza axiológica emanando das ideias de justiça, equidade, moderação e proibição de excesso. Assim, precede e condiciona a positivação jurídica e serve de regra de interpretação para todo o ordenamento jurídico<sup>13</sup>. Dessa forma, lhe devem obediência não apenas os administradores, mas também os julgadores e legisladores, haja vista que esse princípio acabou tornando-se consubstancial ao próprio Estado Democrático de Direito em razão de sua ligação direta com os direitos fundamentais que lhe dão suporte e, ao mesmo tempo, dele dependem para se realizar.<sup>14</sup>

A doutrina brasileira reproduziu e endossou a tríplice caracterização do princípio da proporcionalidade da doutrina alemã, extraindo-se dele os seguintes requisitos (subprincípios): 1) adequação (ou utilidade), que exige que as medidas adotadas pelo poder público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos; 2) necessidade (ou exigibilidade), que impõe a verificação do meio menos gravoso para se atingir os fins visados; 3) proporcionalidade sentido estrito, que equivale à ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido a fim de verificar se é justificável a interferência na esfera dos direitos dos cidadãos.<sup>15</sup>

O subprincípio da adequação exige que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados, sendo vedada a utilização de meios inúteis. Deve haver adequação de sentidos entre os motivos, os fins e os meios na atuação do Estado na produção de normas jurídicas<sup>16</sup>. No mesmo diapasão a lição de CANOTILHO<sup>17</sup>:

12 AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13 jun. 2013. p. 3.

13 CUNHA JUNIOR, op. cit., p. 221.

14 MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 114.

15 BARROSO, op. cit., p. 228-229.

16 BARROSO, op. cit., p. 226.

17 CANOTILHO, op. cit., p.488.

“Entre o fim da autorização constitucional para uma emanção de leis restritivas e o exercício do poder discricionário por parte do legislador ao realizar esse fim deve existir uma inequívoca conexão material entre meios e fins.”

O requisito da necessidade ou exigibilidade também é conhecido como “princípio da menor ingerência possível” e consiste no imperativo de que os meios utilizados para atingir os fins visados sejam os menos onerosos para o cidadão (proibição do excesso).

Já o requisito da proporcionalidade em sentido estrito impõe uma verificação do custo-benefício da medida, uma ponderação entre os danos causados e os resultados obtidos<sup>18</sup>.

Nas sábias palavras de GUERRA FILHO<sup>19</sup>: “[...] uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens.”

O princípio em questão teve na atuação do Poder Executivo o seu âmbito de incidência mais tradicional. No direito administrativo ele comumente funcionava como medida de legitimidade do exercício do poder de polícia<sup>20</sup>. Sobre a aplicabilidade do princípio da razoabilidade na administração pública (e na discricionariedade administrativa) assim dispõe MEIRELLES:

[...] pode ser chamado de princípio da proibição do excesso, que em última análise, objetiva aferir a compatibilidade entre os meios e os fins, de modo a evitar restrições desnecessárias ou abusivas por parte da Administração Pública, com lesão aos direitos fundamentais. [...] em regra sua aplicação está mais presente na discricionariedade administrativa, servindo-lhe como instrumento de limitação, ampliando o âmbito de seu controle, especialmente pelo Judiciário, e até mesmo pelos Tribunais de Contas. Todavia, nada obsta à aplicação do princípio no exame de validade de qualquer ato administrativo. (MEIRELLES, 2004, p. 92)<sup>21</sup>.

Sobre o assunto também leciona GORDILLO<sup>22</sup>:

A decisão discricionária do funcionário será ilegítima, apesar de não transgredir nenhuma norma concreta e expressa, se é irrazoável, o que pode ocorrer, principalmente, quando: a) não dê os fundamentos de fato

18 BARROSO, op. cit., p. 228.

19 GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza, UFC – Imprensa Universitária, 1989. p. 75.

20 BARROSO, op. cit., p. 229.

21 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 92.

22 GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 183-184.



ou de direito que a sustentam ou; b) não leve em conta os fatos constantes do expediente ou públicos e notórios; ou se fundamente em fatos ou provas inexistentes; ou 3) não guarde uma proporção adequada entre os meios que emprega e o fim que a lei deseja alcançar, ou seja, que se trate de uma medida desproporcionada, excessiva em relação ao que se quer alcançar.

O princípio da proporcionalidade não foi expressamente previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. No entanto, o art. 5º inciso LIV da Carta Constitucional mencionou de forma expressa o princípio do Devido Processo Legal.

Diante disso, abrem-se duas linhas de construção constitucional. A primeira linha, inspirada pela doutrina alemã, vislumbrará o princípio da proporcionalidade como inerente ao Estado Democrático de Direito, integrando de modo implícito o sistema, como um princípio constitucional não escrito. Já aqueles influenciados pela doutrina dos EUA tentarão extraí-lo da cláusula do devido processo legal, afirmando que a razoabilidade das leis se torna exigível por força do caráter substantivo que deve ser dado à cláusula. Mas ambas as linhas convergem para o mesmo resultado: o princípio da proporcionalidade integra o direito constitucional pátrio, devendo o teste da razoabilidade se aplicado pelo intérprete da CF/88 em qualquer caso submetido ao seu conhecimento.<sup>23</sup>

Nas palavras de Luiz Roberto Barroso (2003, 245-246):

Um certo positivismo arraigado na formação jurídica nacional retardou o ingresso do princípio da razoabilidade na jurisprudência brasileira, por falta de previsão expressa na Constituição. Inequivocamente, contudo, ele é uma decorrência natural do Estado democrático de direito e do princípio do devido processo legal. O princípio, naturalmente, não liberta o juiz dos limites e possibilidades oferecidos pelo ordenamento. Não é de voluntarismo que se trata. A razoabilidade, no entanto, oferece uma alternativa de atuação construtiva do Judiciário para a produção do melhor resultado, ainda quando não seja o único possível ou mesmo aquele que mais obviamente resultaria da aplicação acrítica da lei.<sup>24</sup>

Pode-se concluir que o princípio da razoabilidade é um mecanismo de controle da discricionariedade, o qual permite a invalidação de atos do poder público quando forem: 1) inúteis, inexistindo relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; 2) desnecessários ou inexigíveis, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus ao direito individual; 3) desproporcionais em sentido estrito, de forma que os prejuízos superam os benefícios.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> BARROSO, op. cit., p. 237.

<sup>24</sup> BARROSO, op. cit., p. 245-246.

<sup>25</sup> BARROSO, op. cit., p. 245.

Assim, os atos administrativos devem atender ao princípio da razoabilidade em todos os seus requisitos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

### 3 LEGALIDADE DO PODER NORMATIVO DA ANVISA

#### 3.1 Da Competência da ANVISA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988<sup>26</sup>, assim estabelece em seus artigos 174, 196 e 197:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

Art. 196 A Saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, pessoa física ou jurídica de direito privado.

Do disposto nos artigos supracitados, verifica-se que a CF/88 impõe ao Estado o dever de assegurar a efetividade do direito à saúde por meio da fiscalização e de ações que minimizem riscos.

Com esse propósito, a Lei 9.782/99, que criou a ANVISA<sup>27</sup>, assim dispôs:

“Art. 6º - A Agência terá por finalidade institucional *promover a proteção da saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, bem como o controle de portos, aeroportos e de fronteiras.*

O artigo 7º da referida lei federal determina que a Anvisa deverá estabelecer normas sobre desinfetantes que ensejem risco à saúde:

26 BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2013.

27 BRASIL. *Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19782.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2013.

Art. 7º - Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

[..]

IV- estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, *desinfetantes*, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;

O artigo 8º da mesma norma elenca os saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação entre os produtos sujeitos à regulamentação, controle e fiscalização pela Anvisa:

Art. 8º - Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, *regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.*

§ 1º - Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

[..]

IV- *saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos;*

Desse modo, a Lei n. 9.782/99 contempla expressamente a possibilidade de regulamentação, controle e fiscalização da fabricação e venda de saneantes, a exemplo do álcool comercial. De fato, o álcool líquido é comumente utilizado como desinfetante nas residências brasileiras, o que muitas vezes resultava num elevado número de acidentes, principalmente envolvendo crianças.

Nesse contexto, à luz da CF/88 e da Lei 9.782/99, foi editada a Resolução RDC 46/02 pela ANVISA, que restringiu a comercialização do álcool na forma líquida em concentrações elevadas em razão de seu alto poder inflamável, acarretando risco sanitário considerável.

### 3.2 Da legalidade do poder normativo da ANVISA em matérias afetas à saúde pública

Inicialmente convém destacar que a concepção tradicional do princípio da legalidade é insuficiente para a concretização das atribuições de um Estado Regulador. Atualmente faz-se necessária uma releitura deste princípio de forma coerente com as mudanças políticas, econômicas, tecnológicas e sociais. Nas palavras de CUÉLLER:

No que se refere aos princípios constitucionais invocados para questionar a detenção de poder normativo pelas agências reguladoras brasileiras (princípio da legalidade e princípio da separação de poderes, em

especial), é preciso destacar que se faz necessária a revisão de enfoques tradicionalmente apresentados. Não é possível interpretar a Constituição e os princípios constitucionais de forma estanque, distante da evolução econômica, política e mesmo jurídica. Ressalta-se que o princípio da legalidade não deve ser entendido de forma restrita, para significar a conformidade da atividade administrativa com a norma legislativa<sup>28</sup>.

De fato, a legalidade tradicional no sentido de que toda atuação do administrador deva estar expressamente prevista em lei editada pelo poder legislativo (determinando conteúdo e limites) é inviável atualmente, pois a complexidade e a rapidez na mutação das relações (sociais, econômicas, políticas e tecnológicas) bem como a enorme quantidade de campos de atuação da administração pública impossibilita haver prévia e formal previsão legal de todas as hipóteses da atuação administrativa. Assim, este princípio deve ser vislumbrado em um sentido mais amplo, de forma que a noção de legalidade esteja em conformidade com todo o ordenamento jurídico (especialmente a CF/88) e não apenas à lei formal<sup>29</sup>.

Destarte, com o Estado Democrático de Direito, a legalidade é ressignificada, passando a ser entendida como uma demanda por uma atuação constitucional, e não somente lícita/legal. A Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico.

Desse modo, a Administração Pública deixa de estar submetida somente aos comandos legais expressos, passando a respeitar também a Constituição e seus princípios. Assim, a atuação e as prerrogativas da Administração Pública exigem em contrapartida a garantia constitucional dos direitos dos próprios administrados.

Segundo DI PIETRO<sup>30</sup> a consequência da releitura do Direito Administrativo no Estado Democrático de Direito foi uma nova ampliação do princípio da legalidade. Este passou a abranger, não apenas as leis e atos normativos do Executivo, mas também os valores e princípios contidos na Constituição (2004, p. 19-49).

A ANVISA foi criada pela Lei 9.782/99 que lhe atribuiu competência para estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas públicas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária (finalidade institucional de promover a proteção da saúde da população).

Esta lei, assim como todas que atribuem poder normativo às agências reguladoras, possui baixa densidade normativa, estabelecendo finalidades e parâmetros genéricos a fim de propiciar desenvolvimento de

28 CUÉLLER, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001. p. 137.

29 SCHIRATO, Vitor Rhein. *Algumas Considerações atuais sobre o sentido da legalidade na Administração Pública*. In: Revista Interesse Público, Porto Alegre, ano 10, número 47.

30 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Limites da função reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

normas aptas a regular com autonomia e rapidez a dinâmica e complexa realidade do setor<sup>31</sup>.

A Lei 9.782/99 (lei-quadro) não detalha todas as regras técnicas específicas que regularão o setor, mas apenas traça parâmetros e diretrizes para o exercício do poder normativo pela própria ANVISA.

Os atos normativos expedidos pela agência reguladora deverão concretizar as diretrizes e princípios estabelecidos na lei criadora. Trata-se do fenômeno da deslegalização que ocorre quando o Poder Legislativo atribui a um ente diverso o poder de editar normas regulatórias que deverão estar compreendidas nos limites da lei-quadro. Assim, o próprio legislador, por meio uma lei, retira determinadas matérias do domínio da lei formal.<sup>32</sup>

Nas palavras de Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Mutações do direito administrativo. Ed. Renovar, 2000. p. 166.):

Com efeito, essa competência normativa atribuída às agências reguladoras é a chave de uma desejada atuação célere e flexível para a solução, em abstrato e em concreto, de questões em que predomine a escolha técnica, distanciada e isolada das disputas partidárias e dos complexos debates congressuais em que preponderam as escolhas político-administrativas, que são a arena da ação dos Parlamentos, e que depois se prolongam nas escolhas administrativas discricionárias, concretas e abstratas, que prevalecem na ação dos órgãos burocráticos da Administração direta.<sup>33</sup>

A lei-quadro não trata minuciosamente da matéria cuja deliberação está sendo transferida para o poder normativo da agência reguladora. Limita-se a traçar um modelo de atuação (*standard*) a ser observado pelo administrador ao exercer tal poder. A lei traça de forma genérica as finalidades públicas a serem alcançadas e os princípios a serem respeitados quando do exercício do poder normativo pelos órgãos de direção da agência. Estas finalidades públicas e princípios consistem (juntamente aos princípios constitucionais) nos limites ao poder normativo.

Destarte, de acordo com a doutrina administrativista moderna, o poder normativo conferido às Agências Reguladoras não se limita a explicitar e definir conceitos e expressões existentes no texto legal.

31 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

32 Parte da doutrina, da qual discordamos, acredita que o poder normativo das agências tem alcance reduzido, pois estaria limitado a interpretar/explicitar conceitos indeterminados de natureza técnica. Nesse sentido DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. p. 49 In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*, 2º edição, rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum., 2004. p. 19-49.

33 Moreira Neto, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 166.

Trata-se de poder mais amplo, o qual pode estabelecer restrições que não se encontram expressamente na lei formal.

Desde que sejam observados os limites legais (*standards*) e constitucionais existentes, a agência reguladora detém discricionariedade técnica para elaboração das normas de regulação. Assim, as restrições, direitos ou deveres eventualmente criados pela norma de regulação devem observar as finalidades públicas e princípios existentes na lei de deslegalização.

Assim, inexistirá ofensa ao princípio constitucional da legalidade quando observados os limites impostos pela lei de deslegalização (princípios, *standards* e finalidades públicas).

O artigo 7º, incisos III e IV da Lei nº 9.782/99<sup>34</sup> delinea de forma genérica, a finalidade pública e os *standards* dentro dos quais a ANVISA está legitimamente e legalmente apta a exercer seu poder normativo visando cumprir sua missão institucional de promover a proteção da saúde da população (artigo 6º da Lei nº 9.782/1999).

Destarte, ante o reconhecimento de que o Poder Legislativo não tem condições para acompanhar de forma ágil e eficaz o desenvolvimento tecnológico e social de determinados setores regulados, faz-se necessária a expedição normas pelas agências reguladoras, com fundamento na CF/88 e nas leis-quadro.

Essa atribuição de poder normativo às agências reguladoras não fere o princípio da legalidade, cuja noção deve estar atrelada à ideia de conformidade com o ordenamento jurídico.

Dessa forma, a Lei 9.782/99 delinea e delimita o espectro do poder normativo da ANVISA, de modo que as normas produzidas pela agência não poderão divergir dos princípios do ordenamento jurídico (especialmente aqueles previstos na lei-quadro e na CF/88).

A edição de normas pelas agências reguladoras tem reiteradamente sido considerada legal pelos tribunais pátrios. No julgamento do Recurso Especial 1386994/SC a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou inexistir violação ao princípio da legalidade na aplicação de multa por infração a obrigação imposta por resolução editada pela ANTAQ. De acordo com a relatora, Ministra ELIANA CALMON, a conduta da ANTAQ no caso constituiu típico exercício do poder normativo conferido às agências reguladoras<sup>35</sup>.

34 Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

[...]

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

IV - estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;

35 REsp 1386994/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013.

No mesmo sentido também decidiu a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial 1101040/PR<sup>36</sup>. Naquela ocasião foi considerado que a edição da Portaria 201/99 (que proibia o Transportador-Revendedor-Retalhista - TRR - de transportar e revender gás liquefeito de petróleo - GLP-, gasolina e álcool combustível) foi praticada nos limites da atribuição conferida à ANP pela Lei 9.478/97. Assim, seria legal o exercício do poder normativo conferido às agências reguladoras, o qual:

“Ao contrário do que alguns advogam, trata-se do exercício de função administrativa, e não legislativa, ainda que seja genérica sua carga de aplicabilidade. Não há total inovação na ordem jurídica com a edição dos atos regulatórios das agências. Na verdade, foram as próprias leis disciplinadoras da regulação que, como visto, transferiram alguns vetores, de ordem técnica, para normatização pelas entidades especiais.” (CARVALHO FILHO, José dos Santos. “O Poder Normativo das Agências Reguladoras” / Alexandre Santos de Aragão, coordenador - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, págs.81-85)<sup>37</sup>.

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 732.795/RJ, também teve a oportunidade de se manifestar sobre a legalidade da determinação contida no art. 10, III, da Portaria ANP 116/2000, que proíbe o revendedor varejista de entregar combustíveis no domicílio do consumidor<sup>38</sup>.

Há ainda vários julgados no sentido da legalidade do poder normativo da ANVISA. No julgamento da Apelação Cível n. 200851010029366, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu que a publicação da Resolução RDC Nº 27/2007 ocorreu nos limites da atribuição conferida à ANVISA, em estrita observância ao princípio da legalidade. Segundo a Desembargadora Relatora VERA LUCIA LIMA:

A ANVISA foi criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, e possui como finalidade a promoção da saúde da população, utilizando para tanto o controle sanitário da produção e comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária. - A Lei que criou a ANVISA e definiu as suas competências autorizou a atuação normativa da agência em matéria de controle de medicamentos de uso humano, possibilitando a regulação do setor farmacêutico, em especial, o estabelecimento de procedimentos de controle sanitário da produção e da comercialização

36 REsp 1101040/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 05/08/2009.

37 ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 81-85.

38 REsp 732.795/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008.

de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, conforme se depreende dos artigos 2º, incs. II, III e VIII e § 1º, II; 6º e 7º, incs. III e XVIII, da aludida Lei 9.782/99. - Evidenciada a competência da ANVISA para instituir o Sistema Nacional para Gerenciamento de Produtos Controlados - SNGPC, com o fito de promover a regulação e fiscalização do procedimento de dispensação de psicotrópicos no país, que, para ser efetivado, demandou a definição dos respectivos parâmetros. Daí a edição da Resolução RDC nº 27, de 30 de março de 2007, efetuada em estrita observância ao princípio da legalidade, na medida em que a edição de resoluções e outros atos infra-legais constitui o meio adequado para a regulamentação das políticas públicas, além do que às agências reguladoras foram outorgados, expressamente, não só os poderes de controle e fiscalização, mas também de normatização dentro de suas áreas de atuação. - A Resolução RDC nº 27/2007 não adentra o campo da competência privativa do legislador ordinário<sup>39</sup>.

O TRF da 1ª Região também já externou o mesmo entendimento no julgamento da apelação no Mandado de Segurança n. 0022436-31.2004.4.01.3400, no qual restou sustentado que a Resolução RDC 320/2002 foi editada pela ANVISA com base no poder regulamentar da agência reguladora e teria fundamento legal<sup>40</sup>.

Assim, no exercício da sua competência reguladora e respeitando as atribuições que lhe foram conferidas por lei (art. 6º; art. 7º, inciso IV; art. 8º parágrafo 1º, inciso IV da Lei n.º 9.782/99) e os comandos constitucionais (artigos 174, 196 e 197 da CF/88) a ANVISA editou a RDC nº 46/2002, a qual limitou a comercialização do álcool líquido visando resguardar a saúde da população brasileira (interesse público).

Verifica-se que a edição da Resolução 46/2002 se encontra adequada aos *standards* legais e aos princípios constitucionais. De fato, a legalidade desta norma da ANVISA já foi confirmada em alguns julgados do TRF da 1ª Região.

#### 4 RAZOABILIDADE DA RDC Nº 46/2002

A Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA, por meio da RDC nº 46/2002, impôs restrições à comercialização do álcool etílico

39 AC 200851010029366, Desembargadora Federal VERA LUCIA LIMA, TRF2 - OITAVA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::17/09/2012 - p.331/332

40 AMS 0022436-31.2004.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL OSMANE ANTONIO DOS SANTOS, Rel. Conv. JUIZ FEDERAL OSMANE ANTONIO DOS SANTOS, 2ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p. 312 de 03/09/2013.



na forma líquida no Brasil visando minimizar os riscos oferecidos à saúde pública decorrentes de acidentes por queimadura e ingestão.

As principais restrições contidas na Resolução RDC nº 46/2002 são as seguintes:

- a) o álcool etílico comercializado com graduações acima de 54°GL à temperatura de 20°C deverá ser comercializado unicamente em solução coloidal na forma de gel desnaturado e no volume máximo de 500g em embalagens resistentes ao impacto;
- b) os produtos formulados à base do álcool etílico hidratado comercializados com graduações abaixo ou igual a 54°GL à temperatura de 20°C deverão conter desnaturante de forma a impedir seu uso indevido;
- c) o álcool etílico industrial e o álcool destinado a testes laboratoriais e à investigação científica, hidratado ou anidro, quando comercializado em volume menor ou igual a 200L, deverá conter tampa com lacre de inviolabilidade e, no rótulo, além das frases obrigatórias (Anexo I da RDC), deverá constar nas advertências gerais a seguinte instrução: “PERIGO: PRODUTO EXCLUSIVAMENTE DE USO INSTITUCIONAL – PROIBIDA A VENDA DIRETA AO PÚBLICO” ;
- d) o álcool puro ou diluído somente poderá ser comercializado nos locais de dispensação, nos termos da Lei 5.991, de 17 de dezembro de 1973, quando a finalidade de uso não se enquadrar nas condições técnicas de desnaturamento ou forma de gel, nos termos desta Resolução, até o volume máximo de 50ml.

Dado o caráter altamente inflamável do álcool líquido, a sua utilização para fins domésticos causava grande número de internações por queimaduras, principalmente em manipulação por crianças. Ante a importância da questão e respaldada por vários estudos e debates, a ANVISA elaborou a RDC 46/02 e modificou a forma como deve ser comercializado o álcool concentrado, determinando que fosse ofertado à população em forma de gel nas graduações acima de 54°GL.

Desde a publicação desta Resolução, várias ações judiciais foram protocoladas por fabricantes e distribuidores de álcool etílico objetivando que a ANVISA deixasse de aplicar a RDC 46/2002 e se abstivesse de impor qualquer restrição quanto à produção, comercialização,

engarrafamento ou envasamento de álcool etílico na forma líquida. Tais pleitos eram fundamentados na suposta desproporcionalidade da medida.

O Tribunal Regional da Primeira Região, no julgamento do Agravo de Instrumento n. 0006790-59.2005.4.01.0000, chegou a afirmar que as proibições impostas à produção e comercialização do álcool em estado líquido, impostas pela Resolução RDC n. 46/2002, violariam os princípios da legalidade e da razoabilidade. Segundo o Relator do Agravo:

[...] *A proibição da produção de álcool em estado líquido não apresenta razoabilidade, mormente considerando o longo período de tempo em que essa produção foi admitida, bem como o fato de que a ocorrência dos acidentes com esse produto devem-se mais à imperícia, imprudência e negligência no seu manuseio, do que propriamente nesta sua característica. 2. Por outro lado, essa proibição não possui amparo legal, atentando contra o princípio da legalidade (Carta Magna, art. 5º, II). 3. Agravo de instrumento a que se dá provimento.*<sup>41</sup> Grifamos.

Tal julgado, como será demonstrado, partiu de uma falsa premissa. Destarte a Resolução RDC n. 46/2002 não proibiu a produção do álcool em estado líquido, mas apenas apresentou algumas restrições à sua comercialização.

Em decisões mais recentes o Tribunal Regional da Primeira Região passou a externar posicionamento no sentido da legitimidade desta Resolução. No julgamento da Apelação Cível n. 0039514-38.2004.4.01.3400, o Desembargador Relator consignou:

[...] *A edição, pela ANVISA, da Resolução RDC nº 46/2002, de comercialização de álcool etílico em graduações superiores a 54ºGL (cinquenta e quatro graus Gay Lussac) teve por finalidade a proteção da saúde pública, minimizando os riscos a que está exposta a população, relativamente a acidentes por queimadura e ingestão, sobretudo em crianças. O Estado pode impor, validamente, limitações à livre iniciativa consagrada na Constituição, sobretudo quando se trata de garantir a saúde pública em detrimento dos interesses financeiros de entidades particulares. (Precedentes) IV -A Lei n. 9.789/99, que criou o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, estabeleceu em seu artigo 6º que a ANVISA tem por finalidade institucional “promover a saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária”, entre outros. V - O artigo 7º, III e XV, da Lei n. 9.789/99, por sua vez, atribuiu à ANVISA competência para a edição de normas relativas às ações de vigilância*

<sup>41</sup> AG 0006790-59.2005.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL LEÃO APARECIDO ALVES (CONV.), SEXTA TURMA, DJ p.114 de 03/10/2005.

sanitária e a proibição de fabricação, distribuição e comercialização de produtos e insumos que causem risco iminente à saúde<sup>42</sup>. Grifamos.

No mesmo diapasão o entendimento esposado no julgamento do Agravo Regimental n. 0000211-42.2008.4.01.3702, no qual a Quinta Turma do TRF da 1ª Região sustentou a legalidade da Resolução RDC n. 46/2002. Segundo a Relatora SELENE MARIA DE ALMEIDA o “[...] *Estado pode impor, validamente, limitações à livre iniciativa consagrada na Constituição, sobretudo quando se trata de garantir a saúde pública em detrimento dos interesses financeiros de entidades particulares*”<sup>43</sup>.

Já no acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 0035165-36.2006.4.01.0000 a validade da norma em comento restou fundamentada na legalidade da intervenção do Estado na atividade econômica, bem como no fato de que a RDC n. 46/2002 teve por base estudos e dados científicos:

[...] A proibição de comercialização de álcool etílico em graduações superiores a 54°GL (cinquenta e quatro graus Gay Lussac) instituída pela Resolução RDC n. 46/2002, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, que determinou a comercialização da substância unicamente no estado de solução coloidal na forma de gel desnaturado, *fundou-se em estudos e dados científicos obtidos pela Sociedade Brasileira de Queimaduras, enviados ao Ministério da Saúde, e tem por justificativa a proteção da saúde pública, minimizando os riscos a que está exposta a população relativamente a acidentes por queimadura e ingestão.* 2. A Lei n. 9.789/99, que criou o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, estabeleceu em seu artigo 6º que a ANVISA tem por finalidade institucional “promover a saúde da população, por intermédio do controle sanitário da produção e da comercialização de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária”, entre outros. 3. O artigo 7º, III e XV, da Lei n. 9.789/99 atribuiu à ANVISA competência para a edição de normas relativas às ações de vigilância sanitária e a proibição de fabricação, distribuição e comercialização de produtos e insumos que causem risco iminente à saúde. 4. *O princípio constitucional da livre iniciativa não inviabiliza a intervenção do Estado na atividade econômica, na medida em que o artigo 174 da Carta Magna é expresso ao afirmar que o Estado exercerá as funções de fiscalização da atividade econômica, dada a sua condição de agente normativo e regulador da ordem econômica.*<sup>44</sup> Grifamos.

42 AC 0039514-38.2004.4.01.3400 / DF, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JIRAIRARAM MEGUERIAN, SEXTA TURMA, e-DJF1 p.268 de 06/06/2012.

43 AGRAC 0000211-42.2008.4.01.3702 / MA, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA, QUINTA TURMA, e-DJF1 p.145 de 16/12/2011.

44 AG 0035165-36.2006.4.01.0000 / DF, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA ISABEL GALLOTTI RODRIGUES, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL DAVID WILSON DE ABREU PARDO (CONV.), SEXTA TURMA, DJ p.106 de 11/06/2007.

O Tribunal Regional da Quinta Região também teve a oportunidade de se manifestar sobre o assunto, e afirmando que “*Não há falar em violação ao princípio constitucional da livre concorrência quando ponderado com o direito fundamental à vida e à integridade física*”<sup>45</sup> concluiu pela legalidade da Resolução em questão.

De fato, esse tema tem suscitado frequente questionamento judicial, com diferentes posicionamentos por parte dos órgãos julgadores. Desse modo, faz-se necessário verificar se restrições impostas pela ANVISA à comercialização do álcool etílico por meio da Resolução RDC nº 46/2002 violariam o princípio constitucional da razoabilidade.

Neste trabalho será verificado se as restrições impostas pela RDC nº 46/2002 à comercialização do álcool etílico na forma líquida no Brasil, é meio adequado, necessário e proporcional (em sentido estrito) para alcançar os objetivos pretendidos.

O requisito da adequação exige que as medidas adotadas pelo poder público se apresentem aptas para atingir os fins almejados, sendo vedada a utilização de meios inúteis.

O fim corresponde a um estado desejado, o objetivo perseguido. Desse modo, é necessário que se perquiram se a medida escolhida pelo administrador promove mais (aspecto quantitativo), com mais certeza (aspecto probabilístico) e melhor (aspecto qualitativo) o fim buscado do que outro meio. Sob o prisma da adequação (relação causa e efeito) basta o administrador eleger um meio que simplesmente atinja o fim<sup>46</sup>.

Os fins buscados pela ANVISA no caso em comento são minimizar os riscos oferecidos à saúde pública decorrentes de acidentes por queimadura e ingestão. De fato, na exposição de motivos que acompanhou a RDC 46/2002, restou claro que o objetivo da norma seria o de diminuir o número de acidentes com queimaduras (especialmente com crianças) provocados pelo álcool.

Alguns estudos científicos indicam que o álcool em gel é mais seguro e menos inflamável que o álcool líquido, de forma que seu manuseio resulta em menor risco de acidente tanto por queimaduras como por ingestão.

O álcool em solução coloidal na forma de gel é mais seguro, haja vista que não espalha (o que evita que eventual queimadura em grandes áreas do corpo) não espirra ao ser prensado, tem menor volatilidade (diminui o risco de queimaduras pelo líquido evaporado). Além disso, sua ingestão é desagradável, o que impede a mistura em bebidas e previne eventuais intoxicações.

45 AC 200783000049688, Desembargador Federal Bruno Leonardo Câmara Carrá, TRF5 - Terceira Turma, DJE - Data::14/10/2011 - p:278.

46 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

A busca da diminuição do risco do álcool comercial pela Resolução RDC 46/02 ocorreu com base em cinco medidas principais:

- 1) Limitação do teor alcoólico na forma líquida ao máximo de 54°GL (forma pouco inflamável);
- 2) Instituição da forma gel para álcool de teores acima de 54°GL (pois, embora inflamável neste caso, a forma em gel impede que o produto se espalhe, reduzindo a amplitude de eventuais queimaduras);
- 3) Aumento da segurança das embalagens (inclusive com certificação pelo Inmetro);
- 4) Adição de substância com amargor (para evitar indevida ingestão do produto);
- 5) Inserção de avisos sobre os riscos do produto na rotulagem do produto.

Portanto, a comercialização do álcool líquido não restou proibida, mas apenas restringida. Sua proibição para o uso como saneante alcança apenas o teor alcoólico mais elevado do produto (superior a 54°GL). Destarte, Resolução RDC 46/02 não impede que o álcool seja fabricado e comercializado na forma líquida em graduações abaixo de 54° GL.

Segundo estatísticas da Sociedade Brasileira de Queimaduras apresentadas nos autos da ação n. 2002.34.00.028442-6 bem como pela PRO TESTE (Associação Brasileira de Defesa do Consumidor), a ONG CRIANÇA SEGURA, a ASSOCIAÇÃO MÉDICA BRASILEIRA e a ASSOCIAÇÃO PAULISTA DE MEDICINA, que interviram na lide na condição de amigos da corte, foi verificada uma sensível redução de acidentes graves logo após a aplicação de Resolução RDC nº 46/2002.

Destarte, de acordo com artigo publicado na Rev. Bras. Queimaduras<sup>47</sup>, houve redução de 10,16% na incidência de queimaduras causadas por álcool em crianças no ano imediatamente subsequente à proibição da comercialização do álcool líquido e ocorreu uma queda significativa da média da Superfície Corporal Queimada em 2003 no tempo de permanência hospitalar e no número de procedimentos

<sup>47</sup> Pereira MJ, Mignoni ISP, Bernz LM, Schweitzer CM, Souza JA, Araújo EJ, et al. *Análise da incidência e da gravidade de queimaduras por álcool em crianças no período de 2001 a 2006: impacto da Resolução 46*. Rev Bras Queimaduras. 2009;8(2):51-59. Disponível em: <[http://www.rbqueimaduras.com.br/detalhe\\_artigo.asp?id=11](http://www.rbqueimaduras.com.br/detalhe_artigo.asp?id=11)>. Acesso em: 07.nov.2013.

cirúrgicos, refletindo uma redução da gravidade das queimaduras nesse intervalo de tempo.

Desse modo, as restrições impostas pela RDC nº 46/2002 são aptas a atingir os fins almejados pela administração pública (minimizar os riscos oferecidos à saúde pública decorrentes de acidentes por queimadura e ingestão de álcool líquido), estando presente o requisito da adequação no caso.

Em relação ao requisito exigibilidade/necessidade, é preciso aferir entre as alternativas disponíveis aquela que alcançaria o fim pretendido da forma menos gravosa possível.

Convém destacar que simples alterações de segurança na embalagem do produto não seriam suficientes para prevenir, substancialmente, as graves queimaduras relatadas. De fato, isoladamente estas mudanças não preveniriam os riscos de forma eficaz, pois, como visto, o álcool líquido acima de 54°GL é muito inflamável, volátil, espalha e espirra com facilidade, ao contrário da forma em gel.

Verifica-se que alterações de segurança na embalagem do produto, isoladamente, não estariam aptas a atingir as finalidades perseguidas. Logo, não há meio alternativo para chegar ao mesmo resultado obtido pela totalidade das medidas previstas na RDC 46/2002 com menor ônus ao direito individual. Portanto, as medidas previstas na Resolução em questão (incluída aí a obrigatoriedade de venda na forma em gel para teores acima de 54°GL) são as menos gravosas para serem obtidos os fins mencionados, atendendo ao requisito necessidade.

Em relação ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito deve-se aferir se as vantagens obtidas justificam as desvantagens decorrentes.

Cabe chamar a atenção para os princípios e normas em conflito nesse caso. De um lado, tem-se o direito à livre iniciativa, previsto no artigo 170 da Constituição (direito de um particular que pretende comercializar livremente álcool líquido em altas concentrações), e, de outro, a garantia de proteção da saúde pelo Estado insculpida nos artigos 196 e 197 da Carta Magna.

Deve-se buscar uma solução que não se aniquile qualquer dos direitos envolvidos. Num Estado Democrático seria descabido deixar os mais vulneráveis à sorte dos mais fortes, sendo legítimo conferir maior proteção à saúde pública (especialmente de crianças) em detrimento da livre iniciativa.

A saúde é simultaneamente direito e dever fundamental positivado no ordenamento jurídico brasileiro. A CF/88 consagrou a saúde como bem jurídico digno de tutela e lhe outorgou proteção jurídica diferenciada.

De fato, a relevância do direito à saúde é inquestionável, haja vista a sua ligação direta ao direito à vida. A Magna Carta (art. 6º) declara expressamente a saúde como um direito social e reconhece as ações e os

serviços de saúde como de relevância pública (art. 197), conferindo-lhes preponderância no sistema jurídico brasileiro.

No tocante à proporcionalidade em sentido estrito, deve-se considerar o princípio da unidade da Constituição como norte, buscando-se no próprio texto constitucional parâmetro para aferir se as vantagens obtidas justificam as desvantagens acarretadas.

Segundo NUNES Jr e TRETTEL<sup>48</sup> :

A atividade econômica e suas partes integrantes, embora tuteladas pela Constituição Federal, não o são como direitos fundamentais. Ao contrário, considerando-se o reconhecimento dos direitos fundamentais de segunda geração, calcados na igualdade material, a atividade econômica pode sofrer restrições para que se garanta o respeito e a efetivação de outros direitos fundamentais.

Desse modo, pela própria natureza dos bens contrapostos é possível afirmar que os atos emanados do Poder Público que visem a proteger o direito à saúde podem limitar o direito à livre iniciativa, desde que proporcionais aos fins a que se destinam e que não lhes desfigurem o núcleo essencial.

Com efeito, pode-se identificar no caso a presença da razoabilidade de medidas emanadas do Poder Público que imponham restrições à comercialização de produtos sempre que a proteção da saúde estiver em jogo.

Destarte, a própria moldura axiológica constitucional já indica o caminho para a solução desse embate entre interesses, pois a CF/88 conferiu ao direito à saúde status de direito fundamental, ao passo que submeteu a livre iniciativa econômica aos ditames da justiça social. Portanto, a proteção constitucional à livre iniciativa econômica não é ilimitada.

Nesse sentido é necessário harmonizar os bens jurídico-constitucionais em conflito, de modo a evitar o sacrifício total de um em relação ao outro. No caso em comento, sem aniquilar totalmente o direito ao livre exercício da atividade econômica, deve-se dar prioridade ao direito fundamental à saúde, o qual na prática realiza mais adequadamente a vontade constitucional. De fato, a proteção da saúde pública adquire maior relevo nesse contexto, constituindo vantagem que justifica a desvantagem de impor certa limitação à livre iniciativa.

No caso das medidas impostas pela RDC 46/2002, percebe-se que o ônus suportado é inferior ao benefício pretendido, visto que há apenas uma pequena restrição (e não total proibição) à comercialização do álcool líquido no Brasil. De fato, houve somente uma limitação do teor alcoólico

<sup>48</sup> NUNES Jr. Vidal e TRETTEL, Daniela. *Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 16, vol. 63, p.278, abril-junho 2008.



na forma líquida ao máximo de 54°GL, já que, até esta graduação, o álcool é pouco inflamável. A obrigatoriedade da instituição da forma gel é apenas para teores acima de 54°GL, pois, embora inflamável neste caso, a forma em gel impede que o produto se espalhe, reduzindo a amplitude de eventuais queimaduras.

Restringir a comercialização de álcool líquido não significa aniquilar o direito à livre iniciativa, mas apenas dar prioridade ao interesse público (proteção da saúde da população). Assim, deve-se conferir maior peso à proteção constitucional que o Estado tem de dispensar à garantia da saúde, pois o interesse público deve prevalecer em face do interesse privado (maior obtenção de lucros).

Ademais, convém destacar que o princípio da livre iniciativa não é absoluto, como bem expõe José Afonso da Silva:

“A liberdade de iniciativa econômica privada, no contexto de uma Constituição preocupada com a realização da justiça social (onde o fim condiciona os meios), não pode significar mais do que liberdade de desenvolvimento de uma empresa no quadro estabelecido pelo poder público, e, portanto, possibilidade de gozar das facilidades e necessidades e de submeter-se às limitações postas pelo mesmo poder público. É legítima, enquanto exercida no interesse da justiça social. Será ilegítima, quando exercida com objetivo de puro lucro e realização pessoal do empresário.”<sup>49</sup>.

O acórdão proferido no julgamento da apelação n. 2002.34.00.028442-6/DF analisou com certa profundidade a razoabilidade da Resolução RDC n. 46/2002. Pela importância do referido julgado, ação coletiva que contou com a participação de alguns Amigos da Corte, transcreve-se alguns trechos de sua ementa neste trabalho.

O relator da apelação n. 2002.34.00.028442-6/DF inicialmente consignou que, sob o ponto de vista formal, a Resolução RDC nº 46/2002 está devidamente respaldada na Constituição Federal de 1988 e na Lei 9.782/99, pois foi editada no contexto do exercício do poder de polícia da ANVISA em matérias de sua competência institucional.

Em seguida, constatando que as disposições da Resolução em comento são de índole discricionária, fez uma breve distinção ente mérito político-administrativo (quando a Administração, nos limites da lei, por razões de conveniência e oportunidade, adota a solução que mais se afina ao interesse público) e mérito técnico-científico (quando a Administração, dotada de experts em entidades ou órgãos dotados de

49 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996. p. 726.



competência que exige conhecimentos científicos, adota solução técnica para atender ao interesse público).

Partindo da premissa de que o conteúdo da Resolução RDC nº 46/2002 é de natureza discricionária e de cunho técnico-científico (o que restringe o controle jurisdicional a aspectos formais de legalidade), o relator da apelação passou ao exame da razoabilidade das restrições contidas na Resolução de acordo com a percepção do senso comum:

6. *Nessa ordem de considerações doutrinárias, constata-se que o conteúdo do ato impugnado é de natureza discricionária e de cunho técnico-científico, o que não impede, mas restringe o controle jurisdicional a aspectos formais de legalidade, incluindo-se, em tal expressão jurídica, a análise do princípio da razoabilidade. E o exame da razoabilidade deve ser aferido “em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei”, conforme lição doutrinária de Maria Sylvia Zanella Di Pietro acima invocada. Convém assinalar que a percepção do senso comum acerca da solução adotada pela norma não se confunde com o seu eventual apoio e concordância. Senso comum expressa um critério objetivo e desprovido de expertise ou de conhecimentos técnicos profundos para a análise social do bom senso de uma solução adotada pelo Estado para a realização do interesse público.* 7. No tocante ao exame da razoabilidade no contexto do mérito técnico-científico da Resolução RDC Nº 46/2002, reputo relevante partir da premissa de que, como consta do expediente EM nº 00083/GM/MS da Subchefia de Assuntos Parlamentares dirigido ao Excelentíssimo Presidente da República “O álcool líquido é classificado como um inflamável. Os combustíveis como a gasolina e o óleo diesel requerem manuseio, equipamentos e instalações específicos, assim como o próprio álcool carburante. Os combustíveis não podem ser comprados em pequenos volumes e só podem ser adquiridos nos postos distribuidores. Porém, o álcool líquido, que possui elevado risco, podia ser comercializado em supermercados, mercadinhos e outros, até a adoção da RDC-46/2002, para o público em geral, inclusive crianças”. Importa, então, fazer uma relevante indagação: a disponibilidade de comercialização de álcool líquido em supermercados, que pode alcançar a altíssima concentração de 93,7 GL, está em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei? Em outras palavras, existem outros desinfetantes à disposição do consumidor, com o mesmo grau de eficácia do álcool líquido e suscetível de causar menos danos à saúde pública? A resposta, pública e notoriamente, é afirmativa. O costume generalizado dos brasileiros utilizarem álcool como principal desinfetante não pode ter o condão de tornar ilegítimo o exercício do poder de política da ANVISA em prol da diminuição do número de acidentes causados em função da utilização de tal produto altamente inflamável.<sup>50</sup> Grifamos.

50 AC 0028380-82.2002.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL MÁRCIO BARBOSA MAIA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.172 de 01/08/2012.

O relator da apelação n. 2002.34.00.028442-6/DF também analisou alguns dados/ estatísticas sobre acidentes com queimaduras e seu impacto financeiro sobre o SUS:

[...] Ora, todas as estatísticas apresentadas nos autos apontam um percentual de acidentes com o álcool líquido, cujas vítimas, em sua maior parte, são as crianças, em que pesem as distorções dos números apresentados diante dos diferentes critérios, métodos e amostras utilizados nos estudos estatísticos. Sem embargo, não se pode ignorar que o fácil acesso a um inflamável dos mais comburentes que existem no mercado para o meio doméstico em um país que ainda números alarmantes quanto ao grau de instrução de sua enorme população é um fator que amplia o número de acidentes, o que se revela um dado extremamente preocupante e que implica em vultosos gastos para o já tão desgastado Sistema Único de Saúde do país. 8. Segundo dados disponíveis no sítio virtual do Ministério da Saúde, somente em 2009 293 crianças de 0 a 14 anos morreram e 19.476 foram hospitalizadas vítimas de queimaduras. Os custos estão entre os maiores por internação no SUS, mais de R\$ 17 milhões foram gastos no ano em questão. Segundo dados de 2011 do DATASUS/Ministério da Saúde, 2.374 crianças foram hospitalizadas vítimas de queimaduras por exposição ao fogo, fumaça e chamas. Desse total, 30% estavam ligados a queimaduras com substâncias inflamáveis, o que inclui o álcool - cerca de 2 crianças hospitalizadas a cada dia. Nos hospitais brasileiros de referência, o acidente também é observado (dados de 2011). Neste caso, não importa que as queimaduras ocorram com maior incidência por outros meios, como, por exemplo, líquidos superaquecidos. *O que realmente importa é que o álcool sob a forma líquida é responsável por um número significativo de acidentes domésticos.*<sup>51</sup> Grifamos.

Por fim, conclui pela legalidade e razoabilidade das restrições impostas pela Resolução RDC nº 46/2002 entendendo que estas estariam aptas a diminuir o risco de acidentes:

*10. De outro lado, a Resolução RDC N° 46/2002 da ANVISA ainda permitiu a alternativa de produção de álcool de alta concentração na forma de gel, na medida em que o próprio expediente EM nº 00083/GM/MS da Subchefia de Assuntos Parlamentares do Ministério da Saúde admite que “O uso do álcool líquido pela sociedade brasileira tem um aspecto cultural bastante considerável. A população credita a ele um alto poder de desinfecção e limpeza em geral. Do ponto de vista técnico, este produto é eficaz como desinfetante na concentração entre 68% a 72% (peso/peso) e como solvente em vários tipos de sujidades. Assim,*

51 AC 0028380-82.2002.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL MÁRCIO BARBOSA MAIA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.172 de 01/08/2012.

existem outros produtos do ponto de vista prático e eficaz para atender a essas necessidades. O álcool líquido, por seu 'consagrado uso', é visto como uma 'solução excelente' para essas aplicações, o que de fato não é verdadeiro". *De qualquer sorte, a forma gel para altas concentrações, ainda que não tenha a mesma versatilidade da forma líquida, atende ao seu perfil de desinfetante eficaz e, por outro lado, diminui consideravelmente o risco de acidentes. De tal sorte que o interesse público primário merece primazia em face de interesses mercadológicos e que não refletem a preocupação com o bem comum.* 11. Desse modo, quanto à questão dos impactos econômicos suscetíveis de ocorrer aos empreendimentos produtores e envasadores de álcool resultantes da restrição da produção e comercialização do mencionado produto sob a forma líquida em altas concentrações, entendo que tal questão não pode servir de fundamento para uma decisão de cunho exclusivamente voltado para a diminuição de riscos de acidentes e, por conseguinte, de salvaguarda da saúde pública. *De mais a mais, qualquer que seja a decisão sempre ocorrerão os impactos econômicos, porquanto se é verdade que a disponibilidade facilitada de produtos altamente inflamáveis são suscetíveis de causar um maior número de acidentes, também é certo, conforme visto anteriormente, que altos investimentos financeiros deverão ser revertidos para a política pública de saúde já tão sucateada em termos de estrutura humana, material e econômica.*<sup>52</sup> Grifamos.

De acordo com Dworkin, quando há conflito entre princípios, o julgador deve analisar a força relativa de cada um no caso concreto a fim de aplicar aquele princípio que possibilitar uma decisão mais justa. Todos os princípios continuam válidos no ordenamento jurídico, de forma que há apenas uma opção por aquele que estiver mais em conformidade com a equidade e justiça.

Foi exatamente isso que ocorreu no julgamento da apelação n.2002.34.00.028442-6/DF, no qual o relator entendeu que no caso a decisão mais justa seria no sentido de priorizar a saúde (interesse público primário) em face de interesses meramente comerciais (livre iniciativa).

Portanto, as vantagens obtidas pelas medidas previstas na RDC 46/2002 (minimizar os riscos oferecidos à saúde pública decorrentes de acidentes por queimadura e ingestão) superam suas desvantagens (restrições à comercialização do álcool líquido), o que demonstra o atendimento à proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, pode-se concluir que as restrições impostas pela RDC nº 46/2002 à comercialização do álcool etílico na forma líquida no Brasil são razoáveis já que foi utilizado meio adequado, necessário e proporcional (em sentido estrito) para alcançar os objetivos pretendidos.

<sup>52</sup> AC 0028380-82.2002.4.01.3400 / DF, Rel. JUIZ FEDERAL MÁRCIO BARBOSA MAIA, 4ª TURMA SUPLEMENTAR, e-DJF1 p.172 de 01/08/2012.

## 5 CONCLUSÃO

A ANVISA possui competência para fiscalizar, regulamentar e controlar a fabricação e venda de saneantes, a exemplo do álcool comercial, o qual é comumente utilizado como desinfetante nas residências brasileiras e muitas vezes acarreta elevado número de acidentes (especialmente envolvendo crianças).

Os artigos 7º e 8º da Lei nº 9.782/99 delineiam de forma genérica, a finalidade pública e os *standards* dentro dos quais a ANVISA está legitimamente e legalmente apta a exercer seu poder normativo visando cumprir sua missão institucional de promover a proteção da saúde da população (artigo 6º da Lei nº 9.782/1999).

No exercício da sua competência reguladora e respeitando as atribuições que lhe foram conferidas por lei e os comandos constitucionais (artigos 174, 196 e 197 da CF/88), a ANVISA editou a RDC nº 46/2002, a qual limitou a comercialização do álcool líquido visando resguardar a saúde da população brasileira (interesse público).

A edição da Resolução 46/2002 se encontra adequada aos *standards* legais (art. 6º; art. 7º, inciso IV; art. 8º parágrafo 1º, inciso IV da Lei nº 9.782/99) e aos princípios constitucionais. Alguns julgados do TRF da 1ª Região já se posicionaram no sentido da legalidade desta norma da ANVISA.

O princípio da proporcionalidade (ou da razoabilidade) é um mecanismo de controle da discricionariedade, o qual permite a invalidação de atos do poder público quando forem: inúteis, inexistindo relação de adequação entre o fim visado e o meio empregado; desnecessários ou inexigíveis, havendo meio alternativo para chegar ao mesmo resultado com menor ônus ao direito individual; desproporcionais em sentido estrito, de forma que os prejuízos superam os benefícios.

Assim, os atos administrativos devem atender ao princípio da razoabilidade em todos os seus requisitos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

As restrições impostas pela RDC nº 46/2002 à comercialização do álcool etílico na forma líquida no Brasil são razoáveis. De fato, os princípios da livre iniciativa e concorrência não são absolutos e o produto em questão está submetido à fiscalização e regulação da ANVISA. Além disso, a comercialização do álcool líquido não restou proibida, mas apenas restringida.

Estas determinações da ANVISA são aptas a atingir os fins almejados pela administração pública (minimizar os riscos oferecidos à saúde pública decorrentes de acidentes por queimadura e ingestão de álcool líquido).

Destarte, há adequação entre o fim visado e o meio empregado, haja vista que o álcool em gel é mais seguro e menos inflamável que o álcool líquido, de forma que seu manuseio resulta em menor risco de acidente

tanto por queimaduras como por ingestão. Estudos e estatísticas também verificaram uma sensível redução de acidentes graves logo após a aplicação de Resolução RDC nº 46/2002.

As medidas previstas na Resolução em questão (incluída aí a obrigatoriedade de venda na forma em gel para teores acima de 54°GL) são as menos gravosas para serem obtidos os fins mencionados, atendendo ao requisito necessidade.

Os atos emanados do Poder Público que visem a proteger o direito à saúde podem limitar o direito à livre iniciativa, desde que proporcionais aos fins a que se destinam e que não lhes desfigurem o núcleo essencial. No caso em comento, foi imposta uma pequena restrição ao direito ao livre exercício da atividade econômica, dando-se prioridade ao direito fundamental à saúde, o qual na prática realiza mais adequadamente a vontade constitucional. De fato, a proteção da saúde pública adquire maior relevo nesse contexto, constituindo vantagem que justifica a desvantagem de impor certa limitação à livre iniciativa.

Portanto, o ato em questão também é proporcional em sentido estrito, pois as vantagens obtidas pelas medidas previstas na RDC 46/2002 (minimizar os riscos oferecidos à saúde pública decorrentes de acidentes por queimadura e ingestão) superam suas desvantagens (restrições à comercialização do álcool líquido).

Assim, conclui-se que as restrições impostas pela RDC nº 46/2002 à comercialização do álcool etílico na forma líquida no Brasil são razoáveis, uma vez que foram utilizados meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito para alcançar os objetivos pretendidos.

## 6 REFERÊNCIAS

ACUNHA, Fernando José Gonçalves. *A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 24.jan.2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

AZEVEDO, Damião Alves de. *Ao encontro dos princípios: crítica à proporcionalidade como solução aos casos de conflito aparente de normas jurídicas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=242>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

BANCO DE DEFESAS MÍNIMAS ANVISA. *Álcool líquido. Vedação à produção e comercialização. Resolução RDC nº 46/2002*. Disponível em: <<https://redeagu.agu.gov.br/PaginasInternas.aspx?idConteudo=146924&idSite=1106&aberto=&fechado=>>. Acesso em: 25 jun. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas*. 7. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: 2003.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. *Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999*. Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9782.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9782.htm)>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. *Resolução da Diretoria Colegiada – RDC Nº 46, de 20 de fevereiro de 2002*. Disponível em: <[http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/c0179a804ba03c34b94fbbaf8f8ded4db/RDC+46\\_2002.pdf?MOD=AJPERES](http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/c0179a804ba03c34b94fbbaf8f8ded4db/RDC+46_2002.pdf?MOD=AJPERES)>. Acesso em: 28 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1386994/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1101040/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 16/06/2009, DJe 05/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 732.795/RJ, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (1. Região). AC 0028380-82.2002.4.01.3400/DF, Rel. Juiz Federal Márcio Barbosa Maia, 4ª Turma Suplementar, e-DJF1 p.172 de 01/08/2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (1. Região). AMS 0032763-89.2000.4.01.0000/DF, Rel. Desembargador Federal Souza Prudente, Sexta Turma, DJ p.121 de 12/02/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. (2. Região). AC 200851010029366, Desembargadora Federal Vera Lucia Lima, Oitava Turma Especializada, E-DJF2R - Data:17/09/2012 - CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5. ed. Coimbra: Livr. Almedina, 1991.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria das Constituições*. Coimbra – Portugal: Ed. Livraria Almeida, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira Castro. *O Devido Processo Legal e a Razoabilidade das Leis na Nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- COELHO, Inocêncio Mártirez. *Interpretação Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.
- COUTO E SILVA, Almiro. *Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro*, in RDA, Rio de Janeiro, 1990, jan/jun, 179/80; 51-92.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- CRETELLA JUNIOR, José. *Do Poder de Polícia*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CUÉLLER, Leila. *As agências reguladoras e seu poder normativo*. São Paulo: Dialética, 2001.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Limites da função reguladora das Agências diante do Princípio da Legalidade. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Regulatório: Temas Polêmicos*. 2. ed. rev. e ampliada. Belo Horizonte: Fórum, 2004.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionabilidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.
- GORDILLO, Agustín. *Princípios gerais de direito público*. Trad. Marco Aurélio Grecco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Ensaio de teoria constitucional*. Fortaleza, UFC – Imprensa Universitária, 1989.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A NOÇÃO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E OS CRITÉRIOS DE SUA ATUAÇÃO*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>>. Acesso em: 24.jan.2013.
- MARTINS, Argemiro Cardoso Moreira. *A Administração Pública e a Constituição*. Disponível em: <http://moodle.cead.unb.br/agu/mod/folder/view.php?id=163>. Acessado em: 24.jan.2013.
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13. ed. rev. at. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 29. ed, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Elementos de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.



- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- NUNES Jr. Vidal e TRETTEL, Daniela. *Limites à publicidade comercial e proteção de direitos fundamentais*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. São Paulo, ano 16, vol. 63, p. 270-284 abril-junho 2008.
- OSÓRIO, Fábio Medina. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- PACHECO, Carolina Garcia. *Agências Reguladoras: Poder Normativo e Controle Social*. Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Direito Público – UNB, 2008.
- PEREIRA MJ, MIGNONI ISP, BERNZ LM, SCHWEITZER CM, SOUZA JA, ARAÚJO EJ, et al. *Análise da incidência e da gravidade de queimaduras por álcool em crianças no período de 2001 a 2006: impacto da Resolução 46*. Rev Bras Queimaduras. 2009;8(2):51-59. Disponível em: <[http://www.rbqueimaduras.com.br/detalhe\\_artigo.asp?id=11](http://www.rbqueimaduras.com.br/detalhe_artigo.asp?id=11)>. Acesso em: 07.nov.2013.
- SANTOS, Nivaldo. *Monografia Jurídica*. Goiânia: AB, 2000.
- SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2002.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e as relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2004.
- SCHIRATO, Vitor Rhein. *Algumas Considerações atuais sobre o sentido da legalidade na Administração Pública*. In: Revista Interesse Público, Porto Alegre, ano 10, número 47.
- SCOTTI, Guilherme. *Teorias jurídicas positivistas*. Disponível em: <<http://moodle.cead.unb.br/agu/course/view.php?id=9>> Acesso em: 24 out. 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e o princípio da proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.