

Volume 18 - n. 37  
janeiro/junho 2013

ISSN 1415-112X

# Revista da esmape

Edição especial do Mestrado em Direito Constitucional  
oferecido pela Esmape e certificado pela Universidade de Lisboa

Tomo II



Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco  
Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco

**Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco**

ISSN 1415-112X

# **Revista** --- **da esmape**

**Edição especial do Mestrado em Direito Constitucional  
oferecido pela Esmape e certificado pela Universidade de Lisboa**

**Tomo II**

Volumes 18 - n. 37  
janeiro/junho 2013

Revista da Esmape – Recife – v. 18 – n. 37 – p. 001-550 – jan./jun. 2013

© Copyright by Esmape

---

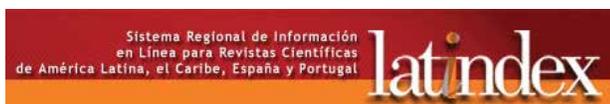
A Revista da ESMAPE divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de total responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião do Conselho Editorial.

A Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape cumpre, rigorosamente, a Lei do Depósito Legal (Lei nº 1.825 de 20 de dezembro de 1907), sendo a Revista da ESMAPE, preservada como patrimônio jurídico-literário na Biblioteca Nacional.

É permitida a reprodução parcial dos artigos, desde que citada a fonte.  
Solicita-se permuta / Exchange disued / on demande échange

---

*Base de dados indexadora*



*Revisão:* Autores

*Designer gráfico:* Joselma Firmino de Souza

*Tiragem:* 600 exemplares

Correspondências para:

Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape  
Av. Imperador Pedro II, 221 – Santo Antonio – Recife – PE – CEP 50010-240  
biblioteca@esmape.com.br

Revista da ESMAPE / Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape – Ano 1, n.1 (1996 -). – Recife : Esmape, 1996 – v. Semestral  
ISSN 1415-112X

1. Direito-Periódico. I. Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco – Esmape. II ESMAPE

CDD 340.05



## **Tribunal de Justiça de Pernambuco**

### **Mesa diretora**

Biênio 2012 – 2013

*Desembargador* Jovaldo Nunes Gomes  
Presidente

*Desembargador* Fernando Eduardo de Miranda Ferreira  
Vice-Presidente

*Desembargador* Frederico Ricardo de Almeida Neves  
Corregedor-Geral

Biênio 2014 – 2015

*Desembargador* Frederico Ricardo de Almeida Neves  
Presidente

*Desembargador* Leopoldo de Arruda Raposo  
Primeiro Vice-Presidente

*Desembargador* Fernando Eduardo de Miranda Ferreira  
Segundo Vice-Presidente

*Desembargador* Eduardo Augusto Paurá Peres  
Corregedor Geral





Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco

Biênio 2012.2 – 2014

### **Diretoria Geral**

*Desembargador* Fernando Cerqueira Norberto dos Santos  
Diretor Geral

*Desembargador* Cândido José da Fonte Saraiva de Moraes  
Vice-Diretor

*Juiz* José André Machado Barbosa Pinto  
Supervisor

### **Coordenadores**

*Juíza* Ana Cláudia Brandão de Barros Correia Ferraz  
Pós-graduação lato sensu

*Juiz* Sílvio Romero Beltrão  
Pós-graduação stricto-sensu

*Juiz* José Ronemberg Travassos da Silva  
Formação Inicial de Magistrados

*Juiz* José Ronemberg Travassos da Silva  
Vitalicamento de Magistrados

**Diretoria**

Directors

*Juiz* Sérgio Paulo Ribeiro da Silva  
Aperfeiçoamento de Magistrados

Luís Eduardo Saraiva Câmara  
Formação Inicial de Servidores

Luís Eduardo Saraiva Câmara  
Aperfeiçoamento de Servidores

*Juiz* Breno Duarte Ribeiro de Oliveira  
Programas Internacionais

*Desembargador* Eurico de Barros Correia Filho  
Extensão e Eventos Científicos e Culturais

**Presidente**

*Des. Dr. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos*

**Filosofia do Direito**

*Prof. Dr. Fernando José Borges Correia de Araújo*

**Direito Civil**

*Prof. Msc. José André Machado Barbosa Filho*

*Prof. Dr. Ruy Trezena Patu Júnior*

*Prof. Dr. Silvio Romero Beltrão*

**Direito Ambiental**

*Prof. Dr. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva*

**Direito Processual Civil**

*Prof. Dr. Lúcio Grassi de Gouveia*

*Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira*

**Direito Constitucional**

*Prof. Dra. Dayse de Vasconcelos Mayer*

*Prof. Dr. Alexandre Freire Pimentel*

**Direito Penal**

*Prof. Dr. Flávio Augusto Fontes de Lima*

*Prof. Msc. Luiz Carlos Vieira de Figueiredo*

**Direito Processual Penal**

*Prof. Dr. Teodomiro Noronha Cardozo*

**Direito do Trabalho**

*Prof. Dr. Pedro Romano Martinez*

**Direito Tributário**

*Prof. Dr. Hélio Silvio Ourem Campos*

**Direito Administrativo**

*Prof. Msc.* Sabrina Araújo Feitoza Fernandes Rocha

**Gestora da Revista da ESMAPE**

*Juíza* Andréa Epaminondas Tenório de Britto

**Gerente do Núcleo de Edição e Serviços Gráficos**

*Juíz* Eduardo Guilliod Maranhão

**Coordenação Técnica, Editorial e Planejamento gráfico**

*Bel. Esp.* Joseane Ramos Duarte Soares



Editorial .....	13
<i>Editor's note</i>	
Controle da constitucionalidade positiva no Brasil e em Portugal <b>Gilvan Macêdo dos Santos</b> .....	15
O dever fundamental de proteção do meio ambiente e a proibição da proteção deficiente à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro <b>Gleydson Gleber Bento Alves de Lima Pinheiro</b> .....	99
Hermenêutica constitucional ou ativismo judicial? – Breves considerações sobre as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal <b>Helvécio de Brito Maia Neto</b> .....	159
O recurso a princípio implícito para limitar a concreção de normas da constituição, como atividade contramajoritária <b>Jeronymo Pedro Villas Boas</b> .....	195
Jurisdição constitucional: critérios de legitimação democrática <b>José Raimundo dos Santos Costa</b> .....	239
O princípio do poluidor pagador enquanto instrumento de prevenção do dano ambiental <b>Joséfison Silva Oliveira</b> .....	263
Aspectos da mutação constitucional e o julgamento da Reclamação 4.355 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro <b>Marcelo Coelho de Carvalho</b> .....	323

Proteção ambiental das reservas indígenas	
<b>Marco Anthony Steveson Villas Boas .....</b>	<b>347</b>
A responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente	
<b>Marielza Brandão Franco .....</b>	<b>475</b>

**D**esde o seu lançamento, em 1996 até os dias atuais, a Revista da ESMAPE sempre buscou arregimentar para o seu círculo de escritores, os estudantes dos cursos de mestrado e, principalmente, os magistrados que compõem o Poder Judiciário brasileiro.

Com a implantação do Curso de Mestrado, pela Escola Superior da Magistratura de Pernambuco - ESMAPE, atualmente Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco, foi possível concretizar este objetivo e caminhar mais além integrando em nossa Escola, juízes de outros Estados que se somaram aos desembargadores para abrilhantar o curso oferecido nas duas áreas do conhecimento – Direito Constitucional e Ciências Jurídicas, ambas oferecidas em 2011 e 2013.

Foram doze meses de estudos, para as primeiras turmas, orquestrados por doze professores doutores que integram a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e o professor doutor da Universidade Federal de Pernambuco - João Maurício Adeodato, responsável pela sua orientação metodológica. O êxito deste empreendimento da Escola pode ser comprovado pelos primeiros resultados que formam as duas edições da Revista da ESMAPE, números 37 e 38, ambos divididos em dois tomos e referentes aos semestres do ano de 2013. São dezessete trabalhos que decidimos publicar na sua integralidade para não prejudicar a exposição do pensamento científico e que foram avaliados pelos mestres lusitanos respeitando, contudo, a vontade de divulgação dos autores que responderam ao convite do Conselho Editorial da Revista da ESMAPE.

Ademais, não podemos deixar de pontuar a imensa satisfação que a Escola Judicial do Tribunal de Justiça de Pernambuco sente em promover o aperfeiçoamento e desenvolvimento da magistratura nacional, cumprindo rigorosamente a sua profícua finalidade tanto em sala de aula, quanto na construção da literatura jurídica.

*Des. Fernando Cerqueira Norberto dos Santos*

*Diretor geral*



# Artigos

Articles



# Controle da constitucionalidade positiva no Brasil e em Portugal

## **Gilvan Macêdo dos Santos**

Juiz de Direito Titular da 3ª Vara Criminal da Comarca de Caruaru, Estado de Pernambuco. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade ASCES. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## SUMÁRIO

Introdução. **1** Aspectos gerais do controle da constitucionalidade. **1.1** Noções sobre o Controle da Constitucionalidade – Origem, Natureza e Conceito. **1.2** Formas de Inconstitucionalidade. **1.2.1** Por Ação. **1.2.2** Por Omissão. **1.2.3** Formal. **1.2.4** Material. **1.2.5** Total. **1.2.6** Parcial. **1.2.7** Direta. **1.2.8** Derivada. **1.2.9** Originária. **1.2.10** Superveniente. **1.3** Sistemas de Controle da Constitucionalidade. **1.3.1** Controle Político. **1.3.2** Controle Jurisdicional (ou Judicial). **1.3.3** Controle Misto. **1.4** Critérios de Controle Jurisdicional. **1.4.1** Critério de Controle Difuso. **1.4.2** Critério de Controle Concentrado. **1.4.3** Modos de Exercício de Controle Jurisdicional. **1.5** Momento de Controle. **1.5.1** Momento do Controle Preventivo. **1.5.2** Momento do Controle Repressivo. **1.6** Modelos do Controle da Constitucionalidade. **1.6.1** Modelo Norte-Americano. **1.6.2** Modelo Europeu (ou Austríaco). **1.6.3** Modelo Francês. **2** O controle da constitucionalidade no Brasil. **2.1** Generalidades. **2.1.1** Constituições Brasileiras (Período de 1824 a 1988). **2.1.2** O Papel do Supremo Tribunal Federal no Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis. **2.1.3** Controle da Constitucionalidade das Leis. **2.1.3.1** O Controle por Via de Exceção. **2.1.3.2** O Controle por Via de Ação. **2.2** O Controle Incidental - Uma Via de Ação. **2.3** Ação Direta de Inconstitucionalidade – Adin. **2.3.1** Conceituação. **2.3.2** Fundamento Jurídico. **2.3.3** Aspectos Sobre a Ação. **2.3.4** Objeto da Medida. **2.3.5** Competência. **2.3.6** Legitimidade Constitucional. **2.3.7** Efeitos da Ação. **2.4** Ação Direta de Inconstitucionalidade por

Omissão. 2.4.1 Conceituação. 2.4.2 Fundamento Jurídico. 2.4.3 Aspectos Sobre a Ação. 2.4.4 Objeto da Medida. 2.4.5 Competência. 2.4.6 Legitimidade Constitucional. 2.4.7 Efeitos da Ação. 2.5 Ação Declaratória de Constitucionalidade. 2.5.1 Conceituação. 2.5.2 Fundamento Jurídico. 2.5.3 Aspectos Sobre a Ação. 2.5.4 Objeto da Medida. 2.5.5 Competência. 2.5.6 Legitimidade. 2.5.7 Efeitos da Ação. 2.6 Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. 2.6.1 Conceituação. 2.6.2 Aspectos Sobre a Ação. 2.6.3 Objeto da Medida. 2.6.4 Competência. 2.6.5 Legitimidade. 2.6.6 Efeitos da Ação. 2.7 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ou Representação Interventiva). 2.7.1 Conceituação. 2.7.2 Fundamento Jurídico. 2.7.3 Aspectos Sobre a Ação. 2.7.4 Objeto da Medida. 2.7.5 Competência. 2.7.6 Legitimidade. 2.7.7 Efeitos da Ação. 3 O controle da constitucionalidade em Portugal. 3.1 Generalidades. 3.1.1 Constituição da República Portuguesa. 3.1.2 A Justiça Constitucional e o Sistema de Fiscalização da Constitucionalidade em Portugal. 3.1.3 O Papel do Tribunal Constitucional Português no Controle da Constitucionalidade. 3.1.3.1 Fundamento. 3.1.3.2 Jurisdição. 3.1.3.3 Decisões. 3.1.3.4 Composição. 3.1.3.5 Competência. 3.1.3.6 Recursos. 3.1.3.7 O Controle Normativo Abstracto. 3.1.3.8 O Controle Normativo Concreto. 3.2 A Fiscalização da Constitucionalidade em Portugal. 3.2.1 Fiscalização Abstrata da Inconstitucionalidade por Ação (Controle Abstracto). 3.2.1.1 Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade. 3.2.1.1.1 Conceituação. 3.2.1.1.2 Fundamento Jurídico. 3.2.1.1.3 Aspectos sobre a Ação. 3.2.1.1.4 Objeto da Medida. 3.2.1.1.5 Competência. 3.2.1.1.6 Legitimidade. 3.2.1.1.7 Efeitos da Decisão. 3.2.1.2 Fiscalização Sucessiva (Abstracta) da Constitucionalidade. 3.2.1.2.1 Conceituação. 3.2.1.2.2 Fundamento. 3.2.1.2.3 Aspectos Sobre a Ação. 3.2.1.2.4 Objeto. 3.2.1.2.5 Competência. 3.2.1.2.6 Legitimidade. 3.2.1.2.7 Efeitos da Decisão. 3.2.1.3 Fiscalização da Inconstitucionalidade por Omissão Legislativa (Inconstitucionalidade por Omissão). 3.2.1.3.1 Conceituação. 3.2.1.3.2 Fundamento. 3.2.1.3.3 Aspectos Sobre a Ação. 3.2.1.3.4 Objeto da Medida. 3.2.1.3.5 Competência. 3.2.1.3.6 Legitimidade. 3.2.1.3.7 Efeitos da Medida. 3.3 Fiscalização Concreta da Constitucionalidade (Controle Concreto). 3.3.1 Definição. 3.3.2 Legalidade Normativa. 3.3.3 Aspectos Sobre a Fiscalização. 3.3.4 Finalidade. 3.3.5 Competência. 3.3.6 Legitimidade para a Fiscalização. 3.3.7 Resultados Advindos do Controle. 3.4 Efeitos das Decisões do Tribunal Constitucional. 3.5 Fiscalização de Formas de Ilegalidade pelo Tribunal Constitucional. 3.6 Natureza e Efeitos do Tribunal que Julga o Recurso.



**3.6.1** Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão. **3.6.2** Fiscalização Preventiva e Sucessiva. **3.6.3** Fiscalização Abstracta e Concreta. **3.6.4** Fiscalização de Certas Formas de Ilegalidade. **4** Principais diferenças do controle da constitucionalidade positiva entre os modelos brasileiro e português. **4.1** Constituição. **4.2** Controle da Constitucionalidade. **4.3** Recurso Obrigatório do Ministério Público. **4.4** Ações Semelhantes e Distintas. **4.5** Controle da Constitucionalidade Preventivo e Repressivo. Conclusões. Bibliografia.

## Introdução

O cenário da Constitucionalidade nos países democráticos, em face dos avanços da sociedade, nomeadamente os relacionados com o campo da modernidade têm suscitado a necessidade da implementação de modificações normativas, inclusive de princípios e preceitos constitucionais.

O tema objeto de estudo, sem dúvidas, é de difícil discussão, conquanto inere-se à Justiça Constitucional e, portanto, à Constituição.

O pragmatismo está a indicar que os sistemas jurídicos hodiernos são estruturados em constituições, existindo como principal preocupação a de que seja assegurada a supremacia das normas constitucionais.

Para esse desiderato, é mister que seja implementada uma forma de controle da constitucionalidade das normas infraconstitucionais, mediante um sistema de fiscalização emanado da própria Constituição.

O estudo dos diversos modelos e da evolução dos mecanismos de controle da constitucionalidade contribui, de forma efetiva, para o necessário aprimoramento dos instrumentos de fiscalização, de forma que a supremacia da Constituição prevaleça em toda a sua

plenitude, evitando, assim, interpretações incompatíveis com a própria ordem constitucional.

Com efeito, no presente estudo serão, precipuamente, analisados, de forma crítica tanto na sua eficácia, quanto nas suas vulnerabilidades, o controle da constitucionalidade e respectivos Sistemas de Fiscalização da Constitucionalidade Positiva no Brasil e em Portugal.

Este estudo investigatório tem como pressuposto básico demonstrar que:

1. A Justiça Constitucional, que tem como núcleo essencial o controle da constitucionalidade, nos leva a refletir inexoravelmente sobre a Democracia;
2. O Sistema de Controle da Constitucionalidade no Brasil, inobstante eficaz, requer uma nova discussão quanto ao aperfeiçoamento de normas Constitucionais;
3. É de fundamental importância, como um dos pontos a ser objeto de análise, a instituição, a médio prazo, de um Tribunal Constitucional no Brasil, nos moldes de Portugal;
4. Os modelos de controle da constitucionalidade nos dois países tem sido eficientes no mister de fiscalizar a inconstitucionalidade de leis;
5. O Supremo Tribunal Federal- STF tem evidenciado morosidade no julgamento de processos ínsitos ao controle da constitucionalidade no Brasil;
6. A rigidez da Constituição Brasileira constitui-se em um óbice para as modificações normativas que, no decorrer do tempo, afiguram-se imprescindíveis, prevalecendo assim, hodiernamente, o constitucionalismo em face à Democracia brasileira;

O presente estudo objetiva a, de forma despretensiosa, apresentar através de uma investigação da doutrina constitucional sobre o tema em questão, críticas sugestões e propostas, para o aperfeiçoamento do controle da constitucionalidade no Brasil e em Portugal.

O ponto de partida para uma eficiente fiscalização da inconstitucionalidade das normas é a vigilância na consecução do cumprimento dos princípios, preceitos e Normas Constitucionais.

## 1 Aspectos gerais do controle da constitucionalidade

A palavra constituição, sob o ponto de vista da semântica, se nos apresenta por vários matizes, seja no sentido de “organização” e “formação”, seja no sentido de uma norma fundamental que estabelece regras sobre os direitos e deveres do cidadão em relação ao Estado.

Ensina o constitucionalista José Afonso da Silva que essas formas de expressão, por extensão, inerem-se à composição interna de seres e entidades aduzindo, nesse aspecto, que todos os Estados tem constituição, a qual consistiria numa forma de ser do Estado (elementos constitutivos: território, população e governo) Esse doutrinador conceitua de forma sintética que: “A constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado”<sup>1</sup>

Numa visão mais abrangente Paulo Bonavides define a palavra Constituição, por uma visão material e formal. Na primeira alternativa: “é o conjunto de normas pertinentes à organização do poder, à distribuição da competência, ao exercício da autoridade, à forma de governo, aos

---

1 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 38.

direitos da pessoa humana, tanto individuais como sociais”<sup>2</sup>. No que concerne ao aspecto formal, o insigne constitucionalista Hans Kelsen expressa que “Fala-se de constituição em sentido formal quando se faz a distinção entre as leis ordinárias e aquelas outras que exigem certos requisitos especiais para a sua criação e reforma”<sup>3</sup>.

Nesse diapasão, convém ressaltar a classificação de Lord Bryce indicando que as Constituições são rígidas ou flexíveis<sup>4</sup>. Aquelas não podem ser objeto de alteração ou modificação como ocorre com as leis ordinárias. Os procedimentos para esse mister são bem mais difíceis e revestidos de solenidade.

Paradoxalmente, as constituições flexíveis não exigem nenhuma medida que se configure especial para a sua alteração. É factível ainda mencionar-se a forma de constituição semirrígida, a qual é detentora de uma parte rígida e outra flexível, como é o caso da constituição do Império do Brasil.

No contexto da classificação das Constituições, doutrinariamente, às formas referidas estão ínsitas à estabilidade das Constituições. Existem ainda outras classificações, qual sejam: quanto ao conteúdo (materiais e formais); à forma (escritas e não escritas); ao modo de elaboração (dogmáticas e históricas); e à origem (populares ou democráticas e outorgadas).

2 Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 84.

3 Hans Kelsen, *Teoria General Del Estado*, p.333.

4 Cf. James Bryce, *Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas*.

## 1.1 Noções sobre o Controle da Constitucionalidade-Origem, Natureza e Conceito.

Hans Kelsen traduzindo o direito sob o olhar de vista de uma perspectiva positivista definiu-o “por um sistema de normas jurídicas hierarquicamente escalonadas, possuindo como fundamento último uma norma fundamental que atribua validade a todo o sistema<sup>5</sup>”.

De fato, essa norma constitucional é a Constituição, a qual, encontrando-se no vértice da pirâmide normativa, implica na condição de que todas as normas jurídicas devem compatibilizar-se com ela, aspecto esse que caracteriza a sua superioridade com relação à essas normas.

Em face dessa supremacia, implementou-se uma estrutura teórica e normativa com o escopo de assegurar que as normas infraconstitucionais fossem compatíveis com essa Lei Maior, no que foi viabilizado por intermédio do sistema de controle da constitucionalidade.

É o princípio da supremacia constitucional exigindo que todas as questões jurídicas se compatibilizem com os princípios e preceitos da Constituição.

Importa ressaltar que “de nada adiantaria a existência de um lei superior, se não fosse criado um eficiente sistema de defesa para que ela sempre prevaleça<sup>6</sup>”.

Demais, a fiscalização da constitucionalidade das leis constitui-se no principal mecanismo de defesa e garantia da Lei Maior, adrede prevista por ela, por intermédio de um órgão competente para efetivá-la.

5 Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, p. 248.

6 João Aurino Melo Filho, *Modelo de Controle de Constitucionalidade no Direito Comparado*, p. 2.

Para isso, configura-se imprescindível que exista um órgão que, tanto numa função jurisdicional, como política, independentemente do quadro do Poder Judiciário, tenha capacidade de promoção e fiscalização de atos normativos do Poder Público, que não estejam em conformidade com os ditames constitucionais.

A primeira Constituição, dentro de uma retrospectiva histórica, que estabeleceu, de forma direta, o controle da constitucionalidade, por intermédio de órgão precisamente instituído para esse mister, foi a da Pensylvania, em 1776, nos Estados Unidos, a qual serviu de paradigma à de Vermont, em 1777, na França, bem como à de Nova York, também nesse País, tendo sido previsto o “Conselho de Revisão”.

Destacam-se como modelos paradigmáticos de controle da constitucionalidade: o de Portugal, o qual diferentemente do Estado Brasileiro, instituiu o “Tribunal Constitucional”; o norte-americano, denominado *judicial review*; o Francês; e o europeu (ou Austríaco).

## 1.2 Formas de Inconstitucionalidade

A Constituição representa a estrutura de todo ordenamento jurídico de um Estado.

Assim, por força do “Princípio da Supremacia da Constituição Federal” todos os atos jurídicos somente podem ser implementados em conformidade com os princípios, preceitos e normas constitucionais.

De fato, a atuação norteadora, de forma positiva, nos ditames constitucionais evidenciam-se de caráter revestido de legalidade. No en-

tanto, a omissão na aplicação de normas em desacordo com as determinações dela emanadas, configura-se em conduta considerada inconstitucional.

Conforme orientam Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino a “inconstitucionalidade é o conflito de um comportamento, de uma norma ou de um ato com a Lei Fundamental”<sup>7</sup>.

De acordo com o constitucionalista José Afonso da Silva, a Constituição de 1988 admite como formas de inconstitucionalidades: a inconstitucionalidade por ação (art. 102, I, a, e III, a, b e c) e a inconstitucionalidade por omissão (art. 103 e seus §§ 1º a 3º).

### 1.2.1 Inconstitucionalidade por Ação

Implementa-se com a efetivação de atos legislativos ou administrativos que sejam contrários a normas e princípios constitucionais.

De modo que, em se realizando um ato ou editando uma lei, a *contrário sensu* da Constituição, está sendo praticada uma inconstitucionalidade por ação (ou inconstitucionalidade positiva ou por ato comissivo)

Nesse caso, importa avocar o Princípio da Supremacia da Constituição do qual advém da “compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um País” (José Afonso da Silva) a qual resulta da questão de que as normas de nível inferior somente terão validade se estiverem compatíveis com as normas de nível superior, ou seja com a Constituição.

---

7 Paulo Vicente e Marcelo Alexandrino, *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*, pp. 299-302.

No que respeita à “incompatibilidade vertical”, esta é sanada em face das normas de nível mais elevado, as quais operam-se validando as de nível inferior.

## 1.2.2 Inconstitucionalidade por Omissão.

Ocorre nos casos em que o Poder Político deixa de editar uma lei ou norma, ou nos casos, em que não são praticados os atos legislativos ou administrativos requeridos, com o escopo de que sejam aplicadas normas constitucionais em vigor.

Muitas dessas normas dependem de uma lei ou de uma providência administrativa posterior, para que os direitos nelas suscitados se operem de forma pragmática.

A Constituição de 1988 reconhece direitos ao cidadão brasileiro, tais como a saúde, a educação, dentre tantos outros, contudo mesmo sendo um dever do Estado, tais atos, legislativos e administrativos, não foram efetivados. Trata-se, portanto, de uma inconstitucionalidade por omissão, viabilizando, com isso, a interposição de uma ação de inconstitucionalidade por omissão<sup>8</sup>.

8 A Constituição da República Federativa do Brasil pontifica que: “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; [...] p) o pedido de medida cautelar das ações diretas de inconstitucionalidade; [...] III - julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; c) julgar válida lei ou ato de governo local contestado em face desta Constituição. d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal. § 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. § 3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”.

Em outros países, como Portugal, p. ex. a Constituição portuguesa pontifica no seu art. 283, a inconstitucionalidade por omissão<sup>9</sup>.

### 1.2.3 Inconstitucionalidade Formal

É também conhecida como inconstitucionalidade por vício formal.

Realmente, esse tipo de inconstitucionalidade, relacionado ao aspecto formal, se verifica quando ocorrem vícios na consecução do ato jurídico ou quando a autoridade que o implementou afigura-se incompetente para a sua elaboração.

José Afonso da Silva corrobora tal posicionamento, entendendo que essa inconstitucionalidade se manifesta, “formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição”.<sup>10</sup>

### 1.2.4 Inconstitucionalidade Material

Denominada ainda de inconstitucionalidade por vício material. Ocorre quando o conteúdo de um ato jurídico é contrário à constituição. Nesse mesmo sentido, José Afonso da Silva estabelece que essa forma de inconstitucionalidade se apresenta, “materialmente,

---

9 A Constituição da República Portuguesa consagra que: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

10 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 47.

quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípios da constituição”.<sup>11</sup>

### 1.2.5 Inconstitucionalidade Total

Essa forma de inconstitucionalidade ocorre quando uma norma é totalmente incompatível com os preceitos e princípios constitucionais. É fácil asseverar que casos de inconstitucionalidade total estão, comumente, atrelados a vícios formais, porquanto uma lei elaborada sob a égide de um procedimento incompatível apresenta-se totalmente inconstitucional.

### 1.2.6 Inconstitucionalidade Parcial

Trata-se da incompatibilidade parcial de uma norma com a Constituição. Nesse caso, somente um trecho da norma é analisado no sentido de que venha a ser modificado. De fato, no Brasil, a inconstitucionalidade parcial é mais freqüente, conquanto cada parte de um texto da norma sob comento é analisado de *per si*, sendo, assim, muito incomum que toda norma seja incompatível.

### 1.2.7 Inconstitucionalidade Direta

As normas primárias e secundárias compõe o ordenamento jurídico brasileiro.

11 José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 47.

As primeiras (leis ordinárias), tem sua eficácia e validade oriundas diretamente da Constituição. Assim, quando uma dessas normas não está em consonância com a Lei Fundamental ocorre a inconstitucionalidade direta.

As normas secundárias (como é o caso de decretos regulamentares), tem como arcabouço fundamental as normas primárias. Em não havendo sintonia daquela norma com a primária, implementa-se uma inconstitucionalidade indireta (ou reflexa).

Configura-se importante aduzir que esse matiz de inconstitucionalidade (indireta) é considerado pela Justiça Brasileira como uma simples ilegalidade, devendo ser corrigida por medidas legais díspares da inconstitucionalidade direta.

### **1.2.8 Inconstitucionalidade Derivada**

Evidencia-se quando um decreto (na condição de norma secundária) é regulamentando por uma lei (que por sua vez, constitui-se em uma norma primária), que é declarada como inconstitucional. Por via de consequência, o referido decreto, adstrito, à essa lei, torna-se objeto de uma inconstitucionalidade derivada.

### **1.2.9 Inconstitucionalidade Originária**

Trata-se de um ato normativo que se configura contraposto às normas constitucionais em vigor no momento da sua instituição.

### 1.2.10 Inconstitucionalidade Superveniente

Materializa-se quando o ato normativo era, a princípio, constitucional, mas uma alteração posterior na própria constituição torna ela incompatível com as novas normas da Constituição.

Do ponto de vista do Supremo Tribunal Federal- STF, não há como proceder com essa modalidade de inconstitucionalidade, porquanto o entendimento é de que uma nova Constituição ou Emendas Constitucionais não estabelecem como inconstitucionais normas anteriores que sejam incompatíveis com preceitos constitucionais.

## 1.3 Sistemas de Controle da Constitucionalidade

A defesa da supremacia constitucional em face das possíveis e, porque não afirmar, das prováveis inconstitucionalidades, implica em técnica especial estabelecida pela própria Constituição do País, na sua forma de organização desse controle.

O Direito Constitucional, numa visão pragmática, intitula esse *modus operandi* de controle da constitucionalidade das leis, o qual se evidencia como um componente da Jurisdição Constitucional.

Na visão de José Afonso da Silva existem “três sistemas de controle da constitucionalidade: o político; o jurisdicional (segundo outros constitucionalistas judicial) e o misto.

### 1.3.1 Controle Político

Ocorre quando a tarefa de verificação da inconstitucionalidade é da competência de um órgão que não seja o judiciário, e sim, de natureza política, como: o Poder Legislativo, podendo também ser um órgão especial, como é o caso do “*Conseil Constitutionnel*” traduzido na Constituição Francesa de 1958.

### 1.3.2 Controle Jurisdicional (ou Judicial)

É o atribuído aos tribunais que serão responsáveis pela constatação da inconstitucionalidade. Nos Estados Unidos da América, essa modalidade de controle é denominada de *judicial review*. Trata-se portanto de uma delegação ao Poder Judiciário para que declare a inconstitucionalidade de lei e de outros atos (normas, decreto etc) que ocorram a *contrário sensu*, sob o aspecto formal ou material, de preceitos ou princípios pontificados na Constituição.<sup>12</sup>

---

12 “Reincido, e reincidirei, quantas vezes haja de oppor-me, em juízo, á applicação de actos inconstitucionaes; porque o regimen americano não converteu a justiça em segunda instancia do poder legislativo: consagrou apenas a doutrina da precedente da lei soberana á lei subalterna, uma vez que averiguada pelo juiz a divergência entre as duas: *‘iter discordantia concilia praeponitur sententia e jus quod est majoris auctoritas’*. Essa doutrina, esboçada no direito romano pelas limitações á autoridade dos rescriptos, pela proeminência do *jus legum*, pela distincção, segundo a teoria do mandato, entre as leis immediatas e as leis mediatas (Mommsen), explicitamente definida e praticada no direito canônico até contra o arbitrio dos papas, considerada por Marshal como corollário comum a todas as constituições escripts, adoptada até na Allemanha, há vinte annos, em uma decisão celebre da Corte Hanseatica de Appellação, advogada como applicavel sobre a Constituição Imperial por espiritos da altura do de José Bonifácio na sua aureolada cadeira de professor, não suporpõe a magistratura ao poder legislativo; reconhece-lhe simplesmente, entre uma lei, que formula a vontade permanente do povo, e outra, que reconhece-lhe, simplesmente, entre uma lei, que formula a vontade transitória de um Congresso, o dever inevitável de examinar e declarar o direito para o caso ocurrente” (Barbosa, Ruy. Comentários à Constituição Federal Brasileira [de 1981], colligidos e ordenados por Homero Pires, vol. 1, p. 18-19).

### 1.3.3 Controle Misto

Por fim, o controle misto, que se consolida quando a Constituição estabelece que normas fiquem sob a égide do controle político, enquanto outras sob a fiscalização do Poder Judiciário. A título de exemplo, avoquemos a Suíça, cujo sistema de controle jurisdicional é misto, ficando as leis federais sob a égide política da Assembléia Nacional e, as leis locais, subordinadas ao controle jurisdicional.

## 1.4 Critérios de Controle Jurisdicional

Os Sistemas de Controle da constitucionalidade tanto político, quanto jurisdicional e misto, implementam-se sob a égide de duas formas de controle: o difuso e o concentrado.

Decerto que o controle jurisdicional submete-se ao princípio geral de que não pode haver decisão judicial sem que haja autor (*nemo iudex sine actore*), o qual é seguido, de forma plena no sistema brasileiro, como também pelos países que adotam o critério do controle difuso.

### 1.4.1 Critério de Controle Difuso

Conhecido também como de jurisdição constitucional difusa, exercita-se quando o controle é efetivado por todos os órgãos do Poder Judiciário.

Nesse caso, há um conjunto de julgadores competentes jurisdicionalmente para, de forma incidental, declarar a inconstitucionalidade de

determinada lei, observando-se que tal decisão surtirá efeitos, para o caso *in concreto* ou *inter pars*, inobstante produza efeitos *ex tunc*.

É também chamado de “sistema aberto” e foi criado nos Estados Unidos da América.

Esse matiz de controle da constitucionalidade é classificado também como: concreto; subjetivo; indireto; incidental; secundário; aberto; “por via ou exceção”; e americano.

## 1.4.2 Critério de Controle Concentrado

Denominado também de jurisdição constitucional concentrada, somente terá a competência jurisdicional reconhecida se ela for deferida ao Supremo Tribunal Federal- STF e às personalidades descritas no rol do art. 103 da Constituição Brasileira de 1988.<sup>13</sup>

A decisão exarada pelo STF, nessa forma de controle, produz efeitos, via de regra, *ex tunc* e *erga omnes*. Em sendo afirmada como inconstitucional, a lei é suprimida da ordem legal.

13 O art. 103, por seu turno, pontifica: “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa; V - o Governador de Estado; IV - a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. § 1º - O Procurador-Geral da República deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. § 2º - Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias. § 3º - Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado.

Demais, é factível aduzir que nessa forma de critério, é admitido o controle por iniciativa do juiz (Richterklage dos alemães) e por iniciativa popular (Popularklage, ação popular). É também considerado por “sistema reservado” e foi adotado, em primeiro plano, na Áustria, por inspiração de Kelsen recebendo, também, a classificação de: abstrato; objetivo; direito; principal; primário; fechado; por “via de ação”; austríaco; europeu; e kelsiano.

### 1.4.3 Modos de Exercício de Controle Jurisdicional

Ensina José Afonso da Silva que há de se reconhecer três modos de exercício de controle da constitucionalidade: por via de exceção, ou incidental (também chamado controle concreto); por via de ação direta de inconstitucionalidade; e por iniciativa do juiz<sup>14</sup>.

No primeiro caso, ocorre por decisão de um demandado, no caso *in concreto*, por ocasião da sua defesa num processo. Em seqüência, pela iniciativa de um interessado, autoridade ou instituição e pessoa do povo; e por fim, por iniciativa do juiz no bojo de um processo envolvendo partes.

## 1.5 Momento do Controle

O ato legislativo, normativo e administrativo, que for de encontro à Constituição afigura-se inconstitucional. Ora, para que seja detectado esse incidente, constituí-se necessária a implementação de um controle da constitucionalidade, o qual requer o momento devido para a declaração de inconstitucionalidade dessa lei ou norma.

14 José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p. 50.

### 1.5.1 Momento do Controle Preventivo

Trata-se de uma forma de controle político. Ocorre o controle preventivo antes ou durante o processo legislativo. É o momento pelo qual se previne a introdução de uma norma constitucional no sistema jurídico, no sentido de defini-la como constitucional ou inconstitucional, antes ou durante o processo legislativo. Compete ao Poder Legislativo a iniciativa de estabelecer o processo de análise de regularidade da lei, objetivando a verificação de compatibilização da mesma com a Constituição.

### 1.5.2 Momento do Controle Repressivo

Ocorre após a elaboração da lei, objetivando a retirá-la da esfera jurídica.

Decerto que, a declaração de inconstitucionalidade da lei somente poderá ocorrer pelo voto da maioria absoluta dos membros da Corte Suprema. É o chamado princípio da Reserva do Plenário.

## 1.6 Modelos de Controle da Constitucionalidade

O modelo de controle da constitucionalidade originou-se de uma decisão do Juiz Marshall, Presidente da Suprema Corte Americana, no processo cognominado “Case of Marbury vs. Madison” (A Doutrina Marshall), cujo fundamento avocado foi o da supremacia da norma constitucional sobre a lei ordinária, conquanto, *in abstracto*, todo ato do Congresso Americano, *a contrario sensu* da Constituição Federal, deveria ser considerado nulo, inválido e ineficaz.

Assim é que, a partir desse *affair*, numa seqüência histórica, adveio o modelo de controle da constitucionalidade norte-americano.

### 1.6.1 Modelo Norte-Americano

Na concepção de Paulo Bonavides todo tribunal federal ou estadual, não importa a sua natureza ou grau hierárquico, poderá exercer esse controle, sentenciando numa demanda a inconstitucionalidade da lei.

Foi estabelecida, portanto, com essa decisão, a supremacia do Judiciário como órgão de competência difusa e responsável pelo controle da constitucionalidade das leis.

Nesse esteira de raciocínio, ao sintetizar as idéias do Juiz Marshall, o doutrinador João Aurino de Melo Filho concluiu que esse controle poderá ser exercido por qualquer juiz ou tribunal e, nesse sentido, declarar nulos de *pleno juri* os atos que venham de encontro à Constituição Norte-americana.

Demais, as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos são vinculatórias, suscetibilizando com isso súmulas vinculantes para os tribunais de segundo grau, os quais, por via de consequência, atrelam tais decisões aos juízes de instância inferior, traduzindo, com isso, uma desnecessidade nesse modelo, de um controle concentrado.

Esse sistema, portanto, inobstante difuso, apresenta matiz de ser incidental e concreto, ou seja pode ser objeto de proposição por qualquer interessado, perante qualquer juiz ou tribunal.

A história constitucional americana se confunde em grande parte com a história da Suprema Corte e de suas decisões relativas ao controle da constitucionalidade.

Esse colendo tribunal é composto de nove juízes os quais podem aposentar-se aos 70 anos de idade ou após 25 de atividades nesse cargo. Ficou conhecido por atingir níveis compatíveis a um terceiro Congresso Nacional.

### **1.6.2 Modelo Europeu (ou Austríaco)**

Inspirado no controle da constitucionalidade Norte-americano, o modelo Europeu ou Austríaco, como também é denominado, teve como precursor o constitucionalista Hans Kelsen. De fato, foi criado tomando-se como pressuposto a supremacia constitucional.

Com efeito, esse controle da constitucionalidade é implementado por um órgão, criado pela Constituição, denominado de Tribunal Constitucional, com o escopo de efetivar o controle abstrato das leis infra-constitucionais, ou seja tornando nulas normas que não se coadunem com a Constituição.

Enfim, a fiscalização da constitucionalidade no modelo Europeu ou Austríaco, não seria uma atribuição do Poder Judiciário e sim de um órgão autônomo aos três poderes.

Permeavam nesse modelo três características: a de que não seria objeto de defesa de direitos individuais; seria defeso um cidadão comum propor uma ação, uma vez que a Constituição estabelecia um rol de legitimados para esse mister; e a decisão do Tribunal estaria vin-

culada a todos os juizes, cujo controle teria como resultante o efeito *erga omnes* e *ex nunc*, ou seja sem uma retroação que viesse alterar as decisões já consolidadas.

Na Alemanha, foi instituído, o Tribunal Constitucional Federal, órgão componente do Poder Judiciário, o qual compõe-se de Juizes para decidir sobre questões de ordem constitucional.

Esse órgão somente é avocado para decidir quando uma unidade da federação descumprir normas Constitucionais ou estabelecer julgamentos contrários as mesmas.

### 1.6.3 Modelo Francês

Emanado no período Revolucionário Francês, o controle da constitucionalidade desse País, defrontou-se com um cenário de acentuada desconfiança dos franceses, mormente quanto ao Judiciário.

A França, diante desse quadro, inspirada nas idéias de Hans Kelsen, instituiu uma corte constitucional, sem vínculo com os três poderes, com o objetivo precípua de controlar a constitucionalidade.

Na verdade, esse modelo de controle evidenciava contornos de restrição quanto à sua abrangência, eis que somente algumas normas estariam sob a sua égide, quais sejam: as leis orgânicas, os regimentos da Assembléia Nacional e do Senado, cujo controle seria de caráter obrigatório, sendo proibido o controle de normas decorrentes de referendos, sendo, facultativo, nos casos restantes.

Enfim, há de se concluir que o controle Francês, em face ao que pontifica o art. 41 da Constituição Francesa<sup>15</sup>, é de caráter preventivo, o qual é realizado pelo Conselho Constitucional no decorrer do processo legiferante.

## **2 O controle da constitucionalidade no Brasil**

### **2.1 Generalidades**

#### **2.1.1 Constituições Brasileiras (Período de 1824 a 1988)**

A história do controle judicial da constitucionalidade brasileira perpassou pela égide de seis constituições.

A primeira, a Constituição Imperial de 1824 (Primeiro Império), dotada de características semi-rígidas e consagradora da separação dos poderes, caracterizou-se pelo não acolhimento da tese do controle da constitucionalidade no Brasil.

Proclamada a República em 1889, com o fim do império e do Poder Moderador, criado pela Constituição Imperial, adveio a Constituição de 24 de fevereiro de 1891, instituindo, assim, sob a influência do constitu-

---

15 A Constituição Francesa em seu art. 41 pontifica que: "S'il apparaît au cours de la procédure législative qu'une proposition ou un amendement n'est pas du domaine de la loi ou est contraire à une délégation accordée en vertu de l'article 38, le Gouvernement ou le président de l'assemblée saisie peut opposer l'irrecevabilité. En cas de désaccord entre le Gouvernement et le Président de l'assemblée intéressée, le Conseil Constitutionnel, à la demande de l'un ou de l'autre, statue dans un délai de huit jours." (Se evidenciar-se que, no curso do processo legislativo, uma proposta ou emenda não pertence ao domínio da lei ou é contrária a uma delegação concedida em virtude do artigo 38, o Governo pode opor-se a sua admissão. Em caso de desacordo entre o Governo e o Presidente da assembleia interessada, o Conselho Constitucional, solicitado por uma ou outra parte, delibera dentro do prazo de oito dias Tradução apresentada pelo Autor).

cionalismo americano, o sistema jurisdicional, viabilizando, desse modo, o “critério de controle difuso por via de exceção”. Importa salientar a grande influência exercida pelo constitucionalista Rui Barbosa que defendia que o *judicial review* deveria predominar no Brasil.

Nessa nova ordem constitucional foi revigorada a instituição do Supremo Tribunal Federal- STF, a qual outorgou-lhe “a função de guardião da Constituição e da ordem federativa, reconhecendo-lhe a competência para aferir a constitucionalidade da aplicação do direito através do recurso especial”.

Por sua vez, a Constituição de 1934, ao entrar em vigor, mantendo a regras do critério difuso, propiciou três inovações que aperfeiçoaram o sistema de controle da constitucionalidade brasileira: a “ação direta de inconstitucionalidade interventiva”; a condição de que apenas por maioria de votos os tribunais haveriam de declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público; e a competência ao Senado Federal para suspender a execução, parcial ou total, de lei ou ato considerado inconstitucional em decisão final.<sup>16</sup> Essas modificações compõem, de forma definitiva o Direito Constitucional brasileiro.

Nesse diapasão, a Constituição de 1937, de “marca centralizadora e autoritária, surgiu em momento negro da história da vida política brasileira. A ditadura de Getúlio Vargas”. Conhecida “como Constituição Polaca”, o seu advento retirou a supremacia das decisões e declarações de inconstitucionalidades do STF.

Por sua vez, com a promulgação de uma nova Constituição em 1946, foram implementadas duas inovações (Emenda Constitucional- 16 de 6.12.65): uma nova forma de ação direta de inconstitucionalidade e a ques-

16 “Um ato ou uma lei inconstitucional é um ato ou uma lei inexistente; uma lei inconstitucional é lei aparente, pois que, de fato ou na realidade, não o é. O ato ou lei inconstitucional nenhum efeito produz, pois que inexistente no direito ou é para o direito como se nunca tivesse existido”, Cf. *Direito Constitucional*, v. I, p. 430.

tão de que a lei poderia, pelo Tribunal de Justiça, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato municipal, a qual não prosperou como fora previsto.

A Constituição de 1967/1969 corroborou o controle difuso e a ação direta para o controle abstrato de normas estaduais e federais, conforme preconizada na Emenda Constitucional 16/1965. Atribuiu “ao STF a competência para processar e julgar originariamente a representação ao Procurador- Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Por fim, a Constituição de 1988, além de fornecer aos cidadãos brasileiros possibilidade de proteção aos direitos individuais, difusos e coletivos, consagrou um sistema de controle da constitucionalidade misto, concentrado e difuso, inspirando-se nos exemplos Norte-Americano, Francês e Europeu. O mandado de segurança foi ampliado aos direitos coletivos. Foi prevista a inconstitucionalidade por omissão e instituído o mandado de injunção para proteger direitos assegurados pela Constituição.

Estabeleceu-se o Habeas-Data, objetivando a assegurar informações relativas à pessoa do interessado existentes em registros ou bancos de dados do governo. Fez prevalecer a força do controle difuso da constitucionalidade, além de outros avanços constitucionais, com a ação declaratória, que pode ser interposta no STF, por aqueles que detêm legitimidade à ação direta de inconstitucionalidade. Ademais, voltou à ação direta de inconstitucionalidade com o fito de questionamento de leis ou atos normativos, estaduais ou municipais, em razão da Constituição Estadual. Demais, ficou estabelecido que o controle da constitucionalidade é jurisdicional e de competência do STF.

Contudo, o legislador deixou passar a oportunidade ímpar para instituir o Tribunal Constitucional, a exemplo de outros Países, como Portugal, o que lhe propiciaria um maior e mais efetivo controle da constitucionalidade no Brasil.

## 2.1.2 O Papel do Supremo Tribunal Federal no Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis

O controle da constitucionalidade brasileiro consubstancia-se em uma estrutura que tem como escopo salvaguardar a supremacia constitucional, de maneira que as normas infraconstitucionais (leis, decretos etc) estejam, rigorosamente, em sintonia com a Constituição.

A Constituição Brasileira é rígida, sendo, por via de consequência, “a lei fundamental e suprema do estado brasileiro”.

Disso, consoante Paulo Bonavides, “resulta a superioridade da lei constitucional, obra do poder constituinte sobre a lei ordinária...”<sup>17</sup>

Críticas recentes ao controle da constitucionalidade implementado no Brasil (inspiradas no direito Norte-americano) por juízes e, em última instância, pelo STF, passaram a propagar-se no meio acadêmico.

O Juiz Federal Sergio Fernando Moro propõe que o controle da constitucionalidade possa ser executado desde que os juízes estabeleçam uma conduta de “auto contenção, numa posição contrária ao ativismo judicial, a qual seria preservada para um momento oportuno e excepcional”.<sup>18</sup>

Ao suscitar no que consistiria uma postura de auto contenção, o Magistrado Moro faz menção às “virtudes passivas da jurisdição Constitucional”, o que nos remete à obra de Alexander Bickel.

17 Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, p. 307.

18 Sérgio Francisco Moro, *Jurisdição Constitucional como Democracia*, p. 315.



Importa ressaltar que o STF adota uma posição ativista quando o certo seria a adoção de uma postura de auto contenção.

Consoante nos ensina Oscar Vilhena Vieira<sup>19</sup> há de se ter crédito na jurisdição constitucional como uma eficaz estrutura de equilíbrio, que viabiliza a possibilidade de atribuição ao STF de “um papel de árbitro último da política nacional, neutralizando conflitos desagregadores e garantindo a continuidade e harmonia do sistema político”

Por sua vez, o constitucionalista Gustavo Binbenjy posiciona-se no sentido de exercer a sua credibilidade no Judiciário como o guardião da Constituição Brasileira.

Ele abaliza a legitimidade da jurisdição constitucional de maneira plena, entendendo que ela encontra-se compatível para atuar tanto na defesa dos direitos fundamentais (Dworkin) quanto do procedimento democrático (Habermas).

O eminente constitucionalista Paulo Bonavides traduz menção a uma “queda qualitativa” no controle da constitucionalidade exercido de maneira concentrada no STF, que estaria a exercer mais um papel de guardião da governabilidade do que de efetivo protetor dos direitos constitucionalmente assegurados aos cidadãos...”

No Brasil foram aprovadas, apenas, em menos de 20 anos de sua vigência, algo mais de 50 emendas à constituição.

Importa afirmar que no exercício do controle difuso o STF, conjuntamente com o Senado Federal, exercem significativas funções, sendo que as decisões daquele tribunal tem efeitos *ex tunc* e *inter pars*, regra geral.

---

19 Oscar Vilhena Vieira. *Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência Política*, p. 233

De fato, para que os efeitos sejam estendidos a todos, ou seja *erga omnes*, é mister que o Senado Federal, por intermédio de resolução, suspenda a execução da lei ou ato normativo, atribuindo eficácia *erga omnes* e efeitos *ex nunc* às decisões (art. 52, x, da CF/1988).

Malgrado não exista no Brasil um Tribunal Constitucional, o STF atua, no controle da constitucionalidade de forma dupla, ou seja como uma forma de Tribunal Constitucional, decidindo com efeito *erga omnes*, assim como proferindo decisões com efeito *inter pars*. Há, portanto, no controle difuso e, apenas neste, um liame entre o STF e o Senado Federal.

De modo que, a decisão do STF favorável a inconstitucionalidade de uma lei no controle difuso, implica na questão de que esta permaneça válida para os casos restantes, limitando-se os efeitos da decisão pela inconstitucionalidade a caso, *in concreto*, continuando a norma a estabelecer os seus efeitos.

Destarte, conclui-se que a tradição brasileira de controle da constitucionalidade está adstrita ao controle difuso, sendo que, desde a constituição de 1891 até a de 1988, essa forma de controle foi ínsita ao conjunto de competências do Poder Judiciário (tendo o STF com última instância). O Ministro Gilmar Mendes sugeriu a modificação de competência do Senado Federal, argumentando que tornou-se em desuso o controle difuso da constitucionalidade.

### **2.1.3 Controle da Constitucionalidade das Leis**

Consoante mencionamos, anteriormente, todas as situações jurídicas existentes no Brasil por força da Constituição Federal, devem coadunar-se com essa Lei Maior. Na ocorrência de uma ação ou omissão, que se revelem inconstitucionais, suscetibilizar-se-à, com isso, as inconstitucionalidades por ação ou omissão. A primeira, ocorre “com a produção de atos legislativos ou administrativos que contrariam normas ou princípios da constituição. A última, verifica-se nos casos em que não sejam praticados atos legislativos ou administrativos requeridos para formar plenamente aplicáveis normas constitucionais.

Com efeito, exsurge das análises, de ordem constitucional, mormente relacionadas com os princípios da dignidade da Pessoa Humana e da Igualdade, que a Lei Maria da Penha, indiscutivelmente revela-se em um cenário de inconstitucionalidade por ação.

No Brasil, existem duas formas de controle da constitucionalidade das leis: o controle por via de exceção e o controle por via de ação. Consistem em duas técnicas, existentes no Sistema Constitucional brasileiros, inovadoras no contexto doutrinário e institucional.

#### **2.1.3.1 O Controle por Via de Exceção**

Detentora de raízes na tradição judiciária do País objetiva a, precipuamente, defesa e salvaguarda dos direitos individuais contra atos normativos do Poder Público.

Implementa-se unicamente pelo Recurso Extraordinário e, se for o caso, por intermédio de Mandado de Segurança.

### 2.1.3.2 O Controle por Via de Ação

No período que vigorava a Constituição de 1946, a Lei nº 2.271, de 22 de julho de 1954, veio disciplinar uma nova matéria inerente à fiscalização judiciária da constitucionalidade das leis, ou seja, o da “via de ação”, acrescentando à já existente via incidental ou de exceção.

Com isso, a via de ação estabeleceu um cenário caracterizador de que toda lei, do ordenamento jurídico brasileiro, estaria suscetível de um exame da constitucionalidade, por intermédio de uma ação direta ou específica, com o objetivo precípuo de eliminar o ponto controverso.

Os constitucionalistas Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino<sup>20</sup> defendem a tese de que a “via de ação” afigura-se por dois modos de fiscalização da constitucionalidade: a via incidental (ou concreta), consistente no fato de que o controle da constitucionalidade somente ocorre quando surge uma controvérsia real. P. ex., quando uma parte em meio a uma lide jurídica peticiona ao juiz que declare a inconstitucionalidade de determinada norma.

No que se refere a via principal (ou abstrata), há de ocorrer uma análise em tese não relacionada com um fato concreto. Nesse caso, o objetivo precípuo é o de proteger o ordenamento jurídico.

## 2.2 O Controle Incidental - Uma Via de Ação

Com efeito, tomemos como paradigma um processo judicial instaurado com o escopo de por a termo um conflito de interesses entre duas partes.

20 Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. *Resumo de Direito Constitucional Descomplicado*, cit. pp. 303-305.

No decorrer do processo, a parte demandada, o terceiro, o Ministério Público (na qualidade de *custos legis*) ou ainda o juiz, *ex officio*, em vislumbrando que a lei, que se constituirá na base jurídica para a resolução do litígio afigura-se inconstitucional, poderá suscitar um incidente processual.

Demais, a decisão da questão da constitucionalidade não inere-se ao mérito da lide em si, mas sobre a decisão da lide cuja apreciação constitui premissa fundamental para o julgamento da questão principal ou do mérito, a respeito do qual discutem as partes no processo.

Nesse caso, há de se aplicar, a espécie, o art. 469 do Código de Processo Civil<sup>21</sup>, de modo que a decisão relativa à constitucionalidade, de interesse apenas das partes, não seja encoberta pela coisa julgada entre as partes.

### 2.3 Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADIn

A Constituição Brasileira de 1946, ainda encontrava-se vigorando quando, por intermédio da Emenda Complementar- 16, de 6.12.65, foi criada uma nova forma de “ação direta de inconstitucionalidade”, sob a égide de um caráter genérico, ao estabelecer competência ao STF para processamento e julgamento, originariamente, bem como a avocação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, nos níveis federal ou estadual, interposta pelo Procurador- Geral da República.

De modo que, o controle e fiscalização da constitucionalidade pode ocorrer perante o STF e os Tribunais de Justiça, sendo o parâmetro de controle a Constituição Federal, por força do art. 102, I, alínea a).

21 O Código de Processo Civil estabelece em seu art. 469 que: “Art. 469. Não fazem coisa julgada: I - os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença; II - a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença; III - a apreciação da questão prejudicial, decidida incidentalmente no processo”

A ADIn é, portanto, um instrumento processual constitucional objetivando a fazer com que a Corte Constitucional se posicione acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo.

### **2.3.1 Conceituação**

É um instrumento utilizado no controle direto da constitucionalidade das leis e atos normativos, exercido perante o Supremo Tribunal Federal - STF, que tem por fim retirar do ordenamento jurídico lei ou ato normativo incompatível com a ordem constitucional, não sendo ela suscetível de desistência.

### **2.3.2 Fundamento Jurídico**

O fundamento constitucional da ação direta de inconstitucionalidade está pontificado no art. 102, inciso I, alínea a), da Constituição Federal Brasileira.

### **2.3.3 Aspectos Sobre a Ação**

A Ação Direta de Inconstitucionalidade compreende três formas: a interventiva, em nível federal, proposta exclusivamente pelo Procurador - Geral da República e de competência do STF (arts. 36, III, 102, I, a, e 129, IV), ou estadual, decorrente de representação do Procurador- Geral de Justiça do Estado (art. 129, IV); interventivas, conquanto destinadas a promover a intervenção federal em Estado ou Estado em Município,

conforme o caso; a genérica, de competência do STF, objetivando a decretação de inconstitucionalidade, em tese, de lei ou ato normativo, federal ou estadual, com o fito de retirar da ordem jurídica a incompatibilidade vertical (arts. 102, I, a e 103, incisos e § 3º) e de competência do Tribunal de Justiça em cada Estado, com o escopo de declaração de inconstitucionalidade, em tese, de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em razão da Constituição Federal (art. 125, § 2º); e a supridora de omissão: do legislador, que omite-se na criação da lei, sobretudo quando é avocada pela Constituição; do administrador, que se queda inerte nas medidas que venham a efetivar a norma Constitucional (art. 103, § 2º).

O art. 97 da Constituição Brasileira preconiza que “somente pelo voto da maioria absoluta dos seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do Poder Público”

### **2.3.4 Objeto da Medida**

A ADIn tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal, estadual ou distrital, não sendo permitido pelo STF o prosseguimento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo que já foram revogados ou que se afigurem ineficazes.

### **2.3.5 Competência**

Compete ao Supremo Tribunal Federal processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (art. 102, I, da CF).

A Constituição Federal pontifica, também, em seu art. 125, § 2º, que leis e atos normativos municipais e estaduais, em face da Constituição Federal, serão processados e julgados pelo Tribunal de Justiça.

### 2.3.6 Legitimidade Constitucional

As personalidades legitimadas para propor a Ação Direta de Inconstitucionalidade estão elencadas no art. 103, incisos de I a IX da Constituição Federal<sup>22</sup>. De certo modo, nem todos os que detém legitimidade ativa podem propor qualquer forma de ação direta, condicionando-se para alguns deles o requisito da pertinência temática, ou seja deve existir relação entre a norma impugnada e as atividades institucionais do requerente.

A Constituição Federal em seu art. 103, § 1º, dispõe que o Procurador-Geral da República será ouvido em todos os processos que sejam da competência do STF.

### 2.3.7 Efeitos da Ação

Os efeitos da Ação Direta de Inconstitucionalidade têm sido objeto de debates, sendo configurado, por doutrinadores, como um problema, sobretudo quanto à natureza do ato inconstitucional, ou seja se é inexistente, nulo ou anulável.

De todo modo, tecnicamente, a declaração de inconstitucionalidade na ação direta propicia efeito *erga omnes* e *ex tunc*.

---

22 Ver nota nº 13.

Ensina o doutrinador Alexandre de Moraes que “declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão terá efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), desfazendo de sua origem o ato declarado inconstitucional...”<sup>23</sup>

## 2.4 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

A Constituição de 1988 consagrou a “inconstitucionalidade por omissão” (art. 103, § 2º) e acresceu à legitimação para interposição da ação, cuja competência era tão somente do Procurador- Geral da República, para outras personalidades às quais estão elencadas nos incisos I a IX do art. 103 da Constituição Federal (vide nota 8).

Com efeito, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro por influência da Constituição Portuguesa de 1976.

Importa mencionar que o legislador ao estruturar a Constituição Federal procurou, de forma inteligente, instituir mecanismos para que o Judiciário viabilizasse a inconstitucionalidade por omissão. Assim é que, via mandado de injunção (art. 5º LXXI, da CF) possibilitou a tutela de direito fundamental não regulamentado, como também, inspirado na jurisprudência do STF, possibilitar à Corte o poder de estabelecer a norma não exarada.

A ação direta de inconstitucionalidade pode se evidenciar por dois matizes: parcial ou total, não estando sob a égide de prazo decadencial nem prescricional.

---

<sup>23</sup> Alexandre de Moraes, *Direito Constitucional*, p. 734.

### **2.4.1 Conceituação**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem como objetivo precípuo a declaração de uma lacuna em normas, tanto programáticas, quanto de eficácia limitada, ou seja, que recomendem a atuação do poder legislativo.

Demais, conforme ensina Gilmar Mendes, “objetiva o alcance de sentença que declara a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional”.

### **2.4.2 Fundamento Jurídico**

O art. 103, § 2º, da Constituição Federal, pontifica que: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

É factível a conclusão de que a ação direta de inconstitucionalidade conta, também, como respaldo legal, o art. 102, I, a, da CF.

### **2.4.3 Aspectos Sobre a Ação**

A questão reside no fato de que a omissão perquerida funciona como pressuposto para dotar de efetividade norma constitucional.

Dessarte, “o silêncio legislativo ulterior em muitos preceitos que demandam ação complementar ou regulamentadora do dispositivo Constitucional tolheu ou invalidou alguns avanços básicos do Estado Social brasileiro”<sup>24</sup>.

#### **2.4.4 Objeto da Medida**

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão tem como objeto a omissão do legislativo, como também pelos atos que não foram implementados por esse Poder.

Essa omissão é de caráter normativo. Trata-se da falta da edição de normas, cuja responsabilidade é do Poder Legislativo, como também dos Poderes Executivos e Legislativo.

#### **2.4.5 Competência**

A Competência para processar e julgar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é do Supremo Tribunal Federal - STF (art. 102, I, a).

#### **2.4.6 Legitimidade Constitucional**

A legitimação para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade por omissão está preconizada no art. 103 da Constituição Federal, que elenca em seus nove incisos as personalidades que podem requerer tais medidas (subitem 2.3.6. supra).

---

24 Gilmar Ferreira Mendes, Direito Constitucional, p. 86.

### 2.4.7 Efeitos da Ação

O principal efeito dessa forma de ação de inconstitucionalidade está evidenciado pelo que se encontra estatuído no art. 103 da Constituição Federal Brasileira.

Nesse contexto, exarada a sentença declaratória da omissão de “medida para tornar efetiva norma constitucional” haverá de ser cientificado o poder competente, que omitiu-se de produzir a lei, o decreto, a norma, objetivando a adoção das medidas necessárias ao cumprimento do preceito constitucional.

No caso de se tratar de órgão administrativo, o prazo para este mister é de trinta dias.

No bojo da sentença, cujo dispositivo se reveste de natureza mandamental, encontra-se implícita a exigência, ao poder competente das medidas a serem encetadas para sanar a omissão.

No caso do Poder Legislativo, p. ex., em não cumprir a determinação judicial, subsumir-se-á em omissão mais grave. De qualquer modo, não há como se obrigar o Poder legislativo, simplesmente, de legiferar. E como resolver esse imbróglio? Em lugar de uma sentença de caráter declaratório, seria exarada uma normativa, que se consubstanciaria nesse feito.

Em tal circunstância, o legislador constituinte não se propôs a estabelecer tão importante avanço para a questão da omissão normativa constitucional brasileira.

## 2.5 Ação Declaratória de Constitucionalidade

Configura-se numa outra via para o controle abstrato da constitucionalidade no Brasil. Trata-se de se colocar sob discussão autônoma a constitucionalidade de uma norma.

A ação declaratória (ou ato normativo federal) foi inserida no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 3/1993, nomeadamente na alínea “a” do inciso I do art. 102 da Constituição Federal, combinada com o § 2º, como também com a mesma legitimação concedida às personalidades elencadas no art. 103, dessa Lei Maior, com a redação da Emenda Constitucional - 45/2004.

Importa ressaltar que o § 2º do art. 102, instituído pela Emenda Constitucional nº 3/1993, foi objeto de modificação pela Emenda Constitucional 45/2004, mantendo, atualmente, o seguinte teor: “As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal”.

De outra parte, o § 4º do art. 103, adicionado pela Emenda Constitucional nº 3/1993, foi restringido pela Emenda Constitucional nº 45/2004, a qual modificou o *caput* do art. 102, concedendo legalidade para os mesmos entes que possuem legitimidade para a ação direta de inconstitucionalidade.

Em 10 de novembro de 1999, transcorrida uma década da promulgação da Constituição Federal, passou a vigorar a Lei nº 9.868, dispondo sobre “o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória da constitucionalidade perante o STF”.

### 2.5.1 Conceituação

A ação declaratória de constitucionalidade visa declarar a constitucionalidade de uma lei ou ato normativo federal.

Tem como pressuposto fático um cenário de dúvidas quanto a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Há de se voltar para “a existência de decisões da constitucionalidade, em processos concretos, contrárias à posição governamental.”

### 2.5.2 Fundamento Jurídico

O fundamento Constitucional da ação declaratória da constitucionalidade reside nos arts. 102, I, a e § 2º, bem como o art. 103, § 4º, ambos da Constituição Federal.

O art. 4º da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, como também o art. 325 da lei nº 5.896, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil Brasileiro), que trata do processo e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade (e da ação direta de inconstitucionalidade) junto ao STF.

### 2.5.3 Aspectos Sobre a Ação

A declaratória de constitucionalidade apresenta uma natureza mais de característica de impugnação do que de ação.

O art. 14, inciso III, da Lei nº 9.868/1999, estabelece que a petição inicial da ação declaratória de constitucionalidade haverá de caracterizar



“a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória”

No contexto de controle da constitucionalidade instituído no Brasil, a ação declaratória de constitucionalidade configura-se tão legítima quanto a ação direta de inconstitucionalidade, possibilitando a eliminação da incerteza que norteia a constitucionalidade da lei.

### **2.5.4 Objeto da Medida**

A ação declaratória de constitucionalidade tem objeto mais reduzido do que a ação direta de inconstitucionalidade, eis que o art. 102, I, a), da Constituição Federal, pontifica que o STF é competente para processar e julgar originariamente “a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e ação declaratória da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal”. Percebe-se com isso, que essa ação tem como objeto, restrito, à “lei ou ato normativo”, enquanto aquela “lei ou ato normativo federal ou estadual”.

Em síntese, o objeto dessa ação é a constatação da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal suscitados em processos, *in concreto*.

### **2.5.5 Competência**

O processamento e julgamento da ação declaratória de constitucionalidade é de exclusividade do Supremo Tribunal Federal.

Consoante afirmou em voto o Ministro Moreira Alves, o sistema de controle concentrado da constitucionalidade das normas, em que o

Supremo Tribunal Federal aprecia a controvérsia em tese, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, reveste-se de eficácia *erga omnes*.

### 2.5.6 Legitimidade

Os entes detentores de legitimidade para a interposição da ação declaratória de constitucionalidade estão elencados no art. 103 e incisos da Constituição Federal (ver subitem 2.3.6.).

Não cabe a intervenção do Advogado- Geral da União no processo conforme decisão do STF.

### 2.5.7 Efeitos da Ação

Com relação às decisões de mérito, transitadas em julgado, exaradas pelo STF em ações declaratórias da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, terão eficácia *erga omnes* (contra todos), além de efeito vinculante.

No primeiro caso, a declaração de constitucionalidade amplia-se a todos os processos em andamento. Por último, o efeito vinculante consiste na extensão da decisão à função jurisdicional dos restantes órgãos do Poder Judiciário exercendo eficácia contra todos, inclusive, também, na Administração Pública.

## 2.6 Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

O art. 102, § 1º, da Constituição Federal pontifica que: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma de lei”

Essa forma de ação foi regulamentada pela Lei nº 9.882, de 03.12.1999, a qual dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, consistindo numa forma de ampliação do poder de controle da constitucionalidade do STF.

O art. 1º da Lei nº 9882/1999 preconiza que “A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público”. Por sua vez, o Parágrafo Único, desse artigo, estabelece que “Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I- quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição”.

Trata-se de mais uma ação que vem ocupar um espaço ao lado das demais ações do controle concentrado, com o escopo de atender às necessidades de controle abstrato da constitucionalidade.

### 2.6.1 Conceituação

A ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental constitui-se em um procedimento judicial com o escopo de estabelecer

o julgamento quanto a legitimidade ou não, a fim de evitar ou reparar lesão a preceito fundamental decorrente de ato do Poder Público.

Configura-se numa ação prevista em norma de eficácia limitada não sendo admitida enquanto existirem outras possibilidade de correção do problema.

### **2.6.2 Aspectos Sobre a Ação**

Consoante a Lei nº 9.882/1999, a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental apresenta-se por duas modalidades: autônoma e incidental. Na primeira alternativa, a lide constitucional é direcionada ao STF, inobstante a questão tenha suscitado situação constitucional de relevância. Na segunda situação, para que a discussão constitucional venha a possibilitar a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental, teria que emanar de um caso concreto ocorrente, como também ter caráter de relevância, jurídica, econômica, política e social.

### **2.6.3 Objeto da Medida**

A ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental tem como objeto precípuo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público.

O direito municipal é objeto de ação de inconstitucionalidade em razão da Constituição Estadual, a qual é proposta junto aos Tribunais de Justiça.

## 2.6.4 Competência

O órgão competente para processar e julgar a ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental é o Supremo Tribunal Federal (conforme pontificado no art. 102, inciso I, a) da CF e na Lei nº 9.882 de 03 de dezembro de 1999).

Demais disso, o Procurador- Geral da República, ao examinar representação do interessado solicitando a propositura da argüição de descumprimento de preceito fundamental, decidirá do cabimento do seu ingresso em juízo (art. 2º, § 1º, Lei nº 9.882/99).

## 2.6.5 Legitimidade

O Inciso I do art. 2º da Lei nº 9.882/99 estabelece que podem propor argüição de descumprimento de preceito fundamental “os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade”.

Esses entes estão elencados nos incisos de I a IX do art. 103 da Constituição Federal<sup>25</sup>.

O inciso II do art. 2º da Lei nº 9.882/1999, o qual propiciava legitimidade a qualquer pessoa lesada ou ameaçada por ato do Poder Público, foi objeto de veto pelo Chefe do Poder Executivo.

---

25 Cf. Nota nº 12.

### 2.6.6 Efeitos da Ação

O art. 10 da Lei nº 9.882/1999 traduz os efeitos da decisão exarada na ação de argüição de descumprimento de preceito fundamental.

Assim, julgada a ação, dever-se-á estabelecer comunicação “às autoridades ou órgãos responsáveis pela prática dos atos questionados, fixando-se as condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental”.

O § 3º desse artigo determina que a decisão terá eficácia contra todos e “efeito vinculante” para os demais órgãos do Poder Público.

O STF poderá, por maioria de dois terços de seus membros, “restringir os efeitos” da decisão ou deliberar que ela somente “tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado” (art. 10).

Julgando procedente ou improcedente o pedido, a decisão é irrecorrível (art. 12).

## 2.7 Ação Direta de Inconstitucionalidade Interventiva (ou Representação Interventiva)

A Constituição de 1934, confirmando as regras do critério difuso, propiciou, como uma de suas inovações importantes, a ação direta de inconstitucionalidade interventiva (art. 7º, I, a e b)

Por seu tempo, a Constituição de 1969 instituiu a ação direta interventiva, com a finalidade de defender os princípios da constituição estadual, proposta pelo Procurador- Geral do Ministério Público do

Estado, cuja competência de julgamento é do Tribunal de Justiça Estadual (art. 15, § 3º, d).

Importa afirmar que a Constituição de 1988 pontifica a inconstitucionalidade por ação ou por omissão, estando o controle da constitucionalidade em sintonia com os critérios difuso e concentrado (esse de competência do STF).

De modo que, contamos com o controle por via de exceção e por ação direta de inconstitucionalidade, como também, ainda, com a citada ação declaratória da constitucionalidade.

A ação direta de inconstitucionalidade compreende três formas; a genérica; a supridora de omissão; e a interventiva (estadual ou federal).

No primeiro caso, a representação pode ser de iniciativa do Procurador- Geral de Justiça do Estado, enquanto, a segunda, por proposta exclusiva do Procurador- Geral da República é de competência de julgamento do Supremo Tribunal Federal (arts. 36, III, 102, I, a e 129, IV)

O art. 34 da Constituição Federal preconiza, como regra, a não intervenção nos Estados e no Distrito Federal. Contudo, estabelece exceções elencadas em seus incisos, dentre elas a de que sejam asseguradas a observância de princípios constitucionais sensíveis<sup>26</sup>

26 A Constituição da República Federativa do Brasil pontifica em seu art. 34 e incisos de I a VII que: "Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para: I - manter a integridade nacional; II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra; III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública; IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação; V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei; VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial; VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde.

A ação tem como pressuposto o descumprimento de dever constitucional pelo Estado partícipe da federação, como também a ocorrência de conflito entre a União e Estado-Membro. Nesse caso, o controle da constitucionalidade é concreto.

### **2.7.1 Conceituação**

A ação direta de inconstitucionalidade interventiva é um instrumento de controle da constitucionalidade para, no caso de reconhecida a violação de dever constitucional pelo estado, ser estabelecida a intervenção do mesmo pela União.

A intervenção federal é decretada somente em momento excepcional, em respeito ao sistema federativo.

A interposição da ação visa a, precipuamente, dirimir conflito entre a União e o Estado-Membro.

### **2.7.2 Fundamento Jurídico**

A ação tem como alicerce jurídico os arts. 34, 35 e 36 da Constituição Federal e, também, a Lei nº 12.562 de 23 de dezembro de 2011.

### **2.7.3 Aspectos Sobre a Ação**

O que se pretende é a proteção do pacto federativo e da estrutura constitucional em que se assenta o Estado Democrático de Direito.

A intervenção requer pronunciamento positivo ou declaração do STF, o qual, em reconhecendo o pressuposto autorizador, vincula o Chefe do Poder Executivo que, através de decreto, implementa a intervenção.

A Lei nº 12.562/2011, em seu artigo II, preconiza que “se a decisão final for pela procedência do pedido formulado na representação interventiva, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, publicado o acórdão, levá-lo-à ao conhecimento do Presidente da República para, no prazo improrrogável de até 15 dias, dar cumprimento aos §§ 1º e 3º do art. 36 da Constituição Federal”.

#### **2.7.4 Objeto da Medida**

O objeto da ação interventiva reside na “existência de recusa à execução de lei federal ou de lesão aos princípios constitucionais sensíveis”.<sup>27</sup>

O escopo precípua é a decisão do STF declarando a existência, ou não, de pressuposto para a intervenção federal.

#### **2.7.5 Competência**

Cabe ao STF, ao admitir a representação interventiva, reconhecer ou não a violação de dever constitucional.

A intervenção implica em posicionamento positivo ou declaração do STF.

---

27 José Afonso da Silva, Curso de Direito Constitucional Positivo, p.55.

## **2.7.6 Legitimidade**

O Procurador- Geral da República é o autor da ação de inconstitucionalidade interventiva, representando toda a coletividade.

De fato, tal outorga emanou daquilo que pontifica o art. 36, inciso III, da Constituição Federal.

## **2.7.7 Efeitos da Ação**

A decisão, exarada na ação, não estabelece condenação a fazer ou não fazer, ela declara, apenas, a presença de pressuposto para intervenção.

Por outro lado, à decisão de improcedência declara que inexistente pressuposto objetivando a intervenção, admitindo, destarte, que o ato impugnado é constitucional.

# **3 O controle da constitucionalidade em Portugal**

## **3.1 Generalidades**

### **3.1.1 Constituição da República Portuguesa**

Consagrada em 02 de abril de 1976, foi aprovada e decretada, pela Assembléia Constituinte, a Constituição da República Portuguesa.

Consubstanciada em extraordinários avanços, destacando-se, dentre outros de extrema relevância: a instituição de um estado de direitos democrático; do Tribunal Constitucional, cuja competência específica é a de “administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional; e o fato de existir um “Título” destinado, de forma precípua, à “Fiscalização da Constitucionalidade”.

### **3.1.2 A Justiça Constitucional e o Sistema de Fiscalização da Constitucionalidade em Portugal**

A Justiça Constitucional Portuguesa, emanada da Constituição da República Portuguesa (CRP), tem como ponto nuclear essencial o controle da constitucionalidade, ímpar no direito comparado.

Por um lado, este sistema segue o “modelo Austríaco”, implementado sob a égide de um Tribunal Constitucional, órgão de nível constitucional que, a par de diversas outras competências, tem como atribuição o controle concentrado da constitucionalidade (*Verfassungsgerichtsbarkeit*).

Em outro aspecto, está evidenciada uma alternativa de compromisso entre aquele modelo e o “Modelo Norte-americano” do controle difuso (*judicial review of legislation*).

Com efeito, ao tratar-se de fiscalização abstracta, em suas modalidades preventiva e sucessiva, encontra-se a mesma concentrada no Tribunal. Na fiscalização concreta, todos os tribunais tem ingresso directo à Constituição, podendo existir recurso das suas decisões para o Tribunal Constitucional, específico à matéria da constitucionalidade.

De modo que, na fiscalização abstracta, adotou-se o modelo da *Verfassungserichtsbarkeit* enquanto a fiscalização concreta seguiu por uma esteira de controle “misto”, o qual é difuso em seu alicerce e concentrado em seu vértice.

No primeiro aspecto, porque todos os juizes portugueses num zelo extraordinário tem o poder-dever de fiscalizar a constitucionalidade das normas, na tradicional trajetória do constitucionalismo português, estruturada com a Constituição de 1911. No segundo caso, porque a decisão final em sede da constitucionalidade, está adstrita ao Tribunal Constitucional.

O sistema de controle da constitucionalidade em Portugal, a exemplo do Brasil, configura-se também complexo.

Assim, o modelo austríaco funda-se na concepção de supremacia constitucional norte-americana, inobstante idealizado e desenvolvido por Hans Kelsen.

Esse insigne doutrinador, por coincidência, entendeu que esse controle da constitucionalidade não deve ser atribuído aos juizes e sim, a um órgão autônomo, intitulado de Tribunal Constitucional.

Do ponto de vista de Kelsen, esse órgão, a ser criado pela Constituição teria como finalidade implementar o controle abstracto das normas infraconstitucionais.

Noutro compasso, o “judicial review of legislation” se caracteriza por uma forma de avaliação da sintonia da lei com a constituição, em face de um caso concreto. É denominado também de sistema concreto de controle da constitucionalidade ou sistema difuso de controle da constitucionalidade.

Numa questão onde se discute a constitucionalidade da norma, constata-se um incidente para o julgamento da lide, suscitada pelas partes, objetivando a decisão do juiz, quanto à inconstitucionalidade ou não da norma aplicada, “a espécie”, com o escopo do julgamento do mérito no processo.

Constata-se, assim, de forma nítida, que no sistema Português de fiscalização da constitucionalidade ocorre uma harmonia entre os dois sistemas. A evidência está a demonstrar que essa combinação não traduz em um sistema mais eficiente. No caso do Brasil que segue, também, essa trajetória tem havido uma série de dificuldades no funcionamento do sistema de controle da constitucionalidade.

### **3.1.3 O Papel do Tribunal Constitucional Português no Controle da Constitucionalidade**

#### **3.1.3.1 Fundamento**

O Tribunal Constitucional tem como fundamento a Lei Constitucional nº 1/82, de 30 de setembro. A sua organização, funcionamento e processo rege-se pela Lei nº 28/82, de 15.11 (com as alterações introduzidas pela Lei nº 143/85, de 26 de novembro, pela Lei nº 85/89, de 7 de setembro, pela Lei nº 88/95, de 1 de setembro, e pela Lei nº 13-A/98, de 26 de fevereiro).

### **3.1.3.2 Jurisdição**

Exerce a sua jurisdição no âmbito de toda ordem jurídica portuguesa e tem sede em Lisboa.

### **3.1.3.3 Decisões**

As decisões emanadas do Tribunal Constitucional são obrigatórias para todas as entidades públicas e privadas e prevalecem sobre as dos restantes dos tribunais e de quaisquer autoridades.

### **3.1.3.4 Composição**

É composto por treze juízes, sendo dez designados pela Assembléa da República e três cooptados por estes. Seis de entre os juízes designados pela Assembléa da República ou cooptados são obrigatoriamente escolhidos de entre os juízes dos restantes dos tribunais e os demais de entre os juristas.

### **3.1.3.5 Competência**

A Competência do controle da constitucionalidade de normas pelo Tribunal Constitucional encontra-se regulada na Constituição Portuguesa e na Lei do Tribunal Constitucional (LTC). Além de diversificada e completa, esta competência abrange: o controle preventivo, o controle

abstracto sucessivo, o controle concreto e controle da inconstitucionalidade por omissão. Demais, do controle da constitucionalidade há de serem estabelecidas formas de ilegalidade qualificada.

O Tribunal Constitucional exerce competência, em única e em última instância, decidindo nos seguintes processos: fiscalização preventiva da constitucionalidade; fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade; fiscalização da inconstitucionalidade por omissão; relativos ao Presidente da República; relativos a partidos políticos; relativos a organizações que perfilhem a ideologia fascista; relativos a referendos nacionais, regionais e locais, relativos ao controle das contas dos partidos políticos; relativos a declarações de patrimônio e às declarações de não compatibilidade de titulares de cargos políticos.

A par de sua função principal de controle da constitucionalidade, ao Tribunal Constitucional português, são ainda atribuídas outras competências agrupadas nos seguintes domínios processuais: relativos ao Presidente da República (art. 223º, nº 2, alíneas a) e b), CRP, artigos 7º e 86º a 91º LTC); processos eleitorais (nos termos do art. 223º, nº 2, alínea c), CRP); processos relativos a partidos políticos e coligações (art. 223º, nº 2, alíneas e) e h), CRP, artigos 9º, 103º, 103ºA, a 103º- FLTC, e Lei nº 72/93, de 30 de novembro); e relativos a contencioso parlamentar (art. 223º, nº 2, alínea g), CRP e artigos 8º, alínea g), e artigos 91ºA, 91ºB e 102ºD LTC).

Estão legitimados para recorrer ao Tribunal Constitucional: o Ministério Público e as pessoas que (consoante a norma que regula o processo no qual a decisão foi exarada) tenham legitimidade para interpor recurso contra a mesma.

Compete, portanto, a esse tribunal, dentre outros misteres apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade das normas que violem o “disposto na constituição ou nos princípios nela consignados” (art. 223º)

O Tribunal Constitucional é a instituição legitimada, de forma específica, para realizar a Guarda da Constituição Portuguesa em última instância, ou seja é o detentor da última palavra quanto à inconstitucionalidade de uma norma<sup>28</sup>.

### 3.1.3.6 Recursos

Importa frizar que o Ordenamento Jurídico Português não prevê, em nenhum caso, a existência de recurso para qualquer outra instância das decisões do Tribunal Constitucional.

É factível o direito de aceder por via de recurso ao Tribunal de última instância, em face dos acórdãos das secções do Tribunal, podendo haver recurso para o plenário do Tribunal Constitucional, nos termos do art. 78ºD LTC. Consiste em um recurso cujo objetivo precípua é o de evitar divergências jurisprudenciais, inobstante estar previsto para o caso de a divergência referir-se a questão da inconstitucionalidade.

No caso de despacho do Tribunal *a quo*, que inadmita recurso, cabe reclamação para o Tribunal Constitucional.

28 O art. 223 da Constituição da República Portuguesa (CRP) pontifica que: “1. Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 277.º e seguintes. 2. Compete também ao Tribunal Constitucional: a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções; b) Verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no n.º 3 do artigo 129.º e no n.º 3 do artigo 130.º; c) Julgar em última instância a regularidade e a validade dos actos de processo eleitoral, nos termos da lei; d) Verificar a morte e declarar a incapacidade para o exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no n.º 3 do artigo 124.º; e) Verificar a legalidade da constituição de partidos políticos e suas coligações, bem como apreciar a legalidade das suas denominações, siglas e símbolos, e ordenar a respectiva extinção, nos termos da Constituição e da lei; f) Verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade dos referendos nacionais, regionais e locais, incluindo a apreciação dos requisitos relativos ao respectivo universo eleitoral; g) Julgar a requerimento dos Deputados, nos termos da lei, os recursos relativos à perda do mandato e às eleições realizadas na Assembleia da República e nas Assembleias Legislativas das regiões autónomas; h) Julgar as acções de impugnação de eleições e deliberações de órgãos de partidos políticos que, nos termos da lei, sejam recorríveis. 3. Compete ainda ao Tribunal Constitucional exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei.

### 3.1.3.7 O Controle Normativo Abstracto

No domínio dos processos do controle normativo, a competência afigura-se ampla, eis que exerce: o controle abstracto (sucessivo); o controle concreto da generalidade das normas jurídicas, e o controle preventivo por omissão.

Esses processos não podem ser instaurados *ex officio*, como também dependem de um requerimento de uma entidade com legitimidade para esse mister. A legitimidade para requerer essa forma de controle esta ínsita aos órgãos e entidades públicas referidas no art. 278, n°s 1, 2 e 4, 281°, n° 2, e 283°, n° 1, CRP/1976.

### 3.1.3.8 O Controle Normativo Concreto

Nesse caso, a competência do Tribunal Constitucional implementa-se na faculdade de revisão, em forma de recurso, das decisões judiciais cujo manejo estariam atreladas à questões da constitucionalidade de uma norma.

Assim, esta evidenciado um original, verdadeiro e próprio recurso judicial. Óbvio que os processos suscetíveis de recurso, são aquelas decisões que entendam por inconstitucional uma certa norma e haja negativa para a sua aplicação em um caso concreto, como também decisões que, a julgar de forma diversa a questão da constitucionalidade, façam uso da norma discutida (art. 280°, n° 1 e 2, CR e art. 70°, n° 1 LTC).

## 3.2 A Fiscalização da Constitucionalidade em Portugal

O controle incide em normas jurídicas (art. 277, n° 2, da CRP/1976).<sup>29</sup>

Não se afigura legal, o controle de atos dos poderes públicos consistentes em: atos políticos, os quais são ínsitos ao regime de competência política; atos administrativos, que se encontram atrelados, em sede de legalidade, aos Tribunais Administrativos; e atos jurisdicionais, serão passíveis de recurso para os Tribunais.

Em face das limitações pelas quais perpassa a fiscalização da constitucionalidade em Portugal, a evidência tem demonstrado que não tem sido levados em consideração atos, não normativos, detentores de potencial capaz de violar a Constituição Portuguesa. Na verdade, o Tribunal Constitucional tem ampliado, através da interpretação, o sentido da norma.

Hodiernamente, tem predominado uma noção funcional de norma jurídica, que compatibiliza as normas jurídicas às regras de conduta ou a normas de decisões em casos concretos.

Essa prática de entendimento possibilitou que o Tribunal Constitucional estabelecesse o controle de inconstitucionalidade através de interpretações resultantes das normas de decisões judiciais.

29 Submetem-se ao controle, portanto, apenas: a) normas constitucionais introduzidas por revisão constitucional, normas transitórias ou outras constantes em leis de revisão; b) atos legislativos – leis, decretos-leis e decretos legislativos regionais; c) atos normativos da Assembléia da República sem forma de lei ou conexos com atos de fiscalização política; d) decretos normativos do Presidente da República; e) regimento das assembleias e dos demais órgãos colegiais do Estado, das regiões autónomas e do poder local; f) atos normativos da Administração Pública, sejam provenientes da Administração Direta, Indireta, Autónoma, Eleitoral, Acessória aos órgãos de soberania das pessoas colectivas de direito público e Universidades Públicas, sejam atos para-regulamentares internos à Administração Pública, etc; g) normas de direito estrangeiro aplicáveis, em particular, por virtude de regras de conflito; h) normas emitidas por empresas concessionárias, quando no exercício de poderes públicos; i) estatutos e normas reguladoras dos partidos políticos; j) compromissos arbitrais, enquanto condicionantes das decisões dos tribunais arbitrais; k) os acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal de Justiça em recursos de revista ampliada e em recursos extraordinários para a fixação da jurisprudência; e l) estatutos e regulamentos de federações esportivas. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. 2ª edição. Tomo VI*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005).

Com efeito, a norma jurídica é que se constituía em fundamento para a decisão e, portanto, suscetível de fiscalização da constitucionalidade. Todavia, a sentença exarada no caso concreto não se evidenciará como objeto desse controle.

Importa aduzir que não são apenas as normas em vigor que se constituem objeto do controle da constitucionalidade, como também normas anteriores, revogadas, caducas e suspensas (inconstitucionalidade superveniente). Nesses casos, há de se cuidar da fiscalização da constitucionalidade das decisões jurídicas decorrentes de tais normas considerando que em havendo a declaração de inconstitucionalidade, há de se estabelecer o efeito *ex tunc*, ou seja desde a data em que entrou em vigor a norma declarada inconstitucional.

### **3.2.1 Fiscalização Abstrata da Inconstitucionalidade por Ação (Controle Abstracto)**

A Constituição da República Portuguesa de 1976, a par do controle difuso e concreto, pontificou o controle concentrado e abstracto de normas.

O mesmo tem como aspecto que se destaca, qual seja e de não observar a inconstitucionalidade como um problema incidental a ser superado, para que se viabilize a tomada de decisão no processo submetido a julgamento mas, tão somente, como objeto principal do processo.

O estabelecimento de um processo de controle (fiscalização) concentrado e abstracto implementa-se, precisamente, em função de um interesse público e objetivo.

As normas que violam o que pontifica a Constituição, ou mesmo os princípios nela preconizados, afiguram-se inconstitucionais.

Nesse caso, o mentor do controle da constitucionalidade deverá indicar as normas constitucionais a serem apreciadas, mediante análise, suscetíveis de inconstitucionalidade.

A competência é do Tribunal Constitucional que tem como atribuição, quando se trata de fiscalização abstracta e sucessiva, decidir sobre as inconstitucionalidades, tanto aquelas cujas normas são tidas como violadoras da Constituição, mas também de outras normas constitucionais, contidas no bojo daquelas consideradas como inconstitucionais.

A característica do processo, suscetível de fiscalização abstracta da constitucionalidade por ação, é de que no processo inexistem partes, não incidem interesses subjetivos contrapostos, bem assim não há um litígio subjacente.

O processo de fiscalização concentrada e abstracta inicia-se numa trajetória voltada para o interesse público e objetivo.

Tanto é que a fiscalização abstracta está relacionada a um poder geral de iniciativa ínsito a órgãos ou titulares de órgãos públicos.

No que diz respeito à fiscalização abstracta de inconstitucionalidade por ação, o processo constitucional remete-se à fiscalização relativa à constitucionalidade formal ou material de uma norma jurídica específica, em tese, culminando numa decisão, com caráter de obrigatoriedade, a qual, estende-se não somente aos órgãos do Poder Judiciário, mas também aos órgãos dos demais poderes.

### **3.2.1.1 Fiscalização Preventiva da Constitucionalidade**

#### **3.2.1.1.1 Conceituação**

É uma forma de fiscalização abstrata, cuja implementação tem como escopo dificultar ou impedir que passe a vigorar uma norma que viole a Constituição Portuguesa.

A fiscalização preventiva é realizada antes da norma haver sido promulgada pelo Presidente da República, bem como ter produzido qualquer efeito.

Não será estabelecido o controle abstrato preventivo da constitucionalidade num tratado internacional, acordo internacional ou decreto lei, mas tão somente em normas que fizerem parte do mesmo.

#### **3.2.1.1.2 Fundamento Jurídico**

A fiscalização preventiva da constitucionalidade está pontificada no art. 278º e 279º da Constituição Portuguesa.

#### **3.2.1.1.3 Aspectos sobre a Ação**

Por força constitucional, o Presidente e os Representantes da República podem requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade.

Mesmo sob a égide de fiscalização preventiva e, com isso, afastadas às inconstitucionalidades, é factível que a norma em descrição seja objeto de fiscalização sucessiva (abstrata ou concreta)

O art. 278º estabelece prazos exíguos e céleres para que seja proferida a decisão pelo Tribunal Constitucional.

#### **3.2.1.1.4 Objeto da Medida**

Impedir que uma norma, considerada tecnicamente inconstitucional, seja promulgada pelo Presidente da República, afastando-se, com a medida, violações à Constituição.

#### **3.2.1.1.5 Competência**

O Tribunal Constitucional, de acordo com o art. 223, f, da CRP/1976, é o único órgão competente para executar a fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas jurídicas.

#### **3.2.1.1.6 Legitimidade**

Por força constitucional, o Presidente da República, os Representantes da República, o Primeiro-Ministro ou um quinto dos Deputados à Assembleia da República, em efetividade de funções, tem legitimidade para requerer a fiscalização preventiva da constitucionalidade (art. 278º da Constituição Portuguesa)

### **3.2.1.1.7 Efeitos da Decisão**

O Tribunal Constitucional, em se posicionando pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá tal diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Representante da República. Nessa circunstância, o decreto não poderá ser promulgado, sem que a norma considerada inconstitucional seja expurgada.

Caso o diploma seja reformulado, poderá o Presidente da República ou o Representante da República, conforme os casos, requerer a análise preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

Importa aduzir que a norma declarada inconstitucional, de forma preventiva, pelo Tribunal Constitucional, cuja decisão for afastada pela Assembléia da República, poderá ser objeto de nova apreciação em eventual controle repressivo. Ensina o insigne constitucionalista Canotilho que o Tribunal Constitucional pode sempre vir a considerar, em controle sucessivo, de novo inconstitucionais, as normas já objecto de idêntica decisão em sede de controle prévio.

### **3.2.1.2 Fiscalização Sucessiva (Abstracta) da Constitucionalidade**

#### **3.2.1.2.1 Conceituação**

O controle (abstracto) sucessivo, denominado, também, de controle em “via principal” ocorre quando, independentemente de um caso concreto, é investigada a conformidade, em tese, de quaisquer normas em vigor com o parâmetro normativo- constitucional.

### **3.2.1.2.2 Fundamento**

A fiscalização sucessiva (abstracta) da constitucionalidade fundamenta-se nos arts. 280º, 281º e 282º da CRP/1976.

### **3.2.1.2.3 Aspectos Sobre a Ação**

Diferentemente da fiscalização preventiva, não há prazos na fiscalização sucessiva, facultando a questão de que o pedido pode ser interposto em qualquer tempo.

Inobstante tal aspecto, recebido o pedido, o Presidente do Tribunal Constitucional notifica o órgão do qual a norma impugnada tiver emanado para, querendo, pronunciar-se em 30 (trinta) dias.

É inadmitida a desistência do pedido e não se suspende a aplicação, vigência ou eficácia da norma.

### **3.2.1.2.4 Objeto**

O controle (abstracto) sucessivo tem como objeto a proteção da Constituição quanto ao legislador ordinário, preservando, assim, a hierarquia das normas na ordem constitucional.

### **3.2.1.2.5 Competência**

O Tribunal Constitucional é o órgão detentor de competência para exercer a Guarda da Constituição em última instância.

### **3.2.1.2.6 Legitimidade**

A iniciativa para estabelecer o processo de fiscalização de uma ou de várias normas, dêse que fundamentadamente, é do Presidente da República; o Presidente da Assembléia da República; o Primeiro- Ministro, o Provedor de Justiça; o Procurador- Geral da República; um décimo dos Deputados da Assembléia-Geral; os Representantes da República; as Assembléias Legislativas das regiões autônomas, os Presidentes dos Governos Regionais ou um décimo dos deputados à respectiva Assembléia Legislativa, quando o pedido de declaração de inconstitucionalidade se fundar em violação dos direitos das regiões autônomas ou o pedido de declaração de ilegalidade se fundar em violação do respectivo estatuto. (art. 281, nº 2).

### **3.2.1.2.7 Efeitos da Decisão**

O resultado da fiscalização sucessiva abstrata consiste numa decisão positiva de declaração de inconstitucionalidade de efeito geral, como também de força obrigatória.

O Tribunal Constitucional, ao estabelecer essa decisão, acolhe como pressuposto o fato de que a norma “tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos”. Estabelecida a decisão final rela-

tiva à inconstitucionalidade originária ou ilegalidade originária da norma, em regra resultam efeitos *ex tunc*, ou seja aqueles que retroagem da data da decisão prolatada pelo Tribunal Constitucional até a data que passou a vigor a norma declarada ilegal ou inconstitucional (art. 282, n° 2).

É factível, em circunstâncias relevantes de manipulação (na doutrina brasileira pode ser denominado de manipulação) dos efeitos da decisão do Tribunal Constitucional a propósito da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, no âmbito dos parâmetros advindos do princípio da proporcionalidade, ou seja: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito.

Nesse caso “poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n°s 1 e 2” (art. 282°, n° 4)

### **3.2.1.3 Fiscalização da Inconstitucionalidade por Omissão Legislativa (Inconstitucionalidade por Omissão)**

#### **3.2.1.3.1 Conceituação**

A Fiscalização da Inconstitucionalidade por Omissão consiste na ciência aos órgãos legislativos competentes, a fim de que implementem as medidas legislativas necessárias para tornar inexecutável certa norma constitucional programática, que não goze de eficácia plena.

Com efeito, a Constituição Portuguesa consagrou, com relevância, o instituto da inconstitucionalidade por omissão de normas jurídicas como forma de limites materiais à revisão constitucional (art. 284 e s.)



### 3.2.1.3.2 Fundamento

Está pontificado no art. 283º da CRP/1976.

De fato, a inconstitucionalidade por omissão está intrinsecamente ligada à revisão constitucional preconizada na Constituição Portuguesa.

### 3.2.1.3.3 Aspectos Sobre a Ação

A incidência de omissões consideradas de relevância jurídica em setores do ordenamento normativo, como também no Direito Constitucional, constitui-se uma realidade. Os insignes doutrinadores Canotilho e Vital Moreira traduzem com expressão esse cenário.<sup>30</sup>

Demais, percebe-se que os mecanismos preconizados no art. 283 afiguram-se de alcance limitado. Na lição do Professor Jorge Miranda “De qualquer forma, a declaração de inconstitucionalidade por omissão proporciona maiores condições de êxito em uma futura ação de responsabilidade civil contra o Estado por violação de direitos fundamentais.<sup>31</sup>

30 “O princípio da constitucionalidade não diz respeito apenas às acções do Estado: abrange também as omissões e inacções do estado. A Constituição não é somente um conjunto de normas proibitivas e de normas de organização e competência (limite negativo de actividade do Estado); é também um conjunto de normas positivas, que exigem do Estado e dos seus órgãos uma actividade, uma acção (limite positivo da actividade do estado). O incumprimento dessas normas, por inércia do estado, ou seja, por falta total de medidas (legislativas ou outras) ou pela sua ineficiência, deficiência ou inadequação, traduz-se igualmente numa infracção da Constituição – inconstitucionalidade por omissão” (J. J. Gomes Canotilho e Moreira Vital, *Constituição da República Portuguesa: Anotada*).

31 Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, pp. 252-253..

### **3.2.1.3.4 Objeto da Medida**

A fiscalização por omissão tem como objeto a verificação, pelo Tribunal Constitucional, da existência de inconstitucionalidade por omissão, suscetibilizando tal conhecimento ao órgão legislativo competente, com o escopo de que componha a revisão constitucional.

### **3.2.1.3.5 Competência**

A competência para apreciar e verificar “o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais”, é do Tribunal Constitucional.

### **3.2.1.3.6 Legitimidade**

A legitimidade para requerer a verificação da inconstitucionalidade por omissão é do Presidente da República, do Provedor da Justiça e, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das Assembléias Legislativas das regiões autônomas (Art. 283º).

### **3.2.1.3.7 Efeitos**

O Tribunal Constitucional após verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, cientificará ao órgão legislativo para a adoção das medidas competentes.

### **3.3 Fiscalização Concreta da Constitucionalidade (Controle Concreto)**

#### **3.3.1 Definição**

A constituição de 1976 consagrou o controle difuso, concreto e incidental dos atos normativos, sucessivos, incluindo não apenas a inconstitucionalidade prevista no art. 280º, nº 1, a) e b) da CRP/1976, relativa a inaceitação da implementação de qualquer norma (cuja inconstitucionalidade tenha sido avocada durante o processo), como também de recursos para o Tribunal Constitucional de decisões dos tribunais em face de ilegalidades de normas (art. 280º, nº 2, a), b), c) e d).

De modo que, trata-se de uma forma de fiscalização da constitucionalidade de normas, de maneira incidental, *in concreto*, *ex officio* pelo julgador, por iniciativa das partes ou do Ministério Público.

#### **3.3.2 Legalidade Normativa**

Esse controle concreto tem fundamento os Artigos 204º, 280º e 281º da Constituição da República Portuguesa.

#### **3.3.3 Aspectos sobre a Fiscalização**

O art. 204 da CRP/1976 estabelece que “nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados”.

Importa enfatizar que os recursos, interpostos para o Tribunal Constitucional, são limitados à questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade (art. 280º, nº 6)

### **3.3.4 Finalidade**

A finalidade precípua da fiscalização da constitucionalidade das normas jurídicas em Portugal é a de julgamento pelo Tribunal Constitucional em, sede de recurso de decisões: que recusem a aplicação de certa norma com fundamento em inconstitucionalidade ou ilegalidade, que apliquem normas cuja constitucionalidade ou ilegalidade haja sido suscitada durante o processo; e decisões que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo Tribunal Constitucional.

### **3.3.5 Competência**

O Tribunal Constitucional, dentro de sua competência jurisdicional, está apto para julgar os recursos previstos no art. 280, nºs 1 e 2 da CRP/1976 e de conhecer, também, incidentalmente, da constitucionalidade ou ilegalidade nos processos que estejam sob sua jurisdição.

### **3.3.6 Legitimidade para a Fiscalização**

Em Portugal, os julgadores são detentores de competência plena para dizer sobre a questão da inconstitucionalidade em um caso específico (nunca em tese), como também para decidir sobre a admissibi-

lidade do incidente de inconstitucionalidade, enviando-o para apreciação do Tribunal Constitucional.

O Ministério Público ocupa, nesse cenário, papel preponderante, conquanto, por força de preceito constitucional é obrigado a interpor recurso para o Tribunal Constitucional, das decisões dos tribunais que “apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional”, como também quando “a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de acto legislativo ou de decreto regulamentar”

### **3.3.7 Resultados Advindos do Controle**

A decisão prolatada, em sede de recurso, não substitui a decisão recorrida.

O Tribunal Constitucional ao prover o recurso, mesmo que de maneira parcial, implicará na devolução do processo ao juízo *a quo*, objetivando a reforma da decisão.

O resultado principal, advindo do processo de fiscalização concreta da constitucionalidade, é a decisão pela inconstitucionalidade da norma, ou seja o julgamento da norma como inconstitucional.

## **3.4 Efeitos das Decisões do Tribunal Constitucional**

Os efeitos das decisões do Tribunal constitucional se apresentam por vários matizes, evidenciando efetividade e Justiça.

O Tribunal Constitucional, em sede de recurso da constitucionalidade, pode decidir pela confirmação ou pela revogação da decisão recorrida (LTC, art. 80). Nesse último aspecto, a competência do Tribunal afigura-se como cassatória.

As decisões do Tribunal Constitucional produzem, no processo objeto de recurso, duas situações: a do “caso julgado formal” e o “caso julgado material”. Na primeira, ocorre um impedimento de que a lide possa ser retomada novamente nesse processo. Na segunda alternativa, há de ser considerado caso julgado material no processo quanto àquela questão. Na fiscalização concreta da inconstitucionalidade as decisões do Tribunal não produzem eficácia *erga omnes* sobre a validade da norma.

Assim, tais decisões não interferem na vigência da norma em questão, nem tampouco na possibilidade da mesma ser entendida consoante a Constituição e aplicada por outro Tribunal ou mesmo pelo Tribunal Constitucional, numa outra situação.

Os tribunais comuns não se vinculam às decisões do Tribunal Constitucional em questão relativa à fiscalização concreta, inobstante as decisões daqueles tribunais em sentido contrário, obrigatoriamente, devem passar pelo crivo dele.

A propósito, se a mesma norma tiver sido julgada inconstitucional em três casos concretos, o Tribunal Constitucional, por iniciativa de qualquer dos seus juízes ou do Ministério Público, pode estabelecer um processo de fiscalização abstracta sucessiva da constitucionalidade, objetivando efeitos da declaração de inconstitucionalidade *erga omnes*.

A evidência tem demonstrado, a exemplo de outros países, que o recurso da constitucionalidade português pode suscetibilizar abusos, mormente como alternativa dilatória.

Inobstante, a fiscalização concreta contribuir para uma atividade mais acentuada do Tribunal Constitucional, a evidencia está a demonstrar que tem sido utilizado, indevidamente, o recurso de inconstitucionalidade o que tem ocasionado um “engarrafamento” do Tribunal Constitucional e, por via de consequência, morosidade no julgamento dos processos.

### **3.5 Fiscalização de Formas de Ilegalidade pelo Tribunal Constitucional**

O controle de legalidade consubstancia-se, também, numa das funções do Tribunal Constitucional, as quais não referem-se somente à fiscalização das normas jurídicas.

Destarte, são as seguintes as categorias de normas: normas regionais que infriam os limites legais da autonomia regional, preconizados nos estatutos regionais ou nas leis gerais da República; as normas do Estado que infriam as garantias legais da autonomia regional, componentes dos estatutos regionais; e normas de quaisquer leis que violem as “leis de valor reformado”.

A Constituição portuguesa adoptou o seu sistema de fiscalização da constitucionalidade a fim de fiscalizar “certas formas qualificadas de ilegalidade, objetivando a garantia de que fossem respeitadas determinadas leis infraconstitucionais.

No que se refere à fiscalização das normas regionais que afrontam os estatutos ou as leis gerais da República, e dos diplomas da República que violem os estatutos regionais, têm a ver com a figura das regiões autónomas, as quais possuem poder legislativo. Ora, o que se

pretende é a garantia da autonomia regional contra as extrapolações das regiões autônomas.

Quanto à modalidade inerente às leis que desrespeitem leis de valor reforçado, encontra-se em causa a garantia de leis cuja Constituição estabeleceu “valor paramétrico” em relação a outras leis. O fato de configurarem-se em leis politicamente muito sensíveis, não podem ser contrariadas por normas “comuns”. Inobstante, dotadas de valor formalmente constitucional, possuem o condão de regular assuntos de características de matéria constitucional.

### **3.6 Natureza e Efeitos do Tribunal que Julga o Recurso**

A natureza e os efeitos do julgamento de inconstitucionalidade denotam diversidade, tanto quanto ao tipo de inconstitucionalidade, quanto nas formas de fiscalização.

#### **3.6.1 Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão**

A declaração de inconstitucionalidade por omissão tem eficácia “declarativa” e não “condenatória”, cingindo-se o Tribunal Constitucional a observar o não cumprimento da Constituição. Por sua vez, a fiscalização da inconstitucionalidade por ação retira a inconstitucionalidade, adotando a legalidade constitucional.

### **3.6.2 Fiscalização Preventiva e Sucessiva**

No primeiro caso, as normas ainda não existem legalmente, inobstante o Tribunal Constitucional envolver-se no processo de sua formação. O seu mister é de obstacular a promulgação e publicação de normas inconstitucionais. No que concerne à fiscalização sucessiva tem como escopo de retirá-las da ordem jurídica ou afastá-la da sua aplicação.

### **3.6.3 Fiscalização Abstracta e Concreta**

No controle concreto, os tribunais cingem-se a “desaplicar”, no caso em questão, aquelas normas inconstitucionais. Na fiscalização concreta, a questão da constitucionalidade é um fato incidental, “enxertado”, na questão principal de natureza cível, criminal ou administrativa.

### **3.6.4 Fiscalização de Certas Formas de Ilegalidade**

O objetivo precípua é o de garantir o respeito à determinadas leis infraconstitucionais.

Compõe-se de: normas regionais que infrinjam os limites legais da autonomia regional; normas do Estado que infrinjam as garantias legais da autonomia regional; e as normas de quaisquer leis que infrinjam as leis de valor reforçado.

## 4 Principais diferenças do controle da constitucionalidade positiva entre os modelos brasileiro e português

O controle da constitucionalidade das leis e atos normativos traduz-se em um importante instrumento de fiscalização da adequação do ordenamento jurídico à Constituição da República.

É natural que os métodos para esse controle preconizado em países, como o Brasil e Portugal, se nos apresentem por diversos matizes, devendo-se levar em consideração a evolução histórica, a literatura voltada para as ciências jurídicas, os costumes, as leis e a Constituição em vigor no respectivo estado.

Nesse contexto, há de se avocar o Direito Comparado para que se viabilize estudo no sentido de uma maior e mais acurada análise das diferenças normativas, mormente de ordem constitucional, em especial tratando-se do Brasil e de Portugal (ou de Portugal e Brasil).

### 4.1 Constituição

A Constituição Brasileira é rígida, portanto insuscetível a constantes reformas ou mesmo à flexibilidades advindas dos Poderes Executivo, Judiciário e Legislativo. É a lei fundamental e suprema do Estado Brasileiro.

Por sua vez, a Constituição da República Portuguesa (CRP) denota, de forma inteligente, menor rigidez, eis que no seu texto de 1976 foi objeto de quatro importantes revisões, ou seja, em 1997, 2001, 2004 e 2005.



## 4.2 Controle da Constitucionalidade

Há de ser acolhida a tese de que o controle da constitucionalidade em Portugal, não encontra paralelo no direito comparado, conforme nos ensina Miguel Lobo Antunes<sup>32</sup>. Assim é que o controle da constitucionalidade, tal qual o sistema brasileiro, é misto, combinando o sistema austríaco e o modelo norte-americano (*judicial review*). A constituição portuguesa de 1976 consagrou o controle difuso, concreto e incidental dos atos normativos. A competência para esse controle é do Tribunal Constitucional.

No Brasil, o controle da constitucionalidade pode ser concentrado ou difuso. O primeiro, é exercido pelo Supremo Tribunal Federal e pelas personalidades descritas no rol do art. 103 da Constituição Brasileira de 1988. Por sua vez, no controle difuso da constitucionalidade, todos os juízes detêm competência para, incidentalmente, declarar a constitucionalidade de determinada lei.

Em Portugal, diferentemente do Brasil, afigura-se de forma nítida, a instituição pelo legislador constituinte de um órgão específico (o Tribunal Constitucional) para atuar no controle da constitucionalidade, seguindo o modelo austríaco.

Malgrado a grande reforma constitucional de 1988, o legislador não criou um tribunal semelhante para o controle da constitucionalidade no Brasil.

---

32 Miguel Lobo Antunes, "Tribunal Constitucional", in *Dicionário Jurídico de Administração Pública*, p. 438.

### 4.3 Recurso Obrigatório do Ministério Público

O Ministério Público é uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Em Portugal, o Ministério Público “visa a defesa objectiva da ordem constitucional”.

A Lei do Tribunal Constitucional, em seu art. 72, pontifica que o Ministério Público pode recorrer das decisões de constitucionalidade dos tribunais comuns para o Tribunal Constitucional, preconizando, quanto ao seu regime, dois tipos de recursos: o recurso obrigatório, no caso de que esteja em causa a desaplicação de uma norma legislativa ou convencional e a aplicação de uma norma anteriormente julgada inconstitucional; e o recurso facultativo.

No Brasil, paradoxalmente, à legislação Portuguesa não existe o comando constitucional obrigando ao Ministério Público interpor recurso obrigatório nos casos acima elencados.

### 4.4 Ações Semelhantes e Distintas

No Brasil, a Ação Declaratória de Constitucionalidade de Lei ou Ato Normativo foi introduzida pela Emenda Complementar - 3/93, na alínea “a” do inciso I do art. 102, com eficácia estabelecida no § 2º, acrescentado ao mesmo artigo, e legitimação conferida às autoridades referidas no art. 103, com a redação da EC- 45/2004.<sup>33</sup> Essa inovação

---

33 Cf. Nota 12.

suscitou, de forma imediata, discussões e controvérsias quanto à sua legitimidade político-constitucional. Doutrinadores-constitucionalistas, como os professores Gilmar Ferreira Mendes e Yves Gandra da Silva Martins, vislumbraram-na dotada de várias inconstitucionalidades, conquanto, sob o ponto de vista dos mesmos, houve ofensa aos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório da ampla defesa e da separação dos poderes, os quais encontram-se sob o manto da protecção das clausulas pétreas.

Na Constituição Portuguesa não foi instituída essa forma de Ação Direta da Constitucionalidade.

#### **4.5 Controle da Constitucionalidade Preventivo e Repressivo**

A Constituição e o Tribunal Constitucional Português evidenciam em seus preceitos normativos aspectos que corroboram, de forma clara e precisa, que o controle da constitucionalidade configura-se eminentemente preventivo.

No Brasil, paradoxalmente, esse controle é implementado de forma repressiva.

## Conclusões

1. As Justiças Constitucionais Brasileira e Portuguesa, nos recortes das respectivas Constituições, tem como um dos principais pilares de sustentação e controle da Constitucionalidade, materializado pelos Sistemas de Controles de Constitucionalidade de ambos países.

2. Objetivando a, precipuamente, estabelecer um estudo investigatório da eficácia pragmática dos dois sistemas de controle da constitucionalidade, foram analisados os seus aspectos negativos e positivos e respectivos reflexos para a Justiça Constitucional, culminando, em um estágio mais avançado, com a consecução de uma avaliação, à luz do direito comparado, a propósito das vantagens e desvantagens dos modelos de controle da constitucionalidade dos dois Estados.

3. O controle brasileiro, de característica mista e completa, de forma difusa e concentrada, inspirou-se nos modelos de fiscalização norte-americano, austríaco (ou europeu) e francês. O Português, onde foi consagrado o controle difuso, concreto e incidental, dotado de um sistema misto, complexo, consiste numa conjugação dos modelos austríaco e norte-americano.

4. O cenário jurídico constitucional está a demonstrar o quanto é fundamental o controle da constitucionalidade, nos dois países, para a protecção da constitucionalidade das normas, mormente as infraconstitucionais. Nessa sequência, há de se registrar as seguintes conclusões:

4.1. A Constituição brasileira em face da sua rigidez defronta-se com um óbice para as reformas que se apresentam necessárias a fim de que seja ampliada a sua eficácia no controle da constitucionalidade, o que incorre no sistema português. A evidencia está a demonstrar que,

quanto mais rígida for uma Constituição, maior será a prevalência do constitucionalismo em detrimento da Democracia, sendo que, quanto mais fácil for o seu processo de modificação, maior será o valor da vontade popular, menos limitada, portanto, por aquela manifestada por gerações anteriores. A par disso temos, como uma realidade, a questão do Supremo Tribunal Federal – STF adotar uma postura ativista, quando o certo seria um posicionamento de auto contenção. E mais: no Brasil, o controle da constitucionalidade é meramente repressivo, quando em Portugal é preventivo. A evidência está a demonstrar, dentro do cenário da constitucionalidade, que a auto contenção e a prevenção constituem formas mais inteligentes e pragmáticas de controle.

4.2. O fato de no Brasil inexistir um Tribunal Constitucional, a exemplo de Portugal, implica em flagrante dificuldade nos julgamentos dos recursos inerentes às questões de inconstitucionalidades de normas, suscetibilizando, com isso, morosidade no julgamento desses feitos, traduzindo-se a necessidade premente de instituir-se, no mínimo a médio prazo, um Tribunal Constitucional nos moldes de Portugal. A propósito, o insigne constitucionalista José Afonso da Silva afirmou, sobre a criação do Tribunal Constitucional português, que o Brasil, ao não instituir um tribunal semelhante, “perdeu uma boa oportunidade de ir além, ficou mesmo aquém, por não ter instituído o Tribunal Constitucional”.

4.3. É imprescindível a normatização do estabelecimento, no Brasil, da obrigatoriedade, pelo Ministério Público, de interpor recurso, para o Tribunal Constitucional, na forma do controle da constitucionalidade adotado em Portugal.

4.4. A questão advinda do comando normativo previsto no art. 52, inciso X, da Constituição Federal de 1988, pontificando, que compete privativamente ao Senado Federal “suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do

Supremo Tribunal Federal”, e que vem sendo objeto de interpretação negativa por Ministros do STF, quanto a redução do “Senado a verdadeiro órgão despachante”, o que tende a suscetibilizar descrédito para a imagem da Constituição e, sobretudo, para a eficácia do controle da constitucionalidade brasileira.

4.5. Concluí-se, por fim, que sob o ponto de vista do Direito Comparado, o sistemas de controle da constitucionalidade brasileira e português foram objeto de relevantes inspirações a propósito do controle da constitucionalidade, em especial técnica e jurídica, podendo ser considerados os mais completos do mundo.

## Referências

ANTUNES, Miguel Lobo. **Tribunal Constitucional no Dicionário Jurídico da Administração Pública**. VIII volume.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27ª Ed. São Paulo. Malheiros Editores Ltda., 2012.

BRYCE, James. **Constituciones Flexibles y Constituciones Rígidas**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**, 6ª Ed., Coimbra: Almedina, 2002.

\_\_\_\_\_. MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Volume. 1. 1ª Brasileira; 4ª Ed. Portuguesa. Editora Revista dos Tribunais; Coimbra, PT: Coimbra Editora, 2007.

**Constituição da República Federativa do Brasil.** Coleção Saraiva de Legislação, 40ª Ed., São Paulo. Editora Saraiva, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria General del Estado.** México, 1959.

**Teoria Pura do Direito.** 2ª ed., 2 vols., Coimbra. Armênio Amado Editor, 1962, trad. de João Baptista Machado.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 3ª Ed., São Paulo. Saraiva, 2008.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional.** 4ª Ed. São Paulo, Atlas, 1998.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional,** 22ª Ed. Tomo VI. Coimbra. Coimbra Editora, 2005.

MORO, Sérgio Fernando. **Jurisdição Constitucional com Democracia.** São Paulo: Max Limonad, s/d.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa,** 1ª Ed. Coimbra. Coimbra Editora, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO. **Curso de Direito Constitucional.** 1ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda. 2012.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2012.

VICENTE, Paulo e ALEXANDRINO, Marcelo. **Resumo de Direito Constitucional Descomplicado,** 2ª Ed. São Paulo. Editora Método, 2009.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal, Jurisprudência Política, São Paulo. 1994, 2ª Ed.**, São Paulo. Malheiros Editores, 2002.

#### Referência do texto

SANTOS, Gilvan Macêdo dos. Controle da constitucionalidade positiva no Brasil e em Portugal. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 15-50, jan./jun. 2013.

# O dever fundamental de proteção do meio ambiente e a proibição da proteção deficiente à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro

**Gleydson Gleber Bento Alves de Lima Pinheiro**

Juiz de Direito Titular da 3a. Vara Criminal da Comarca de Caruaru, Estado de Pernambuco. Professor de Direito Processual Penal na Faculdade ASCES. Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

## SUMÁRIO

Introdução. **CAPÍTULO I** – Os axiomas do constitucionalismo contemporâneo. **1.1** Os Direitos Fundamentais e a Dignidade Humana no centro do constitucionalismo. **1.2** Estado de Direito e submissão dos poderes públicos à Constituição. **CAPÍTULO II** – Direito fundamental ao meio ambiente saudável e dever do estado de preservação. **2.1** O direito fundamental ao meio ambiente. **2.2** Os direitos prestacionais. **2.3** O dever fundamental de proteção do meio ambiente. **CAPÍTULO III** – O princípio da proibição da proteção deficiente ambiental. **3.1** Dever estatal de proteção e parâmetro mínimo de eficácia dos direitos fundamentais. **3.2** A proibição da proteção deficiente ambiental. **3.3** Critérios para caracterizar o déficit. **3.4** Entre a proibição da insuficiência e a proibição do excesso. **CAPÍTULO IV** – Controle efetuado pela corte constitucional do Brasil na realização do direito ao meio ambiente saudável. **4.1** A função judiciária diante da omissão executiva. **4.2** Princípio da Reserva da Possível x Princípio da Proibição da Proteção Deficiente. **4.3** Controle da omissão executiva pelo Supremo Tribunal Federal. Breves comentários sobre decisões proferidas pela Corte Constitucional. Conclusão. Referências bibliográficas. Sítios eletrônicos jurídicos.

## Indicações de redação e leitura

O Relatório foi redigido consoante os padrões convencionados no Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa, assinado em Lisboa, a 16 de Dezembro de 1990, por Portugal, Brasil, Angola, Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Moçambique e, posteriormente, por Timor Leste. No Brasil, o Acordo em questão foi aprovado pelo Decreto Legislativo n.º 54, de 18 de Abril de 1995. Com isso procura-se justificar, por exemplo, a supressão do trema e algumas diferenças em relação ao uso do hífen, à acentuação e à ortografia de algumas palavras.

Ressalta-se que o acordo é meramente ortográfico, e por isso não elimina todas as diferenças ortográficas e semânticas verificadas nos países que têm a língua portuguesa como idioma oficial. No presente trabalho foi utilizado o padrão brasileiro da língua portuguesa.

As citações das obras e dos autores de referência foram feitas em notas de rodapé, arranjadas ao longo do texto segundo o critério numérico ascendente.

## Introdução

A exposição que se segue constitui o relatório final da investigação realizada na disciplina Direito Constitucional e Administrativo do Ambiente, sob a regência da Senhora Professora Doutora Carla Maria Amado Gomes, no Curso de Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Políticas, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em convênio com a Escola da Magistratura do Estado de Pernambuco, no Brasil, no ano letivo de 2011/2012.



Abordamos, em linhas gerais, análise do princípio da proibição da proteção deficiente no dever de proteção ambiental, traçando ao final nuances da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil.

A pesquisa foi basicamente bibliográfica, recorrendo a livros publicados nas áreas de Direito Constitucional e Direito Ambiental, com pesquisa em artigos científicos relacionados ao tema e teses de mestrado. A jurisprudência teve exploração pontual, no contexto nuclear do assunto. Observamos, pois, que a jurisprudência do Tribunal Constitucional brasileiro ainda se encontra discreta e frágil.

Os objetivos específicos consistiram em: a) pesquisar a teoria dos deveres fundamentais, com especial ênfase ao caráter irradiante dos direitos fundamentais, ou seja, sua perspectiva objetiva; b) observar que diante da multifuncionalidade dos direitos fundamentais, temos o dever de proteção ambiental como meio de tutelar às agressões ao ambiente; c) propor a teoria da proibição da proteção deficiente como meio utilizado para garantir ao Estado a plena consecução do dever de proteção ambiental; d) analisar o mencionado princípio, com destaque para o estudo de casos constitucionais no direito brasileiro em que esse tema merece respeito.

Partimos, em capítulo primeiro, da noção dos direitos fundamentais, do homem e da dignidade humana enquanto centros do constitucionalismo moderno. Constatando-se a feição objetiva que normatiza os direitos fundamentais, consistente no dever de proteção diante de ataques dos particulares, vem o Estado agora a travestir-se de defensor dos direitos fundamentais, não sendo apenas aquele que deveria abster-se de intervir, projetando-se a Constituição como fundamento normativo do sistema de controle.

Temos a intenção de demonstrar o vínculo existente entre a Constituição e os deveres de proteção, tendo na efetividade constitucional a base do constitucionalismo moderno, cabendo aos poderes a submissão ao caráter normativo da Constituição, efetivando o seu conteúdo.

No capítulo segundo há destaque para o estudo da fundamentalidade do Direito ao Ambiente, contrastando com a posição doutrinária da existência apenas do Direito do Ambiente, com análise do dever de proteção ambiental, culminando com a necessidade de estabelecer elo entre o dever de proteção e o tema políticas públicas, visando a concretização do chamado mínimo existencial.

Ao se demonstrar a teoria dos deveres fundamentais, filiamo-nos à tese da abertura da fundamentalidade material em que não é necessário que os deveres estejam expressos em número fechado e sim que sejam reverso dos direitos fundamentais.

No capítulo terceiro far-se-á uma abordagem sobre um tema ainda novo na doutrina nacional. Enfrentamos o lado ainda pouco conhecido da proporcionalidade, no caso, o princípio da proibição da proteção deficiente no direito ambiental. A partir da origem e da fundamentação desse princípio no cenário nacional, tentamos formatar o que deve ser a eficiência no dever de proteção ambiental. Há, ainda, análise do princípio no contexto português e nuances de sua aplicação no direito internacional, demonstrando sua consolidação na concreta efetivação dos direitos fundamentais.

Há, ainda, no capítulo, uma interação entre a proibição do excesso e a proibição da insuficiência, demonstrando-se as similitudes entre os institutos e suas diferenças, em especial a visão doutrinária da suficiência dogmática do princípio da proibição do défice.



Por fim, no quarto capítulo verificamos algumas situações em que o dever de tutela ambiental eficiente vem sendo contemplado pela Suprema Corte brasileira. O propósito desse capítulo é verificar as incoerências na análise do princípio da proibição do déficit para a concessão do dever de proteção ambiental, mas observando que a atuação do Supremo Tribunal Federal é proativa e garante por vezes o que o Estado na sua função administrativa não exerce por deliberada omissão.

A tônica da exposição é um estudo do dever de proteção ambiental com enfoque no princípio da proibição do déficit, e no âmbito desse movimento de ideias, a presente proposta de estudo se individualiza por trazer particularmente a possibilidade de controle das políticas ambientais.

## CAPÍTULO I

### Os axiomas do constitucionalismo contemporâneo

#### 1.1 Os Direitos Fundamentais e a Dignidade Humana no centro do constitucionalismo

Os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana estão no centro do constitucionalismo moderno<sup>1</sup>. Apesar de não ser presente em alguns ordenamentos marcados pelo totalitarismo, todo Estado considerado de Direito deve marcar a vida dos que nele habitam pelos preceitos acima.

Nesse novo modelo de constitucionalismo há uma maior intervenção estatal para consecução do princípio-valor<sup>2</sup> da pessoa humana e

1 ALEXANDRINO, José Melo. Direitos Fundamentais. Introdução Geral. Editora Principia. 2a. edição, Cascais. 2011, p. 64.

2 Robert Alexy traz distinção entre valores e princípios, expondo que a diferenciação está no caráter deontoló-

o caráter vinculante dos direitos fundamentais. Buscar o conceito de dignidade da pessoa humana não é tarefa fácil, mas é certo que está em causa a autonomia ética da pessoa, cabendo a esta mensurar sua própria dignidade<sup>3</sup>, não podendo, pois, anulá-la ou destruí-la, escolhendo seu próprio caminho e estabelecendo suas próprias decisões, mas sem se descuidar que é pessoa e não objeto.

Importa trazer a lume o sentido da dignidade da pessoa humana relacionada com os poderes públicos, impondo que estes tracem sua atuação por tal princípio, não praticando qualquer ato que importe na ofensa desta dignidade e interpretem toda e qualquer norma sem se descuidar do homem enquanto centro do constitucionalismo. Assim, dignidade da pessoa humana não implica somente autonomia da vontade mas respeito por todos e principalmente pelos entes estatais desta autonomia, protegendo-a.

Já em relação aos direitos fundamentais, partimos de sua conceituação, entendendo de pronto que os direitos fundamentais são aqueles reconhecidos nas Constituições, diferentemente da expressão direitos do homem, utilizada comumente no direito internacional<sup>4</sup>. Assim, a positivação é pressuposto para a conceituação do que seja direito fundamental e cada Estado consagrará o que considera direitos fundamentais, não sendo expressão unívoca. Não obstante, o conceito material de direito fundamental no Brasil traz a lume não uma lista fechada, mas uma enumeração aberta e sistemática, que se alarga e vai além dos previstos no título próprio, por opção explícita do próprio Constituinte<sup>5</sup>.

---

gico (dever-ser) dos princípios e axiológico (domínio do bom) dos valores, embora traga a noção de estrutura única para ambos. *In Teoria dos Direitos Fundamentais*, trad. Virgílio Afonso da Silva, Malheiros, 2ª edição, p. 90.

3 NOVAIS, Jorge Reis. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*, Coimbra Editora, 2011, p. 57 e ss.

4 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6a. edição. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 36.

5 Parágrafo 20. do art. 50 e o art. 70., caput, ambos da Constituição Federal de 1988.



Tradicionalmente dividem-se os direitos fundamentais em gerações, ligadas a movimentos constitucionais diversos. O professor Paulo Bonavides<sup>6</sup> enumera cinco gerações para os direitos fundamentais, quais sejam: primeira geração (direitos de liberdade), segunda geração (direitos de igualdade), terceira geração (direitos de fraternidade), quarta geração (democracia, informação e pluralismo) e quinta geração (direito à paz).

Estas gerações estão ligadas ao modo de interpretação de tais direitos, especialmente como são protegidos pelo Estado, sendo certo que mesmo nos direitos de defesa (primeira geração), já se entende que o Estado tem o dever de proteção contra qualquer ataque a tais direitos, ou seja, todo direito fundamental tem sua dimensão positiva. Dentro da conceituação de Paulo Bonavides<sup>7</sup> o direito ao meio ambiente saudável está elencado nos direitos fundamentais de solidariedade, destinando-se a preservar o gênero humano e assim também em relação a tais direitos deve o Estado respeitar e proteger, sendo o diferencial neste caso a necessidade de uma maior interação entre Estados para fazer valer concretamente o direito, como são os casos de conferências internacionais, a exemplo da recente Rio +20.

É certo que as gerações ou dimensões se interpenetram. Assim, um direito considerado de solidariedade, tem também sua conotação social e aspecto individual ou de defesa, havendo a distinção por fins didáticos e históricos, pois a divisão estanque de tais direitos levaria a diferentes conotações por parte do intérprete, justamente o que se quer abolir no moderno constitucionalismo, dando-se eficácia e efetividade às normas constitucionais.

---

6 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 27a edição, Malheiros, São Paulo, 2012, p. 578 e ss.

7 Ob. cit., p. 588.

## 1.2 Estado de Direito e submissão dos poderes públicos à Constituição

A vontade geral no Estado de Direito não é o que baliza o poder, mas a autonomia de todos que estão na sociedade e a dignidade da pessoa humana. A democracia constitucional não só respeita como reconhece suas minorias, participando de um Estado plúrimo, em que até o poder constituinte originário deve respeito a tais valores. Jorge Reis Novais sintetiza este pensamento ao expor que <<o Estado social e democrático de Direito reconhece na autonomia individual e nos direitos fundamentais uma força vinculante que, independentemente dos fundamentos filosóficos, políticos ou ideológicos invocados, afecta não só a administração e o conjunto dos poderes constituídos, mas que se impõe materialmente ao próprio poder constituinte originário<sup>8</sup>>>.

No atual panorama, o Estado de Direito traz uma imagem de constituição não enquanto documento político, mas com força normativa, cuja concretização não mais cabe apenas aos poderes Executivo e Legislativo, havendo o chamado fenômeno da judicialização do Direito. Todos os poderes se submetem à Constituição e devem não só respeitá-la como concretizá-la. Qualquer ato de desrespeito ou omissão em relação aos preceitos constitucionais deve ser imediatamente coibido, mesmo quando é cometido por um dos poderes constitucionais.

Em decorrência da superioridade hierárquica da Constituição, na elaboração e definição das políticas públicas, os administradores e legisladores não podem desprezar os limites definidos pelos fins constitucionais, como a erradicação da pobreza e da marginalização; a redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem

8 NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Coimbra. Edições Almedina, 2006, p. 212.

preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, previsto no multireferido art. 3º, que são imperativos constitucionais e devem estar presentes em todas as políticas públicas, sendo inconstitucional qualquer política que contrarie tais fins constitucionalmente previstos. Estes determinam, pois, o sentido e o conteúdo das políticas públicas.

O atual constitucionalismo concede ao cidadão o direito de exigir do Estado a observação constante do texto constitucional, cabendo aos poderes estatais a completa submissão ao que traz a Constituição, submissão no sentido não só de acatar as normas constitucionais mas de fazê-las efetivas.

## CAPÍTULO II

### **Direito fundamental ao meio ambiente saudável e dever do estado de preservação**

#### **2.1 O direito fundamental ao meio ambiente**

O direito ambiental começa a ter projeção mundial e discussão doutrinária firme na década de 70. Já em 1972, na chamada Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente, firmou-se entendimento em seu princípio 1 que << o homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras<sup>9</sup>>>.

9 [www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf](http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf). Acesso em 15 de agosto de 2012.

Note-se que na perspectiva de gerações de direitos, inaugura-se o chamado terceiro ciclo, e a declaração deixa bem claro que além dos direitos de liberdade e igualdade, temos agora os direitos de solidariedade, com especial atenção ao direito ambiental. Vemos também uma perspectiva antropocêntrica, fundada no homem, que tem direito ao meio ambiente saudável e obrigação de preservá-lo para tanto.

Em 1992, vinte anos após a primeira manifestação, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento reafirma a Declaração de Estocolmo, expondo mais uma vez já no primeiro princípio que <<os seres humanos constituem o centro das preocupações relacionadas com o desenvolvimento sustentável. Têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a Natureza<sup>10</sup>>>.

Trata-se, essas Declarações, de *soft law* (direito flexível, sem obrigatoriedade e coercibilidade), consideradas quase-instrumentos-jurídicos que não têm qualquer força vinculativa ou cuja força é um pouco mais fraca do que a força obrigatória da lei tradicional, chamada de *hard law*. São veículos do Direito Internacional, e têm muita importância no Direito Internacional Ambiental, pois apesar de não vincularem os Estados, trazem na repetição fator importante, pois como no Direito Internacional não podemos vincular Estados, constitui o *soft law* uma obrigação moral.

No Direito Brasileiro a Constituição de 1988 optou por consagrar o Direito ao Meio Ambiente Saudável enquanto Direito Fundamental, ao expor no artigo 225 que << Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações<sup>11</sup>>>.

10 [www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf](http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf). Acesso em 15 de agosto de 2012.

11 [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 09 de junho de 2012.



Apesar de não se encontrar detalhado no Título II da Constituição Brasileira, que traz os Direitos e Garantias Fundamentais, é considerado Direito Fundamental à vista da sistemática constitucional.

É a discussão que se firma entre conceito formal e conceito material de direito fundamental. Por conceito formal, temos serem direitos fundamentais os constantes do rol do Título II da Constituição. Já ao entabularmos o critério material do que seja direito fundamental não podemos nunca querer tentar enumerar dentro da própria Constituição onde se encontram tais direitos, sob pena de provocar confusão com o conceito formal de tais direitos, mas é na própria Constituição que encontramos a resposta ao conceito quando no parágrafo 2º. do art. 5º. é asseverado que <<os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte>>.

Também o art. 7º., *caput*, da Constituição alarga o conceito material ao expressar de maneira exemplificativa os Direitos Sociais ali constantes com a expressão <<além de outros que visem a melhoria de sua condição social>>. Vemos, pois, um conceito aberto, que vai além da própria Constituição, devendo o intérprete buscar a fundamentalidade do direito para o dizer fundamental, buscando-se na dignidade da pessoa humana o fundamento e ponto de partida para o considerá-lo pertencente ao rol<sup>12</sup>. E é tanto assim que Constituições como a alemã não consagram os Direitos Sociais na Carta Constitucional e nem por isso não o elevam à condição de fundamentais.

Por dignidade da pessoa humana, temos que diante da polissemia do vocábulo devemos ter em uma existência condigna a resposta para o

12 OLSEN, Ana Carolina Lopes. Direitos Fundamentais Sociais, efetividade frente à reserva do possível, Juruá, Curitiba, 2011, discorre com lucidez sobre o tema logo no primeiro capítulo da obra.

termo<sup>13</sup>. Por não ser conceito estático e sempre refeito com a evolução social, temos que a dignidade da pessoa humana traz seu caráter verde com a consagração do direito ambiental entre os direitos fundamentais. Não se vê na dignidade humana apenas os direitos de liberdade e os direitos sociais, mas o agora chamado *bem-estar ambiental*, em que a segurança ambiental é debatida e assegurada, buscando-se uma vida saudável, preservando-se a personalidade humana de um ambiente de risco.<sup>14</sup> Não existe dignidade humana sem saúde, com parcas condições ambientais e sanitárias, e assim preservar o ambiente é fundamental para o desenvolvimento desta e das gerações vindouras.

Do mesmo modo que não especificou explicitamente a aplicabilidade das normas ambientais, também não andou bem o Constituinte quanto a especificar a natureza jurídica das normas ambientais. Como já dito acima, o direito ao meio ambiente é na maioria da doutrina considerado um direito de terceira geração, marcado pelo princípio da solidariedade, apesar de também por vezes ser denominado direito social. Ingo Sarlet<sup>15</sup>, apesar de reconhecer a dimensão individual de tal direito, diz que sua característica basilar é a titularidade coletiva, com implicação universal. Assim, tais direitos não são necessariamente para um indivíduo ou um grupo de indivíduos, tendo a humanidade como detentora do direito, com o Estado protegendo-o.

Por princípio da solidariedade, temos significado de Gomes Canotilho e Morato Leite como sendo <<obrigar as gerações presentes a incluir como medida de acção e de ponderação os interesses das gerações futuras<sup>16</sup>>>. O princípio da solidariedade tem vertente ética e é melhor aceito

13 NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 64.

14 SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, pp. 38-39.

15 SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Ob. cit., p. 58 e ss. Na mesma obra, os autores discutem a classificação dos direitos fundamentais em gerações.

16 CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato, orgs. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro, 4a. edição revista. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 28.



que o princípio do desenvolvimento sustentável, que por vezes espelha contrassenso entre desenvolvimento e ecologia. Mas mesmo esse princípio da solidariedade traz em si a preocupação com a reparação de danos, quando deve prevalecer no direito ambiental a prevenção de danos.

A jurisprudência brasileira, contudo, já firmou entendimento, na Corte Constitucional, da viabilidade do conceito de direito ao meio ambiente, apesar de na prática tal conceituação seja marcada pela imprecisão. A matéria tem seu *leading case* com o RE 134.297-8/SP, com relatoria do Ministro Celso de Mello, sendo, pois, o Mandado de Segurança n. 22.164-0/SP<sup>17</sup> da relatoria do mesmo Ministro o documento que traz conceituação clara de Direito ao Meio Ambiente. Diz o Ministro que se trata de direito fundamental de terceira geração, mostrando a necessidade de proteção dos valores e objetivos expressos e com proteção por todos, inclusive pelo Poder Público, por ser interesse da coletividade<sup>18</sup>.

Não sendo consenso doutrinário o direito ao meio ambiente<sup>19</sup>, temos em Carla Amado Gomes a noção de que o Direito ao Ambiente deve ser encarado enquanto direito-dever, imputando ao cidadão mais um dever de preservação do que o direito de possuir parte desse ambiente. Completa a autora, negando o Direito ao Ambiente enquanto direito subjectivo que <<o direito subjectivo indicia uma posição egoísta, longe da perspectiva solidarista que deve presidir à gestão dos bens ambientais. Por isso consideramos que a melhor doutrina é aquela que vê no direito ao ambiente um direito-dever de utilização racional dos bens ambientais>><sup>20</sup>.

17 BRASIL, Supremo Tribunal Federal: Tribunal Pleno. Mandado de Segurança n.º 22.164-0/SP. Impetrante: Antônio de Andrade Ribeiro Junqueira. Impetrado: Presidente da República. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em: 30 out. 1995. Publicado em: 17 nov. 1995. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?id=85691>>. Acesso em: 5 abr. 2011.

18 Idem.

19 GOMES, Carla Amado. Escrever verde por linhas tortas: O direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. In. Textos dispersos de direito do ambiente. Vol. III. AAFDUL. Lisboa, 2010, p. 165 e ss.

20 GOMES, Carla Amado. O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008, p. 23-24.

A professora Carla Amado Gomes critica a tese subjetivista ao expor que sendo o objeto indeterminado é impossível auferir o *quantum* será devido individualmente, pois não é possível quantificar quanto cada pessoa necessita na fruição dos componentes ambientais<sup>21</sup>.

A discussão tem por pano de fundo a questão da visão antropocêntrica ou ecocêntrica do Direito Ambiental e ao próprio conceito de Direito Ambiental. Os que, a exemplo da Professora Carla Amado Gomes, negam o conceito de Direito ao Ambiente, têm suas convicções no conceito ecocêntrico de Direito Ambiental, não servindo os bens ambientais aos homens e daí sua necessidade de proteção, mas tendo na Natureza <<uma realidade por si só merecedora de tutela>><sup>22</sup>. Ao reverso, aos que aceitam o conceito de Direito ao Ambiente, balizam sua teoria na interação entre homem e natureza.

Lado outro, para os defensores do direito subjetivo ao meio ambiente, o particular poderá reclamar algum prejuízo que tenha em decorrência de um ambiente desequilibrado, como por exemplo, alteração de saúde. Já para os que têm conceito unitário do Direito do Ambiente, tais reclamações estariam afetas a outros ramos do Direito, e no caso trazido, Direito da Saúde Pública, cabendo ao Direito Ambiental apenas <<promover a sua preservação, a impedir destruições irreversíveis para a subsistência equilibrada dos ecossistemas e a sancionar as condutas que os lesem na sua integridade e capacidade regenerativa>><sup>23</sup>.

O professor Vasco Pereira da Silva fala do antropocentrismo ecológico, partindo da concepção de que direito é uma realidade humana, e que assim tanto se observa o caráter objetivo quanto subjeti-

21 GOMES, Carla Amado. Constituição e Ambiente: errância e simbolismo. In. Textos dispersos de direito do ambiente. Lisboa: AAFD, 2008, vol. II, p. 34.

22 GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do). Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008, p. 75 e ss.

23 Idem.



vo do Direito Ambiental, considerando-o um direito fundamental e público subjetivo, atrelando a proteção ambiental à dignidade da pessoa humana, cunhando a famosa expressão <<verdes são também os direitos do homem>><sup>24</sup>. Para esta posição o Direito tem o homem em seu centro, e considerar o homem dentro do sistema de proteção ambiental não significa desprezar a natureza, mas integrá-la e melhor discuti-la.

No presente trabalho a questão de ser ou não direito subjetivo terá realce secundário para caracterização da deficiência, eis que não enfocaremos na questão da titularidade processual, posto que trabalhando o conceito de dever de proteção ambiental é bastante para caracterizar a deficiência nesta proteção, e assim encontramos em Carla Amado Gomes as duas faces da proteção constitucional, quando diz que a face objectiva está na tarefa estatal de preservação e a face subjectiva está no dever de cada pessoa, física ou jurídica desta proteção<sup>25</sup>.

Veremos, pois, que o princípio da proibição da proteção deficiente tem sua importância no aspecto prestacional, pois nestes casos é que teremos por mais das vezes pronunciamento judicial, e conheceremos a visão do Supremo Tribunal Federal do Brasil sobre a matéria.

---

24 SILVA, Vasco Pereira. Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra, 2002, p. 25 e ss. CANOTILHO, José Joaquim Gomes, em seu Direito Constitucional Ambiental Brasileiro também aceita o Direito ao Meio Ambiente no Brasil.

25 GOMES, Carla Amado. O Direito ao Ambiente no Brasil: um olhar Português. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. Vol. I, AAFDUL. Lisboa, 2008, p. 289.

## 2.2 Os direitos prestacionais

Robert Alexy<sup>26</sup> traz à discussão a figura dos <<direitos a ações estatais positivas>>, aos que também chama <<direitos a prestações em sentido amplo>> (contraponto com os direitos à prestações em sentido estrito, que seriam os direitos sociais), descrevendo que os direitos fundamentais podem trazer em si tanto o direito a uma abstenção estatal quanto um dever de proteção por parte do Estado. Mesmo colocando o direito à prestação em oposição ao direito de defesa, traz o constitucionalista decisões em que o Tribunal Alemão destacou o caráter prestacional e de defesa de normas constitucionais<sup>27</sup>. Assim, adotaremos a posição de que mesmo um direito eminentemente de defesa pode trazer em si um caráter prestacional, ou seja, o dever estatal de proteção desse direito e não só de inércia, para que este seja exercido.

Entendemos que a dicotomia entre direitos positivos e direitos negativos não é mais matéria pacífica na doutrina<sup>28</sup>, até porque todo direito presente na Constituição tem o seu caráter positivo que é de cumprimento espontâneo ou provocado pelo Estado, aí atuando a administração diretamente ou através de imposição pelo Judiciário. A diferença entre direitos de defesa e direitos de prestação é mais utilizada pelos Tribunais e tem destinação certa, que é conferir uma maior justiciabilidade aos direitos de defesa que aos direitos sociais (prestacionais em sentido estrito), estes penderes de previsão e dotação orçamentária<sup>29</sup>. A divisão se manterá, mas sem se descuidar que ao Estado é atribuído o dever de fazer valer a Constituição, enfatizando-se, pois, o caráter positivo da prestação estatal.

26 ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores. São Paulo. 2a. edição. 2011, p. 431 e ss.

27 Ob. cit., pp. 436-440.

28 LOPES OLSEN, Ana Carolina. *Direitos Fundamentais Sociais*, Juruá Editora, Curitiba, 2011, p. 59.

29 Ob. cit., p. 61.



Divagou-se sobre a dicotomia direitos de defesa *versus* direitos prestacionais pois para Alexy<sup>30</sup> dentro da análise dos direitos a prestações, o direito ao meio ambiente apesar de ter uma característica de direito social adequa-se ao que se chama direito fundamental completo, trazendo em si as características de direito de defesa, direito à proteção, direito a procedimento e direito à prestação fática estatal. Assim, mesmo tendo um caráter de direito de defesa, proibindo o Estado de realizar intervenções no meio ambiente, tem este mesmo Estado que realizar intervenções positivas para manter o meio ambiente limpo e equilibrado.

### 2.3 O dever fundamental de proteção do meio ambiente

O art. 225-CRFB traz em si uma norma completa, na já festejada lição de Robert Alexy, pois se afasta do modelo de Estado liberal, em que há clara oposição do Estado com a sociedade e abarca um modelo em que todos, seja o Poder Público, seja o particular, têm deveres na proteção ambiental, calcados na solidariedade intergeracional, preservando o presente com olhos para o futuro.

Apesar de alguns entenderem não ser o direito ao meio ambiente (quer na concepção de direito subjetivo, quer na concepção de dever do Estado e de particulares) um direito fundamental, temos que observar que, apesar de não se encontrar formalmente no rol dos direitos e garantias individuais e coletivos, tem natureza de fundamental, *ex vi* art. 5º, parágrafo primeiro da Constituição da República.

A concretização dos direitos sociais e prestacionais tem sido objeto de crescente atenção doutrinária. Jorge Reis Novais demonstra grande

30 ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais, Trad. de Virgílio Afonso da Silva. Malheiros Editores, São Paulo. 2a. edição. 2011, p. 443.

preocupação com o tema quando discorre que << concebidos, como todos os direitos fundamentais, enquanto direitos dirigidos primariamente contra o Estado ou face ao Estado, o reconhecimento de direitos sociais convoca, desde logo, a questão de saber se cabe nas funções constitucionais de um Estado de Direito dos nossos dias a de se obrigar juridicamente ao fornecimento aos cidadãos ou, pelo menos, aos mais carecidos, de prestações fácticas destinadas a promover, possibilitar ou garantir o acesso individual a bens económicos, sociais e culturais>>.

Mais recente é a preocupação de aliar esse tema ao das políticas públicas. É nessa dimensão prestacional dos direitos fundamentais, inclusive consagrada pelo Supremo Tribunal Federal<sup>31</sup> ao albergar e proteger direitos sociais e prestacionais que vivemos essa fase constitucional.

Em sendo direito fundamental, temos a sua aplicabilidade imediata (art. 5º., parágrafo primeiro da CF), restando ao aplicador sua plena realização (efetividade)<sup>32</sup>. Assim, efetivar o direito ao meio ambiente equilibrado é realizar a eficácia contida na Constituição. A busca pela realização dos direitos fundamentais traz ao Estado o dever de proteger tais direitos. É através da eficiência na busca pelo meio ambiente saudável que o prestaremos de maneira efetiva, real<sup>33</sup>.

Vieira de Andrade, ao discorrer sobre os deveres fundamentais, divide-os em <<deveres fundamentais autónomos>>, que são normas que expõem explicitamente deveres, tal qual o dever de serviço militar aos homens, e os <<deveres fundamentais associados a direitos>>, colocando

31 No decorrer do trabalho visualizaremos algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro albergando a proteção aos direitos fundamentais sociais, em especial quando há inércia do Poder Executivo em cumprir o chamado "mínimo existencial", incorrendo na proteção insuficiente.

32 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo. 2a. edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2009, p. 303.

33 BIANCHI, Patrícia. Eficácia das normas ambientais. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 228 e ss.



a defesa ao meio ambiente nesta última categoria<sup>34</sup>. Assim, por pertencer o direito ao meio ambiente saudável a chamada terceira geração de direitos fundamentais esse *dever* de proteção ambiental, amparado no princípio da solidariedade pertence tanto ao Poder Público quanto à coletividade, além de ter caráter tanto defensivo quanto prestacional.

Carla Amado Gomes<sup>35</sup> fala do princípio da solidariedade enquanto princípio ético do Direito do Ambiente, dizendo que tal princípio nasce junto com o princípio do Desenvolvimento Sustentável e tem vertente entre a economia e a ética. É com base em tal princípio que reafirmamos o dever de proteção ambiental, que tem respaldo tanto no dever moral de proteção quanto no dever jurídico expresso na Constituição. É falar agora não mais no indivíduo em si mas no indivíduo <<socialmente considerado>>, e em sendo a proteção do ambiente uma realidade transindividual, temos no dever de proteção do ambiente um fundamento na solidariedade.

Esse dever de proteção ambiental foi propósito da Assembléia Constituinte de 1988 ao fazer constar expressamente no *caput* do art. 225 que cabe ao Poder Público e a coletividade defender e preservar o meio ambiente para esta e para as gerações futuras.

Os bens ambientais, como bem diz Carla Amado Gomes<sup>36</sup>, são bens de uso coletivo e sua dimensão imaterial não possibilita diagnosticar o *quantum* de aproveitamento que cada indivíduo pode ter, já que podem ser usados por qualquer pessoa. Assim, no plano fático os bens ambientais pertencem a todos os seres humanos que no planeta se encontram.

34 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1998, p. 109 e ss.

35 GOMES, Carla Amado. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador dos Deveres de Protecção do Ambiente. Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 154 e ss.

36 GOMES, Carla Amado. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador dos Deveres de Protecção do Ambiente. Coimbra Editora, 2007, p. 180 e ss.

Já no plano jurídico, ressalta a autora que tanto os usuários quanto os obrigados à proteção são estabelecidos em razão da proximidade do bem, estabelecendo-se obrigações de *non facere* (não provocar danos), de *pati* (tolerar, suportar uma ação) e de *facere* (exige um comportamento positivo pelo sujeito), com a finalidade de <<gestão racional>> dos bens naturais.

Márcio Frezza Sgarioni e Rogério Santos Rammê trazem à lume a questão importante deste trabalho, dividindo o dever fundamental de proteção ao meio ambiente em duas espécies, quais sejam: enquanto abstenção e enquanto prestação. Para os autores no aspecto abstenção resta fácil ao Judiciário impor que alguém se abstenha de degradar o meio ambiente, mas no caráter prestacional dizem os autores que a atuação do judiciário importaria em ativismo judicial esbarrando em princípios constitucionais democráticos outros, a exemplo do princípio democrático e do princípio da divisão de poderes<sup>37</sup>. Neste ponto, reside a nossa discordância, pois entendemos ser possível ao Judiciário atuar no caráter prestacional do dever de proteção ao meio ambiente sempre que o Poder Público proteger deficientemente tal direito.

Em nosso socorro, posiciona-se Herman Benjamin, quando ensina que <<além de ditar o que o Estado não deve fazer (=dever negativo) ou o que lhe cabe empreender (=dever positivo), a norma constitucional estende seus tentáculos a todos os cidadãos, parceiros do pacto democrático, convencida de que só assim chegará à sustentabilidade ecológica>>.<sup>38</sup> A força normativa da Constituição e a fundamentalidade

37 SGARIONI, Márcio Frezza e RAMMÊ, Rogério Santos. O Dever Fundamental de Proteção Ambiental: aspectos axiológicos e normativo-constitucionais. In Direito Público, Síntese. Brasília. Vol. 41, set./out. 2011, p. 44.

38 BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO LEITE, José Rubens (orgs.). Direito constitucional ambiental brasileiro. São Paulo: Saraiva, 4a edição, 2011, p. 133. Sobre o assunto, GOMES, Carla Amado. Risco e modificação do acto autorizativo concretizador dos deveres de protecção do ambiente. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, quando diz << o cidadão é simultaneamente credor e devedor da tutela ambiental, devendo colaborar activamente com os poderes públicos na preservação de um conjunto de bens essencial para a sobrevivência e desenvolvimento equilibrado dos membros da comunidade>>, p. 149.



do direito ao meio ambiente não podem esperar norma infraconstitucional para sua perfeita caracterização.

Quanto à fundamentalidade material do dever de proteção ambiental, apesar de abalizadas posições contrárias, a exemplo de Vieira de Andrade e José Casalta Nabais<sup>3940</sup>, que expõem serem os deveres fundamentais, ao reverso dos direitos fundamentais (art. 5º, parágrafo segundo, CF), *numerus clausus*, seguimos a posição de Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>41</sup>, que permitem uma abertura da fundamentalidade material, <<considerando sempre a possibilidade de se reconhecer um novo dever fundamental, conexo ou autônomo, mesmo que não previsto, de forma expressa ou implícita, no texto constitucional, desde que em sintonia com o sistema constitucional, o que se dá em razão da abertura material da Constituição e dos direitos fundamentais consagrada no art. 5º, parágrafo 2º, da CF88>>, sendo ainda mais fácil assimilar essa doutrina nos casos dos deveres conexos (e o dever de proteção do meio ambiente nesta espécie se encaixa), pois seriam o reverso da moeda do direito fundamental, esculpido na maioria das vezes na mesma norma (caso do art. 225, CF).

A Lei que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos<sup>42</sup> no Brasil é uma recente mostra da preocupação do País com o meio ambiente e estabelece uma série de deveres ambientais, sujeitando pessoas físicas e jurídicas, quer de direito público, quer de direito privado, aí incluídos os consumidores de produtos que gerem resíduos sólidos, os fabricantes de tais produtos e os entes federativos,

39 VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra. Almedina, 1998.

40 NABAIS, José Casalta. Por uma Liberdade com Responsabilidade. Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra. Coimbra Editora. 2007.

41 SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 146.

42 Lei Federal no 12.305, de 02 de agosto de 2010, disponibilizada em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm), com acesso em 23 de agosto de 2012.

estes com divisão de responsabilidades para proteção ambiental. Interessante que dentre os princípios que regem a política dos resíduos sólidos temos o <<princípio da responsabilidade compartilhada>>, explicitando também o objetivo da <<gestão integrada>>, demonstrando assim a noção de solidariedade constante do documento legislativo.

Focaremos o estudo no dever de proteção ambiental pelos entes executivos estatais e sua conseqüente proteção deficiente, ensejando a participação do Judiciário para fazer valer a norma constitucional e manter o mandamento de uma sociedade com um meio ambiente equilibrado, com preservação das pessoas, das sociedades futuras e da natureza como um todo.

### CAPÍTULO III

## O princípio da proibição da proteção deficiente ambiental

### 3.1 Dever estatal de proteção e parâmetro mínimo de eficácia dos direitos fundamentais

Com a promulgação da Constituição em 1988, o Brasil passou a buscar sua plena realização, e com isso trazer a lume a questão da efetividade das normas, não estabelecendo distinção entre os direitos de defesa e os direitos de igualdade, vinculando todos os poderes, a começar pelo legislador quando da normatividade de tais direitos. Nesse esteira, cabe ao Judiciário a função de fiscalizar os princípios insertos no texto<sup>43</sup>.

43 CLÉVE, Clemérson Mérlin. O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais. In *Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais*. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Del Rey, 2003, pp. 385-393.



Buscar a efetividade é buscar ir além na realidade fenomênica, estabelecendo bem mais que a eficácia<sup>44</sup>.

A aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais faz restar ao aplicador do direito buscar sua efetividade, sua realização da melhor maneira possível, levando ao Estado o dever de proteger esses direitos. Amparado no mínimo social e na dignidade da pessoa humana, deve o Estado coibir qualquer ato atentatório de particulares contra particulares, isto no campo subjetivo, é claro, pois no campo objetivo, deve-se buscar a total perfeição dos direitos fundamentais.

A plena efetividade dos direitos fundamentais passa, pois, pelo agora chamado direito à boa administração pública<sup>45</sup> que impõe tanto restrições quanto deveres ao Estado.

A moderna teoria dos deveres fundamentais prescreve que os governantes têm deveres para com seus súditos, fazendo valer as leis políticas e civis de um País. No Brasil, temos uma Constituição elaborada em período imediatamente posterior a um regime ditatorial, o que faz nela conter vários princípios do direito de liberdade (o que é salutar e democrático), mas que também contém limites impostos aos seus cidadãos e pessoas em trânsito no País para boa convivência social, cabendo ao Estado o dever de manter a harmonia social, preservando direitos da coletividade.

Rousseau<sup>4647</sup> já falava em seu Contrato Social que os membros de uma comunidade devem obedecer aos seus governantes, mas que estes

44 CALGARO, Gerson Amauri. Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais: ponto de vista. In Revista de Mestrado em Direito. UNIFIEO. Ano 4, n. 4, 2001, p. 171.

45 BITENCOURT NETO, Eurico. Há um Direito à Boa Administração Pública. In Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda. GODINHO, Helena Telino Neves e FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros (coord.), Editora Del Rey, Belo Horizonte, 2011, p. 151 e ss.

46 ROUSSEAU, Jean-Jacques. O Contrato Social, tradução de Paulo Neves, L&PM Editores, São Paulo, 2007.

47 Sobre o tema, ler Do Estado Liberal ao Estado Social, do professor Paulo Bonavides. Editora Malheiros, 10a. edição. São Paulo. 2011, p. 165 e ss.

também têm limites a serem seguidos e que todos devem cumprir os deveres por necessidade de manter-se a sociedade em equilíbrio. São os deveres fundamentais que impõem os limites aos direitos fundamentais, constituindo a verdadeira democracia.

A teoria dos deveres fundamentais vem relativizar a divisão de tais direitos em dimensões, pois põe em cheque a sempre discutida divisão que coloca o Estado por vezes com prestações negativas em relação ao indivíduo e por vezes tendo que agir positivamente, pois ao estudarmos os deveres fundamentais vemos que todos (Estado, indivíduo e sociedade) estão obrigados pelos direitos fundamentais<sup>48</sup>, dando plena efetividade a estes. E na já falada dimensão objetiva dos direitos fundamentais, em que não só Estado-indivíduo estão em causa, mas uma validade universal dos direitos fundamentais, nasce a teoria do dever de proteção por parte do Estado.

Ao se falar em deveres fundamentais fazemos sempre o estudo paralelo com os direitos fundamentais, partindo da premissa já assentada de que <<não há direitos sem deveres nem deveres sem direitos>>, para expor que no Estado Constitucional a garantia dos direitos fundamentais está calcada no exercício dos deveres, cabendo ao Estado fazer valer esses deveres para garantir a plena democracia e a dignidade da pessoa humana, valores que se perseguem nos Estados modernos.

O dever de proteger tem raiz no monopólio estatal, que proíbe aos particulares a vingança privada, cabendo, pois, ao Estado, promover o bem comum e dissipar agressões entre súditos. Para Jorge Reis Novais, o fundamento encontra-se tanto no dever de proteção dos direitos fundamentais, quanto na chamada dimensão jurídico-objetiva autônoma, encontradas tanto nos direitos fundamentais, quanto nos

48 GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2007, p. 45 e ss.

deveres que das mesmas decorrem, os anteditos <<deveres fundamentais derivados>><sup>49</sup>.

Mas cabe ao Estado, especialmente em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, não somente proteger os direitos fundamentais, como também efetivá-los, esbarrando-se, como se bem sabe, na chamada reserva do possível, pois a disponibilidade financeira para a efetivação deve ser considerada, sendo esta matéria que trataremos em tópico próprio.

Estabelecido que os direitos e deveres fundamentais devem ser pautados pela plena efetividade e que o Estado em todas as suas funções deve buscar proteger e dar a efetividade a esses direitos pautando-se pela dignidade humana e pelo mínimo social básico, é de considerar-se em débito o Estado que protege insuficientemente os direitos e deveres fundamentais, havendo de se buscar na própria Constituição a resposta para essa ineficácia estatal.

Outrossim, por vincular os três Poderes estatais, o descumprimento do dever de proteção por parte do Poder Executivo pode e deve gerar o acionamento do Poder Judiciário, por vinculação direta aos direitos fundamentais e compromisso constitucional de protegê-los.

## **3.2 A proibição da proteção deficiente ambiental**

A proporcionalidade na sua vertente proibição do excesso já é discutida no estudo diário da Corte Constitucional brasileira, sendo chamada até de proporcionalidade em sentido amplo, em contraposição

---

49 NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 88.

à proporcionalidade em sentido estrito, esta um dos requisitos a ser analisado quando da proibição do excesso. Abalizado neste critério nenhuma ação estatal pode importar em intervenção estatal desnecessária ou arbitrária, valendo tal princípio na fase de normatividade e na fase de execução.

O excesso as funções estatais e o desrespeito aos direitos fundamentais devem importar em controle interno pelo Poder que laborou no excesso, e em inércia deste deverá ser o caso levado à apreciação judicial.

Em estudos mais recentes, tendo na Alemanha o começo da elaboração da tese<sup>50</sup>, chega-se à teoria da proporcionalidade voltando-se o estudo para o reverso da moeda, em paralelo com a teoria dos deveres de proteção, observando quando o Estado é omissivo, não protegendo os indivíduos contra intervenção de outros indivíduos.

Em Espanha, mesmo mais recentemente, começa discussão sobre o princípio da proibição da insuficiência<sup>51</sup>, mas com total importação do que fora dito na Alemanha e com preponderância da ausência dogmática para o tema, sendo mero contraponto da proibição do excesso.

Gabriel Doménech Pascual<sup>52</sup> traz à baila o que chama do critério do justo equilíbrio, que para o autor coincide com o princípio da proporcionalidade, expondo que o Estado só pode limitar direitos de proteção se a medida resultar útil, necessária e ponderada. O estudo é interessante pois faz menção ao caráter transitório que pode ter a proteção de um direito fundamental e o que era considerado uma suficiente proteção

50 CANARIS, Claus-Wilhelm em seu *Direitos Fundamentais e Direito Privado*, com tradução de Ingo Sarlet e Paulo Mota Pinto, Almedina, Coimbra, 2003 discute teoricamente sobre o tema.

51 PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

52 PASCUAL, Gabriel Doménech. *Derechos fundamentales e riesgos tecnológicos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, p. 162 e ss.



pode tornar-se insuficiente com a modificação das circunstâncias, devendo o Estado buscar novo <<ponto de equilíbrio>>.

No Brasil nenhum autor se debruça no estudo minucioso do princípio da infraproteção, havendo todavia já há alguns textos sobre o assunto, destacando-se Ingo Sarlet<sup>53</sup> e Lenio Streck<sup>54</sup> no exame da matéria. Nestes textos, vê-se uma aproximação maior com a doutrina que expõe a suficiência dogmática do princípio, mas em alguns momentos ainda encontramos confusão de vocábulo e comparação com o princípio da proibição do excesso.

Em Portugal foi o Professor Jorge Reis Novais<sup>55</sup> quem mais se debruçou sobre o assunto, trazendo à baila a noção da suficiência dogmática do princípio em sua tese de doutoramento. Além de dizer que para caracterização da proteção insuficiente basta a análise da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, traz Reis Novais a possibilidade de aplicação do princípio tanto aos deveres de proteção estatal como também aos deveres de efetivação de direitos fundamentais que de maneira objetiva recaiam sobre a administração, incidindo o estudo do princípio não no fato de ser a medida estatal restritiva desproporcional em relação ao particular (o que seria o reverso da proibição do excesso), mas no fato de a omissão ser causa autônoma de restrição de direito fundamental.

É o princípio da proibição da proteção deficiente, também chamado na doutrina como proibição da insuficiência, proibição do defeito ou princípio da infraproteção que vai balizar as funções estatais e consagrar a proporcionalidade em sua integralidade. O professor Reis Novais, ao

53 SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre Proibição do Excesso e de Insuficiência, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, volume 81, Coimbra, 2005.

54 STRECK, Lenio Luiz. O princípio da proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista. In Revista Ibero-Americana de Ciências Penais – ano 7, n. 14, CALLEGARI, André Luis e KREBS, Pedro (coord.). Porto Alegre. CEIP. 2006. Semestral

55 NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 73 e ss.

consagrar o princípio empresta-lhe o vocábulo *proibição do défice*<sup>56</sup>. Tal princípio vai proibir uma atuação estatal na proteção e efetivação dos direitos fundamentais de forma insuficiente, englobando também, por óbvio, a proibição da omissão estatal.

Já houve observação acima que o Estado tem o dever de proteger os direitos fundamentais e agora a discussão ocupa-se em saber como deve o Estado estabelecer essa proteção. Claus Canaris<sup>57</sup> coloca a averiguação do dever jurídico de agir como passo antecedente ao de averiguar como a proteção está sendo realizada. Nosso estudo limita-se a saber quando a administração tem que agir e o faz de maneira insuficiente, não sem falar que o comando de atuação positiva para proteger e efetivar os direitos fundamentais obriga todas as funções do Estado.

Assim, com base nas informações acima, podemos buscar um conceito de proibição da insuficiência quando identificamos o dever de uma atuação positiva por parte de um dos detentores de uma função estatal (o estudo se resume à função executiva) em relação aos direitos fundamentais, seja para defende-los, protege-los ou efetiva-los, dentro de uma discricionariedade administrativa, mas não o fazendo ou fazendo em grau inferior para garantir a dignidade humana. É a busca de como se está protegendo e efetivando o direito fundamental, visando identificar se satisfeito está o mínimo social.

É Claus Canaris<sup>58</sup> quem traz conceituação e diferenciação entre o princípio da proibição do excesso e o princípio da proibição da insuficiência, estabelecendo a omissão do Estado como característica da proi-

56 NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 77 e ss.

57 CANARIS, Claus-Wilhein, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Almedina, Coimbra, 2003, p. 65.

58 CANARIS, Claus-Wilhein, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Almedina, Coimbra, 2003, p. 43 e ss.

bição do déficit, estabelecendo que deve haver um nível mínimo e que deste não se possa descer.

No contraponto entre a proibição da proteção insuficiente e o princípio da reserva do possível, observamos que este serve para limitar financeiramente as atividades estatais, ao passo que aquele vem com o escopo de ponderar a dignidade humana e o mínimo social.

No estudo da reserva do possível, devemos atentar para a real inexistência de recursos para efetivação das políticas públicas pelo Estado. Nos elementos extrajurídicos inseridos no conceito da reserva do possível é que encontramos a possibilidade da utilização do princípio por administradores sem sentimento social que colocam interesses pessoais se sobrepondo à dignidade humana. É neste aspecto que devemos valorizar a proibição do déficit para tornar a sociedade mais justa e igualitária.

O Estado ao explicitar que falta dinheiro para a efetivação das políticas públicas tem que coadunar a escolha alocativa do recurso aos preceitos constitucionais, possibilitando análise, inclusive judicial, da reserva do possível. A problemática gira em torno de estabelecer a alocação de recursos sob o primado dos direitos fundamentais, não podendo o Estado manter posição inerte na concretização de tais direitos.

Do Estado Social e Democrático de Direito o Estado não só respeita os direitos de liberdade como protege os direitos fundamentais contra agressões. Tal princípio é muito utilizado no Brasil no Direito Penal e no Direito à Saúde, carecendo de um melhor estudo nos demais direitos fundamentais, com seletividade tanto da doutrina quanto da jurisprudência quando da análise de casos concretos.

Toda vez que o Estado puder agir e discricionariamente preferir a inatividade, esta omissão eloquente deve sugerir uma agressão ambiental en-

sejando plena reparação e atuação do Judiciário. O Estado tem que agir de maneira suficiente e adequada para preservar e defender a Natureza, levando a omissão ou déficit ao imediato recurso judicial protetivo.<sup>59</sup>

Tal assertiva encontra respaldo inclusive internacional, posto que a chamada Convenção de Aarhus sobre Acesso à informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental<sup>60</sup> destaca a participação do Poder Judiciário no controle da matéria ambiental, destacando-se para o presente estudo o art. 9º, 3 que estabelece ser o Poder Judiciário uma instância que necessariamente e quando houver descumprimento de deveres ambientais por autoridades públicas irá analisar a questão. Vemos que, apesar de falar em direito à informação, a Convenção estabelece, nas entrelinhas, a forte participação do Judiciário na matéria socioambiental<sup>61</sup>.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer citam Paulo Afonso Leme Machado para lembrar o tratamento de <<bem de uso comum do povo>> aos bens ambientais, e assim impor ao <<gestor>> de tais bens a obrigação de prestar contas do gerenciamento do que não é seu mas de todos.<sup>62</sup>

### 3.3 Critérios para caracterizar o déficit

O estudo do princípio da proibição da proteção insuficiente deve ser realizado em paralelo com os deveres de proteção do Estado, gerando quando da omissão uma inconstitucionalidade. Já fora dito que a divisão

59 SARLET, Ingo Wolfgang e FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 184.

60 Disponível em :<http://www.unece.org/env/pp/treatytext.htm>, acessado em 29 de setembro de 2012.

61 SARLET, Ingo Wolfgang et FENSTERSEIFER, Tiago. Direito Constitucional Ambiental. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2011, p. 230.

62 Ob. cit., p. 185.

dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos prestacionais não é estanque, havendo direitos que possuem características de defesa e prestacional. A proibição do excesso limita o Estado em suas intervenções contra os particulares, ligando-se, assim, aos direitos de defesa. Já a proibição do déficit é utilizada nos chamados direitos de proteção em sentido amplo.

Mesmo tendo a faculdade do poder discricionário, o Administrador deverá pautar a solução no caso concreto observando o princípio da proibição da insuficiência, não se descurando que a atuação discricionária deve atender a melhor solução para os administrados e não uma solução que atenda a interesses escusos os contrários às necessidades humanas.

Destaca-se, pois, o objeto do princípio, que neste caso é uma abstenção ou atuação insuficiente do legislador ou administrador, causando esta omissão uma falta de proteção do direito fundamental. Confrontando-se a norma com o direito fundamental, não temos a relação causal que requer a Constituição.

Mesmo sabendo que o autor pugna pela suficiência dogmática do instituto da proibição da proteção deficiente, poderemos buscar em Jorge Reis Novais<sup>63</sup> quando da análise da proibição do excesso, os critérios para se determinar se houve a proteção insuficiente pelo Estado. Como passo primeiro veremos a questão da aptidão, que é a contribuição para o atingimento da finalidade pelo Estado. Ao passo que na proibição do excesso a restrição ao direito deve ser apta para a consecução do fim, aqui teremos que observar se a postura estatal no caso concreto atingiu o interesse público, ou seja, se sua postura foi suficiente ou ficou aquém do mínimo que se espera na matéria.

---

63 NOVAIS, Jorge Reis. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, Coimbra, 2004, p. 161 e ss. Ver também do mesmo autor, Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria. Coimbra Editora. Coimbra, 2006, p. 101.

Após, passamos à indispensabilidade, e nesse momento nosso olhar é realizado em sentido negativo. O administrador deve observar se a prestação material será atendida com menor sacrifício da comunidade<sup>64</sup>. E é nesse ponto que por vezes o intérprete encontra maior dificuldade, pois por vezes a opção estatal que é menos gravosa a direitos de terceiros não protege de maneira suficiente e assim somente a proporcionalidade em sentido estrito dará a resposta no caso concreto.

Na proporcionalidade em sentido estrito não há mais uma comparação do fim com o meio, e sim sacrifício imposto e benefício alcançado, eliminando-se situações desproporcionais. O judiciário irá observar e decidir que medida deve ser aplicada para se atingir o mínimo social. É justamente aqui que se devem entrelaçar reserva do possível e proibição da insuficiência, com o conceito de escassez natural ou escassez artificial, vendo-se se a alocação de recursos foi realizada à revelia do texto constitucional ou se a ineficiência estatal tem resposta dentro da razoabilidade<sup>65</sup> (aqui razoabilidade observada no aspecto quantitativo e qualitativo e com visualização das pessoas afetadas diante da omissão ou insuficiência).

Finaliza-se a análise com a conclusão de que um direito fundamental só poderá ser afastado se realmente houver uma escassez natural ou causa de extrema grandeza que o retira temporariamente de aplicação e efetividade.

Todo o balizamento acima deve ser realizado com vista à dignidade da pessoa humana, que segundo Jorge Miranda<sup>66</sup> é metaprincípio e apresenta << característica essencial da pessoa – como sujeito, e não como objeto, coisa ou instrumento >>.

64 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais, efetividade frente à reserva do possível*, Juruá, Curitiba, 2011, p. 303.

65 OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais, efetividade frente à reserva do possível*, Juruá, Curitiba, 2011, pp. 306-307.

66 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 5a edição, Coimbra Editora, 2012, p. 222.



Apesar de utilizarmos os critérios propostos por Jorge Reis Novais quando este analisa a proporcionalidade no aspecto da proibição do excesso, temos que o mesmo autor aponta que os critérios da proibição da insuficiência a serem observados são apenas dois: a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana, com vista ao mínimo existencial.<sup>67</sup>

A dignidade da pessoa humana está inserida no chamado mínimo social, em que deverá ser visto que a falta de proteção estatal gera uma inconstitucionalidade. Todavia, nem sempre a questão se demonstra de maneira clarividente, como dito acima, é no caso concreto que buscamos a resposta à atuação estatal, e assim, a ponderação deve sempre ser acionada.

A razoabilidade é critério a ser utilizado por toda e qualquer função estatal quando de sua atuação. O Poder Judiciário assim, só poderá interferir no Poder Executivo quando esta ponderação pelo administrador realizada não atendeu ao padrão da dignidade humana inserto da Constituição, que em outras palavras é a decisão que salvaguarda direito fundamental de proteção.

### **3.4 Entre a proibição da insuficiência e a proibição do excesso**

Estabelecer a suficiência dogmática do princípio da proibição do déficit é o grande trabalho a ser realizado pelos estudiosos da matéria, pois sempre teremos a visão turva de que a insuficiência é o reverso do excesso. Devemos, pois, atentar que a proibição da insuficiência encontra-se ligada a um dever de proteção do Executivo ou do Legislativo

<sup>67</sup> NOVAIS, Jorge Reis. As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 73 e ss.

em relação a um direito fundamental. Ao se estabelecer a suficiência dogmática do instituto visualizamos a dimensão positiva dos direitos fundamentais.

Como similitude entre os institutos, temos a análise da desproporção no caso concreto, quando da colisão dos direitos fundamentais em causa. Na proibição do excesso a desproporção é caracterizada quando o Estado intervém de maneira exacerbada em direito fundamental do particular, ao passo que na proibição do déficit a desproporção reside na ausência ou insuficiência do Estado em um dever de proteção que lhe é devido. Esse dever de proteção inclusive pode ser de o Estado ter que defender os indivíduos contra agressões de seus semelhantes. Na proibição da insuficiência o administrador pode até ir além, não havendo excesso de proteção.

Ao considerar a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana enquanto balizas para caracterizar a insuficiência, a total abstenção estatal ou proteção deficitária do administrador em relação a um direito fundamental é que diferencia o instituto e o dá suficiência dogmática.<sup>68</sup>

Quando de colisão entre direito de defesa e direito prestacional devemos avaliar o caso concreto e colocar o parâmetro dignidade da pessoa humana enquanto baliza, preservando a Constituição em seu sistema<sup>69</sup>.

Juliana Venturella<sup>70</sup> cita Juarez Freitas para expor que no direito ambiental temos <<a insuficiência acintosa das medidas de precaução>>. Seguindo o ensinamento de Carla Amado Gomes<sup>71</sup>, temos que preven-

68 PULIDO, Carlos Bernal. El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 3a. edición. Madrid, p. 806 e ss.

69 Ob. cit., p. 810-811.

70 GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. A Proibição de Proteção Deficiente. In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. N. 61, mai/out. 2008. Fundação Escola Superior do Ministério Público. Porto Alegre, 2008, p. 5 e ss.

71 GOMES, Carla Amado. Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador dos Deveres de Protecção do Ambiente. Coimbra Editora, 2007, p. 364 e ss.

ção difere de precaução apenas em grau, tendo na prevenção o poder público maior grau de certeza de que o dano irá ocorrer do que na precaução, marcada esta pela possibilidade e não probabilidade. Sustenta Juarez Freitas que do mesmo modo que o Estado não pode se exceder com base na possibilidade, também não pode se omitir, violando a proporcionalidade no aspecto da deficiência.

Atingir o equilíbrio parece ser a tônica do direito-dever de proteção ambiental. Não pode o Estado desrespeitar o direito ao meio ambiente equilibrado do cidadão, tendo que atuar para que esta proteção seja eficaz.

#### CAPÍTULO IV

### **Controle efetuado pela corte constitucional do Brasil na realização do direito ao meio ambiente saudável**

#### **4.1 A função judiciária diante da omissão executiva**

Uma Constituição deve trazer sempre entre seus preceitos os direitos fundamentais e a Separação entre os Poderes, pois ao se distribuir funções o Poder Constituinte proíbe o arbítrio e ao consagrar direitos fundamentais proíbe que mesmo dentro de suas funções constitucionais um Poder não desrespeite o cidadão.

O grande problema travado na atualidade é se essa separação permite a inter-relação. O controle de constitucionalidade é o meio através do qual o Poder Judiciário exerce seu controle aos demais Poderes, sendo a Jurisdição Constitucional a responsável para análise da omissão ou

deficiência na prestação dos direitos fundamentais pelo Legislativo e/ou Executivo.

A divisão de poderes no Estado Social de Direito não tem a mesma relação estanque do Estado Liberal, havendo a inter-relação acima exposta. A separação foi e será o limite para a aplicação da proibição do déficit, mas a busca pela efetividade dos direitos fundamentais deve nortear a atuação do Poder Judiciário, expondo Jorge Reis Novais<sup>72</sup> que, se no Estado Liberal, a violação da lei traduzida em violação de interesses dos particulares, possibilitava o recurso ao Judiciário, no Estado Social a insuficiência da lei ou da ação administrativa também está sujeita ao controle na preservação dos direitos e garantias fundamentais.

A legitimidade dos juízes para adentrar em questões políticas sempre foi passível de crítica, sob fundamento da ausência de legitimidade para ingerência judicial na política, sendo os direitos sociais impregnados da questão. Tal premissa é falsa é dado ao Judiciário a análise de quaisquer questões que demandem interpretação constitucional, seja civil, política ou de direito social. O fato foi estudado por Ronald Dworkin<sup>73</sup>, que se opõe a uma concepção estatística da democracia, entendendo na Jurisdição Constitucional como o respeito aos membros da comunidade política, e, por vezes, valores da comunidade devem ser respeitados, mesmo em oposição à maioria. E aí estaria a Justiça Constitucional para defender essa visão comunitária, reestabelecendo a justiça.

Para Konrad Hesse<sup>74</sup> << na atualidade é decisiva para uma ampla garantia e efetividade dos direitos fundamentais a proteção pelos tribu-

72 NOVAIS, Jorge Reis. Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa, Coimbra Editora. Coimbra, 2011, pp. 34-35.

73 DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes, 2011.

74 HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, Editora Saraiva, São Paulo. 2009, p. 64.



nais>>, e em especial destacamos a proteção dos direitos fundamentais sociais contra as omissões e a ineficiência do Estado.

É na inobservância exercida pelos órgãos eleitos democraticamente em relação aos deveres fundamentais ou direitos fundamentais em perspectiva objetiva, direitos estes por vezes ademocráticos, pois exigem uma ação direta e protetiva do Estado em prol do bem comum e com restrição a direitos individuais, como no caso da proteção do meio ambiente, que adentra o Poder Judiciário e dá plena validade à Constituição<sup>75</sup>.

Os Tribunais Constitucionais têm, na sociedade atual, o papel de efetivar a democracia, tanto no aspecto processual quanto no aspecto material, e, para tanto, voz ativa na efetivação dos direitos fundamentais. Afastar a jurisdição constitucional dos direitos fundamentais em seu aspecto prestacional é extremamente perigoso, pois, na qualidade de delegatário do poder constituinte, é a jurisdição constitucional, imparcial e sem influências do sistema político do momento que irá manter a verdadeira democracia.

Aplicar corretamente a Constituição em consonância com os direitos fundamentais deve ser a baliza para a atuação do legislador e do administrador, e quando estes têm atuação ineficaz ou fazem escolhas que colidem com a força normativa da Constituição, devemos buscar na independência, imparcialidade e conhecimento técnico dos juízes o controle do padrão constitucional, garantindo-se uma existência em sociedade com o mínimo de dignidade.

O Judiciário pode e deve atuar quando há ineficácia normativa no dever prestacional pelo Poder Legislativo e, ainda, quando há a norma

75 QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra Editora. Coimbra. 2006, p. 83 e ss.

e o Poder Executivo não concretiza esta de maneira suficiente. Se pode agir quando da insuficiência, deve também agir quando há completa omissão normativa ou executiva<sup>76</sup>.

Estabelecido que a questão do recurso financeiro é, atualmente, questão que diz mais respeito à alocação do que propriamente ao próprio recurso, deve o administrador conformar a escolha da política pública ao que prescrevem os direitos fundamentais. Assim, a escolha do politicamente adequado cabe ao Executivo, só devendo o Judiciário intervir quando a proteção constitucional é insuficiente.

O juízo de discricionariedade dos agentes políticos quando do exercício administrativo não é uma opção aberta, devendo a atuação pautar-se na concretização da constituição, com olhos voltados para a dignidade humana. Na inércia administrativa adentra a atuação jurisdicional.<sup>77</sup>

Na Itália, a inatividade administrativa tem na Constituição norma expressa que preveja o controle judicial<sup>78</sup>, não ocorrendo o mesmo em Espanha, socorrendo-se o intérprete espanhol do princípio da legalidade para conceder ao Judiciário o poder de ingerência na Administração quando da inércia<sup>79</sup>. O certo é que a doutrina europeia, mesmo com pensamento cauteloso e seguro quanto à ingerência do Judiciário em questões administrativas, permite que em caso de omissão declare o juiz a ineficiência administrativa de proteção de direitos fundamentais e faça valer a normatividade da Constituição. A grande questão travada é até

76 MATTEDI, Mônica. A atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais: a dignidade da pessoa humana como parâmetro e a separação dos poderes como limite. Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 2009, p. 56.

77 Nesse sentido, cf BUCCI, Maria Paula Dallari, *Direito Administrativo e Políticas Públicas*; São Paulo: Saraiva, 2002.

78 Articolo 113 – Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. La legge determina quali organi di giurisdizione possono annullare gli atti della pubblica amministrazione nei casi e con gli effetti previsti dalla legge stessa.

79 Sobre o tema, ler La Inactividad de La Administración, de Marcos Gómez Puente, editora Aranzadi, Navarra, p. 127 e ss.

onde vai a atuação do Judiciário em caso de inatividade, havendo na Europa uma tendência a apenas se declarar a inatividade, com notificação ao administrador e no Brasil uma verdadeira substituição ao órgão executivo.

Chegamos, desta forma, em tema conturbado e com ampla discussão doutrinária, que por muitos é chamado *ativismo judicial*, com tom propositalmente pejorativo, para indicar quando o Poder Judiciário mesmo aparentemente adentra em outra função de Estado e lado outro o mesmo termo *ativismo judicial* tem também conotação positiva, quando seus defensores expõem haver interpretação contemporânea com total supremacia da Constituição e respeito ao sistema político vigorante, permitindo que a Constituição perdue diante das diversas transformações sociais, econômicas e culturais<sup>80</sup>.

A discussão que se trava é até onde poderá o juiz agir com discricionariedade no aspecto substancial do processo, e não meramente processual (até porque neste aspecto há os princípios da imparcialidade e devido processo legal que o balizam), quando da aplicação do direito no caso concreto. É o próprio regime democrático que vai legitimar a atuação da justiça constitucional, pois a democracia será resgatada na atuação ativa do Poder Judiciário quando por algum motivo houver mau funcionamento<sup>81</sup>.

O Professor Cass Sunstein faz acurada análise sobre o constitucionalismo e a democracia, explicitando que << também parece que a demasiado alardeada oposição entre constitucionalismo e a democracia, ou entre os direitos e a democracia, tende, pois, a se dissolver inteiramente. Muitos direitos são indispensáveis para a democracia e para a deliberação democrática. Se nós protegemos tais direitos por meio da Cons-

80 RAMOS, Elival. *Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos*. Editora Saraiva. São Paulo, 2010, p. 133.

81 Sobre o tema, a oportuna observação do Professor Doutor Jorge Miranda: "Em estritos termos jurídicos, a legitimidade de um Tribunal Constitucional ou órgão homólogo não é mais nem menos do que a dos órgãos políticos: advém da Constituição. E, se esta deriva de um poder constituinte democrático, então ela há de ser, natural e forçosamente, uma legitimidade democrática". *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 508.

tituição, nós não comprometemos o governo autônomo de nenhuma forma. Pelo contrário, o governo autônomo depende para sua existência dos direitos democráticos firmemente protegidos. O constitucionalismo pode assim garantir as pré-condições para a democracia limitando o poder das maiorias em eliminar aquelas pré-condições >><sup>82</sup>.

Luiz Flávio Gomes<sup>83</sup> é quem melhor conceitua e diferencia o termo ativismo judicial, expondo até onde poderá atuar o magistrado na interpretação da norma. Diferencia o professor o ativismo em inovador e revelador, estabelecendo o ativismo inovador como sendo o prejudicial, eis que neste o juiz cria uma nova norma ou um direito, porquanto que no ativismo revelador pode até haver criação de norma ou direito, mas sempre a partir de valores e princípios constitucionais ou de regra com lacuna, estabelecendo <<complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa>>.

Mesmo dentro do sistema *civil law*, a atividade reveladora do direito não atacará o sistema de separação de poderes, pois as funções típicas estarão preservadas. O que ocorrerá é que mesmo criando direito, posto que sempre que decide há uma criação de direito pelo judiciário, haverá balizamento para caso concreto, com interpretação criativa, sem norma abstrata, e nas palavras de Elival da Silva Ramos, estaria apenas exercendo <<o exercício regular do poder-dever, que incumbe aos juízes, de transformar o direito legislado em direito interpretado/aplicado>>, sem ultrapassar liame democrático mas fazendo valer a separação não mais estanque de funções que outrora fora defendida.

É nesta perspectiva do ativismo judicial que trabalharemos a atuação do juiz na proteção do meio ambiente, agindo sempre que haja

82 SUNSTEIN, Cass R. A constituição parcial. 1a. edição. Belo Horizonte. Del Rey, 2008, p. 181-182.

83 GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>, acesso em 02/10/2012.



omissão da função executivo, mas dentro de um viés constitucional, sendo intérprete da lei com balizamento nos valores e princípios constitucionais.

## **4.2 Princípio da Reserva do Possível x Princípio da Proibição da Proteção Deficiente**

É no princípio da reserva do possível que parte da doutrina se socorre para caracterizar a impossibilidade do Estado de prover os direitos prestacionais, escudando-se no fato de que mesmo sendo legítima a pretensão, o recurso para sua prestação tem que existir. Fazemos, pois, distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, ao dizermos que, para os primeiros não haveria alocação de recursos, e, para os últimos, sempre há dispêndio econômico.

Reis Novais<sup>84</sup> define essa questão ao expor que tanto os direitos de defesa quanto os direitos sociais têm ínsitos prestações positivas e negativas por parte do Estado, e, assim, o condicionamento financeiro deve existir para um e para outro, pois apenas para se respeitar um direito (como o direito de propriedade ou o direito à educação básica) não há custos financeiros, mas para se proteger e promover tais direitos haverá dispêndio de dinheiro, mesmo sendo direitos de gerações diversas.

O grande problema, alerta novamente Reis Novais<sup>85</sup>, é que a reserva do possível nos direitos sociais atinge o próprio direito, devendo a última palavra nesse caso ser do legislador, podendo o Judiciário apenas confrontar se a alegada impossibilidade financeira é mais relevante que

84 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto direitos fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 91 e ss.

85 Ob. cit., p. 116 e ss.

o interesse público na prestação, não se analisando se há ou não recursos, pois para o professor a escassez é sempre moderada.

Não pode o judiciário deixar de prestar a jurisdição, até por preceito constitucional expresso<sup>86</sup>, mas tem que se atentar que nos direitos sociais, ao reverso dos direitos de liberdade, uma decisão individual poderá gerar diversas outras decisões, que implicam dispêndio de recursos financeiros, diferentemente dos direitos de defesa, que sempre trazem primordialmente uma conduta negativa do administrador. Mas o certo é que, nos direitos sociais, temos a figura do mínimo existencial, ou seja, os direitos sociais devem garantir o mínimo, e, assim, a figura da reserva do possível perde essa valoração, pois, para garantia do mínimo existencial, a disponibilidade financeira quase sempre é possível.

A reserva do possível traz conceitos extrajurídicos para serem analisados sob o prisma jurídico, dando margem muitas vezes para que sob o manto desse princípio, os administradores escondam vontade política escusa e deixem de atender o mínimo existencial. É sob esse enfoque que a averiguação da proteção insuficiente ganha relevo e destaque no constitucionalismo moderno. Temos que ver se há escassez material do recurso e não alocação do recurso ao bom alvedrio do administrador, suplantando direitos sociais em benefício de interesses outros, nem sempre afetos à moral administrativa. Tem o administrador que provar, e neste caso cabe o ônus da prova à administração, que não prestou a tutela administrativa por dificuldade financeira e que o interesse público neste caso era inferior à omissão.

O estudo do princípio da proibição da proteção insuficiente deve ser realizado em simetria com a reserva do possível, pois, se esta restringe os direitos fundamentais, a proibição da proteção deficiente

86 Art. 102, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil.



vem com o escopo de ponderar e fazer valer a dignidade da pessoa humana, adequando a administração em seu caráter orçamentário. A substituição de uma decisão administrativa, de cunho eminentemente político por uma decisão judicial só deve se dar em último caso, e quando o interesse público preponderar, sempre observando a razoabilidade.

Dada uma realidade fática, deve o administrador exercitar seu juízo decisório, e, dentre as condutas que poderá realizar e que são juridicamente aceitas, escolher a que melhor espelhe a conveniência e oportunidade, tomando por base o interesse público a ser preservado. A decisão tem que ser a mais adequada e eficiente, sob pena de configurar arbitrariedade. A discricionariedade deve, pois, ser vinculada aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais.

O interesse público, na esfera do direito administrativo, é a obrigação da administração em satisfazer as necessidades e interesses da coletividade, mas tais necessidades e interesses, após as escolhas pela administração, não mais deveriam ser objeto de debate, eis que prerrogativa do administrador. O grande problema é que, sob o manto do interesse público, muitas vezes, temos decisões administrativas que não respeitam os cidadãos, que são, em última análise, os detentores do interesse público. Daí, o controle constitucional realizado pelo Judiciário para impedir este desvirtuamento e proteger de forma suficiente os cidadãos.

### 4.3 Controle da omissão executiva pelo Supremo Tribunal Federal. Breves comentários sobre decisões proferidas pela Corte Constitucional

Efetivar a Constituição é o traço marcante do constitucionalismo contemporâneo<sup>87</sup>, e com isso o Judiciário vem a exercer maior controle das normas e atos administrativos. O Supremo Tribunal Federal tem tido atuação proativa e por vezes exacerbada, principalmente no direito à saúde, com a busca de meios concretos para o exercício e efetividade do texto constitucional.

O princípio da proibição da proteção deficiente fora tratado pelo Supremo Tribunal Federal pela primeira vez no julgamento do recurso extraordinário n.º 418.376-5, em 09 de fevereiro de 2006<sup>88</sup>, em que uma criança permaneceu mantendo relações sexuais com o agressor dos 09 aos 12 anos e após esse período com ele iniciou união estável.

O relator do caso, Ministro Marco Aurélio de Mello fundamentou seu voto na preservação da família enquanto núcleo social basilar, optando pela aplicação da norma legal e consequente extinção da punibilidade.

O voto do Ministro Marco Aurélio foi confrontado pelo Ministro Gilmar Mendes, que pontificou << de outro modo, estar-se-ia a blindar, por meio de norma penal benéfica, situação fática indiscutivelmente repugnada pela sociedade, caracterizando-se típica hipótese de proteção

87 Em sua obra *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Luis Roberto Barroso parte dos seguintes pressupostos de um Direito Constitucional timbrado pela efetividade: "1) a Constituição, sem prejuízo de sua vocação prospectiva e transformadora, deve conter-se em limites de razoabilidade no regramento das relações de que cuida, para não comprometer o seu caráter de instrumento normativo da realidade social; 2) as normas constitucionais têm sempre eficácia jurídica, são imperativas e sua inobservância espontânea enseja aplicação coativa; 3) as normas constitucionais devem estrutura-se e ordenar-se de tal forma que possibilitem a pronta identificação da posição jurídica em que investem os jurisdicionados; 4) tais posições devem ser resguardadas por instrumento de tutela adequados, aptos à sua realização prática", p. 86.

88 O acórdão foi publicado no Diário da Justiça no dia 23 de março de 2007.



insuficiente por parte do Estado, num plano mais geral, e do Judiciário, num plano mais específico>>. O voto do Ministro Mendes foi o vencedor de modo que com esse julgamento inauguramos o princípio da proibição da proteção deficiente na Corte Constitucional brasileira.

No tema proteção do meio ambiente destaquemos que a dicção do artigo 225 da Constituição Federal atribuindo dever ao Estado mas responsabilidade a toda a coletividade fez com que o número de ações aumentasse, principalmente nas Cortes Superiores, a destacar o Supremo Tribunal Federal, eis que guardião da Constituição. O Poder Judiciário brasileiro tem posição mais ativa no controle e efetividade dos deveres de proteção, e, em matéria ambiental, tem destacada atuação; e passaremos a analisar alguns casos, questionando quando houve proteção socioambiental e quando houve excesso no juízo de conveniência e oportunidade da matéria.

Em questões ambientais, o Supremo Tribunal Federal tem assinalado, em suas decisões, o reconhecimento ao Direito ao Ambiente, enquanto direito e dever fundamental, mesmo não estando expresso no rol do Título II da Constituição Federal, invocando a abertura material de tais direitos e deveres, expressa no próprio texto constitucional. Observamos, também, posição no sentido da aplicabilidade imediata e direta e interpretação dos princípios socioambientais nas mais diversas decisões da Corte Constitucional.

Houve enfrentamento do caso pela Corte Constitucional brasileira no problema da crueldade contra os animais, quando a Suprema Corte veda ao Estado submeter animais a maus tratos, na denominada farra do boi e nas brigas de galo, fazendo valer o art. 225, parágrafo primeiro, VII, da Constituição Federal, que veda a prática de atos que <<provocuem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade>>, numa clara demonstração de proteção da fauna contra ações humanas.

No caso da farra do boi, o STF analisou o princípio da proporcionalidade, isto em 1997<sup>89</sup>, e, mesmo sem dizer explicitamente, estabeleceu que a Lei Estadual do Estado de Santa Catarina expunha animais à crueldade, e que, com tal legislação e uma omissão da administração, eis que o cumprimento da Lei, mesmo sendo ação positiva, implicava omissão, estava o Estado de Santa Catarina a proteger insuficientemente a sua fauna, contrariando preceito constitucional. Vemos que foram analisados tanto a razoabilidade quanto a dignidade, e esta em um aspecto ecocentrista, pois assegurou-se a dignidade de não-humanos. Interessante dizer: o Ministro Relator demorou a submeter o caso à Turma, à espera de o Estado de Santa Catarina resolver administrativamente a questão, o que não ocorreu. Outro fato interessante é colisão entre a proteção ambiental e o direito à manifestação cultural.

Interessante que o cerce da discussão é a omissão do Poder Público, que para os autores é demonstrada pela simples realização da << Farra do Boi >> e para os recorridos não se encontra configurada, diante de ações realizadas pela administração para coibir << excessos >>. Em primeiro e segundo graus, a ação fora descartada, quer por impossibilidade jurídica do pedido em grau primeiro, quer com enfrentamento de mérito e conseqüente improcedência, isto em segundo grau.

Já em segundo grau, o cerce da questão fora a omissão do Estado, reconhecendo-se que não houve, eis que dita a decisão ter o Estado de Santa Catarina encetado ações para prevenir e reprimir atentados à Lei.

Já no Supremo Tribunal, o Estado de Santa Catarina invoca que a Constituição traz a proteção da fauna de maneira contida, a depender de lei. O Ministro Francisco Rezek, Relator do recurso, expõe que Lei algu-

89 Recurso Extraordinário nº. 153.531-8/SC. Recorrente: Associação Amigos de Petrópolis, Patrimônio Proteção aos animais e defesa da ecologia e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 13 de março de 1997.

ma pode permitir crueldade contra animais e que deve o Estado, tanto no plano Legislativo, quanto no plano Executivo, primar pela defesa dos animais contra qualquer tipo de crueldade, sendo omissivo o Estado que permite práticas cruéis.

A ADI 1.856-6-RJ<sup>90</sup> trata da permissão das brigas de galo no Estado do Rio de Janeiro, tendo como relator o senhor Ministro Celso de Mello, e, apesar de se destinar o acórdão a declarar a inconstitucionalidade de uma Lei, transversalmente impõe ao administrador o dever de proteção ambiente suficiente e eficiente, até porque o Governador do Estado interveio na ação, pedindo sua improcedência, sob o argumento de que <<não se enxerga na lei atacada onde ela possa agredir o meio ambiente, ou como ela desprotegeria a fauna, prejudicaria a função ecológica, provocaria extinção de espécies ou submeteria animais à crueldade>>. O inovador, neste acórdão, é a proteção também de animais domesticados e em cativeiro, o que, a nosso ver, já parecia óbvio no texto constitucional, pois se não fez distinção, é porque abrangia todos os animais. Também nessa ação discute-se o princípio da solidariedade intergeracional.

A inconstitucionalidade pleiteada é a da Lei Estadual Fluminense nº. 2.895/1998, que autorizava a competição entre aves não pertencentes à fauna silvestre em total afronta ao preceito constitucional que proíbe a crueldade contra animais – art. 225, parágrafo 1º, VII, Constituição Federal<sup>91</sup>.

Em sua defesa, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro invocou, em resumo, que: 1) a fauna protegida pela Constituição é a

90 Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1.856/RJ. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 14 de outubro de 2011. Questões semelhantes foram enfrentadas na ADI 1.856-6-RJ, ADI 2.514-7-SC e ADIN 3776-RN.

91 Art. 225: .....  
Parágrafo 10. – Para assegurar a efetividade desse direito, incube ao Poder Público:

.....  
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 submetem os animais a crueldade.

fauna silvestre e não animais domesticados; b) que as competições são manifestações culturais, inclusive gerando muitos empregos. Ao que disse o Poder Legislativo Fluminense, associou-se o Governador daquele Estado Federado, expondo em mérito que a lei atacada não agride o meio ambiente, e, ao reverso, protege e assegura tal prática, com normatividade do poder de polícia e preservação para se evitar abusos.

No julgamento, o Relator assume feição eminentemente antropocêntrica, vendo-se sempre uma preocupação em preservar a subsistência << do gênero humano em um meio ambiente ecologicamente equilibrado >>. Não obstante essa visão, traz o acórdão uma interessante visão sobre o princípio da solidariedade intergeracional e ao discorrer sobre os chamados << direitos de terceira geração >> traz o dever de proteção do ambiente pelo Estado. De resto, declarou-se a inconstitucionalidade da lei estadual, expondo por via reflexa que o Poder Executivo do Rio de Janeiro deve proteger o Estado contra toda e qualquer prática que importe em crueldade contra os animais.

O Ministro Gilmar Mendes quando de seu voto, chegou a falar do dever de proteção que deve ser seguido por toda pessoa jurídica estatal. Aliado a este fundamento, ao fim concluiu o acórdão que em última análise as << brigas de galo >> ofendem a dignidade humana, estimulando pulsões << primitivas e irracionais >> do ser humano.

Outro acórdão do Supremo Tribunal em matéria ambiental que tem relação transversa com o princípio da proibição da proteção deficiente, é o caso da importação de pneus usados<sup>92</sup>. Pode parecer matéria estranha ao estudo, pois no caso em exame temos um particular reclamando prestação positiva do Estado em permitir a importação de pneus usa-

92 Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº. 118-6/RJ. Agravante: TAL Remodelagem de Pneus Ltda. Agravado: União. Interessado: Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Decisão publicada no Diário da Justiça no dia 29 de fevereiro de 2008. Relatora Ministra Ellen Gracie.

dos, alegando a livre concorrência, com a União expondo que tal importação causaria lesão ao meio ambiente. Ora, o que temos em relação ao princípio estudado? No bojo do acórdão, diz a Ministra Ellen Gracie que permitir a importação de pneus usados, não bastasse os que aqui já são consumidos, implicaria degradação ambiental.

No *decisum* vê-se bem trabalhada a ponderação, com confronto de princípios, quais sejam, a livre concorrência e a preservação ambiental, em que a Corte Constitucional ao confrontar os princípios, mesmo que implicitamente, analisou a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana. Ao analisar a razoabilidade observou-se que a proibição da importação de pneumáticos era razoável e não inviabilizaria a atividade do agravante, eis que poderia comercializar o produto local. O lucro do agravante deve se compatibilizar com o interesse público de um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quanto à dignidade humana, temos que restou decidido que a importação dos pneumáticos traria sérios riscos ambientais.

Posteriormente, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n<sup>o</sup>. 101/DF<sup>93</sup>, a Suprema Corte decidiu pelos mesmos fundamentos proibir a importação de pneumáticos usados, pondo fim à questão.

Na Suspensão de Tutela Antecipada n<sup>o</sup>. 408/BA<sup>94</sup>, houve enfretamento explícito do tema <<proibição da proteção deficiente>> pelo então Presidente da Suprema Corte, Ministro Gilmar Mendes. O Estado da Bahia adentrou com o pedido de Suspensão de Tutela Antecipada contra ato do Tribunal de Justiça Baiano que confirmou decisão monocrática de primeiro grau para impor ao Estado da Bahia, sob pena de multa diária, fornecimento de assistência médica e água potável aos habitantes de região do

93 Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n<sup>o</sup>. 101/DF. Requerente: Presidência da República. Acórdão publicado no Diário da Justiça no dia 04 de junho de 2012. Relatora Ministra Cármen Lúcia.

94 Suspensão de Tutela Antecipada n<sup>o</sup>. 408/BA. Requerente: Estado da Bahia. Requeridos: Juízo de Direito da Comarca de Caetité. Decisão publicada no Diário da Justiça no dia 18 de março de 2010. Relator Ministro Gilmar Mendes.

Estado que estavam a consumir água com elevado nível de urânio, com padrões acima dos estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

Alegava o Estado da Bahia que a decisão do Tribunal de Justiça local importaria em grave lesão à ordem e à economia públicas do Estado, posto que as providências a serem tomadas estavam na alçada de sociedade de economia mista ligada ao Ministério da Ciência e Tecnologia – Indústrias Nucleares do Brasil S/A -, eis que tal órgão é quem explora o urânio na região.

O Ministro Gilmar Mendes ao enfrentar a matéria expõe ser competência comum dos entes federativos cuidar da saúde e da assistência pública, para proteger o meio ambiente e combater todas as formas de poluição. Diz ainda que um meio ambiente equilibrado potencializa a fruição do direito à saúde. Em remate, explicita que não havendo comprovação de que as Indústrias Nucleares do Brasil S/A é que estão a expelir grande quantidade de urânio na região, cabe ao Estado da Bahia criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício de um meio ambiente ecologicamente correto.

Recorre o senhor Ministro Gilmar Mendes à teoria da proibição da proteção deficiente, para expor que na dimensão objetiva temos o direito à organização e ao procedimento, com o Estado obrigado a criar órgãos e estabelecer procedimentos para uma vida saudável. Traz a lume, ainda, o senhor Ministro, o princípio da precaução, impondo ao Estado o dever de evitar riscos, protegendo o cidadão contra a ingestão excessiva de urânio.

Ao cabo, manteve a decisão do Tribunal *a quo*, forte no dever de proteção estatal da saúde pública e do meio ambiente, só retirando a multa diária que a decisão vergastada impunha, sob o argumento de que tal medida importaria remanejamento financeiro das contas públicas, em detrimento de ações estatais relevantes.



## Conclusão

Em uma primeira fase dos direitos fundamentais, estes foram concebidos para servirem de barreira contra os abusos estatais. Era o Estado visto enquanto adversário da liberdade dos súditos, cumprindo aos direitos fundamentais limitar este Estado, garantindo os direitos do homem.

Avançando no tema direitos fundamentais, o Estado agora não deve apenas respeitar os direitos de defesa como também deve proteger e promover os direitos fundamentais, nascendo o caráter prestacional de tais direitos, em especial contra ataque de particulares.

Na visão objetiva que se empresta aos deveres fundamentais, há desvinculação de titulares diretos de direitos para que haja a proteção do direito, cabendo ao Estado a consecução de uma sociedade pautada pelo menos pelo mínimo social, mas sabendo que deve buscar sempre a excelência do serviço.

O atual constitucionalismo exige a concretização dos direitos fundamentais, cabendo aos poderes estatais completa submissão ao texto constitucional e busca constante de sua efetivação.

No Brasil, o texto constitucional consagra o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, calcado no preceito da fundamentalidade material aberta do texto constitucional, sendo este entendimento seguido tanto pela maioria da doutrina quanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Não obstante a natureza de direito fundamental, não aceita por toda a doutrina e com abalizadas posições contrárias, não podemos nos descuidar do dever de preservação ambiental, bem expresso no

texto constitucional quando diz que tem o Estado o dever de preservação, com a necessária responsabilidade de todos que compõem a coletividade.

Ao longo do presente relatório buscamos justificar a aplicação do princípio da proibição da proteção deficiente no âmbito do direito ambiental, no sentido de que os bens jurídicos ambientais merecem proteção estatal. Desse modo, travamos a demonstração de que as ações tanto Executiva quanto Legislativa violadoras da cláusula de proibição da insuficiência são incompatíveis com a Constituição da República.

Conforme salientado durante a exposição, a violação à Constituição pode advir tanto do excesso quanto da insuficiência do Estado. Nesse diapasão, sustentou-se haver restrições à liberdade de conformação legislativa e à liberdade de atuação executiva na consecução de políticas públicas, visto que o texto constitucional constitui o parâmetro para a atuação de todos os entes estatais, os quais estão vinculados à proibição do excesso e à proibição do déficit.

Como critérios para caracterizar a proibição da proteção insuficiente, apesar de abalizada doutrina entender que devemos buscar na estrutura da proibição do excesso os requisitos para evidenciá-la, buscamos no professor Reis Novais o embasamento da suficiência dogmática do instituto e seus critérios como sendo a razoabilidade e a dignidade da pessoa humana.

Nesse lastro de ideias, compreendemos a democracia constitucional, em que o Poder Constituinte originário concedeu ao Poder Judiciário a temática da resolução dos conflitos e representação da soberania popular na defesa do texto constitucional, o dever dos juizes de preservar e promover a Constituição, efetivando a igualdade material expressa.



A Justiça Constitucional não servirá como substitutivo do Legislador e do Administrador, mas quando houver omissão despropositada tem autorização constitucional para agir, balizando sempre sua atuação no princípio da proibição do déficit, sem se descurar da reserva do financeiramente possível.

A reserva do financeiramente possível, entretanto, não pode ser utilizada pelo Administrador como escudo ilegítimo para atuação insuficiente, até porque em sede de direitos prestacionais a exigência é do mínimo social, sempre tendo o interesse público primário, expresso na dignidade humana, como parâmetro a ser seguido.

O princípio da proibição da insuficiência vem balancear a reserva do possível, garantindo a atuação do Poder Judiciário para preservar a norma constitucional de um meio ambiente equilibrado, não permitindo atuação aquém do mínimo social.

A partir da análise de casos do ordenamento jurídico-ambiental pátrio, concluímos pela possibilidade de utilização de mecanismos de controle de constitucionalidade para corrigir violações à proporcionalidade oriundas da proteção deficiente.

Por fim, colacionamos julgados da Corte Constitucional do Brasil na análise do tema abordado e demonstramos que mesmo de maneira tímida o Supremo Tribunal Federal já começa a utilizar o princípio para preservação do meio ambiente, impondo aos demais poderes o dever de proteção ambiental, perfazendo em uma sociedade justa e fraterna.

As decisões trazidas explicitam o princípio da dignidade humana e a busca por um meio ambiente justo e equilibrado, sendo esta a tônica da atuação jurisdicional. A aplicabilidade direta e imediata e a interpretação

dos princípios socioambientais também permeiam as decisões da Corte. Assim, pode e deve o Supremo Tribunal Federal pautar sua atividade para efetivar o dever fundamental de proteção ambiental, sem substituir diretamente o Executivo, mas fiscalizando se este age dentro dos preceitos constitucionais e não exerce sua atividade aquém do mínimo estabelecido no texto constitucional.

## Referências

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais**. Introdução Geral. Príncípia Editora. Estoril, 2007.

ALEXY, Robert. Trad. de Virgílio Afonso da Silva. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Malheiros, São Paulo, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9. ed. Editora Renovar. São Paulo, 2009.

BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das normas ambientais**. Editora Saraiva. São Paulo, 2010.

BITENCOURT NETO, Eurico. **Há um Direito à Boa Administração Pública**, in *Direito Constitucional em homenagem a Jorge Miranda*, coord. de Helena Telino Neves Godinho e Ricardo Arnaldo Malheiros Fiúza. Editora Del Rey. Belo Horizonte, 2011.

BONAVIDES. Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 10. ed. Malheiros. São Paulo, 2011.



BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27. Edição. Malheiros. São Paulo, 2012.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. Saraiva. São Paulo, 2002.

CALGARO, Gerson Amauri. **Aplicabilidade e efetividade dos direitos fundamentais: ponto de vista**. In Revista de Mestrado em Direito. UNIFIEO. Ano 4, n. 4, 2001.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto**. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Almedina. Coimbra, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra Editora. Coimbra, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Omissões Normativas e Deveres de Protecção**. In Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues. Vol. II, DIAS, Jorge de Figueiredo et alli (orgs.). Coimbra Editora. Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 4ª ed. Saraiva. São Paulo, 2011.

CLÉVE, Clemérson Mérilin. **O controle de constitucionalidade e a efetividade dos direitos fundamentais**. In Jurisdição Constitucional e direitos fundamentais. SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Del Rey, Belo Horizonte, 2003.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. Martins Fontes. São Paulo, 2011.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição de proteção deficiente**. In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, n. 61. Maio/Outubro 2008.

GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador dos Deveres de Protecção do Ambiente**. Coimbra Editora. Coimbra, 2007.

GOMES, Carla Amado. Ambiente (Direito do). Textos Dispersos de Direito do Ambiente. v. I, AAFDUL. Lisboa, 2008.

GOMES, Carla Amado. **O Ambiente como objecto e os objectos do Direito do Ambiente**. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. v. I, AAFDUL. Lisboa, 2008.

GOMES, Carla Amado. **O Direito ao Ambiente no Brasil: um olhar Português**. Textos Dispersos de Direito do Ambiente. v. I, AAFDUL. Lisboa, 2008.

GOMES, Carla Amado. **Constituição e Ambiente: errância e simbolismo**. Textos dispersos de direito do ambiente. v. II, AAFDUL. Lisboa, 2008.

GOMES, Carla Amado. **Escrever verde por linhas tortas: O direito ao ambiente na jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos**



**do Homem.** In. Textos disperses de direito do ambiente. v. III. AA-FDUL. Lisboa, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?**, disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Mandados Expressos de Criminalização e a Proteção de Direitos Fundamentais na Constituição Brasileira de 1988.** Editora Fórum. Belo Horizonte, 2007.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**, textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.

MATTEDI, Mônica. **A atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais: a dignidade da pessoa humana como parâmetro e a separação dos poderes como limite.** Relatório de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição.** Coimbra Editora. Coimbra, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV. 5.<sup>a</sup> edição. Coimbra Editora. Coimbra, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição.** Coimbra Editora. Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Edições Almedina. Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais**. Trunfos contra a maioria. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra Editora. Coimbra, 2010.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Juruá Editora. Curitiba, 2011.

PASCUAL, Gabriel Doménech. **Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2006.

PUENTE, Marcos Gómez. **La Inactividad de La Administración**, Editora Aranzadi, Navarra, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 3ª. edición. Madrid, 2007.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra Editora. Coimbra, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros Dogmáticos**. Saraiva. São Paulo, 2010.



ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O Contrato Social**. Tradução de Paulo Neves. L&PM Editores. São Paulo, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição, Proporcionalidade e Direitos Fundamentais: o Direito Penal entre Proibição do Excesso e de Insuficiência**. In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. v. 81. Coimbra, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang et FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo, 2011.

SCHWABE, Jungen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Konrad-Adenauer-Stiftung. Montevideo, 2005.

SGARIONI, Márcio Frezza e RAMMÊ, Rogério Santos. **O Dever Fundamental de Proteção Ambiental: aspectos axiológicos e normativo-constitucionais**. In Direito Público, Síntese. Brasília. v. 41, set./out. 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. Malheiros. São Paulo, 2003.

SILVA, Vasco Pereira. **Verde Cor de Direito**. Lições de Direito do Ambiente. Almedina. Coimbra, 2002.

STRECK, Lenio Luiz. **O princípio da proporcionalidade e as possibilidades de filtragem hermenêutico-constitucional: análise de um acórdão garantista**. In Revista Ibero-Americana de Ciências Pe-

nais – ano 7, n. 14, CALLEGARI, André Luis e KREBS, Pedro (co-ord.). Porto Alegre. CEIP. 2006. Semestral.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. 1. ed. Del Rey. Belo Horizonte, 2008.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Almedina. Coimbra, 1998.

## Sítios eletrônicos jurídicos

[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)

[www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

[www.unece.org/env/pp/treatytext.htm](http://www.unece.org/env/pp/treatytext.htm)

[www.onu.gov.br](http://www.onu.gov.br)

### Referência do texto

PINHEIRO, Gleydson Gleber Bento Alves de Lima. O dever fundamental de proteção do meio ambiente e a proibição da proteção deficiente à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 99-158, jan./jun. 2013.

# Hermenêutica constitucional ou ativismo judicial? – Breves considerações sobre as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal

## Helvécio de Brito Maia Neto

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins; Foi Delegado Metropolitano de Polícia de Sergipe; Foi Delegado Titular de Polícia Interestadual – Polinter de Sergipe; Foi Defensor Público no Estado de Sergipe; Presidente da Associação dos Magistrados do Estado do Tocantins – ASMETO, Pós-graduando em Criminologia; Mestrando em Direito Constitucional.

## SUMÁRIO

Introdução. **2** Hermenêutica constitucional ou ativismo judicial? (Breves considerações sobre as recentes decisões proferidas pelo supremo tribunal federal). **2.1** Constituição brasileira (sistema aberto de princípios e regras) e interpretação constitucional. **2.2** Ativismo Judicial. **2.2.1** Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal. **2.3** A questão das Súmulas Vinculantes. **2.4** Críticas ao ativismo judicial (ofensa aos princípios democrático e da separação dos poderes). **3** Considerações finais. Referências.

## Introdução

Uma breve análise das legislações, não apenas brasileira, mas de maneira geral, demonstra que o Julgador tem conquistado cada vez mais autonomia e liberdade no exercício na atividade jurisdicional. Isso se dá através de cláusulas gerais, conceitos abertos que exigem do aplicador

do direito uma valoração própria, dando-lhe uma margem de liberdade que não pode deixar de exercer.

Resultado do novo modelo de Constituição difundido após a 2ª Guerra Mundial, permeado por princípios e valores, a atuação do intérprete acabou se expandindo em detrimento da função legiferante. Um rápido passar de olhos sobre a jurisprudência das Cortes Constitucionais, aliás, demonstra, de forma indubitosa, o crescimento dessa *legislação judicial* em vários sistemas jurídicos.

No contexto brasileiro o tema guarda grande controvérsia, embora seja lugar comum entre os aplicadores do direito que o Supremo Tribunal Federal, não raras vezes, cria o que pode ser considerado *direito novo*, mesmo que para essa criação se valha da justificativa de que as normas que exsurgem dos seus julgados foram retiradas do próprio texto constitucional, onde estavam sugeridas, latentes ou mesmo implícitas, aguardando o momento de se expor às claras.

Fato é que essa influência mútua entre o texto e realidade, reflexo obrigatório da abertura semântica das normas constitucionais e da também crescente ampliação das áreas de atuação do Poder Público, abrindo um grande campo de expansão ao Tribunal Constitucional, requer prudência e sensatez para impedir que, sob os auspícios da guarda da Constituição, firam-se dois dos princípios que lhe são caros, sendo eles: o princípio democrático e também o princípio da separação dos poderes.

Daí exsurge a importância da presente explanação, a qual tem por objetivo principal analisar, de forma concisa, porém objetiva, o uso da interpretação pela Corte Constitucional brasileira na solução de conflitos, especialmente quando avança para uma atividade não mais unicamente hermenêutica, mas indubitavelmente normativa.



## **2 Hermenêutica constitucional ou ativismo judicial? (Breves considerações sobre as recentes decisões proferidas pelo supremo tribunal federal)**

### **2.1 Constituição brasileira (sistema aberto de princípios e regras) e interpretação constitucional**

Queiroz (2000, pp.51 e 52) inicia o segundo capítulo de sua obra *Interpretação Constitucional e Poder Judicial*, com o seguinte texto:

Quando num debate havido numa sinagoga, a propósito de uma passagem do Deuteronomio, os vários rabinos intervenientes não puderam chegar a acordo, devido a divergências interpretativas irreconciliáveis, o rabino Eleazar, reconhecido pelos seus reputados dotes interpretativos, levanta-se e diz: "Se a minha interpretação é a correcta, então a árvore que se encontra diante desta sinagoga deslocar-se-á". E a árvore deslocou-se. Falando pela maioria, o rabino Josué ergue-se e replica: "O deslocamento de uma árvore não constitui meio de prova bastante". Inconformado, Eleazar, levanta-se, de novo, e diz: "Se a minha interpretação é a correcta, então que aumente o caudal das águas que verguem as paredes desta sinagoga". E as águas subiram e as paredes vergaram. Indiferente a todos estes acontecimentos, Josué, levanta-se, de novo, e diz: "O aumento do caudal das águas e o derrubamento de paredes não constituem meios de prova bastante". Exasperado e não sabendo mais o que fazer, Eleazar apela directamente para Deus: "Se a minha interpretação é a correcta, então que seja o céu a comprová-lo". De súbito uma voz ecoa: "Para que discutis com o rabino Eleazar? Para todos os efeitos a lei é como ele diz". E Josué erguendo-se, de novo, diz: "Não nos demos conta de nenhuma voz divina, já que Tu próprio escreveste na Torá, no Monte Sinai, ser necessário precavermo-nos contra o poder das maiorias". E rindo, rindo sempre, Deus exclama: "Os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me".

Dentro do contexto apresentado entende-se que o direito não vem determinado nem por uma autoridade interna, nem pela autoridade dos textos, tampouco pela revelação divina. O direito, segundo Queiroz (2000, p. 53):

provém de um lado do centro, da própria ordem normativa e, do outro, da periferia, da desordem (ou de ordens distintas) que prevalecem no exterior, na medida em que articula-se “entre a *regra* (que não é jamais inteiramente normativa) e o *facto* (que não é jamais inteiramente factual).

Essa oscilação/indeterminação que se estabelece entre a obediência fiel à vontade do legislador e sua adaptação às necessidades sociais, somada à indeterminação que afeta a letra da lei, seja pela sua polissemia ou textura aberta, exige que o aplicador do direito se valha das máximas da interpretação.

Nesse processo de interpretação, de vazios normativos e de questões sociais cada vez mais difíceis e complexas, além de normas constitucionais abstratas e polissêmicas, é inevitável a criação de direito, conforme afirma Mauro Capelletti (1993, p. 73), quando diz que: “A diferença básica entre os atos legislativos e os demais seria a de que o parlamento produziria normas gerais e que os tribunais e a administração normas individuais.”

Coelho (2010), em palestra proferida no Ministério Público do Estado do Pará, a respeito do assunto, esclarece que:

Em definitivo – porque **ninguém nega que, nalguma medida, quando decide, todo juiz sempre cria direito** –, o essencial não é sabermos se ele pode ou deve assumir papel ativo e autônomo na elaboração do direito, mas determinarmos **de que maneira e em que limites se dará essa colaboração**, até porque, via de regra,

toda lei precisa de *consistência judicial*, vale dizer, de uma espécie de juízo de validação do Judiciário, para que se tenha como efetivamente em vigor, sendo certo, ademais, que a participação dos juízes na criação do direito varia, significativamente, conforme o tipo de norma que se trata de interpretar, aplicar e desenvolver.

Para Holthe (2009, p. 67) interpretar o direito “significa extrair o significado de um determinado texto legal”. Contudo, conforme dito alhures, não se concebe mais a ideia, antigamente difundida, de interpretação como atividade meramente declaratória, em que se busca desvendar o único sentido possível da norma, que seria aquele correspondente à vontade da lei ou do legislador.

A atividade interpretativa, hoje, é concebida por meio de um caráter notavelmente constitutivo, devendo-se compreender, segundo Holthe (2009, p. 68), que “uma norma constitucional não pode ser considerada isoladamente, devendo sua interpretação levar em conta todo o texto constitucional, privilegiando-se uma interpretação sistemática”.

Novelino (2008, p. 64), ao fazer menção a Luis Pietro Sanchís, anuncia os traços mais marcantes do constitucionalismo contemporâneo:

[...] mais *princípios* que regras; mais *ponderação* que subsunção; *onipresença da Constituição* em todas as áreas jurídicas e em todos os conflitos minimamente relevantes, em lugar de espaços isentos em favor da opção legislativa ou regulamentária; *onipotência judicial* em lugar de autonomia do legislador ordinário; e, por último, coexistência de uma *constelação plural de valores*, às vezes tendencialmente contraditórios, em lugar de uma homogeneidade ideológica em torno de um punhado de princípios.

Nota-se então que dentro dessa perspectiva foi estruturada a Constituição da República, composta de regras e princípios, tema destaca-

do por Paulo Bonavides e tendo como principais protagonistas Ronald Dworkin e Robert Alexy.

A atribuição de caráter normativo aos princípios marcou um afastamento da exclusividade do pensamento positivista, bem como sinalizou uma substancial importância ao princípio da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais a ele anexos.

Coelho (2010), ao citar José María Rodríguez de Santiago, afirma que:

Os intérpretes trabalham com o excesso de significados inerente a toda linguagem normativa e, no caso particular da exegese constitucional, num contexto em que se exaltam mais os princípios do que as regras, mais a ponderação do que a subsunção, mais os juízes do que os legisladores e mais a Constituição do que as leis.

O que se percebe, a par de tais constatações, é que a ideia de aplicação do direito fundado na subsunção (correspondência ou aplicação do fato social à norma) é incapaz de contemplar a especificidade da aplicação dos princípios, notadamente em casos frequentes de conflitos entre eles.

A questão que se coloca em voga é: que limite pode ser estabelecido à atividade interpretativa constitucional?

Esclarece Queiroz (2000, p. 328), que:

A teoria da interpretação constitucional exige uma vinculação da ‘construção interpretativa’ a uma concepção do Estado e/ou teoria da constituição no constitucionalismo. Isso permite ao Tribunal Constitucional desenvolver um *sistema de direitos*, uma forma específica de argumenta-



ção jurídica, orientada pelos direitos fundamentais, fomentando com isso a mediação entre o ‘micro-nível’ (o nível da acção individual) e o macro nível (o nível do sistema).

O titular da jurisdição, pois, vale-se da atividade hermenêutica para apreender o sentido e alcance da norma, aplicando ao caso concreto o substrato que melhor atinja o direito justo. A abstração trazida pelos princípios exige do magistrado uma interpretação que se adeque à norma, alinhando-a ao espírito do constituinte originário. O bom manejo da técnica de ponderação dos princípios, respeitando-se os limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico, é que lhe conferirá legitimidade.

O juiz, sob tal raciocínio, encontra-se limitado pelo sistema, pela ordem jurídico-constitucional. E é justamente nesta hierarquia (material) difusa entre diferentes bens e valores jurídicos que reside o cerne da interpretação constitucional.

Outra não é a solução dada por Canotilho (1999, p. 1224), para quem “o resultado da interpretação não pode subverter ou perturbar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido.”

Ainda sobre o assunto, Mendes, Coelho e Branco (2010, p. 191) sustentam que:

O tema, que preocupa os juristas, em geral, assume especial relevo entre os que trabalham com a Constituição, porque, em razão do efeito irradiante da interpretação constitucional, mesmo as leituras não autorizadas do seu texto se espriam por todo o ordenamento jurídico e nele provocam estragos, pelo menos até que sejam retiradas de circulação.

Contudo, vê-se, não raras vezes, questões submetidas à análise do Supremo Tribunal Federal, que levaram esta Colenda Corte a se posi-

cionar sobre matérias que seriam, em tese, de competência dos Poderes Executivo e Legislativo. Aludido comportamento passou a ser denominado pela doutrina de *ativismo judicial*.

## 2.2 Ativismo Judicial

Oriunda da jurisprudência norte-americana, a expressão “ativismo judicial” significa, no entendimento da doutrina majoritária, a inovação do direito feita pelo jurista (BARROSO, 2012).

De acordo com Barroso (2012) a ideia trazida pelo ativismo judicial, “está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”.

A postura ativista, para o jurista:

Se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O ativismo constitui-se, pois, sob tal perspectiva, em um comportamento ativo, fundamentado na proteção e efetivação dos direitos fundamentais, atribuindo-se ao juiz, antes de apenas interpretar cláusulas abertas e princípios abstratos, ampliar o alcance da Constituição através da concretização de direitos.



Gomes (2009) bifurca o conceito do ativismo judicial em ativismo judicial inovador e ativismo judicial revelador. Neste último caso, diz o doutrinador que “o juiz chega a inovar o ordenamento jurídico, mas não no sentido de criar uma norma nova, e sim no sentido de complementar o entendimento de um princípio ou de um valor constitucional ou de uma regra lacunosa.” Seria o que a doutrina clássica denomina simplesmente interpretação constitucional. Na primeira hipótese, por sua vez, temos a “criação, *ex novo*, pelo juiz de uma norma, de um direito”.

Com especial percuciência foi o questionamento feito por Inocêncio Mártires Coelho (2004) quando, ao se aprofundar no aspecto interpretativo da Constituição e dos métodos usualmente utilizados para se chegar ao alcance da norma constitucional, *desabafa*:

O que significam, objetivamente, expressões tais como *unidade da constituição*, *concordância prática*, *interpretação conforme*, *exatidão funcional* ou *máxima efetividade*, com que se rotulam os princípios da interpretação constitucional, se essas locuções, também elas, estão sujeitas a contradições e conflitos de interpretação? A que resultados, minimamente controláveis, podemos chegar partindo de métodos assemelhados e cuja esotérica denominação – *tópico-problemático*, *hermenêutico-concretizador*, *científico-espiritual* ou *normativo-estruturante*, por exemplo – mais confunde do que orienta os que adentram o labirinto da sua utilização? Como usar, enfim, a velha tópica jurídica, se não existe acordo nem mesmo sobre o que significam os seus *topoi* e se todos os que dela se utilizam parecem fazê-lo na exata medida em que, para qualquer problema, essa vetusta senhora fornece enunciados a gosto do freguês?

Gustavo Zagrebelsky citado por Maia (2007) também traz considerações importantes a respeito dessa discussão, aludindo que:

Segundo a mentalidade do positivismo jurídico, as normas de princípio, ao conter fórmulas vagas, referências a aspirações ético-políticas, promessas não realizáveis no momento, esconderiam um vazio jurídico e produziriam uma ‘contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções etc.

A atribuição de caráter normativo aos princípios constitucionais implica, inevitavelmente, na incorporação de conteúdos valorativos, cujo grau de indeterminação passa a exigir uma atitude criativa do julgador, o qual, não raras vezes – vemos isso cotidianamente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal –, extrapola os limites que lhe foram conferidos pela Constituição Federal, resultando no questionamento acerca da sua própria legitimidade.

### 2.2.1 Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal

O Ministro Celso de Mello, citado por Baliardo e Haidar (2012), em discurso proferido na posse do novo Ministro daquela Corte Constitucional, Ministro Carlos Ayres Britto, saudou o novo presidente e, em seu pronunciamento, falou sobre a inércia dos poderes Legislativos e Executivos, o que provoca o chamado ativismo judicial. Nas palavras de Mello (2012) “o inaceitável desprezo pela Constituição decorrente de comportamentos estatais omissivos que, para além de seu absoluto desvalor jurídico, ferem, por inércia, a autoridade suprema da lei Fundamental do Estado.”

De acordo com o Ministro *apud* Baliardo e Haidar (2012):



Práticas de ativismo judicial, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Através de seu discurso o Ministro Celso de Mello deixou, sem dúvida, anotado o sentimento que atualmente vigora no Supremo Tribunal Federal acerca do assunto. Aliás, uma breve análise da jurisprudência do STF nos permite observar o comportamento proativo dos Ministros daquela Corte.

Senão, vejamos:

**UNIÃO HOMOAFETIVA (ADPF 132/RJ E ADI 4277/DF –  
RELATORIA DO MIN. CARLOS AYRES BRITTO)**

Na apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir a união estável a casais homoafetivos.

O ministro relator, Carlos Ayres Britto, proferiu voto no sentido de excluir qualquer significado do artigo 1.723 do Código Civil que pudessem impedir o reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, valendo-se, para tanto, da *interpretação conforme* a Constituição Federal. O acórdão restou assim ementado:

1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA.



RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado

intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica



de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADI 4277, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341 RTJ VOL-00219- PP-00212)

Argumentou o Ministro que o artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal proíbe qualquer tipo de discriminação, seja ela de cunho sexual, racial, étnico, de forma que nenhuma pessoa poderia/pode ser discriminada simplesmente pela preferência sexual que professa, sendo, em seu entendimento, acompanhado pela maioria dos membros daquela Corte.

Questiona-se, a despeito, se o Poder Judiciário teria inovado na ordem jurídica ou, por outro lado, estaria simplesmente atuando em observância à função que lhe restou conferida pela Carta Política Fundamental.

Sobre o assunto, o Juiz Federal Willian Douglas (2011) esclareceu que:

**O STF não se limitou a garantir a extensão de direitos, mas quis reescrever a Constituição e modificar conceitos, invadindo atribuições do Poder Legislativo. Conceder aos casais homossexuais direitos análogos aos decorrentes da união estável é uma coisa, mas outra coisa é mudar conceito de termos consolidados, bem como inserir palavras na Constituição, o que pode parecer um detalhe aos olhos destreinados, mas é extremamente grave e sério em face do respeito à nossa Carta Magna.** “Casamento” e “união civil” não são mera questão de semântica, mas de princípios. **Nem por boas razões o STF pode ignorar os princípios da maioria da população e inovar sem respaldo constitucional.** (grifo nosso)

Sarlet et. al. (2012, p. 152), a despeito da polêmica lançada, expôs que:

Sem querer polemizar sobre a bondade evidente da causa agasalhada pelo STF, pois dificilmente alguém poderá, na atual quadra, negar a necessidade de assegurar a livre orientação sexual e de promover a igualdade (e coibir a discriminação) também nessa seara, **não se poderá, por outro lado, desconsiderar pura e simplesmente as razões daqueles que, preocupados com os efeitos colaterais da metódica adotada pela nossa corte constitucional, que, à míngua de ajuste legislativo (no caso, uma emenda constitucional seria o meio mais legítimo para corrigir o anacronismo do texto original da Constituição Federal), estaria – dentre outros argumentos relevantes – usurpando função que não lhe é própria.** (grifo nosso)

Entende-se então que, embora a atividade do juiz tenha uma dimensão valorativa, precisamente porque enquanto juiz constitucional aplica princípios e por isso tem uma dimensão também política, não é uma dimensão política igual àquela atribuída aos Poderes Legislativo e Executivo.

No caso epigrafado, somente o legislador poderia, em tese, decidir se poder-se-ia estender o casamento às relações homoafetivas ou não. O legislador, diferentemente do Juiz, tem uma grande latitude para intervir. Isso não significa que o juiz não tenha margem criadora; é evidente que tem. Mas o juiz tem uma preocupação de reconduzir suas decisões a um sistema de fontes a que o legislador não está vinculado. Este é um aspecto fundamental entre a atividade do juiz e a atividade do legislador.

A área própria de atuação do poder judicial é a área das questões de princípios. Dworkin faz distinção entre questões de política e questões de princípios. Essa distinção é fundamental para se perceber o alcance de atuação da justiça constitucional.



Caso emblemático e que merece registro, é dos acórdãos nº 359/09 e 121/10, ambos do Tribunal Constitucional Português, dirigidos à verificação da constitucionalidade de dispositivo previsto no Código Civil português relativamente ao casamento de pessoas do mesmo sexo.

No primeiro caso (acórdão nº 359/09), julgado em 09 de julho de 2009, o Tribunal Constitucional apreciou a inconstitucionalidade de disposição prevista no Código Civil Português (art. 1577.º), que somente contemplava o casamento “entre duas pessoas de sexo diferente”. A questão chegou àquela Corte em virtude da recusa de uma conservadora de Lisboa em casar duas mulheres, sob o fundamento de que a lei civil portuguesa, à época, não permitia. Com a recusa, as interessadas impugnaram o ato junto ao Tribunal de 1ª instância e até o Tribunal Constitucional, a fim de que fosse declarada a inconstitucionalidade do aludido dispositivo.

No mencionado julgado, citou-se trecho da obra *Constituição da República Portuguesa Anotada*, em que Canotilho e Vital Moreira (2003) comentam o artigo 36º da Constituição Portuguesa, para esclarecer que:

[...] Todavia, o alargamento do âmbito de protecção do preceito à realidade de comunidades familiares diversas e plurais não se transfere de plano para o casamento de pessoas do mesmo sexo. Seguramente que basta o princípio do Estado de direito democrático e o princípio da liberdade e autonomia pessoal, a proibição de discriminação em razão da orientação homossexual, o direito ao desenvolvimento da personalidade, que lhe vai naturalmente associado, para garantir o direito individual de cada pessoa a estabelecer vida em comum com qualquer parceiro da sua escolha (cfr. anotação ao art. 13.º) (embora sempre com a limitação dos impedimentos impedientes do casamento em sentido restrito, o que leva a proibir, como é óbvio, uniões homossexuais de irmãs, irmãos, mães-filhos, pais-filhos etc. e de pessoas sem idade nupcial).

Mas a recepção constitucional do conceito histórico de casamento como união entre duas pessoas de sexo diferente radicado intersubjectivamente na comunidade como instituição não permite retirar da Constituição um reconhecimento directo e obrigatório dos casamentos entre pessoas do mesmo sexo (como querem alguns a partir da nova redacção do art. 13.º-2), sem todavia proibir necessariamente o legislador de proceder ao seu reconhecimento ou à sua equiparação aos casamentos (como querem outros).

Apesar disso, os membros do Tribunal Constitucional decidiram por negar provimento ao recurso, entendendo que não era inconstitucional a norma que reservava o casamento para duas pessoas do sexo diferente, *verbis*:

improcede, assim, a alegada violação do direito a contrair casamento e, ainda, a dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, sendo certo que é manifestamente deslocada a invocada violação da garantia de constituição e tutela da família, resultante do artigo 36.º, n.º 1, conjugado com o artigo 67.º da Constituição, já que nada obsta e que as recorrentes, mesmo sem a celebração jurídica do casamento, pudessem ou possam constituir ‘família’.

No segundo caso (acórdão n.º 121/2010), julgado em 08 de abril de 2010, por sua vez, o cerne da controvérsia fundou-se na alegação de que “a eliminação do inciso ‘duas pessoas de sexo diferente’ no artigo 1577.º do Código Civil, substituindo-o pela expressão ‘duas pessoas’, se mostra desconforme ao conceito constitucional de casamento e, reflexamente, ao conceito constitucional de família, acolhido pelo n.º 1 do artigo 36.º da Constituição.”

Observe-se que este julgamento foi precedido de uma alteração legislativa no art. 1577.º do Código Civil, que passou a permitir o casa-



mento entre “duas pessoas”, não mais restringindo à ideia de “duas pessoas de *sexo diferente*.”

O acórdão vindicado menciona que:

O conceito constitucional de casamento é um conceito aberto, que admite não só diversas conformações legislativas, mas também diversas concepções políticas, éticas ou sociais, sendo confiada ao legislador ordinário a tarefa de, em cada momento histórico, apreender e verter no ordenamento aquilo que nesse momento corresponda às concepções dominantes nesta matéria (vid., neste sentido, Miguel Nogueira de Brito, em “Casamento entre Pessoas do mesmo Sexo”, págs. 58-59 [N]).

Decidiu aquele Colendo Tribunal, naquela oportunidade, por “não se pronunciar pela inconstitucionalidade das normas do artigo 1.º, do artigo 2.º - este na medida em que altera a redacção dos artigos 1577.º, 1591.º e 1690.º, n.º 1 do Código Civil – do artigo 4.º e do artigo 5.º do Decreto n.º 9/XI, da Assembleia da República.”

Observe-se que o mesmo Tribunal (mesma composição), depois que o poder legislativo alterou a norma do Código Civil e permitiu o casamento entre pessoas do mesmo sexo, também entendeu que não havia inconstitucionalidade no dispositivo que passou a admitir o casamento homoafetivo.

A par da peculiaridade da situação, não se pode dizer que houve contradição nas decisões do Tribunal. O Tribunal Constitucional apenas entendeu que existia esta *margem* de livre atuação do legislador, desde que fossem respeitados certos efeitos patrimoniais e que fossem reconhecidos a todas as pessoas, independentemente da sua tendência sexual.

Outros casos serão apresentados a seguir:

## **INFIDELIDADE PARTIDÁRIA**

A Corte Constitucional Brasileira, “por ocasião do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604 reconheceu a existência do dever constitucional de observância do princípio da fidelidade partidária”, justificando que “Não faria sentido a Corte reconhecer a existência de um direito constitucional sem prever um instrumento para assegurá-lo.” (ADI 3999, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 12/11/2008, DJe-071 DIVULG 16-04-2009 PUBLIC 17-04-2009 EMENT VOL-02356-01 PP-00099 RTJ VOL-00208-03 PP-01024).

Em nome do princípio democrático, o que fez o Supremo Tribunal Federal foi declarar que a vaga no Congresso pertence ao partido político. Proclamou, por assim dizer, uma hipótese de perda de mandato parlamentar não consagrada pela Constituição Federal, tampouco pela Lei Complementar nº 64/90, que “estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências”.

## **HC 82.959/SP (MIN. MARCO AURÉLIO) E RECLAMAÇÃO 4335/AC (MIN. GILMAR MENDES)**

O Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional a vedação da progressão de regime aos crimes hediondos sob o fundamento de que violaria o princípio da individualização da pena. O referido tribunal, entretanto, pelo que se pôde observar, manifestou-se, em sede de controle concreto, pela atribuição de efeitos próprios do controle abstrato de constitucionalidade. Significa afirmar, em outras palavras, que atribuiu eficácia *erga omnes* ao controle difuso, que, de regra, somente poderia produzir efeitos às partes do processo.



Ressalte-se que posteriormente fora ajuizada a RCL 4.335/AC, em face da decisão de um magistrado que, por entender que a decisão proferida pela Corte Constitucional teria efeito apenas *inter partes*, negou-se a aplicar a progressão de regime prisional ao requerente daqueles autos.

O Ministro Gilmar Mendes julgou procedente a aludida reclamação, propondo uma mudança de interpretação do art. 52, X da CF/88, ocasião em que foi acompanhado pelo então Ministro Eros Grau, que declarou:

Passamos em verdade de um texto [pelo qual] compete privativamente ao Senado Federal *suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal*, a outro texto: compete privativamente ao Senado Federal *dar publicidade à suspensão da execução, operada pelo Supremo Tribunal Federal, de lei declarada inconstitucional, no todo ou em parte, por decisão definitiva do Supremo*. (STF, voto do Min. Eros Grau, DJ 27/04/2007, p. 9/10, grifo nosso)

A mudança de entendimento, por eles denominada *mutação constitucional*, diferentemente do que pretendem fazer crer, constitui-se, em verdade, numa inovação constitucional, porquanto propõe uma interpretação estranha ao texto normativo.

### **MANDADO DE INJUNÇÃO Nº. 712/PA – GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS (MIN. EROS GRAU)**

O Supremo Tribunal Federal abandonou a corrente não concretista no ano de 2007, oportunidade em que, ao analisar a questão da greve dos servidores públicos, aplicou-lhes a lei inerente aos trabalhadores do setor privado, até que o Congresso viesse a legislar sobre o assunto.

Vejamos o seu teor:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO. ART. 5º, LXXI DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONCESSÃO DE EFETIVIDADE À NORMA VEICULADA PELO ARTIGO 37, INCISO VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. LEGITIMIDADE ATIVA DE ENTIDADE SINDICAL. GREVE DOS TRABALHADORES EM GERAL [ART. 9º DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. **APLICAÇÃO DA LEI FEDERAL N. 7.783/89 À GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO ATÉ QUE SOBREVENHA LEI REGULAMENTADORA. PARÂMETROS CONCERNENTES AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE PELOS SERVIDORES PÚBLICOS DEFINIDOS POR ESTA CORTE.** CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO ANTERIOR QUANTO À SUBSTÂNCIA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. PREVALÊNCIA DO INTERESSE SOCIAL. INSUBSISTÊNCIA DO ARGUMENTO SEGUNDO O QUAL DAR-SE-IA OFENSA À INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES [ART. 20 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL] E À SEPARAÇÃO DOS PODERES [art. 60, § 4º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL]. INCUMBE AO PODER JUDICIÁRIO PRODUZIR A NORMA SUFICIENTE PARA TORNAR VIÁVEL O EXERCÍCIO DO DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS, CONSAGRADO NO ARTIGO 37, VII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano. 2. A Constituição do Brasil reconhece expressamente possam os servidores públicos civis exercer o direito de greve --- artigo 37, inciso VII. A Lei n. 7.783/89 dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, afirmado pelo artigo 9º da Constituição do Brasil. Ato normativo de início inaplicável aos servidores públicos civis. 3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. **4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo**

**Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.**

**6. A greve, poder de fato, é a arma mais eficaz de que dispõem os trabalhadores visando à conquista de melhores condições de vida. Sua auto-aplicabilidade é inquestionável; trata-se de direito fundamental de caráter instrumental.**

**7. A Constituição, ao dispor sobre os trabalhadores em geral, não prevê limitação do direito de greve: a eles compete decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dela defender. Por isso a lei não pode restringi-lo, senão protegê-lo, sendo constitucionalmente admissíveis todos os tipos de greve.**

8. Na relação estatutária do emprego público não se manifesta tensão entre trabalho e capital, tal como se realiza no campo da exploração da atividade econômica pelos particulares. Neste, o exercício do poder de fato, a greve, coloca em risco os interesses egoísticos do sujeito detentor de capital --- indivíduo ou empresa --- que, em face dela, suporta, em tese, potencial ou efetivamente redução de sua capacidade de acumulação de capital. Verifica-se, então, oposição direta entre os interesses dos trabalhadores e os interesses dos capitalistas. Como a greve pode conduzir à diminuição de ganhos do titular de capital, os trabalhadores podem em tese vir a obter, efetiva ou potencialmente, algumas vantagens mercê do seu exercício. O mesmo não se dá na relação estatutária, no âmbito da qual, em tese, aos interesses dos trabalhadores não correspondem, antagonicamente, interesses individuais, senão o interesse social. A greve no serviço público não compromete, diretamente, interesses egoísticos do detentor de capital, mas sim os interesses dos cidadãos que necessitam da prestação do serviço público.

**9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social.**

**10. A regulamentação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos há de ser peculiar, mesmo porque "serviços ou atividades essenciais" e "necessidades inadiáveis da coletividade" não se superpõem a "serviços públicos"; e vice-versa.**

**11. Daí porque não deve ser aplicado ao exercício do direito de greve no âmbito da Administração tão-somente o disposto na Lei n. 7.783/89. A esta Corte impõe-se traçar os parâmetros atinentes a esse exercício.**

**12. O que deve ser regulado, na hipótese dos autos, é a coe-**

rência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura. 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar --- o que se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes [art. 2o da Constituição do Brasil] e a separação dos poderes [art. 60, § 4o, III] --- é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil. (MI 712, Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-03 PP-00384) – grifo nosso

Na hipótese versada, a Corte Constitucional adotou a teoria concretista para que a emblemática decisão não apenas contemplasse os servidores que eram parte no mandado de injunção respectivo, mas todos os demais servidores públicos, agindo como verdadeiro *legislador*.

### ADPF 54/DF – ABORTO ANENCEFÁLICO (MIN. MARCO AURÉLIO)

O Supremo Tribunal Federal, no julgado suso mencionado, por maioria, conheceu da ação, e julgou-a procedente para reconhecer a possibilidade de interrupção da gravidez nos casos de anencefalia do feto, arguindo que a hipótese estaria contemplada entre as duas causas excludentes de ilicitude previstas no Código Penal e que “seria inimagi-

nável para o legislador de 1940, pelas limitações tecnológicas existentes, incluir a hipótese no texto legal. Assim, esse fato poderia ser considerado omissão legislativa não condizente com o espírito do CP e incompatível com a Constituição” (Informativo nº 661). Sustentou, outrossim, aquela Egrégia Corte, que a hipótese versou sobre questão de interpretação constitucional e não de criação de direito *novo*.

É de se registrar, contudo, que o Código Penal Brasileiro, em seu artigo 128, apenas contempla o aborto terapêutico e aborto sentimental (estupro), não nos parecendo prudente ampliar as excludentes de ilicitude, nem a necessária previsão legislativa. Patente a inexistência de previsão no aludido dispositivo legal da possibilidade de antecipação terapêutica de parto decorrente de anencefalia, fato que nos leva, mais uma vez a concluir, que o Supremo Tribunal Federal efetivamente *criou*, a princípio, uma terceira hipótese de impunidade ao aborto.

Esclarece Martins (2012), a despeito do assunto, que:

Se nem nas omissões inconstitucionais do Parlamento pode a Suprema Corte legislar, com muito maior razão não poderia legislar em hipótese em que o Congresso não legisla, porque todas as dezenas de projetos de leis que cuidam do aborto não conseguiram passar pelas comissões parlamentares encarregadas, após audiências públicas; a grande maioria do povo brasileiro é contrária à legalização do homicídio uterino; não pertence à cultura do povo brasileiro provocar a morte de alguém pelo fato de não haver tratamento curativo para uma determinada doença.

Portanto, se a Constituição Federal fala em independência e harmonia entre os poderes da República (artigo 2.º), não se poderia autorizar, segundo o renomado jurista, que a Corte Suprema viesse a exercer funções legiferantes em assunto que o Congresso Nacional entendeu por não legislar.

## 2.3 A questão das Súmulas Vinculantes

Uma das medidas mais polêmicas aprovadas pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004, a súmula vinculante, vem com a proposta de diminuir as demandas levadas ao Judiciário, segundo Lima e Marques (2005, p. 71), através da “prevenção de milhares de ações sobre o mesmo tema, de ampla repercussão social”, e conseqüentemente a proporcionar uma maior segurança jurídica a toda à sociedade.

De acordo com Wambier et. al. (2005, p. 269) ao citarem Nogueira, em artigo publicado no livro Reforma do Judiciário, primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, menciona que:

Primeiro, precisamos definir o que é uma súmula, e para nós consiste em um enunciado que expressa o entendimento solidificando de um determinado tribunal sobre determinada matéria de direito. As súmulas em nosso direito, até esse momento, não tinham efeito vinculante sobre nenhum órgão do Poder Judiciário, nem mesmo sobre o órgão que a elaborou, sendo certo, porém, afirmarmos que quando um tribunal aprova uma súmula a tendência é que este mesmo tribunal a aplique, valorizando-se assim a sua própria jurisprudência.

Segundo Wambier et. al. (2005, p. 150), Franciulli Netto, ex-Ministro do Superior Tribunal de Justiça, defende que “A súmula vinculante, conquanto polêmica, representa quase um estado de necessidade. (...) No meu sentir, a súmula vinculante deveria cingir-se, de preferência, às matérias constitucionais, administrativas, tributárias e processuais”.

Desta forma, observa-se, de acordo com a literatura aqui predisposta, que há juízes que se incomodam com o fato de estarem obrigados a adotar decisões já pacificadas pelo Supremo Tribunal Federal, por lhes



ser tolhido o valioso princípio da livre convicção; outros, porém, utilizam do bom senso, porquanto entendem que decisões contrárias ao já definido posicionamento do Supremo Tribunal Federal significa muito mais trabalho, gastos, morosidade e uma certeza de que futuramente, quando objeto de recurso, a decisão irá ser modificada. Justificam ainda que a súmula vinculante significa uma maior segurança jurídica, pois deixará, em tese, de haver uma infinidade de posições contrárias às adotadas pelo STF, evitando-se surpresas desagradáveis e o conseqüente descrédito do judiciário, ante a divergência de decisões em casos semelhantes.

Segundo Rocha (2005, p. 126):

Os efeitos da súmula vinculante destinam-se aos casos decididos em controle concreto, ou seja, ela nasce das relações subjetivas e de interesses conflitantes no seio social, no qual se discute a prevalência de um determinado direito, mesmo que o fundamento do pedido seja a legalidade ou a constitucionalidade de uma determinada lei, mesmo que a decisão opte por julgar inconstitucional esta lei.

Wambier et. al. (2005, p. 150), citando novamente Franciulli Netto sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004, assevera:

Não faço coro com aqueles que repudiam a súmula vinculante com o argumento central de que esse expediente menos não é do que engessar o direito. Os que lidam com as coisas forenses sabem muito bem que, conforme as particularidades de cada caso concreto, o juiz de direito deixará de aplicá-la, se houver razão bastante para tanto, dada a própria natureza estrutural da sentença.

Neste contexto, não se pode deixar de observar *ainda*, porquanto extremamente percuciente, que as súmulas vinculantes representam, se não o maior, um dos maiores exemplos do fenômeno ativismo judicial

em nosso país. É, na prática, a Corte Constitucional *criando* o direito, e se imiscuindo no papel do poder legislativo, no intuito de fazer com que haja uma prestação jurisdicional com mais presteza.

A figura da súmula vinculante, pois, a par das inúmeras vantagens representadas pela celeridade e efetividade da prestação jurisdicional, poria em causa a independência dos juízes, sobretudo quando se diz que o juiz só está subordinado à lei e à Constituição Federal. Isso inclusive já levou o Tribunal Constitucional de Portugal a considerar que os assentos que eram doutrina, com força obrigatória geral, como inconstitucionais, e também as decisões uniformizadoras de jurisprudência que o Supremo Tribunal de Justiça Português podia fazer em matéria geral.

Nota-se ainda que, em Portugal, inexistente a figura da súmula vinculante. Admite-se apenas que, se o Tribunal se pronunciar três vezes, em três casos concretos pela inconstitucionalidade de determinado dispositivo ou lei, pode desencadear, a pedido do Ministério Público, um processo de fiscalização abstrata, que conduzirá ao desaparecimento da norma. Perante esta sequência de ocorrências, declara-se a inconstitucionalidade com força obrigatória geral.

## **2.4 Críticas ao ativismo judicial (ofensa aos princípios democrático e da separação dos poderes)**

Os aplicadores do direito, membros do Poder Judiciário, juízes, desembargadores e ministros, como é cediço, não são agentes públicos eleitos, de forma que, no momento em que aplicam a Constituição e as leis estão consolidando decisões que foram adotadas pelo constituinte e pelo legislador, ou seja, pelos representantes legais da comunidade. É certo que esta afirmação, balizada pelo princípio da separação dos po-

deres, deve ser analisada com temperança, já que juízes e tribunais não desempenham atividade puramente mecânica. Contudo, existem limites e esses limites devem ser observados, sob pena de se ofender os princípios supra mencionados.

Tendo a Constituição Federal o grande papel de proteger valores e direitos fundamentais, e sendo o Supremo Tribunal Federal o seu intérprete final, a jurisdição constitucional deveria ser antes uma garantia para a democracia do que um risco. Contudo, estamos assistindo diuturnamente o Supremo Tribunal Federal se imiscuindo em competências que não lhe são próprias, suprimindo a política, o governo da maioria, em flagrante ofensa à Carta Constitucional.

Esclarece Barroso (2012), a despeito, que:

**Observados os valores e fins constitucionais, cabe à Lei, votada pelo parlamento e sancionada pelo Presidente, fazer as escolhas entre as diferentes visões alternativas que caracterizam as sociedades pluralistas. Por essa razão, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso.** Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. **Juízes e tribunais não podem presumir demais de si próprios – como ninguém deve, aliás, nessa vida – impondo suas escolhas, suas preferências, sua vontade. Só atuam, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.** (grifo nosso)

Canotilho, em entrevista concedida à Revista Consultor Jurídico, realizada por Rogério Barbosa (2011), foi questionado acerca do ativismo judicial, ao que respondeu:

Não sou um dos maiores simpatizantes do ativismo judicial. Entendo que a política é feita por cidadãos que questionam, criticam e apontam problemas. Os juízes nunca fizeram revoluções. Eles aprofundaram aplicações de princípios, contribuíram para a estabilidade do Estado de Direito, da ordem democrática, mas nunca promoveram revoluções. **E, portanto, pedir ao Judiciário que exerça alguma função de ordem econômica, cultural, social, e assim por diante, é pedir ao órgão que exerça uma função para a qual não está funcionalmente adequado.** (grifo nosso)

As principais críticas da doutrina em relação ao ativismo judicial concentram-se necessariamente, como se vê, na ausência de legitimidade democrática da jurisdição constitucional em atuar como legislador positivo na concretização de normas e direitos fundamentais. Estaria o Tribunal Constitucional, nesta hipótese, se insurgindo em competência de outro órgão da Federação, fato que comprometeria o princípio da separação dos poderes.

Ademais, magistrados, conforme já afirmamos, não são eleitos. Isso implica afirmar necessariamente que não deveriam/poderiam se sobrepor à vontade dos agentes escolhidos pela sociedade, fato que evidencia em flagrante ofensa o princípio democrático, notadamente porque eventual judicialização conduziria inevitavelmente à redução da possibilidade de participação da população, por alijar aqueles cidadãos que não têm acesso ao Poder Judiciário.

### 3 Considerações finais

Na conclusiva deste estudo, contatou-se que das questões levantadas o que nos traz inegável preocupação, é o risco de uma possível *juristocracia*, traduzida aqui como um governo formado por juízes, amparados por uma atividade supostamente técnica de interpretação de dispositivos legais, quando, em verdade, beiram uma função que definitivamente não lhes é legítima.

A preocupação é pertinente, porquanto a interpretação constitucional não pode servir como sucedâneo para se subtrair ou mesmo limitar a liberdade de conformação do legislador, atitude que configuraria uma clara ofensa ao princípio constitucional da separação dos poderes.

Registre-se que não se coloca em voga, aqui, o poder criativo do juiz. Esse poder criativo, em alguma medida, sempre será exercido, porquanto ínsito está na própria profissão do julgador. Contudo, é imprescindível se esclarecer os limites/ponto de ruptura, e a maneira como se dará essa *criatividade*, a fim de que o Judiciário não se imiscua em funções que não lhes são próprias.

Veja-se que existem situações em que o texto constitucional apresenta o sentido ou finalidade previamente definidos, de forma que as rupturas constitucionais não poderiam ser admitidas. A questão em aberto e que gera controvérsia, contudo, conforme pondera Queiroz (2000, p. 161), “situa-se na determinação dos limites do desenvolvimento *‘permissível’* no quadro de um texto com um sentido ou finalidade previamente dados.”

Esse limite da atividade do julgador é desenvolvido por Dworkin através do *modelo de integridade do direito*, por meio do qual aconselha-se que os juízes operem, na medida do possível, como se o Direito fosse

organizado por um conjunto coeso de princípios de justiça e equidade. Interpretar o direito, nessa perspectiva, seria “mostrá-lo a sua melhor luz”, respeitando-se, por certo, os limites institucionais, de maneira especial aqueles ligados à supremacia legislativa.

Isso porque quando se analisa o conceito de ativismo judicial, que não pode ser compreendido senão através da prévia apreensão dos elementos vinculados à hermenêutica constitucional, é imprescindível a busca por um termo médio, o que implica afirmar que o texto constitucional, embora não possa estar alheio às constantes transformações sociais havidas pelo decurso do tempo, também não pode ficar à mercê dos abusos interpretativos, que venham de encontro ao núcleo duro da Constituição, conteúdo que é essencial à natureza das próprias Cartas Políticas.

Sob tal perspectiva, o ativismo judicial e qualquer prática de que se lhe estivesse próxima estaria rejeitada, notadamente ao se constatar que a Constituição deve ser revelada por meio da sua interpretação, ajustada esta à prática constitucional.

Por fim, descontados os naturais abusos das propostas hermenêuticas ousadas, é em virtude da criatividade dos seus operadores que os textos das constituições vão resistindo à ação do tempo e também consentindo que diminua ao mínimo as desgastantes modificações constitucionais. As decisões judiciais, submetidas ao termo médio *interpretação x ativismo*, corretamente fundamentadas no conteúdo dos princípios constitucionais, por certo terão excelente repercussão e finalidades idôneas, compatíveis com o Estado Democrático de Direito e com o princípio da Separação dos Poderes.



## Referências

BALIARDO, Rafael; HAIDAR, Rodrigo. (2012). **Ayres Britto se torna o 43º presidente do Supremo**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-abr-19/ayres-britto-toma-posses-presidencia-supremo-tribunal-federal>. Acesso: 30 out. 2012.

BARBOSA, Rogério. **“Política pública não pode ser decidida por tribunal”**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-out-23/entrevista-gomes-canotilhoconstitucionalista-portugues>>. Acesso: 24 out. 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: [http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf). Acesso: 29 out. 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1999.

CAPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial: o caso brasileiro**. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acesso: 28 out. 2012.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Métodos e princípios da interpretação constitucional: o que são, para que servem, como se aplicam**. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/53/30>>. Acesso: 30 out. 2012.

DOUGLAS, Willian. **STF quis reescrever Constituição**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2011-mai-13/stf-quis-reescrever-constituicao-votar-uniao-homoafetiva>. Acesso: 25 out. 2012.

DWORKIN, Ronald. **O Impérito do Direito**. (trad) Jefferson Luiz Carmargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOMES, Luis Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12921>>. Acesso em: 1 nov. 2012.

HOLTJE, Leo Van. **Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

LIMA, Francisco Meton. M. de; MARQUES, Francisco Gerson. **Reforma do Poder Judiciário: comentários iniciais à EC 45/2004**. São Paulo: Malheiros.

MAIA, Antônio Cavalcanti. **As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo**. Revista Diálogo Jurídico. Nº 16 – maio/junho/julho/agosto de 2007 – Salvador – Bahia – Brasil.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **A ADPF 54 e o ativismo judicial do STF**. Disponível em [http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/conteudo.phtml?tl=1&id=1246167&tit=A\\_ADPF-54-e-o-ativismo-judicial-do-STF](http://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/conteudo.phtml?tl=1&id=1246167&tit=A_ADPF-54-e-o-ativismo-judicial-do-STF). Acesso: 27 out. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.



NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. São Paulo: Método, 2008.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão n° 121/10. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>> Acesso em: 01 ago 2012.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional**. Acórdão n° 359/09. Disponível em <<http://www.tribunalconstitucional.pt>> Acesso em: 01 ago 2012.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação constitucional e poder judicial: sobre a epistemologia da construção constitucional**. Portugal: Coimbra Editora, 2000.

ROCHA, Zélio Maia da. **A reforma do Judiciário: Uma avaliação jurídica e política**. São Paulo: Saraiva, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luis Guilherme & MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, et. al. **Reforma do Judiciário: primeiros ensaios críticos sobre a EC n. 45/2004**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

#### Referência do texto

NETO, Helvécio de Brito Maia. Hermenêutica constitucional ou ativismo judicial? – Breves considerações sobre as recentes decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 159-194, jan./jun. 2013.



# **O recurso a princípio implícito para limitar a concreção de normas da constituição, como atividade contramajoritária**

**Jeronymo Pedro Villas Boas**

## **SUMÁRIO**

Introdução. **1** A interpretação como vontade de poder em contraposição a vontade de Constituição. **2** Aplicação das normas a partir da perspectiva da minoria e a parcial interpretação da constituição. **3** Breves notas sobre a relação entre jurisdição e política e a formação de uma jurisprudência política. **4** Relação entre maioria e minoria e aplicação da norma constitucional. **5** A ponderação de princípios e o recurso a princípio implícito para limitar a concreção de normas da constituição. **6** Conclusão. Referências bibliográficas.

## **Introdução**

O uso dos princípios implícitos ou a serem descobertos no âmbito das normas positivadas, não é nada novo. A chamada velha hermenêutica já se socorria dos princípios gerais do direito para colmatar lacunas da ordenação jurídica, que não se mostravam expressamente positivados.

O constitucionalismo, fundado na compreensão das normas constitucionais abertas, trouxe novas perspectivas para a normatividade, permitindo a inferência dos princípios como normas jurídicas, passíveis de concreção em diversos graus, inclusive de princípios não expressamente inscritos na Carta Política, a que se convencionou chamar de *princípios implícitos*.

Os princípios implícitos surgem, em verdade, de processos de concreção da norma, consolidando sua perspectiva de existência normativa na jurisprudência dos tribunais, principalmente do tribunal constitucional, que detém no sistema constitucional brasileiro, em termos, a última palavra como guardião da Constituição no diálogo com os demais poderes.

A existência desses entes normativos resulta de processos de interpretação de normas jurídicas e de sua reiterada aplicação, quando se permite a criação de normas pelo órgão que seria constitucionalmente dotado de aptidão para aplicar a norma criada pelo legislador, considerando que a jurisprudência se denota como fonte do Direito.

Ocorre que esse recurso hermenêutico de desvelar princípios supostamente implícitos na ordem jurídica positivada, revela pontos de instabilidade do sistema concebido no pós-positivismo onde os princípios são aceitos como normas jurídicas de eficácia plena, que demandam sua concreção através da ponderação. Nesta perspectiva, com a possível ponderação de princípio expressamente inscrito na Constituição em face de outro que estaria ali posto apenas implicitamente, ou mesmo que resultasse da particular leitura do texto da norma pelo aplicador; exsurge, assim, a possibilidade latente de que uma norma constitucional tenha sua normatividade contida pela taxatividade negativa de princípio não expresso no texto positivado.

O presente trabalho tem por objetivo ressaltar essa possibilidade hermenêutica resultante do labor de concreção de princípios; considerando um possível *déficit* na aplicação da norma constitucional por conta de interpretações que se baseiam na existência de princípios implícitos, que muitas vezes acrescem palavras ou matérias ao texto positivo, os quais não se encontravam expressos, causando autênticas *transliterações*<sup>1</sup>.

Considerando que o texto da Constituição resulta, no caso de Constituição promulgada por Assembléia Constituinte eleita por meios democráticos, da expressão da vontade política da maioria do povo representado no Parlamento, o uso desses princípios latentes pode significar um recurso hermenêutico de restrição da norma constitucional positivada pela maioria.

Quanto este tipo de recurso decorre na restrição de direitos da maioria para beneficiar minorias materiais se está diante de um risco para a democracia, na medida em que as escolhas políticas da maioria são restringidas pelo discurso de recesso da minoria "*somatizado*" no corpo jurídico pelo Judiciário em atitude anticonstitucional.

A utilização desse tipo de hermenêutica ocorreu recentemente no Brasil, quando o Supremo Tribunal Federal ao julgar ação de descumprimento de preceito fundamental transformou de ofício o objeto de tal ação em controle direto de inconstitucionalidade para manipular o texto de uma norma do Código Civil; utilizando-se na ponderação de princípio não expresso para inserir no quadro normativo da Constituição mais um tipo de família, "*integrada*" por pessoas do mesmo sexo<sup>2</sup>.

1 O conceito de transliteração advém do conhecimento teológico e reporta acréscimos ou alterações feitas nas Escrituras Sagradas em função de traduções do texto original para outro idioma. Os dicionários definem transliterar com verbo transitivo, que significa escrever com um sistema de caracteres (algo escrito com outro).

2 Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Aten-

dimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do §2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RE-

O referido acórdão parte argumentativamente do princípio da isonomia e usa o transcendente conceito de proibição de qualquer discriminação em razão do sexo, para considerar implícito neste princípio a "identidade sexual" em razão da escolha pessoal de um determinado padrão de comportamento sexual<sup>3</sup>; para então afirmar, como expressamente se consignou na ementa do acórdão, que a Constituição reconhece nesse comportamento um "direito de busca da felicidade" como direito fundamental (?), direito que não se encontra expresso no âmbito fundamental da Constituição. Tal declaração parte (literalmente) de uma compreensão amoral da sexualidade humana e que de modo algum pode ser observada no texto constitucional e na sua conjuntura de valores.

A inclusão de um novo direito na pauta fundamental da Constituição como se pode constatar da ementa, conduz a certa perplexidade; pois, permite pela abrangência da declaração que outras possibilidades "saíam do armário" como ressaltou Jónatas Machado<sup>4</sup>. Ocorre que esse mesmo direito de constituir família pode ser reivindicado por aqueles que optam por outros tipos de prática sexual, como a pedofilia, a poliamoria, a zoofilia ou por outros comportamentos que fogem ao padrão da maioria<sup>5</sup>, aceito constitucionalmente como apto a gerar a Família.

CONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAfetiva COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. (ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001)

- 3 A descoberta de um princípio da *identidade sexual* denota uma limitação da família como expressão constitucional formada exclusivamente a partir de relacionamentos heterossexuais, diante da insita capacidade de reprodução.
- 4 MACHADO, Jónatas E. M. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa. Entre o teísmo e o (neo)ateísmo*. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre: 2012, p. 16. Anota o professor de Coimbra a existência de "movimentos que querem aproveitar os argumentos centrados na privacidade, na liberdade, na igualdade, na distinção entre a esfera pública e privada, na não discriminação em função da orientação sexual, etc., para introduzirem novos temas na área da sexualidade, do casamento e da família. Nos últimos anos, outros grupos têm procurado sair do armário à boleia de argumentos jurídicos usados para a defesa do casamento homossexual, havendo uma literatura crescente sobre a poligamia, a poliamoria e até a zoofilia (!). Veja-se, nomeadamente, Maura I. Strassberg. *The Challenge of Post-Modern Polygamy: Considering Polyamory*", 31, *Capital University Law Review*, 2003, 439 ss.; *The Crime of Polygamy*, 12, *Temple Political & Civil Rights Law Review*, 2003, 657 ss."
- 5 Os jornais de circulação no Brasil noticiaram recentemente que na cidade de Tupã-SP, foi registrada a primeira escritura pública de poliamoria onde um homem e duas mulheres declararam viverem em união estável reivindicando o estado de unidade

Diante da possibilidade sempre presente do reconhecimento de um "novo" princípio ou direito, antes não expressamente declarado na Constituição, possa ser reivindicado por outros indivíduos e que sua aplicação não lhes pode ser negada deliberadamente, o tema dos princípios não expressamente escritos na Constituição ganha importância na atual fase do constitucionalismo.

## 1 A interpretação como vontade de poder em contraposição a vontade de constituição

As Constituições atuais, superando o modelo meramente declaratório de direitos, tornaram-se instrumento de modulação do Estado e submissão da Sociedade a uma Ordem Jurídica pretensamente *racional*, função decorrente da diretiva de concreção máxima dos direitos fundamentais, sob a perspectiva de que positivados tais direitos não teria sentido não efetiva-los.

Esse movimento pós-positivista da dogmática jurídica, com a sedimentação dos *princípios* nos núcleos das Constituições com nota de distinção das regras, modificou por completo a interpretação e aplicação das normas jurídicas, considerando a função *dialógica* dessas normas e sua supremacia no Ordenamento Jurídico.

A intenção kelsiana de purificar o Direito dos chamados *conteúdos axiológicos*, emprestando a disciplina jurídica *status científico*<sup>6</sup>, pulverizou-

familiar. O Portal G1 noticiou no dia 23/08/2012 10h49 - Atualizado em 23/08/2012 18h39, que: "**União estável entre três pessoas é oficializada em cartório de Tupã, SP.** Um homem e duas mulheres fizeram escritura pública de União Poliafetiva. Documento dá direitos de família, especialmente em caso de separação." Ver internet no domínio <http://g1.globo.com/sp/bauru-marilia/noticia/2012/08/uniao-estavel-entre-tres-pessoas-e-oficializada-em-cartorio-de-tupa-sp.html>.

6 O positivismo jurídico teve seu ápice nos regimes totalitários da Europa no primeiro quartel do séc. XX e conheceu seu declínio no pós-guerra, tornando-se fértil a teorização constitucional na tentativa de redemocratização da Itália e da Alemanha. Verzio Crisafulli, jurista italiano, foi o primeiro teórico



se na colisão com uso político-ideológico do Direito. Intensificou-se nos meados do século passado a teorização daqueles que almejaram a construção do Estado Social, para engendrar a perspectiva de *vontade de constituição*<sup>7</sup>, como comprometimento do Direito com determinada ordenação social.

Passa, assim, a ser realçada a função normativa da Constituição, que é transformada em *força ativa*, com o poder de modular condutas e gerar a *crença na constituição*. A *vontade de poder* tem como antípoda os limites da *vontade de constituição*, conceitos, que embora conflitantes, levaram a passos largos para a *politização do direito constitucional*.

Fazendo uma releitura da teoria ergológica de Carlos Cossio, o ministro Gilmar Mendes<sup>8</sup> diz ser manifesto o caráter normogênico dos fatos sociais, como geradores dos modelos jurídicos ou de suas mutações; cabendo aos juristas à tarefa de reavaliação desses modelos, na tentativa de preservar a sua força normativa, numa dinâmica que volta a visão do interprete para o fato social real ou criado, como fonte primordial de reinterpretação das normas jurídicas.

Luiz Roberto Barroso<sup>9</sup>, por outro lado, atribuiu à prevalência do fato social à falta de *normatividade* da Constituição brasileira decorrendo disso grande *déficit* social, anotando que a sistemática social se encontra "*... viciada pelos privilégios e pela apropriação privada do espaço público produzindo uma sociedade com déficit de educação, de saúde, de saneamento, de habitação,*

---

a reconhecer caráter normativo aos princípios, contudo, Georgio del Vechio em aula magna na Universidade de Roma, em 1920, já indagava se os princípios se encontravam dentro ou fora do sistema jurídico?

7 Konrad Hesse na sua aula inaugural na Universidade de Freiburg (1959), contrapondo as reflexões de Ferdinand Lassalle buscou demonstrar que os chamados *fatores reais de poder* nem sempre prevalecem em face a *Constituição*, diante da possibilidade de sua efetivação via da sua *força normativa*. In *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

8 *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

9 *A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

*de oportunidades de vida digna. Uma legião imensa de pessoas sem acesso à alimentação adequada, ao consumo e à civilização, em um país rico, uma das maiores economias do mundo."*

Sob este aspecto preliminar, deve ser compreendido o atual esforço por uma nova teoria da hermenêutica constitucional no Brasil, tema que em último grau adentra ao problema da *crise* do Poder Judiciário<sup>10</sup>. Lenio Streck<sup>11</sup> fala em uma crise de hegemonia entre dois modelos, um modelo que "*ainda não morreu*" e outro que "*ainda não nasceu*", propondo uma superação do modelo *liberal-individualista-normativista*, permitindo defluir disto que o papel do Judiciário na superação desse modelo se torna cada vez mais político.

Almeja-se, com essa politização, que o Poder Judiciário se torne mais proativo, para enfrentar e resolver problemas imbricados pela temática política; ditando a solução normativa, a partir da perspectiva de uma peculiar interpretação das normas constitucionais com vistas a fatores reais de poder, dissimulados na chamada *vontade de constituição*.

Ocorre que a interpretação da constituição "*que se quer*" tem por pano de fundo uma dimensão ideológica e não meramente factual. Essa interpretação, diversamente da observação dos fatos sociais (dados), como moduladores do sistema jurídico, tendo o povo como verdadeira interprete da Constituição, permite uma interpretação *ideologizada* da Constituição; feita a partir da peculiar visão de mundo de cada aplicador autorizado e não propriamente em decorrência dos fatos históricos, mesmo porque, esses fatos em último grau também são *fatos-interpretados*.

Nessa perspectiva a vontade de Constituição (*como programa normativo da maioria*), decorrente de um peculiar momento histórico-consti-

10 Nesse sentido Eros Roberto Grau na apresentação do trabalho de Lênio Luiz Streck sobre Hermenêutica Jurídica em Crise, que afirma inegável essa crise. In *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

11 *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

tuinte, acaba se tornando uma vontade *atual* de poder de constituição, originada na reinterpretação dos fatos coadjuvada a *fatores de poder*. Esse fenômeno permite ao aplicador sobrepor a sua vontade de *poder* à normatividade da Constituição, como se a mera argumentação racional tornasse seu programa legítimo, nos parâmetros daquilo que hoje se chama *democracia discursiva*.

Tal fenômeno que sinaliza para a sobreposição de direitos das chamadas minorias sobre os programas sintetizados na Constituição pela maioria e que na sua positivação tomara em conta interesses antagônicos traz a superfície as grandes questões políticas contemporâneas; levando a entender o motivo pelo qual a *vontade de constituição* sede espaço no Brasil para a efetividade de normas não constitucionalizadas – como se estivessem a ela subjacentes.

Essa possibilidade decorre da construção da problemática teoria de distinção entre princípios e regras, como se existisse uma dicotomia estrutural das normas jurídicas. A mera menção a norma como sendo um princípio produz uma espécie de franquia normativa que permite diversas interpretações do seu sentido, o que não corresponde ao seu conteúdo material ou fluência histórica.

Dizer que um preceito constitucionalizado no processo legislativo idêntico ao que positiva as demais normas o torna um princípio, não inspira muita confiança; mesmo que se distinga pela abertura do preceito a outros conteúdos de preenchimento ou que admita diversos graus de aplicação, pois essa possibilidade também existe em certa medida quando o preceito tem conteúdo mais denso. Estruturalmente, tanto a regra quanto o princípio advém de processos de positivação similares, não permitindo uma distinção *a priori* sob o ponto de vista da sua existência como norma jurídica.

Por mais balizada que seja a doutrina que dispõe essa novidade do século, tal doutrina deve ser vista com precaução pelo aplicador da norma jurídica,

pois deste se exige que sua atividade se regule por critérios de segurança que limitem o poder de discricionariedade. Como agente público o aplicador da norma na sua esfera de poder não pode se transformar em ditador da norma, fundamentando decisões a partir de pontos pressupostos como princípios abstratos preenchidos com conteúdos não jurídicos.

A aplicação da norma que deriva de uma sistemática de interpretação sem critérios bem regulados se torna uma porta aberta ao exercício descontrolado do poder; que adentra naquela margem de risco de que fala Robert Alexy, em resposta a crítica de Habermas quando admite tal descontrole, como preço a ser pago para se *ponderar*. Nesse ponto o interprete/aplicador cedendo a fatores reais de poder acaba por se contrapor a normatividade da Constituição.

## 2 Aplicação das normas a partir da perspectiva da minoria e a parcial interpretação da Constituição

A aplicação da norma constitucional quer parta de uma escolha metodológica quer tenha como pressuposto escolhas hermenêuticas, não decorre de pontos ideológicos neutros, embora a pluralidade de métodos de interpretação possa resguardar certa liberdade do julgador por conta da escolha de um deles, considerando a ambiguidade e diversidade desses métodos.

O professor Gomes Canotilho<sup>12</sup> trabalha este tema, considerando que os chamados métodos hermenêuticos constituem um *conjunto de*

12 Diz o constitucionalista lusitano que "a questão do 'método justo' em direito constitucional é um dos problemas mais controvertidos e difíceis da moderna doutrina juspublicística. No momento atual, poder-se-á dizer que a interpretação das normas constitucionais é um conjunto de métodos, desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência com base em critérios e premissas (filosóficas, metodológicas, epistemológicas) diferentes mas, em geral, reciprocamente consideradas." In *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2ª Edição, 1998, p. 1.084.



*métodos* complementares, permitindo a compatibilização de esquemas de interpretação com o desiderato de aplicação da norma jurídica. Contudo, essa asserção de métodos complementares não exclui a possibilidade de tais métodos serem insuficientes ou não responderem a critérios honestos de aplicação da norma constitucional.

Ocorre, quando se trabalha com princípios, que a aplicação da norma parte de um *ponto pressuposto* e não propriamente de um *ponto relacionado* com o âmbito da norma – considerando a distinção feita por Friedrich Müller<sup>13</sup>, entre texto da norma, âmbito da norma e programa da norma. O aplicador pode muito bem tomar como ponto de partida uma determinada concepção política com a qual é comprometido ideologicamente, para delinear uma linha de aplicação. Tal hipótese deve ser seriamente considerada na atividade do juiz constitucional, que exerce função de legislador negativo.

A ordem jurídica neste aspecto tende a sofrer acréscimos ou decréscimos em seu conteúdo a partir de premissas *extrajurídicas* que bitolam o interprete e influenciam na decisão quanto ao seu conteúdo material e que, portanto, não se traduzem como decisões puramente jurídicas. Essa possibilidade evidenciada por Ortega y Gasset<sup>14</sup> ao cunhar a expressão "*yo soi yo y mi circunstancias*" demonstra a possibilidade de que fatores *não jurídicos* determinem a normatividade, comprometendo em determinados casos a vontade expressa na Ordem Constitucional, que se substitui pela vontade interpretada do aplicador.

Essas pré-compreensões<sup>15</sup> que aparecem como *tomadas de posição* diante de temas com grande carga de conteúdo político ou moral, en-

13 *Teoria Estruturante do Direito I*. São Paulo: Editora RT, 3ª Edição, 2009.

14 Na frase completa diz: "Yo soy yo y mi circunstancia y si no la salvo a ella no me salvo yo", grafada primeiramente em suas "*Meditaciones del Quijote*", em 1914.

15 Explica o prof. Luís Pereira Coutinho que "*um processo hermenêutico é sempre um processo em que um ente é interpelado ou interrogado por algo e compreende esse algo, naturalmente no âmbito de seu universo de compreensão ou de significação.*" In *A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

volvem valorações que não aparecem desde logo como *escolhas do legislador* constitucional, mas como elemento de transcendência, que inferem princípios *extraconstitucionais* e que envolvem escolhas do interprete.

Como em regra não há uma opção prévia pelo método interpretativo e nesses casos o texto da norma é posto em dúvida quanto ao seu valor e conteúdo semântico, tais opções vagueiam no espectro do vazio normativo dos princípios que os interpretes ponderam preencher com suas próprias compreensões das coisas; não evidenciando assim um compromisso real com a Constituição, revelando uma vontade maior de poder do que realmente uma vontade de Constituição.

A chamada "*nova interpretação constitucional*", que tem em conta a distinção artificial entre *regras e princípios*, considerando na esteira de Ronald Dworkin<sup>16</sup> os princípios como *normas jurídicas* de maior generalidade, que admitem diversas interpretações, abriu o sistema constitucional para conteúdos extrajurídicos – sistema este que passou a ser considerado dialógico e aberto.

Com essa abertura do sistema e na perspectiva da obrigatoriedade, que é intrínseca aos comandos normativos, tornou-se possível aos aplicadores da norma prescrever condutas, sem que tenham sido escolhas reais da maioria dos cidadãos, que compõe a população do Estado. Neste vetor pode o Estado-Juiz impor condutas, as quais o cidadão não estava obrigado (previamente) de forma clara, invertendo o axioma de que aquilo que não é proibido é permitido, axioma fundamental do Estado Liberal e não muito caro ao Estado Social.

Fazendo coincidir Estado com Ordem Jurídica, pois o Estado é organicamente a concretização de sua estrutura normativa; a possibilidade

<sup>16</sup> Canotilho, JJ Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 2ª Edição, 1998, p. 1.033.



de que grupos minoritários se utilizem dos instrumentos jurídicos para contrapor o comportamento cultural da maioria, impondo uma ótica inversa das questões sociais e políticas, tornou-se, na ascensão constitucional dos princípios, uma realidade indiscutível.

O núcleo moral da Sociedade que constitucionaliza o Estado é produto da sedimentação cultural dessa sociedade e de seu conjunto de crenças, prevalecendo em sua organicidade os elementos morais que vetorizam comportamentos individuais. Em sociedades, como a brasileira, que tiveram como fundamento a concepção cristã como sistema mais forte de valores, considerando que a constituição ancestral era uma constituição confessional, esses elementos se tornam prevaletentes ou normogenéticos, e, determinantes para a formação das normas jurídicas e seus institutos.

Sobre este ponto, com a vinda da família real para o Brasil em 1806, e edição dos atos imperiais que se seguiram, restou instituída a confessionalidade da monarquia brasileira, embora se tenha admitido, naquele momento histórico, a liberdade de culto (1808) em locais particulares e sem aparência externa de templo. Esse contexto normativo deu início a formação do Estado brasileiro, com forte escolha religiosa. Estado este que somente se pretendeu independente da Coroa Portuguesa em 1822<sup>(17)</sup>. Traçou-se, então, um lapso temporal até 1889, onde a estrutura da Igreja Católica Apostólica Romana se coadjuvou a do Estado, no regime jurídico denominado de pretorato.

O alvorecer da República em 1889 trouxe consigo a pretensão de separação entre o Estado e a Igreja Católica, fato que foi normatizado

---

17 Lacerda de Almeida, na sua obra *A Igreja e o Estado*, a certa altura do texto, escreve que a "*Constituição Monárquica de 1824, que, declarando região do Estado o catholicismo, tinha de prestar homenagem ao Direito Canonico, aceitava contragosto principios incompatíveis em muitas cousa com o regimen do governo do povo pelo povo adoptado explicitamente e implicitamente pela Constituição do Imperio*". In, *A Igreja e o Estado, suas relações no Estado brasileiro*. Rio de Janeiro, TVP. Revista dos Tribunais, 1924, p. 188.

com a edição do Decreto 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Esse decreto concebido pelos ilustres republicanos Demétrio Ribeiro e Rui Barbosa, evidenciou o fim do pretorato no Brasil e deu início a uma gradual liberdade religiosa a partir do Estado. Igreja e Estado se tornavam duas realidades jurídicas distintas, iniciando-se assim a nação na edição de leis que configurariam o Estado de Direito Nacional; leis, entretanto, fortemente influenciadas pela concepção religiosa da maioria do povo<sup>(18)</sup> que se formara sob o manto da confessionalidade.

O surgimento e crescimento de outras concepções religiosas e dos movimentos protestantes na recente história do Brasil, somados a industrialização e a politização dos grandes temas morais da sociedade, acabaram por engendrar uma nova realidade para o Estado de Direito brasileiro; agora mais próximo de um *núcleo moral* da Sociedade do que propriamente de um *núcleo religioso*, embora essa mesma sociedade permaneça na sua maioria cristã.

A supressão dos pressupostos religiosos da maioria católica na estrutura do Estado, no entanto, não gerou a ausência de pressupostos morais da maioria na sua Constituição, fato constitucional que não se vislumbra apenas na chamada *regra da maioria*, mas, pela substancialização de direitos diretamente ligados a esse núcleo moral sedimentado.

A compreensão de que no cerne de formação do Estado se encontra o chamado *núcleo moral mínimo*<sup>19</sup> é essencial para compreensão de que os valores primordiais são constitucionalizados a partir da ótica da maioria. Esse fator condiciona a interpretação e aplicação das normas jurídicas, não somente porque é a maioria a decidir, o que deve e o que não

18 Até o ano de 1916, quando da edição do Código Civil Brasileiro, a instituição do casamento ainda era regulada pelas normas do direito canônico, consagrando o matrimônio como instituição indissolúvel. Esse núcleo moral de sedimentação do matrimônio gerou a necessidade de constitucionalização da família e a previsão da dissolução do casamento no texto constitucional de 1988.

19 Ver nesse sentido Miranda, Jorge. *Teoria Geral do Estado e da Constituição*. São Paulo: Editora Forense, 2011.



se deve incluir na pauta de direitos fundamentais da Constituição, mas porque é a cultura e a moral dessa maioria que determina as razões dessas decisões.

E, esses elementos acabam por se reproduzirem nos diversos sistemas educacionais que a sociedade dispõe para formação das novas gerações, preservando, assim, um mínimo dessa moral transcendente, como valores essenciais a existência do sentimento de nação de que falou Rudolf Smend, presente no momento original de constituição do Estado.

Na perspectiva da ordenação jurídica, esse *núcleo moral mínimo* se torna um complicador na aplicação do direito, a partir de concepções contramajoritárias, pois, no âmago das questões que envolvem as minorias se encontram valores que admitem diversas interpretações ou, mesmo, diversos graus de concretização; tomando em conta que as normas constitucionais são interpretadas levando em conta valores.

A aplicação das normas jurídicas a partir da concepção de uma *minoría material*, portanto, tem como pressuposto o respeito ao núcleo moral da Constituição que expressa às escolhas da maioria, em temas que são significativos para a vida em sociedade. Esse ponto me parece essencial para entender o problema argumentativo das chamadas posições contramajoritárias, pois os pressupostos morais da maioria funcionam como pendulo para a concretização de direitos de minorias.

Tomando por exemplo o Estado religioso, como no caso das nações que possuem como religião oficial o Islã, onde o *status* religioso da sociedade é sobreposto a qualquer liberdade legislativa<sup>20</sup>, pode ser mais bem entendida a questão da minoria na formação dos atuais Estados

---

20 Há uma tendência atual em alguns países mulçumanos de adotar a Sharia, uma sistema de abertura para o governo legislar sobre alguns temas considerados de competência do Estado, como ocorreu na Líbia com a edição do Código de Kadhafi, chamado de Livro Verde.

ocidentais. No fundamentalismo islâmico não existe espaço para os chamados direitos das minorias sociais, pois as sociedades mulçumanas não se pluralizam (estão presas a um núcleo religioso muito forte), e, portanto, a maioria *não sede espaço jurídico para qualquer minoria*.

Admitir, portanto que a minoria conquiste direito e em consequência espaço político<sup>21</sup>, é próprio dos Estados que se organizam democraticamente sobre pressupostos de tolerância religiosa, sem que a maioria abdique de sua identidade cultural<sup>22</sup>.

Fica, então, assentado que a interpretação ou aplicação de qualquer norma constitucional deve pressupor a existência de uma decisão fundamental da maioria, que define os valores essenciais da República, valores esses traduzidos pela doutrina recente como *virtudes republicanas*<sup>23</sup>; virtudes que são hábitos políticos positivos decorrentes da vivência cotidiana dos valores constitucionais e, impõem a honestidade como princípio interpretativo.

Ora, sendo a justiça constitucional uma *justiça de princípios* como afirmou Gomes Canotilho de forma geral, não pode ela se afastar desse pressuposto pena de torna-la uma *justiça de confronto*. Assim, mesmo quando o interprete esteja lidando com regras constitucionais não as trata como vetores de "*tudo ou nada*", mas com uma roupagem principiológica, *amacinando* sua consistência dura. Os julgamentos nesse âmbito, como demonstra a experiência, tendem, a não esgotarem as questões jurídicas, deixando sempre abertas *válvulas de escape*.

21 A experiência americana no *Judicial Review* demonstra que após decisões que garantiram direitos a minorias a representação política de tais minorias acabou por crescer no parlamento, fruto de uma maior aceitação desses grupos pela sociedade.

22 Diz J. Habermas, com fundamento em Gadamer, que "o modo como nós nos apropriamos das tradições e formas de vida nas quais nascemos e como as continuamos seletivamente decide sobre quem nós somos e queremos ser enquanto cidadãos." In *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Vol I, Rio de Janeiro: editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 201.

23 Paulo Ferreira da Cunha, sintetiza o tema enfatizando a convicção e coerência política, pontuando que " a primeira virtude republicana é de verdadeiro amor à República e de amor aos seus valores: à Liberdade, Igualdade e Fraternidade, e aos caminhos para esta, como Solidariedade e Justiça..." In Revista Latino-Americana de Direito Constitucional. Vol. 11, Diretor: Paulo Bonavides. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2011, pág. 78.



Portanto o sistema de justiça do Estado democrático segrega uma justiça minimalista ou que profere *juízos parciais* sem esgotar o tema decidendo, gerando, neste prisma, *déficits* de aplicação da norma ou, ainda, permitindo uma disseminação das interpretações ou aplicações do direito em causa, nas diversas instâncias judiciais. Jeffrey Shaman <sup>(24)</sup> alerta que os julgadores deveriam levar a sério os chamados fatos constitucionais (*constitutional facts*), pois *decisões* que não os levam em conta acabam por se mostrarem *parciais* ou mesmo incompletas ou arbitrárias.

Nesta linha, quando estão em causa direitos das chamadas minorias materiais, que buscam efetivação de suas pretensões contra a maioria, observando-se um suposto *déficit de proteção*, as decisões deveriam levar em conta todos os *fatos constitucionais* envolvidos. E, não simplesmente dar vazão a uma decisão vaga de proteção do direito da minoria a partir da concepção ou interpretação de um determinado princípio deduzido da Constituição, considerando ser esse fenômeno possível na jurisdição constitucional. Desta forma, quando esse tipo de aplicação da norma ocorre nas sociedades de massa, não levando em conta os fatos constitucionais e os valores da maioria, estamos diante de uma *aplicação parcial* da norma com *déficit* de compreensão jurídica.

A parcialidade na aplicação da norma jurídica que venha formar um precedente jurisprudencial, embora possa num primeiro momento nortear outras decisões, que alarguem ou restrinjam o direito garantido em atuação contramajoritária, acaba por criar uma maior resistência social "à *nova pauta moral*" que a Corte tenta estabelecer ao decidir contra a maioria. Fato dessa natureza se verificou recentemente no Brasil com o julgamento das ADI 4277 e ADPF 132, pelo Supremo Tribunal Federal que fez incluir mais um tipo de família no art. 226 da Constituição Federal, admitindo que pessoas do mesmo sexo formem entidade familiar em antinomia com o expressamente disposto na Constituição.

24 SHAMAN, Jeffrey. *Constitutional interpretation: ilusion or reality*. Westeport and London: Grenwood Press, 2001.

### 3 Breves notas sobre a relação entre jurisdição e política e a formação de uma jurisprudência política

Com vista aos chamados casos de difícil solução (*hard cases*), que geralmente as questões contramajoritárias suscitam, é que se deixa melhor perceber que os tribunais constitucionais não se limitam a decidir questões jurídicas, com discursos fundamentadores e adequados; mesmo porque, o discurso de fundamentação, implica numa tomada de posição de formação da norma jurídica e não simplesmente de sua aplicação, adentrando a temática da separação de funções entre os poderes. Nesses casos a jurisdição constitucional é chamada a intervir em *atos políticos* e devido à relatividade dos conceitos desse quadro, tais discursos se mostram sempre incompletos<sup>25</sup>.

Tais questões multilaterais evocam diversos temas que se interiorizam e não se mostram passíveis de ensejar uma decisão definitiva sobre a matéria. É justamente essa multilateralidade que não permite ao órgão judicial esgotar o tema em julgamento ou mesmo adentrar de forma percuciente nas questões deduzidas, gerando apenas decisões minimalistas ou parciais tendo em vista que o processo de decisão, provém de escolhas e engendram um *discurso pragmático*. Essa superficialidade, que é própria da decisão política, embora no tribunal exija certa argumentação jurídica, torna tênue a força decisória que, segundo Robert Alexy<sup>26</sup>, exigiria argumentos *convincentes*.

25 J. Habermas discorrendo sobre o princípio da universalização do discurso, segundo a proposta de Klaus Günther, anota que "como, porém, nos discursos de fundamentação, não se pode levar em conta ex ante todas as possíveis constelações de casos singulares futuros, a aplicação da norma exige um esclarecimento argumentativo *sui generis*. Em tais discursos de aplicação, a imparcialidade do juízo não é garantida através de um novo princípio de universalização, e sim através de um princípio da adequação", in *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Vol. I, Rio de Janeiro: editora Tempo Brasileiro, 1997, p. 203.

26 Alexy, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

A argumentação como fator de legitimação da decisão é nesse aspecto o ponto crucial para se entender a atuação política de um tribunal, somente com exposições racionais dos motivos, que levam a uma determinada decisão, é que podem os destinatários desses comandos normativos pautarem suas condutas segundo efeitos transcendentais do texto. Contudo, em decisões contramajoritárias tais argumentos nem sempre são justificados ou aceitos pela maioria, tornando a própria decisão um ato de confronto com os fundamentos da democracia<sup>27</sup>.

Em situações como essas, o risco de decisões irracionais é concreto. Na perspectiva de Habermas, como o modelo de ponderação de valores em tais casos leva em conta a força normativa dos direitos fundamentais, esse tipo de ponderação reduz o grau de certeza de tais direitos tornando-os "*moles*", possibilitando decisões "*irracionais*", como se explica Robert Alexy<sup>28</sup>: "*porque para isso faltam critérios racionais, a ponderação efetiva-se ou arbitrariamente ou irrefletidamente, segundo modelos e ordens hierárquicas acostumados*"

Essa relativização própria dos princípios jurídicos leva, segundo Habermas, a juízos de conveniência (*maior ou menor*) quanto à aplicação da norma, permitindo grande margem de discricionariedade na decisão. Quanto a essa situação, Alexy diz que tal possibilidade deve ser levada a sério, pois "*termina na tese que a perda da categoria da correção é o preço para ponderar*"<sup>29</sup>.

Tal linha de pensamento retira um véu que esconde a maior problemática das decisões que se fundamentam em princípios abertos, tocante

27 Segundo Habermas o que justifica a divisão entre o poder legislativo e o poder judiciário é que "*a fim de impor suas decisões – e a execução do direito – a justiça apela para os meios de repressão do aparelho do Estado, passando a dispor, ela mesma de um poder administrativo. Por essa razão a justiça precisa ser separada da legislação e impedida de uma atoprogramação. Dessa maneira se explica o princípio da ligação da justiça ao direito vigente*". *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, p. 216.

28 Habermas, Jürgen. *Direito e Democracia, entre faticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

29 Alexy, Robert. *Constitucionalismo Discursivo*, 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 109.

a questão da divisão de funções legislativas e judiciais. A ponderação, como método judicial de aplicação da norma, suscita a possibilidade do aplicador preencher o conteúdo da norma com suas próprias compreensões sobre o direito válido, desprezando os critérios de correção, afastando-se das encostas da validade da norma<sup>30</sup>.

Como a ponderação decorre do princípio da proporcionalidade – pois se trata de medida de valor; o pouco caso com o âmbito de validade da norma gera essa possibilidade do aplicador invadir a esfera do legislador, para recriar a norma com um novo sentido ou suscitar dela certo grau (parcial) de concreção. Essa inconsistência faz com que a ponderação adentre no terreno pantanoso da relação entre jurisdição constitucional e política.

*A vontade de poder e a vontade de constituição* formam como que dois vetores dessa relação. A reflexão de Ferdinand Lassalle<sup>31</sup> da Constituição como folha de papel frente a fatores reais de poder, tomada às avessas no pós-guerra, quando na reconstrução do constitucionalismo alemão, resultou na crença na constituição, como meio de estabilizar as relações sociais; Porém, esse dado referente a vontade de constituição, com a dicotomia das normas constitucionais, gerou um novo sentido, agora mais ligado à manipulação da Constituição em decorrência daqueles fatores do que propriamente pelo desprezo da Constituição.

A Constituição, nessa nova realidade se torna uma moldura para a situação política, mesmo porque a função do Direito não é o de eliminar a Política, mas apenas de limitar o exercício do poder. Dieter Grimm<sup>32</sup>

30 Ver Sustain, Cass R. *A Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2009, p.2.

31 "Os fatores reais de poder que atuam no seio de cada sociedade são essa força ativa e eficaz que informa todas as leis e instituições jurídicas vigentes, determinando que não possam ser, em substância, a não ser tal como elas são." In *A essência da constituição*. São Paulo: Liber Juris, 1988, p. 11.

32 Como explica o prof. Inocêncio Martins Coelho, na apresentação da edição brasileira da obra de Dieter Grimm, *Constituição e Política*. Belo Horizonte-MG: Editora Del Rey, 2006.



demonstra que é impossível vincular a Política a *princípios imutáveis* através de normas constitucionais, mesmo porque a própria Constituição é fruto de uma decisão política.

A existência de um parlamento democrático composto por representantes escolhidos através do voto popular denota a existência de agentes políticos responsáveis pela edição da Lei. Esse órgão legislativo, que é fruto de uma composição resultante da escolha eleitoral, exerce a função legislativa em singular processo de formação da maioria tendo em vista a aprovação da legislação. Tal atividade, que compreende o princípio da maioria como fundamentação de validade da Lei, gera no sistema democrático uma realidade que não se pode negar de *vinculação dos poderes* constituídos ao ordenamento jurídico, como meio de limitar abusos no exercício do poder.

Como o poder político somente pode se desenvolver no quadro do Ordenamento Jurídico, torna-se inegável que o Direito mantém uma relação contingente com a Política, considerando que através de processos políticos o próprio ordenamento jurídico pode ser modificado ou sofrer rupturas.

Dessa realidade cruel para a jurisdição é que se pode entender a tensão entre o *poder político* que se realiza no âmbito dos fatos sociais e o *poder jurídico*, que se desenvolve no âmbito da validade do direito. Entretanto, quando os juízes se afastam desse âmbito da validade da norma, *status quo* normativo que legitima o uso da força, e, se tornam senhores da norma, os pressupostos de existência do próprio ordenamento jurídico se revolvem, levando a possibilidade real de tomada do poder político pelos juízes.

As decisões contramajoritárias, postas mais no campo do *poder político* que no plano do *poder jurídico*, demonstram que tais medidas pos-

suem fortes componentes legislativos, que colocam o órgão judicial na incomoda função de legislador positivo ou de (re)criador da norma, deslegitimando assim a função judicial. Tais decisões apontam para um excesso no exercício do poder político do tribunal constitucional, formando uma *jurisprudência política* que se insere no sistema de precedentes como resultado uma suposta pratica de integração de valores que se encontram presentes no sistema constitucional<sup>33</sup>.

#### 4 Relação entre maioria e minoria e aplicação da norma constitucional

A possibilidade de inversão de funções no exercício do poder, tomando em conta o entendimento de como se relacionam e se comunicam nas democracias modernas os três poderes republicanos, quando se coloca em causa decisões contrárias ao *princípio da maioria*, carrega de nuvens densas de dificuldades a aplicação de normas constitucionais.

Para adentrar a questão dessas dificuldades, antes pontuo, na perspectiva de Habermas (embora dele destoante em muitos pontos), o que se pode entender contemporaneamente como *soberania*, conceito que tem como liame material a formação comunicativa do poder, que, por constitucionalistas contemporâneos, é tratada como função dialógica das normas.

O discurso de Habermas pressupõe a concordância com o *standard* de que o *princípio da soberania*, donde deriva a fragmentação do poder constitucionalizado, significa que *todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido*, deduzindo que a soberania deriva do *poder comunicativo dos*

33 JJ Gomes Canotilho, Op. Cit... p. 1073.



*cidadãos*<sup>34</sup>. A chamada soberania popular, então, reside na possibilidade de se alterar a Constituição por via de emendas ou com ruptura política e promover sua substituição, o que se pode denominar de poder constituinte permanente ou soberania popular.

A capacidade dos cidadãos fazerem escolhas primordiais para a Constituição do Estado tem como pano de fundo a capacidade racional desses mesmos cidadãos solucionarem problemas mediante processos de discussão e deliberação, para se autodeterminarem. Tais decisões podem decorrer de *consensos* ou da *regra da maioria*. Considerando a possibilidade de consensos, onde *todos* os integrantes do povo anuem com a decisão, estar-se-á diante de decisões consensuais *fundamentais*, decisões essas que resultam nos direitos fundamentais, insulados na Constituição. Essa lógica parece esclarecer que não há dissenso de minoria quanto aos direitos fundamentais positivados, vez que as chamadas minorias os recebem de bom grado e não expressam real discordância quando a sua positivação.

Por exemplo, quando uma sociedade se organiza a partir da necessidade de preservar a *vida* como bem de maior valor individual para cada membro dessa sociedade, estamos diante de uma decisão *consensual fundamental*, que torna a vida um valor supremo, com o qual maioria ou minoria assente; embora tal decisão fundamental não se baseie apenas em opção política da comunidade, mas observe um valor transcendente que nas democracias ocidentais se relaciona diretamente com a tradição religiosa de origem judaico-cristã<sup>35</sup>.

Em razão desse valor, portanto, essa sociedade abdica de outros valores ou interesses menores, relativizando suas escolhas posteriores

34 Diz J. Habermas que " na linha da teoria do discurso, o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político se orienta e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente." In Op. Cit, p. 213.

35 Sobre o tema conferir MACHADO, Jónatas. *Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa. Entre o teísmo e o (neo) ateísmo*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012.

ou derivadas daquela escolha fundamental em prol de uma maior proteção possível a esse bem considerado juridicamente. Essas escolhas intermédias, entretanto, quase nunca decorrerão de consensos, sendo por isso tais decisões, *decisões da maioria*. A decisão fundamental que desvela o consenso, neste prisma, resulta em decisões secundárias onde a reserva do dissenso é plenamente possível, fato que desnivela a regra da maioria e repercute no chamado princípio da igualdade.

Nas antigas democracias diretas, como a ateniense, a decisão da maioria se expressava por sufrágio aberto daqueles aptos a votar em praça pública, resultando em escolhas de *sim ou não*. Esse modo simples de decidir, ainda presente em algumas instituições jurídicas modernas – como na votação de leis nos parlamentos, é que sedimentou a chamada *regra da maioria*.

Para Habermas essa regra da maioria possui uma (*inter*)relação com o *princípio da busca da verdade*, pois a escolha segundo essa regra em determinado momento significa apenas um ponto de partida ou resultado provisório de uma formação *discursiva da opinião*, considerando que essa mesma opinião ou decisão pode ser revista em outro momento com base na mesma regra da maioria ou que uma decisão segundo a regra de maioria de um órgão parlamentar pode ser nulificada por órgão judicial, usando a mesma regra da maioria. As discussões sobre os temas não consensuais, portanto, podem ser retomados indistintamente e resultarem em escolhas da maioria, segundo as contingências do momento histórico da decisão.

Considere-se a decisão de maioria que no momento constituinte de uma república admite a pena de morte, relativizando o valor vida, e, em outro momento, quando outros fatores históricos estão presentes, rechaça essa mesma pena, dando maior valor à vida. Essa possibilidade sempre presente de mudança de opinião da maioria, leva em conta a *regra da minoria* que é o ponto central da chamada soberania popular.

A *regra da dissidência* ou *da minoria* decorre da essência das relações democráticas e é presente em todo processo de tomada de decisão que envolve a relação maioria e minoria. A existência de uma opinião contrária a da maioria, ensejando a reserva de opinião ou de voto minoritário, denota a possibilidade de que a opinião da minoria, pode se tornar em outro momento a opinião majoritária.

A formação de maioria ou minoria no processo de decisão política tem muito haver com o processo histórico da comunidade em confluência com as suas decisões morais fundamentais, que constituem o *núcleo moral mínimo* da Sociedade. É a partir desse *núcleo moral mínimo* que uma Sociedade se constitucionaliza, limitando o poder do Estado e em torno de sua força normativa as questões sociais envolvendo escolhas da maioria gravitam e expressa sua soberania.

Mas, substancialmente a relação maioria/minoria política, que decorre de ideologias quanto a melhor forma de sedimentar o poder, não resolve a relação maioria e minoria material ou o conflito real desses grupos sociais. Existem no meio social grupos minoritários que não se formam em torno de ideologias, mas que se expressam por *comportamentos culturais* ou em razão de outro fator material de aglutinação. Esse elo cultural de ligação é que o caracteriza no meio social como minoria, como se dá no caso de grupos humanos que preservam tradições fortes relacionadas à sua origem étnica e cultural.

Portanto, presente raízes culturais, a regra da maioria como corte histórico, não resolve a questão do discurso democrático em relação às chamadas minorias materiais, pois tais relações dificilmente são resolvidas no campo do discurso. Habermas<sup>36</sup> explica que "*as reservas de decisão da maioria, que tem consequências irreversíveis, apoiam-se na interpretação segundo a*

---

36 Op. Cit., p. 224.

*qual a minoria inferiorizada só dá o seu consentimento e a autorização para a maioria, se ficar assegurada a possibilidade de que ela possa vir a conquistar a maioria no futuro, na base de melhores argumentos, podendo assim modificar a decisão ora tomada."*

Nesta perspectiva o problema da minoria material não se mostra propriamente um problema político ou de argumentação, evidenciando-se que seus argumentos não serão capazes de reverter à decisão fundamental, casos em que a *reserva de decisão* inexistente ou não é forte o suficiente para alterar os padrões culturais da maioria.

Tomemos um grupo étnico, que conserva suas tradições culturais poligâmicas e vive num país em que a maioria adota a família monogâmica, por aspectos religiosos. A decisão fundamental da maioria em proibir a poligamia, dificilmente pode ser revertida a partir da mudança cultural da maioria, decorrente da reelaboração do discurso minoritário. Nesses casos a postura contramajoritária se opõe ao núcleo moral mínimo, que não pode ser alterado sem fragmentar a sociedade e levá-la a conflitos morais.

Quando se suscita questões contramajoritárias em relação a temas que envolvem as minorias materiais, e, não propriamente decorrentes da relação maioria/minoria política, não se está diante de problemas argumentativos. Tais relações suscitam a *proteção da minoria* em razão das decisões fundamentais da maioria, *lugar* que não enseja a aplicação do princípio da isonomia de forma convencional. A igualdade aparece nestas questões, como já pontuou Ronald Dworkin<sup>37</sup>, como *proteção da minoria* tendo em vista um direito de tratamento com igual consideração e respeito e não como forma de igualar direitos (*isonomia*).

Por mais atraente que possa parecer a alguns, o modo de vida da minoria social, suas opções não podem ser sobrepostas por decisões

37 <sup>0</sup> Dworkin, Ronald. *A virtude Soberana*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 256.



de órgãos parlamentares ou judiciais as escolhas da maioria, violando o *núcleo moral mínimo* da sociedade, ou criando uma *simetria* de direitos de uns para com os outros; subvertendo a hierárquica de valores sociais.

Tal axioma torna, nas relações jurídicas contemporâneas, extremamente problematizada a solução de questões que suscitam *decisões contra-majoritárias*, que resultarem em elevado grau de dificuldade de se justificar, tendo em vista contrapor as escolhas da *maioria material* na democracia. Assim, a proteção de direitos com igual consideração e respeito deve ser vista como *garantia de direitos minoritários* e não como *isonomia de direitos entre minorias e maioria*.

Não se trata de positivizar normas que estabeleçam o padrão de comportamento da maioria a partir do interesse da minoria, e, sim de resguardar certo grau de proteção jurídica à minoria, limitando a eficácia da norma positivada pela maioria. A chamada soberania interna reside, portanto, nessa prevalência do núcleo moral mínimo da sociedade politizada, sobre os interesses das minorias materiais, onde a cláusula do direito de recesso de faz inoperante, permitindo a coesão social.

Essa pré-compreensão denota a impossibilidade de que os órgãos que exerçam poder derivado da Constituição possam alterar aleatoriamente valores sedimentados a partir decisões argumentativas; tomando em conta a abertura dos princípios para dados não jurídicos ou como discorrerei a seguir que se utilize de princípios implícitos para refrear a força normativa de princípios positivados, carregados de valores da maioria.

Torna-se indispensável, portanto, nesse tipo de processo decisório, a consulta popular como forma de colher a diretiva da sociedade quanto ao tema substancial, única fórmula razoável de equacionar uma solução para o caso, coerente com a democracia.

## 5 A ponderação de princípios e o recurso a princípio implícito para limitar a concreção de normas da constituição

As decisões fundamentais da maioria que se traduz em normas jurídicas expressas, por processos que levam em conta o *princípio da reserva de opinião*, não se realizam sem considerar o direito de recesso; porquanto a efetivação de tais direitos sugere limites de positivação e acaba por não alcançar toda a carga normativa que deles se espera, em decorrência da *regra da maioria*. Há nisso um claro conflito entre Constituição e Democracia, na visão de Cass Sunstein<sup>38</sup>.

Como em relação à norma dessa natureza existem outras que contém sua ordenação, a força da opção da maioria pela positivação de determinado princípio se deduz da força antagônica contra a sua positivação. Considera-se essa relação antinômica que precede a elaboração da norma como sendo de *taxatividade negativa*, visto que presente como elemento condicionador do processo legislativo que resulta no texto da norma e que oferece limites para o próprio legislador. Esse fator, depois de positivada a norma jurídica, não permitirá consequentemente que a norma assim estruturada alcance o seu grau máximo de efetividade.

Princípios antagônicos e equipolentes tendem a se conterem no âmbito da normatividade, levando a decisões equalizadas em casos que tocam os direitos fundamentais. O prof. Jorge Reis Novais<sup>39</sup> anota não ser estranha essa relativização aos direitos fundamentais, eis que se "*pode dizer a exceção de alguns direitos fundamentais consagrados à título definitivo – direitos de liberdade, mas também direitos sociais –, a generalidade dos direitos fundamentais, incluindo designadamente os direitos de liberdade, também*

38 Ver *Constituição Parcial*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

39 *Direitos Sociais, Teoria dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 103.

*está sujeita a uma reserva geral de compatibilização com outros bens, no sentido de que, apesar da sua natureza material jusfundamental e da sua força constitucional em sentido formal, os direitos fundamentais podem ceder sempre que, através de uma ponderação de bens racionalmente fundamentável, tal seja necessário para garantir outros bens, direitos ou interesses que, no caso concreto, mereçam por parte do Estado uma protecção jurídica que obrigue àquela cedência."*

A noção de que as normas constitucionais fundamentais são substancialmente princípios e que esses princípios são fluidos, admitindo que no caso concreto o processo de concreção os realize em diversos graus, enseja a possibilidade de que bens ou interesses discordantes daquele direito principal, que se deseja concretizar, venham a condicionar sua normatividade, levando a compreensão de uma possível superação do Estado de Direito Legislativo, como sentenciou Zagrebelsky<sup>40</sup>.

E, tomando os direitos fundamentais como arcabouços fortes dos direitos positivados pela maioria, em processo constituinte, pode-se considerar que mesmo estes direitos estão sujeitos a colisões. Robert Alexy<sup>41</sup> disserta sobre dois tipos de colisão, sejam: (i) a colisão em sentido restrito, quando ocorre exclusivamente entre direitos positivados neste catalogo fundamental e (ii) a colisão ampla, entre princípios ou regras não fundamentais com os chamados direitos fundamentais. E, afirma o jusfilosofo que "*não existe catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais e também um tal não pode existir. Isso vale tanto para colisões de direito fundamentais em sentido restrito como para tais em sentido amplo.*"

Assim, examinando os possíveis tipos de colisões desses direitos no quadro da ordenação jurídica, Alexy encontra algo em comum neles, reportando a que todas essas colisões admitem sua solução a partir de

40 <sup>o</sup> *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p. 109 e ss.

41 <sup>o</sup> *Constitucionalismo Discursivo*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, p. 57.

algum tipo de *restrição* do direito em causa, o que, conseqüentemente enseja a conclusão de não existirem direitos fundamentais absolutos <sup>(42)</sup>.

Tal noção de colisão de princípios é essencial para se entender o sistema de ponderação proposto por Alexy na aplicação dos direitos fundamentais. Partindo da tese da vinculação jurídica dos direitos fundamentais, Alexy distingue as normas jurídicas em regras (*mandamentos definitivos*) e princípios (*mandamentos de otimização*); identificando os direitos fundamentais com os *mandamentos de otimização*, que se distinguem das regras pelo seu grau de generalidade e possibilidade de concreção em diversos níveis; entende, assim, o autor alemão que a colisão de direitos fundamentais deve ser vista como *colisão de princípios*, suscitando a solução desse tipo de conflito pela via do método da *ponderação*.

É na ponderação de princípios colidentes que a teoria de Alexy introduz o *princípio da proporcionalidade* e seus três subprincípios para construir uma *metodologia de ponderação* capaz de equilibrar reflexivamente a concreção do princípio em evidência. Decorre dessa hermenêutica dos princípios que a aplicação daquele que se encontra em evidência, segundo a estrutura de proporcionalidade, sofre restrições, minimizando sua força normativa.

Considerados os princípios como normas, dotadas de obrigatoriedade e positivadas em processos democráticos, que levam em conta a vontade da maioria e o dissenso das minorias, esse sistema de ponderação permite que a força de adequação social pretendida pela maioria seja *relativizada* ecoando algo já sentido quando da positivação da norma, contingenciando os interesses das minorias, em prol da convivência plural que permite a Democracia. Bom, quando esse exercício hermenêutico é realizado, tomando em conta a positivação de forma explícita de

42 <sup>0</sup> Op. Cit., p. 62.



princípios fundamentais na Constituição, a questão embora complexa permite a ponderação dentro de premissas internas do ordenamento e que constam do catálogo formal da Constituição.

A ponderação entre princípios explícitos (*efetivamente positivados*) que se encontram postos previamente possui matiz distinto daquela que leva em conta os chamados *princípios implícitos*<sup>43</sup>. Nesses casos, a par de não estar claro a existência e o teor normativo do princípio supostamente interiorizado na norma fundamental, tal mecanismo tem em causa princípio explicitamente positivado pela maioria, servindo-lhe de freio hermenêutico no momento de sua concretização, na ponderação de valores.

É certo que a concepção de Constituição pode levar e leva a diferentes posições interpretativas, considerando que a função de interpretar normas constitucionais resguarda uma forte regulação teleológica. Na "velha" hermenêutica se concebeu a interpretação teleológica como método de interpretação, por se entender que as *finalidades* que a Constituição busca se coloca como instrumento dessa interpretação.

Nesse sentido o professor Marcelo Caetano predicava que: "*o conhecimento das finalidades da Constituição se propõe atingir é fundamental. Porque, em caso de dúvida, a interpretação das suas normas tem de ser feita em função delas, tem de ser teleológica, admitindo-se então que os preceitos jurídicos assumam caráter instrumental*"<sup>44</sup>.

Numa visão panorâmica das correntes norte-americanas que campeiam a interpretação constitucional, JJ. Gomes Canotilho dividiu-as

43 Oswaldo Trigueiro já tratava desses princípios ao enunciar que "(...) em princípio, pois, os poderes dos Estados se estendem a tudo o que não lhes é proibido por norma constitucional federal, ou não haja sido atribuído privativamente à União, quer por preceito explícito, quer por estar implicitamente contido nos poderes expressos." In *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

44 CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Vol. 2. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978, p. 11. Segundo o festejado professor disso decorre que a interpretação deve ser atualista.

em interpretativistas e não-interpretativistas, considerando as primeiras claudicantes diante da apoteose da divisão das normas entre regras e princípios. Entre os não-interpretativistas o professor de Lisboa coloca em destaque Ronald Dworkin defensor da concepção substantiva de Constituição que sobreleva da Constituição onde o direito da maioria é limitado pelos direitos das minorias, levando em conta os *standards* como cláusulas de abertura para dados não jurídicos, sem o comprometimento da objetividade da interpretação e que coloca como tarefa do juiz a *mediação de princípios*.

Essa distinção resultante das formulações teóricas da doutrina norte americana que possui um texto constitucional bastante sintético, *importadas* pela doutrina brasileira num esforço de adaptação com enxertos do constitucionalismo alemão, conduzem elementos de instabilidade sistêmica que digladiam entre o subjetivismo da interpretação e o objetivismo.

A distinção entre princípios e regras constitucionais, base teórica da nova hermenêutica constitucional e do sistema de ponderação de Alexy leva a um distanciamento do interprete do texto constitucional que acaba desvalorizando a Constituição como instrumento de governo. A compreensão de que os princípios são normas de maior abstração do que as regras, passíveis de concreção em diversos graus possibilita que sejam compreendidos de diversas formas; ou que sejam descobertos no texto constitucional, sem que estejam claramente referidos.

Dessa possibilidade hermenêutica é que se pode distinguir princípios claramente implícitos que decorrem de uma técnica sedimentada pela velha hermenêutica e princípios obscuros, decorrentes da concepção desses princípios como *standards* e que são repercutidos na jurisprudência como porta de entrada no sistema jurídico.



Como no Brasil se tem creditado aos princípios uma função normogénética, ou seja: a capacidade de gerarem outras normas e por conta disto funcionarem como fundamento das normas jurídicas infraconstitucionais, tem-se por resultado disso a compreensão de que tais princípios devem ser vistos como superiores dentro do próprio corpo normativo da Constituição, mesmo que não estejam expressamente transcritos no texto da norma fundamental. Tal característica dos princípios extraídos da Constituição, adentra na metódica jurídica como cânone interpretativo que permite, dado a lassidão desses *standards*, que o interprete busque na realidade político-social elementos para aplicar as normas constitucionais.

A interconexão entre os textos vagos dessas normas, tidas como princípios supernormativos, com a realidade política social permite ao aplicador extrair da Constituição significados normativos que podem conflitar com o a própria finalidade da norma fundamental (ou mesmo com o *ethos social*); risco bastante plausível quando o aplicador "descobre" novos direitos ou recorre a princípios implícitos supostamente insertos no texto constitucional para condicionar a normatividade.

É nessa seara que o Supremo Tribunal Federal tem usado argumentos extrajurídicos para extrair tais princípios (*implícitos*) da Constituição, com o enfoque de que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do sistema de princípios positivados. Ocorre que numa Constituição prolixa como a brasileira, o recurso a esse tipo de hermenêutica, própria da sistemática constitucional norte-americana<sup>45</sup>, que os correlacionam ao poder que emana do povo (oriundo da fórmula *nós o povo...*), acaba por sobrelevar a presença de princípios fortes na constituição.

45 A 9ª Emenda da Constituição Americana dispõe: "The enumeration in the Constitution, of certain rights, shall not be construed to deny or disparage others retained by the people".

Admitido esse tipo de manobra no julgamento de *casos difíceis* (*hard cases*), o sistema jurídico se abre para que a descoberta (*criação*) de norma *pos factum* limite a aplicação de norma jurídica constante do catálogo da Constituição, inseridos pela vontade da maioria. Neste aspecto, a atividade legislativa do criador da norma, com a participação de centenas de parlamentares que extraem sua legitimidade de processo de escolha popular, resta obstada pela simples declaração de que haveria no sistema uma norma implícita – há ser descoberta ou revelada, limitativa da força de uma norma expressa no texto constitucional.

Tal possibilidade além de colocar em causa a chamada ponderação de princípios demonstra que o tribunal constitucional pode, em determinados momentos históricos, tomar a si a função de *legislador positivo* e criar a norma, indo além da competência que lhe é assegurada na Constituição para decidir questões constitucionais, fenômeno conhecido na doutrina americana como "*towards juristocracy*".

A problemática aqui sugerida trás à luz a questão do ativismo judicial ou decisionismo, que permite a invasão de espaços democráticos do poder legislativo, sob o argumento da existência de *brancos normativos* na Constituição<sup>46</sup>. Utilizando-se o Judiciário do sistema de ponderação para limitar a vontade positivada pela maioria, expressa através da edição de norma jurídica no momento constituinte, adentra em temas morais ou politicamente controversos, subtraindo a legitimidade do parlamento decidir tais questões<sup>47</sup> e em último grau relegando a vontade da maioria do povo.

46 Segundo Luís Roberto Barroso "*essa idéia é desenvolvida na doutrina americana sob a denominação de doutrina dos poderes implícitos, que teve como marco histórico o julgamento do caso McCullough vs. Maryland*". In *Interpretação e aplicação da constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

47 O STF em casos recentes admitiu a união entre pessoas do mesmo sexo como passível de formar família e o aborto de anencéfalos, sem que o parlamento houvesse se manifestado sobre esses temas.



A ponderação entre princípios claramente expressos na Constituição é que gera a atividade de *ponderação estruturada* de proporcionalidade; considerando que tais princípios constantes na mesma fonte normativa possuem o mesmo valor jurídico e que o conflito precede a própria posituação das normas, proporciona a aplicação do princípio prevalente em determinado grau, levando em conta as circunstâncias do caso concreto.

No entanto, e aqui situo o ponto principal dessa abordagem, a limitação da aplicação de um princípio positivado na Constituição por outro, supostamente implícito no texto constitucional, decorre de atividade política do Judiciário, que se sobrepõe a atividade legítima do legislador constitucional. Essa manobra causa um *déficit* de normatividade do princípio em prevalência, sugerindo parcialidade na aplicação da norma constitucional ou criação da norma pelo Judiciário.

A proposição de Alexy de que a tarefa de aplicação da norma jurídica deixa de ser um labor de subsunção do fato a norma, restringindo esta tarefa as questões, que suscitam a aplicação de regras jurídicas, para admitir a aplicação de princípios como labor de *ponderação*, demanda problemas atinentes à coerência do sistema jurídico.

Sabe-se que a partir da *pretensão de unidade* do Ordenamento Jurídico surge a questão da coerência dessa ordenação, na perspectiva de que as normas pertencentes a essa ordenação mantenham um mínimo de coesão. Portanto, o conflito entre normas jurídicas suscita processos de acomodação desses conflitos, impedindo o esfacelamento da Ordenação Jurídica.

Tratando-se de um conflito entre regras, como *mandamentos definitivos*, a mecânica sugerida é de permanência de apenas uma norma no sistema, com a exclusão daquela considerada destoante daquele *espírito de unidade*

da Ordenação Jurídica. Para esse fim, positivam-se regras para a solução dessas antinomias, definindo-se os critérios de exclusão daquelas que não se compatibilizam no sistema.

Relativamente aos princípios, positivados na mesma sede, a solução sugerida na doutrina e prática constitucional é de que esses não se excluem, diante da sua vagueza normativa, permitindo uma solução que compatibilize a sua existência no sistema. Nesses casos o aplicador estaria autorizado a realizar ponderações de valor, de bens ou de interesse, para justapor um princípio ao outro, resolvendo o caso concreto com vista a fazer prevalecer um destes princípios positivados.

Ocorre que soluções dessa natureza levadas a cabo por tribunais, que demandam valores, bens ou interesses, fragilizam as escolhas da maioria – quando positivam normas jurídicas. A ponderação, com vista a dar efetividade a direitos da minoria contra a maioria, introduz componentes políticos na seara da decisão jurídica e torna lânguido o *princípio democrático*.

Em tais casos, levando em conta os princípios efetivamente positivados, essas decisões contramajoritárias, sofrem críticas quanto à legitimidade dos tribunais constitucionais para decidir contra a maioria. Tem-se em conta que as escolhas legislativas são feitas por órgãos democráticos, quando seus representantes são escolhidos pela via da eleição, enquanto a escolha de juízes que compõem tribunais constitucionais observa outro sistema de escolha.

A descoberta de um princípio implícito, para servir de *contrapeso* na aplicação de outro princípio ou para preponderar nessa aplicação, obedece à outra lógica. Naquele caso se está diante de dois princípios positivados, nesse outro, o tribunal saca da cartola um princípio "implícito" para limitar ou sobrepô-lo a outro princípio que se já encontrava explicitado na Constituição.



Essa possibilidade, conluo, gera um déficit de aplicação da norma constitucional efetivamente positivada em favor de norma criada *pos factum* pelo próprio aplicador, alargando o poder político do tribunal constitucional, que assim supera seus próprios limites de concreção de normas constitucionais.

## 6 Conclusão

O Supremo Tribunal Federal, embora não o faça constantemente, utiliza-se de princípios implícitos para limitar a força de normas criadas pelo legislador no processo constituinte originário, partindo da *autoinferência* de que como interprete da Constituição lhe cabe à função de desvelar o sentido da norma ou mesmo de descobrir novos sentidos para o texto normativo e, em determinados casos o faz de forma expressa e declarada.

Um dos recursos dessa moderna sistemática de concreção de normas consiste na descoberta de princípios implícitos ou imanentes ao direito positivo, que estariam ocultos no texto da norma. Esta tarefa de descobrir ou revelar tais princípios segue a lógica de que não se poderia positivizar a norma "x" sem pressupor que essa norma deriva do princípio "y", sendo que este princípio mesmo que não escrito se encontra nela implícito.

O método de extrair princípios implícitos do âmbito da norma positivada não era estranho aos hermeneutas, tal atividade foi, aliás, bastante comum na primeira fase do positivismo, quando se sistematizaram as primeiras codificações, pois a noção da existência de direito não positivado se fazia bem presente naquele momento. Aliás, recorrer aos chamados *princípios gerais do direito*, para colmatar lacunas no ordenamento

positivo, era uma possibilidade que a própria lei autorizava, comum nas leis introdutórias às codificações civis.

Com a nova fase do positivismo jurídico, denominada por alguns teóricos de *pospositivista*, a utilização desse recurso hermenêutico passou a atender outros interesses, não mais circunscrito na integração do sistema jurídico, em determinada medida mais voltados por concretizar direitos ou conceder maior efetividade a estes mesmos direitos.

Por outro lado, a descoberta de "*novos princípios*", que estariam implícitos na Constituição como norma positiva em decorrência da atividade constituinte originária, pode atender a necessidade contingente de limitar direitos consagrados expressamente pela maioria em prol da minoria, na atividade hermenêutica chamada de contramajoritária.

Havendo um princípio implícito, não escrito de forma expressa e direta no texto constitucional, a limitar o direito expresso e positivado pela maioria, esse suposto princípio deve atuar para diminuir a força de concreção do princípio da maioria. Tal lógica, mesmo que não declarada no corpo das decisões do Tribunal Constitucional é, nos casos da atividade contramajoritária a sua meta concreta.

Na percepção deste artifício ideológico de atuação contramajoritária da Corte Constitucional, é que abordei no presente trabalho, alguns dos temas relacionados à normatividade da Constituição e sua concreção, tentando compreender os efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas na atividade legislativa parlamentar.

A construção do texto e a pesquisa da possibilidade de que os chamados princípios implícitos possam estar recorrentes nas decisões com verniz antimajoritário, demonstram na verdade a



possibilidade de que o Tribunal Constitucional atue como órgão de extensão do poder originário, no mesmo nível da produção de emendas constitucionais.

Situando-se na posição de legislador derivado o Tribunal composto por uma pequena minoria de pessoas nomeadas para o cargo por representante eleito, pode em determinadas circunstâncias históricas deter o poder regulador da Constituição, operando mudanças normativas não queridas pela maioria do Povo ou mesmo contingenciar as decisões da maioria parlamentar, que atuam na representação direta dos cidadãos.

Tal possibilidade se antepõe ao argumento de que somente o legislador constitucional pode reformar a Constituição, via de procedimento de emenda à constituição, regulado no próprio texto constitucional e que exige a atuação das duas casas legislativa e quorum especial. Com isso, as tendências de justificação da revisão judicial das leis em decorrência da supremacia da Constituição, perde força<sup>48</sup>.

Quando se admite que normas introduzidas expressamente na Constituição por decisão qualificada sejam contingenciadas por disposição que somente pode ser deduzida do contexto normativo, estamos diante de um significativo fato constitucional, onde a aplicação da norma é obstada ou tem sua capacidade normativa reduzida, por escolhas do interprete.

Tratando-se de escolhas que revelem uma opção contramajoritária, onde a escolha da maioria por um determinado sentido da norma, ou por um grau maior de sua eficácia, sofre restrições, somos levados a um terreno onde o controle da constitucionalidade da lei disputa espaço com as escolhas da maioria.

---

48 Tal fato também pode ser verificado quando a Corte Constitucional exercita o controle de constitucionalidade de Emenda Constitucional.

Argumentar que a opinião da maioria parlamentar não representa a verdadeira opinião da maioria dos cidadãos não se apresenta relevante para justificar esse tipo de manipulação da norma, quando o que se pretende é contingenciar ou mesmo ilidir um determinado sentido normativo ou mesmo a intensidade de concreção da norma.

Assim, a utilização de princípio não expressamente escrito no texto Constitucional para alterar ou limitar o programa normativo se revela uma atividade contramajoritária, que desvela um papel da Corte Constitucional de reformador da Constituição e que coloca em causa a soberania popular.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica. A Teoria do Discurso Racional como Teoria da Justificação Jurídica.** São Paulo: Editora Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo Discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito, Razão, Discurso. Estudos para a filosofia do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

ALMEIDA, Lacerda de. **A Igreja e o Estado, suas relações no Estado brasileiro.** Rio de Janeiro, TVP. Revista dos Tribunais, 1924.

APPIO, Eduardo. **Direito das Minorias,** São Paulo: Editora RT, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2008.



\_\_\_\_\_. **A Nova Interpretação Constitucional.** Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Interpretação e aplicação da constituição – fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora.** São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

CANOTILHO, JJ Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** Coimbra: Livraria Almedina, 2. ed., 1998.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional. Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2011.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Interpretação Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

COUTINHO, Luís Pedro Pereira. **A Autoridade Moral da Constituição. Da Fundamentação da Validade do Direito Constitucional.** Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Virtudes Republicanas.** Revista Latino-Americana de Direito Constitucional. v. 11, Diretor: Paulo Bonavides. Fortaleza: Edições Demócrito Rocha, 2011.

DWORKIN, Ronald. **A virtude Soberana.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GRIMM, Djeter. **Constituição e Política.** Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre faticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, Vol. I, 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito e Democracia, entre faticidade e validade.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. II, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.

LASSALLE, Ferdinand. **A Essência da Constituição.** Rio de Janeiro: Editora Liber Juris, 1988.

MACHADO, Jónatas. **Estado Constitucional e Neutralidade Religiosa. Entre o teísmo e o (neo) ateísmo.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados Editora, 2012.

MARTOS, José S. Montilla. **Minoria Política y Tribunal Constitucional.** Madrid: Editorial Trotta, 2002.

MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Teoria Geral do Estado e da Constituição.* São Paulo: Editora Forense, 2011.

MÜLLER, Frederich. **Teoria Estruturante do Direito I.** São Paulo: Editora RT, 3ª Edição, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais, Teoria dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2010.



SHAMAN, Jeffrey. **Constitutional interpretation: ilusion or reality**. Westeport and London: Greenwood Press, 2001.

STRECK, Lênio. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2003.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica Jurídica em Crise**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

SUNSTEIN, Cass. **Constituição Parcial**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

TRIGUEIRO, Oswaldo. **Direito Constitucional Estadual**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

#### Referência do texto

VILLAS BOAS, Jeronymo Pedro. O recurso a princípio implícito para limitar a concreção de normas da constituição, como atividade contramajoritária. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 195-238, jan./jun. 2013.



# Jurisdição constitucional: critérios de legitimação democrática<sup>1</sup>

## **José Raimundo dos Santos Costa**

Juiz de Direito do Estado de Pernambuco. Especialista em Filosofia e Direito Público e Privado pela UFPE. Mestre em Gestão Pública pela Universidade Federal de Pernambuco. Mestrando em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professor da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco e da Universidade Salgado de Oliveira.

## SUMÁRIO

Introdução. **1** As várias faces da democracia. **2** Teorias Legitimadoras da Jurisdição Constitucional. **2.1** Considerações propedêuticas. **2.2** Teoria da opção não democrática. **2.3** Teoria da Constituição democrática. **2.4** Teoria do argumento Institucional. **2.5** Teoria Procedimental. **2.6** Teoria Funcional. Considerações finais. Referências.

## Introdução

Quando se fala de jurisdição constitucional, não se pode deixar de primeiro enxergar os fundamentos de seus críticos, que indagam: como pode ser justificada, no contexto democrático, a atribuição ao juiz do poder de controlar a atividade da maioria parlamentar? A vitória da democracia no mundo contemporâneo não se fez sem a uma longa cami-

<sup>1</sup> Artigo extraído do relatório apresentado no Curso de Mestrado em Direito Constitucional, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, como requisito parcial para aprovação na disciplina Justiça Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Miguel Nogueira de Brito.

nhada e sem grandes sacrifícios. Não seria um retrocesso a atribuição ao juiz do poder de controle sobre a democracia?<sup>2</sup>

O desafio de responder a estas questões pode parecer superado nos países onde já foi feita a opção por um modelo de controle judicial de constitucionalidade, como o Brasil. Contudo, deve ser lembrado que, num regime democrático, todas as decisões políticas estão sujeitas à críticas e também à revisão.

Por outro lado, mesmo nos países que adotaram explicitamente a jurisdição constitucional, encontram-se em aberto questões relativas ao seu alcance e profundidade, uma vez que elas não podem ser resolvidas exclusivamente por regramentos abstratos. Questão essa que está diretamente relacionada com a interpretação judicial da constituição.

A objeção à compatibilidade da jurisdição constitucional com a democracia justificaria a postura de autocontenção por parte do juiz constitucional, já a demonstração de compatibilidade pode autorizar postura mais ativa do juiz na resolução de controvérsias constitucionais.<sup>3</sup>

A atuação do Poder Judiciário no exercício do controle da constitucionalidade suscita dúvidas sobre a possibilidade de um Poder sem legitimação democrática, considerando, o investimento da função por processo não eleitoral, ter a competência de invalidar ato de um Poder eleito, seja ele o executivo ou o legislativo, constituindo-se dessa forma um Poder contramajoritário.<sup>4</sup>

Assim, a compreensão do papel da jurisdição constitucional passa pelo conceito de democracia adotado e este conceito é que deverá guiar a atuação do juiz constitucional.

2 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 110.

3 *Idem*, p. 111.

4 MEDEIROS, Bernardo Abreu de, 2011, p. 533



O presente relatório pretende explicar as principais teorias que buscam justificar a legitimação da jurisdição constitucional, considerando o regime democrático de direito.

## 1 As várias faces da democracia

São várias as concepções sobre democracia. Há quem entenda que ela significa apenas a possibilidade de destituição de governo sem derramamento de sangue, outros entendem que ela não pode ser dissociada de conteúdo material, quer fundado no princípio da igualdade, quer limitado por direitos fundamentais<sup>5</sup>.

Uma concepção de democracia que é muito recorrente e que decorre da própria etimologia da palavra é de que democracia seria o “governo do povo”. Um governo do povo no sentido de que haja uma efetiva participação do povo no governo.<sup>6</sup>

Entretanto, a democracia moderna é muito diferente da democracia antiga. Esta era a democracia direta, cuja característica principal era a participação direta dos cidadãos processo de tomada de decisões políticas. Na concepção de participação do povo, era o povo que tomava, em assembleia, as deliberações de governo. A democracia contemporânea, entretanto, transformou-se numa democracia indireta, na qual o governo continua sendo “do povo”, contudo, é exercido por meio de representantes eleitos pelo povo. Esses representantes eleitos, devem agir dentro de um espectro de poderes delimitados internamente pela separação dos poderes e, externamente, pelos direitos fundamentais do homem.<sup>7</sup>

5 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 112

6 *Idem*

7 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2009, p. 30

Para Dalmo de Abreu Dallari, a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e a igualdade de direitos são os três elementos caracterizadores do regime democrático.<sup>8</sup>

Ressalta-se que uma das dimensões da dignidade do cidadão é concessão, pelo Estado, do direito de intervenção na vida política da sociedade em que está inserido, consagrado no reconhecimento da capacidade de eleger e de ser eleito, o que exprime a supremacia da vontade popular.<sup>9</sup>

Para o Estado liberal, entretanto, a liberdade foi eleita como sendo o direito fundamental de maior relevância, em razão da necessidade de conter os abusos do Estado, que deveria ficar reservado a uma atitude passiva e não de interferência nos assuntos privados.<sup>10</sup>

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira filho, no modelo institucional que hoje se reconhece por “democracia”, o primeiro ponto a sublinhar é exatamente o caráter representativo do governo, mas esse caráter não caracteriza por inteiro a democracia, uma vez que a representatividade expressa um governo de poderes com extensão limitada, decorrente por um lado, do reconhecimento de direitos fundamentais, naturais, inalienáveis e imprescritíveis que possui cada indivíduo e por outro lado, de divisão funcional que deve ser imposta ao poder governamental, através da separação dos poderes, com a independência do Poder Legislativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, formando, assim, um sistema equilibrado de freios e contrapesos.<sup>11</sup>

Segundo Sergio Fernando Moro, invocando Robert A. Dahl, “a palavra ‘democracia’ é normalmente utilizada para designar um conjunto

8 DALLARI, Dalmo de Abreu, 2007, p. 150-151

9 CANELA JUNIOR, Osvaldo, 2011, p. 50-51

10 CANELA JUNIOR, Osvaldo, 2011, p. 51

11 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, 2009, p. 30-31

específico de regras ou princípios, uma constituição, que determina como serão tomadas as decisões de uma associação política, na qual todos os membros são tratados como se fossem igualmente qualificados para participar do processo de tomada de decisões. A democracia e o governo do povo estariam fundados no princípio material de que todos os membros da associação devem ser considerados como politicamente iguais.<sup>12</sup>

Tratando-se a democracia como um ideal a ser atingido, a questão se desloca da discussão abstrata sobre a sua definição para a perspectiva mais pragmática da identificação de que instituições são exigidas pela democracia.<sup>13</sup>

Segundo Robert A. Dahl<sup>14</sup> seriam próprias das democracias modernas as seguintes instituições: *a) oficiais eleitos; b) eleições livres, justas e periódicas; c) liberdade de expressão; d) fontes alternativas de informação; e) liberdade de associação e f) cidadania inclusiva.*

Observa-se que nesse rol não consta a “jurisdição constitucional” como instituição imprescindível à democracia, principalmente se considerarmos que alguns países qualificados como democráticos simplesmente não adotam sistema de controle judicial de constitucionalidade, como a Inglaterra.<sup>15</sup>

Não sendo imprescindível para a democracia, a jurisdição constitucional é pelo menos com ela compatível? Não queremos afirmar que a legitimação da jurisdição constitucional dependerá necessariamente desta compatibilidade. Até porque a opção pela jurisdição constitucional, não é suficiente para desqualificar um regime político de demo-

12 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 113, fazendo referência a Robert A. Dahl, na obra *On democracy*, p. 37.

13 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 113

14 Citado por MORO, Sergio Fernando, 2004 às fls. 114, na obra *On Democracy*, p. 85.

15 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 114

crático, salvo se a democracia for definida exclusivamente como um processo de tomada de decisão, no qual deve ser ampla a influência da vontade popular.

Quem apresenta uma resposta interessante para esse impasse é Ronald Dworkin, que, reformulando o próprio conceito de democracia, refuta as concepções processuais e defende o ponto de vista de que a democracia é mais do que uma questão de processo ou procedimento. Para Dworkin, não basta a adoção de instituições representativas e majoritárias, mas seria necessário a avaliação das políticas públicas, na medida em que a democracia não revela pelo processo de criação de leis, mas pelo conteúdo dessas leis.<sup>16</sup>

Dworkin entende que democrático é o estado no qual o povo se auto-governa (governo do povo) e o cidadão se sinta membro da comunidade e do governo e, para isso, é necessário que o governo trate todos os cidadãos como tendo igual status moral e político, ou seja, livres e iguais.<sup>17</sup>

Com essa formulação Dworkin pretende compatibilizar a jurisdição constitucional com a democracia, assim, o foro judicial pode servir melhor para avaliar as leis de um país, que decorrem de princípios majoritários do parlamento se sobrepões aos princípios democráticos de igualdade e liberdade.<sup>18</sup>

Nessa linha de raciocínio conclui o citado autor que a jurisdição constitucional não é incompatível com a democracia, esta sob a concepção dependente de resultados substantivos, ou seja, aquela mais apropriada

16 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 116-117, citando comentário de Frank Michelman acerca da teoria de Ronald Dworkin, (MICHELMAN, Frank I. *Brennan and democracy*, p.7).

17 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 116-117, citando Ronald Dworkin, *Freedom,s Law: the moral reading of the American Constitution*, p. 7-8.

18 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 116-117, citando Ronald Dworkin, *Freedom,s Law: the moral reading of the American Constitution*, p. 30-32.



para a produção de decisões compatíveis com o princípio material de que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração.<sup>19</sup>

Essa visão substantiva de democracia pretende fornecer a base para legitimar a jurisdição constitucional num regime democrático, desde a formulação das políticas pública seja atribuída majoritariamente a instituições com perfil democrático, como o parlamento, a atribuição do poder de controle ao juiz constitucional não desqualificaria um regime político democrático.<sup>20</sup>

## 2 Teorias legitimadoras da jurisdição constitucional

### 2.1 Considerações propedêuticas

Segundo Hans Kelsen, “a busca político-jurídica por garantias da constituição, ou seja, por instituições através das quais seja controlada a constitucionalidade do comportamento de certos órgãos de Estado que lhe são diretamente subordinados, como o parlamento ou o governo, corresponde ao princípio, específico do Estado de direito, isto é, ao princípio da máxima legalidade da função estatal.”<sup>21</sup>

Sobre esse tema é possível chegarmos a diversos pontos de vista segundo a opção concebida em cada Constituição, considerando o modelo de separação dos poderes que adota, particularmente em relação a garantia constitucional adotada, ou seja, se há a delegação a alguma instituição do poder de controlar a conformidade à constituição de certos atos do Estado.<sup>22</sup>

19 MORO, Sergio, 2004, p. 118.

20 MORO, Sergio, 2004, p. 118.

21 KELSEN, Hans, 2003, p. 239

22 *Idem*, p. 240

Segundo Georges Abboud, “a jurisdição constitucional possui como primeira grande tarefa instrumentalizar a função primordial do próprio constitucionalismo, qual seja, coibir os excessos do Poder Político”.<sup>23</sup>

A função da jurisdição constitucional é, em última análise, decidir com autoridade, os casos de violação ao texto constitucional, na proteção das minorias e na limitação do poder público.<sup>24</sup>

Para Kelsen a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder, logo a garantia da constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados.<sup>25</sup> O problema, segundo Kelsen, é que “nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia – na totalidade ou em parte – o exercício do poder e que, portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la”.<sup>26</sup>

Passemos então à análise das principais teorias que pretendem legitimar a jurisdição constitucional.

## 2.2 Teoria da opção não democrática.

A jurisdição constitucional pode ser justificada como uma opção política, pela incompatibilidade entre a democracia e a jurisdição constitucional, sem admitir que isso fosse uma questão problemática.<sup>27</sup> Os estados democráticos e sociais de direito não têm por base apenas o

23 ABOUD, Georges, 2011, p. 101

24 *Idem*, p. 102-103

25 KELSEN, Hans, 2003, p. 239.

26 KELSEN, Hans, 2003, p. 239.

27 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 121

princípio democrático, mas também o princípio do Estado de direito e do Estado Social.<sup>28</sup>

Sob esse aspecto o pensamento contemporâneo concebe a teoria “não democrática” desde que a constituição seja compreendida no escopo do pensamento liberal, ou seja, como instrumento destinado a garantir direitos, a defesa da jurisdição constitucional pode ser feita apelando-se para esses direitos e não para argumentos democráticos. Nessa concepção, o objetivo da Constituição seria primordialmente “proteger direitos contra decisões da maioria política”, por esse motivo se faz necessário atribuir a guarda da Constituição a uma instituição independente da maioria política.<sup>29</sup>

Esse caráter não democrático da Jurisdição constitucional pode ser verificado em constituições que contêm normas cuja alteração é vedada inclusive pela maioria política. São denominadas “cláusulas pétreas”. É o caso da Constituição Brasileira que impõe limites materiais à reforma da Constituição no art. 60, § 4º.<sup>30</sup>

### 2.3 Teoria da Constituição democrática

Teoria na qual se destaca o caráter democrático da Constituição. Assim, a Constituição é compreendida como sendo um produto da von-

28 O Estado do Direito e o princípio democrático encontram suas bases no pensamento político do século XVIII, enquanto o Estado Social se desenvolveu durante os séculos XIX e XX, significando, em síntese, a submissão do *status quo* à deliberação democrática.

29 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 125

30 Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

tade do povo, não tendo os representantes por ele eleitos para as legislaturas ordinárias o direito de substituir o próprio povo, modificando a Constituição. Por esse prisma, a jurisdição constitucional seria legitimada com base em argumentos democráticos, uma vez que ela teria por função proteger o produto da vontade do povo contra um desvio de seus representantes.<sup>31</sup>

Segundo Alexander Hamilton essa concepção não significa que o Poder Judiciário seja superior ao Legislativo, mas que o poder do povo é superior a ambos e que, quando a vontade do legislativo, declarada na lei, está em oposição com a do povo, declarada na Constituição, é a esta que os juízes devem obedecer.<sup>32</sup>

Bruce Ackerman<sup>33</sup>, por sua vez, conferindo uma feição moderna à teoria desenvolvida por Hamilton, defende uma concepção dualista da democracia, fazendo uma diferenciação entre a legislatura constituinte e a legislatura ordinária. Para Ackerman o legislador constituinte, em face de se estabelecer, normalmente, no momento de uma ruptura institucional, favorecendo uma mobilização da sociedade, se justificaria entender que a constituição decorre da vontade do povo. Por outro lado, a legislatura ordinária, sendo delegada do povo, estaria destituída de legitimidade para alterar ou violar a Constituição.

Assim, eventual alteração da constituição pelo legislador ordinário justificaria o controle desse ato pela jurisdição constitucional.

Segundo Georges Abboud, para a existência de uma jurisdição constitucional são necessários a existência simultânea de sete requisitos.

31 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 128

32 HAMILTON, Alexander et al, 1979, p. 173

33 Citado por MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 129. ACKERMAN, Bruce. *We the people: Foundations*.

O primeiro desses requisitos é a constituição de um órgão constitucional, com função expressa de guardião da Constituição.<sup>34</sup> No Brasil o artigo 102 da Constituição Federal de 1988 atribuiu essa função ao Poder Judiciário, através do Supremo Tribunal Federal.<sup>35</sup>

O segundo requisito, continua o mesmo autor é a “legitimação democrática”. Dessa forma, a composição dos Tribunais Constitucionais deve ser feita observando o princípio da democracia, possibilitando, assim, a participação de todos os Poderes e, mesmo de forma limitada a participação da sociedade civil, na sua composição.<sup>36</sup>

O Parágrafo Único do artigo 101, da Constituição Federal do Brasil atribui a competência ao Presidente da República o poder de nomeação dos Ministros que compõem o Supremo Tribunal Federal, após a aprovação pelo Senado federal.<sup>37</sup>

O terceiro requisito para a concretização da jurisdição constitucional autônoma é a publicidade, que deve ser assegurada no plano formal e no plano material, ou seja, deve ser assegurada a publicidade dos atos processuais da jurisdição constitucional.<sup>38</sup>

O quarto requisito exige que a corte constitucional deve desenvolver uma atividade jurisdicional racional e estável, assim, devem as decisões serem devidamente e solidamente fundamentadas, a fim de evitar alterações surpreendentes para os jurisdicionados, porém, deve conter mé-

34 ABBOUD, Georges, 2011, p. 102

35 Constituição Federal. Art. 102. Compete ao Supremo tribunal Federal, precipuamente a guarda da Constituição, cabendo-lhe (...)

36 ABBOUD, Georges, 2011, p. 102

37 Art. 101. O Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada.

Parágrafo único. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal serão nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal.

38 ABBOUD, Georges, 2011, p. 103.

todos racionais de revisão afim de assegurar a atualização da legislação através da interpretação judicial.<sup>39</sup>

O quinto requisito consiste no estabelecimento na Constituição da competência funcional da corte constitucional.<sup>40</sup>

O sexto requisito exige que dentro das competências fixadas pela Constituição para a Corte Constitucional deve haver “a possibilidade de o Tribunal as seguintes funções através de seus julgados: (a) garantir a proteção e a concretização de direitos fundamentais dialogando inclusive com os pactos internacionais de direitos humanos; (b) permitir a proteção da democracia e do Estado Democrático de Direito, ou seja, a primazia da Constituição Federal; (c) assegurar o equilíbrio entre os três poderes; (d) resguardar o pluralismo e com ele a proteção das minorias de todo o tipo; (e) contribuir para a inserção pacífica do Estado Constitucional nas comunidades de responsabilidade regionais e internacionais (*e. g.*, União Europeia); (f) assegurar a atualização cautelosa do texto constitucional por meio de sua interpretação jurisdicional, devendo a corte Constitucional exercer exaustiva e pormenorizada fundamentação quando julgar adequado alterar seu posicionamento já consolidado em sua jurisprudência”.<sup>41</sup>

E, o sétimo requisito consiste na autoconsciência que toda Corte Constitucional precisa possuir acerca dos limites de sua atividade “para continuar escrevendo o contrato social de uma comunidade política”, a fim de se evitar a formação de “ativismo” das Cortes Superiores que ignorando o sistema normativo, “visam concretizar através de suas decisões judiciais as convicções pessoais de seus integrantes”.<sup>42</sup>

39 *Idem*

40 O artigo 102 da Constituição Federal estabelece as competências do Supremo Tribunal Federal.

41 ABBOUD, Georges, 2011, P. 104-105

42 *Idem*, p. 105



## 2.4 Teoria do argumento institucional

Segundo Kelsen, a garantia jurisdicional da Constituição, ou a jurisdição constitucional, “é um elemento do sistema de medidas técnicas que têm por fim garantir o exercício regular das funções estatais. Essas funções também têm um caráter jurídico: elas consistem em atos jurídicos. São atos de criação de direito, isto é, de normas jurídicas, ou atos de execução de direito criado, isto é, de normas jurídicas já estabelecidas”.<sup>43</sup> Dessa forma “a questão da garantia e do modo de garantia da Constituição, isto é, da regularidade dos graus da ordem jurídica que lhe são imediatamente subordinados, pressupõe, para ser resolvida, uma noção clara de Constituição”.<sup>44</sup>

A qual dos Poderes do Estado deve ser atribuída a função de guardar a constituição? Sob a ótica institucional é necessário demonstrar por qual motivo deve o Poder Judiciário ser o guardião da Constituição em detrimento do Legislativo e do Executivo, como forma de justificar a jurisdição constitucional.

Para se atribuir ao Poder Judiciário a guarda da Constituição, é necessário demonstrar que ele constituiria um intérprete de qualidade superior à dos demais poderes. Tal superioridade, não pode ser demonstrada, com fundamento na eventual maior qualificação dos Magistrados para a solução de questões constitucionais, uma vez que essa qualidade é de difícil demonstração e igualmente não democrática.

A solução para defesa da jurisdição constitucional não está na demonstração de qualidades especiais dos juízes, mas de constatar-se se existem vantagens institucionais em atribuir ao Poder Judiciário o papel de guardião da Constitucional.

43 KELSEN, Hans, 2003, p. 123-124

44 *Idem*, p. 130.

Alexander Hamilton defende que a atribuição ao Poder Judiciário da função de guardar a Constituição, não é porque realizaria melhor essa função, mas porque seria o poder menos perigoso entre os demais poderes.<sup>45</sup>

Hans Kelsen defende a jurisdição constitucional, não só por entender compatível a atividade judicante com a tarefa de interpretar a Constituição, mas, principalmente, por entender que seria mais conveniente atribuir a função de defesa da Constituição a um órgão que não participasse do exercício do poder que a Constituição distribuiria essencialmente entre o Executivo e o Legislativo.<sup>46</sup>

O argumento de Kelsen se justifica na medida em que se considera que a guarda da Constituição representa um grande poder, seria mais benéfico a atribuição do mesmo ao órgão menos poderoso dentre os ramos do poder, a afim de evitar o incremento excessivo do poder dos demais.<sup>47</sup>

Esse argumento, pelo menos, não apela para qualquer virtude especial do juiz, pelo contrário, leva em consideração, principalmente, suas deficiências. Na verdade, a escolha recai no Poder Judiciário, por exclusão. Assim, se a Constituição deve prevalecer sobre os poderes constituídos, é necessário atribuir a algum deles o poder de controle. No pensamento de Kelsen é inconveniente atribuir essa função ao Poder Legislativo ou ao Executivo. Sendo o menos perigoso dos ramos do poder, remanesce a função de controle ao Poder Judiciário.<sup>48</sup>

No Brasil e na maioria dos países ocidentais contemporâneos, que centralizam a ordem constitucional em sistemas de direitos fundamen-

45 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 135

46 Citado por Sergio Fernando Moro, 2004, p. 136 (KELSEN, Hans. *Quién debe ser El defensor de La Constitucion?*)

47 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 136

48 *Idem*, p. 137



tais, instituem órgãos de jurisdição constitucional para assegurar a plena eficácia jurídica e sócia desse sistema de direitos.

Segundo Claudio Ari Mello, “a característica mais importante do Estado Democrático de direito consiste justamente nessa migração de conteúdo morais da esfera do político para a esfera do jurídico, movimento que implica e exige a afirmação do Poder Judiciário como mecanismo de garantia institucional dos conteúdos constitucionalizados”.<sup>49</sup> Prossegue o referido autor afirmando que “O Poder Judiciário é o guardião da constituição e do equilíbrio entre os direitos fundamentais e a soberania popular. Por isso os órgãos de representação da soberania popular exerce uma preferência tão somente relativa na concretização constitucional”.<sup>50</sup> Por isso é que numa Constituição republicana o Poder Judiciário, mesmo sendo o órgão de controle constitucional, deve adotar duas respeitosas em relação aos órgãos e processos de representação da soberania popular. Uma postura de *deferência judicial* às decisões dos órgãos de direção política do estado e a outra postura de *garantia e fortalecimento judicial do regime democrático*.<sup>51</sup>

A deferência judicial deve ocorrer no plano da interpretação e da aplicação da constituição e significa respeitar as competências do Poder Legislativo e do Poder Executivo previstas nas normas constitucionais bem como respeitar os espaços de liberdade que gozam o legislador e o administrador na definição dos conteúdos e limites dos direitos fundamentais e princípios constitucionais, sem, contudo, significar subserviência do Poder Judiciários aos demais poderes.<sup>52</sup>

49 MELLO, Cláudio Ari, 2004, p. 183

50 *Idem*, 2004, p. 178

51 *Idem*

52 *Idem*

## 2.5 Teoria procedimental

Em 1980, com a obra *Democracy and distrust* John Hart Ely questiona as teorias existentes sobre a jurisdição constitucional, qualificando-as como “interpretativas” ou “não-interpretativas”. Para ele, as primeiras defendem que o juiz constitucional, ante o seu déficit democrático, deveria se limitar à interpretação literal da Constituição, enquanto que as segundas defende a ampla liberdade do juiz constitucional na interpretação da constituição, admitindo-se uma concepção evolutiva e a existência de direitos não-enumerados.<sup>53</sup>

Segundo John Hart, ambas as teorias seriam inaceitáveis pelas suas incompatibilidades com o ideal democrático. A teoria interpretativa é refutada pela necessidade de se recorrer a elementos extratextuais para a solução de questões constitucionais complexos e a não-interpretativa é rejeitada por atribuir ao juiz constitucional funções de guardiões dos valores da sociedade, sem que tenha uma demonstração consistente que o qualifique para tal função.<sup>54</sup>

Hart defende que “a função específica da jurisdição constitucional seria promover o funcionamento adequado da democracia, assegurando a abertura dos canais de participação e de mudanças políticas, bem como impedindo a tomada de decisões contrárias a direitos de minorias que não lograssem participação adequada no processo político-democrático, por sofrerem hostilidade e preconceito por parte da maioria”.<sup>55</sup>

Para a promoção do funcionamento adequado da democracia, a jurisdição constitucional estaria legitimada a eliminar restrições às liber-

53 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 141

54 Citado por Sergio Fernando Moro às p. 141-142

55 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 142.



dades básicas, como a de expressão e de acesso à informação, e aos direitos de participação como o direito de votar e ser votado. A tomada de decisões contrárias a direitos de minorias, poderia ser impedida pelo juiz constitucional, sempre que estivesse em discussão a constitucionalidade de política pública dirigida à minoria que sofresse hostilidade ou preconceito pela comunidade. Não se justificando conceder ao legislativo a função de controle, uma vez que é o principal representante da maioria hostil. Assim, a jurisdição constitucional se legitimaria para proteger aqueles que não conseguem proteger a si mesmos por meio dos canais políticos normais.<sup>56</sup>

Acredita Hart que atribuindo ao juiz a função de controle da constituição como atividade de reforço da democracia, evitaria que os juízes, no exercício de sua função, buscassem resultados substantivos, com o risco de sobrepor suas preferências às dos legisladores.

Assim, a jurisdição constitucional se legitimaria por enfrentar apenas questões de maior objetividade, relacionadas a procedimento e a participação e a participação, afastando obstáculo ao ótimo funcionamento da democracia e invalidando decisões legislativas contrárias a grupos destituídos de representação adequada.<sup>57</sup>

Nesse sentido disserta Sérgio Fernando Moro:

“Nessa perspectiva a atuação da jurisdição constitucional deveria restringir-se a casos de mau funcionamento da democracia, ou seja, quando não justificasse a confiança no processo democrático, hipótese em que a autoridade judicial estaria melhor qualificada do que o legislador para interpretar a Constituição.”<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> *Idem*.

<sup>57</sup> MORO, Sergio Fernando, 2004, p.143

<sup>58</sup> Apud, MORO, Sergio Fernando, 2004, p.143

Podemos concluir que a função da jurisdição constitucional seria policiar o processo democrático, e não os resultados substantivos dele decorrentes.

Nessa mesma linha de pensamento Habermas afirma que a Corte Constitucional deve:

“...entender a si mesma como protetora de um processo legislativo democrático, isto é, como protetora de um processo de criação democrática do direito, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. A função da Corte é velar para que respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, ou seja, em que todos possam intervir, sem assumir ela mesma o papel de legislador.”<sup>59</sup>

Para Habermas a função específica da jurisdição constitucional é de identificar, preservar e concretizar as condições processuais da gênese democrática das leis, quando diz:

“De outro lado, porém, a constituição também não pode ser entendida como uma ordem jurídica global e concreta, destinada a impor *a priori* uma determinada forma de vida sobre a sociedade. Ao contrário, a constituição determina procedimentos políticos, segundo os quais os cidadãos, assumindo seu direito de autodeterminação, podem perseguir cooperativamente o projeto de produzir condições justas de vida (...). Somente as ‘condições processuais da gênese democrática das leis’ asseguram a legitimidade do direito. Partindo dessa compreensão democrática, é possível encontrar um sentido par as competências do tribunal constitucional, que corresponde à intenção da divisão de poderes no interior do Estado de direito: o tribunal constitucional deve proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia privada e pública dos cidadãos.”<sup>60</sup>

59 Apud, CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva*: elementos da filosofia constitucional contemporânea, p. 213.

60 HABERMAS, Jürgen, 1997, p. 326



Essas concepções procedimentais buscam a conciliação da jurisdição constitucional com a democracia, porém se estiver diante de constituições que contenham normas de índole material, sem qualquer relação com o processo democrático, cabe ao juiz constitucional a guarda de toda a constituição, e não só das normas relacionadas ao sistema democrático.

## 2.6 Teoria funcional

A abordagem funcional invoca a avaliação do resultado como elemento fundamental para a legitimação da jurisdição constitucional.

Segundo Jesse Choper, analisando a produção da Suprema Corte Americana, existem três espécies de questões constitucionais que poderiam chegar ao juiz constitucional: as relativas aos direitos individuais. As que envolvem o princípio da separação dos poderes e as relacionadas ao federalismo.<sup>61</sup>

Choper argumenta que a finalidade da atuação do juiz constitucional é a defesa e a promoção dos direitos individuais, uma vez que a irresponsabilidade política do juiz constitucional, o tornaria independente da maioria política.

Para preservar o prestígio institucional do juiz constitucional sem comprometer sua tarefa relativa aos direitos individuais, a saída possível seria a adoção de postura de autocontenção nas demais espécies de casos constitucionais.

---

61 Citado por MORO, refere-se a obra *Judicial review and national political process: a functional reconsideration of the role of the Supreme Court*.

Choper, entretanto, ressalva que a autocontenção judicial não teria lugar em casos que envolvessem o princípio da separação dos poderes ou o federalismo se fosse possível identificar uma questão independente relativa a direito individual.<sup>62</sup>

Por outro lado, poderá, ainda que o juiz constitucional assuma postura ativa apenas quanto aos direitos fundamentais, ainda haverá largo espaço para divergência nessa matéria, permanecendo problemática a atuação da jurisdição constitucional no regime democrático.

## Considerações finais

A jurisdição constitucional constitui boa alternativa institucional caso se pretenda impor limites ao poder político democrático. Entretanto, mesmo assim é necessário encontrar um papel adequado para a jurisdição constitucional, a fim de que sua atuação não comprometa o caráter democrático do regime. Afinal é a legitimidade democrática da atuação do Poder Judiciário como guardião da constituição que é colocada em questionamento, acirrando-se, ainda mais as discussões quando a atividade judicial parece invadir a esfera de atuação dos Poderes Legislativo ou Executivo.<sup>63</sup>

Não é recomendável uma postura excessivamente restritiva, como a limitação da censura judicial a casos de evidente inconstitucionalidade, pois a interpretação da constituição não se resume à comparação mecânica do texto com o da constituição.

62 MORO, Sergio Fernando, 2004, p. 154

63 MEDEIROS, Bernardo Abreu de, 2011, p. 533

Por outro lado, uma postura excessivamente ativista aumentaria as tensões entre o Poder Judiciário e os demais poderes. O juiz constitucional não deve tornar-se a instância revisora de todas as decisões das demais autoridades públicas.

A jurisdição constitucional precisa encontrar o seu papel no regime democrático, uma vez que os principais encarregados da formulação das políticas públicas são o legislativo e o executivo, não devendo o judiciário pretender substituí-los nessa função, afinal nem toda controvérsia política pode ser resolvida como questão jurídica, sendo limitadas as respostas que podem ser fornecidas pela argumentação jurídica.

Nesse contexto, podemos constatar que nem sempre uma decisão judicial de jurisdição constitucional constitui invasão ou invalidação de algum ato de outro Poder democraticamente eleito. No entanto, havendo violação dos princípios democráticos de direito não deve o Poder Judiciário, que detém o poder de guardar a Constituição, olvidar em decidir contrário aos interesses dos demais poderes, pois, nessas circunstâncias, não estaria havendo invasão na esfera de outro poder, mas tão somente a garantia da ordem constitucional democrática prevista na Constituição à qual todos estão vinculados, inclusive os poderes constituídos.

## Referências

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BOTELHO, Marcos César. **A legitimidade da jurisdição constitucional no pensamento de Jürgen Habermas**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. **Controle Judicial de Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011.

COUTINHO, Jacinto Miranda, FRAGALE, Roberto e LOBÃO, Ronaldo (Org.). **Constituição e Ativismo Judicial. Limites e possibilidades da norma constitucional e da decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia: entre facilidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HAMILTON, Alexander, JAY, John ; MADISON, James. **O federalist**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. Introdução e revisão técnica Sérgio Sérvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Ativismo, delegação ou estratégia? a relação inter poderes e a judicialização no Brasil**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; DE PAULA, Daniel Giotti; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do Ativismo Judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. p. 529-540.

MELLO, Cláudio Ari. **Democracia constitucional e Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.



MORO, Sergio Fernando. **Jurisdição Constitucional como Democracia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial. Parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

#### Referência do texto

COSTA, José Raimundo dos Santos. Jurisdição constitucional: critérios de legitimação democrática. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 239-262, jan./jun. 2013.



# O princípio do poluidor pagador enquanto instrumento de prevenção do dano ambiental

## Joséfison Silva Oliveira

Juiz de Direito titular da 12ª. Vara de Substituições da Capital do Tribunal de Justiça da Bahia, com ingresso na magistratura em 1990. Atuou como Assessor da Presidência e Ouvidor-Geral do TJ/BA em duas gestões (2004/2006; 2006/2007). Promotor de Justiça do Estado no período de 1988/1990. Graduado em Direito pela UFBa, em Ago/1981. Pós-graduado em Direito Civil e Processual Civil pela Faculdade Bahiana de Direito/EMAB em Abr/2011. Mestrando em Ciências Jurídicas com ênfase em Direito Constitucional pela FDUL/ESMAPE. Foi coordenador da Revista do Magistrado e Revista Erga Omnes, nos períodos 2004/2007 e 2011, editadas pelo TJ/BA e EMAB, respectivamente.

## SUMÁRIO

Introdução. **1** Breves considerações acerca do princípio do poluidor pagador. **2** O PPP como princípio econômico. **3** O PPP como princípio jurídico. **4** O poluidor como pressuposto necessário à aplicação do PPP. **5** O PPP e sua tríplice dimensão. **6** Instrumentos de implementação do PPP a que estão sujeitos o poluidor. **7** O papel do Estado como destinatário do Princípio do Poluidor Pagador. **8** O caráter principiológico do PPP. **9** Conclusões. Referências.

## Introdução

O presente trabalho propõe abordar um dos princípios jurídicos basilares do Direito Ambiental – o **princípio do poluidor pagador – PPP**, em sua perspectiva de prevenção do dano ao meio ambiente, tendo por objeto a análise acerca da sua origem, natureza jurídica,

conteúdo, seus destinatários, funções e instrumentos de que se vale para sua concretização, em especial a sua aplicabilidade na proteção ambiental, prevista nos ordenamentos jurídicos brasileiro, português e comunitário europeu.

As características, especificidade e alcance desse princípio de índole constitucional, porquanto previsto no artº. 225º, §3º, da Constituição Federal da República do Brasil<sup>1</sup>, bem como no artº. 130R, §2º, do Ato Único Europeu<sup>2</sup> constituem-se em fator motivante da investigação e pesquisa que ora é levada a efeito.

Ainda que em breve síntese, será trazido à lume sua origem ocasional, em movimento estudantil francês nos idos de maio de 1968, passando pela sua evolução como princípio econômico e jurídico, constituindo-se em princípio normativo e orientador de política ambiental; a poluição e a atividade do agente poluente como pressupostos à aplicação do PPP; a prevalência do seu caráter preventivo, tendo em vista a sua tríplice dimensão; a discussão doutrinária se o princípio do poluidor pagador (*Verursacherprinzip*) se identifica ou não com o princípio da responsabilidade; as dificuldades na avaliação dos custos das externalidades que devem ser internalizados pelos poluidores, importando em *déficit* na implementação do PPP, sobretudo nos casos de poluição difusa; instrumentos de implementação do princípio do poluidor pagador; o papel do Estado como destinatário direto do PPP; exceções à aplicação do PPP; e o fenômeno da repercussão.

1 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 [...] § 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.

2 Art. 130R, §2 (atual art. 174 n. 2) A Política da Comunidade no domínio do Ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da comunidade.



A partir desse enfoque, pode-se questionar: (i) qual a natureza jurídica do princípio do poluidor pagador? (ii) qual o conteúdo do PPP? (iii) Quem são seus destinatários? Quais os seus deveres? (iv) Quais as dificuldades na sua aplicação? (v) Qual a sua relação com os princípios da prevenção e da responsabilidade? São estas, dentre outras, as indagações, que serão trazidas à tona no decorrer da presente investigação.

Com efeito, a proposta deste estudo é exatamente o enfrentamento destas questões controvertidas, bem como a discussão acerca de soluções que possibilitem, com base nas normas do Direito ambiental, mormente aquelas que versam sobre o princípio do poluidor pagador, a otimização da proteção ao meio ambiente e da qualidade de vida. Nesse desiderato, primeiramente torna-se indispensável pôr em relevo o caráter principiológico de que se reveste o PPP – como ponto de partida à análise da proteção do meio ambiente, sobretudo seu caráter preventivo no enfrentamento da degradação ambiental, especialmente a poluição.

Em seguida, por força da escassez dos recursos naturais, tornando-se imperiosa a sua utilização racional pelo homem e conseqüente conscientização de responsabilidade intergeracional voltada à preservação dos bens da natureza, far-se-á breve incursão histórica a esse respeito, adentrando-se no âmbito das diversas Teorias econômicas, a começar pela das Externalidades, de Alfred Marshall (1890), a seguir aperfeiçoada pela Teoria Econômica do Bem Estar, em 1920, por Arthour Pigou, ambas contrapostas pela Teoria da Solução Negociada, de Roland Coase (1960), culminando na análise do PPP como princípio econômico.

A seguir, o estudo prosseguirá na abordagem do PPP como princípio jurídico, a começar pela Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), onde restou insculpido como enunciado n.º 16 da Declaração do Rio/92<sup>3</sup>, de onde se espraiou

3 Princípio 16. As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a **internalização dos custos ambientais** e

pelo mundo. Com essa roupagem foi inserido, no âmbito do Direito Comunitário, através do Ato Único Europeu (artº. 130R, §2º, 1987) e no Tratado de Maastricht (1992), da União Européia, assim como nos ordenamentos jurídicos: a) Brasileiro (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6938/81; Constituição Federal de 1988, artº. 225, §3º; Lei de Controle Ambiental – Lei nº 9605/98 (artºs. 12, 17, 18 e 27); b) Português ( Lei de Bases do Ambiente – Lei nº 11/87).

Ademais, será procedida breve exposição sobre a degradação ambiental, em especial a poluição, em todas as suas modalidades, fazendo-se rápida digressão sobre impacto ambiental, adentrando-se em seguida na figura do agente poluidor, tanto direto, quanto indireto, culminando na imputação dos custos a seu cargo, por se tratar de pressuposto lógico à aplicação do princípio do poluidor pagador.

Por necessário, haverá constante referência aos dispositivos comunitários, constitucionais e infraconstitucionais sobre o tema em debate. De igual modo, a posição da doutrina, nacional e internacional, sobre o princípio de direito ambiental em estudo.

A seguir, serão colocadas as reflexões sobre o tema em discussão, com olhos voltados, sobretudo, para as conseqüências práticas da aplicação do princípio do poluidor pagador. Nessa linha, serão postos em destaque os diversos instrumentos de concretização do PPP, normativos e econômicos, e a relevância da atuação intervencionista do Estado no domínio econômico, na qualidade de destinatário direto desse princípio, seja editando regulamentações limitativas e proibitivas de condutas, seja através cobrança de tributos, seja fiscalizando e controlando os resultados obtidos, de molde a assegurar a proteção ambiental e o

---

o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem os investimentos internacionais. (grifo nosso).



desenvolvimento sustentável, seja no controle de constitucionalidade e legalidade das normas ambientais.

Delineado o *modus* que será desenvolvido o presente estudo, espera-se, ao seu término, a título de conclusão, a obtenção de respostas às indagações lançadas como objeto do problema aqui posto e, de algum modo, que se torne possível divisar o princípio do poluidor pagador no seu relevante papel de prevenção ao dano ambiental.

## 1 Breves considerações acerca do princípio do poluidor pagador

Os custos ambientais, assim compreendidos os custos das políticas públicas de proteção ambiental; o valor de utilização dos denominados recursos naturais; os custos de criação, desenvolvimento e implementação dos processos e tecnologias redutoras da poluição e o valor dos danos causados pela poluição, tanto ao ambiente, quanto às vítimas individualizadas e determináveis<sup>4</sup>, vem sendo objeto de preocupações dos estudiosos sobre o tema, mormente no que toca a sua partilha para implementação de medidas de combate à poluição e proteção do ambiente.

No enfrentamento da problemática de definição de quem é o poluidor que deve arcar com esses custos e como efetivar-se o seu pagamento, emerge o princípio do poluidor pagador na busca de realização dos objetivos de proteção ambiental e combate à poluição.

Inferese, portanto, que o objetivo primacial do PPP é o de afastar o ônus do custo econômico de toda a coletividade, decorrente do sobre-

<sup>4</sup> Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 11.

consumo dos recursos naturais e da poluição ambiental, redistribuindo-o àquele que de alguma forma tira proveito dessa atividade, ou seja, os custos ambientais devem ser suportados pelos predadores ou poluidores do meio ambiente.

Com efeito, o princípio do poluidor pagador “é aquele que impõe ao poluidor o dever de arcar com as despesas de prevenção, reparação e repressão da poluição. Ou seja, estabelece que o causador da poluição e da degradação dos recursos naturais deve ser o responsável principal pelas conseqüências de sua ação (ou omissão)”<sup>5</sup>.

Remonta a expressão poluidor pagador às manifestações estudantis francesas, ocorridas nas ruas daquele país, em maio de 1968, nas quais foi utilizada como slogan político, no sentido de que a imputação dos custos das atividades nocivas ao meio ambiente deveriam recair sobre aqueles causalmente a elas vinculados, ao invés de serem suportados pela comunidade em geral<sup>6</sup>.

No âmbito externo, o princípio do poluidor pagador materializou-se primeiramente como princípio econômico internacional de política do ambiente na Europa com a adoção pela OCDE (Organization for Economic Co-Operation and Development) da Recomendação C (72), 128, de 26 de maio de 1972, intitulada “Guiding Principles Concerning International Aspects of Environmental Policies”, tendo o ponto 4 do seu anexo definido o PPP, afora deixar registrado o rechaço de subsídios públicos, sob pena de provocar distorções de vulto no comércio

5 Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. O princípio poluidor pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. , p. 226-236, São Paulo: Rt, 1993, p. 228.

6 Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 103; AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 12.



e investimentos internacionais<sup>7</sup>, surgindo a partir daí como princípio fundamental da política comunitária do ambiente.

Extrai-se da Recomendação em destaque, editada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE – que o poluidor deve suportar os custos da utilização dos recursos ambientais escassos, decididos pelas autoridades públicas, assegurando um ambiente de qualidade.

Vê-se, pois, que a OCDE preocupou-se com a proteção ambiental, inclusive qualidade de vida, e o enfrentamento à poluição, mormente no tocante aos custos ambientais.

Três conclusões lógicas são extraídas desse preceito, avultando como principais contribuições do princípio do poluidor pagador na proteção ambiental: a) ao homem não é dado a exploração ilimitada e desregrada dos bens da natureza, visto que estes são escassos; b) a atividade econômica é em essência poluidora e os agentes poluentes devem arcar com os custos ambientais decorrentes do uso dos recursos naturais e serem responsabilizados pelos danos que causarem ao meio ambiente e seres vivos em geral c) evita distorções ao comércio e investimentos internacionais<sup>8</sup>.

Após a edição desse documento, o PPP recebe consagração expressa nas Recomendações editadas pelo Conselho da Europa (1972) e CECA (1975)<sup>9</sup>.

7 Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In:ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto:Universidade Católica, 2003, p. 103; AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 23.

8 Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54-56; LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Rt, 2003, p. 58-59 e p. 63.

9 Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In:ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto:Universidade Católica, 2003, p. 104.

Merece destaque, por outro lado, a importância cometida ao PPP no Primeiro Programa de Ação do Conselho das Comunidades Europeias (1973), que o considerou como princípio base da ação comunitária em matéria de ambiente, vindo a ser incluído desde essa data nos programas subsequentes encampados pelas Comunidades.

Não pára aí o reconhecimento do princípio do poluidor pagador como essencial, indispensável, na formulação da política ambiental. Antes enaltecido como princípio econômico, passa a ser considerado princípio jurídico com o advento do Ato Único Europeu, tornando-se princípio constitucional do Direito Comunitário do Ambiente, a teor do artº 130R, §2º (atual artº. 174º), que será abordado adiante em pormenor no tópico princípio jurídico<sup>10</sup>.

A proteção ao meio ambiente, inserindo-se em seu bojo o combate à poluição, especialmente no que diz respeito à repartição dos custos ambientais, constitui-se em questão das mais tormentosas com que se defronta o Direito ambiental.

Na compreensão de vários doutrinadores<sup>11</sup>, a degradação do ambiente decorreu de erros econômicos e jurídicos, enquadrando-se no primeiro grupo a classificação dos recursos naturais como bens livres e a despreocupação com a destinação dos resíduos, situando-se no segundo campo a classificação dos recursos naturais como *res nullius ou res commune* e os resíduos como *res derelictae*. Nesse diapasão, sendo os recursos naturais de livre acesso, não havia como se responsabilizar quem cometesse a degradação ambiental.

10 Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In:ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto:Universidade Católica, 2003, p. 104.

11 Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In:ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto:Universidade Católica, 2003, p. 107; AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 10; ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 30-41.



Em verdade, o homem achava que os bens da natureza eram livres e gratuitos. Ocorre, porém, que ele não atentou que inobstante alguns desses bens sejam regeneráveis – ecossistemas, seres vivos –, diferentemente de outros não regeneráveis – água, minérios, petróleo, diamantes –, aqueles demoravam a se reconstituir, daí porque inevitável a escassez dos recursos naturais. Imperava nessa época o dogma liberal de que a interação livre dos agentes econômicos conduz ao “estado liberal ótimo”, sendo desnecessária qualquer ingerência estatal<sup>12</sup>.

O ser humano só após a 2ª guerra mundial, ocorrida na segunda metade do século XX, veio despertar para a tragédia ecológica que se avizinhava, na medida em que sucessivos desastres ambientais internacionais ocorriam, muitos deles em virtude do crescimento econômico insustentável, sobretudo dos países ricos, culminando na realização, em Estocolmo, da Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio Ambiente, no ano de 1972, que planificou estratégias de proteção ambiental, avultando os enunciados que estabelecem que cada indivíduo tem o dever de proteger o ambiente e que compete ao Estado não apenas criar normas jurídicas de proteção ao ambiente, podendo, assim, o uso descomedido dos recursos da natureza e o enriquecimento sem causa dos seus predadores, sendo sua também a responsabilidade de gerir o meio ambiente, cabendo aos contribuintes arcarem com os custos dessas atividades, previstas no orçamento geral.

Essa tomada de consciência da escassez dos bens naturais fez com que estes passassem a ser considerados como *res omnium*, devendo o homem utilizá-lo de forma racionada e razoável, evitando-se a degradação ambiental. Por conseqüência dessa mudança de atitude, nasceu a responsabilidade intergeracional de preservação dos bens

12 Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 14-15; ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997. p.29-34

da natureza (bens e recursos da terra como patrimônio comum da humanidade), sendo direito das gerações presentes e futuras usufruir desse macrobem<sup>13</sup>.

## 2 O PPP como princípio econômico

A humanidade deve aos economistas Alfred Marschall e Arthur Pigou seus contributos na formulação da Teoria das Externalidades ou Exterioridades (1890) e da Teoria Econômica do Bem-Estar (1920), respectivamente, os quais lançaram luzes para a compreensão dos fenômenos da degradação do ambiente, incluída a poluição. Esses ilustres pensadores, ao demonstrarem que ambiente e economia estão em constante tensão, elucidaram que os efeitos externos do mercado provocam efeitos secundários, positivos ou negativos, derivados da atividade de produção ou consumo de bens. Identificaram, também, que ocorria a utilização privada dos recursos comuns, porém quem causava prejuízos a terceiros (custos) não os ressarcia e quem criava benefícios sociais a outrem não era compensado.

Segundo Pigou o ponto ótimo da economia equivale ao máximo de bem estar social, de modo que as externalidades ambientais negativas, causadas por atos de produção, a exemplo da poluição industrial, devem ser corrigidas, internalizadas, constituindo-se na principal justificativa da Teoria Econômica do Bem-Estar para autorizar a intervenção do Estado no domínio econômico. Ambos os cientistas constataram que geralmente não são incluídos pelos agentes econômicos nos custos de produção os custos sociais gerados pela atividade industrial, gerando, sob a ótica econômica, ineficiente afetação de mercado e,

13 Cf. LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito Ambiental na Sociedade de Risco*, 1ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 50-51.



sob enfoque jurídico, injustiças sociais, ou seja, danos causados impunemente à sociedade, o que demanda a internalização dos custos sociais, descrita por Pigou<sup>14</sup>.

As externalidades, ao que se depreende dos ensinamentos de Pigou, constituem-se em efeitos positivos ou negativos, ou seja, benefícios ou custos, gerados pelas atividades de produção ou consumo desenvolvidas por agente econômico e que afetam terceiros. As positivas geram benefícios involuntários à coletividade, que delas se beneficia, tais como investimentos governamentais em infraestrutura e equipamentos. As negativas, ocorrentes nas situações em que são gerados custos para a sociedade, a exemplo da fábrica que polui o ar, atingindo moradores da área geográfica em que se encontra instalada<sup>15</sup>.

À luz da teoria econômica de Pigou, os custos resultantes da poluição devem estar incluídos nos custos de produção dos agentes poluidores, operando-se, por conseguinte, a internalização das externalidades, daí porque deve o potencial poluidor adotar no desempenho das suas atividades todas as medidas necessárias para evitar a ocorrência de danos ambientais ou à saúde dos seres vivos em sua totalidade.

Em contraponto, o também economista Roland Coase lançou a Teoria da Solução Negociada, denominada Teorema de Coase (1960), onde, baseado no individualismo econômico, sustenta que a negociação direta entre o agente poluidor e a vítima seria a solução para a problemática das externalidades ambientais, ou seja, a composição interindividual de interesses seria o instrumento adequado para solucionar a questão, restando excluída a intervenção do ente estatal. Em

14 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 31, 37-41; CARVALHO, Antônio César L. De; SANTANA, José Lima, *Direito Ambiental Brasileiro em Perspectiva*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 220-222.

15 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 31-36.

essência, propugna o denominado “estado ambiental ótimo”, que seria resultante da interação livre dos agentes econômicos, sem qualquer ingerência estatal.

Ocorre, porém, que a maior parte das externalidades envolve número razoável de prejudicados, o que praticamente inviabiliza a negociação preconizada. O Teorema de que “tudo o que não pertence a ninguém é usado por todos e cuidado por ninguém”, o que justificaria transformar tudo que for de propriedade comum em direito de propriedade individual, não vingou<sup>16</sup>.

Demais disso, a atividade regulamentadora do Estado, limitando ou proibindo condutas, é indispensável à viabilização do desenvolvimento sustentável.

Com efeito, é inescapável a intervenção econômica ou indireta do Estado, no campo do Direito Ambiental, mormente pelo processo indutivo, seja criando normas jurídicas de proteção ambiental, seja através de estímulos, incentivos ou punições para que os sujeitos econômicos adotem comportamentos de preservação do ambiente, seja estabelecendo condições que propiciem o desenvolvimento de atividades privadas em determinadas regiões ou que atividades econômicas específicas possam ser concretizadas mediante auxílio de políticas econômicas, seja através do combate ao uso abusivo dos recursos naturais por parte dos agentes econômicos, suscetível de ensejar o enriquecimento sem causa, em defesa da comunidade em geral<sup>17</sup>.

Indubitavelmente, compete ao Estado intervir para evitar a degradação do meio ambiente, em face das limitações do sistema econômico

16 Cf. CARVALHO, Antônio César L. De; SANTANA, José Lima, *Direito Ambiental Brasileiro em Perspectiva*, Curitiba: Juruá, 2009, p. 220.

17 Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 14-15.



e do ordenamento jurídico, devendo, com base no PPP, nos dizeres de Annelise Monteiro Steigleder<sup>18</sup> “impor para as fontes poluidoras as obrigações de incorporar em seus processos produtivos os custos com prevenção, controle e reparação de impactos ambientais, impedindo a socialização destes riscos”.

### 3 O PPP como princípio jurídico

A Declaração do Rio de Janeiro de 1992 ou ECO/92, em seu artº. 16<sup>19</sup> enuncia, expressamente, o princípio do poluidor pagador, positivamente-o como princípio jurídico ambiental de Direito Internacional Público. Foi a partir daí que o PPP ganhou amplitude mundial, sendo incorporado aos textos de Tratados e Convenções internacionais, passando a figurar também no plano do Direito Comunitário, e nos ordenamentos jurídicos de todos os países industrializados, pontuando nesse particular os Estados Unidos e o Japão<sup>20</sup>.

É preciso ressaltar, de logo, que se depreende do princípio nº. 16, da ECO/92, que a finalidade do PPP é eminentemente preventiva, sendo que os ordenamentos jurídicos brasileiro e da Comunidade Européia perseguem o mesmo desiderato.

No direito ambiental brasileiro, o princípio do poluidor pagador surgiu, antes mesmo da Rio/92, a partir da edição da Lei nº. 6938, de 31 de

18 Cf. STEIGLEDER, Annelise Monteiro, *As Dimensões do Dano ambiental no direito brasileiro*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 168.

19 Princípio 16. As autoridades nacionais deveriam procurar fomentar a **internalização dos custos ambientais** e o uso de instrumentos econômicos, tendo em conta o critério de que o que contamina deveria, em princípio, arcar com os custos da contaminação, tendo devidamente em conta o interesse público e sem distorcer o comércio nem os investimentos internacionais. (grifo nosso).

20 Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 105.

agosto de 1981, que disciplina a Política Nacional de Proteção ao Meio Ambiente, consoante dispõe o art.º 3º, IV<sup>21</sup> (poluidor indireto), 4º, VII<sup>22</sup>. Foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, em seu art.º 225, §§2º e 3º, que trata da obrigação de recuperação do meio ambiente em virtude de degradação ambiental decorrente de mineração e à responsabilização por danos ambientais<sup>23</sup>. Ademais, o PPP acha-se incorporado em outras leis esparsas, infraconstitucionais, a exemplo da Lei n.º 9605/98, que cuida do Controle ambiental (art.ºs 12, 17, 18 e 27)<sup>24</sup>; Decreto 4.339/02, relativo à Política Nacional de Biodiversidade, constando no anexo, item 2, IX, que o poluidor deverá suportar o custo da poluição<sup>25</sup>; e Lei n.º 12305/10, relativa à Política Nacional de Resíduos Sólidos (art.º 6º, II)<sup>26</sup>.

O princípio do poluidor pagador, no âmbito nacional, apóia-se na Teoria da Compensação, por força da qual paga quem provoca a ação poluente e na Teoria do Valor, que preconiza que quem se beneficia

21 Art. 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: [...] IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

22 Art. 4º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...]VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.

23 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. § 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.

24 Art. 12. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro à vítima ou à entidade pública ou privada com fim social, de importância, fixada pelo juiz, não inferior a um salário mínimo nem superior a trezentos e sessenta salários mínimos. O valor pago será deduzido do montante de eventual reparação civil a que for condenado o infrator; Art. 17. A verificação da reparação a que se refere o § 2º do art. 78 do Código Penal será feita mediante laudo de reparação do dano ambiental, e as condições a serem impostas pelo juiz deverão relacionar-se com a proteção ao meio ambiente; Art. 18. A multa será calculada segundo os critérios do Código Penal; se revelar-se ineficaz, ainda que aplicada no valor máximo, poderá ser aumentada até três vezes, tendo em vista o valor da vantagem econômica auferida; Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, de que trata o art. 74 da mesma lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

25 2. A Política Nacional da Biodiversidade reger-se-á pelos seguintes princípios: IX - a internalização dos custos ambientais e a utilização de instrumentos econômicos será promovida tendo em conta o princípio de que o poluidor deverá, em princípio, suportar o custo da poluição, com o devido respeito pelo interesse público e sem distorcer o comércio e os investimentos internacionais.

26 Art. 6º São princípios da Política Nacional de Resíduos Sólidos; II – o poluidor-pagador e o protetor-recebedor.



da poluição também assume o ônus do pagamento<sup>27</sup>. Essa dicotomia dá ensejo às figuras do poluidor direto (poluidor-pagador) e indireto (consumidor-pagador), a ser analisado em capítulo específico.

Terence Dornelles Trennepohl sintetiza, nessa mesma linha, o papel que desempenha o princípio do poluidor pagador, gizando que “o fundamento do princípio, portanto, é afastar o ônus do custo econômico de toda a coletividade e repassá-lo ao particular que, de alguma forma, retira proveito do dano e das implicações que o meio ambiente sofrerá com o seu empreendimento”<sup>28</sup>.

Em Portugal, ainda que de forma bastante tênue, o PPP está previsto na Lei de Bases do Ambiente – LDB (Lei nº 11, de 07 de abril de 1987), no artº. 24º, nº 3, de modo indireto, na matéria que trata sobre resíduos e efluentes, bem como no artº. 35, que prevê “contratos-programa, através dos quais a Administração Pública pode obter, em troca de contra partidas, nomeadamente fiscais, que as empresas se comprometam reduzir a carga gerada por suas atividades”<sup>29</sup> e de forma subjacente nos artºs. 41º e 48º, que cuidam da responsabilidade civil e penal. A Constituição Federal portuguesa não o consagra, em que pese Vasco Pereira da Silva sustentar que o PPP tem natureza constitucional, em face do quanto dispõe o artº. 66º, nº. 2, h.<sup>30</sup>.

Adotado como Princípio Base da Ação Comunitária em Matéria de Ambiente no Primeiro Programa de Ação das Comunidades Europeias,

27 Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. O princípio poluidor pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. . p. 226-236, São Paulo: Rt, 1993, p. 230.

28 Cf. TRENNEPHL, Terence Dornelles. *Fundamentos de Direito Ambiental*. Salvador: Podivm, 3.ed., 2008, p. 53.

29 Cf. AMARAL, Diogo Freitas do. Lei de Bases do Ambiente e Lei das Associações de Defesa do Ambiente. In: AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Marta Tavares de. (coord.). *Direito do Ambiente*, Oeiras: INA, 1994, p. 367-376.

30 Artigo 66.º Ambiente e qualidade de vida. 2. 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: h) Assegurar que a política fiscal compatibilize desenvolvimento com protecção do ambiente e qualidade de vida. (Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Lições de Direito do Ambiente*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 74).

desde a Declaração do Conselho das Comunidades Europeias e dos Representantes dos Governos Reunidos no Conselho (1973), também com feição precipuamente preventiva, o PPP irrompeu pela primeira vez nesse âmbito como princípio jurídico no Ato Único Europeu (art.º 130R, §2º, 1987), consoante já acentuado, revestido de índole constitucional, fazendo parte dos ordenamentos jurídicos de todos os países comunitários. O referido artigo erige o PPP como princípio fundamental da política comunitária do ambiente, sendo que Maria Alexandra Aragão considera os outros três princípios ambientais nele elencados – precaução; ação preventiva e correção na fonte dos danos causados ao ambiente – como subprincípios concretizadores desse princípio cardinal<sup>31</sup>, posição essa, diga-se de passagem, contrariada por parcela da doutrina, que entende que todos esses princípios são autônomos, embora complementares. Outrossim, fulcrado no PPP, o Ato Único Europeu introduziu nas políticas comunitárias três Diretivas, voltadas a tratar o ambiente de forma sistematizada, tendo os seguintes focos: a) necessidade de preservar, proteger e melhorar a qualidade do ambiente; b) necessidade de considerar a saúde humana; c) necessidade em promover o uso racional dos recursos naturais. Interessante registrar que a Recomendação n.º. 75/436, embora não tendo caráter vinculativo, revestindo-se de conteúdo *softlaw*, figurando como destinatários os Estados-membros, é o único ato de direito comunitário que adentra na definição do conteúdo e âmbito de aplicação do PPP<sup>32</sup>.

O PPP é mencionado em todos os programas de ação em matéria de ambiente adotados pelas Comunidades Europeias, tendo o seu campo cada vez mais alargado. No 1º Programa de Ação em matéria de ambiente, de Dezembro de 1973, em seu art.º. 1º, consta “a melhor política de ambiente consiste em evitar desde o início, a criação de

31 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 69; 159.

32 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 106.

poluições ou de perturbações e não em combater posteriormente os seus efeitos”<sup>33</sup>. Se no 2º e 3º programas, de Junho/77 e Fevereiro/83, respectivamente, era aludido apenas no que concerne “às despesas de prevenção e eliminação de fatores nocivos ao ambiente (Título II, artº. 5º)”, no 4º programa o seu raio de ação é ampliado, no sentido de que o poluidor deve suportar, igualmente, os custos de eliminação dos danos residuais. Já no 5º programa, de Maio de 1993, são feitas alusões ao PPP também no domínio da responsabilidade civil e penal. Antes mesmo da edição de alguns desses programas de ação o PPP já figurava na Recomendação 75/436 do Conselho, de Julho de 1975, no tópico referente às despesas, incluindo as administrativas, correspondentes às medidas de luta contra a poluição e às taxas. Foi consagrado, recentemente, na Diretiva 2.004/35-CE, de 21 de abril de 2004, do Parlamento Europeu e do Conselho, que em seu artº. 1º, ao tratar sobre a Responsabilidade Ambiental em termos de prevenção e reparação dos danos ambientais, alude ao princípio do poluidor pagador como o grande fundamento para a imposição da responsabilidade<sup>34</sup>.

O Tratado de Maastricht, assinado em 1992, que institui e rege a União Europeia, também prevê expressamente em seu artº. 130º R/2 o princípio do poluidor pagador, seguindo a mesma toada do Ato Único Europeu<sup>35</sup>.

A relevância desse princípio também é exaltada por J.J. Gomes Canotilho: “o PPP é o princípio que, com maior eficácia ecológica, com maior economia e equidade social, consegue realizar o objetivo de proteção do ambiente”<sup>36</sup>.

33 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p.147-149; 102-103.

34 Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 114.; STEIGLEDER, Annelise Monteiro, *As Dimensões do Dano ambiental no direito brasileiro*. 2ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 169.

35 Art. 130R, §2 (atual art. 174 n. 2) A Política da Comunidade no domínio do Ambiente terá por objetivo atingir um nível de proteção elevado, tendo em conta a diversidade das situações existentes nas diferentes regiões da comunidade.

36 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.) *Introdução ao Direito do Ambiente*. Universidade Aberta, 1998, p. 51.

Aragão comunga do mesmo entendimento, ao considerar o PPP “a pedra angular da política comunitária do ambiente”<sup>37</sup>. Registre-se, por oportuno, que Morato atribui tal idéia ao jurista espanhol Ramon Martin Mateo<sup>38</sup>.

Com efeito, o PPP assume inegável importância na proteção do meio ambiente e combate à poluição, na medida em que, atuando como instrumento econômico, normativo e de política ambiental, impõe ao poluidor arcar com os custos econômicos de prevenção dos danos contra o meio ambiente e com a sua reparação, evitando, destarte, que sejam repassados aos contribuintes em geral ou suportados através de subsídios pelo Estado.

#### **4 O poluidor como um dos pressupostos lógicos à aplicação do PPP**

A análise do princípio do poluidor pagador, em especial a sua aplicação, demanda, necessariamente, como pressuposto lógico, breves comentários acerca dos fenômenos da degradação e poluição ambientais provocados pelo agente econômico, denominado de predador ou poluidor.

Em rápida digressão, cumpre registrar o conceito de impacto ambiental em razão do seu entrelaçamento com os fenômenos da degradação e poluição ambientais, impondo-se, contudo, essa limitação, para que não se perca o foco deste trabalho.

37 Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 28.

38 Cf. LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Rt, 2003, p. 58-59 e p. 57.

De difícil conceituação, impacto ambiental, segundo Edis Milaré, “é o que se impinge à natureza, forçando ou contrariando suas leis”<sup>39</sup>. Outros doutrinadores nacionais dão definição vaga<sup>40</sup> e outros sequer mencionam<sup>41</sup>. No ordenamento jurídico brasileiro, o documento que melhor conceitua impacto ambiental é o artº 1º, da Resolução nº. 1/86 – CONAMA<sup>42</sup>.

De qualquer sorte, em se tratando de efeito que advém de uma atividade proposta sobre o meio ambiente, reserva-se ao EIA qualificá-lo e quantificá-lo antecipadamente. Daí porque a conclusão lógica que se extrai é no sentido de que, se o Estudo de Impacto Ambiental tem por escopo avaliar se determinada obra ou atividade pode ocasionar significativa degradação, a ocorrência de eventual impacto ambiental implica, forçosamente, em degradação e poluição ambientais.

A rigor, a degradação e poluição do meio ambiente são resultado da conjugação de uma série de fatores, avultando como principais causas desses efeitos negativos o crescimento demográfico, a industrialização, urbanização e motorização no globo terrestre, tratando-se, portanto, de fenômeno mundial.

De forma magnífica e poética Carmen Lúcia Antunes Rocha, atualmente ministra do STF, sintetiza essa afronta à natureza: “Todavia, foi com mais descuidos que com atenções que o homem cimentou a sua vida urbana. A urbs produziu machado, moto-serra, britadeira, enfim, a *destruição da natureza* fez-se instrumentalizar. Clareiras foram fabricadas

39 Cf. MILARÉ, Edis, *Direito do Ambiente*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 475.

40 Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54-56; LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Rt, 2003, p. 220.

41 Cf. FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

42 Artigo 1º – Para efeito desta Resolução, considera-se impacto ambiental qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II – as atividades sociais e econômicas; III – a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais. (Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54-56; LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Rt, 2003, p.311).

sob as covas de florestas, espigões tomaram lugar das montanhas, o asfalto substituiu a terra...”. Prossegue adiante “Mas como bem lembrava o amigo Padre Lázaro, Deus perdoa sempre, o homem perdoa às vezes, a natureza jamais perdoa”<sup>43</sup>.

A degradação ambiental é a alteração de maneira adversa das propriedades do meio ambiente, provocada ou não pela ação do homem, bifurcando-se na utilização excessiva dos recursos da natureza e na intrusão de substâncias poluentes no ecossistema. Trata-se de gênero, do qual a poluição é espécie. Se por um lado nem toda degradação causa dano ambiental, por outro é dado afirmar que a poluição tem como característica a geração de dano ao ambiente, decorrente da atividade desenvolvida por pessoa física ou jurídica. A degradação pode ser permitida por lei, sob determinadas condições, enquanto a poluição configura no Brasil crime previsto na Lei n.º. 9605/98<sup>44</sup>.

No ordenamento jurídico brasileiro é a Lei n.º. 6938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, que se encarrega de conceituar degradação da qualidade ambiental e poluição.

A poluição é ato humano que provoca danos aos valores ambientais protegidos, caracterizando-se como ofensa ecológica.

A poluição geralmente assume três modalidades: a) degradação da qualidade ambiental prejudicial à saúde, a segurança e o bem estar da

43 Cf. ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais de direito ambiental. In: *Revista da AJUFE*, ano 21, n. 74, p.43-72, 2º Semestre de 2003, p.44.

44 Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa. § 1º Se o crime é culposo: Pena – detenção, de seis meses a um ano, e multa. § 2º Se o crime: I – tornar uma área, urbana ou rural, imprópria para a ocupação humana; II – causar poluição atmosférica que provoque a retirada, ainda que momentânea, dos habitantes das áreas afetadas, ou que cause danos diretos à saúde da população; III – causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade; IV – dificultar ou impedir o uso público das praias; V – ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos: Pena – reclusão, de um a cinco anos. § 3º Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível.

população; b) criação de condições adversas às atividades sociais; 3) afetação desfavorável da Biota (fauna e flora)<sup>45</sup>.

Nesse diapasão é possível alinhar nesse rol a poluição atmosférica, a qual afeta sobretudo a qualidade do ar e equilíbrio ecológico; a poluição hídrica ou aquática, consistente na alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas das águas, a exemplo das contaminações causadas por esgotos domésticos, industriais e efluentes líquidos; a poluição dos solos e subsolos, tais como a erosão e degradação causados por resíduos sólidos, inclusive adubos pesticidas; a poluição sonora, materializada na emissão de ruídos acima dos limites aceitáveis; a poluição química, consistente na intrusão de substâncias tóxicas, químicas e radioativas no meio ambiente; danificação da flora, da fauna, da paisagem e dos monumentos.

É de se ressaltar que pode ocorrer de, em alguns desses casos, restar configurada poluição lícita, que é aquela em que os danos são causados por atividades licenciadas ou autorizadas<sup>46</sup>. Também não é inafastável a poluição acidental. Em ambos os casos os poluidores terão que suportar os danos que delas resultam.

Infelizmente esses valores naturais – ar; água, luz; solo, subsolo, flora e fauna; e humanos (paisagem e patrimônio natural construído) a todo momento são vilipendiados pelo homem, que assume, no mais das vezes, por razões de ordem econômica, o papel de poluidor.

45 Art 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população; b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas; c) afetem desfavoravelmente a biota; d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente; e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos; IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; V – recursos ambientais: a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.

46 Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 68.

A Recomendação do Conselho 75/436, de 03 de março de 1975, no nº. 3 da Comunicação anexa, da Comunidade Européia<sup>47</sup>, define poluidor como sendo “aquele que degrada direta ou indiretamente o ambiente ou cria as condições que leva a essa degradação”.

É aquele que retira benefícios da atividade em detrimento do meio ambiente, causando lesões ambientais<sup>48</sup>.

Inobstante isso, nem sempre é possível identificar quem é o poluidor. Se a produção de determinado bem gera poluição, indubitavelmente é fácil nessa situação afirmar-se que o produtor desse bem é o poluidor, como por exemplo na produção de eletricidade por centrais térmicas, donde resultam emissões de SO<sub>2</sub>. Isso não ocorre quando o bem produzido em si mesmo é poluente, em que pese o seu fabrico ser inofensivo, como é o caso dos automóveis, situação em que se torna sobremodo difícil individualizar o poluidor. De igual modo, se tanto o processo produtivo quanto o de consumo do bem são poluentes, a exemplo da produção e consumo de adubos azotados<sup>49</sup>.

Semelhante a essa problemática situam-se os casos de pluralidade de poluidores, compreendendo a conjugação simultânea de várias causas ou concausas (poluição cumulativa) e sucessão de várias causas (poluição em cadeia).

Aragão e Maria Isabel salientam que nessas situações a dificuldade é se aferir os critérios de imputação de custos a ser aplicados, tais como a

47 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 13; SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 112.

48 Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 11.

49 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 133



eficiência econômica e administrativa da imputação dos custos; e a capacidade de internalização dos custos pelos visados, razão pela qual a melhor alternativa seria recair essa imputação sobre a categoria mais fácil de controlar, geralmente a menos numerosa. Ocorre, porém, que no âmbito da Comunidade Européia, por exemplo, essa imputação incide sobre o melhor pagador, ou seja, o poluidor ou categoria mais abastada, via de regra o produtor, sem observância de qualquer critério de equidade<sup>50</sup>.

O poluidor-que-deve-pagar é aquele que tem poder de controle sobre as condições que levam à ocorrência da poluição, podendo portanto preveni-las ou tomar precauções para evitar que ocorram<sup>51</sup>.

Aragão giza que há necessidade de serem estabelecidos critérios para imputação dos pré-falados custos. Nesse sentido, classifica os tipos possíveis de poluidores, levando em conta a atividade por eles desenvolvidas, desencadeadora da poluição, tanto no que diz respeito às atividades de produção, quanto de consumo. Materialmente, poluidor é quem fabrica o produto poluente. Formalmente é quem fisicamente o utiliza, o consumidor.

É classificado como poluidor direto ou material quem tem o controle das condições em que a poluição ocorre, ou seja, controla as condições que estão na origem do dano. Assim, quando a produção é poluente, o poluidor direto é aquele que produz para o mercado. Quando o consumo é que é poluente, o poluidor direto é o consumidor dos produtos transformados<sup>52</sup>.

50 Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 113

51 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 135-136.

52 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 140.

Outrossim, é considerado poluidor indireto ou moral, tanto quem consome produto cuja produção foi poluente, quanto quem produziu o bem cujo consumo vai ser poluente.

No caso de existirem dois poluidores, direto e indireto, estabelece-se entre eles um nexos de causalidade, pois quem desenvolve atividade poluente o faz porque é estimulado pelo consumidor dos seus produtos ou quem produz um bem, ainda que essa atividade não seja poluente, mas cuja utilização provável e normal é prejudicial para a sociedade, o faz porque obtém lucro. Em casos da espécie, na primeira situação quem efetivamente cria e controla as condições em que a poluição se produz é o produtor poluente, e na segunda figura quem aufere os lucros é o produtor, daí porque em ambos os casos é quem deve arcar com o pagamento dos custos de proteção do meio ambiente<sup>53</sup>.

Nas situações de conjugação simultânea de várias causas ou concausalidade e nas de sucessão de várias causas da poluição, como são os casos da poluição cumulativa e poluição em cadeia, cada poluidor é simultaneamente poluidor direto e indireto. Na poluição ocasionada por uma atividade semelhante e contemporânea desenvolvida por vários sujeitos com a mesma categoria econômica, como é o caso da poluição cumulativa, os poluidores-que-devem-pagar são todos, na medida em que contribuem indistintamente com a sua conduta para a poluição. Cada um deve pagar proporcionalmente às necessidades de prevenção verificadas no combate da poluição a que dá origem<sup>54</sup>.

Já Antônio Amaro Leitão, observando a lógica do combate da poluição na fonte e redistribuição equitativa dos custos ambientais, inerente às funções do princípio do poluidor pagador, estabelece dois critérios para escolha do poluidor-que-deve-pagar: i) controle; e ii) benefício.

53 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 140.

54 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 142.

Sustenta que os custos de prevenção da atividade poluente devem recair sobre aquele que tem o poder de fazer cessar o processo produtivo nocivo ou que seja capaz de reduzir ou eliminar a poluição gerada (controle). O segundo critério, consiste em a imputação dos custos ambientais ser direcionada àquele que retira os benefícios da atividade<sup>55</sup>.

Ressalta, outrossim, as enormes dificuldades para aplicação desses critérios, em face de nem sempre ser possível identificar o poluidor, problemática essa também salientada por Maria Alexandra Aragão e Maria Isabel, consoante acima exposto, nas situações de poluição cumulativa, poluição em cadeia e nos casos de poluição difusa<sup>56</sup>.

Vê-se, portanto, que os doutrinadores ora citados apesar de seguirem caminhos diferentes acabam chegando ao mesmo ponto final. É o poluidor, direto ou indireto, quem deve suportar, em sua totalidade, os custos ambientais de prevenção da poluição, conclusão essa que se coaduna com as funções do PPP.

Quais os custos ambientais que deverão os poluidores suportar é outra indagação que se insere no conteúdo do PPP que, diga-se de passagem, não indica sobre o que paga o poluidor.

Nesse particular, a OCDE, na Recomendação de 1972, adota posicionamento no sentido de que o poluidor deve suportar os custos do desenvolvimento das medidas de prevenção e controle da poluição decididas pelas autoridades públicas para assegurar que o ambiente esteja num estado aceitável<sup>57</sup>.

55 Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 41.

56 Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 41.

57 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 146; Cf. SILVA, Isabel Marques da. O

Com base nessa definição extrai-se que compete ao poder público definir o que seja estado aceitável do ambiente; criar medidas ou instrumentos adequados para atingir esse estado aceitável de qualidade do ambiente; impor aos poluidores o custeamento das medidas criadas.

Cabe aos responsáveis pela poluição arcar com o pagamento das despesas destinadas a evitá-la, respeitando as normas editadas pelo poder público, a exemplo de investimentos em equipamentos, material antipoluição etc., bem como com o pagamento das taxas correspondentes e indenização às vítimas da poluição<sup>58</sup>.

Com razão, portanto, Aragão, quando assevera que “o PPP é também um princípio relativamente indeterminado, porque a sua formação não transmite com precisão o seu conteúdo, e daí que possam surgir dúvidas na sua concretização legislativa. Ora, sendo os poderes públicos os destinatários diretos do PPP e os poluidores apenas os seus destinatários indiretos, a intervenção concretizadora do legislador deve servir para definir o âmbito subjetivo, o conteúdo, a extensão e os limites das obrigações dos poluidores”<sup>59</sup>.

O poluidor, por sua vez, está obrigado a arcar com o pagamento integral dos custos das medidas de prevenção e precaução, vale dizer, custos diretos, bem como os custos indiretos (custos administrativos e despesas públicas de proteção do ambiente) voltados à observância de

---

princípio do poluidor pagador. In:ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto:Universidade Católica, 2003, p. 114.

58 Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005; ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997,p. 146; Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In:ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto:Universidade Católica, 2003, p. 140-141.

59 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997,p. 146; Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In:ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto:Universidade Católica, 2003, p. 213.



padrões de qualidade do ambiente, que deve observar na sua atividade produtiva, como forma de evitar, minimizar ou eliminar a poluição que causa. Os custos administrativos, por sua vez, abarcam os custos de planejamento, execução e controle das medidas de proteção do ambiente. As despesas públicas, por seu turno, correspondem às medidas de despoluição ativa, educação ambiental e auxílio às vítimas, por exemplo<sup>60</sup>.

O poder público fixa critérios, de natureza econômica e ecológica, para determinação dos parâmetros que deverão ser observados pelos agentes econômicos nas atividades que desenvolvem e na poluição que geram, de molde a preservar a qualidade do ambiente, cabendo ao poluidor pagar os custos dessas medidas.

Por último, é dever do poluidor zelar pela proteção do ambiente. Eventuais medidas protetivas adotadas nesse âmbito pelo Estado, no papel de substituto, deverão ser pelo agente poluente custeadas, pois não é justo que a coletividade arque com esse ônus, na medida em que ofensivo ao princípio da equidade social.

## 5 O PPP e sua tríplice dimensão

O PPP, de forma convergente com o Direito ambiental, tem por escopo maior a prevenção do dano ambiental e vocação redistributiva, esta materializada na destinação das receitas que dele advém para o financiamento de despesas públicas de proteção do meio ambiente natural e artificial. É o princípio do poluidor pagador que, na proteção

60 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 146; Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 147-148; SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 114-115.

do meio ambiente, fixa padrões de emissão e abstenção de poluição, no propósito de assegurar o desenvolvimento sustentável, na medida em que busca estabelecer um equilíbrio entre a atividade industrial e o meio ambiente.

De capital importância também para que o PPP desempenhe a contento a sua dimensão preventiva a regulamentação das atividades potencialmente lesivas do ambiente, prevenindo que a lesão ou até perigo de sua ocorrência venham a se suceder. Melhor assim, pois há casos de danos ecológicos e ambientais em que a completa satisfação na reparação do meio ambiente é praticamente impossível. Retornar ao *status quo ante*, ou seja, restabelecer em igualdade de condições uma situação idêntica em matéria ambiental é extremamente difícil ou mesmo impossível. Não podemos, por exemplo, substituir uma paisagem ou uma espécie extinta; para tais casos inexiste reparação *in integrum*<sup>61</sup>. Outrossim, ainda que essa reconstituição *in natura* seja possível, via de regra é sobremodo onerosa, o que dificulta ser exigida do poluidor. Por último, vale a pena prevenir porque ocorrido o dano, o custo da despoluição é maior que o da prevenção.

Na esteira do entendimento de Ramon Martin Mateo “o princípio não visa, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compensar os danos causados, mas, sim, precisamente, procura evitar o dano ambiental”<sup>62</sup>.

Expert em Direito Comunitário, salienta Maria Alexandra Aragão, ao interpretar o art.º 130º R do Tratado da União Européia, que os três princípios de política de ambiente nele enunciados, juntamente com o

61 Cf. PRIEUR, Michel. *Droit de L'Environnement*, Paris: Dalloz, 1984, p. 170 Apud BENJAMIN, Antônio Herman V. O princípio poluidor pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. , p. 226-236, São Paulo: Rt, 1993, p. 235.

62 Cf. BENJAMIN, Antônio Herman V. O princípio poluidor pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. , p. 226-236, São Paulo: Rt, 1993, p. 236.



PPP – o da precaução, o da ação preventiva e o da correção, prioritariamente na fonte, dos danos causados ao ambiente – mais não são do que subprincípios concretizadores do PPP, que foram autonomizados<sup>63</sup>. Tratam-se de princípios que se espalharam junto aos Estados-membros e em textos internacionais, tornando-se regras fundamentais de toda a política comunitária do ambiente<sup>64</sup>.

A propósito das colocações ora lançadas, convém registrar, de logo, que o posicionamento da douta Aragão, de considerar a precaução, prevenção e correção na fonte dos danos ambientais como subprincípios do PPP, ainda que reconhecendo serem todos eles autonomizados, não é pacífico, posto que corrente doutrinária antagônica sustenta que tratam-se de princípios autônomos, embora complementares, entrechoque de idéias esse que não afeta, contudo, o desenvolvimento deste estudo.

Ao nosso ver, com razão a assertiva de Derani de que o “princípio do poluidor pagador deve ser considerado um princípio ponte ao diálogo interdisciplinar para a proteção do ambiente”<sup>65</sup>.

Interessante anotar que, ao tecer comentários acerca dos objetivos visados pela Diretiva 2004/35/CE, Carla Amado Gomes, de certo modo, discrepa do entendimento ora exposto, na medida em inadmite o papel complementar dos princípios da prevenção e da responsabilização como concretizadores do PPP. E mais, define tal princípio como sendo aquele “que atende ao mero desgaste dos bens ambientais por determinadas atividades e se corporiza, na sua expressão pura, em tribu-

63 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 146; Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 68.

64 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 146; Cf. SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto: Universidade Católica, 2003, p. 67.

65 Cf. DERANI, Cristiane, *Direito Ambiental Econômico*, 3ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, p.160.

tos pagos a título de compensação desse desgaste e afetos à recuperação e promoção do estado de tais bens”<sup>66</sup>.

De origem alemã, o princípio da precaução foi adotado, no plano Comunitário, pela primeira vez, em 1987, na Segunda Conferência Internacional sobre proteção do Mar do Norte, precedendo mesmo à atuação preventiva<sup>67</sup>. Proclama que, mesmo não se tendo certeza científica se dada ação é potencialmente poluente, inclusive no que tange às emissões e efeitos, ainda assim, prevalecendo o benefício da dúvida em prol do ambiente e dos seres vivos, deve ser podada a atividade considerada como poluidora, cabendo ao poluidor arcar com os custos da precaução. Esse princípio complementar do PPP é aplicado quando não haja provas científicas da existência do dano ambiental, ou do nexo de causalidade entre uma atividade e um dano constatado, ou da necessidade de adoção de certas medidas mais rigorosas de proteção do ambiente, desde que a existência do dano, o nexo e a necessidade de adoção não sejam completamente inverossímeis. Trata-se de princípio que focaliza o perigo abstrato<sup>68</sup>.

Aragão alinha uma série de motivos que possibilitam albergar-se a função precaucional do PPP, que nada mais é que a prevenção alargada, mormente quando se refere à expressão evitar como alusiva à adoção de medidas na ausência de provas científicas que imponham uma ação de proteção do ambiente<sup>69</sup>.

66 Cf. GOMES, Carla Amado, *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. III, Lisboa: AAFDL, 2010, p. 21.

67 Declaração Ministerial da Segunda Conferência Internacional sobre a proteção do Mar do Norte, Londres, 1987.

68 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p.154.

69 Conforme aduz a professora Aragão, “a vertente de precaução que se aplica quando apenas há suspeita de uma atividade poder provocar danos ao ambiente (atividades potencialmente poluentes) e que se aplica, sobretudo, à poluição acidental nas atividades perigosas, abrangendo, em qualquer caso, a adoção de precauções ou cuidados excepcionais da atividade (cuidados que vão mais além dos cuidados normais que exercícios de atividades análogas requer), ou até a interdição de produtos, processos ou atividades” (ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 118)



O princípio da prevenção ou da ação preventiva, por sua vez, objetiva evitar a ocorrência dos danos ecológicos e ambientais. Preconiza o controle das fontes de poluição à falta de normas de qualidade do ambiente, situando-se dentre aquelas a avaliação de impacto ambiental; zoneamento ambiental, mediante regramento de utilização do espaço geográfico, inclusive para fins de exploração industrial; testes e procedimentos de notificação prévios à colocação no mercado de novos produtos, máxime produtos químicos; estabelecimento de valores limite para as emissões poluentes etc.<sup>70</sup>. Tem aplicação às atividades gradualmente poluentes ou não perigosas, que são aquelas em que se considera que não é provável a ocorrência de acidentes ecológicos graves ou aquelas que sendo perigosas ainda não foram qualificadas como tal. Trata-se de princípio que tem como foco o perigo concreto.

Elucida Gomes Canotilho que o fato da ciência e detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco da atividade, bem como maior verossimilhança de potencial lesivo, autorizam a prevenção, consistente na proibição da atividade que se sabe de antemão ser perigosa<sup>71</sup>.

O princípio da correção na fonte ou princípio do produtor-eliminador, também conhecido por princípio da autosuficiência ou princípio da proximidade, consiste em pesquisar as causas da poluição para eliminá-las, evitando que se repitam. É a prevenção dos danos atuando na origem. Por conta desse princípio impõe-se ao poluidor – fonte da poluição – os custos de correção pela utilização de técnicas menos poluentes, de produtos menos perigosos ou comportamentos mais favoráveis ao meio ambiente. Trata-se de uma derivação do PPP<sup>72</sup>.

70 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p.70.

71 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.) *Introdução ao Direito do Ambiente*. Universidade Aberta, 1998, p. 51-52.

72 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p.70-71.

O princípio da prevenção, assim, insere-se na fórmula do poluidor-pagador, uma vez que compete ao poluidor proceder à internalização dos custos de prevenção.

Por outro lado, a prevenção no sentido estrito corresponde à situação em que já existindo certeza, portanto prova científica, de que determinada atividade provocará dano ambiental, cumpre sejam adotadas as medidas necessárias à proteção do ambiente, reduzindo ou eliminando os efeitos maléficos.

Com efeito, a prevenção do PPP, em sentido lato, abrange a precaução e a prevenção no sentido estrito, consoante demonstrado.

No desempenho do seu papel preventivo, o PPP passa por ajustes no que tange a sua aplicação, mormente quando os resultados obtidos com as medidas de proteção ambiental implementadas não atingem os fins almejados, necessitando serem alteradas, caso em que configura-se a sua vertente preventiva dinâmica.

Assim, a prevenção dinâmica corresponde à necessidade de modificação das normas de proteção ambiental, preventiva e precaucional, face o fim almejado não ter sido alcançado por incorreção na planificação emanada do Poder Público, vindo por isso a ocorrer o dano ao meio ambiente, em que pese o poluidor ter agido em conformidade com as imposições que lhe foram feitas<sup>73</sup>.

Nos dizeres de Maria Alexandra Aragão, o fim de prevenção-precaução do PPP obriga os poluidores suportar os custos de todas as medidas adotadas por si próprios ou pelo poder público para precaver e prevenir a poluição normal e acidental, bem como os custos de atualização dessas medidas<sup>74</sup>.

73 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p.119-120.

74 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p.123-124.

Se em tempos primevos, antes do desabrochar das normas do Direito Ambiental, só após a incidência dos danos causados pela poluição ao meio ambiente, atingindo as comunidades, é que se tornava possível acorrer à via judicial para que os agentes poluentes fossem instados a reparar os prejuízos causados, mediante compensações e indenizações aos vitimados, que se socorriam da via estreita da responsabilização civil, no mais das vezes insuficiente para recomposição do estado anterior, com o advento do princípio do poluidor pagador, que tem como principal dimensão a prevenção, viabilizou-se a intervenção estatal de regulamentação da utilização dos bens da coletividade, inclusive para impor aos potenciais poluidores a internalização aos seus custos das externalidades ambientais negativas, ou seja, todos os custos, inclusive os de cunho administrativo, de planejamento, execução e controle das medidas de proteção ao ambiente, bem como os prejuízos ocasionados à coletividade pela atividade desenvolvida pelos poluidores devem ser por estes suportados. É nesse contexto que o princípio do poluidor encontra a sua justificação.

É de se observar que a conscientização, a partir dos anos 70, de que a coerção *a posteriori* era inadequada e ineficiente para o combate aos atos de poluição praticados, sobretudo nos países industrializados, decorrentes, diga-se de passagem, dos acidentes de elevado impacto ambiental gerados pelas atividades econômicas insustentáveis, neles desenvolvidas à revelia da preservação dos recursos naturais, constituiu-se em alavanca para o surgimento do PPP<sup>75</sup>.

Ocorre, contudo, que nessa época em razão de alguns países observarem o PPP enquanto outros deixavam de fazê-lo, instalou-se autêntico desequilíbrio entre eles, na medida em que aqueles tinham custo de

75 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p..

produção mais elevado em relação aos que não desenvolviam qualquer política de proteção ao meio ambiente, distorção essa que motivou com que fossem adotadas medidas uniformes de proteção do ambiente, via instrumentos internacionais (convenções multilaterais e por decisão dos órgãos competentes das organizações internacionais<sup>76</sup>.

O caso mais rumoroso de distorções na concorrência entre países que se tem notícia, ocorrido na década de 70, na Comunidade Econômica Europeia, é o da confecção de sapatos na Alemanha, onde empresas industriais do ramo observavam as diretivas e normas internas que as obrigavam a internalizar custos, culminando na venda dos pares de sapatos por preços mais caros que os similares feitos na Itália, que não adotavam as mesmas práticas, fato esse que foi decisivo para introdução de medidas uniformizadoras no âmbito Comunitário para por termo a esse desequilíbrio.

No seu fim de redistribuição, ou seja, na sua função de enfrentamento das deficiências do sistema de preços, o PPP assume a sua dimensão reparadora, porquanto gera indiretamente a responsabilização do agente econômico, ao obrigar os poluidores a internalizarem em seus custos de produção os gastos com medidas públicas de reposição da qualidade do ambiente perdida, ou seja, a despoluição, ou de auxílio econômico às vítimas e custos administrativos conexos.

Defendem vários doutrinadores<sup>77</sup> que sendo o PPP, derivado da idéia de responsabilidade, significa que os poluidores são culpados, devendo por isso serem punidos.

Essa posição encontra-se atualmente superada, tendo o conteúdo do PPP sofrido mutações evolutivas ao longo do tempo, as quais demons-

76 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 45-49.

77 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997, p. 109.



tram que não se trata de simples princípio de responsabilidade e que com este não se confunde.

Se ficasse inserido como vertente da responsabilidade civil, na esteira da doutrina civilista, perdendo, portanto, a sua autonomização, o PPP não cumpriria o seu papel de instrumento de prevenção do dano ambiental, na medida em que só após a ocorrência de um dano grave viria o poluidor a ser responsabilizado. Ademais, ocorrida a poluição, perde o sentido a prevenção almejada pelo PPP, pois só se previne para o futuro, ou seja, o propósito do PPP é prevenir a ocorrência do dano ambiental. Ressarcimento, indenização, compensação às vítimas da lesão, constituem-se em pagamentos diferidos, a ponto de em alguns casos ser mais lucrativo para o poluidor degradar o ambiente, posto que a indenização que terá de suportar será de menor vulto que os custos que teria se prevenisse a sua eclosão. A rigor, a reparação dos danos, em casos que tais solapa a dimensão preventiva do PPP, sendo, portanto, nula.

Em verdade, as dimensões reparatória e repressiva do PPP são a sua última *ratio*, pois seu fim primordial não é a reparação de danos passados, mas a prevenção da poluição futura, vale dizer, sua função precípua é evitar riscos e a concretização dos danos ao meio ambiente.

Como bem assinala Paulo de Bessa Antunes “O elemento que diferencia o PPP da responsabilidade é que ele busca afastar o ônus do custo econômico das costas da coletividade e dirigi-lo diretamente ao utilizador dos recursos ambientais. Ele não pretende recuperar um bem ambiental que tenha sido lesado, mas estabelecer um mecanismo econômico que impeça o desperdício de recursos ambientais, impondo-lhes preços compatíveis com a realidade”<sup>78</sup>.

---

78 Cf. ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito Ambiental*. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 54-56; LEITE, José Rubens Morato. *Dano Ambiental*. 2. ed. São Paulo: Rt, 2003, p. 50.

J.J.Gomes Canotilho, por sua vez, destaca que “...o princípio do poluidor pagador não se identifica com o princípio da responsabilidade, pois abrange, ou, pelo menos foca outras dimensões não enquadráveis neste último”<sup>79</sup>.

É exatamente na sua dimensão preventiva que o PPP afigura-se inconfundível com o princípio da responsabilização, na medida em que entra em ação antes mesmo da ocorrência do dano ambiental, que deve ser reparado.

A dimensão reparadora do PPP, em verdade, consiste na imputação total dos custos a que está obrigado suportar o poluidor em razão do dano ambiental por ele gerado. Infelizmente é inevitável a ocorrência de dano ao meio ambiente, provocado muitas vezes pela atividade produtiva desenvolvida pelos agentes econômicos, mesmo sendo adotadas todas as cautelas adequadas e necessárias para que isso não aconteça, na medida em que não existe o denominado “risco zero” no processo produtivo. Daí porque a ocorrência do dano ambiental obriga, por força do nexos causal existente entre a conduta do poluidor e o resultado, que este proceda à internalização completa dessa externalidade ambiental negativa, mediante recomposição ou reconstituição do ambiente degradado, ou, se não possível, através ressarcimento monetário, arcando com os custos de reparação dos danos em sua integralidade, inclusive compensações às vítimas. Ou seja, os prejuízos causados pelo poluidor ao ambiente e seres vivos correspondem aos custos sociais que deverão ser por ele internalizados.

Nos dizeres de Antônio Leitão Amaro, a responsabilização ambiental é apenas um dos instrumentos concretizadores do PPP, cuja aplicação e revisão têm de ser feitas à luz dos genes familiares e em conjugação com as características próprias de cada um dos filhos concretizadores do PPP<sup>80</sup>.

79 Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes (coord.) *Introdução ao Direito do Ambiente*. Universidade Aberta, 1998, p. 59.

80 Cf. AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 92.



A título meramente ilustrativo, porquanto refoge ao objetivo deste estudo, é de se consignar que há corrente doutrinária, liderada por Canotilho, que entende que o dano ambiental (danos provocados a bens jurídicos concretos através de emissões particulares ou pelo conjunto de emissões de diversas fontes emissoras) difere do dano ecológico (lesões intensas causadas ao sistema ecológico natural sem que tenham sido violados direitos individuais), donde resulta que a reparação dos danos à pessoa ou à propriedade rege-se pelos princípios gerais da responsabilidade civil<sup>81</sup>.

No que tange à sua dimensão repressora ou sancionatória, esta, a exemplo da reparatória, não se configura como função primordial do PPP, materializando-se nas sanções administrativas (multas, suspensão e revogação de autorizações para o exercício de atividades de risco, dentre outras); civis (condenações civis indenizatórias; obrigações de fazer e de não fazer); e penais (aplicação de penas aos que praticarem crimes ambientais).

## 6 Instrumentos de implementação do PPP a que estão sujeitos o poluidor

No universo de instrumentos existentes para proteção ao meio ambiente, espalhados em classificações doutrinárias diversas, a exemplo das citadas por Antônio Amaro Leitão<sup>82</sup>, vislumbram-se como instrumentos de política ambiental – normativos e econômicos – compatíveis com o PPP, as normas e as taxas, estas mediante prescrição

81 Cf. CANOTILHO, J.J. Gomes. A responsabilização por Danos ambientais: aproximação juspublicista. In: AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Marta Tavares de. (coord.). *Direito do Ambiente*, Oeiras: INA, 1994, p. 397-407; GOMES, Carla Amado, *Textos Dispersos de Direito do Ambiente*, Vol. III, Lisboa: AAFDL, 2010, p. 20-21.

82 O professor Amaro Leitão cita e adota parcialmente a classificação idealizada por Marie-Louise Larsson, para quem os instrumentos de proteção ambiental subdividem-se em “1. Instrumentos políticos, administrativos ou econômicos; 2. Mecanismos imperativos ou voluntários; 3. Instrumentos de direito público, direito penal ou direito civil; 4. Medidas normativas, econômicas e informativas” (AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005).

de regras de comportamento ou imposição de ônus complementares de tipo monetário sobre o poluidor, cujo escopo não é outro senão a redução da poluição e financiamento dos custos das políticas públicas de proteção do ambiente<sup>83</sup>.

Fica a cargo das normas, como instrumento normativo, do tipo regulatório, fixar padrões de qualidade do ambiente; padrões do processo produtivo e padrões dos produtos fabricados<sup>84</sup>, estabelecendo valores ou limites máximos de poluição ou de utilização do ambiente, que não podem ser ultrapassados, no escopo eminentemente preventivo de proteção do ambiente. São elas que, por exemplo, estabelecem parâmetros no fabrico e utilização de produtos, estabelecendo limites no que tange aos seus aspectos nocivos; especificando as características e modos de uso dos produtos. Cumpre também às normas regulamentarem sobre instalações fixas, inclusive níveis de poluentes e especificação para construções de instalações.

Reveste-se, também, de cunho normativo, as medidas adotadas pelo poder público quando impõe aos poluidores novos custos e lucros cessantes. Situam-se no rol dos custos acrescidos os investimentos em bens de equipamento, a exemplo de introdução de filtros ou isolamentos; aquisição de bens ou serviços de terceiros, de entidades públicas ou de particulares. No tocante aos lucros cessantes, estes se configuram na perda dos ganhos prováveis e esperados pelo agente econômico, pois ocorre a diminuição da sua produção a partir do momento em que é reduzida a intensidade da atividade poluente.

83 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 169.

84 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 169; AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 49.



Outro instrumento de execução do PPP, dotado de matiz normativo ou regulatório, é a proibição do exercício da atividade produtiva por causa da poluição gerada<sup>85</sup>.

O poder público impõe aos poluidores, através de instrumentos normativos (legais e administrativos) o cumprimento de determinadas obrigações para que possam exercer a atividade econômica, tais como a necessidade de obtenção de concessão de licenças ou autorizações para que possa exercer uma dada atividade potencialmente ou efetivamente lesiva ao ambiente; submissão dos agentes econômicos às ordens individuais ou coletivas de cessação ou modificação de uma atividade que provoca lesões ambientais irreversíveis; observância de limites máximos de poluição ou níveis vinculativos ao estado de qualidade do ambiente, dos produtos ou da tecnologia de produção<sup>86</sup>.

Mesmo não sendo a alternativa mais adequada, uma vez que apresenta falhas no seu sistema de controle e aplicação de sanções, os instrumentos normativos contam com a preferência do poder público, porque além de privilegiar a proteção ambiental frente a atividade econômica, prevenindo os efeitos irreversíveis ou inaceitáveis de certas poluições perigosas (mercúrio ou substâncias radioativas), importa na redução dos seus trabalhos na fase de planejamento da política ambiental (estudos para criação das normas). De igual modo, são os escolhidos dos poluidores por possibilitarem negociação com o ente estatal, o que, via de regra, é inviável no caso de aplicação de instrumentos econômicos (taxas e eco-impostos), poupando-lhes muitas vezes do cumprimento da obrigação do melhoramento contínuo<sup>87</sup>.

85 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 171.

86 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 117; 178.; AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 30; 49.

87 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 179.

São instrumentos econômicos de combate à poluição os impostos diretos e indiretos, taxas, políticas de preços e benefícios fiscais<sup>88</sup>.

Os impostos consistem em fazer o poluidor pagar ao Estado um valor proporcional à poluição pela qual ele é responsável, podendo ser fiscais, quando se destinam às funções de financiamento ou redistribuição, ou extra-fiscais, se busca cumprir a função de incitamento à prevenção<sup>89</sup>.

Podem ainda ser classificados como ecológicos, sempre que se destinarem a coibir a poluição, pretérita, atual ou potencial, ou quando tiver como fato tributável a utilização de recursos ambientais. Se tomado por base o sujeito passivo, os impostos ecológicos classificam-se em indiretos, caso em que é tributada a atividade de consumo, figurando como poluidores-pagadores os consumidores ou utilizadores do produto poluente; e diretos, toda vez que recai sobre aquele que utiliza os recursos naturais como matéria prima do seu processo produtivo de bens e serviços, gerando no exercício dessa atividade a poluição.

Uma das maiores dificuldades enfrentadas pelo Estado para implementação dos eco-impostos é o cálculo econômico dos montantes a aplicar aos poluidores a esse título, percalço esse que leva a administração a optar pela aplicação dos instrumentos normativos já citados, posto que a sua criação reclama menor esforço. Estabelecer-se, previamente, o valor exato do imposto a ser pago é tarefa extremamente árdua, porquanto variável a depender do nível de poluição praticado pelos poluidores.

O papel primordial dos impostos ecológicos ou eco-impostos ou “impostos verdes” é estimular a conduta ecológica dos poluidores, vale

88 Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Lições de Direito do Ambiente*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 75.

89 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 179.

dizer, a estes é dado optar em pagar o imposto, equivalente à poluição produzida, ou adequar o seu processo produtivo à redução ou eliminação da poluição que provocam, mediante uso de tecnologia depurativa.

Frise-se que no Brasil o “imposto verde” não chegou a ser instituído, figurando a CIDE como única tributação existente, no sentido de internalização dos custos ambientais, inobstante valer-se o poder público de outros instrumentos econômicos para aplicação do PPP. Nesse sentido, algumas leis definem o percentual de compensação ambiental, para efeito de aplicação do princípio do poluidor pagador, constando previsão nesse sentido na Lei do Sistema Nacional das Unidades de Conservação; a cobrança de que trata a Lei Nacional de Recursos Hídricos e a transferência do potencial construtivo oneroso, prevista no Estatuto da Cidade (Lei n.º. 10257/01)<sup>90</sup>.

As taxas, por seu turno, são estabelecidas pelo poder público de acordo com o grau de poluição emitido, apurado em procedimento administrativo adequado, e objetivam incentivar o poluidor a adotar por iniciativa própria, pelo menor custo, as medidas necessárias para reduzir a poluição que ocasiona ou fazer com que arque com a sua quota-parte nas despesas das medidas coletivas. Incidem sempre que o Estado ou terceiros prestam serviços de despoluição aos poluidores. Guarda semelhança com os eco-impostos nas funções de incentivo e de financiamento, na medida em que propicia ao agente poluente mudanças no seu comportamento ecológico, ou seja, os poluidores terão oportunidade de pagar preços menores por serviços de despoluição desde que procedam a melhorias na sua conduta ecológica, repercutindo por conseqüência na qualidade do meio ambiente<sup>91</sup>.

90 Art. 34. A lei específica que aprovar a operação urbana consorciada poderá prever a emissão pelo Município de quantidade determinada de certificados de potencial adicional de construção, que serão alienados em leilão ou utilizados diretamente no pagamento das obras necessárias à própria operação. § 1º Os certificados de potencial adicional de construção serão livremente negociados, mas conversíveis em direito de construir unicamente na área objeto da operação. § 2º Apresentado pedido de licença para construir, o certificado de potencial adicional será utilizado no pagamento da área de construção que supere os padrões estabelecidos pela legislação de uso e ocupação do solo, até o limite fixado pela lei específica que aprovar a operação urbana consorciada.

91 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 180.

Ocorre discussão doutrinária, principalmente no âmbito dos economistas, acerca de qual instrumento de combate à poluição seria o mais vantajoso, se o da regulamentação direta ou se os impostos e taxas, bem como sobre a existência de antagonismo entre esses mecanismos na proteção do ambiente. A opinião prevalecente é no sentido de que são providências que se equivalem e que não se opõem<sup>92</sup>.

Os títulos de poluição transacionáveis constituem-se também em uma alternativa no combate à poluição. Segundo Alexandra são utilizados para as situações em que a poluição ocorre durante o processo produtivo. Consistem, portanto, na emissão de documentos oficiais cuja posse confere ao seu detentor o direito de poluir até um certo valor estabelecido no título, de tal modo que quantos mais títulos de poluição um poluidor detiver, mais poluição pode emitir<sup>93</sup>.

O canadense J.H.Dales, que em 1968 foi o primeiro estudioso do tema a propor esse sistema, enfatiza que o mesmo apresenta uma série de vantagens para o meio ambiente, avultando dentre elas o fato do nível de qualidade do ambiente fixado pelas autoridades públicas ser automaticamente atingido, uma vez que o número de títulos é estabelecido pelo poder público; a permissão de que cada agente econômico se adapte progressivamente às exigências postas; e a facilidade do Estado em ajustar os níveis de qualidade, mediante recolhimento ou aquisição de títulos no mercado<sup>94</sup>.

Ocorre, entretanto, que ao lado das vantagens apontadas há dificuldades para a perfeita implementação do sistema de títulos de poluição

92 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 181-182.

93 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 182-183.

94 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 182.



transacionáveis, a começar por falhas no controle e fiscalização da compatibilização das emissões de cada agente poluente, em dado momento, com o número de títulos detidos, tendo em vista que estes são de livre transação<sup>95</sup>. Outro inconveniente se sucede quando o Estado vê-se obrigado à recompra dos títulos no mercado, como forma de proceder ao ajuste do nível de poluição tolerável, uma vez que termina por nivelar-se ao agente poluente, terminando por proporcionar aos mesmos ganhos injustificados em face dessa contrapartida. A permissão de concentrações excessivas de poluidores num único local, caso esse ocorrente quando um ou poucos agentes econômicos são detentores da maior parte dos títulos emitidos para utilização em uma dada região, também é outra desvantagem desse sistema.

Trata-se de sistema de combate à poluição introduzido em 1990 dos Estados Unidos e cuja utilidade prática vem sendo bastante questionada, exatamente por conta das desvantagens ora comentadas.

## **7 O papel do Estado como destinatário do princípio do poluidor pagador**

Cumpra ao Estado, na qualidade de destinatário direto do PPP, regulamentar a utilização dos bens naturais pelos atores econômicos, recaindo sobre o Poder Público a culpa indireta pela degradação do ambiente toda vez em que não exerce essa atividade legiferante, bem como quando se omite do seu dever de controle e fiscalização do cumprimento das normas de proteção ambiental que edita.

---

95 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 183.

Essa intervenção estatal na regulamentação e gestão dos bens de uso comum do povo, assim compreendidos os bens ambientais, é que conduz os poluidores a arcarem com todos os custos decorrentes do uso dos recursos ambientais na sua atividade produtiva, evitando-se, destarte, que uma minoria, os poluidores, se enriqueça à custa do sacrifício de muitos, no caso os que estão submetidos à poluição por eles provocada, via de regra a coletividade.

Compete ao Estado, zelando pela boa aplicação do PPP, exercer o controle, fiscalização e avaliação dos resultados obtidos no campo da proteção ambiental, através de auditorias ambientais e mediante obrigatoriedade dos poluidores publicitarem os seus resultados ambientais. Não é impossível a ocorrência de danos ambientais provocados pela poluição, gradual ou acidental, mesmo que o órgão público que gerencia essa aplicação tenha adotado todas as medidas para que isso não ocorresse. Em casos que tais, cumpre aferir se a lesão foi decorrente de ilícito praticado pelo agente poluente, descumprindo os instrumentos normativos a que está submetido, mormente no que se refere ao ultrapasse dos padrões de qualidade previamente estabelecidos, sujeitando-se, por conseguinte, a sanções civil, administrativa e até mesmo penal. Pode, contudo, o dano ser decorrente da má aplicação do PPP, caso em que o Estado também é responsabilizado em conjunto com o poluidor pelos danos ambientais ocorridos.

É dado ao Poder Público, na implementação das imposições legais ou administrativas, submeter os poluidores ao cumprimento de determinadas obrigações para que possam exercer atividades econômicas potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente. Nesse sentido, o sistema de regulamentação direta pode assumir diversas formas ou modalidades, a exemplo da necessidade de concessão de licenças ou autorizações para que uma dada atividade potencialmente ou efetivamente lesiva do ambiente possa ser exercida; edição de ordens

individuais ou coletivas de cessação ou modificação de uma atividade que provoca lesões ambientais irreversíveis; ou na fixação de níveis vinculativos ao estado de qualidade do ambiente, dos produtos ou da tecnologia de produção<sup>96</sup>.

Por último, cabe ao Poder Judiciário, no exercício do controle de constitucionalidade e de legalidade, cotejar a compatibilidade, conformidade, das normas de direito ambiental editadas com o PPP, alijando-as quando afrontosas com o princípio constitucional ora estudado.

## 8 O caráter principiológico do PPP

O PPP, em face do seu caráter principiológico, é insuscetível de aplicação direta, dependendo, sempre, da edição de normas regulatórias que lhe dêem concretude, contribuindo, assim, para o bem-estar e justiça social, atuando como princípio de política ambiental<sup>97</sup>.

Admite-se exceções à aplicação do PPP, desde que embasadas na razoabilidade, por motivos de ordem econômica, social, laboral, dentre outros que sejam relevantes, como por exemplo nos casos de perturbações econômicas graves. Para tanto, impõe-se a efetivação de juízo de ponderação com relação às vantagens e desvantagens que advirão com a adoção da exceção, prevalecendo, sempre, para efeito de decisão, a que for mais benéfica ao meio ambiente, vale dizer, legitima-se a adoção da exceção à aplicação do PPP se os benefícios econômicos, sociais, laborais, superarem os custos da proteção ambiental.

---

96 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 178.

97 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 212.

Se razões ambientais determinarem, excepcionalmente, que sejam os poderes públicos instados a agir diretamente na proteção do ambiente, isso não obsta à aplicação do PPP. Os poderes públicos podem adotar medidas de proteção do ambiente, com respeito pelo princípio da correção na fonte ou do produtor-eliminador, isto é, desde que estas sejam financiadas pelos poluidores<sup>98</sup>.

Preconiza a OCDE, em casos que tais, o caráter de excepcionalidade na adoção das medidas de exceção ao PPP, tais como benefícios e subsídios fiscais, devendo conformar-se às situações estritamente necessárias, mormente nos casos de indústrias em sérias dificuldades, por períodos transitórios previamente definidos e desde que não gerem distorções de peso no comércio e investimento internacionais.

No âmbito da Comunidade Européia, em que pese seu posicionamento inicial contrário à concessão de subsídios a particulares para implantação de medidas de controle da poluição, a Comissão terminou inclinando-se pela mitigação desse rigor, tendo em vista que em vários Estados-membros essa prática era corrente, culminando por estabelecer regra transitória, com vigência prevista até 1986, admitindo exceções à aplicação do PPP, previstas no art.º 92º do Tratado da União Européia e consideradas lícitas quando provenientes do Fundo de Coesão, em que pese considerá-las incompatíveis com o princípio ambiental em estudo<sup>99</sup>.

98 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 82.

99 6. Podem justificar-se, em casos limitados, exceções à aplicação do princípio do «poluidor-pagador»:

a) Quando a aplicação imediata de normas muito coercivas ou em que a imputação de taxas importantes forem susceptíveis de provocar perturbações económicas graves, a integração rápida do custo da luta antipoluição nos custos de produção corre o risco de fazer surgir custos sociais mais elevados. Deste modo, pode revelar-se necessário: — conceder a certos poluidores um prazo limitado para adaptar os seus produtos ou os seus processos de produção às novas normas, e/ou —conceder auxílios limitados no tempo e eventualmente de carácter degressivo. Tais medidas só podem, em qualquer caso, aplicar-se às instalações de produção existentes (1) assim como aos produtos existentes; b) Quando, no âmbito de outras políticas (por exemplo, política regional, industrial, social e política agrícola, política de investigação e de desenvolvimento científico), os investimentos que tenham efeito sobre a protecção do ambiente, beneficiem de auxílios destinados a resolver certos problemas estruturais de natureza industrial, agrícola ou regional. Os auxílios das alíneas a) e b) só podem, evidentemente, ser concedidos pelos Estados-membros no respeito das disposições em matéria de auxílios de Estado previstos nos Tratados que instituem as Comunidades Europeias e, nomeadamente, os



Consoante assinala Aragão, há dois tipos de exceções à aplicação do PPP. A primeira delas ocorre nas situações em que o poluidor deveria pagar mas não paga pelo mal causado ao meio ambiente, ficando a salvo de arcar com esses custos por omissão na aplicação desse princípio a um certo setor ou área geográfica e nos casos em que se encontre amparado por isenção que lhe concedida pelo Poder Público. A segunda hipótese de exceção materializa-se quando o poluidor apesar de suportar o ônus financeiro pela poluição causada recebe auxílio ou benefício financeiro do Estado para cumprir as obrigações a que está sujeito ou lhe é destinado subsídio para estimulá-lo a que polua em menor escala, de molde a que atinja o nível de qualidade aceitável do ambiente.

As exceções ora comentadas estão, contudo, submetidas a limites iminentes, temporais, subjetivos, geográfico-setoriais e processuais, como forma de evitar-se o *dumping ecológico*<sup>100</sup>, até porque se não for colocado um freio às exceções à aplicação do PPP o meio ambiente ficará sem qualquer proteção e o comércio internacional sofrerá graves distorções.

Tem-se por limites iminentes os motivos de ordem econômica, social, laboral, de desenvolvimento regional, que conflitam com a qualidade do ambiente, após juízo de ponderação acerca da opção que seja mais benéfica ao meio ambiente, autorizem ser priorizados frente à aplicação do PPP<sup>101</sup>.

Os limites temporais, por sua vez, consistem na fixação prévia de período transitório para vigência das medidas protecionistas, cabendo

---

artigos 92º e seguintes do Tratado CEE. Na aplicação dos artigos 92º e seguintes do Tratado CEE a estes auxílios, serão tidas em conta as necessidades a que tais auxílios correspondem em matéria de ambiente. (Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 199).

100 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 205.

101 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 205.

aos limites subjetivos delinearem quais os poluidores poderão por elas ser beneficiados, contanto que estejam desenvolvendo atividades nos limites geográficos setoriais das exceções à aplicação do PPP.

Não é dado olvidar que é o conjunto dessas limitações que dão legitimidade às exceções ao PPP, devendo o conteúdo desta ajustar-se ao princípio da proporcionalidade, ou seja, as exceções só serão legítimas se forem indispensáveis e adequadas à proteção dos interesses em conflito, e desde que a sua implementação traga mais vantagens que desvantagens caso não fossem as mesmas aplicadas.

Cumprindo indagar, doravante, quais os resultados práticos que o PPP permite alcançar e quais os fins que visa realizar.

Quanto ao fenômeno da repercussão dos custos da poluição, afigura-se inevitável a sua incidência, pois cabendo aos agentes poluentes internalizarem esses custos, fatalmente procederão o seu repasse para os consumidores, através inclusão nos preços dos produtos que fabricam e comercializam. É o que se denomina de repercussão em sentido próprio ou externa, consistente na transferência dos pagamentos efetuados pelo poluidor para os seus clientes e opera-se pela inclusão dessas despesas, como um custo, no preço final dos bens ou serviços, onerando reflexamente o respectivo adquirente. É natural que isso ocorra, na medida em que os pagamentos decorrentes do PPP não estão sujeitos a serem arcados com exclusividade pelos produtores, os quais podem embuti-los em seus custos de produção, repassando-os aos consumidores. É a livre concorrência de mercado que vai ser o termômetro de quem vai afinal efetuar os pagamentos, sendo óbvio que nos casos de monopólio ou oligopólio tendencialmente os consumidores é que terminam pagando a conta, contudo nos mercados onde há menor influência de grupos econômicos, a repercussão será praticamente nula, na medida em que os poluidores para se manterem



competitivos suportarão integralmente com os pagamentos, livrando os consumidores dessas despesas<sup>102</sup>.

Há situações em que se opera a denominada repercussão interna, que consiste em os custos acrescidos aos produtos, em decorrência da internalização dos custos ambientais no processo produtivo, ao invés de serem repassados aos consumidores, repercutirem na redução de gastos com mão-de-obra, estas consubstanciadas na diminuição do número de trabalhadores ou de horas de trabalho, ou ainda em substituição de matéria prima mais cara por outra mais barata ou na redução de investimentos de capital, a exemplo da não introdução de novo maquinário<sup>103</sup>.

Se o agente poluente transfere total ou parcialmente os custos ambientais que internaliza para os preços dos produtos e serviços colocados no mercado, em autêntico inconveniente econômico, não é por isso que não se há de reconhecer ao PPP os benéficos efeitos ecológicos que proporciona, seja porque eventual aumento dos preços acarretará contração na demanda do produto ou serviço que é poluente ou cuja produção ou consumo geram poluição.

O fenômeno da repercussão fez com que surgissem propostas no sentido de substituição do nome do princípio para Princípio do Poluidor Primeiro Pagador; Princípio do Utilizador Pagador ou ainda Princípio do Consumidor Pagador, porém as mesmas vão vingar.

---

102 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 87; SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. In: ROCHA, Mário de Melo. *Estudos de direito do ambiente*. Porto:Universidade Católica, 2003, p. 112-113; AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 43.

103 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 188-189; AMARO, Antônio Leitão. *Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental*, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005, p. 44.

Alexandra sustenta que não faz sentido as propostas propugnadas, porquanto quaisquer delas refletem com fidelidade tal fenômeno. Primeiro porque nem sempre a repercussão acontece, como é o caso em que os poluidores que pagam forem simples consumidores. Segundo porque nem sempre o primeiro pagador é poluidor. A rigor, sempre haverá o poluidor direto e o indireto<sup>104</sup>.

Prevalece a equidade da repercussão, pois se é justo que o pagamento seja efetuado por quem cria a poluição, extraindo benefícios e lucros da atividade produtiva que controla e desenvolve e que é prejudicial para terceiros, também o mesmo ocorre quando o pagamento vem em cascata, posto que os pagadores são aqueles que integrando a cadeia econômica dela se beneficiaram sucessivamente dos bens ou serviços considerados prejudiciais à coletividade, como é o caso do consumidor, poluidor indireto.

Os ambientalistas fundamentalistas ou ecologistas, entendendo que os bens da natureza não tem valor contabilizável, não admitem a atribuição de valor monetário ao ambiente. E mais, criticam o PPP, com base no fenômeno da repercussão, sob argumento de que o preço da compra do direito de poluir sequer é pago pelos poluidores, sendo suportado pelos consumidores. Gilles Martin critica o PPP por considerá-lo compra do direito de poluir<sup>105</sup>.

Em síntese notável, Édis Milaré refuta esse entendimento: “Trata-se do princípio poluidor-pagador (poluiu, paga os danos), e não pagador-poluidor (pagou, então pode poluir)”. Outrossim, a exemplo de Herman Benjamin, colaciona ensinamento do jurista espanhol Ramon Martin Mateo dando conta de que “O princípio não objetiva, por certo, tolerar a poluição mediante um preço, nem se limita apenas a compen-

104 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 192-193.

105 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão, *O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente*, Coimbra, Universidade Coimbra, 1997, p. 107.

sar os danos causados, mas sim, precisamente, evitar o dano ao ambiente”, pondo, assim, uma pá de cal sobre essa controvérsia<sup>106</sup>.

É oportuno comentar que lavra na doutrina divergências no sentido de que para uns o princípio do poluidor-pagador é sinônimo do princípio do usuário pagador, enquanto que para outros são princípios diversos.

Sustenta Fiorillo que o princípio do usuário pagador no fundo abarca o do poluidor pagador, tratando-se de um mecanismo de assunção de responsabilidade social partilhada pelos custos ambientais derivados da atividade econômica.

Édis Milaré, por seu turno, divergindo desse entendimento, argumenta que “na realidade são princípios diferentes, e, de algum modo, complementares”. Aduz que o princípio do usuário-pagador busca “evitar que o ‘custo zero’” dos serviços de recursos naturais acabe por conduzir o sistema de mercado à hiperexploração do meio ambiente. Por isso, cresce no mundo o movimento pelo pagamento por serviços ecológicos como incentivos à conservação<sup>107</sup>.

Adiante assinala a diferença existente: “O poluidor paga, é certo, não paga pelo direito de poluir: este ‘pagamento’ representa muito mais uma sanção, tem caráter de punição e assemelha-se à obrigação de reparar o dano. Em síntese, não confere direito ao infrator”<sup>108</sup>. Entendimento semelhante é perfilhado por Paulo Leme Machado, para quem “o pagamento efetuado pelo poluidor ou pelo predador não lhes confere qualquer direito a poluir”<sup>109</sup>.

106 Cf. MILARÉ, Edis, *Direito do Ambiente*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1075; BENJAMIN, Antônio Herman V. O princípio poluidor pagador e a reparação do dano ambiental. In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). *Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão*. , p. 226-236, São Paulo: Rt, 1993, p. 236.

107 Cf. MILARÉ, Edis, *Direito do Ambiente*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1076.

108 Cf. MILARÉ, Edis, *Direito do Ambiente*. 7ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 1077. Paulo Leme Machado perfilha posicionamento assemelhado ao de Milaré.

109 MACHADO, Paulo Leme, *Direito Ambiental Brasileiro*, 17ª. ed., Rio de Janeiro, 2009, p. 68.

A nosso sentir, o art.º 4.º, VII, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6938/81) espanca qualquer dúvida no sentido de os princípios em discussão diferem<sup>110</sup>. Deriva da norma legal em destaque que as obrigações impostas ao usuário pagador não decorrem da prática de atividade ilícita ou poluente, ao contrário do poluidor pagador.

Em verdade, o usuário pagador arca com o pagamento pela utilização de bem de uso comum do povo, da coletividade, ou seja, paga pela utilização do bem natural para fins econômicos, no exercício, portanto, de atividade absolutamente lícita. O utilizador dos recursos naturais, na qualidade de beneficiário do uso desses bens, via de regra na obtenção de fins econômicos, deve suportar os custos decorrentes da sua própria utilização, poupando os poderes públicos e terceiros de arcarem com os custos do uso e esgotamento dos recursos da natureza.

## 9 Conclusão

Com origem na economia, tendo em seguida ganho mundialmente *status* de princípio jurídico, o PPP figura atualmente como um dos princípios normativos basilares do direito ambiental, sendo também orientador das políticas ambientais e dotado de índole constitucional, tanto no direito comunitário, quanto no Brasil, figurando em Portugal, *en passant*, tão-somente na LDB (Lei n.º 11/87), sendo desprovido em qualquer desses ordenamentos jurídicos de eficácia imediata.

O seu conteúdo ainda é vago e indefinido por dois motivos primordiais. Por seu cunho principiológico, não tendo caráter absoluto, demanda a edição de normas regulamentadoras para que ganhe concre-

110 Art. 4.º – A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...]VII – à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados, e ao usuário, de contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos.



tude, o que comumente opera-se de forma precária, pois nem sempre são definidas em sua amplitude as obrigações dos poluidores, vindo dessa forma, à revelia do PPP, tanto o poder público perpetuar a concessão de subsídios, olvidando que, embora admissíveis exceções à sua aplicação, deve imperar no particular a temporalidade e circunstâncias especiais que as autorizem, quanto os poluidores, aproveitando-se de brechas existentes nos instrumentos normativos, optarem pela negociação direta com os órgãos do executivo, livrando-se do pagamento de tributos que se fossem instituídos seriam destinados à proteção do meio ambiente, mormente aqueles que repercutiriam na melhoria contínua das suas atividades e, por conseqüência, na redução ou até mesmo eliminação da poluição por eles desencadeada.

Trata-se de princípio que tem como destinatário direto o Estado, competindo aos órgãos dos poderes executivo e legislativo a atribuição de proceder, respectivamente, ao planejamento estratégico ambiental e edição de regras de conduta, limitativas e proibitivas, exercendo o primeiro, paralelamente, o controle, monitoramento e fiscalização dos resultados dessas atividades, sujeitando-se inclusive a responsabilização por eventuais erros ou omissões em que venha a incidir no desempenho desses misteres; desenvolver ações públicas de proteção ambiental e prestação de auxílio às vítimas das lesões ambientais, tudo sob custeio dos agentes poluentes, cabendo ao segundo editar normas legais e administrativas, sobretudo de caráter preventivo, estabelecendo limites máximos de poluição que deverão ser observados pelos poluidores; definindo as atividades perigosas potencialmente poluentes; criar tributos, a serem pagos pelos poluidores, destinados ao financiamento da política de proteção ambiental; proceder às adequações normativas para ajustes à realidade fática ambiental, especificamente no campo da poluição, exercendo, paralelamente, o controle, monitoramento e fiscalização dos resultados dessas atividades, sujeitando-se inclusive a responsabilização por eventuais erros ou omissões em que

venha a incidir no desempenho desses misteres. Cumpre aos órgãos do poder judiciário, por sua vez, verificar se as normas de direito ambiental editadas guardam compatibilidade com o PPP, exercendo o controle de constitucionalidade e de legalidade.

Na qualidade de destinatário indireto, o poluidor está obrigado a arcar com o pagamento integral dos custos diretos e indiretos das medidas de prevenção e precaução previstas nos instrumentos normativos e econômicos, voltados à proteção ambiental e decorrentes do exercício da sua atividade produtiva, como forma de evitar, minimizar ou eliminar a poluição que causa, sem prejuízo de ser responsabilizado pelas lesões ambientais que provocar e pelo ressarcimento das despesas públicas que forem realizadas na despoluição ativa, educação ambiental e auxílio às vítimas, por exemplo.

Se é certo que o poluidor direto ou indireto deve suportar totalmente os custos ambientais de prevenção da poluição, não menos certo que nas situações de poluição cumulativa, poluição em cadeia e nos casos de poluição difusa, nem sempre se torna possível identificar o poluidor. Outrossim, na implementação dos eco-impostos vê-se o Estado diante de enormes dificuldades para efetivação do cálculo econômico dos montantes a aplicar aos poluidores a esse título, porquanto variável, a depender do nível de poluição praticado pelos poluidores.

Assim, o PPP é uma solução parcial aos problemas econômicos ambientais, pois existem sérios obstáculos em avaliar os custos das externalidades, que devem ser internalizados pelos poluidores, ocorrendo, portanto, inevitável déficit na sua execução.

Articula-se com outros princípios autonomizados, tais como os da prevenção e da responsabilidade civil que, atuando de forma complementar, o auxiliam na implementação dos seus fins, consistente no



combate à poluição, proteção do meio ambiente e da qualidade de vida, com justiça social e menor custos.

Com efeito, por se tratar de princípio multifuncional, no sentido dado por J.J. Gomes Canotilho, o PPP : i) é uma diretiva da política de prevenção, evitando que as externalidades sejam cobertas por subsídios do Estado; ii) é um princípio de tributação; iii) é um princípio tendencialmente conformador do instituto da responsabilidade<sup>111</sup>.

Sem dúvida, os principais méritos do PPP são o de ter definido que a atividade econômica é por essência poluidora e que os agentes poluentes devem arcar com os custos sociais dela decorrentes, preferencialmente internalizando-os, *a priori*, nos seus custos de produção, sem prejuízo de serem responsabilizados pelas lesões causadas ao meio ambiente, mesmo nos casos de poluição lícita ou residual.

## Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa, **Direito Ambiental**. 13<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

AMARO, Antônio Leitão. **Tal pai, tal filho: os caminhos cruzados do princípio do poluidor pagador e da responsabilidade ambiental**, Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente, Coimbra, n.23-24, p.9-108, Jan./Dez de 2005.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Souza Aragão. **O Princípio do Poluidor-Pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Ambiente**. Coimbra: Universidade Coimbra, 1997.

111 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Público do Ambiente*. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995, p. 43

BARBOSA, Rangel; OLIVEIRA, Patrícia. **O Princípio do Poluidor-Pagador no Protocolo de Quioto**, *In: Revista de Direito Ambiental* nº. 44, Out/Dez, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman V. **O princípio poluidor pagador e a reparação do dano ambiental**. *In: BENJAMIN, Antônio Herman V. (coord.). Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão.*, p. 226-236, São Paulo: Rt, 1993

BRASIL, Supremo Tribunal Federal do. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal](http://www.stf.jus.br/portal)>. Acesso em junho de 2012.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça do. Disponível em: <[www.stj.jus.br/portal](http://www.stj.jus.br/portal)>. Acesso em julho de 2012.

BRASIL, Tribunal do Rio Grande do Sul do. Disponível em: <[www.tjrs.jus.br/portal](http://www.tjrs.jus.br/portal)>. Acesso em julho de 2012.

BRASIL, Tribunal de Justiça de Santa Catarina do. Disponível em: <[www.tjsc.jus.br/portal](http://www.tjsc.jus.br/portal)>. Acesso em julho de 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. (coord.) **Introdução ao Direito do Ambiente**. Universidade Aberta, 1998

\_\_\_\_\_. **Direito Público do Ambiente**. Coimbra: Faculdade de Direito de Coimbra, 1995.

\_\_\_\_\_. **A responsabilização por Danos ambientais: aproximação juspublicista**. *In: AMARAL, Diogo Freitas do. ALMEIDA, Marta Tavares de. (coord.). Direito do Ambiente*, Oeiras: INA, 1994

CARVALHO, Antônio César L. De; SANTANA, José Lima. **Direito Ambiental Brasileiro em Perspectiva**, Curitiba: Juruá, 2009.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**, 3ª. ed. , São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

FERNANDES, Paulo Victor. **Impacto Ambiental**: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2005.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 12ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FREITAS, Gilberto Passos de Freitas. **Ilícito Ambiental e reparação do Dano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GERENT, Juliana. **Internalização das externalidades negativas ambientais – Uma breve análise das relações jurídico-econômicas**. In: *Revista de Direito Ambiental*, nº. 44, São Paulo, Out/Dez de 2006.

GOMES, Carla Amado. **Textos Dispersos de Direito do Ambiente**, v. III, Lisboa: AAFDL, 2010.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental**: visão integrada e solidária da educação e da reparação, São Paulo: RT, 2002.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental**: o estado e o meio ambiente, 2ª. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. **Direito Ambiental na Sociedade de Risco**, Rio de Janeiro: Forense, 2002.

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

MACHADO, Paulo Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**, 17ª. Edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**, 7ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2011.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Princípios Fundamentais do Direito Ambiental**, São Paulo: Revista de Direito Ambiental n.º 2, Abril/Junho de 1996.

PRESTES, Vanesca Buzelato. Formas não tributárias de financiamento das cidades. *In: Interesse Público*, Porto Alegre: Notadez, vol. 11, n.º 57, set/out de 2009.

RAMOS, José Eduardo Silvério. Tributação ambiental: O Tributo como instrumento de preservação do meio ambiente. *In: Revista Tributária de Finanças Públicas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 14, n.º 71, nov/dez. de 2006.

RIBAS, Lídia Maria L.R.; CARVALHO, Valbério Nobre de. O tributo como instrumento de tutela do meio ambiente. *In: Revista de Direito Ambiental*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n.º 54, abr/jun 2009.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais de direito ambiental. *In: Revista da AJUFE*, ano 21, n. 74, p.43-72, 2º Semestre de 2003.

SCHMIDT, Cíntia, Princípios de Direito Ambiental. *In: Revista Interesse Público*, Belo Horizonte: Fórum, vol. 13, n.º 69, set/out de 2011.  
SILVA, Dany Monteiro da. **Dano ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá, 2006.



SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional: meio ambiente, desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem.** Rio de Janeiro: Thex editora, 1995.

SILVA, Isabel Marques da. O princípio do poluidor pagador. *In:ROCHA, Mário de Melo. Estudos de direito do ambiente.* Porto: Universidade Católica, 2003.

SILVA, Maurício de Jesus Nunes da. A revogação da licença ambiental. *In: Revista de Direito Ambiental.* São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 14, n.º. 53, jan./mar de 2009.

SILVA, Vasco Pereira da. **Lições de Direito do Ambiente.** Lisboa: Almedina, 2002;

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **As Dimensões do Dano ambiental no direito brasileiro.** 2ª. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TRENNEPHL, Terence Dornelles. **Fundamentos de Direito Ambiental.** 3. ed. Salvador: Podivm, 2008.

WOLD, Chris. **Introdução ao Estudo dos Princípios de Direito Internacional.** Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

#### Referência do texto

OLIVEIRA, Joséfson Silva. O princípio do poluidor pagador enquanto instrumento de prevenção do dano ambiental. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 263-322, jan./jun. 2013.



# Aspectos da mutação constitucional e o julgamento da Reclamação 4.355 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro

**Marcelo Coelho de Carvalho**

Juiz de Direito - Tribunal de Justiça do Estado do Acre, Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Lisboa, MBA em Poder Judiciário pela FGV-Rio; Ex-Presidente da Associação dos Magistrados do Acre - ASMAC

## SUMÁRIO

Introdução. **1** A alteração constitucional como garantia da própria constituição. **1.1** Modificação da constituição. **1.2** Mudança formal ou reforma constitucional. **1.3** Mudança informal ou mutação constitucional. **2** Mutação constitucional. **2.1** Origem. **2.2** Conceito. **2.3** Ambientes favoráveis. **2.4** Mecanismos (ou modos) de mutação constitucional. **2.4.1** Mutação por meio de interpretação. **2.4.1.1** Subjetivismo, objetivismo e originalismo. **2.4.2** Mutação mediante o costume. **2.4.3** Mutação por obra da legislação infraconstitucional. **3** Limites e legitimidade da mutação constitucional. **3.1** Limites da mutação. **3.2** Legitimidade da mutação. **4** Mutação constitucional e o julgamento da reclamação 4.335 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. **5** Conclusão. **6** Bibliografia.

## Introdução

Embora seja reconhecida de forma majoritária, a mutação constitucional é tema polêmico. Através dela se modifica o significado da norma constitucional sem que o texto constitucional seja tocado.

No âmbito da modificação pela justiça constitucional, isso suscita a discussão sobre a uma necessária limitação que deve se impor a fim de se manter a unidade e a estabilidade da Constituição, e de certo modo, a supremacia da constituição. De outra mão, a sua utilidade é notada quando, diante da dificuldade de certas democracias em conseguir maioria qualificada para aprovar reformas constitucionais, a mutação constitucional facilita a tarefa de evoluir a constituição a fim de que esta acompanhe a realidade social, ou seja, que a norma constitucional acompanhe a evolução social, sob pena de se transformar em peça obsoleta, perdendo sua característica de normatividade.

Neste estudo, serão abordados aspectos da mutação constitucional, com ênfase por meio da interpretação, e, neste particular, a interpretação judicial.

Após o levantamento teórico, será feita uma análise do julgamento da Reclamação n. 4335, pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, que, embora não concluído, apresentou, expressamente, nos termos do voto do seu relator, a imperatividade de uma mutação constitucional a respeito dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade.



# 1 A alteração constitucional como garantia da própria constituição.

## 1.1 Modificação da constituição

Embora seja certo que um dos pressupostos do constitucionalismo seja a estabilidade das regras relevantes e predominantes de um Estado, segundo uma maior ou menor rigidez, paradoxalmente a revisão constitucional funciona como uma garantia da legitimação e validade da Constituição.

É notório que a sociedade está em permanente modificação, e, as mudanças na realidade político-social, com as quais as normas constitucionais se defrontam, exigem uma evolução da Constituição objetivando que ela cumpra e permaneça cumprindo seu papel, não se distanciando da realidade experimentada por aqueles que estão sob sua garantia.

No dizer de Carlos Blanco de Moraes, *em síntese, o poder de revisão garante a Constituição, já que se conforma como um instrumento de actualização e adaptação da Lei Fundamental ao devir político, econômico e social, evitando uma nominalização das suas normas susceptível de se converter em fator convidativo de rupturas constitucionais*<sup>1</sup>.

Todas as cartas fundamentais erigem seus mecanismos de mudança, o que mais propriamente se denomina reforma constitucional. Todavia, esse mecanismo não é exclusivo, pois é admitida a mudança informal, denominada mutação constitucional. Admissão essa, segundo assevera Konrad Hesse, reconhecida de forma absolutamente majoritária<sup>2</sup>.

1 MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora, p. 67.

2 HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

## 1.2 Mudança formal ou reforma constitucional

A mudança formal é aquela prevista pelo constituinte originário, observada uma maior ou menor rigidez, a fim de que o constituinte derivado possa por assim dizer atualizá-la, sempre com o propósito de adaptá-la à evolução histórica e social.

Efetivamente se lhe impõem, como não poderia deixar de ser, limites que balizam a atuação do constituinte derivado, nomeadamente em razão de existirem determinados princípios que fundamentam o Estado democrático de direito que não podem, a não ser em um quadro de ruptura constitucional, ser objeto de deliberação.

O procedimento próprio é sempre mais complexo que o da legislação ordinária, segundo a rigidez eleita.

Como o foco desta pesquisa não é exatamente a mudança formal (ou reforma) da constituição, o presente tópico serve eminentemente para o fim de situação do tema.

## 1.3 Mudança informal ou mutação constitucional

Pela via informal, a constituição é modificada através do mecanismo da mutação constitucional. Através da mutação constitucional, opera-se a transformação do sentido e do alcance de norma constitucional sem que se altere o seu texto. Vale trazer a expressão de Gomes Canotilho: muda-se o sentido sem mudar o texto<sup>3</sup>.

3 CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1228



Pela via informal, são enumeradas as modificações introduzidas pela interpretação, pelo costume e por obra da legislação infra-constitucional.

## 2 Mutação constitucional

### 2.1 Origem

A teoria constitucional alemã, e a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, desenvolveram e comprovaram a tese da ocorrência de alterações na Constituição material de um Estado sem qualquer mudança no texto formal<sup>4</sup>.

Na doutrina específica são citados os estudos pioneiros de Paul Laband (*Mutação da Constituição Alemã*, 1895) e de G. Jellinek (*Reforma e mutação constitucional*, 1906), que foram seguidos pelo discípulo de Rudolf Smend, o chinês Hsu-Dau-Lin (cuja obra foi traduzida em espanhol como *Mutación de la Constitución*, 1932).

Entretanto, conforme Barroso, os casos mais citados de mutação constitucional em termos mundiais são os norte-americanos *Brown v. Board of Education* e o que diz respeito ao *new deal*.

No primeiro (*Brown x Board of Education, como se tornou mais conhecida a reunião de cinco processos relativos ao mesmo assunto*), a Suprema Corte americana, sob a presidência de Earl Warren, reviu entendimento sobre a segregação racial entre negros e brancos em escolas americanas, firmado em *Plessy v. Ferguson* (iguais, mas separados), julgado em 1896 e até então em vigor.

4 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 124

No que diz respeito ao *new deal*, modificando entendimento anteriormente consolidado pela Suprema Corte sobre a validade da legislação trabalhista e social. Até então aquele tribunal compreendia que referida espécie de legislação violava a liberdade contratual prevista na Constituição Americana<sup>5</sup>.

## 2.2 Conceito

A mutação constitucional pode ser definida como a alteração no significado de norma da constituição sem que o texto constitucional seja modificado.

Segundo Hesse , o Tribunal Constitucional Federal alemão e a doutrina atual entendem que uma mutação constitucional modifica, seja de que maneira for, o conteúdo das normas constitucionais de modo que a norma, conservando o mesmo texto, recebe uma significação diferente. Para Böckenförde, a mutação constitucional é uma reforma tácita da Constituição, produzida de forma paralela ou em lugar da reforma formal. Ela afeta o conteúdo material da constituição sem a necessidade do procedimento que ela mesma prevê para esse fim<sup>6</sup>.

Parece-nos importante apresentar, nesta altura do estudo, após discurrir sobre o conceito de mutação constitucional, importante contribuição de Böckenförde daquilo que ordinariamente é confundido com mutação constitucional. A proposta, nas palavras do autor, é a de definir e delimitar de modo mais rigoroso o que seja mutação.

5 A meu entender, entretanto, esses dois julgados não se tratam de mutação constitucional, mas de interpretação evolutiva

6 BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Valência, Trotta, 2000, p. 182/183.

Para o jurista alemão, não se trata de mutação constitucional, quando se modifica o conteúdo daquilo que se toma como referência para a norma, por ser considerado juridicamente relevante. Exemplo disso é a liberdade de comunicação por radiodifusão, diante do frenético desenvolvimento tecnológico que dá ensejo ao surgimento de diversos meios de comunicação midiática. Compreender que os novos meios de difusão estão compreendidos sob a garantia constitucional de radiodifusão não é o mesmo que dizer que houve uma mutação do conteúdo dessa norma.

Não se trata de mutação constitucional, ainda, quando as normas constitucionais admitem, dentro de certos limites, a possibilidade de configurar de modo diferente um âmbito da realidade e da vida, e o legislador faz uso dessa possibilidade. Essa configuração diferente não modifica as normas constitucionais, mas o ordenamento legal que se encontram abaixo da norma constitucional. A garantia do direito de propriedade, e o amplo campo de configuração desse direito conferida ao legislador infraconstitucional, que o faz segundo sua orientação política, mais atento a um sentido liberal ou social do uso da propriedade, dentre outros, é onde se pode ver na prática que isso não se traduz em mudança da constituição.

Uma terceira situação, descrita por Böckenförde, é quando se produzem mudanças na aplicação dos conceitos constitucionais indeterminados que são parte de uma norma constitucional. Mesmo que esses conceitos indeterminados venham a se modificar, pois requerem uma concreção, estarão sempre acobertados pela mesma norma constitucional. Como exemplo cita-se a norma prevista no art. 109.2 da Constituição alemã, que prevê as “exigências de equilíbrio econômico geral”, um conceito indeterminado que pode mudar, de acordo com a estrutura econômica do país, de sua interação com a economia mundial.

Tampouco se trata de mutação constitucional, as hipóteses de normas constitucionais que adotam em seus conceitos circunstâncias extrajurídicas,

como concepções social, ética ou de ideologia política. Esclarecendo que esses conceitos contribuem para uma sintonia entre o direito e a realidade social, objetivando se fazer presente diante da mudança das circunstâncias, Bockenforde assevera que a consciente recepção desses conceitos sujeitos à modificação constituem-se no conteúdo normativo e na finalidade de tais regulações, mas diante de uma realização desejada da constituição.

Completando esse rol de situações do direito constitucional que se assemelham, mas não se constituem mutação constitucional têm o que o jurista germânico intitula de desenvolvimento jurídico do direito constitucional, atividade preferencialmente realizada pelo Tribunal Constitucional<sup>7</sup>. Desenvolvimento jurídico do direito constitucional, nas palavras desse autor, significa a tarefa de completar e aperfeiçoar o texto constitucional, diferenciando-o e enriquecendo-o mediante uma interpretação e uma aplicação práticas que obtenham reconhecimento, e se refere, ainda, àqueles casos em há uma margem para decisão. Nessa tarefa não se busca a modificação da constituição. Como exemplo, apresenta o desenvolvimento dos direitos fundamentais sob a constituição.

Essa delimitação de Böckenforde, claramente, apresenta hipóteses de interpretação construtiva e evolutiva, que efetivamente não se confundem com mutação constitucional.

A exigência de um lapso temporal mais ou menos longo e o caráter inconsciente do processo de transformação da norma, defendidos por Laband e G. Jellinek (doutrina mais ampla) são repelidos pela doutrina atual como elementos conceituais da mutação constitucional. De igual modo se rejeita uma necessidade de a mudança ser implícita, ter seu início de forma não consciente<sup>8</sup>.

7 Fica claro que o desenvolvimento jurídico do direito constitucional não significa o mesmo que interpretação, pois no capítulo seguinte, utiliza a terminologia interpretação.

8 HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153



Há também quem sustente que a mutação pressupõe a mudança no sentido da norma em contraste com entendimento preexistente, tese em relação à qual consigno minha discordância, pois não é necessário que se faça interpretação anterior para que se tenha uma interpretação de tal modo que venha a importar em mudança do significado da norma.

### 2.3 Ambientes favoráveis

A doutrina aponta quais seriam os ambientes mais propícios ao recurso da mudança informal da constituição.

Dado que há a necessidade de atualização da constituição para que ela continue a cumprir sua função diante do processo evolutivo da humanidade, Estados que adotam um sistema mais rígido de reforma constitucional tendem a experimentar em maior grau a mutação constitucional<sup>9</sup>. É o caso, por exemplo, dos Estados Unidos, que possuem um alto grau de rigidez constitucional.

Conforme afirmado por Ackerman<sup>10</sup> em 2007, nos últimos 75 anos, o sistema formal de mudança da constituição não marcou as grandes transformações constitucionais norte-americanas. Esse papel coube primordialmente ao judiciário, seguido pela edição de leis.

A deficiência do legislativo em elaborar leis ou mesmo em democracias onde há um grau alto de polarização, com dificuldade em alcançar maiorias qualificadas para questões constitucionais polêmicas<sup>11</sup>

9 SARLET, Ingo Wolfgang. Curso de Direito Constitucional. São Paulo; RT, 2012, p. 148

10 The living Constitution, Harvard Law Review, 120:1738, disponível em <http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/ackerman.pdf>, acesso em 16.06.2012

11 HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 150

para fazer com que o direito seja atual (caso do Brasil, por exemplo) também criam situações tais aos concretizadores da norma constitucional que, sem outra alternativa, precisam lançar mão do recurso da mutação constitucional.

Por falar nisso, no Brasil, tratando-se ou não de mutação constitucional, essa deficiência do Poder Legislativo vem levando o Supremo Tribunal Federal a assumir um papel progressista em face da discussão de temas polêmicos que não são decididos no âmbito do Congresso Nacional. Em razão disso, foi chamado e decidiu a Suprema Corte brasileira sobre a possibilidade de estudos com células-tronco, sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo, sobre a possibilidade de concorrer a cargos eletivos quem sofreu condenação já sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo que não haja trânsito em julgado (amplamente divulgado e conhecido como “ficha limpa”), dentre outros.

## **2.4 Mecanismos (ou modos) de mutação constitucional**

### **2.4.1 Mutação por meio de interpretação**

A mutação por meio da interpretação constitucional é o mais comum e o mais importante<sup>12</sup> meio de mutação constitucional. Não obstante o reconhecimento de que os três poderes do Estado possam realizá-la, indiscutivelmente é a interpretação judicial que tem maior repercussão.

Por interpretação constitucional, entende-se a ação de determinar o sentido e o alcance de uma norma prevista na Constituição, com vistas à

12 HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 153



sua aplicação<sup>13</sup>. Mesmo que não esteja em causa diretamente uma regra constitucional, é necessário lembrar que toda norma infraconstitucional deve ter como parâmetro de validade a Carta Maior.

E diante de enunciados normativos indeterminados, como os de natureza principiológica, a interpretação constitucional eleva sua importância, porque os intérpretes é que dirão o direito concreto em cada caso, o que enseja uma atividade criativa, expressa em categorias como a interpretação construtiva e a interpretação evolutiva.

Todavia, como adverte Luís Roberto Barroso<sup>14</sup>, nem a interpretação construtiva nem a interpretação evolutiva podem ser confundidas com mutação constitucional. Enquanto a interpretação construtiva consiste na ampliação do sentido ou extensão do alcance da Constituição com o fim de criar uma nova figura ou uma nova hipótese de incidência não prevista originariamente, ao menos não de forma expressa, a interpretação evolutiva é a que se traduz na aplicação da Constituição a situações não previstas quando da elaboração da Carta, mas que se enquadram perfeitamente ao texto constitucional.

A afirmação de que as interpretações construtiva e evolutiva não se confundem com mutação constitucional é reforçada pelas lições de Böckenförde, *supra*, item 2.2.

É necessário pontuar, também, que nem toda interpretação da constituição implica em mutação da constituição. Como já delimitado conceitualmente, item 2.2, desta monografia, nem toda interpretação tem o condão mudar o significado da norma sem alterar o seu texto.

13 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 130

14 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 130

De igual modo, que nem toda mudança de jurisprudência importa em mutação constitucional, pois, como dito, esta pressupõe a mudança no significado da norma constitucional, o que não é um pressuposto de mudança na jurisprudência.

Para além das situações já elencadas anteriormente a respeito do que não implica em mutação constitucional, dentre elas as enumeradas por Bockenforde, supra, faz-se necessário também recordar que, de acordo com a corrente adotada pelo intérprete (subjativista ou objetivista, embora esta seja predominante), as interpretações que configuram mutação da constituição ocorrerão em maior (subjativista) ou menor (objetivista) intensidade.

Isto porque, como visto, ao se adotar a escola subjativista, onde a vontade do legislador constituinte é o que se deve ter como parâmetro, toda interpretação realizada pelo Judiciário que divirja daquela intenção pode ser classificada como mutação da constituição.

### 2.4.1.1 Subjativismo, objetivismo e originalismo

Pode-se afirmar que são reduzidas a duas as escolas interpretativas das Constituições: a dos subjativistas e a dos objetivistas<sup>15</sup>.

O traço marcante da corrente subjativista é a busca da vontade do legislador, da qual o intérprete deveria extrair a vontade oculta do autor da lei, da *mens legislatoris*.

Para os objetivistas, mais importante é a *mens legis*, ou a vontade objetiva e autônoma da Lei, eis que esta, após vir ao mundo jurídico, não

15 BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 466.



mais se encontra adstrita ao complexo de pensamentos e tendências que animaram seus autores<sup>16</sup>. É buscar não o que o legislador quis, mas o que a lei quer. Arremata Barroso que não é que os objetivistas não levem em consideração também a mens legislatoris, mas esta não é preponderante – é um fator que deve ser levado em consideração, concorrendo com vários outros<sup>17</sup>.

Esse debate entre objetivistas e subjetivistas, na opinião majoritária da doutrina<sup>18</sup>, se encontra superado, com a preponderância da corrente objetivista na interpretação constitucional.

Todavia, referido debate teve uma espécie de repriminção com o advento do originalismo norte-americano, um movimento de acentuado cunho político<sup>19</sup> em reação ao ativismo judicial da Suprema Corte Americana verificado entre 1956 e 1986, quando a Corte teve como Chief Justices Earl Warren e Warren Burger, através do *judicial review*, que os adeptos dessa corrente entendiam por antidemocráticos, uma vez que se contrapunham a leis formuladas pelos legítimos representantes do povo.

O originalismo pode ser definido como o método de interpretação constitucional que atribui autoridade vinculante ao texto da constituição, tal como era entendido no momento em que foi adotada, ou às intenções daqueles que a adotaram, o que guarda semelhança com o já superado subjetivismo do pensamento europeu<sup>20</sup>.

16 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-7

17 BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 117

18 Podem ser citados MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO, Originalismo e interpretação constitucional, in Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional, 2005, e BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e Aplicação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116

19 BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional, in Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional, 2005, p. 58

20 BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional, in Virgílio Afonso da Silva (org.), Interpretação Constitucional, 2005, p. 55-57

Referido movimento, como visto, intenciona uma limitação clara na forma de interpretar a constituição, apontando que fora do âmbito da vontade dos criadores da norma, não se sustentaria qualquer construção jurídica formulada pelos juízes, eis que ao se afastar dessa vontade dos criadores originais, qualquer outra interpretação não seria interpretação, mas a substituição da vontade política dos pais fundantes pela dos juízes.

Sofreu, evidentemente, uma forte reação da doutrina, e até da própria opinião pública, para onde o debate foi deslocado, em função da indicação (e posterior recusa) de Robert Bork para a Suprema Corte americana. Bork assumiu a corrente originalista, que, aliás, era adotada pela então Administração do presidente Ronald Reagan. A recusa do senado americano ao nome indicado por Reagan, em razão da defesa que Bork fez do originalismo, pôs em evidência as deficiências desse método de interpretação, que pretendia legitimar o judicial review com uma atuação mais conservadora, ou seja, de acordo com o que os constituintes haviam intencionado.

## 2.4.2 Mutação mediante o costume

De todo não   pacífica, mas muitas vezes traz em si a interpreta o informal da constitui o. Assenta na no o de uma prática reiterada que se tenha reconhecido como válida e por vezes obrigatória. É o que se pode dizer, por exemplo, no direito brasileiro, das decisões por voto das lideranças dos partidos nas casas legislativas sem submissão da matéria a plenário<sup>21</sup>, o que não se encontra previsto no texto constitucional mas é amplamente usado e aceito.

21 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 136



### 2.4.3 Mutação por obra da legislação infraconstitucional

Haverá mutação constitucional pela via legislativa quando, no ato normativo primário, houver a tendência a modificar a interpretação constitucional que tenha sido dada a alguma norma constitucional. É necessário verificar se a escolha política comporta a possibilidade de mais de uma leitura.

Na esteira de *brown x board of education*, várias lei antidiscriminatórias foram aprovadas.

## 3 Limites e legitimidade da mutação constitucional

### 3.1 Limites da mutação

Em razão da papel da constituição (estabilizadora, embora admita e necessite de flexibilidade), Hesse alerta para o fato, até então tratado na doutrina, de que a normalidade (relações fáticas) e normatividade (expressão textual da norma) se entrelaçam em determinado momento, mas aquela não pode se sobrepor a esta. “A incorporação da realidade à norma exige maior clareza e diferenciação”<sup>22</sup>, ou seja, a norma não deve apenas ficar a legitimar fatos consumados por meio de mutações constitucionais, diante dos perigos sistêmicos que dele decorrem – mesmo a supressão do próprio direito<sup>23</sup>.

22 HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 166

23 HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 136

Adotando o trabalho de Friedrich Müller sobre a estrutura das normas constitucionais, Hesse encontra um meio para diminuir a discricionariedade na *invocação da presença de uma mutação constitucional*.

Propõe como limite à mutação constitucional a necessidade de se provar que a modificação da realidade somente pode ser autorizadora de uma mudança da norma se essa realidade fizer parte do ambiente normativo (a realidade em suas circunstâncias) afetado pelo programa normativo (mandato da norma) da norma. *Só enquanto esse fato novo ou modificado resulte pertencente ao âmbito normativo pode-se aceitar também uma mudança da norma*.

Considerando que o programa normativo é delimitado pelo texto da norma, o conteúdo da norma constitucional só poderá modificar-se no interior do marco traçado pelo texto constitucional, de onde se extrai que o limite da mutação é o próprio texto constitucional, e isto não limita a capacidade de adaptação da constituição, pois força, de determinada maneira, a reforma constitucional<sup>24</sup>.

Ainda nesta seara, Barroso aponta a existência de dois limites: as possibilidades semânticas do relato da norma, ou seja, os sentidos possíveis do texto constitucional, e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade a cada constituição. *Se o sentido novo que se quer dar não couber no texto, será necessária a convocação do poder reformador. E se não couber nos princípios fundamentais, será preciso tirar do estado de latência o poder constituinte originário*<sup>25</sup>.

24 HESSE, Konrad. Temas fundamentais do direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 167-9

25 BARROSO, Luís Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 128



## 3.2 Legitimidade da mutação

A legitimidade da mutação constitucional deve ser buscada no ponto de equilíbrio entre dois conceitos essenciais à teoria da Constituição: a rigidez da constituição e a plasticidade de suas normas<sup>26</sup>, ou seja, **entre a necessidade de manutenção da estabilidade da ordem constitucional e sua adaptação aos novos tempos e novas demandas**, em face da inegável dificuldade de se recorrer aos difíceis processos formais de revisão constitucional.

Para além disso, é necessário que possua um lastro democrático, isto é, deve corresponder a uma demanda social efetiva, o que lhe confere respaldo.

De resto, lembrando a posição de Bickel sobre as dificuldades das decisões contramajoritárias, penso que, ao decidir sobre a modificação da constituição sob a forma da mutação, os tribunais devem agir com sabedoria e com a prudência necessária e o respeito aos demais poderes, a fim de preservar, além da estabilidade da constituição, a instituição e a República, diante de um presente risco de ruptura constitucional.

## 4 Mutação constitucional e o julgamento da reclamação 4.335

Despertei para o tema da mutação constitucional por uma situação pessoal. Em razão do julgamento (até agora parcial) de uma reclamação contra uma decisão judicial de minha lavra (RCL

---

26 idem

4335/5/AC), o Supremo Tribunal Federal brasileiro, em sede de pedido de liminar, equiparou os efeitos de uma decisão em sede de controle difuso de constitucionalidade aos das decisões tomadas em sede de controle concentrado, conferindo eficácia *erga omnes* a uma decisão que, nos termos do direito brasileiro, somente vincula as partes.

A decisão diz respeito à forma do cumprimento da pena para crimes considerados hediondos ou equiparados. Nos termos do então vigente § 1º do art. 2º da Lei 8.072/90, aqueles condenados por crimes hediondos ou a ele equiparados deveriam cumprir sua pena em regime integralmente fechado, somente obtendo direito ao livramento condicional, após cumpridos 2/3 da pena aplicada, caso não fosse reincidente, e contasse com bom comportamento carcerário. Julgando o habeas corpus n. 82.959/SP, a Suprema Corte brasileira declarou a inconstitucionalidade do referido artigo da Lei n. 8.072/90, por entender que referido dispositivo legal ofendia o direito fundamental de individualização do cumprimento da pena (isso após quase dezesseis anos de vigência da lei, e em relação a qual, anteriormente, declarou sua constitucionalidade).

Diante do precedente do Supremo Tribunal Federal, vários juízes de Varas de Execução de Penas Privativas de Liberdade do Brasil passaram a recalcular as reprimendas penais dos condenados por crimes descritos na lei de crimes hediondos e, conseqüentemente, a deferir progressões no regime de cumprimento de pena. Atendo-me ao expresso texto constitucional e à doutrina, que distingue os efeitos das declarações de inconstitucionalidade de leis por via de controle difuso e concentrado (aquela com efeitos *inter partes*, esta com efeitos *erga omnes*), enquanto Juiz da Vara de Execuções de Penas privativas de liberdade da Comarca de Rio Branco, Capital do Estado do Acre, negava as progressões de regime requeridas sob aquele fundamento.



Seria necessário, para a extensão dos efeitos, que o Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da Constituição brasileira, suspendesse a execução do artigo de lei declarado inconstitucional para que seus efeitos fossem estendidos àqueles que não eram parte do processo no qual chegou-se a tal veredicto.

Face a essas negativas, foi ajuizada a Reclamação 4335-5/AC, requerendo ao Supremo Tribunal Federal que atribuísse os efeitos da declaração de inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei de Crimes Hediondos, objeto do julgamento do habeas corpus n. 82.959/SP aos requerentes daquela reclamação (que por óbvio não figuravam como paciente do habeas corpus).

Iniciado o julgamento da Reclamação, até o presente momento foram colhidos 04 votos, dois a favor e dois contra.

O que nos importa até aqui é o voto do relator, Ministro Gilmar Mendes, que foi seguido pelo Ministro Eros Grau. Ambos votaram pela procedência da reclamação e pelo reconhecimento expresso da mutação do artigo 52, X, da Constituição brasileira.

Referido artigo e inciso, para melhor visualização, é do seguinte teor:

*Art. 52. Compete privativamente ao Senado Federal:*

(...)

*X – suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal;*

Para o Ministro relator, Gilmar Mendes, o papel da Suprema Corte brasileira foi alterado com o advento da Constituição de 1988. Atribuiu-se ao STF a função de guardião da Constituição, e, portanto, suas de-

cisões a respeito da constitucionalidade de leis, mesmo que no controle difuso, já não mais podem ter validade apenas no âmbito das partes de um processo, a depender de uma ação do Senado Federal.

O Ministro relator afirma, textualmente, em seu voto, *que é possível, sem qualquer exagero, falar-se aqui de autêntica mutação constitucional em razão da completa reformulação do sistema jurídico e, por conseguinte, da nova compreensão que se conferiu à regra do art. 52, X, da Constituição de 1988.*

De fato, sem adentrar no mérito da modificação proposta, o que tem gerados certa discussão doutrinária, pode-se dizer com base no arcabouço teórico, objeto da presente pesquisa que, nos termos propostos pelo relator, realmente se faz presente a hipótese de mutação constitucional. Diante do que se extrai de forma expressa do voto do relator, acórdãos da corte constitucional brasileira que declarem inconstitucionalidade de lei, parcial ou completamente, em sede de controle difuso teriam o mesmo efeito da decisão em sede de controle concentrado, apesar da redação do art. 52, X, da Constituição. Com base em uma interpretação do Tribunal, assente no desenvolvimento da jurisprudência, muda-se o significado da norma constitucional enquanto sua redação permanece como está.

Se se busca a doutrina de Hesse, a resposta que se dá é a mesma. A modificação que se quer impor (lembrando que o julgamento ainda não foi concluído) está no campo do âmbito normativo da norma, e portanto, encontra-se no limite do próprio texto da Constituição.



## 5 Conclusão

No presente estudo, buscou-se demonstrar que a alteração da Constituição, por paradoxal que seja, já que ela tem função estabilizadora, é necessária para que sua força normativa seja preservada, em razão da necessidade de sua sintonia com realidade constitucional. Demonstrou-se que a alteração pode ser formal, prevista na constituição, ou informal, esta mais conhecida como mutação constitucional, objeto do presente trabalho, que é reconhecida como a mudança do sentido da Constituição sem que se mude seu texto.

Resultou da pesquisa que a mutação constitucional tem origem na Alemanha, berço dos primeiros estudos sobre o tema, e que encontra como ambiente mais favorável para a sua ocorrência regimes constitucionais mais rígidos em relação à modificação formal, bem como democracias em que o grau de polarização nas casas legislativas é alto, dificultando o alcance de maiorias qualificadas.

Face o conceito de mutação apresentado, procurou-se demonstrar, de outro lado, utilizando-se do inestimável trabalho de Böckenförde, situações que poderiam ser confundidas com mutação constitucional, o que se fez com o intuito de bem delimitar esta. Além disso, afastou-se alguns elementos conceituais que não são reconhecidos pela doutrina.

Em seguida, descreveu-se sobre os meios de mutação, quais sejam por interpretação, por costume e pelo advento de leis infranconstitucionais, com ênfase para a interpretação.

Discorreu-se pelo originalismo americano, que fez evocar uma já superada discussão acerca do subjetivismo e do objetivismo, e se constituía em uma limitação na forma de interpretação. A questão do limite

da mutação constitucional foi abordada mesmo como forma de diminuir a discricionariedade de sua invocação e, a conclusão apontada é a de que o próprio texto constitucional é o limite da mutação, eis que o fato novo ou modificado deve pertencer ao âmbito normativo dessa mesma norma.

Encerrando a parte teórica do trabalho, realizou-se uma abordagem da legitimação da mutação, que deve sempre buscar um ponto de equilíbrio entre a rigidez da constituição e a plasticidade de suas normas.

Encerra-se esta pesquisa com um estudo de caso do Supremo Tribunal Federal brasileiro, decorrente de recurso de decisão por este subscritor lavrada, que deu ensejo a um ruptura de paradigma no direito constitucional e a um julgamento parcial que se vale expressamente do instituto da mutação constitucional.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**, São Paulo, Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 116-7.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia**. Valência, Trotta, 2000, p. 182/183).

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 466.

BRITO, Miguel Nogueira de. **Originalismo e interpretação constitucional**, in Virgílio Afonso da Silva (org.), *Interpretação Constitucional*, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

HESSE, Konrad. **Temas fundamentais do direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 147.

MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**, Tomo I. Coimbra: Coimbra Editora.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

### Internet

The living Constitution, Harvard Law Review, 120:1738. Disponível em <<http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/ackerman.pdf>>. Acesso em: 16.06.2012 .

#### Referência do texto

CARVALHO, Marcelo Coelho de. Aspectos da mutação constitucional e o julgamento da Reclamação 4.355 pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 323-346, jan./jun. 2013.



# Proteção ambiental das reservas indígenas

**Marco Anthony Steveson Villas Boas**

## ABREVIATURAS E SIGLAS

ABA	– Associação Brasileira de Antropologia
abr.	– abril
ACO	– Ação Civil Originária
ADCT	– Ato das Disposições Constitucionais Transitórias
ADI	– Ação Direta de Inconstitucionalidade
ago.	– agosto
ampl.	– ampliada
ANPPAS	– Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade
APA	– Área de Proteção Ambiental
ARIE	– Áreas de Relevante Interesse Ecológico
art.	– artigo
atual.	– atualizada
BR	– Brasil (rodovia federal)
CCJS/PUC-PR	– Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Paraná
CCMA	– Comitê Consultivo do Meio Ambiente
CF	– Constituição Federal
Cf.	– Conforme
CIDH	– Convenção Internacional de Direitos Humanos

CJF	– Conselho da Justiça Federal
COPEDEM	– Colégio Permanente de Diretores das Escolas Estaduais da Magistratura
Dec.	- Decreto
dez.	– dezembro
DF	– Distrito Federal
DJ	– Diário da Justiça
DJU	– Diário da Justiça da União
EC	– Emenda Constitucional
ed.	– edição
EDUCS	– Editora Universidade de Caxias do Sul
EIA/RIMA	– Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental
Eletrosul	– Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A
Emb.	– Embaixador
ESEC	– Estação Ecológica
etc.	– et coetera (e assim por diante)
FDUL	– Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
fev.	– fevereiro
FLONA	– Floresta Nacional
FTD	– Frère Théophile Durand (editora)
FUNAI	– Fundação Nacional do Índio
IBAMA	– Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis
IBDF	– Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal
IBGE	– Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
INCRA	– Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária
INPE	– Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais
ISA	– Instituto Socioambiental
jan.	– janeiro
jul.	– julho
jun.	– junho
LACED	– Laboratório de Pesquisas em Etnicidade, Cultura e Desenvolvimento
loc. cit.	– loco citato (no local citado)
mar.	– março



Min.	– Ministro(a)
MJ	– Ministério da Justiça
MONAT	– Monumento Natural
MPF	– Ministério Público Federal
MS	– Mandado de Segurança
n./nº	– número
OIT	– Organização Internacional do Trabalho
ONG	– Organização Não Governamental
ONU	– Organização das Nações Unidas
op. cit.	– opus citatum (obra citada)
org.	– organização
out.	– outubro
p.	– página
PA	– Pará
PARNA	– Parque Nacional
PDMA	– Plano-Diretor do Meio Ambiente
PE	– Pernambuco
PEC	– Proposta de Emenda à Constituição
Pet.	– Petição
PND	– Parque Nacional do Descobrimento
PNGATI	– Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas
PNMP	– Parque Nacional Monte Pascoal
pp.	– páginas
PR	– Paraná
PV	– Partido Verde
RCL	– Reclamação
RDS	– Reserva do Desenvolvimento Sustentável
REBIO	– Reserva Biológica
REDD	– Redução das Emissões do Desmatamento e Degradação
REFAU	– Reserva de Fauna
Rel.	– Relator
Res.	– Resolução

RESEX	– Reserva Extrativista
rev.	– revista
RO	– Rondônia
RPPN	– Reserva Particular do Patrimônio Natural
RR	– Roraima
RT	– Revista dos Tribunais (editora)
RVS	– Refúgio da Vida Silvestre
SAFE	– Sérgio Antonio Fabris Editor
set.	– setembro
SNUC	– Sistema Nacional de Unidades de Conservação
SP	– São Paulo (Estado)
SPI	– Serviço de Proteção ao Índio
SPU	– Serviço do Patrimônio da União
ss.	– seguintes
STF	– Supremo Tribunal Federal
TI	– Terra Indígena
TIRSS	– Terra Indígena Raposa Serra do Sol
TRF1	– Tribunal Regional Federal da 1ª Região
TV	– Televisor
UC	– Unidade de Conservação
UNB	– Universidade de Brasília
UNESCO	– Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UniCEUB	– Centro Universitário de Brasília
v.	– volume
v.g.	– verbi gratia (por exemplo)

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO. **1 ÍNDIOS: VIDA QUE BROTA DA TERRA. 1.1** Comunidades indígenas. **1.2** Índios e terras indígenas: o indigenato elevado à garantia constitucional — *co yve ore retama*. **2** PROTEÇÃO AMBIENTAL E RESERVAS INDÍGENAS. **2.1** Unidades de Conservação Ambiental. **2.2** Criação das Unidades de Conservação. **2.3** Unidades de Conservação de Proteção Integral.



2.3.1 Reserva Biológica. 2.3.2 Estação Ecológica. 2.3.3 Parque Nacional. 2.3.4 Monumentos Naturais (MONAT). 2.3.5 Refúgio de Vida Silvestre (RVS). 2.4 Unidades de Conservação de Uso Sustentável. 2.4.1 Áreas de Proteção Ambiental (APA). 2.4.2 Floresta Nacional (FLONA). 2.4.3 Reserva de Fauna (REFAU). 2.4.4 Reserva Extrativista (RESEX). 2.4.5 Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS). 2.4.6 Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN). 2.4.7 Áreas de Relevante Interesse Ecológico (ARIE). 2.5 Unidades de Conservação e a presença humana. 2.5.1 As populações tradicionais e os povos indígenas. 2.5.2 Unidades de Conservação e terras indígenas. 2.5.4 O Parque Nacional do Xingu. 2.6 Proteção ambiental das reservas indígenas. 3 CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS EM TERRAS INDÍGENAS. 3.5 Raposa Serra do Sol. 3.6 Caramuru Catarina Paraguaçu. 3.7 Hidrelétricas. 3.8 Belo Monte. 3.9 Conflitos indígenas na Corte Interamericana de Direitos Humanos. 3.10 Novos Sistemas de Solução de Conflitos. 4 NOVOS TEMPOS, NOVAS AMEAÇAS, NOVOS DESAFIOS. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

### Monólogo do Índio

Perdido de mim, não sei  
ser mais o que fui e nunca  
poderei deixar de ser.  
De mim me perco e me esqueço  
do que sou na precisão  
que já tenho de imitar  
os brancos no que eles são:  
uma apenas tentativa  
inútil que me dissolve  
na dor que não me devolve  
o poder de me encontrar.  
Já deslembado da glória

radiosa de conviver,  
já perdido o parentesco  
com a água, o fogo e as estrelas,  
já sem crença, já sem chão,  
oco e opaco me converto  
em depósito dos restos  
impuros do ser alheio.  
Resíduo de mim, a brasa  
do que fui me reclama,  
como a luz que me conhece  
de uma estrela agonizante  
dentro do ser que perdi.

(Thiago de Mello)

## Introdução

A compreensão da importância da natureza e a valoração do meio ambiente remontam, de maneira geral, ao tempo da própria criação do universo.

Na descrição judaico-cristã (Livro do Gênesis)<sup>1</sup>, o Jardim do Éden já refletia a noção de que o Paraíso constituía o mundo em sublime perfeição e equilíbrio, no qual o homem e a mulher foram inseridos para reinar de maneira harmônica, mediante plena integração e, logicamente, respeito ao ambiente natural e a toda forma de vida ali existente<sup>2</sup>.

Noção semelhante é encontrada nas concepções indígenas acerca da criação da floresta, dos rios<sup>3</sup> e dos índios<sup>4</sup>, e em suas relações com a natureza<sup>5</sup>.

- 1 A BÍBLIA de Jerusalém. Livro do Gênesis. Coordenação José Bortolini; Honório Da. São Paulo: Paulinas, 1973, pp. 33-34: [...] 26. Deus disse: "Façamos o homem à nossa imagem, com o nossa semelhança, e que eles dominem sobre os peixes do mar, as aves do céu, os animais domésticos, todas as feras e todos os répteis que rastejam sobre a terra". 27. Deus criou o homem à sua imagem, à imagem de Deus ele o criou, homem e mulher ele o criou. 28. Deus os abençoou e lhes disse: "Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e submetei-a; dominai sobre os peixes do mar, as aves do céu e todos os animais que rastejam sobre a terra." 29. Deus disse: "Eu vos dou todas as ervas que dão semente, que estão sobre toda a superfície da terra, e todas as árvores que dão frutos que dão semente: isso será vosso alimento. 30. A todas as feras, a todas as aves do céu, a tudo o que rasteja sobre a terra e que é animado de vida, eu dou como alimento toda a verdura das plantas" e assim se fez. Livro do Gênesis 2.8. Iahweh Deus plantou um jardim em Éden, no oriente, e aí colocou o homem que modelara. 15. Iahweh Deus tomou o homem e o colocou no jardim de Éden para o cultivar e o guardar.
- 2 Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de direito*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 17: Se o amor à Natureza, e consequente preocupação com o seu destino, é um fenómeno que se verifica desde os primórdios da Humanidade — e que dá lugar às mais variadas manifestações individuais ao longo da História, de acordo com distintas perspectivas religiosas, morais, ou filosóficas —, só muito recentemente é que ele veio a adquirir uma dimensão colectiva, tornando-se um "problema político" das sociedades modernas. "anterior à 'corrupção' inerente ao processo de socialização e ao surgimento do 'contrato social'".
- 3 Cf. REALI, Heitor; HEITOR, Sílvia. *Sumaúma*. In: BRASIL: almanaque de cultura popular. São Paulo: Andreato Comunicação e Cultura, dez. 2006, Ano 8, n. 92, p. 23. Disponível em: <<http://www.almanaquebrasil.com.br/destino-cultura/7403-um-monumento-na-floresta.html>>. Acesso em: 4 out. 2012: Para os índios ticuna, a sumaúma nos remete à formação da Amazônia. Diz seu Livro das Árvores: No princípio, estava tudo escuro, sempre frio e sempre noite. Uma enorme sumaumeira, watchine, fechava o mundo, e por isso não entrava claridade na terra. Quando a árvore caiu, a luz apareceu. Do tronco da sumaumeira caída formou-se o Rio Amazonas. De seus galhos surgiram outros rios e igarapés.
- 4 Cf. VILLAS BÔAS, Orlando; VILLAS BÔAS, Cláudio. *Xingu: os índios, seus mitos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1970, p. 57: Mavutsinim, o primeiro homem. Lenda Kamayurá. No começo só havia Mavutsinim. Ninguém vivia com ele. Não tinha mulher. Não tinha filho, nenhum parente ele tinha. Era só. Um dia, ele fez uma concha virar mulher e casou com ela. Quando o filho nasceu, perguntou para a esposa: "É homem ou mulher?" "É homem." "Vou levar ele comigo. 'E foi embora. A mãe do menino chorou e voltou para a aldeia, a lagoa, onde virou concha outra vez. 'Nós somos netos do filho de Mavutsinim', dizem os índios.
- 5 Cf. SILVA, Walde-Mar de Andrade e. *Lendas e mitos dos índios brasileiros*. São Paulo: FTD, 1997, *passim*.

O povo Ticuna, por exemplo, acredita que a Amazônia (floresta e rios) surgiu de uma sumaúma, a gigantesca árvore da vida:

No princípio estava tudo escuro, sempre frio e sempre noite. Uma enorme sumaumeira *watchine* fechava o mundo, e por isso não entrava claridade na terra. Quando a árvore caiu, a luz apareceu. Do tronco formou-se o rio Amazonas. De seus galhos surgiram outros rios e igarapés<sup>6</sup>.

Os Yanomami também compreendem a terra como uma entidade viva, a “terra-floresta” — *uribi a*<sup>7</sup>.

Embora a multiplicidade cultural dos povos autóctones americanos dificulte uma definição única da visão aborígene acerca da terra (somente no Brasil há registro da existência de mais de duzentas variadas formações culturais indígenas)<sup>8</sup>, segundo se depreende de estudos antropológicos, documentos missionários (franciscanos e jesuítas) e da literatura do tempo do descobrimento das Américas, constata-se um traço comum na visão indígena sobre o mundo, expressado pelo modo de viver livre, respeitoso e bem integrado à natureza<sup>9</sup>.

Os relatos históricos e antropológicos transmitem uma ideia geral de que o indígena extrai da natureza somente o necessário à sua sub-

6 Cf. REALI, Heitor; HEITOR, Sílvia. *Sumaúma*. In: BRASIL: almanaque de cultura popular. São Paulo: Andreato Comunicação e Cultura, dez. 2006, Ano 8, n. 92, p. 23. Disponível em: <<http://www.almanaquebrasil.com.br/destino-cultural/7403-um-monumento-na-floresta.html>>. Acesso em: 28 mai. 2012.

7 Cf. ALBERT, Bruce. Os Yanomami e a terra-floresta. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, p. 385.

8 Cf. RIBEIRO, Darcy. *Meus índios, minha gente*. Brasília: UNB, 2010, pp. 34-35: Para avaliar a amplitude dessas variações, basta considerar que ainda hoje eles falam mais de duas centenas de línguas, classificáveis em cerca de duas dezenas de troncos linguísticos, totalmente diferentes uns dos outros. O nosso indo-europeu, de que se esgalham, como línguas, do russo ao inglês e ao português, é um mero tronco, equivalente a um daqueles vinte e tantos que já se registraram entre os índios. Seus mitos, seus costumes, suas técnicas variam muito menos; mesmo porque passam facilmente, de um povo a outro, tanto a técnica de fazer cerâmica como o mito sobre a origem das cores, por exemplo, que se incorporam à nova cultura, sem que ela perca nada de sua singularidade e genuinidade.

9 Cf. OLIVEIRA, João Pacheco; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. *A presença indígena na formação do Brasil*. Ministério da Educação/Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: LACED/Museu Nacional. Disponível a partir de: <<http://www.unesco.org>>. Acesso em: 18 out. 2012.

sistência, ao tempo em que protege e respeita o meio ambiente, como entidade divina e fonte de toda vida.

Essa percepção, entretanto, não é a regra, pois muitos ainda vêm os silvícolas como ociosos, preguiçosos e dificultadores do desenvolvimento nacional.

Ainda assim é possível verificar, nos diversos contextos, a existência de uma noção histórica de que a dignidade da pessoa humana em sua conceituação jurídica atual, enquanto valor, já se afigurava atrelada, entre os povos indígenas, à questão da dependência e do respeito ao meio ambiente, tema atualmente tratado no ordenamento jurídico brasileiro como direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, ou seja, à saudável integração homem-natureza.

Essa concepção historicista de cunho antropocêntrico, alargada pela compreensão dos alarmes advindos dos desastres ambientais e do aquecimento global ocorridos no final do século XX, contribuiu para o processo de conscientização e amadurecimento social quanto às questões ambientais, proporcionando as bases para elevar a proteção do ambiente ao patamar constitucional e abrir espaço para posturas fraternais e solidárias, em relação às minorias e às gerações futuras.

Nesse quadrante, o indigenato (direito congênito dos índios sobre a terra em que habitam ou habitavam) foi elevado a patamar constitucional, para além de uma perspectiva sociocultural, englobando o próprio direito do indígena ao meio ambiente equilibrado, reconhecendo-se no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte que o índio e a natureza formam um binômio inquebrantável.

Apesar disso, os segmentos sociais que se opuseram à consolidação desses direitos na atual Constituição continuam a pregar a desnecessida-



de de grandes áreas de terras para índios e engendram estratégias para invadir e apoderar-se de suas terras.

Em razão dessas potenciais ameaças, a demarcação e proteção das áreas indígenas, a exemplo do bem-sucedido projeto do Parque Indígena do Xingu (PIX), interessam de perto ao direito do ambiente, pois além dos interesses de uma minoria étnica, emerge o fato de que os índios interagem de forma equilibrada com os ecossistemas em que habitam, preservando-os contra a utilização desmedida e a depredação, próprias da sociedade contemporânea.

Este estudo se ampara na premissa de que a problemática da demarcação e proteção das terras indígenas no Brasil deve ultrapassar os limites da preocupação com a proteção cultural dos direitos das minorias e da dignidade dos povos pré-colombianos, demandando um nível mais elevado de proteção, haja vista as terras indígenas representarem cerca de um milhão de quilômetros quadrados (treze por cento do território nacional), mais de noventa por cento situadas na região amazônica, onde os conflitos socioambientais têm colocado em risco a integridade dessas áreas protegidas.

A abordagem do tema alcança, dessa forma, os direitos constitucionais dos indígenas e dos não indígenas sob diversos enfoques, notadamente sob a ótica socioambiental, partindo-se do pressuposto que a consolidação desses direitos representa ganhos significativos para o meio ambiente.

A consolidação desses direitos, entretanto, passa pela construção das ideias de democracia e soberania que devem permear um estado democrático de direito em seu sentido material, no qual os direitos fundamentais e a dignidade humana, notadamente os direitos das minorias e a proteção do ambiente, tenham concretude<sup>10</sup>.

10 Cf. MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 27.

Enquanto juristas, ambientalistas e indigenistas discordam, na teoria e na prática, acerca do modelo de gestão de áreas protegidas, de sobreposições de terras indígenas e unidades de conservação, e esperam por uma legislação infraconstitucional como solução para o problema, as atividades ilícitas de garimpagem, exploração madeireira e desmatamentos não autorizados, principalmente na Amazônia brasileira, ameaçam um dos mais importantes biomas e aquíferos do planeta.

Além disso, ações administrativas descentralizadas e antagônicas prejudicam a implementação da política indigenista e ambiental que o Governo tem sinalizado, reclamando uma reflexão mais profunda sobre a criação de um Ministério que integre as diversas agências incumbidas das políticas públicas indigenistas, fundiária, agrária e ambiental.

Os conflitos socioambientais, de igual forma, não podem ficar a mercê de um modelo defasado de solução de conflitos, sufocados pela morosidade do Judiciário brasileiro. É preciso repensar uma nova estrutura judicial como alternativa para solucionar rapidamente essas demandas que representam risco potencial para os indígenas, populações tradicionais e para o próprio desenvolvimento estável e sustentável.

Os valores envolvidos, como se vê, transcendem a questão indígena e, por um vetor socioambiental, influenciam diretamente na qualidade de vida de todo o globo terrestre, com a energia motriz que emana da vontade de Constituição, uma força normativa que não pode ceder à vontade isolada de uma minoria que detém o poder econômico.

Nesse contexto, a chave para a solução desses conflitos está na interpretação da Constituição, tema central deste trabalho, pelo qual se busca demonstrar que somente a força normativa da Constituição poderá conter o exército de motosserras que avança indiscriminadamente sobre a Floresta Amazônica e ameaça o direito das atuais e futuras gerações.



## 1 Índios: vida que brota da terra

*Perdão se quando quero  
contar minha vida  
é terra o que conto.  
Esta é a terra.  
Cresce em teu sangue  
e cresce.  
Se se apaga em teu sangue  
te apagas.*

(Pablo Neruda)

### 1.1 Comunidades indígenas

Os índios do continente americano (“tudo índio, tudo parente”, parodiando o músico e poeta Nilson Chaves) descendem, provavelmente, dos povos asiáticos, migrantes pela América do Norte pelo do Estreito de Bering, e ao longo de doze mil anos (não há consenso antropológico sobre datas) percorreram e situaram-se em todo o continente, inclusive na sua porção sul<sup>11</sup>.

Quando da chegada dos portugueses ao Brasil, diversas etnias, dentre os mais de cinco milhões de índios então existentes, habitavam a faixa litorânea atlântica.

Pero Vaz de Caminha, escrivão da esquadra de Pedro Álvares Cabral, relatou ao Rei de Portugal seu encantamento com o povo indígena en-

<sup>11</sup> Cf. BRASIL. Fundação Nacional do Índio (FUNAI). *Os índios*. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/indios/fr\\_conteudo.htm](http://www.funai.gov.br/indios/fr_conteudo.htm)>. Acesso em: 2 out. 2012.

contrado no Brasil, assim descrevendo o primeiro contato: “[...] quando o batel chegou à boca do rio, já lá estavam dezoito ou vinte. Pardos, nus, sem coisa alguma que lhes cobrisse suas vergonhas. Traziam arcos nas mãos, e suas setas. Vinham todos rijamente em direção ao batel”. Nas missivas, escritas no longínquo ano de 1500, manifestava uma pueril e fraternal preocupação com os índios, assim como a intenção de civilizá-los e evangelizá-los, como se isso fosse a salvação para os índios<sup>12</sup>.

Essa visão romântica não foi duradoura. O contato com o homem branco, a escravização e o ataque por doenças desconhecidas na América (gripes, tuberculose, etc.) por mais de dois séculos dizimaram grande parte da população indígena e provocaram um retorno à interiorização, rumo a oeste, por outra grande porção dos povos nativos. O contato inicialmente pacífico com os europeus que aqui chegaram transformou-se, num segundo momento, a partir de 1534, em escravização, aldeamento e mortes em larga escala.

O conceito de índio trazido pelos descobridores espanhóis e portugueses era medieval e descontextualizado da realidade do continente americano. Os povos ameríndios eram tratados como gentios, pagãos, pessoas sem alma. Daí a visão piedosa de Caminha sobre a cristianização ser a única forma de salvar o povo que havia encontrado em estado natural.

O interesse em povoar o Brasil, levou Portugal a criar um sistema de capitâneas hereditárias, distribuídas por D. João III a importantes donatários. A Coroa Portuguesa também autorizou a escravidão dos gentios, com base na Bula Papal de 18/6/1452, pois os trabalhos voluntários

12 CAMINHA, Pero Vaz de. *A carta*. Núcleo de Pesquisas em Informática, Literatura e Linguística da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000292.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000292.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2012: [...] a terra em si é de muito bons ares, assim frios e temperados, como os de Entre-Doiro-e-Minho [...] Contudo, o melhor fruto que dela se pode tirar parece-me que será salvar esta gente. E esta deve ser a principal semente que Vossa Alteza em ela deve lançar.

dos índios em troca de comida e utensílios (escravização voluntária) não atendiam às necessidades dos colonizadores.

As injustiças praticadas contra os índios constituíram tamanho ato de violência contra os direitos humanos que muitos pensadores, principalmente filósofos ligados à Igreja, influenciados pelo pensamento de São Tomás de Aquino, passaram a defendê-los.

Bartolomé de Las Casas, Francisco de Vitória e Antonio Vieira, se dedicaram a um verdadeiro apostolado, não apenas de oposição a essas atrocidades, no campo das ideias, mas de ação protetiva em favor dos povos ameríndios.

O Padre Antonio Vieira, por exemplo, fundou no baixo Tocantins um aldeamento denominado Cameté, onde abrigava os índios e os protegia contra os mestres de campo portugueses, que os perseguiram para afastá-los de suas terras ou escravizá-los<sup>13</sup>.

13 VIEIRA, Antonio. *Sermão do Espírito Santo*. Disponível a partir de: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2012: O Sermão do Espírito Santo, proclamado pelo Padre Antonio Vieira, retrata essa heróica postura em defesa dos povos indígenas: Só para fazer de animais homens não tem poder nem habilidade a arte; mas a natureza sim, e é maravilha que por ordinário o não parece. Vede-a. Fostes à caça por esses bosques e campinas, matastes o veado, a anta, o porco montês; matou o vosso escravo o camaleão, o lagarto, o crocodilo; como ele com os seus parceiros, comestes vós com os vossos amigos. E que se seguiu? Dalí a oito horas, ou menos – e com menos se contentar Galeno – a anta, o veado, o porco montês, o camaleão, o lagarto, o crocodilo, todos estão convertidos em homens: já é carne de homem o que pouco antes era carne de feras. Pois se isto pode fazer a natureza por força do calor natural, por que o não fará a graça muito mais eficazmente por força do calor e fogo do Espírito Santo? Se a natureza, naturalmente, pode converter animais feros em homens, a graça, sobrenaturalmente, por que não fará esta conversão? O mesmo Espírito autor da graça o mostrou assim, e o ensinou a S. Pedro. Estava S. Pedro em oração na cidade de Jope; eis que vê abrir-se o céu, e descer um como grande lençol – assim lhe chama o texto – suspenso por quatro pontas, e no fundo dele uma multidão confusa de feras, de serpentes, de aves de rapina e de todos os outros animais silvestres, bravos, asquerosos e peçonhentos, que na lei velha se chamavam imundos. Três vezes na mesma hora viu S. Pedro esta representação, cada vez mais suspenso e duvidoso do que poderia significar, e três vezes ouviu juntamente uma voz que lhe dizia: Surge Petre, occide et manduca (At. 10,13): Eia, Pedro, matai e comei. – As palavras não declaravam o enigma, antes o escureciam mais, porque lhe parecia a S. Pedro impossível que Deus, que tinha vedado aqueles animais, lhos mandasse comer. [...] Entendeu [S. Pedro] que aquele lençol tão grande era o mundo; que as quatro pontas por onde se suspendia eram as quatro partes dele; que os animais feros, imundos e reprovados na lei, eram as diversas nações de gentios, bárbaras e indômitas, que até então estavam fora do conhecimento e obediência de Deus, e que o mesmo Senhor queria que viessem a ela. Mas se aqueles animais significavam as nações dos gentios, e estas nações queria Deus que S. Pedro as ensinasse e convertesse, como lhe manda que as mate e que as coma? Por isso mesmo: porque o modo de converter feras em homens, é matando-as e comendo-as, e não há coisa mais parecida ao ensinar e doutrinar que o matar e o comer. Para uma fera se converter em homem há de deixar de ser o que era e começar a ser o que não era,

Bartolomé de Las Casas<sup>14</sup>, de igual modo, revoltou-se contra a escravidão e o etnocídio praticado pelos espanhóis contra os povos ameríndios, dedicando sua vida em defesa dessas gentes, o que foi essencial para que o Papa Paulo III editasse a Bula *Sublimis Deus*, em 2/6/1537, para reconhecer os índios como verdadeiras pessoas.

A influência dessa Bula sobre a América portuguesa, no entanto, foi insignificante durante algumas décadas.

Somente em 1549, com o governo de Tomé de Sousa, iniciou-se sua aplicação, conforme anota Hartmut Emanuel Kayser:

O Regimento de Tomé de Sousa (ordens do rei para o primeiro Governador Geral Tomé de Sousa), de 17.12.1548, continha as diretrizes da administração do Brasil, que permaneceram em vigor até 1677. Nele, foram declarados, como os mais importantes objetivos da política indígena, a conversão dos índios à fé cristã, e em decorrência da Bula *Sublimis Deus*, a garantia de sua liberdade e a simultânea luta de tribos hostis, bem como o estabelecimento dos índios em aldeias para facilitar sua “conversão”<sup>15</sup>.

---

e tudo isto se faz matando-a e comendo-a: matando-a, deixa de ser o que era, porque, morta, já não é fera; comendo-a, começa a ser o que não era, porque, comida, já é homem. E porque Deus queria que S. Pedro convertesse em homens, e homens féis, todas aquelas feras que lhe mostrava, por isso a voz do céu lhe dizia que as matasse e as comesse.

14 LAS CASAS, Fray Bartolomé de. *Brevíssima relación de la destrucción de las Indias*. Buenos Aires: Mar Océano, 1953, p. 64: Las Casas retratou os cruéis ataques perpetrados contra os índios americanos: Antes siempre los estimaban por inmortales y venidos del cielo, y como a tales los recibían. Otra cosa es bien añadir que, hasta hoy, desde sus principios, no se ha tenido más cuidado por los españoles de procurar que les fuese predicada la fe de Jesucristo a aquellas gentes que si fueran perros u otras bestias; antes han prohibido de principal intento a los religiosos, con muchas aflicciones y persecuciones que les han causado, que no les predicasen, porque les parecía que era impedimento para adquirir el oro y riquezas que les prometían sus codicias. Y hoy en todas las Indias no hay más conocimiento de Dios, si es de palo, o de cielo o de tierra, que hoy ha cien años entre aquellas gentes, si no es en la Nueva España, donde han andado religiosos, que es un rinconcillo muy chico de las Indias, y así han perecido y perecen todos sin fe y sin sacramentos. He inducido yo, fray Bartolomé de las Casas, o Casaus, fraile de Santo Domingo, que por la misericordia de Dios, ando en esta corte de España procurando echar el infierno de las Indias y que aquellas infinitas muchedumbres de ánimas redimidas por la sangre de Jesucristo no perezcan sin remedio para siempre, sino que conozcan a su Criador y se salven, y por compasión que he de mi patria, que es Castilla, no la destruya Dios por tan grandes pecados contra su fe y honra cometidos, y en los prójimos por algunas personas notables, celosas de la honra de Dios y compasivas de las aflicciones y calamidades ajenas, que residen en esta corte, aunque yo me lo tenía en propósito y no lo había puesto por obra por mis continuas ocupaciones.

15 KAYSER, Hartmut Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack; Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: SAFE, 2010, p. 105.



A evolução do direito brasileiro foi aos poucos sedimentando um tratamento mais respeitoso aos índios. Ainda no período colonial, uma das mais importantes conquistas dos índios brasileiros foi o reconhecimento do indigenato pelo Alvará de 30/7/1609 e da Carta de Lei de 10/9/1611, reiterado pelo Alvará de 1º/4/1680, conforme notícia João Mendes Júnior<sup>16</sup>.

A própria instalação do Tribunal da Relação da Bahia, que se deu principalmente pela preocupação com a Mata Atlântica, tinha como objetivo coibir alguns escândalos sociais decorrentes de abusos praticados contra os índios<sup>17</sup>.

A importância do indigenato está no reconhecimento da comunidade, língua, cultura, tradição e modo de vida vinculado à terra (floresta, rios, lagos e espécies animais) como fatores de identificação do elemento índio.

Darcy Ribeiro<sup>18</sup>, ao falar sobre a experiência de mais de uma década de convivência com os índios, vivendo em aldeias, ao modo indígena, alimentando-se das mesmas comidas, anota que:

Não há homem sem comunidade étnica. [...] É pelo convívio dentro dessa comunidade que cada ser humano se apropria da língua do seu povo e, já no corpo da língua, e uma massa imensa de conhecimentos que catalogam e denominam as coisas, mostrando de que modo elas se transformam no tempo e variam no espaço. [...] Outra característica fundamental da etnia é seu sistema adaptativo, através do qual se relaciona com a natureza e o meio ambiente, garantindo sua sobrevivência.

16 MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912, p. 59.

17 Cf. CARRILLO, Carlos Alberto. *Memórias da justiça brasileira*. Coordenação Desembargador Gérson Pereira dos Santos. Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, 2002, v. 1, p. 59.

18 RIBEIRO, Darcy. *Falando dos índios*. Brasília: UNB, 2010, pp. 41-43.

Esse importante elemento de integração ao meio ambiente equilibrado, como bem anotado pelo renomado antropólogo brasileiro, é um dos fatores de subsistência e de perpetuação da comunidade, intrínseco à condição de indígena, sem a qual não haveria a formação do conjunto necessário à plenitude da autodeterminação desses povos.

O indígena é identificado por esse vínculo com uma comunidade étnica e com diversos elementos de integração social como língua, história, cultura, crenças, tradições, práticas religiosas, integração ambiental e por sua inadequação ao modo de produção capitalista.

Ao falar sobre os índios, relembando suas pesquisas e notas, Darcy Ribeiro relata: “em nenhum lugar encontrei uma comunidade indígena convertida numa vila ou numa vizinhança ‘brasileira’. Vi, ao contrário, situações em que índios submetidos ao contato e à pressão econômica, social e religiosa, em suas formas mais perversas, continuaram índios”<sup>19</sup>.

A Constituição Federal de 1988, ao elevar ao plano constitucional os direitos indígenas, utilizou a expressão “índios” para designar os indígenas, evitando terminologias como “aborígenes” ou “silvícolas”, no intuito de retirar qualquer carga de preconceito anteriormente utilizada na legislação infraconstitucional e no campo científico. Utilizou-a no plural para alcançar o conceito de comunidade, acolhendo a ideia de Darcy Ribeiro.

Samia Barbieri afirma que houve um avanço conceitual na Constituição de 1988, que vinculou o índio à sua comunidade, na esteira do entendimento de que a definição do que seja o índio depende da prévia definição do que seja comunidade indígena, pois estudos antropológicos revelam que os critérios raciais, culturais e antropológicos são insuficientes para essa tarefa<sup>20</sup>.

19 *Ibidem*, p. 47.

20 BARBIERI, Samia Roges Jordy. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 39.



Não é outra a posição do Supremo Tribunal Federal (STF) presente nos votos prolatados por seus Ministros no caso da demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, explicitada na ementa do acórdão respectivo:

O substantivo “índios” é usado pela CF de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva<sup>21</sup>.

Portanto, não há como conceber o índio sem vínculos a uma comunidade étnica identificada pela língua, tradição, cultura pré-colombianas e pelo vínculo ao elemento terra, ainda que seja um indivíduo não integrado ao grupo, vivendo em área urbana, aculturado ou em processo de aculturação, mas que se autodetermina como indígena e carrega em seus genes e em sua alma esse ser índio.

Essa postura fraternal, que tem seu ápice na constitucionalização dos direitos indígenas e na demarcação de boa parte de suas terras, contribuiu para um considerável crescimento dessas etnias nas últimas duas décadas. Hoje, são oitocentos e dezessete mil, novecentos e sessenta e três indivíduos, equivalentes a zero vírgula quatro por cento da população brasileira, trinta e sete vírgula oito por cento deles vivendo na região amazônica<sup>22</sup>.

Estão distribuídos em duzentos e trinta e cinco grupos étnicos. Dos grupos menos numerosos, cento e trinta e cinco possuem até

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3.388*. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. In: REVISTA Trimestral de Jurisprudência. Brasília: STF, v. 212, abr/jun de 2010, p. 70.

22 BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). *Os números dos índios no Brasil*. Ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/indio/numeros.html>>. Acesso em: 30 set. 2012.

mil indivíduos. Ao passo que, entre os demograficamente mais significativos, doze grupos indígenas contam com população entre dez mil a trinta mil pessoas e apenas três têm mais de trinta mil indivíduos (Guarani – M'byá, Kaiowá e Nandeva –, Ticuna, Kaingang)<sup>23</sup>.

Cada grupo, ao seu modo, se relaciona com a terra, não como um simples local de caça, de extrativismo, de pesca ou de solo fértil para desenvolver atividades agrícolas, mas como algo transcendente, essencial para a subsistência, nela incluindo os rios, os lagos, a vegetação natural e os seres vivos que nela habitam, desde os insetos aos animais de grande porte, inclusive os aquáticos, muitos considerados em seu imaginário como parentes ou ancestrais de sua etnia.

A maior parte dos problemas jurídico-indígenas do Brasil concentra-se nos povos demograficamente maiores (Guarani, Ticuna, Kaingang, Makuxi e Terena) e basicamente estão adstritos à posse e demarcação de suas terras, colocando em risco essas etnias e o equilíbrio ambiental de suas terras.

## 1.2 Índios e terras indígenas: o indigenato elevado à gantantia constitucional — *co yve ore retama*<sup>24</sup>

Marco Antonio Barbosa noticia que ao tempo do descobrimento era aplicado no Brasil-colônia o regime de terras de sesmarias, que presunha a existência de terras abandonadas<sup>25</sup>, ou seja, de que as terras ocupadas pelos indígenas, por não terem local definido ou limites, a nin-

23 Cf. RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (org.). *Povos indígenas no Brasil: 2006-2010*. São Paulo: ISA, 2011, p. 17.

24 As armas do Estado do Tocantins trazem em destaque na faixa afixada sobre o escudo (onde uma embarcação navega pelo rio em direção ao sol resplandecente) um reconhecimento e homenagem ao povo indígena *Tukantins* (nariz de tucano), que deu nome ao Estado e ao colossal rio que o corta: *co yve ore retama* (essa terra é nossa).

25 BARBOSA, Marco Antonio. *Direito antropológico e terras indígenas no Brasil*. São Paulo: Plêiade, 2001, pp. 58-59.



guém pertenciam e, por isso, se encontravam em estado de abandono e desaproveitadas.

O instituto vigorava em Portugal e apenas foi transplantado para a Colônia, mas os abusos na titulação das sesmarias acabaram por reclamar a criação de um sistema próprio, implantado por meio da Real Ordem de 1695, segundo informa o existência das Bulas Papais de Paulo III (1587) e Urbano VIII (1625), levaram o Estado português a reconhecer, pelo do Alvará Régio de 1<sup>o</sup> de abril de 1680, o direito originário dos índios sobre as terras por eles ocupadas, de natureza imprescritível, inderrogável, exclusivo e derogador de qualquer outro, conforme elucidara João Mendes Júnior, o qual foi aos poucos juridicamente sedimentado no arcabouço jurídico brasileiro, não sem antes serem vitimados por toda sorte de perseguições, injustiças e escravização forçada ou voluntária. O indigenato, conforme João Mendes Júnior, reportando-se aos filósofos gregos, “é um título congênito, ao passo que a ‘ocupação’ é um título ‘adquirido’”<sup>26</sup>.

Em 1876, José Vieira Couto de Magalhães, precursor do indigenismo brasileiro, apresenta ao mundo o primeiro estudo antropológico mais denso sobre os índios do Brasil, o clássico “O Selvagem”, juntamente com um curso de Tupy (língua mais antiga que o Sânscrito) e Nhengatú, por meio do qual pretendia influenciar o branco a manter contato amistoso com os indígenas no processo de ocupação do território nacional. A obra, encomendada por Dom Pedro II, Imperador do Brasil<sup>27</sup>, para apresentação na Feira Mundial, nos Estados Unidos, até os dias de hoje desperta o interesse dos antropólogos e historiadores de todo o mundo<sup>28</sup>.

26 MENDES JÚNIOR, João. *Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos*. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912, p. 58.

27 Cf. Notas biográficas de autoria de Marco Anthony Steveson Villas Boas, apresentadas em 15 ago. 1997 à Academia Tocantinense de Letras, onde ocupa a Cadeira 31, cujo patrono é José Vieira Couto de Magalhães. Disponível em: <<http://www.calendario.cnt.br/COUTOMAGALHAES.htm>>. Acesso em: 18 jun. 2012.

28 MAGALHÃES, José Vieira Couto de. *O selvagem*. Rio de Janeiro: Typographia da Reforma, 1876, p. 42. Disponível em: <<http://biblio.etnolinguistica.org/magalhaes-1876-selvagem>>. Acesso em: 20 maio 2012.

A intenção de Couto de Magalhães era manter a paz no processo de ocupação e desenvolvimento do Brasil, postura similar à adotada por Rondon, mas isso não impediu que o processo tivesse outro curso, pois as terras indígenas continuaram a ser esbulhadas em prol da expansão territorial da sociedade nacional, impulsionada pelo forte crescimento demográfico, sobretudo com a chegada de milhões de imigrantes no Brasil entre os anos de 1840 a 1920.

É nesse momento da história que a terra indígena se tornou o foco da política indigenista.

De acordo com Hartmut Kayser, mesmo após a proclamação da República em 1889, muitas das terras indígenas foram consideradas sem dono pela administração dos Estados Federados e declaradas propriedades estatais.

Segundo o mesmo autor, a fundação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em 1910, representou uma mudança crucial na política indígena.

Com a função de fomentar ampla proteção, estabeleceu-se “pela primeira vez na história brasileira [...] a obrigação do Estado à restituição das terras tomadas aos índios ilegalmente, e medidas ativas de proteção da posse indígena”<sup>29</sup>.

O Serviço de Proteção ao Índio, órgão público vinculado ao Ministério da Agricultura, Indústria e Comércio, tinha a missão de prestar assistência aos povos aborígenes, sob direção do Marechal Cândido Rondon, militar e sertanista brasileiro, descendente de índios.

A “Marcha para o Oeste” (1943), movimento planejado no governo Getúlio Vargas para ocupação do território brasileiro, culminou na Ex-

29 Cf. KAYSER, Hartmut Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack; Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: SAFE, 2010, p. 170.

pedição Roncador-Xingu (1943-1949). Fiéis a seus ideais humanitários, os irmãos Cláudio, Leonardo e Orlando Villas-Boas se infiltraram como trabalhadores braçais e findaram assumindo a coordenação da missão governamental, imbuídos da máxima rondoniana de “morrer se preciso for, matar nunca”. Mediante esforço hercúleo desses indigenistas, o movimento não abandonou a premissa de contato pacífico, não invasivo e, sobretudo, respeitoso com diversos povos indígenas situados no Centro-Oeste brasileiro e na Amazônia.

O trabalho fraternal desenvolvido pelos Villas Boas, reconhecido mundialmente por sua grande importância no registro e preservação da diversidade dos povos, resultou em duas indicações dos irmãos Orlando e Cláudio ao prêmio Nobel da Paz, além de diversas condecorações nacionais e internacionais. No entanto, o mais honroso título foi espontâneo, partiu do reconhecimento e do carinho dos índios por Orlando: grande pai branco.

Graças ao trabalho missionário dos Villas Boas e de Darcy Ribeiro, apoiados por outros intelectuais da época, o objetivo governamental de desbravamento e povoação cedeu espaço à primeira grande demarcação de terras indígenas, que se consolidou na maior reserva indígena do mundo, o Parque Indígena do Xingu (PIX)<sup>30</sup>, denominado Parque Nacional do Xingu após demarcação administrativa dessa área homologada pelo então Presidente Jânio Quadros em 1961<sup>31</sup>.

A criação do PIX representou o primeiro grande marco do socioambientalismo<sup>32</sup> brasileiro, e contribuiu sensivelmente para o pluralismo e

30 Extensão: 27.000 quilômetros quadrados, ao norte de Mato Grosso, zona de transição entre planalto central e floresta amazônica. 5500 índios, 14 etnias, 4 grandes famílias linguísticas. Constante ataque de madeireiros e latifundiários.

31 Cf. VILLAS BOAS, Orlando; VILLAS BOAS, Cláudio. *A marcha para o oeste*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012, p. 637.

32 Cf. LIMA, André (org.). *O Direito para o Brasil socioambiental*. Porto Alegre: SAFE, 2002, pp. 11-12: O socioambientalismo não consiste apenas em uma soma linear e aritmética entre o social e o ambiental, mas num movimento multissetorial envolvendo sociedade, ONGs e Governo.

preservação da língua, das tradições, cultura e modo de vida dessas comunidades em plena harmonia com o ambiente natural em que vivem.

Com a instalação da Assembleia Nacional Constituinte em 1987, diversas forças concorreram contra e a favor da constitucionalização dos direitos indígenas, notadamente no que se refere ao direito à terra. Dos oito representantes indígenas que concorreram a uma cadeira no Parlamento, somente o cacique Xavante Mário Juruna conseguiu ser eleito pelo Estado do Rio de Janeiro.

Apesar disso, várias organizações indígenas, a Igreja e outras entidades civis e religiosas atuaram diretamente nos trabalhos da Constituinte para que os direitos dos indígenas fossem incluídos, com os necessários avanços, no texto final da Constituição.

É interessante anotar que os índios foram contemplados com todo um capítulo distribuído em dois artigos com onze disposições sobre seus direitos fundamentais.

Essa peculiar “vontade de constituição”, visivelmente pluralista em todas as dimensões, influenciou diversos países da América do Sul, que nela se espelharam para dar tratamento similar aos seus indígenas. Tratamento nitidamente influenciado pelo constitucionalismo fraternal, solidário, que tem por diretriz a concreção da igualdade civil e moral de minorias, centrado na dignidade da pessoa humana, mormente no que se refere à compensação das desvantagens e perdas perpetradas ao longo da história.

Esses direitos sociais, aos quais se somam os direitos culturais (CF, arts. 215 e 216 – segunda dimensão de direitos constitucionais), inerentes à preservação de conhecimentos, tradições, práticas e costumes ancestrais, além da identidade cultural e sua respectiva garan-



tia de fruição, alcançaram a importante categoria constitucional de direitos fundamentais, por apresentarem conteúdo diretamente relacionado aos valores maiores de liberdade e dignidade. São, por isso, universais, irrevogáveis, inalienáveis, irrenunciáveis, imprescritíveis, indivisíveis e invioláveis.

Nesse contexto, mesmo os povos indígenas em processo de assimilação e adoção de cultura diversa (contato e integração a comunidades não indígenas) permanecem protegidos constitucionalmente, da mesma forma como aquele que se mantém em um modo de vida comunitário pré-colombiano, perfeitamente integrado ao meio ambiente e que deve ser respeitado em seu *status*.

A concepção de respeitar esse direito de não integração tem raízes no relativismo de Franz Boas, que no Brasil foi defendido pelos irmãos Villas Boas, e ficou assegurada no art. 231 da atual Constituição Federal, segundo anota Hartmut Kayser:

[...] todas as sociedades e culturas humanas são a tal ponto singulares, que somente podem ser descritas por meio de conceitos próprios. Sociedades e culturas humanas não podem, por isso, ser comparadas entre si, no sentido de uma categoria mais elevada ou menos elevada, mais significativa ou menos significativa?. De acordo com isso, as comunidades indígenas devem ser reconhecidas como realidades culturalmente diferentes, que de modo algum representam um estágio inicial da evolução, e sim, ao contrário, que possuem formas próprias de organização e de desenvolvimento. [...] aparece, pela primeira vez, o desejo manifesto da parte predominante das forças políticas e sociais, antes do encontro da Assembléia Nacional Constituinte, de tomar como base, no texto da Constituição de 1988, no que se refere aos direitos culturais dos índios, a moderna teoria da relatividade cultural para as relações entre a sociedade nacional e os indígenas do Brasil, e desistir definitivamente do objetivo de incorporação dos índios à sociedade nacional?.

Não apenas o relativismo, mas também o pluralismo e o multiculturalismo, nessa mesma linha, encontraram guarida no citado art. 231 e nos arts. 210 e 215, § 1º, da Constituição Federal, donde se extrai que é dever de o Estado proteger a cultura indígena e acima de tudo respeitá-la<sup>33</sup>, tanto que no ensino fundamental, ainda que a língua portuguesa seja utilizada como regra geral, a língua materna pode ser livremente utilizada nos processos de manifestação e aprendizagem.

Essa diferença está alicerçada na concepção de pluriétnicidade e diversidade cultural garantidas na Constituição, conforme observa Márcia Vilas Boas<sup>34</sup>.

Tais fatores, enfeixados nos dispositivos constitucionais anteriormente mencionados, constituem uma pluridimensionalidade dos direitos humanos inerentes aos índios, não exauridos na redação, por serem mais amplos do que realmente aparentam<sup>35</sup>.

Esse pluralismo, no entanto, somente tem efetiva dimensão intergeracional nas comunidades vinculadas a uma área de terras condizente com as necessidades de subsistência, procriação e práticas tradicionais que se integram equilibradamente ao respectivo bioma. A terra com meio ambiente preservado é condição essencial à sobrevivência dos povos indígenas, razão pela qual ganhou especial proteção no texto constitucional.

Um dos pontos mais polêmicos e que gerou intenso embate nos trabalhos da Assembleia Constituinte, conforme acentua Hartmut Kayser, foi o da exclusividade de exploração mineral em terras indígenas, pois os interesses privados nacionais e internacionais intensificaram as ativi-

33 Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 106-107.

34 VILAS BOAS, Márcia Cristina Altwater. *Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática: da integração à interação*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012, pp. 64-65.

35 BARRETO, Helder Girão. *Direitos indígenas: vetores constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2011, pp. 100-101.



dades lobistas para que não ficasse reservada exclusivamente à União essa possibilidade, *verbis*:

Resumindo, pode-se dizer que foram feitas vigorosas tentativas, muitas vezes ultrapassando o âmbito do juridicamente permitido, de influenciar a Constituinte com respeito às normas do Direito indígena, por lobbies econômicos, interessados na exploração econômica das áreas indígenas, assim como por órgãos governamentais com o objetivo de limitar os direitos territoriais indígenas por razões econômicas e militares. Em contraposição a isto, os direitos indígenas foram exigidos especialmente por organizações indígenas e outras organizações não-estatais antes e durante a Constituinte.<sup>36</sup>

A exclusividade de exploração dos recursos minerais não ficou assegurada no texto constitucional, uma vez que o subsolo é de propriedade da União, assim como a terra indígena, cuja propriedade não é transferida aos índios. Todavia, ficou garantida a oitiva da comunidade indígena no processo de concessão da lavra, nos termos do art. 231, § 3º, da Constituição Federal. A mesma política foi adotada em relação aos recursos hídricos, na busca de uma vertente de desenvolvimento sustentável, não ao modo indígena, mas capitalista.

As críticas são sempre oportunas, mas é preciso compreender o processo histórico de redemocratização do Brasil, que em uma apertada síntese desenrolou-se nas seguintes etapas:

- a) abertura democrática conduzida pelo Presidente João Batista de Figueiredo;
- b) visita do Papa João Paulo II;

36 KAYSER, Hartmut Emanuel. *Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual*. Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack; Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: SAFE, 2010, p. 202.

- c) anistia e volta ao país de grandes líderes que se encontravam no exílio;
- d) “Movimento das Diretas Já!”;
- e) eleição indireta de Tancredo Neves e José Sarney pelo Colégio Eleitoral (Congresso Nacional), primeiros presidente e vice-presidente civis eleitos após a ditadura;
- f) morte de Tancredo e posse de Sarney como Presidente;
- g) convocação da Assembleia Nacional Constituinte por Emenda à Constituição de 1969, e, acima de tudo, a busca de um pacto social, de um consenso que equivalesse a uma vontade geral, ainda que sem ruptura política fundamental com o regime anterior.

Essa situação ficou evidente na escolha da democracia semidireta (CF, art. 1º, parágrafo único) e na determinação de que se realizasse um referendo popular em sete de setembro de 1993 (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT –, art. 2º)<sup>37</sup> sobre sistema e forma de governo, para que de fato a ruptura acontecesse.

É nesse contexto que os avanços em matéria ambiental e dos direitos das minorias têm de ser compreendidos, até mesmo para que a interpretação da Constituição possa evoluir.

Aliás, não é demais anotar que o Supremo Tribunal Federal também não é mais o mesmo daquele período de transição, hoje está recomposto com juristas, em sua quase totalidade indicados por Presidentes

37 BRASIL. Constituição (1988). *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 2012: Art. 2º. No dia 7 de setembro de 1993 o eleitorado definirá, através de plebiscito, a forma (república ou monarquia constitucional) e o sistema de governo (parlamentarismo ou presidencialismo) que devem vigorar no País.



oriundos de partidos de centro-esquerda e esquerda, sensíveis a movimentos sociais, inclusive minoritários, o que tem contribuído para uma maior concreção do direito do ambiente, dos direitos fundamentais e, principalmente, dos direitos das minorias.

A essa rica historicidade não pode deixar de ser acrescentada especial menção à inédita sentença da lavra do juiz Antonio Rulli Júnior<sup>38</sup> (hoje desembargador e presidente do Colégio Permanente de Diretores das Escolas Estaduais da Magistratura — COPEDEM) em processo judicial que tramitou na 3ª Vara Cível de Santo Amaro-SP, na qual assentou:

O indigenato aparece no Alvará Régio de 1º de Abril de 1680, na Lei de 06 de junho de 1755, onde se firmou o princípio de que nas terras outorgadas a particulares seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. A Lei 601 de 18 de setembro de 1850 e o Decreto 1854 deram igual tratamento ao indigenato previsto no Alvará de 1680. O indigenato foi sempre considerado direito congênito e, portanto, legítimo por si, não se confundindo com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é fonte primária e congênita da posse territorial, enquanto que a ocupação é título adquirido.

Essa decisão, recomendada pela Organização das Nações Unidas (ONU) e por conclaves científicos realizados em diversos países, publicada em sessenta e oito idiomas, influenciou consideravelmente os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte e fortaleceu a tese do indigenato, consolidada no texto do art. 231.

O ato de demarcação de terras indígenas está inserido, nesse contexto constitucional, como verdadeira ação institucional afirmativa de

---

38 SÃO PAULO. *Processo nº 907/84-R*. Juiz Antônio Rulli Júnior. 3ª Vara Cível – Regional Santo Amaro. Sentença, DJ 12 mar. 1985: Ação de Manutenção de Posse da Comunidade Guarani de São Paulo contra Tadao Kitamukai e Benedito Rocumback Hessel.

resgate da dignidade desses povos e compensação pelos prejuízos historicamente a eles impingidos.

Na busca de solucionar com brevidade a questão, o legislador constituinte, no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, assentou que “A união concluirá a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição.” Embora o lapso temporal não tenha se mostrado suficiente para a execução de todas as demarcações, a Suprema Corte sedimentou o entendimento de que o prazo não é decadencial, mas sim de meta programática, que não elide o direito a demarcações fora do período assinalado<sup>39</sup>.

Esse tratamento consolida a opção já manifestada internacionalmente em diversas oportunidades pelo Estado brasileiro como firmatário da Convenção nº 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (OIT, 1989), ratificada por meio do Decreto nº 143, de 25 de julho de 2002; da Declaração das Organizações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007); e da Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), ratificada pelo Decreto nº 485, de 19 de dezembro de 2006.

39 Cf. LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1.125: As terras indígenas, por iniciativa e sob orientação do órgão federal de assistência ao índio (FUNAI), serão administrativamente demarcadas, de acordo com o processo estabelecido no Dec. n. 1.775/96, devendo referida demarcação administrativa ser aprovada por Portaria do Ministro da Justiça, que será homologada pelo Presidente da República e, posteriormente, registrada em livro próprio do Serviço do Patrimônio da União (SPU) e do registro imobiliário da comarca da situação das terras. Entendeu o STF ser dispensada a manifestação do Conselho de Defesa Nacional durante o processo homologatório, mesmo que a terra indígena se situe em região de fronteira (MS 25.483, Rel. Min. Carlos Britto, j. 04.06.07, DJ de 14.09.2007). Por sua vez, o art. 67 do ADCT estabeleceu o prazo de cinco anos a partir da promulgação da Constituição para a União concluir a demarcação das terras indígenas. Referido trabalho, contudo, ainda não está finalizado. Apesar disso, não se pode dizer que os índios não tenham os seus direitos assegurados, pois independem de demarcação. O art. 25 da Lei n. 6.001/73 (Estatuto do Índio) estabelece que o reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas dependerá de sua demarcação e será assegurado pelo órgão federal de assistência aos silvícolas.

No emblemático julgamento da constitucionalidade do processo de demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol (TIRSS), em março de 2009, localizada no Estado de Roraima (STF, Pet. nº 3.388/RR), ficou assentado que “os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente reconhecidos, e não simplesmente outorgados”. Logo, demarcações são sempre caracterizadas como atos de natureza declaratória.

Os direitos originários referidos na Carta da República antecedem e se sobrepõem a quaisquer outros, ainda que materializados por escrituras públicas ou títulos de posse, por mais antigos que sejam (CF, art. 231, § 6º)<sup>40</sup>.

Apesar dessa eficácia *erga omnes*, as terras indígenas situadas no Brasil, segundo regra constitucional, são de propriedade da União e integram o território nacional, não formam ou ostentam estrutura autônoma nem podem se apresentar como país, pátria ou nação perante a ordem jurídica internacional. Sobre elas incide, com exclusividade, o Direito nacional, conforme postulados reafirmados pelo STF no julgamento da Pet nº 3.388/RR, na ação popular referente à demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

Essa vertente, por outro lado, tem evidente linha socioambiental, pois traduz a preocupação do Estado com a proteção do modo de vida pré-colombiano do indígena brasileiro e sua inserção numa área de terras que resguarde essa tradição e cultura. Se assim não fosse, teria o

40 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 2012: 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. (...) § 6º – São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

legislador optado pela forma privada de propriedade, inerente à cultura própria dos não índios.

A demarcação ou o reconhecimento, como ficou patenteado no julgamento do caso TIRSS, além de explicitar a preocupação ambiental e com os direitos fundamentais de diversas etnias, também é ato de soberania nacional e, como tal, reforça a presença do Estado ao regulamentar a propriedade da União nessas terras.

## **2 Proteção ambiental e reservas indígenas**

### **2.1 Unidades de Conservação Ambiental**

A ideia de nichos ecológicos sem a presença de populações humanas remonta a concepção mítica de uma natureza intocada e estática, mas a experiência tem demonstrado que mesmo em áreas isoladas, livres da presença do homem, ocorrem modificações significativas, pois a biodiversidade possui dinâmica própria.

Apesar disso, a instituição de áreas protegidas contra a exploração inerente ao modo de produção capitalista do mundo ocidental é fator preponderante para a própria perpetuação da raça humana no planeta, tendo em vista a possibilidade de esgotamento dos recursos naturais.

Em circunstâncias especiais, a proteção máxima, em relação à presença do homem, pode ser benéfica para preservação ou recuperação de áreas importantes para determinados biomas, todavia, a conservação ambiental por meio do sistema legal de proteção não pode ter como regra geral a exclusão do elemento humano, muitas vezes já

integrado de forma equilibrada ao respectivo meio ambiente, com limites aceitáveis de degradação.

Tome-se, por exemplo, o caso das populações indígenas e de outros povos da floresta que vivem basicamente de uma economia de subsistência e da exploração extrativista.

Nurit Bensusan<sup>41</sup>, estudiosa do tema, observa que as populações tradicionais, os indígenas e outros habitantes de áreas ambientais de interesse possuem um relacionamento equilibrado com o meio ambiente, estatisticamente comprovado, principalmente no que se refere às terras indígenas:

A crença de que não é possível conciliar a presença humana com a conservação da biodiversidade, além de extremamente prejudicial para o mais popular instrumento de conservação, as áreas protegidas, é nociva à sustentabilidade futura das terras indígenas e não considera a relevância desses espaços para a conservação da biodiversidade. As terras indígenas, seja por sua dimensão – 12% da extensão total do território nacional e 21% da extensão total da Amazônia Legal brasileira –, pela variedade ou singularidade dos ecossistemas que abrigam, ou pela situação de relativa preservação dos seus recursos naturais, devem ser consideradas como componente fundamental para uma estratégia nacional de conservação e uso sustentável da biodiversidade. Os resultados do Seminário de Consulta sobre prioridades de conservação na Amazônia, realizado no âmbito do Programa Nacional de Biodiversidade, corroboram essa idéia, demonstrando, claramente que as terras indígenas são espaços fundamentais na proteção da biodiversidade no Brasil.

Não é outro o pensamento de Guido Soares<sup>42</sup>, que também vê os

41 BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade e presença humana: é possível conciliar?* Disponível em: <[www.funai.gov.br/ultimas/e\\_revista/.../biodiversidade\\_nurit.pdf](http://www.funai.gov.br/ultimas/e_revista/.../biodiversidade_nurit.pdf)>. Acesso em: 23 set. 2012.

42 SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 82: Dentro da estratégia de firmar a política do meio ambiente global em torno do resgate do valor do homem dentro da natureza, por vias da introdução do conceito de desenvolvimento sustentável, pode-se compreender a emergência de uma novidade em texto de Direito Internacional do Meio Ambiente: a valorização das populações indígenas. Sem dúvida, tal novidade foi decisiva contribuição da América Latina e do Caribe para o realce da temática, pois já na Plataforma de Tlatelolco de

índios como naturais protetores da fauna e da flora, assim como essenciais nos processos de compreensão e conservação da diversidade biológica, o que implica dizer em necessidade de ações inclusivas dessas populações, por parte do Governo, no que se refere às decisões das políticas públicas mais adequadas à conservação do meio ambiente.

Antonio Carlos Diegues<sup>43</sup>, com muita propriedade, afasta a prestabilidade do modelo estadunidense de parque ambiental para o con-

março de 1991, conforme aponta o Emb. G. E. do Nascimento e Silva, *“assim, pela primeira vez, encontra-se uma referência indireta aos índios e a Plataforma observa que as atuais medidas de desenvolvimento sempre ignoraram a importância das culturas que evoluíram à margem de tais inovações. Insiste ainda na necessidade dessas culturas serem plenamente reconhecidas, visto que acumularam amplos conhecimentos do mundo natural bem como o seu uso e manejo”*. Com efeito, a Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento conferiu aos Estados a incumbência de apoiar a identidade, a cultura e os interesses de populações indígenas locais, a fim de possibilitar sua participação nos processos legislativos e decisórios relativos ao meio ambiente; tais dispositivos ganham relevância, em particular na questão da proteção da diversidade biológica, levando-se em conta que as populações indígenas são os naturais protetores das espécies da flora e da fauna nativas das florestas tropicais, pelo uso tradicional que fazem de seus recursos. Na verdade, a Convenção sobre a Diversidade Biológica, além de fazer referência expressa a eles em seu Preâmbulo (*“Reconhecendo a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes”*), na parte relativa às obrigações dos Estados-partes, quanto à conservação *in situ* dos recursos da diversidade biológica, estabelece, no art. 8º, inciso j, o seguinte dever para cada Estado-partes: *“(j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas.”*

43 DIEGUES, Antonio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001, pp. 9-10: A concepção dessas áreas protegidas provém do século passado, tendo sido criadas primeiramente nos Estados Unidos, a fim de proteger a vida selvagem (wilderness) [...] Para o naturalismo da proteção da natureza do século passado, a única forma de proteger a natureza era afastá-la do homem, por meio de ilhas onde este pudesse admirá-la e reverenciá-la. Esses lugares paradisíacos serviriam também como locais selvagens, onde o homem pudesse refazer as energias gastas na vida estressante das cidades e do trabalho monótono. Parece realizar-se a reprodução do mito do paraíso perdido, lugar desejado e procurado pelo homem depois de sua expulsão do Éden. Esse neomito, ou mito moderno, vem impregnado, no entanto, do pensamento racional representado por conceitos como ecossistema, diversidade biológica etc. Como afirma Morin (1986), o pensamento técnico-racional, ainda hoje se vê parasitado pelo pensamento mítico e simbólico. A existência de um mundo natural selvagem, intocado e intocável faz parte, portanto, desses neomitos. Como afirma Ellen (1989), entretanto, a natureza em estado puro não existe, e as regiões naturais apontadas pelos biogeógrafos usualmente correspondem a áreas extensivamente manipuladas pelos homens. Esse neomito, no entanto, foi transposto dos Estados Unidos para países do Terceiro Mundo, como o Brasil, onde a situação é ecológica, social e culturalmente distinta. Nesses países, mesmo nas florestas tropicais aparentemente vazias, vivem populações indígenas, ribeirinhas, extrativistas, de pescadores artesanais, portadores de uma outra cultura (chamada neste trabalho de tradicional), de seus mitos próprios e de relações com o mundo natural distintas das existentes nas sociedades urbano-industriais. Ora, a legislação brasileira que cria os parques e reservas prevê, como nos Estados Unidos, a transferência dos moradores dessas áreas, causando uma série de problemas de caráter ético, social, econômico, político e cultural. O Brasil é um país que apresenta grande variedade de modos de vida e culturas diferenciadas que podem ser considerados “tradicionais”. Além disso, existe grande diversidade de tribos e povos indígenas, com mais de duas centenas de línguas diferentes.

texto socioambiental brasileiro, onde diversas áreas de interesse são habitadas por populações tradicionais, inclusive indígenas, e que seria um processo tormentoso e desaconselhável, além de desumano, a remoção desses povos para outras áreas estranhas às suas tradições e modos de vida. Alerta, ainda, o renomado pesquisador para o fato de que os próprios parques ambientais estariam em risco em caso de remoção dessas populações:

A expulsão dos moradores tem contribuído ainda mais para a degradação das áreas de parques, uma vez que, freqüentemente, por falta de fiscalização, indústrias madeireiras e de mineração as invadem para explorar ilegalmente seus recursos naturais. Os moradores também, muitas vezes, retiram ilegalmente meios de subsistência dessas áreas protegidas, tidas como “recursos perdidos pelas comunidades locais”<sup>44</sup>.

Esse pensamento parece ter inspirado a Convenção da Diversidade Biológica pactuada na Eco92, no Rio de Janeiro, conforme se depreende da alínea “j” do art. 8º:

Conservação *in situ*. Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: [...] j) Em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas; [...]<sup>45</sup>.

44 *Ibidem*, pp. 9-10.

45 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção da diversidade biológica*. Disponível a partir de: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 24 set. 2012.

Os mesmos compromissos foram reiterados na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (Res. 61/295), bem como no Anexo I, nº 49, da Assembleia Geral das Nações Unidas na Rio+20 (Res. 66/288).

O modelo brasileiro, entretanto, ainda está culturalmente influenciado pelos sistemas estadunidense e europeu, que já se mostraram incipientes, tendo em vista a pequena quantidade de áreas de proteção ambiental instituídas em seus territórios (apenas dois por cento nos Estados Unidos e sete por cento na Europa)<sup>46</sup>.

Essa influência pode ser notada na Lei nº 9.985, de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, editada doze anos após a promulgação da atual Constituição Federal com a finalidade de regulamentar o art. 225.

Apesar de ter melhor organizado a classificação das unidades de conservação, por via de definições, categorias e tipos de procedimentos, manteve a cultura de nível máximo de proteção às unidades de conservação, o que não parece ser a política pública mais adequada à grande maioria dos casos, haja vista a ausência de vigilância tornar essas áreas vulneráveis, sujeitas a todo tipo de predação, exploração indevida e incêndios.

## 2.2 Criação das Unidades de Conservação

Elaborada com o intuito de regulamentar diretriz constitucional, no que tange à tutela da natureza, a Lei nº 9.985, de 2000, instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação, sendo um importante instrumento de preservação ambiental.

46 Cf. DIEGUES, Antonio Carlos. *O mito moderno da natureza intocada*. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001, p. 12.

Unidade de conservação é o nome dado ao espaço territorial com características naturais relevantes, institucionalizado com vistas à preservação, conservação e/ou recuperação dos ecossistemas importantes, e à promoção do desenvolvimento sustentável<sup>47</sup>.

A técnica legislativa adotada na elaboração da Lei nº 9.985, de 2000, remete a um sistema de gradação da intensidade protetiva relacionada à presença humana dentro dos limites dessas áreas, divididas em dois grupos: Unidades de Conservação de Proteção Integral e Unidades de Conservação de Uso Sustentável e Indireto.

A diferença básica entre esses grupos fica por conta da forma de utilização dos recursos naturais neles existentes ou deles provenientes. Enquanto que nas Unidades de Conservação de Proteção Integral o uso dos recursos se dá de forma indireta, ou seja, sem ações que envolvam coleta, consumo, dano ou destruição desses recursos – excepcionadas as hipóteses legais –, nas Unidades de Conservação de Uso Sustentável há compatibilização entre a conservação da natureza e o uso moderado de seus recursos.

A Lei nº 9.985, de 2000, impõe a realização de estudos técnicos e de consulta pública para a criação de unidade de conservação, porém, do exame da Instrução Normativa nº 5, do Instituto Chico Mendes<sup>48</sup>, que explicita os procedimentos básicos para o processo

47 Cf. BRASIL. *Lei nº 9.985*, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm). Acesso em: 2 set. 2012: Art. 2º [...]. I – unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção.

48 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Instrução Normativa nº 5*, de 15 de maio de 2008. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/202/\\_arquivos/in\\_5\\_2008\\_procedimentos\\_criao\\_de\\_unidades\\_de\\_conservao\\_federais\\_202.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/202/_arquivos/in_5_2008_procedimentos_criao_de_unidades_de_conservao_federais_202.pdf). Acesso em: 7 out. 2012: Dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de estudos técnicos e consulta pública para a criação de unidade de conservação federal. [...] Art. 1º Definir os procedimentos administrativos para a realização de estudos técnicos e consulta pública para a criação de unidade de conservação federal. Art. 2º Os estudos técnicos devem estar baseados em dados técnicos e científicos disponíveis sobre a área onde se planeja criar a unidade de conservação. Art. 3º Para a realização dos estudos técnicos, poderá ser solicitada a colaboração de outros órgãos públicos, universidades, instituições de pesquisa, organizações da sociedade civil, membros da comunidade científica e da população local. Art. 4º Os estudos técnicos devem apresentar: caracterização das diferentes formações vegetais e sua fauna

de criação de unidade de conservação ambiental, é possível verificar que as audiências públicas não são deliberativas. As comunidades impactadas são apenas ouvidas para colheita de informações e esclarecimentos sobre a implantação da unidade, o que efetivamente demonstra a influência de modelos que ainda vivem o mito da natureza intocada, o que tem sido um dos pontos fulcrais do caso Belo Monte.

Dessa forma, ainda que as populações impactadas com a criação da UC sejam indígenas ou populações tradicionais, suas manifestações sobre a necessidade de instituição da unidade ou a forma de manejo da área parecem não ter peso na decisão governamental, situação aparentemente danosa para a realidade sociocultural e ambiental do Brasil de hoje.

---

associada; caracterização do uso do solo dentro dos limites propostos; caracterização da população residente, contendo o número e tamanho médio das propriedades e o padrão de ocupação da área; avaliação dos principais indicadores socioeconômicos dos municípios abrangidos; a caracterização da população tradicional beneficiária, no caso das Reservas Extrativistas e das Reservas de Desenvolvimento Sustentável; a caracterização da população tradicional residente, quando houver, no caso das Florestas Nacionais; diagnóstico preliminar da atividade pesqueira, no caso de unidade de conservação costeira ou marinha. Art. 5º O objetivo da consulta pública de que trata esta instrução normativa é subsidiar a definição da localização, dimensão e limites mais adequados para a unidade de conservação a ser criada. Art. 6º A consulta pública não é deliberativa, e consiste em reuniões públicas ou outras formas de oitiva da população local e de outras partes interessadas. Art. 7º A realização de reunião pública deve ser precedida das seguintes providências, com antecedência mínima de 15 dias: I – publicação no Diário Oficial da União de aviso de consulta pública, convidando a sociedade em geral e informando data, local e hora da sua realização; II – expedição de convite para os prefeitos dos municípios e os governadores dos estados abrangidos pela proposta da unidade, acompanhados da justificativa e mapa da proposta; III – publicação na rede mundial de computadores (internet) da justificativa para a criação e mapa da proposta; Art. 8º No processo de consulta pública deve ser indicado, de modo claro e em linguagem acessível, as implicações da criação da unidade de conservação para a população residente no interior e no entorno da unidade proposta. Art. 9º Do processo de criação de unidade de conservação deve constar a documentação comprobatória da consulta pública, incluindo: I – cópia do aviso de consulta pública publicado no Diário Oficial da União e dos convites expedidos para os prefeitos e governadores; II – memória da reunião pública, contendo um histórico do processo de consulta pública, um relato das principais questões levantadas durante a realização da reunião e um registro fotográfico da mesma. III – a lista dos documentos apresentados durante a reunião pública; IV – a transcrição da gravação de áudio da reunião, quando for o caso. Art. 10. Eventuais considerações posteriores à consulta pública, devidamente acompanhadas de justificativa técnica, poderão ser encaminhadas formalmente ao Instituto Chico Mendes no prazo de 30 dias. Art. 11. Na criação de Estação Ecológica ou Reserva Biológica não é obrigatória a consulta pública. Art.12. Esta Instrução Normativa entra em vigor na data de sua publicação. João Paulo Ribeiro Capobianco, Presidente Substituto Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade.



## 2.3 Unidades de Conservação de Proteção Integral

As Unidades de Conservação de Proteção Integral se subdividem em cinco categorias: Reserva Biológica (REBIO), Estação Ecológica (ESEC), Parque Nacional (PARNA), Monumento Natural (MONAT) e Refúgio de Vida Silvestre (RVS).

Uma breve análise de cada uma dessas unidades se faz conveniente para a compreensão do sistema e exame das compatibilidades e incompatibilidades com a presença das populações indígenas e tradicionais.

### 2.3.1 Reserva Biológica

A Reserva Biológica (REBIO) destina-se à preservação integral dos seres vivos (biota) e demais atributos naturais existentes dentro de seus limites, ou seja, a fauna e a flora com importantes significados científicos.

É característica dessa espécie de unidade de conservação integral a ausência de intervenção humana direta ou modificações ambientais, salvo nos casos de ser necessária a implementação de medidas de recuperação dos ecossistemas alterados e ações de manejo indispensáveis à recuperação e resguardo do equilíbrio natural, da biodiversidade e dos processos ecológicos naturais.

De acordo com a lei do SNUC, as áreas de reservas biológicas são de posse e domínio públicos<sup>49</sup>. Nesse sentido, destaca a necessidade de desapropriação das áreas particulares situadas em seus limites.

49 BRASIL. *Lei nº 9.985*, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm). Acesso em: 27 maio 2012: Art. 10. [...] § 1º A Reserva Biológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei.

As Reservas Biológicas, assim como as Estações Ecológicas, possuem rígido padrão no que tange à presença humana dentro de seus limites. Sob esse aspecto, ressalta-se a proibição de visitação pública – excetuadas as de objetivo educacional –, e a prévia autorização do órgão responsável para o desenvolvimento de pesquisas científicas.

### 2.3.2 Estação Ecológica

A Estação Ecológica é a denominação dada aos espaços destinados à pesquisa científica voltada à preservação da natureza, e para o desenvolvimento de estudos em direito do ambiente, sendo admitidas a pesquisa e a visitação pública de fins educacionais.

Assim como nas reservas biológicas, as áreas de Estação Ecológica são de posse e domínios públicos, devendo ser desapropriadas as áreas privadas nelas incluídas. Do mesmo modo, a intervenção humana apenas é permitida nos casos de restauração de ecossistema alterado e manejo de espécie com vistas à conservação da biodiversidade.

Embora apresente características semelhantes, a Estação Ecológica difere da Reserva Biológica em razão do grau de preservação.

De acordo com a Lei nº 6.902, de 27 de abril de 1981<sup>50</sup>, que dispõe sobre a criação de Estações Ecológicas, no mínimo noventa por cento da área de cada Estação Ecológica, deve ser destinada à proteção integral da biota em caráter permanente.

50 BRASIL. *Lei nº 6.902*, de 27 de abril de 1981. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6902.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6902.htm)>. Acesso em: 27 maio 2012.



Nessa categoria de unidade de conservação não é permitida a presença humana permanente, sob pena de ocasionar a perda do objetivo da unidade.

A esse respeito, cuidou a Lei nº 9.985, de 2000, de estabelecer orientações voltadas para a retirada das populações tradicionais, eventualmente existentes nesses territórios, por meio de política de reassentamento fora dos limites da área de conservação integral, em local e condições acordadas, sem olvidar do direito à indenização e compensação pelas benfeitorias porventura existentes.

### **2.3.3 Parque Nacional**

Dentre as unidades de preservação, esta é a forma mais antiga de criação de área de preservação, tanto no Brasil como no resto do mundo.

No Brasil, no início do Século XX já se defendia a criação do Parque Nacional de Itatiaia, no Rio de Janeiro, o qual veio a ser fundado em 1937, por meio do Decreto nº 2.713, cujo objetivo foi incentivar a pesquisa científica, além de oferecer lazer às populações urbanas.

Sem fazer menção direta ao termo “parque”, a Constituição de 1934 é considerada pioneira no assunto, e estabeleceu em seu artigo 10, inciso III, a competência concorrente da União, Estados e Municípios quanto à proteção das belezas naturais e dos monumentos históricos e artísticos.

Os Parques Nacionais são criados com o objetivo de preservar ecossistemas naturais de grande relevância ecológica e beleza cênica. Nos seus limites, permitem o desenvolvimento de pesquisas científicas, des-

de que previamente autorizadas, atividades de educação e interpretação ambiental, recreação em contato com a natureza e turismo ecológico. Todavia, é vedada a exploração econômica de seus recursos naturais.

O espaço territorial destinado ao abrigo do Parque é de posse e domínio público, sendo, portanto, indisponível e inalienável.

### **2.3.4 Monumentos Naturais (MONAT)**

São unidades de conservação de proteção integral que objetivam proteger sítios naturais raros, singulares ou de grande beleza cênica. Essa espécie de UC pode ser estabelecida em propriedade de domínio público ou privado. Nesse último caso, há de se verificar a existência de compatibilização entre os objetivos da unidade e o uso da terra e recursos naturais do local por parte proprietários.

Se houver incompatibilidade ou não anuência do proprietário às imposições do órgão de administração da unidade, a propriedade particular deve ser desapropriada.

Vale destacar que, assim como as demais unidades de proteção integral, a visitação e pesquisa científica se sujeitam às regras instituídas pelo órgão responsável por sua administração ou em regulamento.

### **2.3.5 Refúgio de Vida Silvestre (RVS)**

Segundo a Lei do SNUC, o Refúgio de Vida Silvestre se presta à proteção dos ambientes naturais em que sejam garantidas as condições



necessárias à existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória<sup>51</sup>.

Tal qual o Monumento Natural, o Refúgio de Vida Silvestre pode ser estabelecido em áreas pública ou particular, desde que, nesse último caso, haja compatibilização entre os objetivos da unidade e as atividades privadas. Do contrário, deverá ser desapropriada a propriedade privada. Outra semelhança com o MONAT refere-se à admissão de visitação pública e pesquisa científica, as quais se sujeitam às normas estabelecidas pelo órgão de administração da unidade e pelo regulamento.

## 2.4 Unidades de Conservação de Uso Sustentável

As Unidades de Conservação de Uso Sustentável, como o próprio nome sugere, buscam compatibilizar o uso racional de parte dos recursos naturais com a preservação do ambiente natural.

Esse modelo de unidade de conservação permite a presença de populações tradicionais, e tem como função a conciliação entre o desenvolvimento econômico-social destas e a preservação da natureza, por isso são denominadas de “uso sustentável”.

A Unidade de Conservação de Uso Sustentável subdivide-se em sete categorias, são elas: Áreas de Proteção Ambiental (APA), Floresta Nacional (FLONA), Reserva de Fauna (REFAU), Reserva Extrativista (RESEX), Reserva do Desenvolvimento Sustentável

51 BRASIL. *Lei nº 9.985*, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm). Acesso em: 27 maio 2012: Art. 13. O Refúgio de Vida Silvestre tem como objetivo proteger ambientes naturais onde se asseguram condições para a existência ou reprodução de espécies ou comunidades da flora local e da fauna residente ou migratória.

(RDS), Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN), Áreas de Relevante Interesse Ecológico (ARIE).

### 2.4.1 Áreas de Proteção Ambiental (APA)

As Áreas de Proteção Ambiental, em geral, são áreas extensas destinadas ao desenvolvimento sustentável, com determinado grau de ocupação humana. Essas unidades são constituídas em terras públicas ou particulares, sejam no âmbito federal, estadual ou municipal<sup>52</sup>.

É sabido que em algumas dessas áreas permite-se o desenvolvimento de atividades econômicas, desde que pautadas no respeito e na proteção ao ambiente natural, assim como na manutenção da qualidade de vida e bem-estar da população humana local.

Essa categoria de unidade de conservação tem por finalidade proteger a biodiversidade, cuidando da ocupação humana com base na sustentabilidade do manejo e utilização dos recursos naturais.

Quando constituída em área pública, o órgão responsável por administrar a APA é quem estabelecerá as exigências de uso para visitação pública e pesquisa científica. Todavia, sendo instituída em área de domínio particular, caberá ao proprietário, observadas as exigências legais, estabelecer essas condições de uso.

52 Cf. BRASIL. *Lei nº 9.985*, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm). Acesso em: 27 maio 2012: Art 9º São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: [...] VI – a criação de espaços territoriais especialmente protegidos pelo Poder Público federal, estadual e municipal, tais como áreas de proteção ambiental, de relevante interesse ecológico e reservas extrativistas; [...].



## 2.4.2 Floresta Nacional (FLONA)

A Floresta Nacional é uma espécie de Unidade de Conservação de Uso Sustentável instituída em área de posse e domínio públicos, com cobertura vegetal de espécies predominantemente nativas com vistas à sua preservação e uso sustentável dos recursos florestais para a pesquisa científica por meio de métodos racionais de exploração.

Relevante destacar que as terras particulares incluídas dentro dos limites da Floresta Nacional devem ser desapropriadas.

Sendo criadas no âmbito dos estados e municípios, essas UCs são denominadas de Floresta Estadual e Floresta Municipal, respectivamente.

O conceito e objetivos da Floresta Nacional estão expressos no Decreto Federal nº 1.298, de 27 de outubro de 1994<sup>53</sup>, basicamente direcionados à preservação e manejo dos recursos naturais, proteção dos recursos hídricos, belezas cênicas e sítios arqueológicos, além de finalidades científicas e de lazer.

Um aspecto relevante desse tipo de unidade de conservação refere-se ao fato de ser expressamente admitida a permanência de populações tradicionais que porventura existam ao tempo de sua criação, observadas as disposições regulamentares e Plano de Manejo<sup>54</sup>.

53 BRASIL. *Decreto nº 1.298*, de 27 de outubro de 1994. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1298.htm)>. Acesso em 27 maio 2012: Art. 1º. As Florestas Nacionais (Flonas) são áreas de domínio público, providas de cobertura vegetal nativa ou plantada, estabelecidas com os seguintes objetivos: I. promover o manejo dos recursos naturais, com ênfase na produção de madeira e outros produtos vegetais; II. garantir a proteção dos recursos hídricos, das belezas cênicas, e dos sítios históricos e arqueológicos; III. fomentar o desenvolvimento da pesquisa científica básica e aplicada, da educação ambiental e das atividades de recreação, lazer e turismo. § 1º. Para efeito deste decreto consideram-se Flonas as áreas assim delimitadas pelo Governo Federal, submetidas à condição de inalienabilidade e indisponibilidade, em parte ou no todo, constituindo-se bens da União, administradas pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), sob a supervisão do Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal [...].

54 BRASIL. *Lei nº 9.985*, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/)

As Flonas admitem a visitação pública e pesquisa científica, desde que atendidas as condições de uso e manejo estabelecidas por seu órgão administrador.

Segundo a legislação de regência, a Flona disporá de um Conselho Consultivo, o qual será presidido por seu órgão gestor, e também constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e, quando for o caso, das populações tradicionais nela residentes.

### **2.4.3 Reserva de Fauna (REFAU)**

Define-se como Reserva de Fauna a área natural de posse e domínio públicos com populações de animais de espécies nativas, terrestres ou aquáticas, residentes ou migratórias.

As áreas particulares localizadas dentro dos limites da Reserva de Fauna devem ser desapropriadas.

A visitação pública na Reserva de Fauna é admitida, desde que compatível com o manejo da unidade, observadas as normas estabelecidas por seu órgão gestor.

Imperioso destacar a proibição da caça amadorística ou profissional nos limites da Reserva de Fauna.

---

L9985.htm>. Acesso em: 27 maio 2012: Art. 17. [...] § 2º Nas Florestas Nacionais é admitida a permanência de populações tradicionais que a habitam quando de sua criação, em conformidade com o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade. Dec. nº 1.298/94: Art. 8º. O Ministério do Meio Ambiente e da Amazônia Legal regulamentará a forma pela qual poderá ser autorizada a permanência, dentro dos limites das Flonas, de populações tradicionais que comprovadamente habitavam a área antes da data de publicação do respectivo decreto de criação.



A comercialização dos produtos e subprodutos resultantes das pesquisas rege-se na forma prevista nas leis sobre fauna e regulamentos. Embora pertença ao grupo das Unidades de Conservação de Uso Sustentável, as Reservas de Fauna, por suas características, mais se assemelham às Unidades de Conservação de Proteção Integral voltadas à pesquisa científica.

#### **2.4.4 Reserva Extrativista (RESEX)**

Com o escopo de assegurar a cultura e os meios de vida, bem como para assegurar o uso sustentável dos recursos naturais, o Poder Público, por meio da Reserva Extrativista, cede às populações extrativistas tradicionais o uso de áreas de posse e domínio público para a exploração racional. As áreas privadas localizadas dentro dos limites dessa unidade de conservação devem ser desapropriadas.

A Reserva Extrativista é gerida por um Conselho deliberativo, presidido pelo órgão gestor da unidade e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e pelas populações tradicionais, na forma disposta em regulamento e respectivo ato de criação.

Nesse tipo de unidade de conservação também se admite a pesquisa científica e a visitação pública, as quais dependem de prévia autorização do órgão administrador da unidade e compatibilidade com os objetivos do local, respectivamente.

Por sua vez, é proibida a caça amadora ou profissional. A exploração de recursos minerais e a exploração comercial de recursos madeireiros também são vedadas, salvo, nesse último caso, em que se admite a exploração com bases sustentáveis e em situações excepcionais, complementares às demais atividades desenvolvidas pela unidade de conservação.

Assim, as populações extrativistas que tradicionalmente ocupam a área de Reserva Extrativista se encontram habilitadas a nela praticar, de acordo com o respectivo Plano de Manejo, as atividades indispensáveis à sua existência.

### **2.4.5 Reservas de Desenvolvimento Sustentável (RDS)**

Reservas de Desenvolvimento Sustentável são áreas naturais, de domínio público, que albergam populações tradicionais, cuja perpetuação baseia-se na utilização de mecanismos sustentáveis de exploração dos recursos naturais desenvolvidos ao longo de gerações. Tais mecanismos tradicionais de manejo são compatíveis com as condições ecológicas locais e desempenham papel de fundamental importância à conservação da natureza e manutenção da biodiversidade.

A RDS busca, concomitantemente, preservar a natureza e garantir as condições e meios necessários à reprodução e a melhoria dos modos e qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais, além de valorizar, preservar e aprimorar as técnicas sustentáveis de manejo dos recursos ambientais desenvolvidos por essa população<sup>55</sup>.

A gerência da RDS é realizada por um Conselho Deliberativo, presidido pelo órgão responsável por administrar a unidade e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e das populações tradicionais locais.

55 BRASIL. *Lei nº 9.985*, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm). Acesso em: 27 maio 2012: Art. 20. [...] § 1º A Reserva de Desenvolvimento Sustentável tem como objetivo básico preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais, bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente, desenvolvido por estas populações.

A pesquisa científica voltada à conservação da natureza é permitida e incentivada, contudo, deve ser previamente autorizada pelo órgão responsável.

Igualmente, a visitação pública é consentida e incentivada, observada a compatibilidade com o interesse e objetivo locais e Plano de Manejo.

Observado o zoneamento, as exigências legais e disposições constantes no Plano de Manejo, admite-se a exploração sustentável dos componentes dos ecossistemas naturais e substituição da cobertura vegetal natural por espécies cultiváveis.

#### **2.4.6 Reserva Particular do Patrimônio Natural (RPPN)**

Instituída em área privada, a Reserva Particular do Patrimônio Natural destina-se à preservação da diversidade biológica. As áreas privadas são gravadas com perpetuidade na matrícula do imóvel perante o respectivo Cartório de Registro de Imóveis, averbando-se o termo de compromisso firmado no órgão ambiental quando verificada a existência de interesse público<sup>56</sup>.

A RPPN permite tão somente o desenvolvimento de pesquisas científicas e visitação pública com objetivos educacionais, recreativos e turísticos, ou seja, não admite exploração sustentável dos recursos naturais. Por essa razão, há quem entenda ser errônea a classificação dessa unidade como sendo de “Uso Sustentável”, haja vista apresentar características típicas de Unidade de Conservação de Proteção Integral.

56 BRASIL. *Lei nº 9.985*, de 18 de julho de 2000, *loc. cit.*: Art. 21. A Reserva Particular do Patrimônio Natural é uma área privada, gravada com perpetuidade, com o objetivo de conservar a diversidade biológica. § 1º O gravame de que trata este artigo constará de termo de compromisso assinado perante o órgão ambiental, que verificará a existência de interesse público, e será averbado à margem da inscrição no Registro Público de Imóveis.

Nos termos da Lei nº 9.985, de 2000, o Plano de Manejo deve ser elaborado pelos proprietários das Reservas Particulares do Patrimônio Natural.

Sempre que possível e oportuno, os órgãos integrantes do SNUC deverão prestar orientação técnica e científica aos proprietários para a confecção do Plano de Manejo ou de Proteção e Gestão da unidade<sup>57</sup>.

### 2.4.7 Áreas de Relevante Interesse Ecológico (ARIE)

As Áreas de Relevante Interesse Ecológico são porções territoriais de pequena extensão que abrigam espécies raras da fauna e flora regional ou extraordinárias características naturais. Podem ser instituídas em terras públicas ou privadas. Relevante salientar que as propriedades privadas localizadas no interior da unidade de conservação podem vir a sofrer restrições quanto à sua utilização, observados os limites constitucionais.

O objetivo dessas unidades é a conservação dos ecossistemas naturais de relevância regional ou local, além de buscar a compatibilização do uso admissível dessas áreas com a preservação da natureza.

A ocupação humana é admitida nessas áreas. Todavia, esta deve ser compatível com os objetivos finalísticos da unidade.

57 BRASIL. *Lei nº 9.985*, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm). Acesso em: 27 maio 2012: Art. 21 [...] § 3º Os órgãos integrantes do SNUC, sempre que possível e oportuno, prestarão orientação técnica e científica ao proprietário de Reserva Particular do Patrimônio Natural para a elaboração de um Plano de Manejo ou de Proteção e de Gestão da unidade.



## 2.5 Unidades de Conservação e a presença humana

Em artigo recentemente publicado, Nurit Bensusam<sup>58</sup>, uma das mais respeitadas ambientalistas do Brasil, observa que “86% das áreas protegidas da América do Sul são habitadas ou têm seus recursos utilizados pelas populações de seu entorno”, o que constitui, segundo ela, perversidade e perda para quem preserva a biodiversidade de suas terras.

Hodiernamente não se vislumbra a preservação efetiva dos processos geradores e mantenedores da biodiversidade sem que haja a combinação homem-natureza. Acredita-se que essa junção seja a força motriz para a criação de estratégias eficazes de preservação condizentes com a atualidade<sup>59</sup>.

### 2.5.1 As populações tradicionais e os povos indígenas

A expressão ‘populações tradicionais’, embora frequentemente citada na legislação ambiental, não possui conceito legal expresso.

Todavia, entende-se que a definição de culturas e populações tradicionais ultrapassa a simples noção de união por similaridade e identidade étnica, consistindo na relação estreita do ser humano e natureza,

58 BENSUSAN, Nurit. Terras indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, p. 70.

59 Cf. CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; ALMEIDA, Mauro. *Populações tradicionais e conservação*. In: SEMINÁRIO DE CONSULTA: AVALIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DE AÇÕES PRIORITÁRIAS PARA A CONSERVAÇÃO, USO SUSTENTÁVEL E REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA BIODIVERSIDADE DA AMAZÔNIA BRASILEIRA. Macapá: Pronabio/MMA, 1999. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/sem/amazonia/macapa/doc.htm>>. Acesso em: 27 set. 2012: Há o fato de que, com a participação das populações tradicionais na conservação dos recursos, haverá muito mais áreas preservadas. No caso brasileiro, ao lado da conservação realizada nas unidades de conservação de uso indireto, as áreas ocupadas por grupos indígenas e por populações tradicionais ampliam consideravelmente as áreas conservadas.

cujas atividades de produção são voltadas principalmente à subsistência que, desenvolvidas por técnicas adquiridas e repassadas tradicionalmente ao longo dos anos ou por novas práticas, se descobrem importantes à conservação e uso sustentável dos recursos naturais<sup>60</sup>.

De acordo com o entendimento do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente (IBAMA)<sup>61</sup> “a ideia de Populações Tradicionais está essencialmente ligada à preservação de valores, de tradições, de cultura.”

As populações tradicionais têm se mostrado favoráveis à preservação dos recursos naturais, até mesmo porque elas dependem direta ou indiretamente destes, seja para assegurar sua sobrevivência ou mesmo para ressaltar sua legitimidade diante do Estado.

Apesar de apresentarem características similares às populações tradicionais, tais como os caiçaras, jangadeiros, seringueiros, ribeirinhos e caboclos, os indígenas não foram referenciados expressamente na Lei do SNUC, posto se tratar de uma categoria ainda mais restrita, com direitos alçados a patamar constitucional e regulamentados em legislação especial.

A exemplo disso, tem-se que as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas decorrem do direito originário reconhecido constitucionalmente, ao passo que os direitos territoriais das populações tradicionais se baseiam numa espécie de pacto ou contrato entre estes e a nação, materializado por meio de leis e regulamentos que concedem o uso e o plano de manejo desse uso.

60 Cf. *Ibidem*: [...] são populações tradicionais aquelas que aceitam as implicações da definição legal que exige o “uso sustentável de recursos naturais” – seja conforme práticas transmitidas pela tradição, seja por meio de novas práticas. [...] “população tradicional” é uma categoria ocupada por sujeitos políticos, que se dispõem a ocupá-la, comprometendo-se com certas práticas associadas a noção de uso sustentável.

61 BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). *Reservas extrativistas: populações tradicionais*. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/resex/pop.htm>>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.



## 2.5.2 Unidades de Conservação e terras indígenas

A legislação brasileira não inclui as reservas indígenas dentre as áreas de conservação ambiental, ainda que seja de reconhecimento científico e do público sua funcionalidade na preservação do bioma da Amazônia. Entretanto, não veda, em diversas situações, a sobreposição de uma pela outra.

Sobrepor certas unidades de conservação a reservas indígenas, *a priori* não parece ser uma ação inconsistente ou contraditória, desde que não implique restrições aos direitos fundamentais dos índios. Entretanto, sobrepor determinadas unidades de preservação sobre reservas indígenas, no contexto do atual sistema de unidades de conservação, pode provocar tensões e conflitos entre indigenistas, ambientalistas, cientistas, extrativistas e com o próprio poder público, seja em razão do fluxo turístico, do extrativismo, de pesquisa científica etc.

A conflituosa matéria foi objeto de regulamentação pela Lei nº 9.985, de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), da qual resultou a determinação de que, em cento e oitenta dias contados da sua vigência, os órgãos federais responsáveis pela execução das políticas ambiental e indigenista deveriam propor as diretrizes para regularização das superposições entre áreas indígenas e Unidades de Conservação<sup>62</sup>.

62 Cf. RAMOS, Adriana. O GT do Conama: aquele que foi sem nunca ter sido. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, pp. 16-24: É o caso, por exemplo, da situação do Parque Nacional do Araguaia, que está superposto, dentre outras, à Terra Indígena Inãwebohoná, de ocupação tradicional dos povos indígenas Javaé e Karajá. Em 2001, ao expedir a Portaria declarando oficialmente os limites daquela Terra, o ministro da Justiça José Gregori determinou à Funai que elaborasse um plano de proteção ambiental dos seus recursos naturais, condição indispensável para que a Terra Indígena pudesse ser demarcada e posteriormente homologada. Índios e Ibama vinham há muito se desentendendo na região, os primeiros insatisfeitos com o fato de que funcionários do Ibama pretendiam impedir que eles usufruíssem do seu direito ao usufruto exclusivo dos recursos naturais existentes em suas terras, enquanto que o Ibama por sua vez alegava temer a exploração desregulada dos recursos do Parque, em especial da pesca, o que poderia causar danos ambientais irreversíveis. A determinação ministerial, que foi baixada visando permitir a solução para o problema da superposição com o Parque Nacional do Araguaia,

As terras e reservas indígenas, conforme anteriormente consignado, constituem-se em direito originário dos índios, assim garantido pelo art. 231 da Constituição Federal, ficando ao encargo da Administração apenas a identificação e demarcação dessas áreas, diferentemente do que ocorre com unidades de proteção ambiental, que devem ser criadas por ato administrativo, dentro de critérios científicos, resguardado o devido processo legal.

Apesar de a Lei nº 9.985, de 2000, estabelecer incompatibilidade entre terras indígenas e reserva biológica ou estação ecológica<sup>63</sup>, seria

parece não ter sido cumprida até hoje, tendo se agravado de lá para cá os conflitos envolvendo índios, servidores do Ibama e da Funai naquela área. (...) Outra situação que bem demonstra a falta de seriedade com que o problema é tratado nas esferas públicas é a da superposição entre a terra dos índios Enawênê Nawê, situada no oeste do estado do Mato Grosso, e a Estação Ecológica Iquê, criada em 1981, ao tempo da antiga Secretaria Especial do Meio Ambiente (Sema). Em 1996, a Terra Indígena teve a sua demarcação homologada por um decreto do presidente Fernando Henrique Cardoso. Este decreto trazia um artigo revogando o ato de criação da Estação Ecológica Iquê em razão da sua superposição com a Terra Indígena mencionada. O fato gerou os mais variados protestos, já que muitos entendiam que só uma lei votada e aprovada pelo Congresso poderia revogar a criação de uma Unidade de Conservação. Embora o argumento não se aplique quando se trata da superposição com Terras Indígenas, em razão da nulidade dos atos que incidam sobre estas, o fato é que o artigo revogando o ato de criação daquela unidade foi, de certo modo, incluído no decreto homologatório de forma maliciosa, quase às escondidas, como muitas vezes se faz na edição de atos legais no Brasil. Em outras palavras, não houve, como seria de se esperar, um processo de discussão envolvendo o Ministério da Justiça, a Funai, o Ministério do Meio Ambiente e o Ibama, que culminasse com o entendimento de que haveria a prevalência da figura jurídica da Terra Indígena sobre a Unidade de Conservação em questão. E como isso não aconteceu, tratou-se apenas de mais um episódio de disputa entre os setores da burocracia estatal, que vez por outra se deliciam em aplicar pequenos lances de esperteza entre si. E o fato é que se cria impasse sobre impasse, dando a impressão de uma brincadeira que não tem hora para acabar.

- 63 BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm). Acesso em: 27 maio 2012: Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. [...] Art. 9º A Estação Ecológica tem como objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas. § 1º A Estação Ecológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei. § 2º É proibida a visitação pública, exceto quando com objetivo educacional, de acordo com o que dispuser o Plano de Manejo da unidade ou regulamento específico. § 3º A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento. § 4º Na Estação Ecológica só podem ser permitidas alterações dos ecossistemas no caso de: I – medidas que visem a restauração de ecossistemas modificados; II – manejo de espécies com o fim de preservar a diversidade biológica; III – coleta de componentes dos ecossistemas com finalidades científicas; IV – pesquisas científicas cujo impacto sobre o ambiente seja maior do que aquele causado pela simples observação ou pela coleta controlada de componentes dos ecossistemas, em uma área correspondente a no máximo três por cento da extensão total da unidade e até o limite de um mil e quinhentos hectares. Art. 10. A Reserva Biológica tem como objetivo a preservação integral da biota e demais atributos naturais existentes em seus limites, sem interferência humana direta ou modificações ambientais, excetuando-se as medidas de recuperação de seus ecossistemas alterados e as ações de manejo necessárias para recuperar e reservar o equilíbrio natural, a diversidade biológica e os processos ecológicos naturais. § 1º A Reserva Biológica é de posse e domínio públicos, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites serão desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei. § 2º É proibida a visitação pública, exceto aquela com objetivo educacional, de acordo com regulamento específico. § 3º A pesquisa científica depende de autorização prévia do órgão responsável pela administração da unidade e está sujeita às condições e restrições por este estabelecidas, bem como àquelas previstas em regulamento.

teoricamente possível a superposição, por meio de administração compartilhada, com as demais espécies de unidades de conservação<sup>64</sup> de proteção integral (parque nacional, monumento natural e refúgio de vida silvestre) e de uso sustentável (área de proteção ambiental, área de relevante interesse ecológico, floresta nacional, reserva extrativista, reserva de fauna e reserva de desenvolvimento sustentável)<sup>65</sup>.

As restrições deveriam ser exceções ao princípio geral de interação das populações tradicionais com as áreas de conservação, traduzido nos arts. 18 e 20 da Lei nº 9.985, de 2000<sup>66</sup>, em que há expressa disposição

64 BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, *loc. cit.*: Art. 8º O grupo das Unidades de Proteção Integral é composto pelas seguintes categorias de unidade de conservação: I – Estação Ecológica; II – Reserva Biológica; III – Parque Nacional; IV – Monumento Natural; V – Refúgio de Vida Silvestre.

65 BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000. *loc. cit.*: Art. 14. Constituem o Grupo das Unidades de Uso Sustentável as seguintes categorias de unidade de conservação: I – Área de Proteção Ambiental; II – Área de Relevante Interesse Ecológico; III – Floresta Nacional; IV – Reserva Extrativista; V – Reserva de Fauna; VI – Reserva de Desenvolvimento Sustentável; e VII – Reserva Particular do Patrimônio Natural.

66 BRASIL. Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, *loc. cit.*: Art. 18. A Reserva Extrativista é uma área utilizada por populações extrativistas tradicionais, cuja subsistência baseia-se no extrativismo e, complementarmente, na agricultura de subsistência e na criação de animais de pequeno porte, e tem como objetivos básicos proteger os meios de vida e a cultura dessas populações, e assegurar o uso sustentável dos recursos naturais da unidade. § 1º A Reserva Extrativista é de domínio público, com uso concedido às populações extrativistas tradicionais conforme o disposto no art. 23 desta Lei e em regulamentação específica, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei. § 2º A Reserva Extrativista será gerida por um Conselho Deliberativo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e das populações tradicionais residentes na área, conforme se dispuser em regulamento e no ato de criação da unidade. § 3º A visitação pública é permitida, desde que compatível com os interesses locais e de acordo com o disposto no Plano de Manejo da área. § 4º A pesquisa científica é permitida e incentivada, sujeitando-se à prévia autorização do órgão responsável pela administração da unidade, às condições e restrições por este estabelecidas e às normas previstas em regulamento. § 5º O Plano de Manejo da unidade será aprovado pelo seu Conselho Deliberativo. § 6º São proibidas a exploração de recursos minerais e a caça amadorística ou profissional. § 7º A exploração comercial de recursos madeireiros só será admitida em bases sustentáveis e em situações especiais e complementares às demais atividades desenvolvidas na Reserva Extrativista, conforme o disposto em regulamento e no Plano de Manejo da unidade. [...] Art. 20. A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é uma área natural que abriga populações tradicionais, cuja existência baseia-se em sistemas sustentáveis de exploração dos recursos naturais, desenvolvidos ao longo de gerações e adaptados às condições ecológicas locais e que desempenham um papel fundamental na proteção da natureza e na manutenção da diversidade biológica. § 1º A Reserva de Desenvolvimento Sustentável tem como objetivo básico preservar a natureza e, ao mesmo tempo, assegurar as condições e os meios necessários para a reprodução e a melhoria dos modos e da qualidade de vida e exploração dos recursos naturais das populações tradicionais, bem como valorizar, conservar e aperfeiçoar o conhecimento e as técnicas de manejo do ambiente, desenvolvido por estas populações. § 2º A Reserva de Desenvolvimento Sustentável é de domínio público, sendo que as áreas particulares incluídas em seus limites devem ser, quando necessário, desapropriadas, de acordo com o que dispõe a lei. § 3º O uso das áreas ocupadas pelas populações tradicionais será regulado de acordo com o disposto no art. 23 desta Lei e em regulamentação específica. § 4º A Reserva de Desenvolvimento Sustentável será gerida por um Conselho Deliberativo, presidido pelo órgão responsável por sua administração e constituído por representantes de órgãos públicos, de organizações da sociedade civil e das populações tradicionais residentes na área, conforme se dispuser em regulamento e no ato de criação da unidade. § 5º As atividades desenvolvidas na Reserva de Desenvolvimento Sustentável obedecerão às seguintes condições: I – é

sobre reservas extrativistas e de desenvolvimento sustentável, e a remissão indireta à legislação indigenista.

A criação das UCs é importante para a preservação ambiental e pesquisa científica, mas é preciso atentar para o fato de que somente dois vírgula zero três por cento do território brasileiro está protegido por essas áreas, o que representa, segundo Paulo Cezar Mendes Ramos, “pouca influência na manutenção de processos ecológicos que operam em maior escala, como clima, balanço de carbono, dentre outros”<sup>67</sup>.

As terras e reservas indígenas, como reiteradamente defendido nessa abordagem, devem ser tratadas como áreas de preservação ambiental, tendo em conta que possuem regulamentação específica na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional (princípio da especialidade), daí a desnecessidade de incluí-las no tratamento geral das unidades de conservação, cuja lei é omissa em relação aos povos indígenas.

Nurit Bensusan<sup>68</sup> também entende que houve omissão proposital por conta da exclusão do instituto da Reserva Indígena dos Recursos Naturais (uma nova espécie de unidade de conservação) quando da votação do projeto da lei nº 9.985, de 2000.

---

permitida e incentivada a visitação pública, desde que compatível com os interesses locais e de acordo com o disposto no Plano de Manejo da área; II – é permitida e incentivada a pesquisa científica voltada à conservação da natureza, à melhor relação das populações residentes com seu meio e à educação ambiental, sujeitando-se à prévia autorização do órgão responsável pela administração da unidade, às condições e restrições por este estabelecidas e às normas previstas em regulamento; III – deve ser sempre considerado o equilíbrio dinâmico entre o tamanho da população e a conservação; e IV – é admitida a exploração de componentes dos ecossistemas naturais em regime de manejo sustentável e a substituição da cobertura vegetal por espécies cultiváveis, desde que sujeitas ao zoneamento, às limitações legais e ao Plano de Manejo da área. § 6º O Plano de Manejo da Reserva de Desenvolvimento Sustentável definirá as zonas de proteção integral, de uso sustentável e de amortecimento e corredores ecológicos, e será aprovado pelo Conselho Deliberativo da unidade.

67 RAMOS, Paulo Cezar Mendes. A importância das unidades de conservação de proteção integral e as comunidades Pataxó no extremo-sul da Bahia. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, p. 198.

68 BENSUSAN, Nurit. Terras indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, p. 71.



A vontade expressa da Constituição, advinda da leitura transversal dos diversos dispositivos que tratam de meio ambiente e terras indígenas, permite essa conclusão e autoriza a conformação do corpo normativo infraconstitucional à supremacia do seu texto.

De outro lado, não é demais repisar que já tarda o estabelecimento de políticas públicas condizentes com a realidade que a toda hora causa perplexidades a ambientalistas e indigenistas e à própria comunidade brasileira e internacional. É preciso reconhecer a incipiência da atual legislação que ainda segrega e constrange os indígenas e as populações tradicionais do convívio com algumas das unidades de conservação ambiental.

Segundo o Instituto Socioambiental (ISA), o Brasil possui cinquenta e três Reservas Biológicas, quatro delas sobrepostas em terras indígenas:

- a) Reserva Biológica de Guaporé, situada no Estado de Rondônia, sobreposta à Terra Indígena de Massaco;
- b) Reserva Biológica Morro dos Seis Lagos, situada no Estado do Amazonas, sobreposta à Terra Indígena do Balaio;
- c) Reserva Biológica Sassafras, situada no Estado de Santa Catarina, sobreposta à Terra Indígena Ibirama-La Klãnô;
- d) Reserva Biológica Jarú, situada no Estado de Rondônia, sobreposta à Terra Indígena Igarapé Lourdes.

Além dessas quatro sobreposições de reservas biológicas, segundo os dados do V Encontro Nacional da Associação Nacional de Pós-Graduação e Pesquisa em Ambiente e Sociedade (ANPPAS)<sup>69</sup>, existem

69 Cf. BIRACHED, Carlos Felipe de Andrade; BRASIL, Daniel; SHIRAIISH, Juliana Costa. *Áreas Protegidas e Populações Tradicionais: conflitos e soluções*. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPPAS, 5. Florianópolis: Annpas, out. 2010. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro5/cd/artigos/GT16-437-404-20100831101029.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2012: Além dos dados estatísticos, é interessante anotar o relato sobre o caso dos Pataxós, na Mata

sobreposições de uma área de proteção ambiental, uma área de relevante interesse ecológico, cinco estações ecológicas, dezessete florestas nacionais, dezesseis parques nacionais e vinte reservas extrativistas.

A conclusão do V Encontro Nacional da ANPPAS aponta, acertadamente, para a proposta de gestão compartilhada em casos de sobreposição entre terras indígenas e unidades de conservação, aliás, tem sido essa a tônica, conforme se depende de diversos estudos publicados pelo Instituto Socioambiental<sup>70</sup>.

Sérgio Leitão<sup>71</sup> anota que a sobreposição de unidades de conservação em terras indígenas poderia ser resolvida com a adaptação jurídica

---

Atlântica baiana, que bem retrata a situação pela qual têm passado as populações indígenas frente a atos autoritários do Governo Federal, que busca equivocadamente uma política inadequada ao trato ambiental naquela e em outras regiões do país. É expressivo o número de sobreposição entre Terras Indígenas e UC Federais em todo o país. Um caso localizado no extremo sul da Bahia exemplifica este tipo de sobreposição, o conflito advindo com o estabelecimento de UCPI, no Bioma Mata Atlântica, em Terra Indígena ocupada pelo Povo Pataxó. Na região, foram estabelecidas duas UC: O Parque Nacional do Descobrimento (PND) e o Parque Nacional Monte Pascoal (PNMP), que se sobrepõem ao território indígena. O quadro abaixo resume a situação das terras de ocupação indígena do povo Pataxó, cuja soma total é menor que 15 mil hectares, pouco mais da metade do PNMP. Dessas, somente 2.043 hectares já foram registrados e homologados (T.I. Coroa Vermelha e T.I. Mata Medonha), embora há indicações de pleito por ampliação de limites. [...] O PNMP foi criado pelo Decreto nº 242, de 29/11/1961, com 22.500 hectares, para conservar uma amostra representativa dos ecossistemas de Mata Atlântica na transição entre o litoral e a floresta pluvial dos tabuleiros terciários, fomentar atividades de educação ambiental e proteger o Monte Pascoal, marco histórico do Brasil. Segundo Vianna (2004), os grupos indígenas foram aldeados compulsoriamente pelo governo da província baiana em 1861 na localidade conhecida como Barra Velha, o que atesta a presença dos indígenas há pelo menos cem anos antes da criação do PNMP. O fato suscita o questionamento de que, por ter sido ocupação indígena há mais de um século, a região foi poupada da exploração verificada em áreas não indígenas e, por isso, ainda se encontrava preservada, com atributos que justificavam a criação de uma UCPI. Os indígenas foram tidos como causadores de impactos ambientais na área, por influência de madeireiros, e, assim, os que não foram expulsos do parque ficaram com uma área de 210 hectares. Após anos de enfrentamento, a negociação entre o antigo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF) e a Funai gerou a criação da T.I. Barra Velha, em 1991, com apenas 8.627 hectares, deixando de fora diversas aldeias. O fato gerou a criação, em 1999, de um grupo de trabalho, mas cujo relatório não foi levado a termo. O povo Pataxó retomou o PNMP em agosto do mesmo ano e expulsou funcionários do Ibama do local. Em 2000 foi proposto um termo de acordo entre os Pataxós e o Governo Federal, mas, de acordo com Timmers (2004), ele foi assinado somente pelas populações indígenas. Dois anos depois, foi firmado um termo de cooperação técnica entre os ministérios do Meio Ambiente e Justiça, o Ibama e a Funai. De 2002 a 2005, na perspectiva da co-gestão do território, foram implementados projetos de fiscalização com participação dos Pataxós, educação ambiental, recuperação de áreas degradadas, segurança alimentar e sistemas agroflorestais. Um estudo antropológico sugeriu a ampliação da terra ocupada pelo povo Pataxó, publicado no Diário Oficial da União em 29/02/2008, para uma área de 52.748 ha. O relatório circunstanciado de revisão de limites da T.I. Barra Velha propõem uma área duas vezes e meia a área atual da UC e quase cinco vezes a área da T.I. Barra Velha. A proposta de revisão de limites ainda aguarda homologação do governo e sua aceitação é incerta.

70 INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (Brasil). *Povos indígenas no Brasil*. Disponível a partir de: <<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 25 set. 2012.

71 LEITÃO, Sérgio. Superposição de leis e de vontades: por que não se resolve o conflito entre terras indígenas e unidades de conservação? In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, pp. 16-24.

daquelas a essa nova realidade, de forma que corresponderiam à parcela da terra indígena destinada à preservação dos recursos ambientais.

Na mesma linha de entendimento, Nurit Bensusam insiste no tratamento infraconstitucional do tema e na adoção das políticas públicas adequadas, assinalando que:

Uma outra possibilidade, que ora se apresenta, é o desenvolvimento de um programa específico de conservação e uso dos recursos naturais nas Terras Indígenas. Tal programa já foi proposto ao Poder Público inúmeras vezes, mas, até o momento, não foi implementado. O programa está baseado nas seguintes linhas de atuação: 1) apoio a projetos de pesquisa científica com parcerias indígenas; 2) execução de etno-zoneamento de Terras Indígenas; 3) criação de Reservas Indígenas de Recursos Naturais; 4) promoção do uso econômico sustentável de recursos naturais; 5) recuperação de áreas degradadas ou reservas de recursos naturais em exaustão; 6) implementação de soluções negociadas para casos de sobreposições entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação.

Em anexo ao artigo, Bensusam apresenta um termo de referência do projeto para a formulação de um programa de proteção à biodiversidade e de apoio ao uso sustentável de recursos naturais em terras indígenas<sup>72</sup>,

72 BENSUSAN, Nurit. Terras indígenas: as primeiras unidades de conservação. Anexo: Termo de referência para a formulação de um programa de proteção à biodiversidade.... In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, pp. 73-75: **1ª etapa – Formulação de uma proposta preliminar**: Identificação preliminar de áreas prioritárias: • elaboração de uma lista qualificada das Terras Indígenas com pesquisas científicas já realizadas, a partir da análise detalhada dos resultados do seminário de avaliação de áreas e ações prioritárias para a conservação da biodiversidade nos biomas brasileiros, realizado no contexto do Pronabio, recuperando todas as indicações de áreas prioritárias, mesmo as não sobrepostas e excluídas do mapa final; • elaboração de uma lista qualificada de Terras Indígenas já priorizadas para a realização de pesquisas científicas, a partir de indicações do mesmo seminário e de publicações especializadas e de consultas eletrônicas ou telefônicas a instituições e pesquisadores; • qualificação dos casos de sobreposição de Terras Indígenas com Unidades de Conservação para a identificação de modalidades e casos potencialmente exemplares de soluções; • identificar área para projeto piloto de conservação de biodiversidade na Amazônia, de recuperação na Mata Atlântica e de conservação e recuperação no Cerrado e/ou na Caatinga, considerando os seguintes critérios: – prioridade para a conservação da biodiversidade; – interesse e compreensão das populações locais acerca do programa; – existência de organizações indígenas que possam com ou sem parcerias desenvolver o projeto. Elaboração dos critérios e metodologia para a realização da consulta: • definir comunidades e organizações em cada bioma que devem ser priorizados na consulta; • garantir que as comunidades em cujas terras há sobreposição com Unidades de Conservação sejam parte da consulta; • definir metodologias adequadas para o processo de

elaborado pelo ISA e enviado ao Ministério do meio Ambiente em 2003.

consulta; • preparar a logística da consulta; • elaborar mapas e materiais de apoio ao processo de consulta, tais como: – Terras Indígenas prioritárias, com pesquisas já realizadas, em realização ou programadas; – vetores de pressão sobre a biodiversidade em Terras Indígenas, com desmatamento, risco de fogo, exploração madeireira, mineração, eixos e outras variáveis relevantes; – localização das capitais e principais cidades de referência para as áreas prioritárias, e das universidades, centros de pesquisa e outras instituições potencialmente parceiras baseadas na região; – cobertura vegetal; – relatórios técnicos sobre sobreposições entre áreas com distintas destinações oficiais e sobre a extensão de Terras Indígenas por diferentes ecossistemas amazônicos associados ou coberturas florestais. ☒ Sugestões de formas de atuação do programa: • apoio a projetos de pesquisa científica com parcerias indígenas; • execução de etno-zoneamento de Terras Indígenas; • criação de Reservas Indígenas de Recursos Naturais; • promoção do uso econômico sustentável de recursos naturais; • recuperação de áreas degradadas ou reservas de recursos naturais em exaustão; • implementação de soluções negociadas para casos de sobreposições entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação. Sugestões de critérios de acesso de comunidades e organizações indígenas ao programa: • grau de prioridade para a conservação da biodiversidade; • regiões sob pressão de frentes predatórias; • etno-zoneamento como preliminar para algumas das outras formas de atuação; • nível de organização das comunidades interessadas; • parcerias existentes ou potenciais; • acompanhamento antropológico; • importância relativa da demanda para projetos futuros das comunidades interessadas. **2ª etapa – Processo de consultas e projetos-piloto** a) Consultas: Consulta direta aos povos nas Terras Indígenas: • visitas locais e reuniões regionais; • realização de oficinas em regiões consideradas prioritárias; • preparação de material informativo (revista, folheto etc.); • verificação das agendas das organizações indígenas que podem ser aproveitadas para o processo de consulta; • avaliação e priorização dos canais já existentes no PDPI e PPTAL e em outros projetos. Consulta a organizações, comunidades, organizações especializadas e instituições de pesquisa: • realização de um seminário em Manaus, reunindo as organizações indígenas (Coiab, CIR, CGTT, UNI-AC, Foirn, Apio, entre outras) para a discussão da proposta preliminar do programa, com o prévio envio do documento. Na pauta desse seminário, deve constar o breve relato de casos paradigmáticos feitos pelos atores envolvidos, que serão convidados para o evento; • convidar universidades, instituições de pesquisa científica (Inpa, Museu Emílio Goeldi, Probem, entre outras) e ONGs (ISA, CTI, Ipam, Imazon, entre outras) que desenvolvem pesquisas relacionadas à questão em tela, para o seminário em Manaus, com o envio prévio do documento, visando a identificação de parcerias institucionais para o programa; • realização de seminários nos outros biomas com o envio prévio da proposta, com a presença das entidades responsáveis pela consulta, representantes da Coiab, organizações especializadas e instituições de pesquisa, visando discutir a proposta preliminar do programa; • organização e animação de uma lista eletrônica de intercâmbio regular de informações relativas à formulação do programa; • formulação de uma proposta de rede orgânica de instituições de apoio interessadas em participar do programa. Consulta aos ministérios e órgãos federais envolvidos: • realização de reuniões técnicas nos órgãos (MJ, MMA, Ibama, Funai), com prévio envio da proposta preliminar; • realização de audiências com os dirigentes dos órgãos, para informá-los sobre o programa. b) Projetos pilotos: • uma vez as áreas identificadas, segundo os critérios acima descritos, implantar e monitorar os projetos; • documentar os resultados para subsidiar a formulação final do programa. **3ª etapa – Formulação final do programa** • reformulação da proposta preliminar, considerando os resultados das consultas e dos projetos-piloto; • definição de estimativas orçamentárias e de estratégia de financiamento do programa; • formulação de uma proposta de gestão para o programa; • indicação de estratégia de incorporação institucional do programa pelos órgãos oficiais competentes; • formulação de minutas para normas jurídicas ou administrativas para a implantação do programa; • realização de um seminário de apresentação da proposta final em Brasília, com a participação de representantes das organizações indígenas, instituições de apoio interessadas e órgãos federais competentes. **Estratégia de execução** • formulação da proposta de programa em um ano, incluindo consultas, pilotos e formulação final; • contratação de consultores para delinear o programa, as consultas e os projetos-piloto; • contratação de responsável pelo programa no âmbito do Ministério do Meio Ambiente; • designação de técnicos governamentais para acompanhar os trabalhos, inclusive o processo de consulta e os projetos-piloto, um da Funai e outro do MMA, na Amazônia e nos outros biomas; • designação de representantes locais da Funai e do MMA para acompanhar os trabalhos de consulta em campo; • contratação por um mês de outros três consultores (orçamento, gestão, normas legais) para apoiarem a etapa final de formulação do programa; • realização de seminários para discussão da proposta preliminar e avaliar os resultados da consulta aos índios e os resultados dos projetos pilotos; • realização de seminário em Brasília para apresentação da proposta final.



Em conclusão ao seu interessante estudo, anota Bensusam que:

As Terras Indígenas possuem um enorme potencial para a conservação dos recursos naturais e suas populações têm um importante papel na manutenção da biodiversidade brasileira. Qualquer estratégia eficiente de conservar e usar de forma sustentável a biodiversidade do país deve considerá-las. Enquanto isso não acontece, continuaremos perpetuando nossa própria perversidade, desconsiderando culturas ricas e diversas e sacrificando nossa rica diversidade biológica e social.

Falar em administração compartilhada e corredores ecológicos, portanto, não é utopia ou distorção do sistema jurídico. Isso o próprio Supremo já sinalizou. O equívoco, todavia, conforme anteriormente explicitado, está no direcionamento das políticas públicas, apegadas a uma visão inadequada, puritanamente egocêntrica, que segrega o homem da natureza, quando deveria integrá-lo, principalmente as populações tradicionais e os povos ameríndios que aqui chegaram há mais de onze milênios.

A incipiência de algumas políticas públicas tem seu ponto fraco sediado na instabilidade e contradição das decisões setoriais, criando situações de conflito em que não deveriam existir sequer dúvidas sobre as diretrizes a serem adotadas por cada ministério ou órgão público, o que acaba por ferir o princípio da eficiência do ato administrativo, conforme disposto no art. 37 da CF.

A concentração das decisões em matéria de política ambiental, agrária e fundiária em um único ministério, ao qual Nurit Bensusan e Henyo Barretto Filho propõem a denominação de Ministério da Gestão Territorial e dos Recursos Naturais, abarcando agências como IBAMA, FUNAI e INCRA, seria uma solução racional de cunho dialógico que traria avanços consideráveis na estabilidade do desenvolvimento das políticas

públicas mais adequadas para cada área, e com maior nível de harmonia e compatibilidades, evitando-se contradições desgastantes<sup>73</sup>. Um ministério dessa magnitude teria mais poder para o estabelecimento de um diálogo equilibrado com outros ministérios das áreas de infraestrutura, transportes e orçamento, o que muito facilitaria as políticas públicas em todas essas áreas.

### 2.5.4 O Parque Nacional do Xingu

O Parque Nacional do Xingu ou Parque Indígena do Xingu (PIX), localizado entre as bacias dos rios Araguaia, Xingu e Teles Pires, no Estado do Mato Grosso, na região amazônica, durante muitos anos ostentou o referencial de políticas indigenista e socioambiental bem sucedidas.

A ideia de criação do parque nasceu da visão futurista, respeitosa e fraternal dos irmãos Villas Boas, conforme anteriormente mencionado, de oferecer a diversas etnias um amplo território capaz de preservar seus costumes e tradições, sem isolamentos em relação a outras etnias, protegendo-os do intenso processo de ocupação naquela área de transição entre o cerrado e a floresta amazônica.

A área inicialmente proposta era dez vezes maior do que a demarcada, e mesmo assim, sua implantação e manutenção foi dramática, principalmente nos anos 70, em razão do fluxo migratório de colonos proporcionado pela construção das rodovias federais BR 163, BR 158 e BR 080, conforme dados do Instituto Socioambiental.

73 Cf. BENSUSAN, Nurit. Terras indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA. 2004, p. 71.

Essa abertura de fronteiras agrícolas ocasionou grande impacto ambiental na região, particularmente em relação ao Parque Nacional do Xingu, em decorrência das nascentes não terem sido abrangidas pela reserva.

Em 2011, o Instituto Socioambiental publicou um documentário sobre o Parque Nacional do Xingu, com importantes observações sobre a questão da falta de proteção das nascentes dos rios que cruzam a área, a poluição, o impacto ocasionado pela ocupação do entorno dessa terra indígena, bem como a dinâmica das dezesseis etnias que ali habitam:

Outro fator de vulnerabilidade do PIX é o fato das cabeceiras dos rios formadores do rio Xingu estarem localizadas fora dos seus limites. A calha do rio Xingu corta ao meio o Parque e este, por sua vez, acaba fazendo as vezes de um “ralo regional”. Todos os impactos negativos sobre os rios formadores – poluição por agrotóxicos, desmatamento e movimentação de terra que produz assoreamento – deságuam na calha do Xingu. Durante os anos 1990, a percepção das lideranças indígenas sobre a velocidade do processo de ocupação regional e sua ameaça a sítios de patrimônio cultural que não foram contemplados na demarcação do PIX estimulou um conjunto de novos pleitos territoriais. Dois deles, atendidos, resultaram nas Ti Wawi e Batovi, respectivamente dos Kisêdje e dos Waurá, homologadas em 1998. Em 2006, também os Naruvôtu conseguiram reaver parte do seu território, a TI Pequizal do Naruvoto. Dando curso a esse processo, atualmente os Ikpeng vêm se articulando para reivindicar parte de seu território tradicional na região do rio Jatobá, que ficou fora da demarcação. Os Waurá também estão negociando para que a região que chamam Kamukuaká, considerada sagrada e localizada numa fazenda vizinha ao Parque, seja transformada em área de preservação ambiental<sup>74</sup>.

74 Cf. VILLAS-BÔAS, André; JUNQUEIRA, Paulo. *Parque Indígena do Xingu: 50 Anos. Almanaque Socioambiental*. São Paulo: ISA, 2011, p. 26. Disponível a partir de: <<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

Os próprios índios xinguanos têm se dedicado a atividades de recuperação dessas áreas de nascentes e das matas ciliares por meio de um programa de colheita e preparo de sementes de árvores nativas da região para plantio nas zonas degradadas. Os números impressionam e dão as diretrizes para implementação de programas similares na Amazônia e em outras regiões do Brasil.

As mulheres índias se associaram e constituíram uma rede de sementes que denominaram *Yarang* (formiga que leva as sementes na cabeça, na língua *Ikepeng*), atividade que tem encontrado apoio, principalmente, do Instituto Socioambiental, que aperfeiçoou um projeto de manejo agroflorestal consistente na plantação mecanizada de florestas com o objetivo de reduzir os altos custos do sistema tradicional:

Mais de 53 toneladas de sementes já foram destinadas para os trabalhos de restauração realizados pelas instituições envolvidas na 'Y Ikatu Xingu, movimentando R\$ 459 mil e gerando renda para coletores indígenas e agricultores familiares. Em cinco anos de trabalho, pouco mais de 2.000 hectares de Áreas de Preservação Permanente e Reservas Legais em propriedades rurais de 21 municípios mato-grossenses foram colocados em processo de restauração por meio de regeneração natural, plantio de mudas e semeadura direta de sementes utilizando maquinários agrícolas, como calcareadeira e plantadeiras, comumente utilizados para o plantio de grãos, como soja e milho, e pasto. Além de possibilitar a restauração de grandes áreas, o custo do plantio de sementes fica até quatro vezes mais baixo que o plantio convencional de mudas. A lista de comercialização de sementes do Xingu tem mais de 200 espécies nativas da região, entre árvores, arbustos e cipós nativos do cerrado e da floresta. Atualmente, existem núcleos coletores de sementes em oito aldeias do PIX. Apenas no ano de 2010, os índios do Xingu entregaram mais de 600 quilos de sementes nativas para a rede<sup>75</sup>.

75 Cf. VILLAS-BOAS, André; JUNQUEIRA, Paulo. *Parque indígena do Xingu: 50 anos*. Almanaque Socioambiental. São Paulo: ISA, 2011, p. 262. Disponível a partir de: <<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 2 jun. 2012.



Os índios do PIX também monitoram a qualidade da água dos rios e efetivamente estão engajados nesse processo socioambiental, indispensável para a sobrevivência das etnias que habitam o parque e para a qualidade de vida na região.

As elogiáveis ações implementadas por eles trouxeram nova cultura para os povos da região, a ponto de influenciar municípios próximos ao Rio Xingu a implementarem programas de educação agroflorestal e a repensarem o planejamento territorial<sup>76</sup>.

Os relatos trazidos nessa substanciosa publicação demonstram ser possível a adoção de programas socioambientais liderados por comunidades indígenas, desde que recebam o necessário apoio governamental para prestarem esse relevante serviço ao planeta.

Diversas comunidades recebem auxílio do Governo Federal, principalmente os programas de bolsa alimentação destinados a famílias carentes, mas exigem do índio a presença em uma agência bancária para receber essa espécie de ajuda, o que se constitui em um indesejado incômodo, expondo tribos inteiras ao contato com a civilização.

O resultado de todo esse trabalho e do projeto bem sucedido é traduzido em emblemática imagem de satélite que destaca o Parque Nacional do Xingu como verdadeiro jardim, um oásis em meio a um Estado amplamente desmatado para o plantio de soja.

As ações mais incisivas destinam-se a recuperar os estragos ambientais e a poluição provocados pelos não índios, mas não se pode olvidar que estes também degradam o ambiente, ainda que em menor intensidade.

---

76 Cf. *Ibidem*, p. 265.

Patrícia Piazzaroli<sup>77</sup> destaca que a degradação praticada pelos povos indígenas geralmente é desencadeada pela omissão do Estado quanto à implementação dos direitos constitucionais desses povos, especialmente no que diz respeito a uma área de terras compatível com suas necessidades, para que não fiquem confinados em pequenas áreas inapropriadas, reféns das propostas econômicas dos depredadores, tais como garimpeiros, madeireiros etc.

## 2.6 Proteção ambiental das reservas indígenas

O direito dos índios brasileiros ao reconhecimento e delimitação de suas terras, além de ser um direito originário, pré-existente à chegada dos primeiros homens brancos, está alicerçado no princípio da dignidade humana e consiste em um direito fundamental social em sua inteireza, completo, segundo Robert Alexy<sup>78</sup>, razão pela qual não pode ser utilizado para o confinamento ou aldeamento de índios em terras resumidas e sem a amplitude de que necessitam para manter seu liame com a natureza e sua rica tradição de usos, costumes e cultura, assim como ocorreu em alguns casos na América do Norte, conforme notícia François Ost<sup>79</sup>.

77 PIAZZAROLI, Patrícia. *O conflito das sobreposições: terras indígenas e unidades de conservação*. Curitiba: CCJS/PUC-PR, 2007, p. 121. Disponível a partir de: <<http://www.biblioteca.pucpr.br>>. Acesso em: 7 out. 2012.

78 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 443.

79 OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, [1997], p. 392: Compreende-se que, nestas circunstâncias, as fontes de tensão se multipliquem; a rarefação dos recursos naturais e a degradação de meios de vida investidos por populações cada vez mais numerosas, geram riscos sérios de um novo gênero, os «conflitos verdes», cujos sinais precursores são anunciados por essas cortes de pessoas, errando à procura de um lugar onde estabelecer-se: os «refúgios ecológicos». Os Índios da América do Norte, ontem corridos das suas terras ancestrais e hoje encerrados em sinistras reservas, foram, sem dúvida, os primeiros representantes destas vítimas cio meio injusto. Hoje, são todas as Zonas fronteira cios meios degradados, de que falámos, que se tornaram em focos potenciais de violência; periferia das mega lópolis, fronteira das regiões em vias de desertificação, planícies situadas em contrabaixo de vertentes sobre exploradas (no Bangladesh, país fundamentalmente agrícola, mais de 60 por cento da população rural encontra-se hoje sem terras), e florestas voltadas à destruição. O assassinio de Chico Mendes que, na Amazônia, defendia os seringueiros (apanhadores de borracha) contra os grandes proprietários fazendeiros, é exemplo destes conflitos: de um lado, uma cultura tradicional, respeitadora do ambiente e fonte de subsistência para as populações locais, do outro, a intrusão de poderosos interesses econômicos, traduzindo-se pela destruição de centenas de milhares de hectares de florestas.



No Brasil, o Estatuto do Índio (Lei nº 6.001, de 1973) reconheceu, ainda na década de 70, esse direito fundamental dos povos indígenas, recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que estabeleceu prazo para a identificação e demarcação das reservas. Todavia, a mora governamental ainda perdura, ocasionada em grande parte pela resistência de grileiros, invasores, garimpeiros, madeireiros e pecuaristas que cobiçam as riquezas naturais dessas áreas.

O legislador constituinte, ao alçar esse direito fundamental ao patamar constitucional, não atuou como criador, apenas constitucionalizou um direito originário que os índios já exerciam antes mesmo da chegada dos homens brancos ao Continente<sup>80</sup>. Aliás, reconheceu uma dívida social e uma dramática situação de possibilidade de dano irreparável para esta e futuras gerações, seja pelo enfoque social, seja pela preocupação com o direito ao meio ambiente, muito acima do grau mais intenso de prevenção que geralmente norteia a tutela ambiental protetiva.

A vinculação do índio à floresta, aos rios e a terra onde habitam ou habitavam, como anteriormente mencionado, é uma ligação de equilíbrio, que vem dos primórdios, do homem em harmonia com a natureza, do homem que preserva e usa respeitosa e racionalmente seus recursos para a subsistência tribal.

O índio não aculturado, que vive na sociedade tribal de conformidade com os costumes ancestrais, descontextualizado do mundo capitalista, não depreda significativamente o meio ambiente, não utiliza dos recursos naturais com abuso, ao contrário, cuida de consumi-los

80 Cf. MAIA, Luciano Mariz; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Proteção às minorias no Direito brasileiro*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO. Brasília: CJF, 2001, pp. 66-67. Disponível a partir de: [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br). Acesso em: 12 jun. 2012: São específicos dos índios os direitos originários sobre as terras e sua ocupação tradicional, porque o direito originário significa que o Estado declara, reconhece a preexistência do direito à própria Constituição. O direito dos índios não derivada nossa Constituição, mas do fato de já estarem aqui quando os portugueses chegaram.

dentro de um contexto próprio de sustentabilidade, alternando suas áreas de caça e extrativismo para permitir uma recomposição cíclica desses recursos, conforme explicitado alhures, sem mencionar o rezeio do Anhangá e do Curupira<sup>81</sup>, mitos demoníacos que habitam, protegem a floresta e vivem na consciência do índio, num mundo mágico em que árvores, animais, peixes e outros elementos da natureza ganham vida no seu imaginário e com ele interagem, ampliando seu respeito por esses entes, como se fora um parente próximo.

Segundo o indigenista André Villas-Bôas:

[...] o mapa do desmatamento na Amazônia, divulgado em 2003 a partir de imagens de satélite produzidas pelo Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (Inpe), não deixa dúvidas quanto à relevância estratégica das Terras Indígenas (TIs) na proteção da biodiversidade. Sobretudo nas áreas mais pressionadas pelo processo de ocupação – norte do Mato Grosso, sul do Pará, Acre e oeste de Rondônia – as TIs vêm se tornando uma espécie de “oásis” de floresta<sup>82</sup>.

Essa necessidade de estarem integrados a um meio ambiente preservado, onde possam caçar, pescar e extrair raízes, sementes, folhas, madeira e fibras para o sustento, fabrico de utensílios, armas, enfeites e ferramentas, cria um liame indestrutível, uma extrema dependência e

81 Cf. A LENDA do anhangá. Recanto das Letras. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/1436255>>. Acesso em: 2 set. 2012: Significado e formas de aparição. Anhá-Angá, “anhang” do tupi-guarani. “Ang” significando Alma e “Anhá”, correr, ou seja, uma alma que corre. Pode ser traduzido por alma errante dos mortos, sombra, espírito ou, como fala o caboclo, visagem, que é o mesmo que espectro, fantasma e assombração. Anhangá é alma protetora das matas e, assim como o Curupira, é protetor de todos os animais. A ele parecem estar afetos o destino da caça e da pesca. Como alma é invisível, entretanto pode assumir diversas formas. As formas nas quais se apresenta depende para quem aparece. Para desesperar pescadores, por exemplo, surge como pirarucu-anhangá e jurará-anhangá duendes de pirarucu e tartaruga. Pode apresentar-se na forma de um pássaro (galinha do mato), macaco, morcego, rato etc. No fabulário da região norte encontra-se diferentes formas de sua presença: Mira-anhangá – visagem de gente; Tatu-anhangá – visagem de tatu; Suasu-anhangá – visagem de veado; Tapiira-anhangá – visagem de boi. A sua forma mais comum de aparição é como um portentoso veado branco, com chifres cobertos de pêlos, olhos de fogo e com uma cruz na testa.

82 VILLAS-BÔAS, André. Gestão e manejo em terras indígenas. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, p. 119.

harmonia, um direito subjetivo intocável<sup>83</sup> que merece integral proteção e preservação por parte do Estado, sob um prisma socioambiental que emerge de uma interpretação integrada da Constituição do Brasil, como dito alhures, uma interpretação fundamentada em princípios constitucionais, dentro da concepção de um nível mais elevado de proteção<sup>84</sup>, que se constitui na chave mestra para essa exegese constitucional.

Juliana Santilli<sup>85</sup>, ao tratar dos direitos socioambientais, elenca dentre esses princípios os da unidade da constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade ou da eficiência, e da força normativa da Constituição, cujas precisas definições podem ser aferidas em Canotilho<sup>86</sup>.

83 Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de Direito*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 104: Direitos subjectivos invocáveis nas relações de ambiente são, pois, tanto os que a lei expressamente refere como tais, como aqueles que resultam de um dever legal da Administração estabelecido também no interesse do particular, como ainda aqueles que decorrem do direito de defesa, consagrado na Constituição, contra agressões ilegais. Em todos esses casos, trata-se de posições substantivas de vantagem dos particulares que integram o conteúdo de relações jurídicas multilaterais.

84 Cf. ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. *O princípio do nível elevado de protecção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos*. Lisboa: Almedina, 2006, pp. 225 ss, 517 ss, *apud* GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do Direito na proteção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 61.

85 SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005, p. 92.

86 CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 1183,1224-1226: O princípio da unidade da constituição. A consideração da constituição como sistema aberto de regras e princípios deixa ainda um sentido útil ao princípio da unidade da constituição: o de *unidade hierárquico-normativa*. O princípio da unidade hierárquico-normativa significa que todas as normas contidas numa constituição formal têm igual dignidade (não há normas só formais, nem hierarquia de supra-infra-ordenação dentro da lei constitucional). Como se irá ver em sede de interpretação, o princípio da unidade normativa conduz à rejeição de duas teses, ainda hoje muito correntes na doutrina do direito constitucional: (1) a tese das *antinomias normativas*; (2) a tese das *normas constitucionais inconstitucionais*. O princípio da unidade da constituição é, assim, expressão da própria *positividade normativo-constitucional* e um importante elemento de interpretação (cfr. *infra*) O princípio do efeito integrador. Andam muitas vezes associado ao princípio da unidade e, na sua formulação mais simples, o princípio do efeito integrador significa precisamente isto: na resolução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se primazia aos critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração política e social e o reforço da unidade política. Como *tópico* argumentativo, o princípio do efeito integrador não assenta numa concepção integracionista de Estado e da sociedade (conducente a reducionismos, autoritarismos, fundamentalismos e transpersonalismos políticos), antes arranca da conflitualidade constitucionalmente racionalizada para conduzir a soluções pluralisticamente integradoras. O princípio da máxima efetividade. Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). O princípio da força normativa da constituição. Segundo o princípio da força normativa da constituição na solução dos problemas jurídico-constitucionais deve dar-se prevalência aos pontos de vista que, tendo em conta os pressupostos da constituição (normativa), contribuem para uma eficácia óptima da lei fundamental.

Ainda assim, uma realidade inarredável se coloca como obstáculo a essa concepção socioambiental, reclamando uma primeira tarefa de demovê-la para essa leitura transversal não sofrer abrupta ruptura e terminar em discurso sem conteúdo e ineficaz.

Trata-se do direito da comunidade indígena de explorar economicamente sua reserva dentro dos limites permitidos pela própria Constituição, elencados no art. 231 e seus parágrafos.

Uma leitura atenta do dispositivo leva à uma irrefutável conclusão de que a linha adotada pelo legislador em matéria de proteção aos direitos indígenas é nitidamente socioambiental, e permite essa transversalidade com outros subsistemas, inclusive com o subsistema do meio ambiente, pois é atribuição da União, segundo o *caput* do mencionado art. 231, velar pela proteção de todos os bens da terra indígena, donde se conclui que dentre eles, em primeiro plano, estão os bens naturais, as florestas, rios, lagos, animais, solo e subsolo, essenciais ao seu bem-estar.

Os limites traçados pelo próprio subsistema dos direitos indígenas relativos a suas terras e ao meio ambiente não se configuram excessivamente restritivos<sup>87</sup>, são limites imanentes do próprio texto constitucional que devem ser interpretados sob a ótica do princípio da unidade da constituição, dentre outros anteriormente mencionados.

Evidentemente que o legislador constituinte não estabeleceu uma divisão das terras indígenas em três categorias, ainda que se trate de reserva descontínua, onde cada parte de terras e rios se destinem a uma atividade diferente.

---

Consequentemente, deve dar-se primazia às soluções hermenêuticas que, compreendendo a historicidade das estruturas constitucionais, possibilitam a «actualização» normativa, garantindo, do mesmo pé, a sua eficácia e permanência.

87 Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa*. Lisboa: Coimbra, 2004, pp. 161, 195.



O que o legislador constituinte quis foi dar maior dimensão ao conceito de terra indígena, de forma a contemplar as necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições e aquelas ocupadas pelos índios para atividades produtivas.

Portanto, o dever de proteção ambiental recai sobre toda a área ou áreas de reserva ou terra indígena, inclusive sobre aquelas destinadas a atividades produtivas.

Edson Damas da Silveira<sup>88</sup>, também defensor da sistemática socioambientalista, respaldado nas informações do indigenista André Villas-Bôas, afirma que as terras indígenas da Amazônia Brasileira têm o menor índice de desmatamento da região, e citando Carlos Marés, prega uma interpretação constitucional em sua plenitude e sempre em cotejo com o direito individual para que se compreenda a dimensão socioambiental desses direitos, coletivos ao lado dos individuais, sem exclusões.

A solução apresentada pelo Supremo Tribunal Federal ao caso da demarcação da Reserva Raposa Serra do Sol corrobora esse entendimento. Nela a Suprema Corte conciliou em uma tríplice dimensão de terras contínuas os institutos jurídicos de reserva indígena, faixa de fronteira e parque nacional aberto à visitação pública, estabelecendo diversos critérios e restrições, inclusive de gestão da reserva, sem que tenha havido graves prejuízos a direitos fundamentais das diversas etnias que lá habitam, apesar das diversas restrições assentadas no dispositivo do acórdão, inerentes ao sistema de compartilhamento engendrado pelo STF.

A proteção à diversidade étnica e cultural, segundo Juliana Santilli<sup>89</sup>,

88 SILVEIRA, Edson Damas da. *Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 49

89 SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade*. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005, p. 92. A Constituição reconhece e protege a diversidade étnica e cultural, assegurando direitos coletivos associados à biodiversidade e à sociodiversidade. A síntese socioambiental está na interação entre a proteção à biodiversidade e à sociodiversidade, compreendidas como valores constitucionais integrados em uma unidade conceitual e normativa.

assegura os direitos coletivos à biodiversidade e sociodiversidade, compreendidas estas como valores constitucionais integrados a uma unidade conceitual e normativa, criando entre elas interdependência que resulta em síntese socioambiental permeada pelo multiculturalismo, pela pluriétnica e pelo enfoque humanista, e, sob tal fundamentação, chega a conclusão similar à defendida e apresentada linhas atrás.

A força normativa da Constituição, de que fala Konrad Hesse<sup>90</sup>, é reafirmada pelos tratados e convenções internacionais sobre direitos

---

O texto constitucional revela a compreensão de que não basta proteger a biodiversidade: a diversidade de espécies, genética e de ecossistemas, sem assegurar a diversidade cultural que está intimamente relacionada a essa. A síntese socioambiental está presente na interface entre biodiversidade e sociodiversidade, permeada pelo multiculturalismo, pela pluriétnica e pelo enfoque humanista. Só se dará plena eficácia e efetividade às normas constitucionais se forem compreendidas em toda a sua essência se pudermos retirar o máximo delas. Interpretar as normas constitucionais de conteúdo socioambiental apenas pelo viés da tutela ao patrimônio natural deixa a sua efetividade muito aquém do desejado e da solução hermenêutica que atende ao princípio da máxima efetividade. O socioambientalismo que permeia a Constituição brasileira privilegia e valoriza as dimensões materiais e imateriais (tangíveis ou intangíveis) dos bens e direitos socioambientais, a transversalidade das políticas públicas socioambientais, a função socioambiental da propriedade e a consolidação de processos democráticos de participação social na gestão ambiental.

- 90 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991, p. 18: [...] Se não quiser permanecer eternamente estéril, a Constituição – entendida aqui como “Constituição jurídica” – não deve procurar construir o Estado de forma abstrata e teórica. Ela não logra produzir nada que já não esteja assente na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Se lhe faltam esses pressupostos, a Constituição não pode emprestar “forma e modificação” à realidade; onde inexistir a ser despertada – força esta que decorre da natureza das coisas não pode a Constituição emprestar-lhe direção; se as leis culturais, sociais, políticas e econômicas imperantes são ignoradas pela Constituição, carece ela do imprescindível germe de sua força vital. A disciplina normativa contrária a essas leis não logra concretizar-se; Cf. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução da 20ª edição alemã Dr. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, pp. 47-52: [...] A vontade do constituinte histórico não é capaz de fundamentar e, de todo, de manter a validade real da Constituição assim criada. Até que ponto a Constituição consegue obter essa validade é, antes, uma questão de sua *força normativa*, de sua capacidade de produzir efeito determinante e regulador na realidade da vida histórica. Ela está, por um lado, condicionada pela *possibilidade de realização* dos conteúdos da Constituição. Quanto mais suas normas partem das realidades da situação histórica e procuram conservar e aperfeiçoar aquilo que já está delineado na condição individual da atualidade, tanto mais rápido podem elas desenvolver efeito normalizador. Onde a Constituição ignora o estágio de desenvolvimento espiritual, social, político ou econômico de seu tempo lhe falta o germe indispensável de sua força de vida e ela não é capaz de alcançar que o Estado, que ela, em contradição com esse estágio de desenvolvimento normaliza, realize-se. Essa força de vida e de efeito assenta sobre isto, que ela seja capaz de unir-se com as forças espontâneas e tendências vivas do tempo, que ela leve essas forças ao desenvolvimento e as coordene mutuamente, que ela seja, em virtude do objeto, ordem total determinada das condições de vida concretas. Por outro lado, força normativa da Constituição está condicionada por cada *vontade atual* dos participantes da vida constitucional, de realizar os conteúdos da Constituição. Como a Constituição, como toda ordem jurídica, carece da atualização pela atividade humana, sua força normativa depende da disposição de considerar seus conteúdos como obrigatórios e da determinação de realizar esses conteúdos, também contra resistências; isso tanto mais que a atualização da Constituição não pode, em igual proporção como a atualização de outro direito, pelos poderes estatais – que, primeiro, justamente, nessa atualização são constituídos –, ser apoiada e garantida. Depende, por isso, decisivamente daquela vontade que, por sua vez, assenta-se sobre o consenso fundamental que assegura à ordem jurídica existência duradoura (comparar supra, número de margem 15); a concórdia do constituinte histórico deve fundamentalmente persistir sob aqueles cuja atividade e colaboração ele empreendeu dirigir e determinar nas normas da Constituição. Quanto mais intensa é a “vontade para a Constituição”, tanto mais longe ele é capaz de ampliar os limites da possibilidade de realização da Constituição [...].

indígenas e do ambiente integrados ao nosso sistema jurídico, não se podendo admitir, portanto, restrições significativas a esse direito-dever.

Ingo Sarlet e Tiago Fensterseifer<sup>91</sup> vão mais além na defesa da força normativa da Constituição que brota dessa opção socioambiental do Estado Brasileiro, e sustentam o surgimento de um Estado de Direito Socioambiental, que deve se fundamentar num pacto social jurídico-ambiental, como verdadeiro Estado pós-social em que a dignidade humana tenha dimensão ecológica para além de um direito fundamental.

Luiz Wanderley Gazoto<sup>92</sup>, assim como Nurit Bensusam, diversas vezes citada nos capítulos anteriores, defende a possibilidade de criação formal, por meio de ato administrativo, nos termos da Lei nº 9.985, de 2000, de unidade de conservação ambiental sobreposta à área de uma reserva indígena, desde que não sejam da espécie que transfiram a posse ao poder público e causem restrição ao direito fundamental dos indígenas.

Essa preocupação é salutar, pois algumas espécies de área de proteção ambiental restringem excessivamente o direito dos indígenas de explorá-las de forma sustentável.

Adverte Márcio Santilli<sup>93</sup>, que essa polêmica há anos é enfrentada

91 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, pp. 40 ss.

92 GAZOTO, Luiz Wanderley. *Terras indígenas e proteção ao meio ambiente*. Revista *Universitas/Jus* – UniCEUB, Brasília: jan./jun. 2006, v. 13, pp. 20-21: [...] os direitos indígenas às terras que tradicionalmente ocupam são ditos originários (CF, art. 231), enquanto a criação de Unidades de Conservação ambiental se constitui em instrumento, previsto na Constituição Federal, para assegurar a efetividade do direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, § 1º, inc. III) [...] A criação de uma Unidade de Conservação, conforme a Lei nº 9.985/00, pode importar em restrições ao seu uso/posse, que pode se revelar incompatível com o usufruto indígena tradicional – assim: nas modalidades: Estação Ecológica (art. 9º); Reserva Biológica (art.10); Parque Nacional (art. 11); Floresta Nacional (art. 17); Reserva Extrativista (art. 18) e Reserva de Fauna (art. 19), a posse e o domínio são do Poder Público, logo, não podem ser aplicadas às terras indígenas; por outro lado, as demais modalidades de Unidades de Conservação, que não importam na transmissão da posse ao Poder Público podem ser criadas sobrepostamente às terras indígenas, desde que as restrições de seu uso não importem em obliteração do usufruto indígena, conforme sua tradição de uso (que, como vimos, só tem proteção constitucional se for conservacionista).

93 SANTILLI, Márcio. A cilada corporativa. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, p. 11: Frequentemente, a discussão acerca da sobreposição entre Terras Indígenas (TIs) e Unidades de Conservação (UCs) desce ao nível da acusação, como se houvesse uma intenção deliberada da área ambiental em suprimir direitos indígenas ou dos índios e organizações que

por ambientalistas e indigenistas na região amazônica, mas que omite o fato de serem os grileiros de terras ligados à extração predatória que têm avançado nos seus intentos maléficos de degradação da floresta.

Por outro lado, o índio não pode ser visto como paisagem ou como heroico personagem de José de Alencar<sup>94</sup>, seria por demais romântico, e até mesmo inocente ou impróprio nos dias atuais. Todavia, como dito alhures, há visível interdependência entre o índio e o meio ambiente em que vive, protegida constitucionalmente, disso resulta que essa proteção ambiental deve ter concreção sem a necessidade de ato administrativo formal de criação de unidade de conservação, pois a reserva indígena em si mesma já é uma unidade de conservação ambiental. Não há como ver o índio sem rios, florestas e fauna, enfim, sem natureza preservada ao seu modo<sup>95</sup>.

---

os apóiam para inviabilizar a conservação da biodiversidade. E é curioso observar que a polêmica omite o fato concreto de que são as frentes de grilagem de terras e ligadas à extração predatória de recursos naturais que esbulham em escala tanto as UCs quanto as TIs. Enquanto ambientalistas e indigenistas se digladiam, os seus inimigos objetivos avançam. Esta aparente contradição começa a se estabelecer a partir de meados dos anos 1960, resultando na especificação dos conceitos de Unidades de Conservação e Terras Indígenas, que veio a se consolidar na segunda metade dos anos 1970. Nos tempos do IBDF (Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal, antecessor do Ibama), que promoveu a criação de boa parte das atuais UCs, o foco principal da sua atuação era, de um lado, a proteção da natureza genericamente definida – o conceito de biodiversidade ainda não havia emergido –, e, de outro, o “desenvolvimento florestal”, que se valeu, entre outros mecanismos, da criação de Reservas Florestais e Florestas Nacionais com vistas à sua exploração futura. Precusores do ambientalismo valeram-se das categorias de manejo então disponíveis para proteger áreas com endemismo significativo ou de rara beleza natural. A época, ainda não se falava em Unidades de Conservação, mas, sim, em Parques Nacionais e “Reservas Equivalentes”, categoria mais abrangente e que, eventualmente, poderia incorporar objetivos e demandas que hoje se percebem como conflitantes.

94 ALENCAR, José de. *O Guarany*. p. 14. Disponível a partir de: <http://www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2012: Em pé, no meio do espaço que formava a grande abóbada de árvores, encostado a um velho tronco decepado pelo raio, via-se um índio na flor da idade. Uma simples túnica de algodão, a que os indígenas chamavam aimará, apertada à cintura por uma faixa de penas escarlates, caía-lhe dos ombros até ao meio da perna, e desenhava o talhe delgado e esbelto como um junco selvagem. Sobre a alvura diáfana do algodão, a sua pele, cor do cobre, brilhava com reflexos dourados; os cabelos pretos cortados rentes, a tez lisa, os olhos grandes com os cantos exteriores erguidos para a frente; a pupila negra, móbil, cintilante; a boca forte mas bem modelada e guarnecida de dentes alvos, davam ao rosto pouco oval a beleza inculta da graça, da força e da inteligência. Tinha a cabeça cingida por uma fita de couro, à qual se prendiam do lado esquerdo duas plumas matizadas, que descrevendo uma longa espiral, vinham rogar com as pontas negras o pescoço flexível. Era de alta estatura; tinha as mãos delicadas; a perna ágil e nervosa, ornada com uma axorca de frutos amarelos, apoiava-se sobre um pé pequeno, mas firme no andar e veloz na corrida. Segurava o arco e as flechas com a mão direita calda, e com a esquerda mantinha verticalmente diante de si um longo forcado de pau enegrecido pelo fogo.

95 Cf. BENSUSAN, Nurit. Terras Indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, p. 68: Se as Terras Indígenas fossem incluídas no sistema de Unidades de Conservação, o percentual de áreas protegidas em cada bioma (esse percentual em áreas federais está expresso na última coluna da tabela 1, ao lado), principalmente na Amazônia, aumentaria significativamente, como se pode observar na tabela. O benefício maior, entretanto,

Além disso, deve-se considerar o fato de que as terras indígenas equivalem ao dobro das áreas destinadas unicamente à conservação ambiental na região amazônica, que também não estão livres das invasões e depredações, fator que ocorre em menor escala nas terras indígenas, pois a vigilância e proteção dos índios têm impedido os avanços dos desmatamentos nas suas áreas, os quais chegam a ser repelidos com violência, como no caso dos índios Cinta Larga, que dizimaram vinte e nove garimpeiros invasores das suas terras<sup>96</sup>.

O caminho deve ser inverso ao proposto pelo Professor Luiz Gazono e pelos renomados cientistas anteriormente mencionados, pois as terras indígenas devem ser reconhecidas como reservas ambientais por imposição do próprio Texto Constitucional, haja vista a opção socioambiental que dele emana.

Nesse quadrante, seria suficiente apenas estabelecer critérios para licenciamento de atividades potencialmente poluidoras em terras indígenas, pois a utilização dos recursos naturais, com baixo impacto ambiental, visando a sua subsistência com dignidade é direito constitucional dos índios.

---

da inclusão das Terras Indígenas no Sistema Nacional de Unidades de Conservação seria o avanço no sentido de estabelecer um verdadeiro conjunto de espaços territoriais especialmente protegidos, conectados entre si e integrados às diversas políticas que tratam do uso da terra no país.

96 Cf. FREITAS, Silvana de. *Mortes de garimpeiros em RO teriam ocorrido a 2 km do conflito*. Envio Hudson Correa. Folha de São Paulo. Brasília, 19 abr. 2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u60169.shtml>>. Acesso em: 29 maio 2012: Com a localização de mais 26 corpos, subiu para 29 o número de mortos no conflito entre índios cinta-larga e garimpeiros ocorrido no último dia 7, na área indígena. Hoje, os corpos devem seguir para uma cidade vizinha à reserva, ainda não definida pela PF. O delegado federal Mauro Sposito relatou, no final da tarde de sábado, ao juiz Murilo Fernandes de Almeida, da 2ª Vara Federal de Porto Velho, uma hipótese sobre como ocorreram os assassinatos: 1) cerca de 150 garimpeiros foram atacados pelos cinta-larga onde extraíam diamantes; 2) no local, os índios mataram três. Os corpos deles foram os primeiros a ser resgatados, no dia 11; 3) ao menos outros 26 garimpeiros foram capturados. Amarrados, foram levados a 2 km do local do ataque e, horas depois, foram mortos; 4) os últimos assassinatos ocorreram porque os garimpeiros se desamarraram e ameaçaram os índios mais jovens, que os vigiavam; 5) os mais velhos deixaram os mais novos para perseguirem garimpeiros que fugiram pela mata; Segundo o sindicato dos garimpeiros, ainda há 35 desaparecidos. O juiz Almeida disse à Agência Folha que provavelmente o massacre de garimpeiros será julgado pela Justiça Federal em Rondônia.

A solução proposta não abrange todas as situações, evidentemente, pois existem casos graves de corrupção das tradições e costumes de algumas etnias que incorporaram, por necessidade material, a cultura capitalista de intensa exploração dos recursos naturais não renováveis de suas reservas e rejeitam a intervenção da FUNAI e de órgãos ambientais para conter a depredação. Nesses casos, é preciso que se desenvolvam programas específicos de resgate sociocultural e ambiental com a participação dos próprios índios.

Segundo informações do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE) e do Instituto Socioambiental (ISA):

[...] o Brasil tem uma extensão territorial de cerca de 851 milhões de ha, ou seja, 8.547.403,5 km<sup>2</sup>. As terras indígenas do Brasil ocupam uma área de 991.498 km<sup>2</sup> de extensão, maior do que o território da França (543 965 km<sup>2</sup>) e da Inglaterra (130 423 km<sup>2</sup>) juntos. Descontada a sobreposição entre Terras Indígenas e Unidades de Conservação (63.606 km<sup>2</sup>), verifica-se que 43,9% do território da Amazônia Legal, isto é, 2.197.485 km<sup>2</sup>, estão inseridos em Áreas Protegidas. As Unidades de Conservação da Amazônia Legal criadas até dezembro de 2010 somam 1.110.652 km<sup>2</sup>, o que representa 22,2% do território da Amazônia Legal. As Terras Indígenas somam 1.086.950 km<sup>2</sup> ou 21,7% da mesma região.

O socioambientalismo que emerge dessa opção antropocêntrica alargada do constituinte de 1988 contribui para que a interpretação do art. 231 da Constituição Federal seja realizada à luz dos princípios constitucionais da unidade da Constituição, do efeito integrador, da máxima efetividade ou da eficiência, e da força normativa da constituição, anteriormente mencionados, aos quais se deve somar o da proibição do excesso, haja vista a regra geral do art. 225, direito ao meio ambiente, estar em perfeita harmonia com o art. 231, *caput* e § 1º, direito originário do índio à terra e ao meio ambiente preservado, abrangendo ampla zona de interseção entre os dois subsistemas, o que resulta num direito fundamental de toda a sociedade, e não

apenas dos índios, podendo se configurar, em última análise, numa espécie de direito meta-estadual, devido à quantidade de florestas intactas incluídas nessas áreas, que correspondem a um milhão cento e cinco mil duzentos e cinquenta e oito quilômetros quadrados, o equivalente a treze por cento do território nacional, noventa e oito vírgula seis por cento situadas na Amazônia legal, acima do paralelo 13, nela incluída toda a Região Norte e os Estados do Mato Grosso, Tocantins e Maranhão.

Dessa forma, não se mostra extravagante concluir que a preservação ambiental das reservas indígenas é um direito-dever que está nitidamente no núcleo do direito ao reconhecimento e delimitação das suas terras, ínsito à própria dignidade do silvícola<sup>97</sup>, que nessa vertente socioambiental e multicultural transcende os direitos das minorias étnicas e transversalmente beneficia outras comunidades étnicas formadoras e integrantes do Estado brasileiro, causando efeitos reflexos em todo o planeta, haja vista a magnitude dos biomas incluídos nessas áreas com alto índice de preservação ambiental<sup>98</sup>.

97 Cf. OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do Direito*. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, [1997], p. 72: Bem características do choque cultural que esta nova relação com a natureza representava para os povos, que continuavam a partilhar uma concepção sagrada do mundo, são as respostas de inúmeros chefes índios às propostas de venda das suas terras, que lhes faziam os Brancos no século passado (no melhor dos casos, convém que se diga; na maior parte das vezes, a eliminação física das tribos índias ou, pelo menos, o seu confinamento em «reservas» resolvia o problema de forma mais expedita). «Como se pode comprar ou vender o céu?», respondia o chefe Seattle, da tribo dos Sioux. «Como se pode comprar ou vender o calor da terra? A idéia parece-nos estranha. Se a frescura do ar e o murmúrio da água não nos pertencem, como podemos vendê-los?». «...Hoje em dia, é certo, o Ocidente parece, por vezes, mais respeitador dos direitos dos povos indígenas, que durante tanto tempo ignorou. Foram devolvidos territórios aos Inuits do Canadá, aos Índios do Brasil e aos aborígenes da Austrália. Assim, a 2 de Junho de 1992 o Supremo Tribunal australiano restituiu à tribo Meriam a propriedade das ilhas Murray, a norte da Grande Barreira de Coral. Uma decisão capital, que punha fim à doutrina da terra nullius, segundo a qual a Austrália estava desocupada antes da chegada dos Britânicos, e que, por outro lado, criava um novo título de propriedade específico dos autóctones, o native title. Mais do que uma nova atribuição de propriedade, estas decisões devem ser entendidas como o reconhecimento da especificidade do uso que estas tribos sempre fizeram de espaços, cujo valor espiritual e ecológico avaliavam. Neste sentido, trata-se tanto de protecção da diversidade biológica e da defesa da natureza como da protecção cultural e da promoção dos direitos. Nesta linha, evocaremos o preâmbulo da Convenção do Rio sobre a Biodiversidade, que estabelece o vínculo entre esta e o respeito pelas «tradições das comunidades locais», bem como uma lei do estado de Alberta, que reserva exclusivamente aos índios o direito de pescarem o salmão selvagem – partindo da ideia de que eles saberão não esgotar um recurso, considerado como parte integrante do seu património histórico». A propriedade (aqui a das tribos índias) poderia, assim, revelar-se como protectora da natureza?

98 Cf. MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 6. ed. São Paulo: RT, 2009, p. 319: Mas a responsabilidade sócio-ambiental, em boa doutrina, é aquela que estende a sua preocupação também aos danos ou males económicos e sociais que afetam a sociedade por causa dos danos ambientais, notadamente

A sedimentação de todas as conquistas jurídicas dos povos indígenas, alcançadas por meio de um processo histórico iniciado pelo reconhecimento do indigenato ainda no primeiro século após o descobrimento, perpassou pela saga de Cândido Rondon, irmãos Villas Boas e Darcy Ribeiro, que, entre os Governos Getúlio Vargas e Jânio Quadros, conseguiram marchar à frente do desenvolvimento para proteger várias tribos contactadas e não contactadas e criar o maior parque indígena do mundo. Após a constatação do aquecimento global, o PIX ganhou transcendência ambiental aos olhos do mundo civilizado. Essa historicidade, fortalecida pelos movimentos indígenas e socioambientais, foi elevada ao patamar constitucional pela vontade geral emanada da Assembleia Nacional Constituinte, e assim interpretada pelo STF no caso da TIRSS, o que permite vislumbrar considerável força normativa decorrente da juridicidade do texto e dos fatores reais de poder, os quais conformam todo o sistema jurídico. E mais, na vertente do constitucionalismo fraternal e na conjugação dos vetores da ampla maioria dos intérpretes da sociedade aberta<sup>99</sup>, a sinalização das políticas públicas caminham para consolidar esse entendimento.

Essa linha de interpretação vem ganhando força no direito constitucional ambiental, conforme esclarece Paulo Weschenfelder, que considera o pluralismo e o direito de todos ao meio ambiente equilibrado como elementos preponderantes nessa força normalizadora que brota da permanente vontade de constituição, e se materializam em diversas políticas públicas, mas vê a necessidade de maior inclusão do cidadão na tomada de decisões, por meio de mecanismos inerentes à democracia participativa<sup>100</sup>, a exemplo das audiências públicas realizadas em diversos processos pelo STF.

---

os setores ou camadas mais pobres e desfavorecidas da população. Populações indígenas, minorias e populações tradicionais devem receber prioridades por parte dos atores sociais e dos agentes ambientais.

99 Cf. HABERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição...* Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997, pp. 19-28.

100 Cf. WESCHENFELDER, Paulo Natalício. *Do Direito Constitucional ao meio ambiente equilibrado: a construção de uma cultura*. Caxias do Sul: EDUCS, 2008, pp. 138 ss.

A Presidente da República, Dilma Roussef, preocupada com os ecossistemas e biomas das terras indígenas, recentemente baixou o Decreto nº 7.747, de 2012, instituindo a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI)<sup>101</sup>.

A nova regulamentação prima pela inclusão das comunidades indígenas nas políticas públicas de preservação ambiental e reforça a vertente de compreensão socioambiental da proteção ao ambiente, na busca de preservar e recuperar essas terras em favor das atuais e futuras gerações de índios e, evidentemente, de não índios.

Por outro lado, apesar do Decreto nº 7.747, de 2012, ter em boa hora consolidado essa visão socioambiental do direito às terras que os povos indígenas habitam ou exploram, demonstrando nítida preocupação

101 BRASIL. *Decreto nº 7.747*, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7747.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7747.htm)>. Acesso em: 27 maio 2012: Institui a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas – PNGATI, e dá outras providências. [...] Art. 3º São diretrizes da PNGATI: [...] V – contribuição para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas; VI – proteção territorial, ambiental e melhoria da qualidade de vida nas áreas reservadas a povos indígenas e nas terras indígenas; VII – proteção territorial e ambiental das terras ocupadas por povos indígenas isolados e de recente contato; [...] X – reconhecimento, valorização e desenvolvimento da gestão ambiental como instrumento de proteção dos territórios e das condições ambientais necessárias à reprodução física, cultural e ao bem-estar dos povos e comunidades indígenas; XI – garantia do direito à consulta dos povos indígenas, nos termos da Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004; XII – reconhecimento dos direitos dos povos indígenas relativos a serviços ambientais em função da proteção, conservação, recuperação e uso sustentável dos recursos naturais que promovem em suas terras, nos termos da legislação vigente; Art. 4º Os objetivos específicos da PNGATI, estruturados em eixos, são: I – eixo 1 – proteção territorial e dos recursos naturais: a) promover a proteção, fiscalização, vigilância e monitoramento ambiental das terras indígenas e seus limites; b) promover a participação dos povos, comunidades e organizações indígenas nas ações de proteção ambiental e territorial das terras indígenas, respeitado o exercício de poder de polícia dos órgãos e entidades públicas competentes; c) contribuir para a proteção dos recursos naturais das terras indígenas em processo de delimitação, por meio de ações de prevenção e de defesa ambiental pelos órgãos e entidades públicas competentes, em conjunto com os povos, comunidades e organizações indígenas; d) promover a elaboração, sistematização e divulgação de informações sobre a situação ambiental das terras indígenas, com a participação dos povos indígenas; e) apoiar a celebração de acordos e outros instrumentos que permitam o acesso dos povos indígenas aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam localizados fora dos limites de suas terras; f) promover ações de proteção e recuperação das nascentes, cursos d’água e mananciais essenciais aos povos indígenas; g) apoiar o monitoramento das transformações nos ecossistemas das terras indígenas e a adoção de medidas de recuperação ambiental; h) assegurar, sempre que possível, que bens apreendidos em decorrência de ilícitos ambientais praticados em terras indígenas sejam revertidos em benefício dos povos e comunidades indígenas afetados, na forma da legislação vigente; i) promover o etnozoneamento de terras indígenas como instrumento de planejamento e gestão territorial e ambiental, com participação dos povos indígenas; e j) promover e garantir a integridade ambiental e territorial das terras indígenas situadas nas áreas de fronteira, por meio de ações internas e de acordos binacionais e multilaterais, a fim de combater e controlar os ilícitos transfronteiriços, com especial atenção à proteção da vida de mulheres e homens indígenas, de todas as gerações; [...].

com a preservação e recuperação desses ecossistemas, o Governo brasileiro tem feito parcerias com organizações não governamentais, com o Banco Mundial e com o Governo alemão para acelerar o processo de demarcação e para melhorar a gestão ambiental das reservas demarcadas, de forma a preservar a floresta. Entretanto, em alguns casos, tem permitido atividades madeireiras pelos indígenas, à guisa de desenvolvimento sustentável desses povos, o que se revela um risco considerável para a cultura e tradições tribais, e principalmente para o equilíbrio ambiental dessas reservas, além de transgredir o disposto no § 1º do art. 231 da Constituição Federal.

Deve-se ter em conta que o conceito de sustentabilidade pertinente ao modo de produção capitalista não pode ser sobreposto ou imposto ao modo de produção e de vida do indígena, sob pena de desfigurar essas comunidades e causar danos imensuráveis ao meio ambiente.

Portanto, é preciso impor limitações explícitas à utilização das áreas de reserva para essas espécies de atividade econômica, consoante as diretrizes traçadas pelo Decreto nº 7.747, de 2012, que em seu inciso V prescreve ser dever da União contribuir “[...] para a manutenção dos ecossistemas nos biomas das terras indígenas por meio da proteção, conservação e recuperação dos recursos naturais imprescindíveis à reprodução física e cultural das presentes e futuras gerações dos povos indígenas”.

### **3 Conflitos socioambientais em terras indígenas**

Ao mesmo tempo em que a solução jurídica de conflitos se mostra extremamente eficaz em alguns casos (v.g., encerramento do projeto da Hidrovia Pantanal Paraguai, graças à demonstração científica do estrondoso impacto ambiental maléfico ao bioma Pantanal; demarcação

da Reserva Raposa Serra do Sol, na qual o STF garantiu os preceitos constitucionais envolvidos), fracassa em outros (Volta Redonda, Carajás, Itaípu, Furnas), situação que indica problemas de aplicabilidade das normas (identificado por Erasmo Ramos como “déficit de implementação ambiental”)<sup>102</sup>.

As atitudes para reversão desse quadro constituem tarefa própria do Poder Executivo, aliada à efetiva participação da sociedade, mas, por outro lado, a deficiência de atuação nesse sentido faz desaguar no Poder Judiciário graves conflitos socioambientais envolvendo os povos indígenas brasileiros.

Além disso, o próprio governo, em muitos casos, relega o respeito ao meio ambiente a segundo plano na implementação de projetos desenvolvidos em áreas de floresta, principalmente na Amazônia. Tome-se como exemplo a preocupante matéria publicada no Jornal O Globo, de 7/7/2012, noticiando o ajuizamento de ações civis públicas pelo Ministério Público Federal (MPF) contra o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, órgão da administração direta da União, por ser responsável por um terço do desmatamento da Amazônia<sup>103</sup>.

A despeito das boas soluções aplicadas pela Corte Constitucional, a efetivação da política ambiental não pode ficar dependente do Po-

102 RAMOS, Erasmo Marcos. *Direito Ambiental comparado: Brasil-Alemanha-EUA...* Maringá: Midiograf II, 2009, pp. 63-64.

103 Cf. LOURENÇO, Luana. *MPF denuncia Incra por 1/3 do desmatamento na Amazônia*. Envio Ricardo Noblat. Jornal O Globo. Brasília, 7 jul. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2012/07/07/mpf-denuncia-incra-por-1-3-do-desmatamento-na-amazonia-454201.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2012: O Ministério Público Federal (MPF) está denunciando na Justiça Federal o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) como responsável por um terço do desmatamento da Amazônia. Procuradores da República ingressaram com ações civis públicas (ACPs) contra o órgão em seis estados por desmatamento ilegal em assentamentos da reforma agrária, nas quais apresentam, entre outros pedidos, o fim imediato das derrubadas. As ações foram ajuizadas essa semana no Pará, Amazonas, Acre, em Rondônia, Roraima e Mato Grosso. Segundo o MPF, há um expressivo crescimento das derrubadas ilegais na Amazônia em assentamentos do Incra. Em 2004, o corte ilegal nessas áreas representava 18% de todo o desmatamento do bioma, e em 2010 somaram 31,1% da derrubada anual.

der Judiciário. Segundo Erasmo Ramos<sup>104</sup>, a proteção ambiental implica controle político, social, científico e jurídico, pilares nos quais se assentam os princípios do desenvolvimento sustentável. As soluções, embora já estejam bem desenhadas no âmbito jurídico (constitucional e infra-constitucionalmente), precisam ser mais bem direcionadas no campo político e social.

O alcance da eficácia das normas depende da consolidação da consciência coletiva a respeito da necessidade de proteção e de preservação ambiental. E também do elemento volitivo do Estado e da sociedade (incluindo-se aqui a iniciativa privada, os movimentos sociais e das massas, os meios de comunicação).

Maria da Glória Garcia chama a atenção para o fato de que as populações mais carentes sempre são as mais afetadas por situações de risco, como emissão de gases poluentes e depósitos de material tóxico, apontando as organizações sociais e políticas públicas compartilhadas, baseadas na cooperação, para alcançar um verdadeiro sentido de governança que a cada dia vem ganhando vulto no cenário internacional<sup>105</sup>. Segundo a autora:

A procura de um desenvolvimento fundado no redescoberto «*princípio da cooperação*», amplamente participado em procedimentos formais e informais, explícitos e implícitos, caracteriza o novo modo de agir e gerar poder na comunidade, logo transformado em autoridade<sup>106</sup>.

Outrossim, o processo educacional tem relevante importância na tomada de consciência ambiental crítica e coletiva. Além disso, é necessário desburocratizar os procedimentos, aumentar a cooperação entre os

104 RAMOS, Erasmo Marcos. *op. cit.*, pp. 229-230.

105 GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do Direito na protecção do ambiente*. Lisboa: Almedina, 2007, pp. 348-350.

106 *Ibidem*, p. 350.

órgãos ambientais, investir, fortalecer, aprimorar e combater os problemas sociais relacionados à pobreza e, sobretudo, conciliar interesses em princípio conflitantes (políticos, sociológicos, econômicos, ecológicos).

O sucesso dos processos de demarcação das reservas, garantido pelo patamar constitucional do tema e pela atuação da Suprema Corte, somado ao ativismo indigenista e ambiental, permitiu que o movimento indigenista (antes com viés territorialista e demarcatório) assumisse novo enfoque, voltado à preservação da biodiversidade das reservas. O benefício, com essa transmutação, passa a alcançar a humanidade como um todo, e transcende a questão cultural indígena e a proteção dos direitos das minorias para efetivamente dar lugar à defesa do direito ao meio ambiente equilibrado. A situação revela, mais uma vez, a importância da constitucionalização dos temas meio ambiente e proteção das terras indígenas em subsistemas interdependentes.

A elevação do Direito Ambiental ao patamar constitucional, mais uma vez, se afigurou fundamental, mas a efetividade continua a depender de políticas ambientais em pleno funcionamento.

A conscientização começa a atingir, também, o setor econômico. O Banco Mundial dá início à revisão de sua política florestal, ao admitir que as terras indígenas devem integrar as políticas estratégicas de reflorestamento e conservação relacionadas aos financiamentos de atividades econômicas em tais áreas, historicamente relacionadas a projetos de ocupação nem sempre atrelados ao desenvolvimento sustentável.

Entretanto, como dito alhures, é preciso ter muito cuidado com esse incentivo a explorações econômicas nas terras indígenas, aparentemente advindo de interpretação focada na proporcionalidade, sob pena de corromper os costumes e tradições dos silvícolas, além de incentivar a degradação de biomas muito delicados que abrigam os índios como homem primitivo, integrado ao meio ambiente com o

equilíbrio e consideração que é próprio de suas raízes culturais, sociológicas, econômicas e históricas.

No caso das terras indígenas, portanto, o princípio da proporcionalidade deve ter enfoque ainda mais restritivo<sup>107</sup>, haja vista sua flagrante insuficiência em matéria ambiental, em que a prevenção em seu nível mais elevado deve estar na linha de frente em matéria interpretativa.

Todo esse processo tem encontrado no Supremo Tribunal Federal o ponto de equilíbrio e a sinalização para as políticas de demarcação das terras indígenas, da preservação ambiental no seio dessas reservas e também a solução para conflitos socioambientais inerentes às sobreposições de unidades de conservação ambiental, bem como ao desrespeito aos direitos originários dos índios sobre suas terras. Mas, no caso das hidrelétricas, principalmente em relação à Usina de Belo Monte, no Rio Xingu, o Supremo tem patinado, afastando-se da linha adotada nos casos das terras indígenas Raposa Serra do Sol e Caramuru Catarina Paraguassu.

### 3.5 Raposa Serra do Sol

O mais importante julgamento sobre demarcação de terra indígena realizado na história do judiciário brasileiro foi, sem sombra de dúvidas, o caso da Reserva Raposa Serra do Sol, não apenas pela demarcação contínua de áreas de terras fraccionadas, em decorrência das invasões, mas também pelo reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição, da possibilidade de superposição de terras indígenas, unidade de conservação ambiental e faixa de fronteira.

107 Cf. SILVA, Vasco Pereira da. *Verde cor de Direito*. Lisboa: Almedina, 2002, p. 40: [...] o critério da proporcionalidade — mesmo se considerada em sentido amplo e na sua tripla exigência de implicar um juízo de necessidade, de adequação e de equilíbrio custos-benefícios de uma determinada medida administrativa — se, revela insuficiente para abarcar as especificidades dos princípios ambientais.

Essa importância transcende, sob diversos aspectos, os limites dos próprios autos e se estabelece como paradigma para reinterpretação de toda a legislação infraconstitucional sob novo enfoque, antes não examinado pelo STF, e como diretriz para novos estudos de ambientalistas e indigenistas, em busca de uma adequada solução para os impasses e conflitos socioambientais que se proliferam na Amazônia brasileira.

Em 19 de março de 2009 (Dia do Índio), com a publicação do Acórdão pelo relator, Ministro Carlos Ayres Brito, o Supremo Tribunal Federal concluiu o julgamento das ações populares que visavam anular a demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol, de onde se extrai, no que interessa:

[...] 4. O significado do substantivo “índios” na Constituição Federal. O substantivo “índios” é usado pela CF de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica quanto intraétnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva. [...] 5. As terras indígenas como parte essencial do território brasileiro. 5.1. As “terras indígenas” versadas pela CF de 1988 fazem parte de um território estatal-brasileiro sobre o qual incide, com exclusividade, o Direito nacional. E como tudo o mais que faz parte do domínio de qualquer das pessoas federadas brasileiras, são terras que se submetem unicamente ao primeiro dos princípios regentes das relações internacionais da República Federativa do Brasil: a soberania ou “independência nacional” (inciso I do art. 1º da CF). 5.2. Todas as “terras indígenas” são um bem público federal (inciso XI do art. 20 da CF), o que não significa dizer que o ato em si da demarcação extinga ou amesquinhe qualquer unidade federada. Primeiro, porque as unidades federadas pós-Constituição de 1988 já nascem com seu território jungido ao regime constitucional de preexistência dos direitos originários dos índios sobre as terras por eles “tradicionalmente ocupadas”. Segundo, porque a titularidade de bens não se

confunde com o senhorio de um território político. Nenhuma terra indígena se eleva ao patamar de território político, assim como nenhuma etnia ou comunidade indígena se constitui em unidade federada. Cuidado-se, cada etnia indígena, de realidade sociocultural, e não de natureza político-territorial. 6. Necessária liderança institucional da União, sempre que os Estados e Municípios atuarem no próprio interior das terras já demarcadas como de afetação indígena. A vontade objetiva da Constituição obriga a efetiva presença de todas as pessoas federadas em terras indígenas, desde que em sintonia com o modelo de ocupação por ela concebido, que é de centralidade da União. Modelo de ocupação que tanto preserva a identidade de cada etnia quanto sua abertura para um relacionamento de mútuo proveito com outras etnias indígenas e grupos de não índios. A atuação complementar de Estados e Municípios em terras já demarcadas como indígenas há de se fazer, contudo, em regime de concerto com a União e sob a liderança desta. Papel de centralidade institucional desempenhado pela União, que não pode deixar de ser imediatamente coadjuvado pelos próprios índios, suas comunidades e organizações, além da protagonização de tutela e fiscalização do Ministério Público (inciso V do art. 129 e art. 232, ambos da CF). 7. As terras indígenas como categoria jurídica distinta de territórios indígenas. O desabono constitucional aos vocábulos “povo”, “país”, “território”, “pátria” ou “nação” indígena. Somente o “território” enquanto categoria jurídico-política é que se põe como o preciso âmbito espacial de incidência de uma dada Ordem Jurídica soberana, ou autônoma. O substantivo “terras” é termo que assume compostura nitidamente sociocultural, e não política. 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 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. 8. A demarcação como competência do poder execu-

tivo da União. Somente à União, por atos situados na esfera de atuação do Poder Executivo, compete instaurar, sequenciar e concluir formalmente o processo demarcatório das terras indígenas, tanto quanto efetivá-lo materialmente, nada impedindo que o Presidente da República venha a consultar o Conselho de Defesa Nacional (inciso III do § 1º do art. 91 da CF), especialmente se as terras indígenas a demarcar coincidirem com faixa de fronteira. As competências deferidas ao Congresso Nacional, com efeito concreto ou sem densidade normativa, exaurem-se nos fazeres a que se referem o inciso XVI do art. 49 e o § 5º do art. 231, ambos da CF. 9. A demarcação de terras indígenas como capítulo avançado do constitucionalismo fraternal. Os arts. 231 e 232 da CF são de finalidade nitidamente fraternal ou solidária, própria de uma quadra constitucional que se volta para a efetivação de um novo tipo de igualdade: a igualdade civil-moral de minorias, tendo em vista o protovalor da integração comunitária. Era constitucional compensatória de desvantagens historicamente acumuladas, a se viabilizar por mecanismos oficiais de ações afirmativas. No caso, os índios a desfrutar de um espaço fundiário que lhes assegure meios dignos de subsistência econômica para mais eficazmente poderem preservar sua identidade somática, linguística e cultural. Processo de uma aculturação que não se dilui no convívio com os não índios, pois a aculturação de que trata a Constituição não é perda de identidade étnica, mas somatório de mundividências. Uma soma, e não uma subtração. Ganho, e não perda. Relações interétnicas de mútuo proveito, a caracterizar ganhos culturais incessantemente cumulativos. Concretização constitucional do valor da inclusão comunitária pela via da identidade étnica. 10. O falso antagonismo entre a questão indígena e o desenvolvimento. Ao Poder Público de todas as dimensões federativas o que incumbe não é subestimar, e muito menos hostilizar comunidades indígenas brasileiras, mas tirar proveito delas para diversificar o potencial econômico-cultural dos seus territórios (dos entes federativos). O desenvolvimento que se fizer sem ou contra os índios, ali onde eles se encontrarem instalados por modo tradicional, à data da Constituição de 1988, desrespeita o objetivo fundamental do inciso II do art. 3º da CF, assecuratório de um tipo de “desenvolvimento nacional” tão ecologicamente equilibrado quanto humanizado e culturalmente diversificado, de modo a incorporar a realidade indígena. 11. O conteúdo positivo do ato de demarcação das terras indígenas. 11.1. O marco temporal de ocupação. A Constituição Federal trabalhou com data certa – a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988)

como insubstituível referencial para o dado da ocupação de um determinado espaço geográfico por essa ou aquela etnia aborígine; ou seja, para o reconhecimento, aos índios, dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. 11.2. O marco da tradicionalidade da ocupação. É preciso que esse estar coletivamente situado em certo espaço fundiário também ostente o caráter da perdurabilidade, no sentido anímico e psíquico de continuidade etnográfica. A tradicionalidade da posse nativa, no entanto, não se perde onde, ao tempo da promulgação da Lei Maior de 1988, a reocupação apenas não ocorreu por efeito de renitente esbulho por parte de não índios. Caso das “fazendas” situadas na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, cuja ocupação não arrefeceu nos índios sua capacidade de resistência e de afirmação da sua peculiar presença em todo o complexo geográfico da “Raposa Serra do Sol”. 11.3. O marco da concreta abrangência fundiária e da finalidade prática da ocupação tradicional. Áreas indígenas são demarcadas para servir concretamente de habitação permanente dos índios de uma determinada etnia, de par com as terras utilizadas para suas atividades produtivas, mais as “imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar” e ainda aquelas que se revelarem “necessárias à reprodução física e cultural” de cada qual das comunidades étnico-indígenas, “segundo seus usos, costumes e tradições” (usos, costumes e tradições deles, indígenas, e não usos, costumes e tradições dos não índios). Terra indígena, no imaginário coletivo aborígine, não é um simples objeto de direito, mas ganha a dimensão de verdadeiro ente ou ser que resume em si toda ancestralidade, toda coetaneidade e toda posteridade de uma etnia. Donde a proibição constitucional de se remover os índios das terras por eles tradicionalmente ocupadas, assim como o reconhecimento do direito a uma posse permanente e usufruto exclusivo, de par com a regra de que todas essas terras “são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis” (§ 4º do art. 231 da CF). O que termina por fazer desse tipo tradicional de posse um heterodoxo instituto de Direito Constitucional, e não uma ortodoxa figura de Direito Civil. Donde a clara intelecção de que os arts. 231 e 232 da CF constituem um completo estatuto jurídico da causa indígena. 11.4. O marco do conceito fundiariamente extensivo do chamado “princípio da proporcionalidade”. A Constituição de 1988 faz dos usos, costumes e tradições indígenas o engate lógico para a compreensão, entre outras, das semânticas da posse, da permanência, da habitação, da produção econômica e da reprodução física e cultural das etnias nativas. O próprio conceito do cha-



mado “princípio da proporcionalidade”, quando aplicado ao tema da demarcação das terras indígenas, ganha um conteúdo peculiarmente extensivo. 12. Direitos “originários”. Os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam foram constitucionalmente “reconhecidos”, e não simplesmente outorgados, com o que o ato de demarcação se orna de natureza declaratória, e não propriamente constitutiva. Ato declaratório de uma situação jurídica ativa preexistente. Essa a razão de a Carta Magna havê-los chamado de “originários”, a traduzir um direito mais antigo do que qualquer outro, de maneira a preponderar sobre pretensos direitos adquiridos, mesmo os materializados em escrituras públicas ou títulos de legitimação de posse em favor de não índios. Atos, estes, que a própria Constituição declarou como “nulos e extintos” (§ 6º do art. 231 da CF). 13. O modelo peculiarmente contínuo de demarcação das terras indígenas. O modelo de demarcação das terras indígenas é orientado pela ideia de continuidade. Demarcação por fronteiras vivas ou abertas em seu interior, para que se forme um perfil coletivo e se afirme a autossuficiência econômica de toda uma comunidade usufrutuária. Modelo bem mais serviente da ideia cultural e econômica de abertura de horizontes do que de fechamento em “bolsoes”, “ilhas”, “blocos” ou “clusters”, a evitar que se dizime o espírito pela eliminação progressiva dos elementos de uma dada cultura (etnocídio). 14. A conciliação entre terras indígenas e a visita de não índios, tanto quanto com a abertura de vias de comunicação e a montagem de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública. A exclusividade de usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nas terras indígenas é conciliável com a eventual presença de não índios, bem assim com a instalação de equipamentos públicos, a abertura de estradas e outras vias de comunicação, a montagem ou construção de bases físicas para a prestação de serviços públicos ou de relevância pública, desde que tudo se processe sob a liderança institucional da União, controle do Ministério Público e atuação coadjuvante de entidades tanto da Administração Federal quanto representativas dos próprios indígenas. O que já impede os próprios índios e suas comunidades, por exemplo, de interditar ou bloquear estradas, cobrar pedágio pelo uso delas e inibir o regular funcionamento das repartições públicas. 15. A relação de pertinência entre terras indígenas e meio ambiente. Há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental. Essa compatibilidade é que autoriza a dupla afetação, sob a

administração do competente órgão de defesa ambiental. 16. A demarcação necessariamente endógena ou intraétnica. Cada etnia autóctone tem para si, com exclusividade, uma porção de terra compatível com sua peculiar forma de organização social. Daí o modelo contínuo de demarcação, que é monoétnico, excluindo-se os intervalados espaços fundiários entre uma etnia e outra. Modelo intraétnico que subsiste mesmo nos casos de etnias lindeiras, salvo se as prolongadas relações amistosas entre etnias aborígenes venham a gerar, como no caso da Raposa Serra do Sol, uma condissão empírica de espaços que impossibilite uma precisa fixação de fronteiras interétnicas. Sendo assim, se essa mais entranhada aproximação física ocorrer no plano dos fatos, como efetivamente se deu na Terra Indígena Raposa Serra do Sol, não há como falar de demarcação intraétnica, menos ainda de espaços intervalados para legítima ocupação por não índios, caracterização de terras estaduais devolutas, ou implantação de Municípios. 17. Compatibilidade entre faixa de fronteira e terras indígenas. Há compatibilidade entre o usufruto de terras indígenas e faixa de fronteira. Longe de se pôr como um ponto de fragilidade estrutural das faixas de fronteira, a permanente alocação indígena nesses estratégicos espaços em muito facilita e até obriga que as instituições de Estado (Forças Armadas e Polícia Federal, principalmente) se façam também presentes com seus postos de vigilância, equipamentos, batalhões, companhias e agentes. Sem precisar de licença de quem quer que seja para fazê-lo. Mecanismos, esses, a serem aproveitados como oportunidade ímpar para conscientizar ainda mais os nossos indígenas, instruí-los (a partir dos conscritos), alertá-los contra a influência eventualmente malsã de certas organizações não governamentais estrangeiras, mobilizá-los em defesa da soberania nacional e reforçar neles o inato sentimento de brasilidade. Missão favorecida pelo fato de serem os nossos índios as primeiras pessoas a revelar devoção pelo nosso País (eles, os índios, que em toda nossa história contribuíram decisivamente para a defesa e integridade do território nacional) e até hoje dar mostras de conhecerem o seu interior e as suas bordas mais que ninguém. 18. Fundamentos jurídicos e salvaguardas institucionais que se complementam. Voto do relator que faz agregar aos respectivos fundamentos salvaguardas institucionais ditadas pela superlativa importância histórico-cultural da causa. Salvaguardas ampliadas a partir de voto-vista do Ministro Menezes Direito e deslocadas, por iniciativa deste, para a parte dispositiva da decisão. Técnica de decidibilidade que se adota para conferir maior teor de operacionalidade ao acórdão.

A ementa, na parte transcrita, por si só, estampa novo paradigma a ser seguido nos futuros julgamentos das causas demarcatórias. O Supremo deixou clara sua opção constitucional fraternal e solidária em favor dos indígenas ao reconhecer que afetaria a dignidade desses povos uma demarcação fracionada, constituída por áreas isoladas e descontínuas, também denominadas de *clusters*, conforme pretendiam o Estado de Roraima e outras entidades ligadas ao setor produtivo.

Essa opção, no dizer do Ministro Ayres Brito, parte de uma interpretação fundada na ideia-força de que “o avançado estágio de integração comunitária é de se dar pelo modo mais ativo e respeitoso de protagonização dos segmentos minoritários”.

A pertinência entre terras indígenas e meio ambiente, até aqui defendida, foi bem cimentada na ementa do acórdão e no bojo do lapidar voto, no qual Ayres Brito assentou com peculiar conhecimento de causa:

O momento é propício para remarcar a perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de “conservação” e “preservação” ambiental, pois o fato é que a Constituição dá por suposto o que dissemos um pouco mais atrás: índios e meio ambiente mantêm entre si uma natural relação *de unha e carne*. Não são como *óleo e água*, que não se misturam. Com o que de pronto ressei a seguinte compreensão das coisas: mais que uma simples relação de compatibilidade, o vínculo entre meio ambiente e demarcação de terras indígenas é de ortodoxa pertinência. Razão pela qual o decreto homologatório das Terras Indígenas Raposa Serra do Sol (antecipo o juízo) é inclusivo do Parque Nacional do Monte Roraima, conferindo-lhe, redundantemente, aliás, uma dupla afetação: a ecológica e a propriamente indígena<sup>108</sup>.

108 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3.388*. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. In: REVISTA Trimestral de Jurisprudência. Brasília: STF, abr./jun. 2010, v. 212, p. 87.

A leitura ambiental ganha ênfase na transcrição de trecho da entrevista concedida por Viveiros de Castro ao *Jornal Folha de São Paulo*, citado por Ayres Brito em seu voto, na qual denuncia o deserto vegetal implantado no Estado do Mato Grosso:

O único ponto verde que se vê ao sobrevoá-lo é o Parque Nacional do Xingu, reserva indígena. O resto é deserto vegetal. Uma vez por ano, o deserto verdeja, hora de colher a soja. Depois, dá-se-lhe desfolhante, agrotóxico... E a soja devasta a natureza duplamente. Cada quilo produzido consome 15 litros de água<sup>109</sup>.

Destarte, a opção pelo meio ambiente ficou clarificada na conclusão de que “há perfeita compatibilidade entre meio ambiente e terras indígenas, ainda que estas envolvam áreas de ‘conservação’ e ‘preservação’ ambiental”, e que é possível a administração compartilhada de unidade de conservação e terra indígena, abrindo caminho para a solução de conflitos socioambientais decorrentes das sobreposições.

A decisão do Supremo Tribunal Federal traz o alento de que é preciso tratar da compatibilização entre unidades de proteção ambiental e terras indígenas com a seriedade e profundidade científica que o tema merece, sem a exclusão da linha antropológica, pois enquanto não se chega a um ponto de convergência os conflitos socioambientais continuarão a prejudicar a funcionalidade de diversas áreas, colocando em grave risco o mais diversificado bioma e o maior aquífero do planeta.

Anote-se que o Supremo Tribunal consolidou, também, a compatibilidade da presença indígena em faixa de fronteira internacional, superando eventual obstáculo que o modo de vida seminômade transfron-

109 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Petição nº 3.388*. Rel. Min. Carlos Ayres Brito, *loc. cit.*: Voto do relator, Ministro Carlos Ayres Brito, no qual cita Viveiros de Castro, professor do Museu Nacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro, em entrevista concedida a Flávio Pinheiro e Laura Greenhalgh, *Jornal O Estado de São Paulo*, 20 abr. 2008.



teiriço dos índios daquela região pudessem trazer à segurança nacional, afirmando, ao contrário, que a presença indígena compartilhada com a União fortalece a soberania nacional. Esse fragmento da decisão elevou ainda mais o grau de respeito e consideração pelos índios, assim como a opção sociocultural e ambiental para resolução do conflito.

Autoridades, intelectuais de todas as áreas e o povo em geral aguardavam por esse julgamento, que veio a se firmar como a pedra angular de toda a construção socioambiental que se ergue no sistema jurídico e que se eleva como fraterna tarefa constitucional em defesa da própria sociedade brasileira, e preservar o que há de mais precioso em seu núcleo, os valores mais altruístas e inclusivos, elevando a dignidade e a qualidade de vida de todos os brasileiros.

### 3.6 Caramuru Catarina Paraguassu

Os Pataxó Hã Hã Hãe, segundo Carlos Marés, foram transferidos de suas terras pela própria agência indigenista oficial, algumas décadas após o reconhecimento formal de suas terras. Em razão disso, “os pataxó perderam as terras, a língua e antes que perdessem a dignidade, resolveram voltar, recuperar seu espaço vital”. Somente em 1997, após lutas dramáticas e muitas mortes, obtiveram a primeira ordem judicial de manutenção de posse sobre parte da área<sup>110</sup>.

Na esteira do julgamento do caso Raposa Serra do Sol, o Supremo Tribunal Federal decidiu a Ação Civil Originária (ACO) nº 312, ajuizada em 1982, pela FUNAI, em favor da comunidade Pataxó Hã Hã Hãe, distribuída inicialmente à relatoria do Ministro Nelson Jobim e, pos-

---

110 Cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. *O renascer dos povos indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 135-136.

teriormente, redistribuída, em razão de sua aposentadoria, ao Ministro Eros Roberto Grau.

Ainda sob a relatoria do Ministro Nelson Jobim o STF resolveu questão de ordem acerca da natureza jurídica da demarcação, e concluiu que se tratava de ato de natureza declaratória, nos precisos termos do art. 231 da CF, e não constitutiva, como sustentavam os fazendeiros locais, o que foi crucial para o futuro das demarcações de terras indígenas no Brasil.

A Suprema Corte, já em 2012, anulou todos os títulos expedidos pelo Governo do Estado da Bahia sobre a respectiva área de terras e determinou a demarcação e desocupação da Reserva Caramuru Catarina Paraguassu, situada na região dos municípios de Pau-Brasil, Itajú do Colônia e Camacan, localizados no Sul da Bahia.

O caso dos Pataxó Hã Hã Hãe também ganhou preocupantes contornos, tendo em vista os sérios conflitos entre índios, fazendeiros e força policial, ocorridos naquela área, situação que levou a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha a levar com urgência questão de ordem para preferência de julgamento interrompido com a aposentadoria do Ministro Eros Grau, argumentando que as cenas de violência exibidas pela TV denotavam “extrema conflituosidade e conflagração”<sup>111</sup>.

Segundo noticiado pelo STF em seu portal na internet, na oportunidade do julgamento, mais uma vez, a veia poética do Ministro Ayres Britto trouxe à baila a precisa assertiva de que “A terra, para o índio, é um totem horizontal, é um ente, não um objeto de posse”. O decano, Ministro Celso de Melo, por sua vez, observou em seu voto questões

111 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF considera nulos títulos de terra localizados em área indígena no sul da Bahia*. Notícias STF. Brasília, 2 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206458>>. Acesso em: 16 out. 2012.



peculiares, no mesmo grau de importância daquelas debatidas no julgamento do caso Raposa Serra do Sol:

[...] as perícias antropológica, agrônômica e topográfica revelam que a área efetivamente disputada tem sido habitada pela etnia pataxó, que mantém uma relação especial com as terras da Reserva Indígena Caramuru-Catarina Paraguassu. O ministro considerou que a diáspora (dispersão) ocorrida tempos atrás na região não comprometeu a identidade indígena, tendo em vista que os pataxós se mantiveram na região, “conscientes da vinculação histórica com o seu próprio território”. O ministro Celso de Mello salientou que ninguém pode se tornar dono de terras ocupadas por índios, que pertencem à União e, como tais, não podem ser negociadas. Ele lembrou que a Constituição Federal não prevê pagamento de indenizações aos eventuais ocupantes dessas áreas, apenas o ressarcimento pelas benfeitorias feitas de boa-fé. O decano também se referiu ainda à necessidade de observância do disposto na Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), documento internacional mais recente sobre o tema, da qual o Brasil é signatário, que preserva os direitos de grupos tribais e os protege contra remoções involuntárias<sup>112</sup>.

Sob o ponto de vista ambiental, a situação do sul da Bahia merece especial atenção, pois além dos índios Pataxó<sup>□</sup> reiteradamente denunciarem os desmatamentos ilegais, os estudiosos já apontavam para a degradação da Mata Atlântica e necessidade de ampliação e criação de novas UCs, e da adoção do sistema de corredores ecológicos com gestão compartilhada:

Porém, é fato que somente a manutenção dessas “ilhas” não é suficiente, pois a pressão sobre seus limites é cada vez maior. Dada a importância do manejo dos recursos circundantes para o sucesso de uma área protegida, conceitos como “corredores ecológicos” e “zonas de amortecimento” são complementos indispensáveis no planejamento de uma Unidade de Conservação (WRI/IUCN/PNUMA, 1992)<sup>113</sup>.

112 Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *STF considera nulos títulos de terra localizados em área indígena no sul da Bahia, loc. cit.*

113 Cf. RAMOS, Paulo Cezar Mendes. A importância das unidades de conservação de proteção integral e as

A resposta jurisdicional do Supremo atendeu. Portanto, foi bastante significativa em termos de proteção ao meio ambiente, abrindo caminhos para o Governo instituir naquela região um sistema compartilhado de proteção ambiental.

### 3.7 Hidrelétricas

A construção de usinas hidrelétricas tem sido a opção energética mais em voga em países com grande potencial hídrico como Brasil, Paraguai, Uruguai e Argentina.

Pesquisas desenvolvidas no campo da antropologia<sup>114</sup> dão conta de que os países latino-americanos que passaram por governos militares e obtiveram facilidades na captação de capital internacional desenvolveram com mais intensidade projetos de aproveitamento do potencial energético de suas bacias fluviais.

No início da década de sessenta a meados da década de oitenta, foram construídas vinte e duas barragens na bacia do Uruguai, nos Estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, projetadas pelas Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. (Eletrosul), como também construíram os primeiros aproveitamentos hidrelétricos de grande porte, como a construção das usinas hidrelétricas de Tucuruí no Pará, Balbina no Amazonas e Itaipu no Paraná.

---

comunidades Pataxó.... In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004, p. 198.

114 Cf. SANTOS, Sílvio Coelho dos; NAZKE, Aneliense (org.). *Hidrelétricas e povos indígenas*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003, pp. 10-11.



Esses “projetos desenvolvimentistas”, embora tenham trazido vantagens para o crescimento industrial, causaram também efeitos deletérios para o meio ambiente, principalmente, para as populações indígenas, ante a ausência de estudos prévios e de uma legislação específica sobre a realidade sociocultural, ambiental e econômica da comunidade local.

A construção dessas usinas provocou o alagamento de terras indígenas tradicionais e o consequente reassentamento compulsório dos povos kaingang, Guarani, Parakanã, Gavião da Montanha, Waimiri e Atroari.

Etnias que viviam em situação de isolamento, localizadas na área de influência desses empreendimentos, foram afetadas por essas obras e realocadas em outras terras sem infraestrutura. O reassentamento desses povos indígenas afetados ocorreu sem que medidas importantes fossem tomadas pelo Estado, como a regularização das terras onde esses povos foram assentados, implantação de infraestrutura, disponibilidade de alternativas econômicas, que garantissem a sobrevivência dos indígenas, além da implantação de saneamento básico, e tivessem sido previamente implementados. Inferindo-se que as experiências vivenciadas pela concretização desses projetos hidrelétricos foram desastrosas aos indígenas que até hoje lutam, incansavelmente, pelos direitos usurpados.

Os mesmos relatos antropológicos dão conta de que construção da UHE Itaipu Binacional (Brasil/Paraguai), considerada um megaprojeto hidrelétrico, resultou em vários malefícios aos índios Guarani, dos subgrupos Mbyá e Nandeva, que viviam nas imediações dos rios Jacutinga e Ocoí, pequenos afluentes do rio Paraná, atingidos pela formação do reservatório.

Os Guarani que vivem na Terra Indígena Ocoí, localizados em extensa área no sul do Brasil, norte da Argentina, parte oriental do Paraguai e sul da Bolívia, suportaram os primeiros embates da conquista europeia, a partir do século XVI, e sofreram com as inicia-

tivas de catequese dos jesuítas. Apresentam-se, hoje, como um dos maiores povos indígenas da América do Sul, conhecidos por seus deslocamentos nos espaços geográficos que formavam seu extenso território, e, devido a suas andanças, eram tidos como nômades. Com a implantação da Itaipu Binacional, os Guarani começaram a vivenciar maiores dificuldades, pois foram ignorados pelo Instituto Nacional de Reforma Agrária (INCRA), pelo Instituto de Terras do Paraná e outras instituições governamentais, principalmente quando os governos federal e estadual passaram a estimular projetos de colonização em todo o Oeste do Paraná, momento em que sofreram ameaças de burocratas e jagunços, resultando para a comunidade indígena submeter-se a trabalhos forçados ou evadir-se para outras regiões<sup>115</sup>.

Para reparar os malefícios causados a essa comunidade indígena, várias ações do INCRA, FUNAI, da Associação Brasileira de Antropologia (ABA) e do Banco Mundial foram promovidas para resolver o impacto causado aos índios Guarani, porém sem fundamentação adequada à solução desse problema. Após quinze anos de reivindicações, os Guarani foram atendidos, pela Binacional, com a compra de uma área de mil setecentos e quarenta e quatro hectares, localizada no município de Diamantina do Oeste-PR.

Diante do cenário de injustiças, decorrentes da construção dessas hidrelétricas, a partir da década de oitenta as populações indígenas e tradicionais, apoiadas por diversas ONGs, pressionaram as empresas estatais e privadas do setor elétrico para assumirem suas responsabilidades, em particular a proteção e o respeito à dignidade dos povos indígenas. Em 1986, a Eletrobrás editou o “Manual de estudos de efeitos ambientais dos sistemas elétricos” e, em seguida, criou o

115 Cf. SANTOS, Sílvio Coelho dos; NAZKE, Aneliase (org.). *Hidrelétricas e povos indígenas*. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003, pp. 22-23.



Plano-Diretor do Meio Ambiente (PDMA); o Comitê Consultivo de Meio Ambiente (CCMA); o Departamento de Meio Ambiente, dentre outras instituições de apoio à exploração do Meio Ambiente e proteção aos povos indígenas.

O § 3º do art. 231 da Constituição Federal garante a oitiva dos povos indígenas no processo de autorização do Congresso Nacional para aproveitamento dos recursos hídricos em suas terras, mas de nada tem adiantado, por ser considerado pelas autoridades governamentais meramente opinativo, e não consultivo, o que resultou bem evidente no episódio do licenciamento ambiental da Usina de Belo Monte, no Rio Xingu, cujo impacto ambiental atingirá a área do Parque Indígena do Xingu, marco histórico do sociambientalismo brasileiro.

As imagens do dramático e ameaçador protesto da Índia Tuíra (II Encontro dos Povos Indígenas do Xingu, em Alamira-PA) comoveram o mundo e chamaram a atenção para a causa dos Índios Xinguanos, e certamente ainda perambulam na consciência daqueles que optaram pelo licenciamento da obra de Belo Monte.

Não é demais repetir que em terras indígenas o conceito de sustentabilidade não pode ser o do modo de produção capitalista, mas sim aquele dos povos ameríndios, que há milênios protegem as florestas brasileiras contra a exploração gananciosa dos que buscam lucratividade financeira.

Assim, a busca por novas fontes de energia, seja pela exploração das bacias fluviais, petróleo, carvão mineral, lenha, carvão vegetal, álcool, xisto ou energia nuclear, deve respeitar alguns limites: a preservação do meio ambiente e o respeito aos direitos de todos os povos indígenas de viver num ambiente ecologicamente equilibrado, preservando sua cultura, sua história, suas terras e vidas.

### 3.8 Belo Monte

*Eu defendo o rio, a floresta e a terra  
para a sobrevivência do meu povo,  
das novas gerações, meus netos.  
Por isso eu não aceito a construção  
da barragem de Belo Monte  
no Rio Xingu.*

(Raoni Metuktire)

A construção da Usina de Belo Monte, no Rio Xingu, é um dos episódios mais dramáticos e conflituosos entre o Governo Federal e os povos indígenas.

Para que se entenda o impacto da construção dessa hidrelétrica na região próxima ao Parque Nacional do Xingu, é necessário considerar alguns números relevantes:

- a) duzentos e dez milhões de metros cúbicos de terra e pedras que serão retiradas no processo de escavação sem local de depósito previamente definido;
- b) quatrocentas e quarenta espécies de aves que habitam a área que será inundada, algumas em risco de extinção, como a arara-azul;
- c) duzentas e cinquenta e nove espécies de mamíferos (quarenta de porte médio ou grande);
- d) cento e setenta e quatro diferentes espécies de répteis e trezentas e oitenta e sete espécies de peixes.



Além disso, deve-se considerar que a vazão do Rio Xingu na época da cheia é de vinte e três mil metros cúbicos por segundo, quatro vezes superior à vazão das Cataratas do Iguazu, segundo relata a Senadora Marina Silva – do Partido Verde (PV) –, alertando que:

Apenas a eficiência energética da usina não será tão grande. Uma obra colossal que custará certamente mais de R\$ 30 bilhões – se somados todos os gastos, como o custo e a extensão da linha de transmissão, por exemplo – terá uma capacidade instalada de gerar, em média, 4.428 MW, em razão do que poderá ser suportado pelo regime hídrico do rio, nesta configuração do projeto. E não os 11.223 MW que estão sendo equivocadamente anunciados. A energia média efetiva entregue ao sistema de distribuição será de 39% da capacidade máxima de geração, enquanto a recomendação técnica indica que essa eficiência seja de pelo menos 55%. Para que Belo Monte possa apresentar um grau de eficiência energética compatível com as recomendações técnicas, seria necessária a construção de outras três hidrelétricas na bacia do rio Xingu, que teriam a função de regularizar a vazão do rio. Por ora, a construção dessas usinas foi descartada pelo governo porque estão projetadas para o coração da bacia, onde 40% das terras pertencem aos indígenas. No entanto, a insistência em manter o projeto nessa dimensão (apesar de haver alternativa de barragem com quase metade da capacidade instalada e perda de pouco mais de 15% na potência média gerada) provoca forte desconfiança, tanto dos analistas como das comunidades e dos movimentos sociais envolvidos, de que a desistência de construir as outras três hidrelétricas seja apenas temporária. A população indígena – são mais de 28 etnias naquela região – ficará prensada entre as cabeceiras dos rios que formam a bacia, hoje em processo acelerado de exploração econômica e com alto nível de desmatamento acumulado. E a barragem, além de interromper o fluxo migratório de várias espécies, vai alterar as características de vazão do rio. É incrível que um empreendimento com esse nível de interferência em ambientes sensíveis seja idealizado sem um planejamento adequado quanto ao uso e à ocupação do território. A solução de problemas dessa dimensão não pode ser delegada exclusivamente a uma empresa com interesse específico na exploração do potencial hidrelétrico, com todas as limitações conhecidas do processo de licenciamento. Com a obra, são esperadas mais de

100 mil pessoas na região. Não há como dar conta do adensamento populacional que será provocado no meio da floresta amazônica, sem um planejamento para essa ocupação e um melhor ordenamento do território. Isso só pode ser alcançado através da elaboração de um Plano de Desenvolvimento Sustentável na região de abrangência da obra<sup>116</sup>.

Considerados os parâmetros de outras decisões envolvendo o tema socioambiental e o desenvolvimento sustentável, o Supremo Tribunal Federal tem deixado a desejar no caso das hidrelétricas. No dia 27 de agosto último, o Ministro Ayres Brito, o mesmo relator do caso Raposa Serra do Sol, concedeu liminar na Reclamação (RCL) nº 14.404 para suspender a decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) que determinara a paralisação das obras da hidrelétrica.

Segundo o portal de notícias do Supremo, o Ministério Público Federal recorreu da decisão sob o argumento de que a prévia oitiva das comunidades indígenas afetadas deve ser feita pelo Congresso Nacional antes da autorização para aproveitamento dos recursos hídricos, conforme disposto no art. 231 da CF<sup>117</sup>.

Não é demais ressaltar que essa pendenga persiste desde o período anterior ao do licenciamento da obra pelo IBAMA. Em um primeiro momento, o Supremo Tribunal Federal negou ao IBAMA a atribuição de ouvir as comunidades impactadas no processo de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), sob a interpretação de que ainda não havia sido editada lei complementar ao § 3º do art. 231 da Constituição Federal.

A decisão, todavia, foi suspensa pela então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Ellen Gracie, permitindo que as comunida-

116 SILVA, Marina. *Pandora é aqui?* A Ficha Caiu, 5 fev. 2010. Disponível em: <<http://afichacaiu.wordpress.com/2010/02/05/entenda-o-impacto-da-construcao-da-usina-de-belo-monte/>>. Acesso em: 17 out. 2012.

117 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PGR pede reconsideração de liminar sobre Belo Monte*. Notícias STF, 4 set. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217199>>. Acesso em: 17 out. 2012.



des indígenas e os impactados fossem ouvidos pelo IBAMA, o que não passou de mera formalidade para sacramentar o procedimento, haja vista a obra ter sido licenciada em 1º de julho de 2011.

### **3.9 Conflitos indígenas na Corte Interamericana de Direitos Humanos**

O Brasil é signatário de vários tratados internacionais sobre direitos humanos, entre os quais:

- a) Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem;
- b) Convenção nº 169, sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes da Organização Internacional do Trabalho (1989);
- c) Declaração das Organizações das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas (2007);
- d) Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais da UNESCO;
- e) Tratado de Cooperação Amazônica, firmado em 1978, com Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e Venezuela.

Em casos como o de Belo Monte, por exemplo, a falta de oitiva das comunidades indígenas pode implicar violação aos direitos humanos, conforme reconhecido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos dos Yanomami, no Brasil, e dos Awás Tíngni Mayana, na Nicarágua, segundo notícia Valerio Mazzuoli<sup>118</sup>.

118 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Curso de direito internacional público. 3.ed. São Paulo: RT, 2009, pp. 859-879.

O caso dos Yanomami (Resolução nº 12, de 1985, Caso nº 7.615 – Brasil, constante do Relatório Anual da CIDH 1984-85) envolveu a construção de uma estrada, por onde os não índios transitavam. Além de contaminarem os índios com doenças às quais não têm resistência, a presença de estranhos trouxe diversos outros malefícios àquela tribo. Constataram-se, neste caso, várias violações à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, no que diz respeito ao direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal e ao direito à preservação da saúde e do bem-estar.

O caso da comunidade indígena Awás Tingni Mayagna (Sumo) contra a Nicarágua, diz respeito à demarcação de suas terras. O caso foi encaminhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana, sob a alegação de que o fracasso da demarcação e reconhecimento do território, ante a perspectiva do desmatamento sancionado pelo governo nessas terras, constituía violação da Convenção Americana, tendo a Corte decidido, em agosto de 2001, que o Estado violara os arts. 21 e 25 da Convenção Americana (direito à *propriedade privada e proteção judicial*, respectivamente), recomendando que se efetivasse a demarcação das terras dos Awás Tingni.

### 3.10 Novos Sistemas de Solução de Conflitos

A lentidão do Poder Judiciário na solução dos conflitos indígenas, na maior parte das vezes decorrente da grande carga de jurisdição e da falta de condições materiais de trabalho dos juízes, principalmente na Amazônia, assim como a falta de compreensão da cultura indígena com a necessária profundidade, exige maior reflexão sobre novos métodos de solução de conflitos judiciais naquela região.

A busca de rapidez nas decisões, com a segurança jurídica que a emergência socioambiental exige, recomenda a pesquisa de mecanismos adequados para a solução desses conflitos, inquietantes para a vida de comunidades indígenas e tradicionais da Amazônia, que, por outro lado, também travam o desenvolvimento sustentável que se busca implementar na vastidão daqueles ermos.

Essa vertente baseia-se num pluralismo jurídico adaptado às necessidades do Estado de Direito Socioambiental que se anuncia, no qual os costumes e tradições dos povos tradicionais e indígenas não estariam limitados a uma funcionalidade alternativa ou paralela apenas no âmbito das suas aldeias ou comunidades, tal qual Boaventura Silva Santos admite, (em tese, a possibilidade teórica de...) teoricamente acenando para a possibilidade teórica de convivência entre dois ordenamentos de solução de conflitos, ainda que oficiais, em comunidades distintas dentro de um mesmo território<sup>119</sup>.

119 SANTOS, Boaventura de Sousa. *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica*. Porto Alegre: SAFE, 1988, pp. 73-75: [...] O problema do pluralismo jurídico foi depois retomado, em termos muito diferentes, pela antropologia do direito e é hoje um dos problemas mais amplamente tratados por esta disciplina. O contexto sociológico básico em que se deu o interesse por este problema foi, como em muitas outras questões, o colonialismo, isto é, a coexistência num mesmo espaço, arbitrariamente unificado como colônia, do direito do estado colonizador e dos direitos tradicionais. Esta coexistência, fonte constante de conflitos e de acomodações precárias, teve nalguns casos cobertura jurídico-constitucional (por exemplo, na *indirect rule* do colonialismo inglês) enquanto noutros foi um fenómeno sociológico e político à revelia das concepções jurídico-políticas oficiais do estado colonizador (o que, em boa parte, aconteceu com o colonialismo português). [...] Por último, há que considerar as situações de pluralismo jurídico nos casos em que populações autóctones, «nativas» ou «indígenas», quando não totalmente exterminadas, foram submetidas ao direito do conquistador com a permissão, expressa ou implícita, de em certos domínios continuarem a seguir o seu direito tradicional. É o caso das populações índias dos países da América do Norte, América Latina e dos povos autóctones da Nova Zelândia e Austrália. Todos estes casos de pluralismo jurídico, com vigência sociológica reconhecida ou não pelo direito dominante, constituem situações socialmente consolidadas e de longa duração, onde se reflectem conflitos sociais que acumulam e condensam clivagens sócio-económicas, políticas e culturais particularmente complexas e evidentes. Têm lugar em sociedades que, por isso, têm sido designadas «heterogêneas». No entanto, a análise detalhada destas situações e sociedades revela concomitantemente a conveniência em ampliar o conceito de pluralismo jurídico, de modo a cobrir situações susceptíveis de ocorrer em sociedades, cuja homogeneidade é sempre precária porque definida em termos classistas; isto é, nas sociedades capitalistas. Nestas sociedades, a «homogeneidade» é, em cada momento histórico, o produto concreto das lutas de classes e esconde, por isso, contradições (interclassistas, mas também intraclassistas) que não são nunca puramente económicas e, pelo contrário, são tecidas de dimensões sociais, políticas e culturais variamente entrelaçadas. Estas contradições podem assumir diferentes expressões jurídicas, reveladoras, na sua relativa especificidade, dos diferentes modos por que se reproduz a dominação político-jurídica. Uma dessas expressões (e um desses modos) é precisamente a situação de pluralismo jurídico e tem lugar sempre que as contradições se condensam na criação de espaços sociais, mais ou menos segregados, no seio dos quais se geram litígios ou disputas processados com base em recursos normativos e institucionais internos.

A jurisdição indígena não é estranha ao direito brasileiro, que a admite, nos termos do art. 57 do Estatuto do Índio, que tolera a jurisdição indígena penal e disciplinar, desde que não resulte em penas cruéis ou infamantes, excluída a hipótese de pena de morte.

As Constituições de Bolívia, México, Paraguai e Colômbia possuem disposições similares sobre o reconhecimento da jurisdição indígena em seus territórios, de forma mais ampla do que no Brasil.

No entanto, um tribunal socioambiental (colegiados de primeiro e segundo grau de jurisdição, compostos de juízes oriundos de diversos segmentos) poderia se constituir em pioneira, rica e bem-sucedida experiência para o Poder Judiciário do Brasil. A multidisciplinaridade, evidentemente, deveria ser a tônica, nos moldes dos grupos de trabalho instituídos para solucionar os casos de sobreposição entre UCs e TIs, similar à antiga estrutura organizacional da Justiça do Trabalho, composta por juízes vogais, representantes de diversos segmentos, tais como ambientalistas, indigenistas, seringueiros, madeireiros e fazendeiros etc, indicados por seus órgãos de representação, na forma que a lei dispusesse.

O tribunal, por sua vez, teria o apoio de um corpo técnico permanente e seria composto por juízes oriundos dos diversos segmentos que integram o primeiro grau. Uma justiça socioambiental, ao fim e ao cabo, como fruto desse novo pacto social jurídico-ambiental, que emerge do Estado pós-social que se anuncia em um horizonte não muito longínquo.

---

Estes espaços sociais variam segundo o factor dominante na sua constituição (que pode ser sócio-económico, político ou cultural) e segundo a composição da classe. Em geral, tendem a configurar situações de menor consolidação (e por vezes de mais curta duração) quando confrontadas com as que compõem os contextos de pluralismo jurídico anteriormente mencionados [...].



## 4 Novos tempos, novas ameaças, novos desafios

Tramita desde 2000, no Congresso Nacional, a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 215, que tem por objetivo retirar do Poder Executivo e atribuir exclusivamente ao Congresso Nacional a competência para demarcar e revisar a demarcação de reservas indígenas, cujos critérios propõe remeter à regulamentação por lei ordinária.

A demarcação de terras indígenas consiste em trabalho interdisciplinar eminentemente técnico de identificação e delimitação das terras tradicionalmente ocupadas por esses povos, o que reclama estudos antropológicos, sociológicos, jurídicos, cartográficos, ambientais, além de levantamento cartográfico, próprio da natureza do processo administrativo, completamente estranho ao processo legislativo.

O processo administrativo de demarcação, de competência da União, garantido na Constituição Federal (Lei nº 6.001, de 1973 — Estatuto do Índio —, e Decreto nº 1.775, de 1996) deve obedecer às seguintes etapas:

- a) identificação e delimitação antropológica da área;
- b) declaração da posse permanente (portaria do Ministro de Estado da Justiça);
- c) demarcação (assentamento físico dos limites);
- d) homologação (decreto presidencial);
- e) registro nos cartórios de imóveis das comarcas de situação das terras e na Secretaria de Patrimônio da União.

Destarte, não seria viável o desenvolvimento de fases dessa natureza, eminentemente técnicas e administrativas, no âmbito do processo legislativo.

O art. 231 da Constituição Federal, de eficácia plena, reconhece, conforme reiteradamente afirmado, o direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam, razão pela qual cabe ao Poder Executivo apenas identificá-las e delimitá-las por meio de procedimento administrativo que não necessita de lei para regulamentá-lo.

Condicionar o exercício de atribuição exclusiva do Poder Executivo à convalidação ou revisão do Congresso Nacional configura verdadeira usurpação de poder, em violação frontal à separação dos Poderes, cláusula pétreia sacramentada no art. 60, § 4º, III, da Constituição Federal de 1988.

A aparente inconstitucionalidade que sobressai da PEC nº 215, violadora de direito fundamental dos índios<sup>120</sup>, pode ser objeto de fiscalização prévia<sup>121</sup> ou mesmo posterior<sup>122</sup> à sua promulgação, caso venha a ser aprovada, uma vez que é possível a declaração de inconstitucionalidade de norma constitucional, na esteira do entendimento reiterado do Supremo Tribunal Federal<sup>123</sup>, basea-

120 Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 29.

121 Cf. MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2011, pp. 690-691.

122 Cf. FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves, *op. cit.*, p. 29.

123 Cf. BARROSO, Luis Roberto. *Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 50, 68, 210: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não admite, como regra, o controle judicial da tramitação de projetos, salvo quando se trate de proposta de emenda constitucional violadora de cláusula pétreia, além de ser extremamente restritiva na discussão judicial das questões regimentais em geral, referidas como *interna corporis*. Nota: STF, RTJ, 112:1031, 1985, MS 20.471-DF, rel. Min. Francisco Rezek: "Matéria relativa à interpretação, pelo Presidente do Congresso Nacional, de normas de regimento legislativo é imune à crítica judiciária, circunscrevendo-se no domínio *interna corporis*"; STF, DJU, 6 jun. 1997, MS 22.503-DF, rel. Min. Marco Aurélio: "Mandado de segurança impetrado contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, relativo à tramitação de Emenda Constitucional. Alegação de violação de diversas normas do Regimento Interno e do art. 60, § 5º, da Constituição Federal. Preliminar: impetração não conhecida quanto aos fundamentos regimentais, por se tratar de matéria *interna corporis* que só pode encontrar solução no âmbito do Poder Legislativo, não sujeita à apreciação do Poder Judiciário". Na doutrina, v. José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*, 2002, p. 309 e s.[...] Existe, ainda, uma hipótese de controle prévio de constitucionalidade, *em sede judicial*, que tem sido admitida no direito brasileiro. O Supremo Tribunal Federal tem conhecido de mandados de segurança, requeridos por parlamentares, contra o simples processamento de propostas de emenda à Constituição cujo conteúdo viole alguma das cláusulas pétreas do art. 60, § 42. Em mais de um precedente,



do na doutrina de Otto Bachoff<sup>124</sup>.

Aliás, essa mudança seria uma perigosa relativização dos direitos fundamentais dos povos indígenas, inclusive o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que possibilitaria a qualquer tempo revisões e extinções de reservas indígenas a critério da maioria, colocando em risco a supremacia e efetividade da Constituição.

A potencialidade de risco em situações dessa natureza pode ser aferida no dramático caso da construção da Usina de Belo Monte, onde ambientalistas, ativistas ligados a movimentos indígenas, populações impactadas, principalmente as comunidades indígenas situadas na região, lutaram por anos a fio, inclusive com a judicialização da matéria, para serem ouvidos em relação ao aproveitamento de recursos hídricos em suas terras.

No entanto, como dito anteriormente, a usina foi licenciada em 1<sup>º</sup> de julho de 2011, após oitiva de natureza consultiva pelo próprio órgão ambiental, e deve iniciar seu funcionamento comercial em 2015, afetando diversas etnias que vivem em doze áreas indígenas, dentre as quais os Juruna Arara, Xikrin, Kaiapó, Xipaya, Kuruaya, Asurini, Araweté, Parakanã.

Outra notícia que causou perplexidade foi recentemente veiculada pela imprensa dando conta da redução significativa (equivalente a três vezes o tamanho do município de São Paulo) do maior parque ambiental do Brasil, a Floresta Nacional (Flona) do Jamanxim, criada em 2006, pelo Presidente Lula, para conter os desmatamentos na região sul do Pará. Segundo a imprensa nacional, mais do que a terça parte da maior

---

a Corte reconheceu a possibilidade de fiscalização jurisdicional da constitucionalidade de propostas de emenda à Constituição que veicularem matéria vedada ao poder reformador do Congresso Nacional. [...] Proposta de emenda constitucional ou projeto de lei. Não cabe ação direta de inconstitucionalidade contra ato normativo ainda em fase de formação, como é o caso da proposta de emenda à Constituição ou do projeto de lei em tramitação.

124 BACHOFF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Tradução e nota prévia Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994, p. 51.

Floresta Nacional do País, de pouco mais de um vírgula três milhão de hectares, colocando em risco os avanços então obtidos na política de combate ao desmatamento na Amazônia. Ainda segundo a mesma fonte, há indícios do início de um desmanche das unidades de conservação, cujo ritmo de criação despencou desde o início do governo Dilma<sup>125</sup>”.

De outro lado, a recente edição do Decreto nº 7.747, de 2012, instituindo a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas (PNGATI) revasculariza o socioambientalismo brasileiro e abre novas perspectivas para que as terras indígenas sejam reconhecidas pelo Governo brasileiro como verdadeiras reservas ambientais, de vital importância para o equilíbrio do meio ambiente no planeta.

Essa perspectiva, construída por meio de um processo histórico de resistência, ganhou relevo no contexto do aquecimento global, resultando na internacionalização da causa socioambiental dos índios brasileiros, o que ficou evidenciado na Eco92 e na Rio+20, onde os povos indígenas têm participado efetivamente e buscado a atenção e simpatia pela causa dos povos da floresta.

À medida que novos desafios surgem, as comunidades indígenas têm se organizado melhor, criando suas próprias ONGs e assumindo o estandarte ambientalista, conscientes de que o futuro dos povos indígenas brasileiros passa pela preservação de suas terras. É por esse motivo que defendem desesperadamente a paralisação da obra de Belo Monte e o reestudo dos projetos, pois o que está em jogo não é apenas uma usina hidrelétrica, são conceitos e políticas públicas excludentes e danosas ao meio ambiente. No vácuo de Belo Monte certamente virão outras.

125 Cf. SALOMON, Marta. *Governo Dilma estuda reduzir área da maior reserva em 1/3*. Dom Total. Notícias, 16 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=475212>>. Acesso em: 16 jul. 2012.



O reconhecimento das comunidades indígenas como pessoas jurídicas e a garantia da legitimidade de representação judicial, respeitado o modo de escolha próprio de cada etnia, também abrem mais perspectivas de soluções judiciais para os conflitos que atormentam a vida desses povos, que antes dependiam da tutela governamental ou do Ministério Público.

Samia Barbieri<sup>126</sup> anota haver consenso doutrinário de que as comunidades indígenas são uma categoria de pessoa jurídica de direitos, pois os índios têm sua organização social, costumes e tradições reconhecidos pela Constituição Federal, que também lhes assegura a legitimidade para ingressar em juízo, por seus representantes, segundo sua forma de representação, em defesa dos interesses tribais. Essa natureza jurídica, pelo critério da finalidade, estaria mais próxima do conceito de pessoa jurídica de direito privado.

Essas garantias oportunizaram maior participação dos indígenas nas decisões das políticas públicas pertinentes e ampliaram o direito de resistência dessas comunidades dentro do sistema jurídico, possibilitando que grandes áreas de floresta fossem preservadas contra a ação ilegal de invasores e exploradores clandestinos das riquezas naturais dos diversos biomas habitados pelos índios brasileiros. Consequentemente, a intensidade da força normativa da Constituição passou a ser maior em favor dos seus direitos.

Há episódios, contudo, divulgados pela imprensa nacional em que supostos aproveitadores (grandes empresas multinacionais) estariam se utilizando de megacontratos de venda (sequestro) de carbono, firmados com os índios, passando por cima das leis e das autoridades brasileiras, com a finalidade de se apropriarem de espécies da flora amazônica.

---

126 BARBIERI, Samia Roges Jordy. *Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana*. Coimbra: Almedina, 2011, p. 60.

No caso específico do contrato firmado entre os Munduruku e uma obscura empresa multinacional não há qualquer benefício evidente para os índios, e ainda coloca em risco, à primeira vista, eventuais direitos futuros de venda de créditos florestais baseados na Redução das Emissões do Desmatamento e Degradação (REDD). Aparentemente, o objeto do contrato se restringe à venda de direitos futuros de comercialização de possíveis créditos de carbono, ou seja, objeto futuro incerto, não abrangendo situações que indiquem biopirataria. Mas, por via das dúvidas o Ministério Público está investigando o caso.

De outro lado, o pagamento de serviços ambientais seria uma opção de sustentabilidade para os povos indígenas, apesar de a matéria ainda ser polêmica, e ter sido postergada para 2020 a obrigatoriedade de os países desenvolvidos reduzirem emissões de gases poluentes, conforme assentado na Conferência de Durban.

Além disso, a REDD pende de regulamentação, pois não existem regras claras no direito internacional acerca de créditos sobre desmatamento evitado, situação que tem influenciado no direito brasileiro, principalmente no que se refere à política de gestão de terras indígenas de que trata o recente Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012 (PNGATI).

Sobre os tratados internacionais que versam sobre a proteção da biodiversidade, Carla Amado Gomes<sup>127</sup> alerta que:

No caso da protecção das florestas, a dependência das políticas de desenvolvimento económico de cada Estado e a total remissão para a sua legislação interna esvaziam qualquer intenção efectiva de protecção dos interesses ambientais. No domínio da conservação da diversidade biológica, todas as obrigações das partes estão condicionadas por uma cláusula de “reserva do possível e oportuno”.

127 GOMES, Carla Amado. *Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente*. Lisboa: Coimbra, 2007, p. 39.

Em recente artigo sobre o caso do contrato firmado pelos índios Munduruku, Raul Silva Teles do Vale<sup>128</sup> esclarece que:

O desmatamento evitado não é o resultado de um contrato ou mesmo de um pagamento. Sobretudo em terras indígenas, ele só pode ser alcançado a partir de um adequado planejamento de uso do território, que possa projetar no futuro a forma como os índios querem lidar com os recursos naturais de suas terras. Na Colômbia esse planejamento tem reconhecimento oficial (*planes de vida*) e é a base para o repasse de recursos públicos para gestão pelas autoridades indígenas. No Brasil, eles ainda não existem oficialmente, mas poderiam – e deveriam – ser incentivados se a Política Nacional de Gestão Ambiental em Terras Indígenas (PNGATI), elaborada pelo governo federal, em 2010, com ampla consulta às populações indígenas, já tivesse sido aprovada pela presidente da República.

O caso dos Paiter Suruí, de Rondônia, por exemplo, ganhou espaço no Jornal O Estado de São Paulo<sup>129</sup>, um dos principais veículos de comunicação do país, em razão da falta de regulamentação da venda de créditos de carbono no Brasil:

[...] Os paiter suruí receberam qualificação para gerar créditos de carbono, mas lei não saiu e agora estão sob alvo dos madeireiros. O plano de Redução de Emissões por Desmatamento (Redd) dos paiter suruí levou quatro anos para ser criado. Com o nome de Projeto de Carbono Florestal Suruí, é o único do País que recebeu os selos VCS (Verified Carbon Standard) e CCB (Climate, Community and Biodiversity). “Nosso projeto foi validado pelos dois principais selos. Mas essa validação não é constante e só tem a certificação efetivada quando a área passar a ser monitorada e obter resultados”, explica Mariano Cenamo, pesquisador do Instituto de Conservação e Desenvolvimento Sustentável do Amazonas (Idesam), que ajudou a tribo na formatação e cer-

128 VALE, Raul Silva Teles do. *O caso do carbono indígena e as lições aprendidas*. ISA, 22 mar. 2012. Disponível em: <[http://www.socioambiental.org/nsa/direto/direto\\_html?codigo=2012-03-22-105644](http://www.socioambiental.org/nsa/direto/direto_html?codigo=2012-03-22-105644)>. Acesso em: 18 out. 2012.

129 DEIRO, Bruno. Tribo obtém certificado, mas falta regulamentação. Jornal O Estado de São Paulo, 29 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,tribo-obtem-certificado-mas-falta-regulamentacao,922809,0.htm>>. Acesso em: 17 out. 2012.

tificação do empreendimento. Emperrado em meio à discussão sobre o novo Código Florestal, o mercado de venda de crédito de carbono ainda não tem regulamentação definida no País. Enquanto isso, a tribo païter suruí vê o potencial do projeto cada vez mais colocado em risco.

O grande desafio dos povos indígenas, nesse comenos, parece residir na intensificação das ações de valorização da cultura e arte milenares como instrumentos de conscientização coletiva e contributo para as políticas públicas no Brasil, além de catalisadores de recursos internacionais para projetos sustentáveis que levem esses preciosos bens materiais e imateriais a todo o planeta, de forma a contribuir não apenas com o equilíbrio ambiental, mas também com povos tradicionais e silvícolas da América e dos outros continentes, a fim de que não tenham o trágico destino dos índios norteamericanos, sem terras, tradições e cultura.

## 5 Considerações finais

Os povos indígenas brasileiros, ricos em cultura e tradições, possuem uma noção comum de culto e respeito pela natureza, que lhes facilita a percepção, com maior nitidez do que outros povos, de que seus campos, florestas, rios e lagos não são fontes inesgotáveis de riquezas. A busca de novo local para caça, pesca e extrativismo, ou de nova área para roça, decorre de aguçada percepção e compreensão dos sinais de escassez desses gêneros e da perda de fertilidade do solo, o que significa tempo para a natureza se recuperar e novamente proporcionar o sustento da tribo. Decorre desse entendimento a característica seminômade de diversas tribos, sempre dentro de um mesmo território onde praticam há milênios seus saberes e andanças.



Experimentam, também, problemas comuns, preconceitos idênticos, desrespeito a seus costumes e tradições, invasões, desmatamento e poluição de suas terras, praticados por uma minoria que detém o poder econômico, além da marginalização social quando aculturados ou em processo de aculturação.

O mais grave desses problemas, no entanto, é a falta de uma política mais bem definida de proteção e de demarcação do restante das suas terras, cuja importância ambiental não interessa apenas a esses povos, pois são áreas vitais para o equilíbrio ambiental no planeta.

Em decorrência da espera pela demarcação e proteção das suas terras, muitos ainda não se livraram da invasão e do desmatamento praticado pelos não índios. Assustados e impotentes diante dos invasores, já não empunham seus arcos em defesa das matas, como Cabral e sua esquadra viram pela primeira vez, apenas clamam e esperam por justiça.

Algumas etnias têm se organizado em busca de projetos sustentáveis para recuperar suas terras e delas retirar, com manejo adequado, o essencial para sobreviver e manter suas tradições, costumes e cultura milenares, como forma de evitar que a aculturação destrua todo esse patrimônio sociocultural e ambiental. Outros se organizam na cata de sementes e replantio de florestas degradadas, inclusive nas cercanias de suas áreas, com vistas à preservação de nascentes e reversão da poluição e do assoreamento dos rios que atravessam suas terras.

A inclusão do indigenato na Lei Fundamental brasileira, decorrente de uma decisão humanista e holística, e bem assim a disposição sobre o dever estatal de promover o reconhecimento e a demarcação das terras indígenas, trouxeram a perspectiva de concreção do princípio da dignidade humana inerente aos povos pré-colombianos que

integram o Estado brasileiro. Disso resulta que é direito fundamental originário dos povos indígenas brasileiros e obrigação da União identificar e demarcar as áreas de reserva que lhes proporcionem sobrevivência digna, preservação social, étnica, cultural, histórica e o desenvolvimento sustentável, a fim de que possam contribuir efetivamente para sua autodeterminação, nos termos do art. 231 da Constituição Federal.

A política administrativa de demarcação de reservas indígenas, nesse quadrante, deve conjugar a motivação étnica, histórica e cultural com a proteção do ambiente, dentro de uma perspectiva socioambiental, de modo que toda reserva indígena seja efetivamente uma unidade de conservação ambiental, como uma segunda pele, pois a interpretação do § 1º do art. 231 deve se harmonizar com a do art. 225 da Constituição Federal, tendo em vista que as reservas indígenas transcendem essa função ambiental além dos seus limites territoriais, pois beneficiam a todos, por meio de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, e não apenas à etnia ocupante da área. Não se trata de mera sobreposição formal discricionária de área de preservação ambiental à reserva indígena, mas vinculada a ambos os subsistemas (idênticos direitos de todos e de alguns), que se inter-relacionam explicitamente nos termos do art. 231 da CF. Em razão disso, a compatibilização entre unidades de conservação e reservas indígenas deve nortear as políticas públicas voltadas para a proteção ambiental dessas áreas (afastando-se o mito da natureza intocada), dentro de uma política socioambiental baseada em corredores ecológicos que propiciem integração com administração compartilhada.

Partindo-se do pressuposto de que há explícito inter-relacionamento entre os arts. 225 e 231 da CF, a regra do § 3º do art. 231, referente à exploração dos recursos hídricos e minerais, deve ser aplicada com acentuada ponderação, pois a força normativa dos §§1º e 2º do mesmo



art. 231, que se encontram em harmonia com o sistema de proteção ao meio ambiente, deve ser considerada, não sendo de boa técnica valorá-la isoladamente. Ademais, as riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nessas áreas são de usufruto exclusivo dos índios, conforme expressa disposição constitucional, sem perder de vista a transcendência ambiental dessas reservas. Portanto, as licenças para exploração desses recursos, principalmente para construção de hidrelétricas, devem atender ao comando constitucional quanto à imprescindibilidade da oitiva das populações indígenas, cuja opinião deve ser considerada desde a fase inicial dos projetos, e não apenas na fase final de licenciamento, como está ocorrendo no caso de Belo Monte, no Rio Xingu.

A política de proteção ambiental das reservas indígenas, em decorrência disso, deve ter como diretriz o princípio da prevenção em graduação intensa, haja vista a possibilidade de exploração irregular e criminosa dos recursos naturais pertencentes aos índios, por membros da respectiva etnia ou por terceiros, com ou sem autorização daqueles.

A concentração das decisões em matéria de política ambiental, agrária e fundiária em um único ministério, que poderia ser denominado de Ministério da Gestão Territorial e dos Recursos Naturais, abarcando agências como IBAMA, FUNAI e INCRA, seria uma solução racional de cunho dialógico que traria avanços consideráveis na estabilidade do desenvolvimento das políticas públicas mais adequadas para cada área, e com maior nível de harmonia e compatibilidade, evitando-se contradições desgastantes. Um ministério dessa magnitude teria mais poder para o estabelecimento de um diálogo equilibrado com outros ministérios das áreas de infraestrutura, transportes e orçamento, o que muito facilitaria as políticas públicas em todas essas áreas.

A atuação da Suprema Corte tem efetivado com considerável grau de concreção os direitos constitucionais dos indígenas no que se refere

à demarcação de suas terras, mesmo em caso de sobreposição a unidades de conservação e faixas de fronteira, porém, deficitária em relação às hidrelétricas, como ocorreu no caso de Itaipu, dentre outras, e agora se repete no caso de Belo Monte.

A lentidão e falta de estrutura da justiça na região amazônica para julgamento das causas indígenas, por outro lado, recomenda o estudo de novos mecanismos para solução de conflitos. O Estado de Direito Socioambiental que desponta num horizonte não muito longínquo, reclama nova engenharia jurídica baseada no pluralismo. Destarte, um tribunal socioambiental (colegiados de primeiro e segundo grau de jurisdição, compostos de juízes oriundos de diversos segmentos) poderia se constituir em pioneira, rica e bem-sucedida experiência para o Poder Judiciário do Brasil. A multidisciplinaridade, evidentemente, deveria ser a tônica, nos moldes dos grupos de trabalho instituídos para solucionar os casos de sobreposição entre UCs e TIs, similar à antiga estrutura organizacional da Justiça do Trabalho, composto por juízes vogais, representantes de diversos segmentos, tais como ambientalistas, indigenistas, seringueiros, madeireiros e fazendeiros etc, indicados por seus órgãos de representação, na forma que a lei dispusesse.

A diminuição do número de habitantes da reserva indígena, sob a ótica da proteção ao meio ambiente como direito-dever e obrigação objetiva por parte do Estado, não pode servir de justificativa para a diminuição do território formalmente demarcado, tampouco a extinção da etnia se prestar a fundamento de reversão das terras da reserva para desenvolvimento de projetos que não sejam de preservação ambiental, tendo em vista a transcendência ambiental dessas áreas protegidas, conforme anteriormente sustentado.

Nesse contexto, a PEC nº 215, além de contrariar tratados e convenções internacionais sobre a proteção dos índios e das suas terras,



em vigor no Brasil, viola direitos fundamentais dos índios garantidos na Constituição Federal e o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se, portanto, de proposta inconstitucional, cuja fiscalização de constitucionalidade pode ser realizada durante sua tramitação ou após a sua promulgação, se aprovada, nos termos dos precedentes do Supremo Tribunal Federal.

A leitura socioambiental, transversal e holística, fundamentada na concepção de que os índios são verdadeiros guardiões da floresta, imprescindíveis para a preservação de importantes biomas, como o da Amazônia, é fruto de uma interpretação que advém da conjugação da história de resistência e conquistas experimentadas pelos povos indígenas do Brasil no curso do processo civilizatório, e da vontade geral emanada da Constituinte e sedimentada ao longo dos últimos vinte e quatro anos, desde a promulgação da atual Constituição, período marcado pelo alarme do aquecimento global e por desastres ecológicos. Essa vontade permanente de Constituição, decorrente de um verdadeiro estado de necessidade, de emergência ambiental ou de um Estado de Direito Socioambiental que se anuncia, tem ganhado concreção em diversas interpretações da Suprema Corte e nas políticas públicas sinalizadas ou adotadas pelo Governo do Brasil, e visivelmente se traduz numa indeclinável força normativa que proclama a necessidade de pacto socioambiental em favor dos índios, das populações tradicionais e do povo brasileiro, que também beneficiará a humanidade.

## Referências

A BÍBLIA de Jerusalém. **Livro do Gênesis**. Coordenação José Bortolini; Honório Da. São Paulo: Paulinas, 1973.

A LENDA do anhangá. **Recanto das Letras**. Disponível em: <<http://www.recantodasletras.com.br/artigos/1436255>>. Acesso em: 2 set. 2012.

ALBERT, Bruce. **Os Yanomami e a terra-floresta**. In: RICARDO, Fany (org.). *Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições*. São Paulo: ISA, 2004.

ALENCAR, José de. **O Guarany**. p. 14. Disponível a partir de: <http://www.dominiopublico.gov.br>. Acesso em: 30 set. 2012.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAGÃO, Maria Alexandra de Sousa. **O princípio do nível elevado de protecção e a renovação ecológica do direito do ambiente e dos resíduos**. Lisboa: Almedina, 2006, pp. 225 ss, 517 ss, apud GARCIA, Maria da Glória F. P. D. *O lugar do Direito na protecção do ambiente*. Coimbra: Almedina, 2007.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução e nota prévia Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra: Almedina, 1994.

BARBIERI, Samia Roges Jordy. **Os direitos constitucionais dos índios e o direito à diferença, face ao princípio da dignidade da pessoa humana**. Coimbra: Almedina, 2011.

BARBOSA, Marco Antonio. **Direito antropológico e terras indígenas no Brasil**. São Paulo: Plêiade, 2001.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BENSUSAN, Nurit. Terras indígenas: as primeiras unidades de conservação. In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições**. São Paulo: ISA, 2004.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Anexo: Termo de referência para a formulação de um programa de proteção à biodiversidade.... In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições**. São Paulo: ISA. 2004.

BIRACHED, Carlos Felipe de Andrade; BRASIL, Daniel; SHIRAISH, Juliana Costa. **Áreas Protegidas e Populações Tradicionais: conflitos e soluções**. In: ENCONTRO NACIONAL DA ANPPAS, 5. Florianópolis: Anppas, out. 2010. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br/encontro5/cd/artigos/GT16-437-404-20100831101029.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)**. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. In: VADE MECUM. Coordenação Darlan Barroso; Marco Antonio Araujo Junior. 2. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: RT, 2012.

BRASIL. **Decreto nº 1.298**, de 27 de outubro de 1994. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D1298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1298.htm)>. Acesso em 27 maio 2012.

BRASIL. **Decreto nº 7.747**, de 5 de junho de 2012. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7747.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Decreto/D7747.htm)>. Acesso em: 27 maio 2012.

BRASIL. Fundação Nacional do Índio (FUNAI). **Os índios**. Disponível em: <[http://www.funai.gov.br/indios/fr\\_conteudo.htm](http://www.funai.gov.br/indios/fr_conteudo.htm)>. Acesso em: 2 out. 2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Os números dos índios no Brasil**. Ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/ibgeteen/datas/indio/numeros.html>>. Acesso em: 30 set. 2012.

BRASIL. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA). **Reservas extrativistas**: populações tradicionais. Disponível em: <<http://www.ibama.gov.br/resex/pop.htm>>. Acesso em: 27 de setembro de 2012.

BRASIL. **Lei nº 6.902**, de 27 de abril de 1981. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6902.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6902.htm)>. Acesso em: 27 maio 2012.

BRASIL. **Lei nº 9.985**, de 18 de julho de 2000. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm)>. Acesso em: 2 set. 2012.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Convenção da diversidade biológica**. Disponível a partir de: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em: 24 set. 2012.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Instrução Normativa nº 5**, de 15 de maio de 2008. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/202/\\_arquivos/in\\_5\\_2008\\_procedimentos\\_criao\\_de\\_unidades\\_de\\_conservao\\_federais\\_202.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/202/_arquivos/in_5_2008_procedimentos_criao_de_unidades_de_conservao_federais_202.pdf)>. Acesso em: 7 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição nº 3.388**. Rel. Min. Carlos Ayres Brito. In: REVISTA Trimestral de Jurisprudência. Brasília: STF, abr./jun. 2010, v. 212.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **PGR pede reconsideração de liminar sobre Belo Monte**. Notícias STF, 4 set. 2012. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=217199>>. Acesso em: 17 out. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STF considera nulos títulos de terra localizados em área indígena no sul da Bahia**. Notícias STF Brasília, 2 maio 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=206458>>. Acesso em: 16 out. 2012.

CAMINHA, Pero Vaz de. **A carta**. Núcleo de Pesquisas em Informática, Literatura e Linguística da Universidade Federal de Santa Catarina. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000292.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bv000292.pdf)>. Acesso em: 27 maio 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARNEIRO DA CUNHA, Manuela; ALMEIDA, Mauro. **Populações tradicionais e conservação**. In: SEMINÁRIO DE CONSULTA: AVALIAÇÃO E IDENTIFICAÇÃO DE AÇÕES PRIORITÁRIAS PARA A CONSERVAÇÃO, USO SUSTENTÁVEL E REPARTIÇÃO DOS BENEFÍCIOS DA BIODIVERSIDADE DA AMAZÔNIA.

NIA BRASILEIRA. Macapá: Pronabio/MMA, 1999. Disponível em: <<http://www.socioambiental.org/inst/sem/amazonia/macapa/doc.htm>>. Acesso em: 27 set. 2012.

CARRILLO, Carlos Alberto. **Memórias da justiça brasileira**. Coordenação Desembargador Gérson Pereira dos Santos. Salvador: Tribunal de Justiça da Bahia, 2002.

COSTA JÚNIOR, Jairo. Líderes denunciam devastação de mata nativa. *Jornal Correio da Bahia*, 9 maio 2006. In: RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (org.). **Povos Indígenas no Brasil: 2006-2010**. São Paulo: ISA, 2011.

DEIRO, Bruno. **Tribo obtém certificado, mas falta regulamentação**. *Jornal O Estado de São Paulo*, 29 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/vidae,tribo-obtem-certificado-mas-falta-regulamentacao,922809,0.htm>>. Acesso em: 17 out. 2012.

DIEGUES, Antonio Carlos. **O mito moderno da natureza intocada**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 2001.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

FREITAS, Silvana de. **Mortes de garimpeiros em RO teriam ocorrido a 2 km do conflito**. Envio Hudson Correa. *Folha de São Paulo*. Brasília, 19 abr. 2004.

GARCIA, Maria da Glória F. P. D. **O lugar do Direito na protecção do ambiente**. Lisboa: Almedina, 2007.

GAZOTO, Luiz Wanderley. **Terras indígenas e proteção ao meio ambiente.** Revista Universitas/Jus – UniCEUB, Brasília: jan./jun. 2006, v. 13.

GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente.** Lisboa: Coimbra, 2007.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição...** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1991.

INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL (Brasil). **Povos indígenas no Brasil.** Disponível a partir de: <<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 25 set. 2012.

KAYSER, Hartmut Emanuel. **Os direitos dos povos indígenas do Brasil: desenvolvimento histórico e estágio atual.** Tradução Maria da Glória Lacerda Rurack; Klaus-Peter Rurack. Porto Alegre: SAFE, 2010.

LAS CASAS, Fray Bartolomé de. **Brevíssima relación de la destrucción de las Indias.** Buenos Aires: Mar Océano, 1953.

LEITÃO, Sérgio. Superposição de leis e de vontades: por que não se resolve o conflito entre terras indígenas e unidades de conservação? In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições.** São Paulo: ISA, 2004.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, André (org.). **O Direito para o Brasil socioambiental**. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LOURENÇO, Luana. MPF denuncia Incra por 1/3 do desmatamento na Amazônia. Envio Ricardo Noblat. Jornal O Globo. Brasília, 7 jul. 2012. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/pais/noblat/posts/2012/07/07/mpf-denuncia-incra-por-1-3-do-desmatamento-na-amazonia-454201.asp>>. Acesso em: 7 jul. 2012.

MAGALHÃES, José Vieira Couto de. **O selvagem**. Rio de Janeiro: Typographia da Reforma, 1876, p. 42. Disponível em: <<http://biblio.etnolinguistica.org/magalhaes-1876-selvagem>>. Acesso em: 20 maio 2012.

MAIA, Luciano Mariz; ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Proteção às minorias no Direito brasileiro**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO. Brasília: CJF, 2001, pp. 66-67. Disponível a partir de: [www.cjf.jus.br](http://www.cjf.jus.br). Acesso em: 12 jun. 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 3.ed. São Paulo: RT, 2009, pp. 859-879.

MENDES JÚNIOR, João. **Os indígenas do Brasil: seus direitos individuais e políticos**. São Paulo: Hennes Irmãos, 1912.

MILARÉ, Edis. **Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco**. 6. ed. São Paulo: RT, 2009.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2011.



MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?** A questão fundamental da democracia. Tradução Peter Naumann. Revisão Paulo Bonavides. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa.** Lisboa: Coimbra, 2004.

OLIVEIRA, João Pacheco; FREIRE, Carlos Augusto da Rocha. **A presença indígena na formação do Brasil.** Ministério da Educação/Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade. Brasília: LACED/Museu Nacional. Disponível a partir de: <<http://www.unesco.org>>. Acesso em: 18 out. 2012.

OST, François. **A natureza à margem da lei:** a ecologia à prova do Direito. Tradução Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, [1997].

PIAZZAROLI, Patrícia. **O conflito das sobreposições:** terras indígenas e unidades de conservação. Curitiba: CCJS/PUC-PR, 2007, p. 121. Disponível a partir de: <<http://www.biblioteca.pucpr.br>>. Acesso em: 7 out. 2012.

RAMOS, Adriana. O GT do Conama: aquele que foi sem nunca ter sido. In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas & unidades de conservação:** o desafio das sobreposições. São Paulo: ISA, 2004.

RAMOS, Erasmo Marcos. **Direito Ambiental comparado:** Brasil-Alemanha-EUA: uma análise exemplificada dos instrumentos ambientais brasileiros à luz do direito comparado. Maringá: Midiograf II, 2009.

RAMOS, Paulo Cezar Mendes. A importância das unidades de conservação de proteção integral e as comunidades Pataxó no extremo-sul da Bahia. In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas & unidades de conservação:** o desafio das sobreposições. São Paulo: ISA, 2004.

REALI, Heitor; HEITOR, Sílvia. **Sumaúma**. In: BRASIL: almanaque de cultura popular. São Paulo: Andreato Comunicação e Cultura, dez. 2006, Ano 8, n. 92, p. 23. Disponível em: <<http://www.almanaquebrasil.com.br/destino-cultura/7403-um-monumento-na-floresta.html>>. Acesso em: 4 out. 2012.

REALI, Heitor; HEITOR, Sílvia. **Sumaúma**. In: BRASIL: almanaque de cultura popular. São Paulo: Andreato Comunicação e Cultura, dez. 2006, Ano 8, n. 92.

RIBEIRO, Darcy. **Falando dos índios**. Brasília: UNB, 2010.

RIBEIRO, Darcy. **Meus índios, minha gente**. Brasília: UNB, 2010.

RICARDO, Beto; RICARDO, Fany (org.). **Povos indígenas no Brasil: 2006-2010**. São Paulo: ISA, 2011.

SALOMON, Marta. **Governo Dilma estuda reduzir área da maior reserva em 1/3**. Dom Total. Notícias, 16 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.domtotal.com/noticias/detalhes.php?notId=475212>>. Acesso em: 16 jul. 2012.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade**. São Paulo: Fundação Peirópolis, 2005.

SANTILLI, Márcio. A cilada corporativa. In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas & unidades de conservação: o desafio das sobreposições**. São Paulo: ISA, 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: SAFE, 1988.

SANTOS, Sívio Coelho dos; NAZKE, Aneliese (org.). **Hidrelétricas e povos indígenas**. Florianópolis: Letras Contemporâneas, 2003.

SÃO PAULO. **Processo nº 907/84-R**. Juiz Antônio Rulli Júnior. 3ª Vara Cível – Regional Santo Amaro. Sentença, DJ 12 mar. 1985.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, Marina. **Pandora é aqui?** A Ficha Caiu, 5 fev. 2010. Disponível em: <<http://afichacaiu.wordpress.com/2010/02/05/entenda-o-impacto-da-construcao-da-usina-de-belo-monte/>>. Acesso em: 17 out. 2012.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde cor de direito**. Lisboa: Almedina, 2002.

SILVA, Walde-Mar de Andrade e. **Lendas e mitos dos índios brasileiros**. São Paulo: FTD, 1997.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Meio ambiente, terras indígenas e defesa nacional: direitos fundamentais em tensão nas fronteiras da Amazônia brasileira**. Curitiba: Juruá, 2010.

SOARES, Guido Fernando da Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 2010.

VALE, Raul Silva Teles do. **O caso do carbono indígena e as lições aprendidas**. ISA, 22 mar. 2012. Disponível em: <[Revista da ESMape – Recife – v. 18 – n. 37 – p. 347-474 – jan./jun. 2013](http://www.socio-</a></p></div><div data-bbox=)

ambiental.org/nsa/direto/direto\_html?codigo=2012-03-22-105644>. Acesso em: 18 out. 2012.

VIEIRA, Antonio. **Sermão do Espírito Santo**. Disponível a partir de: <<http://www.dominiopublico.gov.br>>. Acesso em: 30 set. 2012.

VILLAS BOAS, Márcia Cristina Altvater. **Os povos indígenas brasileiros e a transição paradigmática**: da integração à interação. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2012.

VILLAS BOAS, Orlando; VILLAS BOAS, Cláudio. **A marcha para o oeste**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

\_\_\_\_\_. **Xingu**: os índios, seus mitos. Rio de Janeiro: Zahar, 1970.

VILLAS-BÔAS, André. Gestão e manejo em terras indígenas. In: RICARDO, Fany (org.). **Terras indígenas & unidades de conservação**: o desafio das sobreposições. São Paulo: ISA, 2004.

VILLAS-BÔAS, André; JUNQUEIRA, Paulo. **Parque Indígena do Xingu**: 50 Anos. Almanaque Socioambiental. São Paulo: ISA, 2011, p. 26. Disponível a partir de: <<http://www.socioambiental.org>>. Acesso em: 2 jun. 2012.

WESCHENFELDER, Paulo Natalício. **Do Direito Constitucional ao meio ambiente equilibrado**: a construção de uma cultura. Caxias do Sul: EDUCS, 2008.

#### Referência do texto

VILLAS BOAS, Marco Anthony Steveson. Proteção ambiental das reservas indígenas. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 347-474, jan./jun. 2013.

# A responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente

**Marielza Brandão Franco<sup>1</sup>**

## SUMÁRIO

Introdução. **1** Responsabilidade Civil decorrente de danos ao meio ambiente. **1.1** Considerações iniciais. **1.2** O dano ambiental e o dano ecológico. **1.3** Evolução histórica da responsabilidade civil. **1.4** Conceito e delimitação. **1.4.1** O elemento fato. **1.4.2** O elemento culpa. **1.4.3** O elemento nexa de causalidade. **1.4.3.1** As exclusões. **1.4.4.** O elemento dano. **1.4.5** Responsabilidade por fato lícito. **1.5** Responsabilidade Civil no direito ambiental. **1.5.1** As modalidades de responsabilidade civil ambiental. **1.5.1.1** A Responsabilidade penal. **1.5.1.2** A responsabilidade administrativa. **1.5.1.3** A responsabilidade civil. **2** A responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente na legislação brasileira. **2.1** Aferição e compensação do dano ambiental. **2.2** A teoria do risco na legislação ambiental brasileira. **2.2.1** Teoria do Risco integral. **2.3** Sujeitos. **2.4** Instrumentos de defesa do meio ambiente. **2.4.1** A Ação Popular Ambiental. **2.4.2.** A Ação Civil Pública **2.4.3** O Mandado de Segurança Coletivo. **2.4.4** O Mandado de Injunção. **2.4.5** Os Fundos Autônomos. **3** A responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente na lei portuguesa. **4** As interseções e diferenças entre as legislações

---

<sup>1</sup> Especialista em Direito Processual Civil (Fundação Faculdade de Direito – UFBA). Especialista em Direito Processual Civil (Facsal). Especialista em Metodologia do Ensino Superior (Faculdade Olga Mettig). Especialista em Ética e Urbanidade (EMAB). Especialista em Direito Processual Civil (EMAB). Coordenadora de Cursos da Escola de Magistrados da Bahia – EMAB. Juíza de Direito Titular da 29ª Vara de Relações de Consumo, Cível e Comercial da Comarca de Salvador – Bahia.

estudadas. **4.1** Regra de Responsabilidade. **4.2** Autonomia do conceito de dano ambiental. **4.3** Imputação da responsabilidade. **4.4** Sistema de prevenção. **4.5** Forma de tratamento para a imputação da responsabilidade do operador. **4.6** Regime de atuação. **4.7** Solidariedade e coparticipação dos operadores. **4.8** Cumulação de modalidades de responsabilidade. **4.9** Facilitação de acesso à justiça. **4.10** Reparação do dano. **4.11** Danos pessoais e danos ecológicos. **4.12** Caracterização do dano. **4.13** Dificuldades na aferição dos elementos que caracterizam o dano. **4.14** Quando ao nexo da causalidade. **4.15.** Inversão do ônus da prova. **4.16** Prescrição. **4.17** Fundos Autônomos e Garantias Financeiras. **4.18** Exclusões. **5.** Análise quanto à efetividade das respectivas legislações e suas vantagens e desvantagens. **5.1** Desvantagens da Legislação portuguesa. **5.2** Vantagens. **6** Conclusões. Bibliografia.

## Introdução

O Direito Ambiental é um direito novo, delineado entre o final da década de 60 e início da década de 70 do século XX, quando se desperta para a necessidade de se preservar o Planeta, porque se constata que este se exaure pela má utilização de seus recursos naturais, desmistificando a ideia de sua infinitude, para se perceber a realidade dos seus limites de crescimento e limites de regeneração. Até este momento, embora exista legislação regulando a matéria referente ao meio ambiente, nenhuma delas tem a pretensão de proteção à natureza propriamente dita, mas sim de buscar regulamentação da forma de exploração dos recursos naturais existentes, em uma nítida postura utilitarista, porque o homem via a natureza como meio de satisfazer as suas necessidades e acreditava na infinitude de aproveitamento dos recursos do meio ambiente, daí a indiferença perante as questões de gestão ambiental.

Assim, a partir de 1960, começam a despontar internacionalmente convenções que buscam regular, de forma setorial, determinadas ati-



vidades econômicas que se constituíam exploração da flora e da fauna, principalmente em áreas fora da jurisdição das Nações e também relativas às florestas e à exploração marinha, surgindo pela primeira vez regulamentação quanto à constituição de Parques Nacionais, espaços onde se buscava a preservação de espécies vegetais e animais. Evolui-se para outros conceitos mais abrangentes como a ideia de gestão de recursos e áreas de interesse comum da humanidade através de estudos realizados por cientista preocupados com a natureza e os oceanos.

O ano de 1968 é apontado pelos ambientalistas como um ano simbólico para a autonomia e consolidação do Direito Ambiental, uma vez que a Assembleia Geral das Nações Unidas convoca a Conferência de Estocolmo, baixando a Resolução 2398 (XXIII), de 3 de Dezembro. No mesmo ano, na Europa, se apresentam dois grandes marcos importantes – a aprovação, pelo Conselho da Europa, da Declaração sobre a luta contra a poluição do Ar e a Carta Europeia da Água.

Mas, a primeira importante discussão internacional sobre o tema ocorreu na Conferência de Estocolmo na Suécia em 1972, onde nasce oficialmente o Direito Ambiental, com participação de aproximadamente 113 Estados Nacionais e significativa atuação de representantes de setecentos ONGS e seis mil participantes e editada a Declaração de Estocolmo, resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas; que, embora sem caráter vinculante juridicamente, demonstra pela primeira vez preocupação com a necessidade de contenção da destruição do Planeta, indicando através de mandamentos principiológicos, normas de regulação das atividades econômicas de exploração dos recursos naturais e sua importância fundamental está no fato de ter alertado as Nações para o cuidado em preservação do meio ambiente, através do exercício equilibrado da soberania nacional na gestão dos recursos ambientais para evitar o seu exaurimento e em que se afirma que o homem tem direito fundamental a liberdade, igualdade e a adequada condições

de vida em um meio ambiente de qualidade que permita a vida com dignidade e bem estar, mas também tem a solene responsabilidade de proteger e promover a preservação do ambiente para as presentes e futuras gerações.

Esta declaração serve de inspiração para as legislações das Nações, em especial no artigo 66 da Constituição Portuguesa de 1976 e a Constituição Brasileira de 1988, artigo 225, direito ao meio ambiente, que se concretiza na prática com regras do direito a personalidade – integridade física, direito de vizinhança, direito de propriedade.

No entanto, em 1992, na Conferência do Rio de Janeiro, a avaliação é assustadora, pois a situação do Planeta e as condições globais do meio ambiente se mostram preocupantes; uma vez que, apesar de inúmeros documentos internacionais assinados, estes não foram capazes de diminuir os graves danos provocados pelo desfrute dos recursos naturais sem o cuidado necessário a sua preservação, e se verificou que a pulverização de normas e a inexistência de sanções, torna o direito ambiental débil para conter a sua degradação que ocorre em ritmo alucinante.

O antropocentrismo, em que o centro das preocupações ambientais não é a natureza, mas o Homem continua sendo o foco das discussões e se coloca que o futuro do Planeta não pode estar dissociado do que se denominou desenvolvimento sustentável e da soberania das Nações, embora se introduza a ideia contida no princípio das responsabilidades, em que se proclama que os Estados têm obrigações em relação ao ambiente, levando-se em conta suas capacidades e necessidades de desenvolvimento.

Resultado desta Conferência, a Declaração do Rio reafirma a preocupação com a necessidade de preservação do meio ambiente pela comunidade internacional e orienta os Estados para a premência na

elaboração de legislação ambiental local, incentiva à promoção da investigação científica, troca de conhecimento técnico, acesso à informação e educação ambiental e estimula métodos de prevenção e introduz o princípio da cooperação de boa fé através de canais de acesso a informação quanto à existência de riscos na atividade desenvolvida, comunicação quanto a acidentes, ampla divulgação de informações e facilitação na transferência de tecnologia e cooperação e compartilhamento na utilização de recursos e elaborou um plano de ação da ONU, conhecida como agenda 21, que estabelece atividades de combate à pobreza, estímulo a conservação e gestão dos recursos naturais, apoio aos grupos sociais na proteção do meio ambiente e criação de comissão para fiscalizar e facilitar a execução dos objetivos da Conferência do Rio.

Em 2002 aconteceu em Johannesburgo, a Conferência Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, quando novamente se fez uma análise e se concluiu que a situação ambiental continua bastante crítica, mas somente se consegue aprovar um plano de gestão da água que, pela Declaração do Milênio de 2000, se constitui como objetivo da ONU para o século XXI, a Declaração de Johannesburgo — uma declaração política de quatro páginas e um Plano de Implementação da Conferência. Esta fase continua atual, pois, após a Conferência Rio + 20, a desilusão quanto à defesa e proteção do meio ambiente se mantém, porque não se chegou a avançar em medidas efetivas de proteção ao meio ambiente, mormente em vista da grande crise econômica que ocorre na Europa e nos Estados Unidos.

Observa-se, assim, que o grande problema com o qual se depara a humanidade é encontrar um meio de compatibilizar o crescimento ou desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente.

Não se tem dúvida de que a ideia de desenvolvimento precisa ser sustentável. Isso já é um consenso, Assim como, para que a espécie hu-

mana seja preservada e que seja garantida a prosperidade individual ou social, o uso racional dos recursos naturais é premente.

O principal objetivo que se deve ter em vista da preservação do meio ambiente é a tomada de medidas de prevenção ao dano ecológico.

A legislação brasileira é bastante avançada em mecanismos legais e instrumentos de ataque preventivo dos danos ambientais, inclusive com previsão de estudo prévio do impacto ambiental, de auditorias e de zoneamento ambiental, entre outras medidas. Porém, a Administração Pública não se tem mostrado capaz de desenvolver uma fiscalização eficaz, usando mal os instrumentos administrativos de que dispõe para controlar e punir as ações e omissões prejudiciais à utilização dos recursos ambientais. Por isso, como meio de coibir tão grave situação do patrimônio ambiental, foi editada a lei n. 9605/1998 que trata dos crimes ambientais.

Com isso, se torna necessário a utilização da legislação existente no que diz respeito à reparação dos danos decorrentes de atitudes, condutas e atividades que causem danos ao meio ambiente.

Sabemos que a responsabilização pelos danos ao meio ambiente admite tríplice penalização do poluidor – a sanção penal, quando o ilícito se apresenta como de alta gravidade com repercussão social e a necessidade de intervenção mais severa do Estado; a sanção administrativa prevista em consequência do necessário controle dos atos administrativos pela Administração quanto às licenças ambientais, dever de controle do meio ambiente e exercício do Poder de Polícia e a sanção civil que busca a reparação do dano patrimonial, moral ou ecológico. Cada uma delas sujeitas a regimes jurídicos diversos, embora seja consagrada a regra de cumulatividade das sanções.



A justificativa para a escolha do tema cingiu-se ao fato de que, embora o Direito Ambiental tenha como foco a preservação dos recursos naturais através de medidas preventivas, evitando que se efetive o dano ecológico, o certo é que o instituto da responsabilidade civil é um instrumento forte como desestimulador de condutas inadequadas em relação à utilização destes recursos naturais. Por outro lado, também, se verifica que à medida que o agente poluidor tem consciência das sanções na esfera da obrigação de indenizar, além das demais esferas administrativas e penais, quer seja sendo impingido a recompor o meio ambiente, quer seja ressarcindo os danos causados, terá estímulo para adotar técnicas menos invasivas.

O objeto deste trabalho, no entanto, dado à singeleza dos seus propósitos é abordar apenas uma das três modalidades de responsabilidade pelo dano ambiental, a Responsabilidade Civil.

Assim, fazemos inicialmente uma visitação prévia pela história da evolução da responsabilidade civil decorrente de dano ambiental para situar o leitor quanto à situação deste instituído no âmbito do Direito Ambiental.

Prosseguimos na discussão quanto ao enquadramento dogmático da Responsabilidade Civil decorrente de danos ao meio ambiente, seu conceito, elementos e delimitação, distinguindo dano ambiental e dano ecológico. Nos capítulos seguintes, discorreremos quanto à responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente na legislação brasileira e portuguesa e buscamos identificar as interseções e diferenças entre estas legislações, para, por fim, analisarmos quanto à efetividade das respectivas legislações e suas vantagens e desvantagens.

# 1 Responsabilidade Civil decorrente de danos ao meio ambiente

## 1.1 Considerações Iniciais

Não é de interesse, neste estudo, se o Direito Ambiental é direito Administrativo do ponto de vista interno ou se do ponto de vista do Direito Internacional. A base do Direito Ambiental são os Direitos Humanos, que é extremamente frágil porque as fontes são, essencialmente, os tratados internacionais, partindo-se da premissa de que os direitos humanos advêm de um direito subjetivo público. O que importa frisar é que o Direito Ambiental tem determinadas particularidades e seus problemas normalmente são causas físicas ou tecnológicas e não precisamente políticas, dado o grau de incerteza que se infiltra nas temáticas ambientais em vista da atual sociedade de risco que nos é apresentada. Com isso, o Direito Ambiental é detentor de uma dinâmica própria por causa do rápido crescimento da tecnologia e da introdução de técnicas que, muitas vezes, geram problemas ambientais contínuos e com necessidade de revisibilidade constante das convenções internacional que se apresentam como fator de instabilidade e com características de bem de natureza difusa e transindividuais cujos problemas não podem ser resolvidos de forma setorial, e sim de forma global, porque a poluição não tem fronteiras e precisa de uma cooperação global e continua entre as Nações.

Por isso o Direito Ambiental está embasado em diversos princípios que buscam nortear a sua aplicação e a elaboração de políticas públicas para sua concretização.

De grande relevo é o princípio da solidariedade intergeracional, que teve como sua principal inspiradora Edith Brown Weiss, que sustenta



a ideia em três premissas: a garantia à conservação das opções das gerações vindouras, a conservação da qualidade dos recursos naturais e conservação do acesso a estes. Na essência, este princípio quer assegurar que as gerações presentes não podem abusar do uso dos recursos naturais porque as gerações futuras têm direito a aproveitar os mesmos bens naturais com o mesmo nível de qualidade.

O Princípio do Desenvolvimento Sustentável apresenta importância salutar e tem o escopo de estabelecer um equilíbrio entre a preservação da qualidade do meio ambiente e o desenvolvimento econômico e social da Nação e, para isso, se busca encontrar fórmulas de equilíbrio entre a preservação do meio ambiente e a soberania das Nações no exercício do livre comércio e da sua gestão econômica.

Como o objetivo primordial da defesa do meio ambiente é a preservação, para que se evite a degradação do meio ambiente, é de fundamental pertinência a menção do Princípio da Prevenção ou Precaução parágrafo 1º, IV da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88) e incorporação na legislação infraconstitucional se apresenta como o principal instrumento de aplicação das políticas ambientais, já que proclama a necessidade de se evitar a ocorrência dos danos ecológicos através de medidas preventivas e acautelatórias, para evitar os riscos e a ocorrência dos danos ambientais, estabelecendo normas que evitem a degradação do meio ambiente, garantindo que os recursos naturais sejam utilizados de forma a trazer qualidade de vida não somente para as presentes, mas também para as futuras gerações.

Para o tema em análise o Princípio do Poluidor Pagador, estampado no parágrafo 3º da CRFB/88 e no artigo 4º, da Lei 6938/1981, também chamado de princípio da responsabilização não poderia deixar de ser mencionado, porque a base do instituto da Responsabilidade Civil.

Na lição de Luciana Stocco Betiol<sup>2</sup>, o princípio do poluidor-pagador possui duas interpretações. No seu aspecto econômico, assenta-se na vocação redistributiva do direito ambiental, estabelecendo que ao poluidor devam ser imputados os custos necessários à prevenção e ao combate a poluição, custos estes determinados pelo Poder Público para manter o meio ambiente em seu estado aceitável. Isso significa que o custo de tais medidas deve, necessariamente, repercutir no custo de bens e serviços que dão origem à poluição. Em sua face jurídica, esse princípio é um dos alicerces da solidariedade, que, conjugada com a teoria da responsabilidade objetiva, busca evitar a apropriação individual de recursos ambientais, impedindo que o agente venha a onerar toda a sociedade.

Outros princípios como Princípio do usuário-pagador, da Participação (parágrafo 1º, VI da CRFB/88), Princípio da função sócio ambiental da propriedade – (art. 170, III e VI da CRFB/88), Princípio do limite –(parágrafo 1º, V da CRFB/88), Princípio da cooperação entre os povos – (art. 4º, IX da CRFB/88), também estão presentes na tutela do direito ambiental.

## 1.2 O dano ambiental e o dano ecológico

Durante muito tempo o principal foco da responsabilidade civil era o ressarcimentos dos danos patrimoniais e extra-patrimoniais decorrentes de danos ao meio ambiente, dando pouco relevo à preservação e reparação do dano ecológico, ou seja, o dano à natureza propriamente dita.

Vários autores buscam diferenciar o dano ambiental do dano ecológico. A definição que nos parece mais adequada é aquela que conside-

2 BETIOL, Luciana Stocco. **Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010. 58 p.



ra o dano ambiental, em sentido lato, abrangendo os danos pessoais e patrimoniais – sofrido pelas pessoas, através de uma lesão ambiental – subjetivo, e o dano ecológico que corresponde às lesões de forma direta ao recurso natural – objetivo.

Assim, o dano ambiental compreende os danos provocados a bens jurídicos concretos que gera um dano a uma ou mais de uma pessoa (pessoal ou patrimonial) e o dano ecológico que corresponde a lesões causadas ao sistema ecológico natural, ainda que tenham sido violados direitos individuais, abrangendo o dano ecológico *stricto sensu*, aquele em que somente o meio ambiente foi atingido sem repercussão concreta a pessoas, o que se chama de direito difuso, que não tem como quantificar individualmente.

A Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 225<sup>3</sup>, parágrafo 1º, incisos I, III e VII, embora não fale expressamente em dano ecológico, determina medidas que visam à proteção ambiental e a preservação das espécies e ecossistema.

A diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho aponta para a preocupação com a contaminação de sítios que provocam riscos a saúde e perda da biodiversidade e orienta as Nações sob a sua tutela a editar leis que busquem responsabilizar os operadores pelas lesões causadas em espécies e locais protegidos e ameaça iminente ao bem natural.

3 O art. 225, da CF/88 dispõe que: todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e de preservá-lo para as presentes e futuras gerações.; Parágrafo 1º Para assegurar a efetividade deste direito, incumbe ao Poder Público: I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; 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; 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.

Nesta linha de pensamento é que, a partir do DL 147/2008<sup>4</sup>, a legislação portuguesa passa a diferenciar o dano ambiental do dano ecológico quando, no início do texto, explicita com muita propriedade:

Durante muitos anos a problemática da responsabilidade ambiental foi considerada na perspectiva do dano causado às pessoas e às coisas. O problema central consistia na reparação dos danos subsequentes às perturbações ambientais – ou seja, dos danos sofridos por determinada pessoa nos seus bens jurídicos da personalidade ou nos seus bens patrimoniais como consequência da contaminação do ambiente.

Com o tempo, todavia, a progressiva consolidação do Estado de direito ambiental determinou a autonomização de um novo conceito de danos causados à natureza em si, ao património natural e aos fundamentos naturais da vida. A esta realidade foram atribuídas várias designações nem sempre coincidentes: dano ecológico puro; dano ecológico propriamente dito; danos causados ao ambiente; danos no ambiente. Assim, existe um dano ecológico quando um bem jurídico ecológico é perturbado, ou quando um determinado estado-dever de um componente do ambiente é alterado negativamente.

Vemos, pois, que existe na legislação nacional e internacional uma grande preocupação com a proteção do dano ecológico propriamente dito, ou seja, o dano de um bem natural, de natureza difusa, dano ao meio ambiente.

Na mesma direção, a Professora Carla Amado ensina:

Como começou por apontar-se, o RPRDE encontra a sua mais próxima filiação na directiva comunitária de 2004. Esta, por seu turno, inscreve-se na linha de continuidade da Convenção de Lugano (1992),

4 O Decreto-Lei n.º 147/2008 de 29 de Julho veio estabelecer o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais. Foi também publicado o Decreto-Lei n.º 150/2008 de 30 de Julho, referente ao Fundo de Intervenção Ambiental (FIA), fundo esse já instituído pela Lei n.º 50/2006 de 29 de Agosto (regime das contra-ordenações ambientais), mas que apenas em 2008 foi regulamentado. Este Fundo tem um papel preponderante na reparação de danos ambientais, atuando em conjunto com o Decreto-Lei n.º 147/2008, salvaguardando as situações que exijam uma intervenção rápida ou para cuja prevenção ou reparação os outros instrumentos públicos não sejam adequados.



que nunca chegou a entrar em vigor por não ter merecido uma única ratificação. Nesse instrumento prevê-se claramente a autonomização do dano ecológico, da lesão de bens ambientais de per se, destacando-se da lesão pessoal [cfr. o artigo 2/7, c)6]. Também é essa, de resto, a tendência no Direito Internacional geral: veja-se o Projecto da Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade internacional do Estado em caso de dano provocado por poluição transfronteiriça decorrente de actividades perigosas (2006), cujo artigo 2/a), define dano ambiental como: dano pessoal; dano patrimonial; e dano a componentes ambientais. E o Projecto sobre responsabilidade internacional dos Estados da mesma Comissão, na sua primeira versão, de 1996, continha uma norma sobre crimes internacionais que integrava os crimes contra o ambiente [artigo 19/3/d) — na verdade, a norma referia-se a “human environment”], descrendo-os dos crimes contra as pessoas (por violações dos direitos humanos).<sup>5</sup>

O direito do ambiente, portanto, tem como tarefa a proteção dos recursos naturais ao contrario do direito ao ambiente que é uma pretensão subjetiva, em que se pretende o gozo do meio ambiente saudável.

O Direito Ambiental deve tutelar os recursos naturais, promover uma gestão adequada de recursos naturais, do meio ambiente, preservação do nível de regeneração das espécies, tomando medidas preventivas de não esgotamento dos recursos naturais para que outras gerações possam se aproveitar deles, estabelecendo uma relação adequada dos homens e dos governos com os recursos naturais.

O grande desafio que se apresenta para encontrar o equilíbrio entre a Soberania dos Estados na exploração econômica dos recursos naturais sobre sua jurisdição e o universalismo deste recurso que impõe a sua preservação e que repercutem no plano internacional, uma vez que os recursos naturais tem dupla natureza – bem ambiental e recur-

5 GOMES, Carla Amado. De que Falamos quando Falamos de Dano Ambiental? Direito, Mentiras e Crítica. Textos dispersos de direito do ambiente III Vol. Lisboa: AAFDL 2010.

so natural que gera riqueza, passível de aproveitamento econômico e possibilidade de exploração.

Assim, restou claro que o dano ecológico assume na atualidade status de autonomia dentro do Direito Ambiental e se transformou no seu maior foco, pois se busca a proteção do bem comum do povo – um ambiente protegido e saudável, através de medidas preventivas, reparatórias e repressivas.

Por isso, uma plena reparação do dano ambiental não pode deixar de englobar as suas duas dimensões como ensina Danny Monteiro da Silva<sup>6</sup>:

Obviamente, o dano ambiental só será integralmente reparado quando for considerado em toda a extensão: (a) a primeira, uma dimensão material, consistente na perda das características essenciais do sistema ecológico impactado e nos prejuízos sofridos indiretamente pelos indivíduos em seus bens, em sua saúde e em outros interesses de ordem privada e (b) a segunda, uma dimensão imaterial, de caráter extrapatrimonial, que pode ser tanto inerente ao interesse difuso relativo ao macrobem ambiental, como os interesses individuais, relacionados ao meio ambiente individual e privado.

Portanto, de suma importância à automatização do conceito de dano ecológico para uma maior consciência da premente necessidade de preservação da flora e da fauna natural, bem como dos elementos naturais.

6 SILVIA, Dany Monteiro da. **Dano Ambiental e sua reparação**. Curitiba: Juruá. 2006. 116 p.



### 1.3 Evolução histórica da responsabilidade civil

Os estágios da evolução da responsabilidade civil estão assentados na preocupação da harmonia e equilíbrio do direito e evolui de acordo com a evolução da civilização, visando oferecer em épocas distintas seja assegurada a sua finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocorrência do dano.

A história demonstra que a proteção do lesado recebeu atenção em todas as legislações, até naquela mais arcaica e com a evolução e complexidade das relações sociais e econômicas se tornou mais premente a necessidade da preservação dos seus direitos.

Embora se note a lentidão da consolidação desses direitos, se mostrou necessária à compensação dos danos causados por alguém a outrem e, historicamente, se percebe que a questão da responsabilidade em decorrência do dano já permeava as mais primitivas relações humanas.

À época, o modelo predominante se caracterizava pela “*justiça pelas próprias mãos*”. O *Código de Hamurabi* consagrou o princípio do *olho por olho, dente por dente*, que inspirou os romanos com a *Lei de Talião*. A legislação de Hamurabi continha regras rígidas e inflexíveis, aderindo a ideia de vingança, sem fazer distinção formal entre ilícito civil e penal, mas com contornos delimitados pelo Estado, inspirando, posteriormente as bases para as legislações mais modernas que aderiram ao necessário ressarcimento pelos danos advindos através de indenizações.

Por volta do ano 450 a.C, com a formulação da Lei das XII Tábuas, que representa a consolidação histórica da indenização pecuniária como forma de compensação pelo dano, o ordenamento jurídico avança no sentido de estabelecer responsabilidades e delimitar san-

ções, pela substituição de *arbítrio* pela *experiência casuística*, através da análise do caso concreto e suas peculiaridades; afastando-se, assim, da visão abstrata do dano e delineando os princípios basilares do que hoje nominamos de *segurança jurídica*, ou seja, é a lei que define os delitos, sejam civis, sejam criminais, e as suas formas de reparação. Com a Lei Aquília se evolui para se delimitar o *princípio geral regulador* dedicado à reparação do dano, base da responsabilidade civil, desvinculando-a da esfera penal, embora, ainda se limitasse apenas ao dano que provocasse prejuízo material, deixando de fora a reparação de danos imateriais ou *dano moral*, que na atualidade já goza de merecido destaque ao lado da responsabilidade civil decorrente de danos materialmente apurados.

O direito Francês, aperfeiçoando a legislação românica, estabelece as bases da responsabilidade civil com base na culpa, influenciando o direito de outras nações.

No Brasil colônia vigia as Ordenações do Reino, onde ainda se fazia confusão entre o delito civil e o criminal. Nela se previa que em casos de omissões se aplicassem os princípios do direito romano.

Com a promulgação da Constituição do Império no Brasil<sup>7</sup> se começa a delinear os contornos da responsabilidade civil, mormente quando da edição, seis anos depois, do Código Criminal de 1830, que orientava a reparação dos danos mediante a garantia da integralidade da indenização, ressarcimento desses valores com direito a juros reparatórios, além dos institutos da solidariedade, hipoteca legal, transmissão do dever de

7 A elaboração da constituição do Brasil de 1824 foi muito conturbada. Logo após a proclamação da independência do Brasil do Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves, por Dom Pedro I, em 7 de setembro de 1822, ocorreu um conflito entre radicais e conservadores na assembleia constituinte. D. Pedro I mandou o Exército invadir o plenário em 12 de novembro de 1823, prendendo e exilando diversos deputados. Feito isto, reuniu dez cidadãos de sua inteira confiança, pertencentes ao partido Português, os quais, após algumas discussões a portas fechadas, redigiram a primeira constituição do Brasil no dia 25 de março de 1824. A constituição de 1824 foi a constituição brasileira que teve vigência mais longa, tendo sido revogada com a Proclamação da República no Brasil, em 15 de novembro de 1889.



reparar e do crédito cobrado pelo dano sofrido, etc. Pecava apenas no que se refere à obrigatoriedade da condenação penal para que a vítima tivesse direito ao ressarcimento pelos danos sofridos.

O Código criminal brasileiro de 1890 praticamente manteve as mesmas regras da legislação anterior.

Mas, somente com a promulgação da Lei das Estradas de Ferro – Decreto n. 2681/1912, se começa verdadeiramente a evolução do conceito da responsabilidade civil contratual e extracontratual, na legislação brasileira. Tal legislação foi considerada bastante avançada para a época, porque estabeleceu as primeiras bases da consolidação da responsabilidade civil objetiva do transportador com base na teoria do risco.

Assim, percebemos que inicialmente o dano escapa do âmbito do direito – predomina a vingança privada. Após, o uso consagra a regra de talião – lei das XIII tábuas. Evolui-se para a composição a critério da vítima, visando a reintegração do dano e depois se passa da composição voluntária para a composição fixada pela autoridade que assume a direção da composição e substitui-se ao particular punindo o causador do dano. Ocorre a cisão dos delitos em duas categorias: delitos públicos – mais graves e perturbador da ordem e delitos privados. Posteriormente, nasce a concepção da responsabilidade assumindo o estado a função de punir com exclusividade e institui-se a ação de indenização com a responsabilidade civil ao lado da responsabilidade penal.

Percebe-se que da primitiva assimilação de pena com a reparação, faz-se a distinção da responsabilidade civil da penal, levando-se em conta o elemento subjetivo da culpa, evoluindo para a indenização não só dos danos materiais, mas também dos danos morais no direito romano.

O Direito português tem influência germânica e romana e na sua forma primitiva é um sistema de caráter misto, acolhendo a composição germânica e o critério penal dos romanos. Com as Ordenações do reino, o direito vigente no Brasil colonial encerra a confusão entre reparação, pena e multa.

## 1.4 Conceito e delimitações

O sistema geral clássico de Responsabilidade Civil é a subjetiva o qual se funda na teoria da culpa e, como sistema subsidiário, a responsabilidade objetiva que se funda na teoria do risco.

Embora existam diversas noções apresentadas pela doutrina, das mais simples às mais complexas, etimologicamente trata-se, em resumo, da obrigação de responder por um dano.

Verifica-se, portanto, que a ideia de responsabilidade está ligada à prestação que deve ser efetuada por alguém em consequência de determinado comportamento seu ou de quem ou o que está sob a sua guarda ou responsabilidade.

Jose de Aguiar Dias define:

[...] a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto as consequências desagradáveis decorrentes dessa violação, traduzidas em medidas que a autoridade encarregada de velar pela observação do preceito lhe imponha, providencias essas que podem, ou não, estar previstas<sup>8</sup>.

8 DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997. Volume 1.



Para que se possa aferir a existência da responsabilidade civil é necessário que sejam observadas certas exigências. A mais importante delas é a configuração do dano. Sem ele não há que se falar em indenização, mesmo que tenha ocorrido o fato ilícito. O dano pode ser material ou moral, mas é preciso que se estabeleça o nexo de causalidade entre o ato ilícito praticado – fato gerador e o dano sofrido. Importante também é verificar se não ocorreu qualquer uma das causas excludentes de responsabilidade e, por último, cumpre observar que o ato praticado, causador do dano, não se exime por conta de autorização dada por autoridade administrativa ou judicial.

No que se refere ao elemento culpa, matéria de relevante interesse na seara em estudo, é oportuno esclarecer que a sua inexistência não afasta, por si só o dever de indenizar como veremos no desenrolar deste tópico.

### **1.4.1 O elemento fato**

Para tornar mais didático o estudo da Responsabilidade Civil, a doutrina divide os fatos jurídicos em fatos naturais, que são os acontecimentos da natureza e fatos voluntários que são as condutas humanas. As condutas humanas se dividem em atos lícitos, ou seja, aqueles que estão de acordo com o direito – atos e negócios jurídicos, e atos ilícitos, aqueles que não observam o quanto permitido pelo direito, sejam aqueles praticados na esfera penal, seja na civil. Registre-se que a responsabilidade civil, outrora imiscuída com a responsabilidade criminal, difere desta, sobretudo, por obrigar, não apenas o próprio indivíduo causador do dano, como também, um seu dependente, ao passo que a responsabilidade criminal é restrita, não passa da pessoa causadora do dano.

Assim, a inobservância das normas legais gera o ato ilícito pelo descumprimento de um dever legal ou contratual e a consequência é a obrigação de indenizar se o ato ilícito provocou dano a outrem.

Portanto, ao infringir um dever jurídico que cause dano a alguém, acarreta ao sujeito causador do dano o dever de indenizar. Este dever de indenizar pode ser decorrente de um preceito legal ou de um contrato.

Quando a responsabilidade civil decorre de um contrato, dizemos que a responsabilidade civil é contratual, ou seja, refere-se à preexistência de previsão em contrato atribuindo dever de reparar para o caso de descumprimento de qualquer de seus dispositivos por parte dos signatários.

Já a responsabilidade civil extracontratual é mais ampla, e submete ou responsabiliza quando se verifica um dano causado por conduta sem que preexista liame entre as partes, podendo-se dizer que se baseia no *dever geral de não lesar*, oriundo do ordenamento jurídico e extensivo a todos, geralmente correspondente a um direito real ou de personalidade, eventual lesão daí decorrente se enquadrará, então, na chamada responsabilidade civil extracontratual que decorre do dever jurídico de indenizar imposto pela lei, também chamada Aquiliana; e, como acima já dito, não há necessidade da existência de vínculo jurídico entre a vítima e o causador do dano. Está regulada nos artigos 186 a 188 e 927 do Código Civil de 2002 (CC/02).

### 1.4.2 O elemento culpa

No que se refere ao estudo da Responsabilidade Civil, no seu aspecto subjetivo, sabemos que na teoria clássica da responsabilidade civil, o elemento culpa é o principal pressuposto de sua admissibilidade, já



que prevalecia como regra a responsabilidade civil subjetiva, por isso a conduta culposa é o seu primeiro pressuposto.

Conceituamos a responsabilidade civil subjetiva como um comportamento humano voluntário, ação ou omissão que produz uma consequência jurídica, dano. Essa conduta pode ser do próprio causador do dano; de outrem a quem o responsável está ligado; da coisa ou animal sob sua guarda.

A conduta tem que ser reprovável e para ser responsável o agente causador do dano deve ser imputável, ou seja, deve ter maturidade (não ser menor de idade, nem incapaz, vide art. 928 do CC) e ter sanidade mental – não possuir deficiência mental.

A imputabilidade é o conjunto de condições pessoais que dão ao agente capacidade para responder pelas consequências de uma conduta contrária ao dever, podendo ser através de uma ação – forma de exteriorização da conduta ou omissão – inatividade que resulta em dano se o agente tem o dever jurídico de agir, de praticar um ato para impedir o resultado.

A culpa, na forma *lato sensu*, abrange dolo e culpa em sentido *stricto*.

O dolo é a vontade conscientemente dirigida à produção de um ato ilícito. A conduta já nasce ilícita, pois o sujeito pratica o ato de forma intencional.

Já a culpa é a vontade inconsciente porque desprovida do dever de cuidado, não intencional, que provoca a violação de uma norma de conduta pela falta de cuidado, erro de conduta e causa um evento danoso involuntário, porém previsto ou previsível. É a conduta voluntária do agente nas modalidades – negligência, imprudência, imperícia.

Os elementos da conduta culposa são: conduta voluntária com resultado involuntário, mas previsível porque pressente um certo grau de probabilidade e tendo como elemento objetivo, o homem comum; e subjetivo, as suas condições pessoais, por exemplo: idade, sexo, grau de cultura e que pela falta de cuidado, cautela ou atenção decorrente de imprudência – falta de cautela por conduta; negligência – falta de cautela por omissão ou imperícia – falta de habilidade na execução de atividade única, provoca um dano.

As espécies de culpa podem ser: grave, leve, levíssima. No direito civil mede-se a indenização pela intensidade do dano e não pelo grau de culpa. Uma culpa leve pode provocar uma lesão enorme e uma culpa grave uma pequena lesão e vice versa. Também podemos classificá-la em culpa “*in elegendo*”, “*in vigilando*”, “*in custodiando*”, quando é praticada por pessoas a quem cabe a outrem fiscalizar. Já a culpa presumida é aquela imposta pela lei. Quando se fala em culpa contra a legalidade se quer dizer que o dever violador resulta de texto de lei ou regulamento. A culpa *in re ipis* deriva das circunstâncias que ocorreu o fato danoso, bastando a prova dos fatos. Ex: o carro subir na calçada e atropelar um transeunte. No que se refere à culpa concorrente, há atitudes da vítima que concorreu para a ocorrência do fato danoso, o que minimiza, mas não isenta o dever de indenizar.

### 1.4.3 O elemento nexos de causalidade

Outro elemento importante da responsabilidade civil é o nexos causal que se constitui na necessidade de que o ato ilícito seja a causa do dano. É a relação de causa e efeito entre a conduta culposa do agente e o dano sofrido pela vítima.



Várias teorias buscam justificar o liame entre o fato e o dano. Entre elas podemos destacar: a teoria da equivalência de antecedentes, que foi elaborado por Von Buri com base nas ideias de Stuart Mill, defende que causa é a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido, e condição é todo antecedente que não pode ser eliminado mentalmente sem que venha a ausentar-se o efeito. A crítica que se faz a esta teoria é a regressão infinita de nexos causais.

Adotada pelo nosso novo Código Civil, no seu art. 403, a Teoria da causalidade adequada, elaborada por Von Kries, defende que causa é o antecedente não só necessário, mas também adequado à produção do resultado, ou seja, só há uma relação de causalidade adequada entre fato e dano.

Visto tais conceitos podemos afirmar que para a configuração da responsabilidade civil subjetiva é necessário que estejam presentes os elementos: fato, nexos de causalidade, culpa e dano. A culpa é elemento fundamental para que a obrigação de indenizar seja reconhecida.

Quando falamos em Responsabilidade Civil objetiva, o elemento culpa é irrelevante já que diz respeito àquela que decorre do risco pelo exercício de uma atividade de risco ou posição em que se encontra o indivíduo, ou um seu dependente, inexistindo a necessidade de comprovação de culpa pelo dano causado; exatamente o contrário do que ocorre na Responsabilidade Civil subjetiva, na qual o fator culpa é fundamental para a sua caracterização.

Quando estudamos no tópico acima a evolução da responsabilidade civil, vimos que foi lenta e difícil a construção de uma teoria que permitisse aceitar a obrigação de indenizar sem que o causador do dano tivesse agido de forma reprovável ou culposa.

Por certo tempo, dada a experiência de fatos concretos, a doutrina e a jurisprudência avançaram no sentido de admitir para a prova do dano a facilitação da prova da culpa, buscando através das circunstâncias dos fatos e pelas características do causador, presumir a existência da culpa. Passou-se, posteriormente, para se admitir o conceito de culpa presumida, através da inversão do ônus da prova, daí os conceitos de culpa presumida, *in re ipsa*, contra a legalidade, etc. Isso se deu por conta das enormes dificuldades na apuração da culpa pela vítima que muitas vezes ficava sem ter ressarcido seus prejuízos pela impossibilidade de demonstrar a culpa do causador do dano. Também, se verificou o aumento na esfera contratual do número de hipóteses de situações contratualmente asseguradas como indenizáveis, para finalmente se chegar ao conceito de responsabilidade objetiva em determinados casos previstos em lei, como ocorreu com as relações jurídicas decorrentes de danos ao meio ambiente, objeto do nosso tema.

### 1.4.3.1 As exclusões

Não podemos deixar de fazer breve comentário quanto às exclusões do nexo de causalidade, que na teoria clássica abrange o fato exclusivo da vítima; o fato de terceiros; o caso fortuito – imprevisível e a força maior – inevitável.

Temos duas teorias no âmbito da responsabilidade objetiva quanto às exclusões.

A do risco assumido ou proveito, a qual se caracteriza pela atividade lucrativa em que o agente empreendedor exerce a atividade de risco e deve ser responsabilizado pela vida e a saúde das pessoas em decorrência desta atividade e admite as excludentes da culpa da vítima, da força maior e ao caso fortuito.



Já a teoria do risco integral ou risco criado não admite qualquer das excludentes, e o agente é responsabilizado por todos os danos que dele decorrem, basta que se prove o nexo de causalidade ligando o evento à atividade do empreendimento, ainda que sua atividade seja apenas uma concausa, pois para a aferição do nexo causal somente é exigido que se prove o liame entre o dano e a atividade desenvolvida pelo agente causador, não podendo invocar o caso fortuito ou a força maior, para se eximir da responsabilidade pelo dano causado na sua atividade empresarial.

Como exemplos, podemos citar as atividades nucleares em que mesmo que fenômenos naturais como uma tempestade, ciclone ou inundação cause danos em suas instalações e venha a sofrer um abalo em sua estrutura física que libere a radioatividade e atinja as pessoas que trabalham ou moram próximas ao local do equipamento, o agente sofre a imputação objetivamente pelo risco criado em função tão somente do exercício de uma atividade perigosa, uma vez que o dano somente existiu por causa da instalação daquela atividade no local afetado, tendo em vista que a atividade comercial e que visa lucro é potencialmente danosa, amplia-se a responsabilidade do agente responsável pelo dano que foi produzido, não existindo qualquer hipótese para ser eximido de arcar com os danos causados que gerou o desequilíbrio ecológico e precisa ser restaurado para que se mantenha o equilíbrio social e preservação de nossos ecossistemas, independentemente da autorização legislativa ou administrativa para exercer uma atividade comercial sem ilicitude.

#### **1.4.4 O elemento dano**

Este é o elemento essencial da responsabilidade civil. Não se pode falar em ressarcimento se o dano não existir.

Entende-se por dano a subtração ou diminuição de um bem jurídico, qualquer que seja sua natureza. É uma lesão a um bem jurídico, tanto patrimonial como extrapatrimonial.

O dano material – quando atinge os bens integrantes do patrimônio de uma pessoa, abrange o dano emergente, o que a vítima efetivamente perdeu e os lucros cessantes, aquilo que deixou de ganhar em consequência do dano.

O dano moral<sup>9</sup> – quando atinge um bem jurídico extrapatrimonial ligados ao direito da personalidade, como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o decoro, a intimidade, os sentimentos afetivos, a imagem ou nos atributos da pessoa como o nome, a capacidade, o estado de família, provocando prejuízo a qualquer interesse não patrimonial.

Admite-se, na atualidade, e a doutrina e a jurisprudência se pacificaram quanto à possibilidade de acumulação entre os danos materiais e morais, o que no passado era inadmissível,

Existem outras modalidades de dano, entre elas podemos citar o dano hipotético, Sobre a questão do dano hipotético se discute a questão quanto à teoria da perda de uma chance. Apresenta certa relação com os lucros cessantes, no entanto, este se refere a um benefício futuro certo; e no dano hipotético estamos diante de uma benefício futuro incerto, pois, embora exista uma probabilidade de que sem o dano o ganho ocorreria, este também poderia não acontecer. Portanto, na aferição do dano hipotético se leva em conta a privação de uma possibilidade de obter um ganho ou evitar um prejuízo por causa da existência da conduta que resultou na lesão, ou seja, se indeniza a perda da oportunidade que foi ceifada pelo causador do dano a vítima.

9 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: Doutrina, Jurisprudência**. – 6.ª ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1995. p. 548/549.



Já o dano reflexo ou indireto, que pode ser material ou moral é o dano sofrido por terceira pessoa como reflexo do dano principal, sendo certa a repercussão deste dano ao terceiro. Deve ser analisado através da aferição do nexos de causalidade e, geralmente, o terceiro está ligado ao vitimado por laços de parentescos ou comercial, mas pode ser terceira pessoa sem qualquer vínculo deste que apresente prova concreta da lesão sofrida em decorrência do dano principal.

### **1.4.5 Responsabilidade por fato lícito**

O Código Civil Brasileiro assim como o Português adotam o sistema da responsabilidade com culpa, entendendo que sem ela, real ou artificial, não há responsabilidade, com avanços no que se refere ao sistema objetivo que o agente responde sem culpa.

Apenas quando a lei expressamente preveja a possibilidade de responsabilização objetiva, com fundamento na teoria do risco, é que se poderá admitir a indenização por danos decorrente de atividade lícita.

A legislação brasileira vem avançando a passos largos para a adoção da responsabilidade sem culpa, entre elas podemos citar a legislação ambiental, o Código de Defesa do Consumidor – Lei 8078/90, a legislação reguladora das atividades nucleares e outras de risco.

Vale lembrar que, no sistema da Responsabilidade Civil, principalmente nas legislações que adotam a responsabilidade civil objetiva, ainda que exista autorização administrativa para o exercício de uma atividade, este fato por si só não exclui a responsabilidade do causador do dano.

É irrelevante a licitude da atividade, uma vez que a outorga de autorização, licença ou permissão pelo Poder Público, mesmo em conformidade com a legislação vigente, apenas trará para esse o dever de responder solidariamente pelos danos e, conseqüentemente, a obrigação de indenizar, pois a licitude da atividade não é excludente da responsabilidade civil nas hipóteses de dano ambiental, uma vez que fundamentada no risco da atividade.

## 1.5 Responsabilidade Civil no direito ambiental

Vimos acima que são quatro os elementos essenciais da Responsabilidade Civil: a ação que se constitui em um ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário ou não, do próprio agente ou de terceiro, ou pelo fato de um animal ou coisa inanimada que cause um dano a alguém, decorrendo daí o dever de indenizar; o nexo de causalidade que se traduz na certeza de que ocorreu um liame entre a ação do agente que praticou o ato lesivo e o dano sofrido pela vítima, sem o qual não se concretiza o dever de indenizar.

O dano, que é o elemento central da Responsabilidade Civil, pois só se caracteriza o dever de ressarcimento oriundo da responsabilidade civil se houver prova da ocorrência de um dano, seja ele jurídico, patrimonial ou moral.

Por último a culpa, abrangendo o dolo e a culpa em sentido *strito*, nas suas modalidades negligência, imprudência e imperícia, correspondente a uma falta cometida contra o dever, por ação ou omissão.

Na responsabilidade objetiva, independente do elemento culpa e esta responsabilidade sem culpa se baseia no risco.



Já na esfera do dano ambiental, este decorre de uma lesão aos recursos ambientais, causando a degradação e alteração do equilíbrio ecológico.

As legislações se alteram nos Estados Nacionais quando à responsabilidade civil por danos ambientais. No Brasil é objetiva, conforme o artigo 14 da Lei 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

A doutrina brasileira tem, na sua maioria, acolhido a teoria do risco criado ou integral, pois se defende que não se exclui a responsabilidade do empreendedor quanto à reparação dos danos em nenhuma das hipóteses prevista de excludentes ou previstas no ordenamento jurídico em vigor.

Isso porque a prática cotidiana tem demonstrado que para a aferição do dano ambiental já se tem enormes dificuldades na identificação do agente causador, a sua individualização e extensão do dano causado.

Isso porque o desenvolvimento econômico se expande de forma vertiginosa, e o homem se transformou em uma máquina insaciável de produção em larga escala afetando de forma inexorável o ambiente em que vivemos e as consequências atinge toda a coletividade, de forma, muitas vezes difusa, em vista da natureza da lesão que se estende não somente ao local afetado mais para outras localidades transfronteiriças, através do vento, da água, dos mares etc.; de forma silenciosa e brutal e provocando desastres ecológicos de dimensões alarmantes, esquecendo que a preservação ambiental é fundamental para a sobrevivência de todas as espécies.

Assim, não é fácil investigar o nexo de causalidade para identificar o causador do dano, qual a extensão deste dano quanto aos prejuízos que causou ao ecossistema e ao próprio homem e quantificar o valor do ressarcimento tanto para restabelecer o *status quo* ante quanto as lesões pessoais dos cidadãos.

## **1.5.1 As modalidades de responsabilidade civil ambiental**

Existem três formas de responsabilização do bem ambiental: responsabilidade penal, responsabilidade administrativa e responsabilidade civil. Cada uma delas tem autonomia própria e objetiva atingir o mesmo fim, que é a preservação do meio ambiente, mas por meios diversos e que podem ser aplicadas de forma concomitante, vez que uma sanção não exclui a outra.

### **1.5.1.1 A Responsabilidade penal**

Em algumas situações, a conduta omissiva ou comissiva do agente poluidor é tão grave que está tipificada como norma de direito penal e sua inobservância constitui a prática de crime ou de contravenção penal. No Brasil, além da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que instituiu diversas modalidades de sanção penal interligando as responsabilidades penal e civil, prevendo a aplicação de penas restritivas de direito, privativas de liberdade e multa, temos ainda a Lei 7.802, de 11.07.1989, que penaliza o uso indevido de agrotóxicos; a Lei 7.804, de 18.07.1989, que criminalizou a poluição, introduzindo um tipo penal na Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938, de 31.08.1981); a Lei 7.805, de 18.07.1989, que criou o delito de praticar garimpagem sem autorização do órgão competente, introduzindo o art. 21 no Decreto-lei 227, de 28.02.1967, que resultaram dos preceitos e princípios da Constituição Federal pátria.

### 1.5.1.2 A Responsabilidade administrativa

Para se evitar a necessidade de se buscar a tutela jurisdicional para coibir a ocorrência do dano ou repará-lo quando já ocorreu, a legislação ambiental estabelece uma serie de medidas administrativas de fiscalização, autorização e prevenção do dano ambiental.

Assim, a Administração Pública está autorizada a utilizar o Poder de Polícia Ambiental para a prevenção de atividades lesivas ao ambiente, através de processos internos de controle dos atos dos administrados, observando o *princípio in dubio pro securitate*, negando a licença para atividades quando se verificar risco concreto de ocorrência de dano quer seja para exercício de atividade comercial que pela sua natureza possa causar riscos ao meio ambiente, exigindo estudos prévios de impacto ambiental se a atividade for potencialmente causadora de significativa degradação ambiental e também coibir as praticas equivocadas dos cidadãos que possam repercutir negativamente no meio ambiente. Também exerce este poder para repressão efetiva quando as autoridades tomam conhecimento da ocorrência de uma infração a legislação ambiental, cuja reparabilidade amparada no estudo de impacto ambiental se fará pela imposição do meio mais adequado através da pena cominada, objetivando ou a recuperação da área quando possível ou o pagamento em dinheiro, para minimizar as lesões.

### 1.5.1.3 A responsabilidade civil

Tema do nosso estudo e prevista no artigo 927 do Código Civil, tem como escopo a reparação do dano ambiental causado.

Além disso, como veremos a seguir o Ministério Público ou qualquer cidadão está legitimado na defesa do meio ambiente, através de instrumentos processuais previstos em lei: ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção.

## **2 A responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente na legislação brasileira**

A legislação brasileira constitucional através da Constituição Federal de 1988 em vários artigos e no seu artigo 225 quando trata do capítulo sobre o Meio Ambiente e através da infraconstitucional pela Lei 6938/81 consagra o direito do meio ambiente como direito fundamental, ao instituir que todos tem direito ao meio ambiente equilibrado.

No entanto, nas palavras de Celso Antonio Pacheco Fiorillo<sup>10</sup>, o legislador constitucional brasileiro:

[...] compreendeu a existência de uma terceira espécie de bem: o bem ambiental. Tal fato pode ser verificado em razão do disposto no artigo 225 da Constituição Federal, que consagrou a existência de um bem que não é público nem, tão pouco particular, mas sim de uso de comum do povo.

Assim, a CF brasileira embora não tenha utilizado a expressão – dano ecológico avançou no sentido de não só criar a figura do bem ambiental, mas também determinar que o Poder Público e a coletividade têm o dever de zelar pela preservação e defesa do bem ecológico para as presentes e futuras gerações.

10 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 2.<sup>a</sup> Ed. São Paulo: Saraiva. 2001. 32 p.

De uma dimensão subjetiva dada ao direito ambiental em que se demonstrava uma visão antropocêntrica, em que o homem coloca o ambiente na posição de realizar o seu bem estar, avançamos para uma dimensão mais objetiva, do dever de proteção da entidade pública e da coletividade, trazendo uma nova realidade deste bem ambiental que se apresenta como meta-individual e meta-estadual, porque a poluição não tem fronteiras, é um bem comum do povo, e porque o meio ambiente não é uma unidade, mas um conjunto de coisas – o ar, a água, a fauna, a flora, a terra, o mar – multifacetário, diferente do direito subjetivo de cada cidadão.

Assim, existe uma tensão entre limitar a soberania sem asfixiar a população no seu desenvolvimento e encontrar um ponto de equilíbrio entre o desenvolvimento sustentável, a forma de gerir os recursos naturais que também é gerador de renda, e ao mesmo tempo preservá-lo para as presentes e futuras gerações. É a solução que se busca alcançar.

Por isso, a Constituição brasileira de 1988, em seu artigo 225, delineou as linhas de atuação nesta esfera e elegeu em primeiro lugar a hipótese da restauração do bem ambiental como principal obrigação do causador e somente não sendo possível, ser obrigado a indenizar pelos prejuízos causados pela degradação do meio ambiente.

Na mesma linha, a Lei 6938/81 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, no artigo 4º e 14, § 1.º, impõe àquele que praticou o ato de degradação do ambiente, sua recuperação e ainda, elegeu a responsabilidade objetiva como meio de reparar o dano ambiental, em não havendo condições de atender as exigências e soluções técnicas apresentadas pelo Poder Público e proclama taxativamente que o agente causador do dano é obrigado a indenizar os prejuízos, independente da existência de culpa:

§ 1º: [...] sem obstar a aplicação das penalidades neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente de existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade [...]

Portanto, a configuração da obrigação de reparar ou indenizar ocorre com a existência da conduta (licita ou ilícita), o dano ecológico e o nexo de causalidade, não sendo necessário o elemento subjetivo, não se admitindo aceitar a responsabilidade subjetiva, para efeito de ressarcimento pelos danos ecológicos, quando existentes. A indenização pelo dano ecológico funciona como sanção pecuniária, desestimuladora da continuidade da degradação e como função compensatória pelo dano ambiental ocorrido.

Por outro lado, embora o Código Civil de 2002, instituído pela Lei n. 10.406/2002, mantenha a responsabilidade civil subjetiva como regra, nos artigos 186 e 187 (nota de rodapé Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.), baseada na culpa *lato sensu*, nas três modalidades *strictum sensu*: imprudência, negligência e imperícia e no dolo, também previu a responsabilidade objetiva como sistema complementar, nos casos indicados em lei ou quando a atividade desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem, nos termos do parágrafo único do art. 927. (nota de rodapé copiar artigo)



## 2.1 Aferição e compensação do dano ambiental

José Rubens Morato Leite<sup>11</sup> classifica a compensação ecológica em quatro tipos:

A) Jurisdicional – condenações que obrigam o poluidor a restaurar o bem ou pagar valor pecuniário decorrente de lide ambiental.

B) Extrajudicial – ocorre através de TAC – Termo de ajustamento de conduta.

C) Prestabelecida – fora da tripartite sistema de responsabilização, está prevista no artigo 36 da Lei 9985/2000 que criou o sistema de compensação ambiental e foi regulada pelo Dec. 6848/2009 de acordo com estudo prévio de impacto ambiental.

D) Fundos autônomos – financiados por potenciais agentes poluidores que pagam cotas de financiamento para reparação e é utilizado independente de processo judicial quando ocorre lesão ou quando o causador não puder ser identificado.

Aponta, o mesmo autor acima citado, quatro parâmetros para a aferição do dano ecológico – valoração econômica do bem degradado levando-se em conta a repercussão do dano para as futuras gerações e com uma visão ecocêntrica de reparação, observação dos princípios da equivalência, razoabilidade e proporcionalidade, adoção da Diretiva 2004/CE da União Europeia que privilegia e prever medidas de reparação primária, complementar, compensatória e perdas transitórias. o valor obtido deve ser destinado em benefício do local afetado pela atividade danosa.

Adotou a legislação brasileira a teoria do risco criado, pois os doutrinadores, mais ambientalistas, vêm sustentando a necessidade de adoção

11 LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e Prática. / José Rubens Morato Leite, Patrick de Araújo Ayala – 4ª edição. revista atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 215 p.

do risco integral, sob o argumento de maior proteção e alcance da legislação protetiva do ambiente, sendo posição majoritária, principalmente quando expressamente previsto, como na hipótese do dano decorrente de atividades nucleares regulada em legislação própria, mas admite excludente da indenização nas situações previstas na própria lei como em consequência de conflito armado, hostilidades, guerra civil, insurreição ou fato excepcional da natureza.

## 2.2 A teoria do risco na legislação ambiental brasileira

Sérgio Cavalieri Filho<sup>12</sup> aponta cinco modalidades do risco: Risco-proveito, que caracteriza como responsável aquele que tira proveito da atividade danosa; Risco-profissional, quando o fato prejudicial é decorrente de atividade ou profissão do lesado; Risco-excepcional, quando o dano escapa da atividade comum da vítima, ainda que estranho ao trabalho que exerça, como as atividades nucleares, radioativas e rede elétrica; Risco criado, quando em razão da atividade ou profissão cria um perigo a outrem e, por último, o risco integral, considerada modalidade extremada da doutrina do risco, admite a indenização ainda que não ocorra o nexo de causalidade. A teoria do risco, em suas várias modalidades, está embasada no dever jurídico de segurança de quem exerce a atividade em relação a vítima.

12 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 7.<sup>a</sup> edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. 128/131p.



## 2.2.1 Teoria do Risco integral

Vimos que a legislação brasileira adotou, no âmbito da responsabilidade civil decorrente de danos ambientais, a modalidade objetiva.

Entendendo ser a proteção ambiental causa que se situa entre aquelas consideradas causas excepcionais, a maioria dos autores consagrados no direito brasileiro como Carlos Roberto Gonçalves (Responsabilidade Civil, 2003, p. 91) e Sérgio Cavalieri Filho (Programa de responsabilidade civil, 2007. p.136) defendem a teoria do risco integral em matéria ambiental, sustentando a afastabilidade das excludentes de caso fortuito e força maior.

Na mesma linha, Jorge Alex Nunes Athias<sup>13</sup> afirma ser irrelevante a demonstração do caso fortuito ou da força e Antonio Herman Benjamin<sup>14</sup>

Annelise Monteiro Steigleder, por seu turno, adota posição mais alargada:

Finalmente, há uma posição intermediária, que nos parece mais correta, que admite apenas a força maior e o fato de terceiro como causas excludentes, eis que consistem em fatos externos, desvinculados ao empreendimento, nada tendo a ver com os riscos intrínsecos ao estabelecimento ou atividade. E desde que não se trata de empresa exploradora de atividade de risco e que sua atuação não possa ser considerada causa indireta do dano.<sup>15</sup>

13 ATHIAS, Jorge Alex Nunes. **Responsabilidade civil e meio ambiente – breve panorama do direito**. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 1993. 245/246p.

14 BENJAMIN, Antonio Herman. (coordenador). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 1993. – (Biblioteca de direito ambiental).

15 STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental**. 2.ª Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011. 182 p.

Acompanham esta posição, Adalberto Pasqualotto<sup>16</sup>, Hugo Nigro Mazilli<sup>17</sup> e José Rubens Morato Leite<sup>18</sup>.

## 2.3 Sujeitos

O artigo 3º, IV da Lei Lei 6.938/81, entende como poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

No que se refere aos sujeitos ativos se aceita como parte legítima para propor ação indenizatória qualquer pessoa que individualmente tenha sofrido prejuízo em decorrência do dano ao ambiente que vai a juízo defender seu direito quer patrimonial quer pessoal, como a saúde, mas contribui de forma indireta para a proteção ambiental e amparado na responsabilidade objetiva, invocando o artigo 14, § 1.º, da Lei 6.938/81. Além disso estão legitimados qualquer cidadão, o Ministério Público, os partidos políticos e as entidades civis.

## 2.4 Instrumentos de defesa do meio ambiente

A legislação brasileira também previu alguns tipos de ações que permite aos cidadãos ou aos sujeitos legitimados, a sua utilização para defesa dos direitos ambientais.

16 PASQUALOTTO, Adalberto. **Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual**. In: DANO ambiental: prevenção, reparação, repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993. 456 p.

17 MAZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995. 503 p.

18 LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial**. Teoria e Prática. / José Rubens Morato Leite, Patrick de Araújo Ayala – 4ª edição. revista atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



## 2.4.1 A Ação Popular Ambiental

A Ação Popular foi instituída pela Lei 4.717/1965<sup>19</sup> e prevê também a anulação de ato lesivo que cause dano ao patrimônio público e ao histórico e cultural, bem como ao meio ambiente. Pode ser exercida por qualquer cidadão que esteja em pleno gozo dos seus direitos políticos, mas não pode ser utilizada para indenização do ato consumado.

## 2.4.2 A Ação Civil Pública

Instituída através da Lei 7.347<sup>20</sup>, busca a defesa de bens que compõem o patrimônio social e público, o meio ambiente, o consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e os interesses difusos e coletivos. É um instrumento eficaz para reprimir ou impedir danos ao meio ambiente e proteger os interesses difusos da sociedade e não visa amparar os direitos individuais dos cidadãos nem à reparação de prejuízos causados a estes pela conduta, comissiva ou omissiva, do causador do dano.

Admite a condenação em cumprimento de obrigação de fazer, de não fazer e/ou a condenação em valor pecuniário, em favor do ambiente coletivo.

A lei previu a possibilidade de abertura de inquérito civil, cuja atribuição exclusiva é do Ministério Público, dos Estados ou da União, por

19 BRASIL. Lei nº. 4717/1965, de 29 de junho de 1965. **Ação Popular**. Diário Oficial da União. 05 de julho de 1965. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 de set. 2012.

20 \_\_\_\_\_. Lei nº. 7347/1985, de 24 de julho de 1985. **Ação Civil Pública**. Diário Oficial da União. 25 de julho 1975. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 de set. 2012.

meio do qual investiga o fato e reúne a provas necessárias para instrumentalizar a ação civil pública, se verificar a existência de elementos suficientes, nos termos no Artigo 5.º, § 5.º da citada lei. Durante este procedimento poderá propor ao causador do dano o TAC – termo de ajustamento de conduta, conforme preleciona o § 6º do art. 5.º da Lei citada que terá força de título executivo extrajudicial”.

São legitimados para a propositura da Ação Civil Pública, além Ministério Público (estadual ou federal), as pessoas jurídicas estatais, autárquicas e paraestatais e as associações destinadas à proteção do meio ambiente.

### **2.4.3 O Mandado de Segurança Coletivo**

Outro instrumento previsto no artigo 5.º, Inciso LXIX, da Constituição Federal de 1988, para proteger direito líquido e certo de natureza ambiental, quando o poluidor responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público, sendo legitimados – partido político com representação no Congresso Nacional ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

### **2.4.4 O Mandado de Injunção**

Por último, existe previsão de, conforme o inciso LXXI, do Artigo 5.º da Constituição Federal, sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício de direitos e liberdades constitucionais



e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, e diversos autores defendem a utilização deste instrumento em matéria ambiental, quando a falta de norma regulamentadora de um dispositivo constitucional ou infraconstitucional gere dificuldade para que o meio ambiente se mantenha ecologicamente equilibrado.

### **2.4.5 Os Fundos Autônomos**

Como mais um mecanismo eficiente e complementar ao sistema de reparação do dano ecológico quando não for possível determinar a quantidade de pessoas lesadas, principalmente em decorrência da necessidade de se estabelecer critérios de distribuição de indenização; quando decorrente de sentença procedente em ações coletivas e por ser o meio ambiente um bem difuso e coletivo; ou ainda quando não for possível identificar o real causador do dano foram instituídos os fundos autônomos.

Este novo sistema representa um avanço no sistema clássico de responsabilidade civil e avança da responsabilidade individual para a responsabilidade compartilhada, possibilitando a reconstituição do bem lesado e expandido os benefícios da recuperação não apenas as pessoas diretamente lesadas, mas toda a coletividade de pessoas que vivem próximas ao local degradado.

No Brasil, a Constituição Federal no artigo 167, IX autoriza a criação de fundos, desde que através de autorização legislativa e a Lei 7347/85, no seu artigo 13<sup>21</sup> autoriza a instituição de fundos federais e estaduais para o depósito dos valores das condenações decorrentes de indeniza-

---

21 Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

ções por dano ecológico e com gestão realizada por um conselho, em que haverá a participação do Ministério Público e de representantes de outras entidades públicas e privadas que em conjunto deliberam quanto a sua aplicação.

Estes fundos visam a reconstituição do bem lesado, mas se não houver esta possibilidade, os valores serão destinados a recuperação de outras áreas que sofreram degradação mas podem ainda ser recompostas.

A Lei 9.008 de 21.03.1995 criou no âmbito do Ministério da Justiça, o Conselho Federal previsto no citado artigo 13 da Lei 7.347/85, bem como ditou a regulamentação do Fundo quanto a arrecadação e aplicação dos recursos.

Vale registrar que a matéria ambiental admite a concorrência de legislação nas três esferas administrativas – federal, estadual e municipal, e por isso perfeitamente viável a criação de Fundo Municipal do Meio Ambiente, observando-se na lei federal as diretrizes básicas voltadas ao meio ambiente local, permitindo que o recurso arrecadado seja aplicado com maior rapidez no próprio local degradado ao invés de ser depositando em um fundo estadual, de forma descentralizada e com preocupação dos recursos ser útil ao fim precípua de recomposição do bem ambiental.

### **3 A responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente na lei portuguesa**

O Direito Português optou, no âmbito da responsabilidade civil ambiental, por adotar a responsabilidade civil subjetiva e indicar para determinadas hipóteses expressamente determinadas em lei, entre elas a



responsabilização dos operadores econômicos por danos ambientais, a imputação da responsabilidade civil objetiva.

Através de uma legislação fragmentária e complexa em termos de regulação da matéria ambiental o ordenamento jurídico português busca a proteção do meio ambiente de forma tímida e contraditória.

A Constituição da República Portuguesa (CRP)<sup>22</sup> notadamente no seu artigo 66º, que preceitua o direito ao ambiente e qualidade de vida.

Também a Lei de Bases do Ambiente - Lei n. 11/87 de 7 de abril, no artigo 41º<sup>23</sup> consagra outra modalidade de responsabilidade objetiva da competência dos tribunais comuns por ações lesivas do ambiente, mas com respeito pelo normativo aplicável.

A Lei de Ação Popular – Lei n. 83/95 de 31<sup>24</sup> de agosto regulam também a matéria. Através deste instrumento processual, o autor popular tem legitimidade ativa absoluta para propor ação no âmbito da lei, ainda que não tenha sofrido nem esteja ameaçado de sofrer algum tipo de dano.

No Código Civil Português, a responsabilidade civil está regulada nos artigos 483º e seguintes aplicáveis. A responsabilidade objetiva está

22 Na CRP em seu Artigo 66º (Ambiente e qualidade de vida) assegura que 1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de defendê-lo, e que 2. 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, uma série de ações.

23 Segundo o Artigo 41.º Lei n. 11/87 de 7 de abril: 1- Existe obrigação de indenizar, independentemente de culpa, sempre que o agente tenha causado danos significativos no ambiente, em virtude de uma ação especialmente perigosa, e que, 2- O quantitativo de indenização a fixar por danos causados no ambiente será estabelecido em legislação complementar.

24 O regime jurídico da LAP pode ser sintetizado nas seguintes linhas de orientação: a) Visa a proteção de interesses difusos, designadamente, saúde pública, os direitos dos consumidores, a qualidade de vida, a preservação do ambiente e do património cultural e b) A Legitimidade Processual Ativa é conferida a qualquer cidadão no gozo dos seus direitos civis e políticos, às associações e fundações defensoras dos interesses acima referidos, independentemente de terem ou não interesse direto na demanda, às autarquias locais em relação aos interesses de que sejam titulares residentes na área da respectiva circunscrição e ao Ministério Público.

prevista nos artigos 499º e seguintes e o artigo 509º adotou esta espécie para os danos causados por instalações de energia eléctrica ou gás.

A Lei quadro das contra ordenações ambientais – Lei 50/2006 29 de agosto<sup>25</sup>, alterada pela Lei 89/2009 de 31 de agosto, prevê medidas administrativa de prevenção e repressão a atos danosos ao meio ambiente.

Em Janeiro entrou em vigor a Lei 67/2007, de 31 de Dezembro, que aprovou o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas.

E para cumprimento da Directiva n.º 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, adaptou sua legislação e a partir de 1 de Agosto de 2008 entrou em vigor, o Decreto-Lei n.º 147/2008, estabelecendo um regime de prevenção e reparação de danos ambientais, ainda que estabelece uma polaridade ao regular a responsabilidade civil aplicável no âmbito puro do direito privado e um regime de responsabilidade civil aplicável no âmbito administrativo e como tal do direito público, dada a duplicidade de lesão que pode advir de uma dano ambiental seja quando lesa o seu proprietário causando um prejuízo material, ao mesmo tempo em que poderá também causar um dano ecológico porque atingirá a saúde e a segurança da coletividade.

Através deste decreto se estabeleceu o regime jurídico da responsabilidade por danos ecológicos, elegendo o princípio do poluidor-pagador, como base para a aplicação de medidas legais e administrativas de prevenção e reparação dos danos ambientais. Amplia-se o conceito de responsabilidade ambiental, para avançar além do dever de reparação, pois se estabelece aos operadores que desenvolve uma atividade eco-

25 O Código Penal, já opera em conjunto com a Lei-quadro das Contra-ordenações Ambientais, Lei n.º 50/2006 de 25 de Agosto, alterada pela Lei n.º 89/ 2009 de 31 de Agosto, retificada pela declaração de retificação n.º 70/2009, de 1 de Outubro.



nômica, seja pública ou privada, devem pautar sua atuação de modo a evitar a ocorrência de dano, ou seja, deve atuar de forma preventiva a uma ameaça eminente de dano ao ambiente ou se houver possibilidade da continuidade de novos danos subsequentes a uma lesão já ocorrida. A novidade do instituto é que não somente se aplica ao dano ambiental, mas também as ameaças de sua ocorrência.

A exposição de motivos do Decreto-Lei n.º 147/2008<sup>26</sup> aponta cinco dificuldades que se pretende solucionar com a nova legislação:

- 1) a dispersão dos danos ambientais, em que o lesado, numa análise custo benefício, se vê desincentivado a demandar o poluidor;
- 2) a concausalidade na produção de danos, que em matéria ambiental conhece particular agudeza em razão do carácter técnico e científico e é susceptível de impedir a efectivação da responsabilidade
- 3) o período de latência das causas dos danos ambientais, que leva a que um dano só se manifeste muito depois da produção do(s) facto(s) que está na sua origem
- 4) a dificuldade técnica de provar que uma causa é apta a produzir o dano (e, conseqüentemente, de o imputar ao respectivo autor)
- 5) a questão de garantir que o poluidor tem a capacidade financeira suficiente para suportar os custos de reparação e a internalização do custo social gerado.

A Justiça Portuguesa optou por uma protecção dualista, a esfera administrativa e a esfera judicial, prevista no Decreto-Lei n.º 147/2008. Entretanto, esta atuação vem causando dissenso entre os doutrinadores portugueses.

---

26 Decreto-lei n.º 147/2008, de 29 de Julho (Diploma da Responsabilidade Ambiental), estabelece o regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais e transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva n.º 2004/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, que aprovou, com base no princípio do poluidor-pagador, o regime relativo à responsabilidade ambiental aplicável à prevenção e reparação dos danos ambientais.

Na esfera de competência dos Tribunais administrativos, as questões de natureza ambiental também são tratadas pelas regras previstas na Lei 67/2007 em que se prevê a responsabilidade das entidades públicas por atuação de gestão pública em três âmbitos.

1- Nas hipóteses de fato ilícito culposo, aplica-se a responsabilidade subjetiva quando ocorre ação ou omissão da administração pública que causem dano por violação de normas legais ou atos que deixem de observar regulamentos e regras de ordem técnica ou que não observe os cuidados que deveriam proceder a uma autoridade ou agente da administração.

2- O artigo 11 da Lei 67/2007 também prevê as hipóteses de danos causados aos particulares por fatos lícitos em que se impõe à administração a recomposição do *status quo* ante ou na sua impossibilidade o pagamento de uma indenização, mas tal situação não se enquadra no instituto da responsabilidade civil e sim se reveste de caráter de compensação pelo sacrifício, em vista da necessidade de evitar um prejuízo ao particular por conta da atuação da Administração Pública e, portanto sendo a hipótese de aplicação da justa indenização com distribuição de encargos públicos.

3- Por último, está prevista no artigo 16º da Lei 67/2007 a responsabilidade pelo risco nos casos em que ocorram atos lesivos ao ambiente produzidas por empresas ou serviços públicos em que se aplica a responsabilidade objetiva.

Observa-se, ainda, no âmbito da atuação da Administração Pública pela responsabilidade por atos de gestão privada, uma regra de dualidade, pois, na ocorrência de danos causados no desempenho de atividades de gestão privada, a administração pública responde pelas regras contidas no Código Civil e as ações tramitam nos tribunais comuns.



Esta diversidade de legislação do regime da responsabilidade civil ambiental fragiliza a efetivação do dever de proteção ao meio ambiente, mormente no que se refere à dualidade de tribunais competentes, uma vez que existe a possibilidade da apreciação das questões ligadas a responsabilidade civil ambiental em algumas hipóteses através dos tribunais comuns e naqueles previstas em lei por tribunais administrativos, a depender da repercussão do dano ambiental.

## **4 As interseções e diferenças entre as legislações**

No presente tópico, iremos relacionar as principais interseções e diferenças que foram identificadas no confronto entre as duas legislações em estudo – a brasileira e a portuguesa, apontando como é tratado cada um dos problemas apresentados juridicamente na aferição da Responsabilidade Civil.

### **4.1 Regra de Responsabilidade**

Direito Brasileiro – a Lei 6.938, de 1981, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, substitui o princípio da responsabilidade subjetiva, fundamentado na culpa, pelo da responsabilidade objetiva fundamentado no risco da atividade. Assim, o sistema brasileiro adotou o regime da responsabilidade objetiva, fundada na teoria do risco da atividade para a caracterização da responsabilidade civil por dano ambiental, pelo que basta a demonstração do evento danoso e do nexo de causalidade, prescindindo do elemento culpa

Direito Português – o Decreto-Lei n.º 147/2008 estabeleceu o regime jurídico da responsabilidade por danos ecológicos adotando dois re-

gimes de responsabilidade civil. Responsabilidade subjetiva como regra geral e objetiva nos casos enumerados no anexo III.

Portanto, o sistema português adotou o regime da responsabilidade subjetiva, pela teoria da culpa, sendo necessário aferir a responsabilidade pelo resultado. E somente se admite a responsabilidade objetiva, nas hipóteses de dano ambiental, no rol do anexo III do decreto Decreto-Lei n.º 147/2008.

## **4.2 Autonomia do conceito de dano ambiental**

Direito Brasileiro – embora a legislação brasileira não mencione a palavra dano ecológico, diferencia o dano ecológico do dano pessoal, patrimonial e extra-patrimonial.

Direito Português – o Decreto-Lei n.º 147/2008 no seu preâmbulo deixa claro que se busca a autonomização de um novo conceito de danos causados à natureza em si, ao património natural e aos fundamentos naturais da vida a que designou: dano ecológico.

## **4.3 Imputação da responsabilidade**

Direito Brasileiro – há a abrangência dos atos de omissão – agentes administrativos e particulares podem ter imputada a responsabilidade pelos prejuízos causados à coletividade.

Direito Português – há critérios diferenciados de imputação da responsabilidade de acordo com três modalidades de omissão – ato ilícito,

ato lícito e ato pelo risco, com tratamento diferente a depender da qualidade do agente causador do dano e da gravidade da lesão.

#### **4.4 Sistema de prevenção**

Direito Brasileiro – a Constituição de República de 1988 fortaleceu a materialização do princípio poluidor-pagador, recaindo sobre o autor do dano o ônus decorrente dos custos sociais de sua atividade, mas embora também prestigie a prevenção de danos, não instituiu um sistema administrativo eficiente de prevenção.

Direito Português – embora Decreto-Lei n.º 147/2008 tenha acolhido a responsabilidade subjetiva como regra, o sistema de responsabilização quando a prevenção dos danos apresenta um sistema sofisticado, na esfera administrativa dando ênfase a prevenção através de medidas estabelecidas no artigo 14, diferenciando o dano iminente do dano efetivo.

#### **4.5 Forma de tratamento para a imputação da responsabilidade do operador**

Direito Brasileiro – não há diferenciação de tratamento dos entes públicos e privados.

Direito Português – a responsabilidade dos entes públicos é tratada por Tribunais Administrativos aplicando a Lei 67/2007, pelo fato ilícito e pelo risco e os particulares pelo Código Civil e por leis avulsas.

## 4.6 Regime de atuação

Direito Brasileiro – todo o sistema de responsabilidade civil é judicializado, exceto no que se refere a autorização para que o Ministério Público através de inquérito civil público consiga, junto ao agente poluidor, concretizar um TAC – Termo de Ajustamento de Conduta.

Direito Português – o artigo 16º do Decreto-Lei n.º 147/2008 autoriza o procedimento para reparação de dano, na esfera administrativa.

## 4.7 Solidariedade e coparticipação dos operadores

Direito Brasileiro – o artigo 942<sup>27</sup>, do Código Civil, estabelece a responsabilidade solidária pela reparação a todos que deram causa ao dano.

Na hipótese de dano ambiental, sabemos que em área na qual se situam aglomerados de fábricas, complexa é a prova efetiva de onde partiu a emissão poluente que o provocou o dano ambiental e qual a coparticipação de cada um dos agentes poluidores para estabelecer de forma isolada a responsabilidade de cada um dos autores e por isso torna-se apropriada a utilização deste mecanismo de responsabilização. Também a Lei 6398/81 em seu artigos 3º<sup>28</sup>, incisos IV combinado com o artigo 14, § 1º<sup>29</sup>, vai no mesmo sentido e a doutrina e jurisprudência nacional adotam tal posição.

27 Art. 942. Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação.

28 Art 3º – Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: IV – poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental; (grifo nosso)

29 Art. 14 -§ 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 terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.



Direito Português – o Decreto-Lei n.147/2008 em seus artigos 3º<sup>30</sup> e 4º<sup>31</sup> previu a solidariedade e participação dos agentes causadores do dano.

Da mesma forma a Lei n.50/2006 de 29 de Agosto que trata das contra-ordenações ambientais, regulou nos seus artigos 11<sup>32</sup> e 17<sup>33</sup> a responsabilidade decorrente da solidariedade e da coparticipação entre os agentes causadores do dano.

## 4.8 Cumulação de modalidades de responsabilidade

Direito Brasileiro – admite a cumulação de responsabilização na esfera judicial, administrativa e penal.

Direito Português – legislação portuguesa também admite a acumulação.

No entanto, vale registrar que o artigo 10º do Decreto-Lei n.º 147/2008, quando prescreve a vedação da cumulação de indenização,

30 Artigo 3.º Responsabilidade das pessoas coletivas 1 — Quando a atividade lesiva seja imputável a uma pessoa coletiva, as obrigações previstas no presente decreto-lei incidem solidariamente sobre os respectivos diretores, gerentes ou administradores; 2 — No caso de o operador ser uma sociedade comercial que esteja em relação de grupo ou de domínio, a responsabilidade ambiental estende -se à sociedade -mãe ou à sociedade dominante quando exista utilização abusiva da personalidade jurídica ou fraude à lei.

31 Artigo 4.º Participação 1 — Se a responsabilidade recair sobre várias pessoas, todas respondem solidariamente pelos danos, mesmo que haja culpa de alguma ou algumas, sem prejuízo do correlativo direito de regresso que possam exercer reciprocamente. 2 — Quando não seja possível individualizar o grau de participação de cada um dos responsáveis, presume-se a sua responsabilidade em partes iguais. 3 — Quando a responsabilidade recaia sobre várias pessoas responsáveis a título subjetivo ao abrigo do presente decreto-lei, o direito de regresso entre si é exercido na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advieram, presumindo-se iguais as culpas dos responsáveis.

32 Art. 11 Responsabilidade solidária Se o agente for pessoa coletiva ou equiparada, respondem pelo pagamento da coima, solidariamente com esta, os respectivos sócios, administradores ou gerentes. Solidariedade entre os operadores.

33 Artigo 17 Participação 1 — Se vários agentes participarem no facto, qualquer deles incorre em responsabilidade por contra-ordenação ambiental mesmo que a ilicitude ou o grau de ilicitude do facto dependam de certas qualidades ou relações especiais do agente e estas só existam num dos participantes. 2 — Cada participante é punido segundo a sua culpa, independentemente da punição ou do grau de culpa dos outros participantes.

leva a crer que não admite a cumulação das três modalidades de responsabilização pelos danos ambientais.

No entanto, tal dispositivo apenas pretende destacar que, em havendo o ressarcimento da esfera administrativa, o lesado não pode receber novamente na esfera comum pelo mesmo dano ambiental sofrido, no âmbito dos seus prejuízos individuais, o que obviamente se trata de princípio geral de direito, ou seja, não se admite cumulação de indenizações pelo mesmo prejuízo sofrido.

Mas, sobre o mesmo bem pode incidir uma atividade lesiva que, mesmo sendo única, pode causar danos em duas dimensões para o proprietário do bem e para o ecossistema, e a reprovação deve ser reconhecida, e a responsabilidade deve ser imposta ao agente pelo dano pessoal causado ao proprietário do bem lesado, e pela lesão ambiental do ecossistema. Assim, provado o nexo de causalidade o poluidor será condenado na esfera civil aplicando-se o Decreto-Lei 147/2008 e, simultaneamente, é aplicada a Lei 50/2006, das contra-ordenações ambientais, com imposição de multa pecuniária e medidas de reparação do dano ecológico.

## **4.9 Facilitação de acesso a justiça**

Direito Brasileiro – no Brasil, o dano ambiental é considerado de natureza pública e o meio ambiente bem de interesse público, por isso o Estado não tem exclusividade na defesa jurídica nas lesões causadas ao meio ambiente, permitindo um grande leque de legitimados através de ações mandamentais já indicadas em tópico anterior.

Direito Português – também em Portugal se avançou no sentido de automatizar o dano ecológico. Embora a legislação portuguesa não tenha



ação similar a ação civil publica brasileira, privilegia o procedimento administrativo, através de um Tribunal Administrativo e também previu a participação do cidadão por meio da Ação Popular.

## 4.10 Reparação do dano

Direito Brasileiro – na reparação de dano em geral, o prejuízo a ser indenizado deve ser atual, ou seja, já deve ter ocorrido, mas em relação à responsabilidade civil ambiental é coibido todo prejuízo, efetivo ou potencial, que pode advir no futuro e o evento danoso resultante de atividade que, direta ou indiretamente, causem a degradação do meio ambiente como um todo, ou a um ou mais de seus componentes e as lesões materiais como as imateriais são suscetíveis de reparação.

Direito Português – no artigo 12 do Decreto-Lei 147/2008 também se aceita a responsabilização do agente em caso de ameaça iminente de danos, privilegiando a prevenção.

No que se refere à possibilidade de reparação do dano moral ambiental, o citado decreto não traz qualquer regulação.

No entanto, Carla Amado Gomes defende:

### 1) O problema do dano moral ambiental

Constituindo o ambiente uma grandeza de fruição colectiva mas de apropriação individual impossível, a noção de dano moral ambiental revela-se ambígua<sup>25</sup>. Pensemos no exemplo da floresta que alberga espécies protegidas de fauna e flora destruída por um incêndio decorrente de uma acção humana. Esta floresta era palco de reuniões comunitárias,

acções de pedagogia ambiental, zona de excursões de escuteiros, alvo de visitas turísticas em razão da sua beleza e estado de conservação. Poderá conceber-se que, para além da restauração natural – que demorará vários anos e poderá nunca alcançar o estado anterior à lesão, por extinção de espécies -, haja pagamento de quantias à comunidade por perda de fruição de um bem colectivo? A resposta parece-nos dever ser afirmativa, mas o regime desta responsabilização não se encontra no RPRDE, pois este circunscreve-se ao dano ecológico, ou seja, à *alteração adversa mensurável* do estado de um determinado componente ambiental natural. Trata-se aqui de ressarcir danos morais de categorias de indivíduos cujo traço identificativo se prende com a especial intensidade de fruição de um dado recurso. Seriam como que, e passe o pleonismo jurídico, *interesses difusos homogéneos*: interesses na fruição de um bem colectivo cujo desaparecimento ou amputação de qualidades provoca um sentimento de perda de idêntica natureza num determinado universo de “usuários”. Por outras palavras, a admitir esta categoria de dano, ela é assimilável ao dano moral tradicional, a que alude o artigo 496º do CC. No entanto, a compensação do dano moral ambiental não poderá reverter para o(s) sujeito(s) que denuncia(m) a perda para a colectividade, mas antes para o Fundo de Intervenção Ambiental pois apesar de este tipo de sofrimento ser individual, ele reporta-se a uma perda que o não é, antes se projecta na comunidade como um todo.<sup>34</sup>

## 4.11 Danos pessoais e danos ecológicos

Direito Brasileiro – o evento danoso pressupõe prejuízo a terceiro e/ou aos bens da natureza, ensejando pedido de reparação e/ou compensação pelo dano, consistentes na recomposição do status quo ante ou pagamento de importância em dinheiro.

34 GOMES, Carla Amado. **DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE DANO AMBIENTAL? Direito, mentiras e crítica.** Este texto constitui a versão longa da intervenção da autora no Colóquio subordinado ao tema *Responsabilidade civil por dano ambiental*, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, numa realização conjunta do ICJP, do ILDA e da APDA, com o patrocínio da FLAD.

Direito Português – a mesma atividade danosa pode ocasionar danos em duas dimensões – pessoal e ao ecossistema e a legislação portuguesa admite que haja a responsabilização do dano de forma integral.

## **4.12 Caracterização do dano**

Direito Brasileiro – na caracterização do dano deve se observar a linha de fronteira entre o uso e o abuso, limite ou a intensidade do dano capaz de ensejar a obrigação reparatória, levando-se em conta que uma simples atividade humana que envolva a utilização de recursos naturais pode causar impactos, mas somente os danos significativos, cujos reflexos negativos transcendem os padrões de suportabilidade estabelecidos devem ser indenizados.

Direito Português – há um consenso entre as duas legislações.

## **4.13 Dificuldades na aferição dos elementos que caracterizam o dano**

Direito Brasileiro – um parâmetro a ser observado, quanto se trata de dano ambiental, é que não se poder aceitar como justifica para descaracterizar uma atividade como poluidora o simples fato de que o agente causador do dano esteja respeitando os padrões de emissão de agentes poluentes, porque a normatização de padrões serve tão somente como indicativos de que um determinado índice estabelecido de concentração de uma substância ou matéria não serão suficientemente capazes de causar prejuízos à saúde da coletividade ou prejudicar o equilíbrio dos ecossistemas atingindo a biodiversidade da

fauna e da flora. Por isso a fiscalização das atividades com características de lesividade devem ser permanentemente exercida pelos órgãos governamentais competentes para verificar se, ainda que se respeite aos padrões normativos estabelecidos, a emissão de determinada substância apresente nocividade tal que imponha a sua redução ou total proibição para que o meio ambiente não sofra degradação e que a poluição decorrente da atividade não prejudique a saúde, segurança e bem estar da população.

Assim, no âmbito da legislação brasileira, a licitude da atividade não tem qualquer relevância na imputação da responsabilidade, bastando a prova da lesividade para fundamentar a sanção.

Direito Português – a legislação, ao não prever regras de presunção de causalidade e nem hipóteses de inversão do ônus da prova a favor do denunciante ou vítima do dano ecológico, em face da garantia do princípio da prevenção e tendo em vista a flagrante deficiência e desigualdade no acesso as informações em relação ao agressor, dificultando a aferição do dano.

#### **4.14 Quando ao nexos da causalidade**

Direito Brasileiro – não se constitui tarefa fácil a aferição da relação de causa e efeito entre a atividade do agente e o dano ocorrido, pois são de extrema complexidade os fatos determinantes da poluição, dada a sua característica multifacetária tanto das causas como das fontes que emanam e que na maioria das vezes são imperceptíveis a curto prazo em consequência de dificuldades técnicas e financeiras para que sejam comprovadas ou porque a ligação entre a fonte emissora e o resultado lesivo se apresenta aparentemente desconexa.



Na legislação brasileira tal tarefa se ameniza porque o dever de indenizar não carece da investigação da culpa.

Direito Português – a complexidade da forma de aferição do nexo de causalidade na legislação portuguesa dificulta a prova, mormente porque não se previu presunção de causalidade de dano por conta da natureza da atividade.

Vale a pena verificar os preceitos contidos nos artigos 5<sup>o35</sup> do Decreto-Lei 147/2008 que previram a presunção de repartição de responsabilidade em partes iguais quando ocorrer a cumulação de ações lesivas. No entanto, peca quando não regulou as hipóteses em que há dúvida quanto a pratica da ação lesiva em relação a uma pluralidade de sujeitos, não se podendo estabelecer um indiscutível nexo de causalidade.

Também o quanto regulado no artigo 6<sup>o36</sup> do mesmo decreto não resolve o problema, posto que pressupõe que o nexo de causalidade já tenha sido estabelecido.

## 4.15 Inversão do ônus da prova

Direito Brasileiro – a legislação brasileira previu regras de inversão do ônus da prova no artigo 21 da Lei da Ação Civil Pública e no artigo 6<sup>o</sup> e o título III da Lei 8078/90 que instituiu o Código de Defesa do

35 Artigo 5.º Nexo de causalidade A apreciação da prova do nexo de causalidade assenta num critério de verossimilhança e de probabilidade de o facto danoso ser apto a produzir a lesão verificada, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e considerando, em especial, o grau de risco e de perigo e a normalidade da ação lesiva, a possibilidade de prova científica do percurso causal e o cumprimento, ou não, de deveres de proteção.

36 Artigo 6.º Poluição de carácter difuso As obrigações decorrentes dos artigos anteriores são aplicáveis aos danos causados em virtude de uma lesão ambiental causada por poluição de carácter difuso quando seja possível estabelecer um nexo de causalidade entre os danos e as atividades lesivas.

Consumidor, equiparando nas ações coletivas a coletividade como hipossuficiente e o poluidor como parte mais forte na relação jurídica<sup>37</sup>.

Direito Português – o Código de Processo Civil português, nos artigos 516º e 519.º, autoriza que o juiz na instrução probatória possa usar de seus poderes para a descoberta da verdade material, regulando a repartição do ônus da prova e estabelecendo o dever de cooperação para a descoberta da verdade, principalmente em situações em que seja necessária a aferição de fatos de risco, o que se aproxima do instituto da inversão do ônus da prova.

No entanto, em matéria ambiental em que tal instituto se torna premente dada as características do infrator e a fragilidade do lesado ou da coletividade, pecou o legislador português no Decreto-Lei 147/2008, ao não regular expressamente na responsabilidade por dano ecológico, tal instituto que contribuiria de forma concreta para a prova do nexo de causalidade e da culpabilidade do agente poluidor, em face de ser a vítima fragilizada em termos de capacidade de prova por não possuir conhecimento suficiente dos elementos provocadores do dano ambiental, sem esquecer que também desprestigiando o princípio da prevenção vulnerando a aplicação das medidas preventivas e reparatórias previstas no artigo 14, 15, e 16 do decreto em estudo.

Não podemos deixar de registrar que no que se refere à Responsabilidade Civil do Estado e demais pessoas coletivas públicas, o DL n. 48.051 de 27 de novembro de 1967, nos artigos 2º e 3º, previu em casos de responsabilidade por omissão da Administração Pública, que esta demonstre que não agiu porque tinha razões concretas que embasaram sua convicção da desnecessidade de agir nas circunstâncias apresentadas. Atualmente, a Lei n. 67/2007 de 31 de dezembro, em seu artigo 10, prevê duas hipóteses de inversão do ônus da prova.

37 FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 2.ª Ed.. São Paulo: Saraiva. 2001. 243 p.



O Prof. Marcelo Rebelo identifica tais situações:

A lei não dispõe directamente sobre a prova da culpa, mas a regra geral infere-se da parte inicial do art. 10º, 2 RRCEC; sobre a culpa deve incidir uma demonstração, pelo que é ao lesado que cabe o ónus de provar a culpa do autor da lesão. A lei administrativa geral prevê duas presunções legais de culpa leve, que invertem o ónus da prova, quanto à prática de actos imateriais ilícitos e em caso de violação de deveres de vigilância (art. 10º, 2, 3 RRCEC)<sup>38</sup>

É bom lembrar que o artigo 17º da Lei 83/95 (Lei de Direito de participação procedimental e de ação popular – LAP), embora não exclua o principio dispositivo, amplia o poder investigatório do juiz permitindo que ele não fique adstrito as provas produzidas pelas partes, mas autorizando que ele possa buscar a realidade fática perseguida.

## 4.16 Prescrição

Direito Brasileiro – a legislação ambiental brasileira não estabeleceu prazo para a prescrição da responsabilidade pelo dano ambiental, ou seja, não há previsão legal para a extinção do exercício do direito de reparação decorrente de dano ambiental. Por isso, a doutrina e jurisprudência vêm defendendo a imprescritibilidade do dano ambiental, entendendo que não se pode utilizar o instituto geral da prescrição quando da pretensão de indenização ambiental porque este não é um direito de propriedade, mas um direito de ordem pública e indisponível sem conteúdo pecuniário apesar de ter repercussão patrimonial em caso

38 SOUSA, Marcelo Rebelo de. MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade Civil Administrativa – Tomo III. Responsabilidade Civil Administrativa*. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 2008.p. 28)

de lesão. Além disso, tratando-se de direitos difusos, seus titulares são indetermináveis e cujos efeitos são continuados, porque muitas vezes o prejuízo causado não se manifesta no momento da lesão, mas em futuro incerto e que se perfaz de modo permanente e ininterrupto no tempo, praticado por agentes diversos e em atos ilícitos sucessivos e em momentos diferentes.

José Rubens Morato Leite sustenta:

Teoricamente, verifica-se a imprescritibilidade dos danos ambientais, posto que anônimos e pertencentes à coletividade, isto é, o meio ambiente é bem que pertence a todos, e as regras clássicas do direito civil sempre preveem uma titularidade do bem. Neste sentido, NERY Junior e Nery afirmam:

A prescrição é instituto criado para apenar o titular do direito pela sua inércia no não exercício desse direito. Como os direitos difusos não tem titular determinável, não seria correto transportar-se para o sistema de indenização dos danos causados ao meio ambiente o sistema individualístico do Código Civil, apenando, desta forma, toda a sociedade, que, em última ratio, é a titular ao meio ambiente sadio<sup>39</sup>.

Direito Português – o Decreto-Lei n.º 147/2008 em seu artigo 33<sup>o40</sup> fixou a prescrição dos danos causados ao meio ambiente o prazo de 30 anos.

---

39

40 Artigo 33.º – Prescrição – Consideram-se prescritos os danos causados por quaisquer emissões, acontecimentos ou incidentes que hajam decorrido há mais de 30 anos sobre a efetivação do mesmo.



## 4.17 Fundos Autônomos e Garantias Financeiras

Direito Brasileiro – Constituição Federal no artigo 167, IX autoriza a criação de fundos, desde que através de autorização legislativa e a Lei 7347/85, no seu artigo 13 autoriza a instituição de fundos federais e estaduais para o depósito dos valores das condenações decorrentes de indenizações por dano ecológico.

Direito Português – o Decreto-Lei n.º 147/2008 previu no art. artigo 22<sup>o41</sup> a garantia financeira obrigatória para os operadores que exerçam atividades perigosas conforme elenco do anexo III e no artigo 23<sup>o42</sup>, destacou a importância da criação do Fundo de Intervenção Ambiental, para onde são depositadas taxas correspondentes ao percentual de 1% sobre o valor das garantias financeiras.

41 Artigo 22.º Garantia financeira obrigatória 1 — Os operadores que exerçam as atividades ocupacionais enumeradas no anexo III constituem obrigatoriamente uma ou mais garantias financeiras próprias e autónomas, alternativas ou complementares entre si, que lhes permitam assumir a responsabilidade ambiental inerente à atividade por si desenvolvida. 2 — As garantias financeiras podem constituir-se através da subscrição de apólices de seguro, da obtenção de garantias bancárias, da participação em fundos ambientais ou da constituição de fundos próprios reservados para o efeito. 3 — As garantias obedecem ao princípio da exclusividade, não podendo ser desviadas para outro fim nem objeto de qualquer oneração, total ou parcial, originária ou superveniente. 4 — Podem ser fixados limites mínimos para os efeitos da constituição das garantias financeiras obrigatórias, mediante portaria a aprovar pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, do ambiente e da economia.

42 Artigo 23.º Fundo de Intervenção Ambiental 1 — Os custos da intervenção pública de prevenção e reparação dos danos ambientais prevista no presente decreto-lei são suportados pelo Fundo de Intervenção Ambiental, criado pela Lei n.º 50/2006, de 29 de Agosto, abreviadamente designado por FIA, nos termos do respectivo estatuto. 2 — Sobre as garantias financeiras, obrigatórias ou não, constituídas para assumir a responsabilidade ambiental inerente a uma atividade ocupacional incide uma taxa, no montante máximo de 1 % do respectivo valor, destinada a financiar a compensação dos custos da intervenção pública de prevenção e reparação dos danos ambientais prevista no presente decreto -lei, a liquidar pelas entidades seguradoras, bancárias e financeiras que nelas intervenham. 3 — O montante concreto da taxa referida no número anterior, bem como as suas regras de liquidação e pagamento, são fixados por portaria a aprovar pelos membros do Governo responsáveis pelas áreas das finanças, do ambiente e da economia. 4 — O produto da cobrança da taxa referida no n.º 2 constitui receita integral e exclusiva do FIA.

## 4.18 Exclusões

Direito Brasileiro – por acolher a Responsabilidade Civil objetiva e por haver tendência doutrinária e jurisprudencial pela teoria do risco integral, as exclusões de responsabilidade são mínimas aceitando-se o caso fortuito, a força maior e a causa exclusiva de terceiro.

Direito Português – acolhendo as diretrizes traçadas na directiva 2004/35/CE, a legislação portuguesa, novamente, no Decreto-Lei n.º 147/2008 previu no art. artigo 2º, 33º e 35º, um amplo leque de exclusões que causou perplexidade na comunidade jurídica sendo, inclusive, objeto de duras observações pela Prof. Carla Amado em seu artigo *A responsabilidade Civil por danos ecológicos* que vale a pena transcrever:

3.4. A fraude ao Direito Comunitário da norma sobre aplicação no tempo.

Como afirmámos *supra*, a norma sobre exclusões (artigo 2º/2 do RRPDE) não esgota os casos imunes à aplicação do RRPDE. Dos artigos 33º e 35º constam mais algumas hipóteses, nomeadamente a prescrição, por um lado, e os danos ocorridos em data anterior à entrada em vigor (ou, ainda que posteriores, causados por actividade já concluída) do RRPDE.

Ora, a data de início de vigência do DL 147/2008 é tardia relativamente ao prazo de cumprimento estabelecido no artigo 19º/1 da directiva: 30 de Abril de 2007. Donde, a obrigação regulatória se ter vencido nessa data, não podendo, através de disposições como os artigos citados, os Estados-membros reduzir em mais de um ano o âmbito normativo da directiva[72]. Note-se que esta dilatação do prazo de transposição contribui para um alargamento dos casos excluídos, contrariando a vocação de tutela ambiental contida no instrumento comunitário e violando, reflexamente, o princípio da solidariedade plasmado no artigo 10 do Tratado de Roma.



“Manobras” como esta são, infelizmente, comuns e, no plano específico do Direito do Ambiente, já mereceram expressa condenação e repúdio do Tribunal de Justiça. Veja-se, por exemplo, o Acórdão de 9 de Agosto de 1994, prolatado no caso *Bund Naturschutz, Bayern* (caso C-396/92), no qual a Alta Instância do Luxemburgo rechaçou a possibilidade de introduzir no diploma de transposição um período transitório que defraudaria o termo inicial de vigência estabelecido na directiva. Deve, por isso, fazer-se uma leitura dos artigos referidos (33º e 35º do RRPDE) conforme à directiva, reportando a data de início de aplicação do RRPDE a 30 de Abril de 2007, e não a 1 de Agosto de 2008<sup>43</sup>.

## 5 Análise quanto à efetividade das respectivas legislações e suas vantagens e desvantagens

### 5.1 Desvantagens da Legislação portuguesa:

1- A Regra clássica de responsabilidade – não oferecem proteção suficiente e adequada quando se trata de dano ambiental dada a sua Natureza difusa, pluralidade de vítimas e dificuldade de prova da culpa do agente poluidor, coberto por aparente legalidade materializada em alvarás do Poder Público.

43 Artigo 2.º Âmbito de aplicação 1 — O presente decreto -lei aplica -se aos danos ambientais, bem como às ameaças iminentes desses danos, causados em resultado do exercício de uma qualquer atividade desenvolvida no âmbito de uma atividade económica, independentemente do seu carácter público ou privado, lucrativo ou não, abreviadamente designada por atividade ocupacional. 2 — O capítulo III não se aplica a danos ambientais, nem ameaças iminentes desses danos: a) Causados por qualquer dos seguintes atos e atividades: i) Atos de conflito armado, hostilidades, guerra civil ou insurreição; ii) Fenómenos naturais de carácter totalmente excepcional imprevisível ou que, ainda que previstos, sejam inevitáveis; iii) Atividades cujo principal objetivo resida na defesa nacional ou na segurança internacional; iv) As atividades cujo único objetivo resida na proteção contra catástrofes naturais; b) Que resultem de incidentes relativamente aos quais a responsabilidade seja abrangida pelo âmbito de aplicação de alguma das convenções internacionais, na sua atual redação, enumeradas no anexo I ao presente decreto -lei e do qual faz parte integrante; c) Decorrentes de riscos nucleares ou causados pelas atividades abrangidas pelo Tratado Que Institui a Comunidade Europeia da Energia Atómica ou por incidentes ou atividades relativamente aos quais a responsabilidade ou compensação seja abrangida pelo âmbito de algum dos instrumentos internacionais enumerados no anexo II ao presente decreto -lei e do qual faz parte integrante.

2- O fundamento da teoria da culpa não mais corresponde às exigências sociais, deixando em grande número de casos a vítima ao desamparo.

3- A necessidade de uma solução mais efetiva em razão da expansão das atividades econômicas da sociedade contemporânea, com forte consumo de massa e utilização inadequada dos recursos naturais.

4- Tratando-se de dano aos bens da natureza, um fundamento que não seja a responsabilidade objetiva corre o risco de não alcançar todos os responsáveis pelo evento danoso.

5- O fundamento da responsabilidade objetiva é a equidade, para que o agente responda pelos riscos de sua atividade, afastando a defesa da socialização dos prejuízos e privatização dos lucros.

6- A legislação portuguesa não apresenta uma solução eficiente para estimular o lesado a proteger o meio ambiente, pois não cria mecanismos processuais claros para a efetivação dos seus direitos.

7- Ao estabelecer prazo prescricional em 30 anos, a legislação portuguesa fragiliza a proteção ambiental em vista da característica do dano ambiental que muitas vezes somente se manifesta muito tempo depois da produção do fato.

8- Perdeu a oportunidade de resolver o problema da dificuldade de provar uma causa apta a produzir um dano através de estabelecimento de regras de presunção de causalidade e nem previu hipóteses de inversão do ônus da prova a favor do denunciante ou vítima do dano ecológico, em face da garantia do princípio da prevenção e tendo em vista a flagrante deficiência e desigualdade no acesso as informações em relação ao agressor.

## 5.2 Vantagens

1- A Diretiva 2004/35/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de Abril de 2004, facultou aos Estados a adoção da responsabilidade objetiva, nas ações decorrentes de danos ecológicos, com expressa determinação taxativa dos tipos de danos sujeitos a sua incidência, mas impôs a obrigação de ajustar sua legislação no sentido da previsão de responsabilização subjetiva nos danos desta natureza.



2- Isso se deu porque as empresas europeias exerceram pressão no sentido da não aceitação de responderem de forma objetiva por danos em vista dos custos decorrentes desta obrigação. A defesa quando a sua inaplicabilidade se deu com a justificativa de que penaliza de forma desproporcional os operadores por exigir demais dele, sendo sempre responsável independente de sua conduta ambiental ser ou não correta, pois, toda atividade tem um grau de risco e incerteza quanto a existência de danos e não se pode prever tudo. Assim, a imputação da responsabilidade objetiva caracteriza protecionismo exacerbado ao dispensar a aferição da culpa e ao mesmo tempo não estimula o operador já que sabendo que será responsabilizado de qualquer forma, não buscará a evolução através da implementação de novas técnicas.

3- Isso se deu porque as empresas europeias exerceram pressão no sentido da não aceitação de responderem de forma objetiva por danos em vista dos custos decorrentes desta obrigação.

4- A defesa quando a sua inaplicabilidade se deu com a justificativa de que penaliza de forma desproporcional os operadores por exigir demais dele, sendo sempre responsável independente de sua conduta ambiental ser ou não correta, pois, toda atividade tem um grau de risco e incerteza quanto a existência de danos e não se pode prever tudo. Assim, a imputação da responsabilidade objetiva caracteriza protecionismo exacerbado ao dispensar a aferição da culpa e ao mesmo tempo não estimula o operador já que sabendo que será responsabilizado de qualquer forma, não buscará a evolução através da implementação de novas técnicas.

5- As medidas preventivas trazidas através do Decreto-Lei 147/2008 desestimula o poluidor porque cria mecanismos rígidos de fiscalização.

6- Ao estabelecer no artigo 5º do Decreto-Lei 147/2008, uma presunção de distribuição equitativa das cotas de responsabilidade, o legislador português resolveu o problema da concausalidade na produção de danos, facilitando a imputação da sanção pertinente ao agressor de forma solidária entro da cadeia de poluidores.

7- A criação de garantia financeira obrigatória prevista no artigo 22º do Decreto-Lei 147/2008, bem como a previsão no artigo 23º, da criação de criação do Fundo de Intervenção Ambiental são medidas de grande importância para garantir que o poluidor tenha capacidade financeira para suportar os custos da reparação.

## 6 Conclusões

Podemos constatar que tortuoso é o caminho na busca da prevenção e reparação do dano ecológico, porque ainda não se tem a consciência de que a fruição dos bens ambientais deve estar intrinsecamente associado ao dever de sua conservação, em que cada cidadão e toda a comunidade abracem uma relação de solidariedade mutua num esforço global de cuidado com o planeta.

Verificamos que entre a constatação do dano ou do risco de dano até chegar a aferição do nexo de causalidade, identificação do poluidor, causa que provocou o dano, individualização, extensão e quantificação, existe uma complexidade assustadora que muitas vezes leva a falta de provas para a responsabilização do poluidor.

Por isso, causa perplexidade a falta de unificação da legislação ambiental a nível internacional para que medidas eficientes e eficazes sejam editadas com o firme propósito de garantir que o direito ao ambiente não seja refém do desenvolvimento econômico e que seja assegurada a preservação da natureza contra a sua exploração predatória.

A Convenção de Lugano de 1992 nunca chegou a entrar em vigor por não ter merecido uma única ratificação. Isto é fato!

Nesta convenção estava prevista a responsabilidade objetiva como meio de reparação do dano ambiental, englobando o dano ecológico. Isto é fato!

Assim estamos diante de um paradoxo?

Certamente!



Ora, se é certo que a responsabilidade civil objetiva é o meio mais eficaz de se reparar o dano ao meio ambiente, como percebemos neste estudo, não menos certo é a constatação da grande resistência que se encontra nos Estados Nacionais a implantação de tal modalidade de responsabilização e mais ainda a nível internacional de se unificar este modelo reparatório.

Assim, necessário se torna um grande caminho evolutivo a percorrer nesta esfera da responsabilidade civil.

Isso porque não é fácil caracterizar o dano ambiental e mais complicado ainda é encontrar o modo justo de recuperação deste dano, pois, por se tratar de uma matéria multidisciplinar, com interseções em várias especializações, necessárias se tornam a utilização de várias técnicas para se restaurar a natureza ou ao menos se aproximar a um nível de recomposição aceitável.

Ora, se é tão difícil a prova do fato e o nexo de causalidade e também de se quantificar a extensão do prejuízo, a tarefa se torna muito mais cruel se ainda for preciso, após este grande esforço, a vítima, a administração (nos casos de dano ecológico puro) e o Poder Judiciário, ter ainda o ônus de provar a existência de culpa, matéria tortuosa e de difícil aferição.

Encontrar então uma alternativa evolutiva até que se consiga atingir o instituto ideal da responsabilização objetiva na esfera do dano ecológico é o grande desafio dos ambientalistas.

Alguns juristas, entre eles a grande estudiosa no assunto, a Prof.<sup>a</sup> Carla Amado, apresentam a aplicação de uma solução mediadora entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, pois sustentam que a adoção da responsabilidade objetiva, neste momento conjuntural é perigosa para a economia e para a incorporação na consciência coletiva dos deveres de

proteção do meio ambiente, mas reconhecem que a adoção do instituto da responsabilidade subjetiva para o ressarcimento do dano ambiental não é a melhor solução em vista das dificuldades na produção da prova da existência do elemento culpa.

Apontam, na esteira da posição que se delineia na comunidade europeia, a responsabilidade subjetiva com culpa presumida, na forma prevista no artigo 493 do Código Civil Português nas hipóteses de culpa *in vigilando*.

Embora seja simpática a esta proposta intermédia, não podemos deixar de reconhecer que a responsabilidade objetiva é a melhor solução para evitarmos a degradação do planeta dado que o dano ecológico tem caráter difuso e transfronteiriço que dificultam a sua reparação integral. E mais ainda, embora nos filiamos a corrente que aceita as excludentes do dever de indenizar, concordamos com aqueles de sustentam que o simples caso fortuito ou força maior não exclui a reparação, mas somente se o fato se configurar como totalmente inevitável, após a verificação de que o operador da atividade que gerou o dano tenha cumprido todas as orientações e exigências legais para evitar a poluição de acordo com as normas pertinentes a atividade desenvolvida e demonstrar que investe em avanços tecnológicos no sentido de minimizar as consequências da atividade que provocou a poluição em benefício da coletividade, uma vez que não existe atividade sem qualquer espécie de poluição.

O debate sobre os mecanismos de proteção do meio ambiente e as técnicas judiciais, processuais e administrativas disponíveis para aplicação das normas de Direito ambiental, deve ser incessante e estar longe de encontrar a solução ideal, para que não se deixe sem censura com zelo e eficiência as praticas abusivas que em nome do desempenho de atividades lícitas, devidamente autorizadas pelo Poder Público, se comete atos ilícitos que destroem a natureza e põem em risco a vida e sobrevivência da humanidade.

## Referências

ATHIAS, Jorge Alex Nunes. **Responsabilidade civil e meio ambiente- Breve panorama do direito brasileiro**. Dano Ambiental: prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista Editora dos Tribunais, 1993

BENJAMIN, Antonio Herman. (coordenador). **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Editora. Revista dos Tribunais, 1993. – (Biblioteca de direito ambiental). p. 245 e 246.

\_\_\_\_\_. V. **Responsabilidade Civil pelo Dano Ambiental**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, n. 9. p. 5-52, jan-mar 1998.

DIAS, José de Aguiar. **Da Responsabilidade Civil**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense. 1997. Volume 1.

BETTIOL, Luciana Stocco. **Responsabilidade Civil e Proteção ao Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988** / Caio Sá Viana Pereira de Vasconcelos Tácito – Brasília, DF: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999. 366 p. – Coleção, Constituições Brasileiras; v. 7.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Diário Oficial da União. 10 jan. 2002. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 10 de out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 9605/1988, 12 de fevereiro de 1998. **Crimes Ambientais**. Diário Oficial da União. 17 de fevereiro 1998. Disponível em:<[http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisa Legislacao.action](http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action)>. Acesso em: 10 de out. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 9985/2000, de 18 de julho de 2000. **Cria o sistema de compensação ambiental e regulada pelo Dec. 6848/2009** Diário Oficial da União. 19 de julho 2000. Disponível em:<[http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisa Legislacao.action](http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action)>. Acesso em: 04 de set. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 6938/1981, de 31 de agosto de 1981. **Lei da Política Nacional do Meio Ambiente**. Diário Oficial da União. 02 de novembro 1981.. Disponível em:<[http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisa Legislacao.action](http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action)>. Acesso em: 04 de set. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 7347/1985, de 24 de julho de 1985. **Ação Civil Pública**. Diário Oficial da União. 25 de julho 1975. Disponível em:<[http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisa Legislacao.action](http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action)>. Acesso em: 05 de set. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 8078/90, de 11 de setembro 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Diário Oficial da União. 12 de setembro 1990. Disponível em:<[http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisa Legislacao.action](http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action)>. Acesso em: 05 de set. 2012.

\_\_\_\_\_. Lei nº. 9008/95, de 21 de março 1995. **Estrutura Organizacional do Ministério da Justiça**. Diário Oficial da União. 23 de março 1995. Disponível em:<[http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisa Legislacao.action](http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action)>. Acesso em: 05 de set. 2012.



\_\_\_\_\_. Lei nº. 4717/1965, de 29 de junho de 1965. **Ação Popular**. Diário Oficial da União. 05 de julho de 1965. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/sicon/ExecutaPesquisaLegislacao.action>>. Acesso em: 05 de set. 2012.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **A Responsabilidade por Danos Ambientais- Aproximação Juspublicística**. Direito do Ambiente, Instituto Nacional de Administração, Saraiva: São Paulo. 1994.

COELHO, André de Azevedo; Sarlet, Ingo Wolfgang. **A responsabilidade civil extracontratual da administração pública nos sistemas jurídicos brasileiro e português – uma análise comparada**. *Actas do Colóquio A responsabilidade Civil por dano ambiental*, e-book disponível no site <http://www.icjp.pt/publicacoes>, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, (coord. com Tiago Antunes), Lisboa, 2010.

GOMES, Carla Amado. **A responsabilidade civil por dano ecológico: Reflexões preliminares sobre o regime instituído pelo DL 147/2008**. de 29 de Julho. *in OD*, 2009/I, pp. 127 segs.

\_\_\_\_\_. **A responsabilidade civil extracontratual das entidades públicas e a responsabilidade civil por dano ecológico: sobreposição ou complementaridade?**. *in RMP*, nº 125, 2011, pp. 147 segs

\_\_\_\_\_. **DE QUE FALAMOS QUANDO FALAMOS DE DANO AMBIENTAL? Direito, mentiras e crítica** *Actas do Colóquio A Responsabilidade civil por dano ambiental* e-book disponível no site <http://www.icjp.pt/publicacoes>, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa nos dias 18, 19 e 20 de Novembro de 2009, (coord. com Tiago Antunes), Lisboa, 2010.

\_\_\_\_\_. **Riscos e modificações do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do ambiente.** Coimbra. Editora, 2007.

\_\_\_\_\_. **Três textos sobre o novo regime da responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades Públicas.** Lisboa. FDL. 2008.

\_\_\_\_\_. **Textos dispersos de Direito do Ambiente – I vol.** Lisboa. AAFDL. 2008.

\_\_\_\_\_. **Textos dispersos de Direito do Ambiente (e matérias relacionadas) – II vol.** Lisboa. AAFDL. 2008.

\_\_\_\_\_. **Textos dispersos de Direito do Ambiente – III vol.** Lisboa. AAFDL. 2010.

\_\_\_\_\_. **O que há de novo no Direito do Ambiente? – Actas das Jornadas de Direito do Ambiente Lisboa.** Lisboa. FDL. 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil: Doutrina, Jurisprudência.** – 6.<sup>a</sup> ed. atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 1995. p. 91.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil.** 7.<sup>a</sup> edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.136.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro.** 2.<sup>a</sup> Ed.. São Paulo: Saraiva. 2001.

LEITE, José Rubens Morato. **Dano Ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial.** Teoria e Prática. / José Rubens Morato Leite, Patrick de Araújo Ayala – 4.<sup>a</sup> edição. revista atual. e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.



MACHADO, Paulo Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros. 2004.

MAZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Direitos Difusos em Juízo**. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 1995.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 7ª edição, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do Estado de direito**. Coimbra: Almedina. 2006.

\_\_\_\_\_. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra editora, 2004.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa**. Lei do Tribunal Constitucional. Coordenação , J. J. Gomes canotilho e Vital Moreira. 8. Ed.Coimbra: coimbra, 2005.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei n.º 147/2008. **Ministério do Ambiente, do Ordenamento do Território e do Desenvolvimento Regional**. Lisboa: Imprensa Nacional. 29 de jul de 2008.

\_\_\_\_\_. **Código Civil Português, 1867 – atualizado até a Lei 59/99, de 30/06**. oficial. Lisboa: Imprensa Nacional. 1892.

\_\_\_\_\_. **Lei de Bases do Ambiente** - Lei n. 11/87 de 7 de abril. Lisboa: Imprensa Nacional. 1892.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2006.

SILVA, Vasco Pereira da. **Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente.** Coimbra. Almedina. 2002.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, Andre Salgado de. **Direito Administrativo Geral – Tomo III. Responsabilidade Civil Administrativa.** Lisboa: Publicações Dom Quixote. 2008.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade Civil Ambiental.** 2.<sup>a</sup> Ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2011.

SILVIA, Dany Monteiro da. **Dano Ambiental e sua reparação.** Curitiba: Juruá. 2006.

PASQUALOTTO, Adalberto. **Responsabilidade civil por dano ambiental: considerações de ordem material e processual.** In: DANO ambiental: prevenção, reparação, repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1993.

#### Referência do texto

FRANCO, Marelza Brandão. A responsabilidade civil decorrente de danos ao meio ambiente. **Revista da ESMape**, Recife, v. 18, n. 37, p. 475-548, jan./jun. 2013.

Esta revista foi composta com a fonte Garamond, corpo 12/15 e Myriad Pro.  
O papel utilizado para o miolo foi o off-set 75 g/m<sup>2</sup> e para a capa supremo 250 g/m<sup>2</sup>  
Impressa no parque gráfico da CCS Gráfica e Editora.  
Julho, 2014.

