

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União

Procurador-Geral da República
Roberto Monteiro Gurgel Santos

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União
Nicolao Dino de Castro e Costa Neto

CÂMARA EDITORIAL DO BOLETIM CIENTÍFICO

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Luiza Cristina Fonseca Frischeisen (Coordenadora)
Procuradora Regional da República

Marcello Paranhos de Oliveira Miller
Procurador da República

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO

Helder Santos Amorim
Procurador do Trabalho

José Claudio Monteiro de Brito Filho
Procurador Regional do Trabalho aposentado

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

MINISTÉRIO PÚBLICO DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS

Maria Anaídes do Vale Siqueira Soub
Procuradora de Justiça

Rose Meire Cyrillo
Promotora de Justiça



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 9 – Números 32/33 – janeiro/dezembro 2010
Brasília-DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul, Quadra 604, Lote 23, 2º andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home Page: <www.esmpu.gov.br>
E-mail: <editoracao@esmpu.gov.br>
Hotsite: <http://boletimcientifico.esmpu.gov.br>

© *Copyright* 2010. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Ensino e Pesquisa

Nelson de Sousa Lima

Divisão de Apoio Didático

Adriana Ribeiro Ferreira

Núcleo de Editoração

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa – Chefe do Setor de Revisão
Constança Lazarin – Preparação de originais
Lara Litvin Villas Bôas – Preparação de originais
Renata Filgueira Costa – Preparação de originais

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato Cavalcante

Diagramação

Alice Corbett, Fernanda Soares, Juliana Carnielli e Leonardo Betti para
Cha Com Nozes Propaganda Ltda – SRES Quadra 12, Bloco J, casa 26
70645-105 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3551-5100
E-mail: sac@chacomnozes.com.br

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.200 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 9, n. 32/33, jan./dez., 2010
Semestral
ISSN 1676-4781
1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

Car@s Leitores

O presente Boletim Científico da ESMPU conta com artigos divididos em 3 grandes blocos: interpretação constitucional, populações e meio-ambiente e direito penal, processual penal e eleitoral.

O primeiro dos artigos nos traz reflexões sobre tema relacionado à interpretação de princípios e regras constitucionais, com destaque para o princípio da dignidade humana, em caso concreto envolvendo Termo de Ajustamento de Condutada relativo à Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre o Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), o Sindicato de Trabalhadores Rurais de Mundo Novo/GO, a Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Goiás (FETAEG) e a Associação de Assentados do Projeto de Assentamento Santa Marta (APASMARTA). Com o cumprimento das obrigações pactuadas no referido instrumento, que restou homologado pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal e pelo Juízo Federal competente, regularizaram-se posses irregulares nas terras reservadas ao Projeto de Assentamento Santa Marta, no município de Mundo Novo, Estado de Goiás.

Por sua vez, os artigos relacionados à defesa do meio ambiente nos remetem às preocupações cotidianas de integrantes e não integrantes do sistema de justiça do nosso país e que, estão, diuturnamente, nas notícias dos nossos meios de

comunicação, a saber, a importância de um meio ambiente sustentável para as populações de determinados territórios que, ao mesmo tempo em que dependem desse ambiente diretamente para a sua sobrevivência, veem tais territórios ameaçados por formas não sustentáveis de exploração, como as populações ribeirinhas e quilombolas. Procedimentos de licenciamento ambiental e regularização fundiária de unidades de conservação são necessários e inafastáveis para a implantação de projetos de intervenção em determinadas áreas do nosso país e ainda como se divide a repartição das competências entre União, Estados e Municípios para a implantação de projetos que beneficiem de forma perene a população local, regional e nacional.

Nos artigos do bloco penal, processual penal e eleitoral se fazem presentes artigos relativos à influência da vida pregressa nas condições de elegibilidade (que acabaram por ser objeto da chamada Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar n. 135, de 4 de junho de 2010, que altera a Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990), cujo projeto inicial partiu de iniciativa popular, e à defesa do direito ao silêncio do acusado no âmbito do processo penal militar e que trata de interpretação possível da expressão ordem pública no âmbito do artigo 312 do Código de Processo Penal, acerca da prisão preventiva.

Convido tod@s à leitura!

LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN

Procuradora Regional da República
Coordenadora da Câmara Editorial do Boletim Científico

Sumário

Interpretação Constitucional

A prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em conflito com regra constitucional – um estudo de caso

Carlos Eduardo Rollo Gregório 11

Populações e Meio Ambiente

Os procedimentos do licenciamento ambiental

Diego Monte Teixeira 37

O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural

Livia Maria de Sousa 71

Remanescentes de quilombos e unidades de conservação: ontologia de conflitos e o papel do Ministério Público

Daniel Fontenele Sampaio Cunha 103

Regularização fundiária de unidades de conservação

Ludmila Junqueira Duarte Oliveira..... 143

O federalismo brasileiro e a repartição de competências em matéria ambiental

Marcel Brugnera Mesquita 177

A Amazônia brasileira: processo de ocupação e a devastação da floresta

Nádia Simas Souza 199

Os remanescentes das comunidades de quilombos: o direito ao reconhecimento e à diversidade cultural

Onésio Soares Amaral 237

Direito Penal, Processual Penal e Eleitoral

Vida pregressa e condições de elegibilidade

Aline Gouveia de Andrade..... 263

O art. 305 do Código de Processo Penal Militar e o direito ao silêncio

Maria Elizabeth Guimarães e Cynthia Coelho Cortez..... 279

Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo..... 299

Interpretação Constitucional



A prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana em conflito com regra constitucional – um estudo de caso

Carlos Eduardo Rollo Gregório*

Sumário: 1 Introdução. 2 Visão geral do caso concreto. 3 A dignidade da pessoa humana. 4 A relativização do princípio da isonomia. 5 Considerações finais.

1 Introdução

O estudo de caso é um método que possibilita enxergar na prática o arcabouço teórico-científico de diversas disciplinas. As situações problemáticas, com alto grau de complexidade e que exigem uma tomada de decisão por parte do operador do direito, são sempre fontes de aprendizado, e sua análise contribui para a busca de novas soluções a serem desenhadas por aqueles que compreendem o direito como ciência.

Este estudo parte da descrição detalhada do caso no segundo tópico, em que se infere que o principal argumento utilizado na resolução da questão foi o que considera que o fundamento da República que garante como princípio fundamental a dignidade da pessoa humana seria violado caso a ação de reintegração de posse proposta pelo INCRA fosse levada a termo, em obediência ao art. 189 da Constituição Federal. Nesse capítulo, a questão da normatividade dos princípios também é abordada e a base do conflito é caracterizada.

* Carlos Eduardo Rollo Gregório é Servidor do Tribunal de Contas da União. Graduado em Direito pelo Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB) e em Comunicação Social, Jornalismo, pela Universidade de Brasília (UnB).

No terceiro tópico, o ponto que se dá realce é a investigação sobre diversos aspectos da dignidade da pessoa humana. O surgimento, o ápice e o desgaste no uso do termo, a dificuldade em se obter um conceito geral e irrestrito e a influente jurisprudência alemã, pioneira na concretização do princípio, são os temas abordados. A visão dos atores nesse processo – Ministério Público e INCRA – também é alvo do estudo.

A possível colisão entre dignidades de pessoas diversas e a quebra no princípio da isonomia é o tema abordado no quarto tópico. Nesse momento, a investigação segue no sentido de questionar se, de fato, há um tratamento desigual para situações iguais. Aqui, a máxima jurídica *Ubi eaden ratio ibi* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) é lembrada como norte para a análise.

Fundamentalmente, o estudo procura contribuir para o reconhecimento de um princípio que foi tão caro à humanidade e que hoje, não obstante tenha sido inscrito como elemento estruturante do nosso texto constitucional, é visto por tantos operadores do direito como algo fluido e de pouca eficácia jurídica.

2 Visão geral do caso concreto

Em reunião realizada no dia 26 de junho de 2009, a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que cuida do Patrimônio Público e Social, por unanimidade, decidiu pela homologação do arquivamento do compromisso de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) firmado entre o Instituto de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), o Sindicato de Trabalhadores Rurais de Mundo Novo/GO, a Federação dos Trabalhadores na Agricultura do Estado de Goiás (FETAEG) e a Associação de Assentados do Projeto de Assentamento Santa Marta (APASMARTA). Com o cumprimento das obrigações pactuadas no

referido instrumento, regularizaram-se posses irregulares nas terras reservadas ao Projeto de Assentamento Santa Marta.

Ocorre que, na área de assentamento denominada Projeto Santa Marta, localizada no Município de Mundo Novo, em Goiás, foi constatada a alienação ilegal de parcelas distribuídas pelo Programa Nacional de Reforma Agrária, em clara afronta ao disposto no *caput* do art. 189 da Constituição Federal de 1988, que diz que “os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos”.

Em suma, o que ocorreu no caso em estudo foi a desapropriação de terras improdutivas no Estado de Goiás para uso no Programa Nacional de Reforma Agrária, o cadastramento e o posterior assentamento de dezenas de famílias da região, seguindo uma ordem preestabelecida pelo programa. As terras, que deveriam permanecer inegociáveis pelo prazo de dez anos, tendo em vista mandamento constitucional, foram alienadas por vários dos beneficiários, fato que deu ensejo a ações de reintegração de posse por parte do INCRA contra os adquirentes. Por fim, um termo de compromisso de ajustamento de conduta, proposto pelo Ministério Público Federal e aceito pelas partes, culminou na regularização das alienações irregulares realizadas no assentamento, e também seu conteúdo prestou-se a por fim às lides existentes.

O Ministério Público partiu da análise de um caso específico e aplicou a solução desse caso a todas as outras famílias envolvidas na mesma situação e que contavam com as mesmas características. No caso concreto utilizado como parâmetro, um cidadão recebeu, originariamente, por meio de um projeto de assentamento realizado pelo INCRA, uma parcela de terra desapropriada com fins de reforma agrária. Esse cidadão, sem condições de tocar o

negócio agrícola, alienou seu pedaço de terra para outro cidadão, que, por sua vez, revendeu a um terceiro. Este terceiro sim, um pequeno agricultor que não possuía muitos recursos, mas possuía mais recursos que o beneficiário originário, podendo, assim, tocar o negócio agrícola com facilidade.

Identificada a transação e a afronta ao art. 189 da Constituição Federal de 1988, o INCRA ingressou, por meio de sua procuradoria, com uma ação de reintegração de posse contra aquelas pessoas que haviam comprado as terras.

Chamado a participar do processo, por força do inciso III do art. 82 do Código de Processo Civil, o Ministério Público constatou que não apenas uma família estava nessa situação de negociação de compra e venda de parcela de terra de reforma agrária. Nada menos que trezentas famílias encontravam-se em situação semelhante naquele assentamento.

Depois de estudar o caso, o Ministério Público percebeu que a dispersão de beneficiários originais tinha como causa deficiências na implementação da política pública de reforma agrária. Consoante a análise do Órgão Ministerial, o governo federal, por intermédio do INCRA, desapropriou a terra considerada de interesse social e repassou, por meio de parcelas, aos beneficiários, sem oferecer as condições mínimas para que o programa de fato fosse colocado em prática. As falhas, ainda segundo a apreciação do Ministério Público, vão desde a seleção do beneficiário, que muitas vezes é escolhido sem ter vocação para o trabalho rural, passando pelo valor irrisório do repasse feito ao agricultor (que mal dava para comprar as mudas para o plantio), até a falta de licenciamento ambiental e a ausência de logística para a comercialização da produção.

Ainda, concluiu o Ministério Público que a presença do Estado na qualidade de gestor público não era realidade, entre-

mentes ser imprescindível ao êxito da política pública. Por outro lado, verificou também que houve omissão do INCRA em dois aspectos: falta de condições mínimas na implementação do Projeto de Assentamento e fiscalização ineficiente e tardia, permitindo as alienações das parcelas.

Passou, então, o órgão do Ministério Público a analisar outro lado da questão: o caso das famílias que adquiriram irregularmente as terras e que estavam ocupando aquelas áreas.

O Ministério Público constatou que, assim como o cidadão do caso específico analisado, cerca de 80% das 300 famílias estavam em situação irregular. No entanto, essas famílias preenchiam os requisitos exigidos pela legislação que rege a reforma agrária. Eram famílias com algum recurso, mas que estavam longe de serem abastadas, não sendo, também, paupérrimas.

Foi constatado também que essas famílias trabalhavam na agricultura, produziam e cumpriam com a função social do uso da terra. Havia, no entanto, duas irregularidades: o latente afrontamento ao art. 189 da Constituição Federal de 1988 e o desrespeito à ordem dos inscritos no programa nacional de reforma agrária, especificamente naquela localidade.

Os membros do Ministério Público que atuaram no processo entenderam que apoiar a ação de reintegração de posse movida pelo INCRA e exigir a retirada daquelas famílias das terras alienadas irregularmente, com a consequente devolução da área ao Estado, seria violar a dignidade de cada uma daquelas pessoas pertencentes ao extenso grupo. Além disso, outro problema seria criado, pois não haveria ressarcimento dos valores pagos, considerando serem irregulares as transações imobiliárias naquele caso, e aquelas pessoas teriam que propor ação de regresso contra o vendedor. Situação considerada não ideal pelo Ministério Público após con-

siderar as falhas nas ações de política pública estatal e, também, o nível socioeconômico-cultural das pessoas envolvidas.

Assim, alegou o Ministério Público, ao propor o Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, que, com o art. 189, parágrafo único, da Constituição Federal de 1988, norma que proíbe a negociação – por dez anos – de imóveis rurais provenientes de reforma agrária, neste caso específico, deveria, também, ser levado em conta o fato de que

é dever do Poder Público promover a “função social da propriedade” (CF/1988, art. 170, III) e zelar pela “dignidade da pessoa humana” (CF/1988, art. 1º, III), tendo como objetivo primordial a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” (CF/1988, art. 3º, I) (BRASIL, 2006).

Interessante notar o argumento sustentado pelo Órgão Ministerial, segundo o qual, neste caso concreto, aplicar o art. 189 da Constituição implicaria negar o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, expresso na Constituição Federal como fundamento da República. A contradição, revelada apenas neste caso concreto, entre o art. 189 e o fundamento da República acima citado é o cerne da argumentação do Ministério Público. Esta suposta contradição será, também, a base da análise que se pretende fazer neste estudo de caso.

Tanto a doutrina quanto a jurisprudência, hoje, não deixam dúvidas de que princípio é norma jurídica. O estudo do papel dos princípios vem sendo tema de diversas avaliações jusfilosóficas, mas, atualmente, no que diz respeito à força normativa dos princípios, o tema é pacífico. Na contradição ora em análise, em que incorre este caso concreto, identificada pelo Ministério Público, percebe-se a ocorrência de um caso de conflito de normas constitucionais. A força dos princípios constitucionais foi tema de artigo de Lima, cujo texto traz o seguinte esclarecedor parágrafo:

a dogmática moderna avalia o entendimento de que as normas jurídicas, em geral, e as normas constitucionais, em particular, podem ser enquadradas em duas categorias diversas: as normas-princípios e as normas-disposição. As normas-disposição, também referidas como regras, têm eficácia restrita às situações específicas as quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema. (BARROSO, 1998, p. 141, apud LIMA, 2005)

O art. 189 da Constituição Federal revela-se, em um primeiro momento, ainda sem análise do contexto aqui verificado, apenas como norma-disposição, ou seja, apresenta uma regra. Já com a análise contextual, como adiante se mostrará, ocorrerá, também, a emersão da incidência de um princípio constitucional neste contexto. Antes desta conclusão, convém relembrar ensinamento do autor português Canotilho (2008, p. 1160), segundo o qual a distinção entre regras e princípios pode ser feita com base em cinco critérios:

- a) grau de abstracção: os princípios são normas com um grau de abstracção relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstracção relativamente reduzida;
- b) grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras, enquanto as regras são suscetíveis de aplicação direta;
- c) grau de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex.: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex.: princípio do Estado de Direito);
- d) proximidade da ideia de direito: os princípios são *standarts* juridicamente vinculantes radicados na ideia de “justiça” (DWORKIN) ou na “ideia de direito” (LARENZ); as regras podem ser normas vinculativas com um conteúdo meramente funcional;

e) natureza normogenética: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem *a ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.

Neste estudo de caso, temos o princípio da dignidade da pessoa humana que se mostra incompatível com art. 189 da Carta da República e, por via reflexa e em contraposição ao fundamento da República, o princípio da isonomia. Ocorre que a derrogação, no presente caso, do art. 189 da Constituição Federal, em nome da dignidade da pessoa humana, permitiu que uma ordem pré-estabelecida em uma fila de prováveis beneficiados pela reforma agrária fosse quebrada, atingindo, assim, o postulado que proíbe a discriminação.

De fato, ao instruir o Procedimento Administrativo que aqui analisamos, o Ministério Público constatou que beneficiários originários da distribuição das parcelas da reforma agrária haviam vendido suas glebas; que os adquirentes preenchiam os requisitos para figurarem como beneficiários; e que o INCRA, até 2003, não havia adotado uma postura ostensiva quanto à proibição da alienação das parcelas. Com base nisso, entendeu que retirar dezenas de famílias que estavam produzindo naquele assentamento, mas que haviam comprado as terras em desacordo com o art. 189 da Constituição, não seria a melhor solução naquele caso.

Considerou o Órgão Ministerial que “no plano da tutela da probidade e do patrimônio público, os procedimentos não revelaram lesão passível de reprimenda ou reparação” (BRASIL, 2005, p. 163). O Ministério Público propôs, então, um acordo entre as partes, em que a família que tivesse tomado posse da terra a partir de determinada data e que estivesse dentro dos requisitos exigidos pela legislação da reforma agrária, trabalhando a terra e dali tirando o seu sustento, poderia permanecer com a sua posse.

Considerando a argumentação do Ministério Público, o INCRA não se opôs ao ajustamento ao acordo, tendo, inclusive, se comprometido a condutas que visam aperfeiçoar as fiscalizações nos projetos de assentamento. O instrumento foi submetido à apreciação pela 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, na qual foi homologado. Posteriormente, adimplidas as cláusulas do instrumento, o caso foi, assim, encerrado e arquivado.

Neste estudo, pretende-se analisar, também, a quebra da isonomia com relação aos outros candidatos regularmente inscritos no Programa Nacional de Reforma Agrária, participantes da fila de prováveis beneficiados para aquela localidade, que foram, com o desfecho do caso, excluídos daquela área de assentamento. No capítulo 3, a não observância da igualdade entre os candidatos a uma parcela da terra será tema de reflexão. A tônica será a violação da isonomia e suas implicações, tanto na violação da dignidade da pessoa humana quanto em outros princípios fundamentais.

Antes da abordagem do princípio da isonomia, no entanto, cabe analisar até que ponto a dignidade da pessoa humana foi de fato violada no caso em estudo. E aqui falaremos da dignidade da pessoa humana, que é diferente da dignidade humana. Falar em dignidade humana é falar da humanidade em termos gerais, o que tende para o abstrato, para a idealização do ser humano. Quando o Ministério Público argumentou que a dignidade da pessoa humana corria o risco de ser violada, considerou a dignidade de cada uma das centenas de pessoas envolvidas no processo. Com efeito, não há como falar em dignidade da pessoa humana sem uma representação em fatos ou objetos concretos. Não cabe abstração quando se fala em violação do princípio da dignidade da pessoa humana. É preciso definir quando e como a dignidade de determinada pessoa foi violada. Este tema será tratado no próximo tópico.

3 A dignidade da pessoa humana

A ideia de ressaltar o valor do ser humano não é nova, remonta ao pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, mas a busca pela prática dessa valorização de maneira ampla e irrestrita é recente. No Brasil, a força jurídica que a dignidade da pessoa humana ganhou com o advento da Constituição Federal de 1988, sendo apontada pela literatura especializada como ponto norteador de boa parte dos direitos fundamentais, tem, indubitavelmente, influência da forte e crescente importância dada aos direitos humanos, desde a proclamação da Declaração Universal dos Direitos do Homem, em 10 de dezembro de 1948, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, documento que também foi assinado pelo Brasil na mesma data.

Sobre a declaração dos direitos humanos, explica Matteucci (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 1991, p. 353) que

o constitucionalismo moderno tem, na promulgação de um texto escrito contendo uma declaração de Direitos Humanos e de cidadania, um dos seus momentos centrais de desenvolvimento e de conquista, que consagra as vitórias do cidadão sobre o poder.

Expressamente reconhecida no direito pátrio, alçada ao *status* de fundamento da República Federativa do Brasil, após vinte anos de regime de exceção, ainda assim, mesmo depois de toda a desvalorização a que esteve sujeita a humanidade ao longo de anos e anos de história, dos absurdos cometidos contra o homem na Idade Média aos horrores da Segunda Guerra, o caráter jurídico – e não meramente programático – da dignidade da pessoa humana está longe de ser uma unanimidade – não só no Brasil –, talvez pela dificuldade em se obter um conceito único e amplamente aceito pela doutrina, talvez pelo uso indiscriminado do conjunto de palavras que define este superprincípio ou, quiçá, pela falta de critérios objetivos para se delimitar quando há, de fato, ofensa a dignidade da pessoa humana.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, órgão mundialmente reconhecido por sua profundidade dogmática em seus mais de cinquenta anos de jurisprudência e cuja influência permeia decisões judiciais por todo o mundo, é precursor na concretização da dignidade da pessoa humana. Diz a Grundgesetz (a Constituição Alemã) em seu art. 1º GG que “A dignidade da pessoa humana é intocável. Observá-la e protegê-la é dever de todos os poderes estatais” (SCHWABE, 2005, p. 177). Com base neste artigo, o TCF efetivou em diversos contextos julgados relacionados à dignidade da pessoa humana.

Em julgamento que tratava de reclamação constitucional acerca da constitucionalidade de uma emenda que alterou o art. 10º GG da Grundgesetz, e passou a permitir que o legislador infraconstitucional impusesse limitações ao sigilo da correspondência e de telecomunicações, autorizando, por exemplo, a escuta telefônica, a interpretação do conceito de dignidade da pessoa humana gerou controvérsia entre os membros do TCF. O Tribunal acabou por declarar improcedente o pedido e constitucional a emenda, em votação apertada, cuja decisão foi prolatada com cinco votos contra três. A seguir, um trecho da decisão aprovada, que pode, em muito, ajudar a iluminar a análise do caso concreto que ora estudamos, pois, embora em situações distintas, tratam da mesma questão, duas normas constitucionais em conflito, tendo o princípio da dignidade da pessoa humana como ponto decisivo para a solução da questão. Vejamos:

No que diz respeito ao princípio da inviolabilidade da dignidade humana, firmado no art. 1º GG, o qual, segundo o art. 79 III GG, não pode ser atingido por emenda constitucional, tudo depende de se determinar que condições devem estar presentes para que a dignidade humana possa ser considerada como violada. Evidentemente não se pode falar em termos gerais, mas sempre em face do caso concreto. Formulações gerais, como a de que a pessoa humana não

pode ser reduzida a um simples objeto do poder público, podem tão somente indicar a direção na qual podem ser encontrados casos de violação da dignidade humana. Não raramente a pessoa humana é, sim, mero objeto, não apenas das relações e do desenvolvimento da sociedade, mas também do Direito, na medida em que deve se submeter em detrimento de seus interesses. Somente desse dado [portanto] não se pode deduzir uma violação da dignidade humana. Ao contrário, *para estar presente uma violação da dignidade humana o atingido precisa ter sido submetido a um tratamento que coloque em xeque, de antemão, sua qualidade de sujeito [de direitos], ou haver no caso concreto um desrespeito arbitrário à sua dignidade. O tratamento da pessoa humana pelo poder público que cumpre a lei deve, para se verificar se a dignidade humana foi atingida, ser expressão do desrespeito ao valor a que o ser humano tem direito por força de sua existência como pessoa, configurando, portanto, nesse sentido, “um tratamento desrespeitoso”*. (SCHWABE, 2005, p. 180, grifo nosso).

A dificuldade em se estabelecer um conceito amplamente aceito pela doutrina é o aspecto central da crítica que o caráter jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana tem sofrido nos últimos anos. Na verdade o uso indiscriminado e equivocado da expressão acaba por desgastá-la, alimentando o ceticismo de boa parte dos operadores do direito. No entanto, se a expressão revela-se desgastada, o princípio segue imbatível sendo sua definição construída permanentemente na jurisprudência, a exemplo do que fez o TCF alemão em sua paradigmática decisão. Foi, também, o que propôs o Ministério Público brasileiro no caso em tela: a concretização por via judicial da norma-princípio da dignidade da pessoa humana.

Nessa mesma linha, ensina Sarlet (2010, p. 49) que ter uma definição fixista para o princípio da dignidade da pessoa humana não seria interessante, pois “não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas”. No entanto, a falta de um conceito definitivo e amplamente aceito para tão importante princípio não deve ser motivo para o uso indiscriminado da noção constitucional de dignidade, dispensando qualquer justificação.

Neste caso específico, ora em estudo, essa justificação se dá quando vemos dezenas de famílias que, a despeito de ocuparem parcelas adquiridas de maneira irregular, tinham ali, naquelas terras, uma circunstância considerada como antecedente necessário para viver com dignidade. Aquelas famílias tiravam dali o seu sustento, pois produziam trabalhando a terra como exercício de atividade profissional, e tinham ali o seu local de moradia. Não havia interesse meramente patrimonial. Além disso, o Ministério Público comprovou que as famílias beneficiadas com o termo de ajustamento de conduta preenchiam os requisitos exigidos pela legislação que rege a reforma agrária. Proceder à retirada daquelas famílias dali, nos termos propostos inicialmente pelo INCRA, implicaria violar direitos fundamentais diretamente ligados ao super-princípio da dignidade da pessoa humana:

Neste contexto, verifica-se de tal forma indissociável a relação entre a dignidade da pessoa e os direitos fundamentais que mesmo nas ordens normativas onde a dignidade ainda não mereceu referência expressa, não se poderá – apenas a partir desse dado – concluir que não se faça presente, na condição de valor informador de toda a ordem jurídica, desde que nesta ordem estejam reconhecidos e assegurados os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana. Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa. (SARLET, 2010, p. 96)

O art. 6º da Constituição Federal de 1988 consagra o trabalho e a moradia como direitos fundamentais sociais. Dessa forma, o fato de que as famílias ocupavam irregularmente terras destinadas ao Programa Nacional de Reforma Agrária, em afronta ao art. 189 da Carta Magna, passa a ser mitigado diante da força que emerge dos princípios expostos como objetivos fundamentais no art. 2º da

Lei Maior, todos eles corolários da dignidade da pessoa humana: erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades, construção de uma sociedade justa e solidária, promoção do bem de todos, garantia do desenvolvimento nacional.

No âmbito dessa avaliação, surge a questão do conflito entre posse e propriedade, cuja solução passa, também e necessariamente neste caso, pelo reconhecimento do princípio, mais denso e de maior peso, da dignidade da pessoa. Nesse sentido, ensina Sarlet (2010, p. 102):

Até mesmo o direito de propriedade – inclusive e especialmente tendo presente o seu conteúdo social consagrado no constitucionalismo pátrio – se constitui em dimensão inerente à dignidade da pessoa humana, considerando que a falta de uma moradia decente ou mesmo de um espaço físico adequado para o exercício da atividade profissional evidentemente acaba, em muitos casos, comprometendo gravemente – senão definitivamente – os pressupostos básicos para uma vida com dignidade.

Outro ponto importante a ser ressaltado é o papel do INCRA nesse processo. Quando o Termo de Ajustamento de Conduta foi proposto, aquelas famílias viviam uma situação já consolidada, no sentido de que as parcelas já haviam sido adquiridas, as terras estavam sendo trabalhadas, havia produção e a finalidade social do uso da terra era realidade. Também da análise do processo infere-se que a fiscalização do INCRA, por sua vez, revelou-se inoperante, em um primeiro momento, e intempestiva, quando colocada em prática. A inércia inicial da autarquia federal permitiu que houvesse alienações sucessivas das parcelas rurais.

O fato acima descrito não justifica as alienações irregulares das terras, mas traz para o Poder Público um forte componente de responsabilização pelas condutas realizadas, haja vista seu poder-dever de fiscalizar. No entanto, a análise do processo mostra, também, que o INCRA, depois da intervenção do Ministério Público e atu-

ando em consonância com o Órgão Ministerial, não ofereceu obstáculos ao acordo e, pelo contrário, colaborou com a regularização do Assentamento Santa Marta confirmando que “faz-se irretorquível o imperativo segundo o qual em favor da dignidade não deve haver dúvida” (FREITAS, 1999, p. 406, apud TORRES, 2008, p. 415). Do mesmo modo Sarlet (2010, p. 127) segue:

Nesta linha de raciocínio, sustenta-se, com razão, que a concretização do programa normativo do princípio da dignidade da pessoa humana incumbe aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade da pessoa humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. Da dupla função de proteção e defesa segue também o dever de implementar medidas de precaução procedimentais e organizacionais no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de reconhecer e fazer cessar (ainda que para efeitos simbólicos), ou, de acordo com as circunstâncias, minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano.

Neste caso concreto que colocou em choque normas constitucionais, diante da controvérsia que os fatos impuseram à atuação do Estado, atuaram o Ministério Público, sugerindo a adoção de providências via Termo de Ajustamento de Conduta, e o INCRA, propondo a ação de reintegração de posse em um primeiro momento e acatando a solução engendrada pelo Ministério Público em seguida. A Justiça Federal homologou o acordo que permitia a permanência daquelas famílias nas terras compradas de forma irregular.

Nesse viés, também a 5ª Câmara do MPF, ao apreciar o instrumento de compromisso de Termo de Ajustamento de Conduta, sufragou o entendimento da prevalência da dignidade da pessoa

humana à solução desse conflito social. Trata-se de uma perspectiva do direito como integridade, na linha do que defende Maria Cristina Peduzzi. Nesse sentido, para a autora, cabe “ao juiz aplicar os princípios, inclusive o da dignidade da pessoa humana, de forma coerente e sistêmica, visualizada uma comunidade de princípios” (PEDUZZI, 2009, p. 107). Explica Peduzzi, citando Dworkin, que:

Nos casos difíceis, em que se apresentam lacunas ou aparente conflito normativo, é que se haverá de considerar a premissa do direito como integridade, segundo o qual “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”. (DWORKIN, 2003, p. 272 apud PEDUZZI, 2009, p. 106).

A análise do caso mostra que os operadores do direito participantes deste processo – Ministério Público, pelos seus órgãos, e Procuradoria do INCRA – atuaram em estreita correlação com a visão pós-positivista do direito, em detrimento da visão positivista, superada desde os tristes tempos do nazismo (quando atrocidades eram cometidas sob o império da lei). A dignidade da pessoa e a constante busca por sua concretização são, justamente, os grandes marcos dessa mudança de paradigma. Nesse sentido, Maranhão (2010) explica que:

Com efeito, no positivismo: I) o intérprete há de ter uma postura neutra, apenas extraindo o sentido já embutido no enunciado legal; II) o sistema jurídico é visto como fechado/completo, marcando-se pela unidisciplinabilidade; III) dá-se a supremacia da lei (foco no texto legal – prevalência da *lex*), destacando-se a normatividade das regras; IV) trabalha-se no âmbito do ser/dever ser; V) a interpretação se dá *in abstracto*, ocorrendo a inconstitucionalidade da norma, esta encarada como objeto da interpretação (o preceito normativo é o ponto de chegada – o fato concreto não é valorizado); VI) reina na hermenêutica o método subsuntivo/silogístico (ciência), com predomínio do valor segurança; VII) há rigidez na separação

funcional do poder; VIII) o papel do juiz é passivo, na função de mero reproduzidor da lei (o juiz descreve a realidade).

Já no pós-positivismo: I) o intérprete há de ter uma postura construtiva, atribuindo sentido ao enunciado legal; II) o sistema jurídico é visto como aberto/complexo, marcando-se pela interdisciplinariedade; III) dá-se a supremacia da Constituição (foco no contexto fático-jurídico – prevalência do jus), destacando-se a normatividade dos princípios; IV) trabalha-se no âmbito do poder ser; V) a interpretação se dá *in concreto*, ocorrendo a possibilidade de inconstitucionalidade dos efeitos da norma, esta encarada como resultado da interpretação (o preceito normativo é o ponto de partida – o fato concreto é valorizado); VI) reina na hermenêutica o método ponderativo (prudência), com predomínio do valor justiça; VII) há flexibilidade na separação funcional do poder; VIII) o papel do juiz é ativo, na função de verdadeiro produtor do direito (o juiz transforma a realidade).

Ademais, ao constatarmos que a visão pós-positivista é predominante, mister se faz analisar, também, o princípio da igualdade, com vistas a elucidar os motivos da quebra da isonomia que acabou por excluir candidatos regularmente inscritos e participantes de uma fila para prováveis beneficiários do programa da reforma agrária. É o tema do próximo tópico.

4 A relativização do princípio da isonomia

O exame deste caso concreto exige, também, um olhar para outro lado da questão. Terras foram desapropriadas com fins de reforma agrária, um assentamento foi criado e glebas foram legalmente distribuídas. No entanto, quase a totalidade das parcelas do assentamento foi alienada pelos participantes originalmente beneficiados. Por fim, as terras foram ocupadas por pessoas que não estavam inscritas no Programa Nacional de Reforma Agrária e, portanto, não seriam prováveis beneficiários para o recebimento de lotes no assentamento Santa Marta. Assim, com efeito, houve uma inobservância da ordem dos inscritos, cuja consequência, além de ir contra o art.

189 da Carta Magna, feriu o princípio da isonomia. Todos são iguais perante a lei e, em uma primeira análise, não haveria motivo para que a ordem pré-estabelecida pela fila organizada pelo INCRA fosse quebrada. Neste ponto, cabe o ensinamento de Ávila (2008, p. 151):

Vale dizer que a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singeleza razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito. Como postulado, sua violação reconduz a uma violação de alguma norma jurídica. Os sujeitos devem ser considerados iguais em liberdade, propriedade, dignidade. A violação da igualdade implica a violação a algum princípio fundamental.

Todas as pessoas são iguais, também, em dignidade, e, olhando os fatos ocorridos neste caso concreto, poder-se-ia levantar a hipótese de que um conflito entre dignidades de pessoas diversas, em grupos opostos, estaria em jogo. Ocorre que existe uma forte diferença entre os grupos. De um lado temos o grupo dos efetivamente beneficiados com as parcelas e, do outro lado, o grupo daqueles que contavam somente com a expectativa de serem beneficiados pelo programa. A diferença que marca é o fato de que o primeiro grupo já havia estabelecido naquelas terras, até mesmo pelo decurso do tempo, pressupostos básicos para uma existência digna, enquanto que o outro grupo contava somente com a probabilidade de participar, em momento futuro, como beneficiário, do parcelamento das terras.

Como o segundo grupo ainda não estava assentado, haveria a possibilidade de alocá-lo em outro espaço, por exemplo. Este fato fragiliza o argumento de que haveria violação da dignidade da pessoa humana quanto ao segundo grupo, pois, como bem coloca a emblemática decisão do Tribunal Constitucional Federal alemão

citada no segundo capítulo, “tudo depende de se determinar que condições devem estar presentes para que a dignidade humana possa ser considerada como violada” (SCHWABE, 2005, p. 180). Na mesma linha alerta Sarlet (2010, p. 150, 163) que a dignidade da pessoa humana não deve ser tratada “como o espelho no qual todos veem o que desejam”, pois nesta matéria “não se deve nem se pode legitimamente dizer e aceitar qualquer coisa”.

No entanto, caso considerássemos que um conflito direto entre as dignidades das pessoas dos dois grupos ocorreu neste caso concreto, vale a lição de Sarlet (2010, p. 151):

Os exemplos colacionados, no nosso sentir, são pálida amostra da miríade de hipóteses nas quais nos deparamos com a necessidade real de resolver conflitos (ou, pelo menos, tensões) estabelecidos quando se trata de proteger e resguardar a igual dignidade de todos os seres humanos. É neste sentido que não podemos deixar de lembrar – na esteira de Alexy – que até mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana (por força de sua própria condição principiológica) acaba por sujeitar-se, em sendo contraposto à igual dignidade de terceiros, a uma necessária relativização, e isto não obstante se deva admitir – no âmbito de uma hierarquização axiológica – sua prevalência no confronto com outros princípios e regras constitucionais, mesmo em matéria de direitos fundamentais. Com efeito, não há como deixar de reconhecer – acompanhando Kloepfer – que mesmo em se tendo a dignidade como o valor supremo do ordenamento jurídico, daí não segue, por si só e necessariamente, o postulado de sua absoluta intangibilidade. Assim, também nas tensões verificadas no relacionamento entre pessoas igualmente dignas, não se poderá dispensar – até mesmo em face da necessidade de solucionar o caso concreto – um juízo de ponderação ou (o que parece mais correto) uma hierarquização, que, à evidência, jamais poderá resultar – e esta dimensão efetivamente absoluta da dignidade – no sacrifício da dignidade, na condição de valor intrínseco e insubstituível de cada ser humano que, como tal, sempre deverá ser reconhecido e protegido, sendo, portanto – e especificamente neste sentido –, imponderável.

Assim, aceitando-se a hipótese do conflito entre as dignidades e de acordo com a doutrina proposta por Sarlet, teríamos a prevalência do superprincípio para os componentes do grupo dos assentados, em detrimento dos componentes do grupo dos inscritos na fila, dada a hierarquização que poderia ter sido usada neste caso concreto.

Neste ponto, voltamos à questão proposta no início deste capítulo, que trata da derrogação, no caso específico, do *caput* do art. 189 da Constituição Federal – segundo o qual “os beneficiários da distribuição de imóveis rurais pela reforma agrária receberão títulos de domínio ou de concessão de uso, inegociáveis pelo prazo de dez anos” – e da consequente quebra do princípio da isonomia.

Decerto, um dos objetivos do princípio da isonomia é vedar a instituição de privilégios descabidos. Conforme reza a Constituição em seu art. 5º,

todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

De fato, derrogar o art. 189 da Carta da República no caso concreto implica ferir a igualdade prolapada no texto da Lei Magna, pois, se a Constituição Federal diz que os imóveis rurais provenientes da distribuição pela reforma agrária são inegociáveis pelo prazo de dez anos, a regra deve valer para todos.

Neste estudo de caso, com a concretização da primazia da dignidade da pessoa aplicada a um determinado grupo, a técnica da ponderação, amplamente difundida em vários trabalhos da doutrina pátria, entre os quais os ensinamentos de Ana Paula de Barcellos, teve necessariamente que ser colocada em prática. Forma de decisão própria para os chamados *hard cases*, a ponderação segue parâmetros doutrinariamente especificados e é forma legítima de decisão. Nas palavras de Barcellos (2006, p. 59):

o processo da ponderação confere ao órgão jurisdicional um poder muito mais amplo do que o que lhe é conferido ordinariamente.

Desde a identificação das normas pertinentes, passando pela seleção dos fatos relevantes, até a atribuição geral de pesos e a conclusão, todas as etapas exigem avaliações de caráter subjetivo, que poderão variar em função das circunstâncias pessoais do intérprete e de outras tantas influências. Ademais, como já se destacou, o emprego da ponderação pode ter consequências da maior gravidade. Por essas razões, a questão que hoje parece da maior relevância no estudo da ponderação diz respeito à necessidade de estabelecer parâmetros de controle para esse processo, tanto normativos, como argumentativos.

Em um contexto de violação da dignidade da pessoa em contraposição a uma regra constitucional e a quebra do princípio da isonomia, como no caso em tela, o princípio da dignidade da pessoa humana assume posição de supremacia. É o que defende Sarlet (2010, p. 142) quando diz que “o princípio da dignidade da pessoa também serve como justificativa para a imposição de restrições a direitos fundamentais, acabando, neste sentido, por atuar como elemento limitador destes”.

De fato, a dignidade da pessoa, que é fundamento da República, deve ser entendida como um megaprincípio que atua no sentido de conglobar o ser humano, nunca de apartar e, mesmo aludindo em sua essência à noção de igualdade, paira acima do princípio da isonomia quando em colisão os dois princípios. Sobre este ponto Sarlet (2010, p. 130) afirma que:

Considerando, ainda, a perspectiva da dignidade como limite – mas agora num outro sentido – cabe lembrar que, no âmbito da indispensável ponderação (e, por conseguinte, também hierarquização) de valores, inerente à tarefa de estabelecer a concordância prática (na acepção de Hesse) na hipótese de conflitos entre princípios (e direitos) constitucionalmente assegurados, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por justificar (e até mesmo exigir) a imposição de restrições a outros bens constitucionalmente protegidos, ainda que se cuide de normas de cunho jusfundamental. Tal constatação assume ainda maior relevância, em não se olvidando a já suficientemente destacada primazia desfrutada pela dignidade da pessoa no âmbito da arquitetura constitucional, sem que, com isto, estejamos – convém frisá-lo para evitar mal-entendidos – a sustentar a existência

de uma hierarquia jurídico-formal entre as normas constitucionais, a ponto de justificar uma inviável (e praticamente não mais defendida) inconstitucionalidade de normas constitucionais originárias.

Assim, mitigar o efeito de regra constitucional, bem como limitar o princípio da isonomia em favor da proteção da dignidade da pessoa humana são procedimentos jurisdicionais e extrajurisdicionais mais que justificáveis, são, em verdade, parte do dever da autoridade pública que tem como escopo o bem comum. Isso partindo, sempre, da premissa de que a confirmação da violação ao princípio da dignidade da pessoa humana tenha sido adequadamente identificada.

5 Considerações finais

A dignidade da pessoa humana é um superprincípio que deve ser concretizado sempre que ameaçado de violação e, apesar dos olhares céticos de muitos operadores do direito, deve ter sua eficácia jurídica preservada, evitando-se entendê-lo como um princípio de caráter meramente programático.

É dever do Estado e da população em geral zelar pela proteção, respeito e promoção da dignidade sem, no entanto, acatar o uso indiscriminado do fundamento da República. Há que se justificar o uso, como no caso em tela foi justificado, sob pena de contribuir para o desgaste do princípio com o uso arbitrário da noção que se tem da dignidade da pessoa humana.

No caso ora analisado, a venda ilegal de parcelas de terras provenientes da reforma agrária foi regularizada, apesar da afronta a norma da Constituição Federal, por proposta e atuação do Ministério Público Federal e concordância do INCRA. O estudo demonstrou que tratamento desigual foi dado a situações que, na estrita observância da realidade, revelaram-se desiguais.

Atuaram legitimamente os órgãos do Estado que buscaram a máxima eficácia e efetividade do princípio ao permitirem que um artigo da Constituição Federal fosse derogado, neste caso concreto, em homenagem à dignidade da pessoa humana. A visão que privilegia a perspectiva pós-positivista, em detrimento do entendimento positivista, foi a ótica utilizada neste caso pelos órgãos do Poder Público, que cumpriram com seu dever na resolução da questão.

Referências

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. Alguns parâmetros normativos para a ponderação constitucional. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Giafranco. *Dicionário de política*. 4. ed. Brasília, DF: EdUnB, 1991.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 2006.

_____. Ministério Público Federal. *Processon. 1.18.000.007568/2005-84. Assentamento Rural*. MPF, FETAEG, APASMARTA, APM e SINDICATO DOS TRABALHADORES RURAIS DE MUNDO NOVO/GO. Goiânia, 6 jun. 2005. [Não publicado]

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2008.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LIMA, George Marmelstein. *A força normativa dos princípios constitucionais*. 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=42>. Acesso em: 10 maio 2010.

MARANHÃO, Ney S. Morais. *O fenômeno pós-positivista: considerações gerais*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13387>>. Acesso em: 10 maio 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 17. ed. São Paulo, SP: Atlas, 2005.

PEDUZZI, Maria Cristina Irigoyen. *O princípio da dignidade da pessoa humana na perspectiva do direito como integridade*. São Paulo: LTr, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Organização e introdução Leonardo Martins. Montevideu: Fundação Konrad Adenauer, 2005.

TORRES, Marcos Alcino de Azevedo. *A propriedade e a posse: um confronto em torno da função social*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

Populações e Meio Ambiente



Os procedimentos do licenciamento ambiental

Diego Monte Teixeira*

Sumário: 1 Introdução. 2 O natureza jurídica do licenciamento ambiental. 3 As diversas modalidades de procedimentos licenciatórios. 3.1 Licenciamento complexo. 3.2 Licenciamento ordinário. 3.3 Licenciamento simplificado. 3.4 Licenciamento corretivo. 4 A legislação estadual. 5 Conclusão.

1 Introdução

Este artigo tem como objeto a análise dos diferentes procedimentos do licenciamento ambiental, com foco nas normas que disciplinam a matéria pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), passando por uma análise inicial sobre o conceito de licenciamento ambiental e seu âmbito de abrangência. O tema fora suscitado pela circunstância da ausência de uniformização do *modus operandi* do processo administrativo do licenciamento ambiental, o que dificulta o entendimento de diversos profissionais que lidam com a questão sobre quais as etapas que se devem perquirir para a obtenção da licença ambiental.

Muitos textos citam diferenças entre licenciamentos que exigem o Estudo Prévio de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EPIA/RIMA) e outros que, por se tratarem de licenciamento de empreendimentos que não tenham significativo impacto ambiental, o referido estudo pode ser substituído por outro, de menor complexidade. Entretanto, poucos ana-

* Diego Monte Teixeira é Analista Processual no Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

lisam como se dará o licenciamento ambiental nesses casos e qual a melhor forma de instituir os diversos procedimentos.

Diante da preocupação de afrontar essa questão, o trabalho encontra-se estruturado em três partes: a primeira versa sobre a natureza jurídica do licenciamento ambiental, a segunda se ocupa dos distintos procedimentos e a terceira examina a melhor forma de instituição de novos ritos do licenciamento pelos estados da federação.

2 O natureza jurídica do licenciamento ambiental

A Política Nacional do Meio Ambiente – Lei n. 6.938/1981, em seu art. 9º, inciso IV *c/c* art. 10 –, recepcionada pela nova ordem constitucional de 1988 e ancorada em dispositivos constitucionais como o art. 170, inciso VI e parágrafo único, e o art. 225, § 1º, inciso V, da Carta Magna, previu o licenciamento ambiental como um dos seus mais importantes instrumentos, visando a atuação preventiva Estatal para a salvaguarda do meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Milaré (2009, p. 420) aponta que o licenciamento constitui importante instrumento de gestão do ambiente, na medida em que, por meio dele, a Administração Pública busca exercer o necessário controle sobre as atividades humanas que interferem nas condições ambientais, de forma a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.

O licenciamento ambiental é uma das manifestações do poder de polícia do Estado e, por meio dele, a Administração Pública limita o direito de empreender para garantir que tal direito não exceda certos limites para a utilização de recursos naturais, com o objetivo maior de proteger o ambiente e garantir a sadia qualidade de vida.

Referente ao conteúdo conceitual do poder de polícia ambiental, assim leciona Machado (2010, p. 342):

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público de cujas agressões possam decorrer poluição ou agressão à natureza.

A definição normativa de licenciamento ambiental encontra-se prevista no inciso I do art. 1º da Resolução n. 237/1997 do CONAMA¹, nos seguintes termos:

Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Pela definição em análise, percebe-se que não há como se confundir tal instrumento com o ato administrativo que dele resulta: a licença ambiental². Ora, a licença ambiental sempre

¹ Segundo o disposto no inciso II do art. 6º da Lei n. 6.938/1981, o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) é o órgão consultivo e deliberativo integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida.

² O termo licença ambiental restou definido pelo CONAMA, por meio do inciso II do art. 1º da Resolução n. 237/1997:

Licença ambiental: ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece as condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física ou jurídica, para localizar, instalar,

decorre do licenciamento ambiental, mas este pode existir sem aquela, porque é em seu bojo que se perquire se a licença ambiental pode ou não ser concedida.

Da conceituação trazida pela Resolução citada e, em observância ao disposto no art. 10 da Lei n. 6.938/1981, também se depreende que qualquer atividade que tenha o potencial de causar qualquer tipo de degradação ambiental³ se submeterá ao licenciamento perante o órgão ambiental competente.

Se de um lado o inciso I do art. 1º da Resolução n. 237/1997 do CONAMA conceitua o licenciamento como um *procedimento administrativo*, a exegese de outros dispositivos da legislação, tal qual o art. 12 da mesma Resolução⁴ e o art. 1º da Resolução n. 308/2002 do CONAMA⁵, permite a conclusão de que o licenciamento ambiental consiste em *processo administrativo* que comporta diversos procedimentos. Com efeito, há norma que expressamente contempla a denominação tecnicamente mais apropriada ao licenciamento ambiental, como a Resolução n. 06/1988 do CONAMA⁶.

ampliar e operar empreendimentos ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.

³ A Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) define, em seu art. 3º, inciso II, degradação da qualidade ambiental, como a alteração adversa das características do meio ambiente.

⁴ Art. 12. O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação;

⁵ Art. 1º Estabelecer critérios e procedimentos para o licenciamento ambiental, em municípios de pequeno porte, de unidades de disposição final de resíduos sólidos e para obras de recuperação de áreas degradadas pela disposição inadequada dos resíduos sólidos.

⁶ Art. 1º No processo de licenciamento ambiental de atividades industriais, os resíduos gerados ou existentes deverão ser objeto de controle específico.

Boa parte da doutrina que lida com as questões ambientais, como Antônio Inagê de Assis Oliveira, José Afonso da Silva e Paulo de Bessa Antunes, simplesmente limita-se a repetir que o licenciamento ambiental é um procedimento administrativo e não entra em qualquer discussão sobre o assunto. Outros, como Silvana Lúcia Henkes e Jairo Antônio Hohl, afirmam que o licenciamento é um procedimento administrativo, por se tratar de um conjunto de atos que almeja ao final a concessão da licença ambiental devida, seja ela a licença prévia, a licença de instalação ou a licença de operação (FARIAS, 2007, p. 182).

Farias (2007) dedica um capítulo específico em sua obra para discorrer sobre a natureza jurídica do licenciamento ambiental e conclui, ao final, que o licenciamento ambiental está sujeito aos princípios do direito administrativo de uma forma geral e, em específico, aos princípios do processo administrativo, posto que se trata de um processo e não de um procedimento.

Por sua vez, a doutrina de Trennepohl e Trennepohl (2010, p. 18) ignora a discussão técnica quanto à natureza jurídica do termo “licenciamento ambiental”, para conceituá-lo como *um processo de concordância do Poder Público com as obras ou atividades condicionadas à aprovação do Estado*.

Merece transcrição a lição de Di Pietro (1997, p. 397):

Não se confunde processo com procedimento. O primeiro existe sempre como instrumento indispensável para o exercício de função administrativa; tudo o que a Administração Pública faz, sejam operações materiais ou atos jurídicos, fica documentado em um processo; [...] executar uma obra, celebrar um contrato, editar um regulamento; [...]. O Procedimento é o conjunto de formalidades que devem ser observadas para a prática de certos atos administrativos; equivale a rito, a forma de proceder; o procedimento se desenvolve dentro de um processo administrativo.

A rigor, o conjunto de atos que compõem a documentação que subsidiará a emissão de uma licença ambiental constitui-se em processo administrativo que tramita perante o órgão ambiental competente.

A maneira preventiva de o Estado limitar alguns direitos de empreendedores para a garantia da higidez ambiental pode ser implementada por meio de diversos procedimentos, todos eles abrangidos pelo gênero licenciamento. Entende-se que a conceituação normativa trazida pelo inciso I do art. 1º da Resolução n. 237/1997 do CONAMA poderia ser de melhor técnica acaso se referisse ao licenciamento como um *processo administrativo* em vez de *procedimento administrativo*. As lições de Antunes (2008, p. 146) já apontam para tal norte:

Há uma evidente impropriedade técnica nas definições normativas que têm insistido em classificar o licenciamento ambiental como mero procedimento, impropriedade que, aliás, é desmentida por normas que asseguram um determinado grau de contraditório às partes interessadas.

Intui-se, pois, que o licenciamento ambiental é um processo administrativo, eivado de instrumentos de gestão ambiental e participação pública, que propicia a avaliação de impactos socioambientais de projetos, visando a uma decisão administrativa sensata quanto ao deferimento ou indeferimento de uma licença ambiental pelo órgão ambiental competente.

3 As diversas modalidades de procedimentos licenciatórios

A Resolução n. 237/1997 do CONAMA, em seu art. 10, prevê algumas etapas a serem observadas pelos órgãos licenciamen-

dores quando do licenciamento ambiental⁷. Entretanto, algumas dessas etapas podem ser dispensadas, a depender do rito que se estabeleça. Já outras podem ser criadas por normas específicas dos entes federados encarregados do licenciamento, sempre tendo como meta o direito fundamental transindividual ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

⁷ Art. 10. O procedimento de licenciamento ambiental obedecerá as seguintes etapas:

I – Definição pelo órgão ambiental competente, com a participação do empreendedor, dos documentos, projetos e estudos ambientais, necessários ao início do processo de licenciamento correspondente à licença a ser requerida;

II – Requerimento da licença ambiental pelo empreendedor, acompanhado dos documentos, projetos e estudos ambientais pertinentes, dando-se a devida publicidade;

III – Análise pelo órgão ambiental competente, integrante do SISNAMA, dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados e a realização de vistorias técnicas, quando necessárias;

IV – Solicitação de esclarecimentos e complementações pelo órgão ambiental competente integrante do SISNAMA, uma única vez, em decorrência da análise dos documentos, projetos e estudos ambientais apresentados, quando couber, podendo haver a reiteração da mesma solicitação caso os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

V – Audiência Pública, quando couber, de acordo com a regulamentação pertinente;

VI – Solicitação de esclarecimentos e complementações, pelo órgão ambiental competente, decorrentes de audiências públicas, quando couber, podendo haver reiteração da solicitação quando os esclarecimentos e complementações não tenham sido satisfatórios;

VII – Emissão de parecer técnico conclusivo e, quando couber, parecer jurídico;

VIII – Deferimento ou indeferimento do pedido de licença, dando-se a devida publicidade.

§1º – No procedimento de licenciamento ambiental deverá constar, obrigatoriamente, a certidão da Prefeitura Municipal, declarando que o local e o tipo de empreendimento ou atividade estão em conformidade com a legislação aplicável ao uso e ocupação do solo e, quando for o caso, a autorização para supressão de vegetação e a outorga para o uso da água, emitidas pelos órgãos competentes.

§2º – No caso de empreendimentos e atividades sujeitos ao estudo de impacto ambiental – EIA, se verificada a necessidade de nova complementação em decorrência de esclarecimentos já prestados, conforme incisos IV e VI, o órgão ambiental competente, mediante decisão motivada e com a participação do empreendedor, poderá formular novo pedido de complementação.

Embora a norma acima citada seja alvo de sérias críticas quanto à sua inconstitucionalidade, notadamente quando discorre sobre a atribuição de competência entre os entes federados para licenciar⁸, no que concerne ao estabelecimento de procedimentos para o licenciamento ambiental, o CONAMA recebeu essa atribuição pela Lei n. 6.938/1981, por meio de seu art. 8º, inciso I⁹.

Assim, a Resolução n. 237/1997 do CONAMA é um ato normativo que, legitimamente, norteia os órgãos ambientais quanto à adoção de procedimentos para o licenciamento ambiental, sem, contudo, impedir os estados e municípios que instituem procedimentos próprios, desde que guardem compatibilidade com as normas gerais expedidas pela União, tal qual a Lei n. 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente).

O aspecto procedimental do licenciamento ambiental é de enorme importância, tendo em vista que o titular de atividade potencial ou efetivamente poluidora que desconhecer tais fases e procedimentos provavelmente terá problemas para conseguir ou

⁸ Vide a esse respeito o texto intitulado por “Resolução CONAMA n. 237, de 19 de dezembro de 1997: um ato normativo inválido pela eiva da inconstitucionalidade e da ilegalidade”, de autoria de Filipe Augusto Vieira de Andrade, Promotor de Justiça de São Paulo. Disponível em: <<http://meioambiente.sites.uol.com.br/page10.html>>.

O art. 23 da Constituição Federal, ao definir as competências comuns dos entes federados, entre as quais se verifica a proteção do meio ambiente, o combate à poluição, a preservação das florestas, da fauna e da flora, dispõe que lei complementar deverá fixar as normas para a cooperação entre União, estados, Distrito Federal e municípios. Desde 2003 tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei Complementar n. 12/2003 c/c apensos como o Projeto de Lei Complementar n. 388/2007, com o propósito acima transcrito e programado pela Carta Magna. Entretanto, até então, esta lei complementar não foi editada, de tal maneira que atos normativos como a Resolução n. 237/1997 - CONAMA tentam preencher essa lacuna.

⁹ Art. 8º Compete ao CONAMA:

I – estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA.

para renovar a licença ambiental. Por fases e procedimentos devem ser compreendidas as etapas, os estudos ambientais, a documentação necessária e os prazos a serem cumpridos no processo administrativo de licenciamento ambiental (FARIAS, 2007, p. 77).

3.1 Licenciamento complexo

Quando a intenção do empreendedor for desenvolver uma atividade ou empreendimento capaz de causar significativo impacto ambiental, o procedimento a ser seguido será o que se denominará: “complexo”. A denominação ora atribuída a esse tipo de licenciamento tem lugar em face de uma exigência constitucional inafastável: a apresentação de Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e do respectivo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) pelo empreendedor que se apoiará em Termo de Referência fornecido pelo órgão ambiental competente.

A exigência citada encontra previsão no inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Republicana. Com efeito, a pretensão de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental traz consigo, além da obrigatoria elaboração de EIA/RIMA a atestar a viabilidade socioambiental do projeto, uma série de etapas a ser observada no referido processo, qualificando-o como um processo administrativo de procedimento complexo.

A título de exemplificação de etapas do procedimento licenciatório de natureza complexa, citam-se: audiência pública promovida pelo órgão ambiental competente, sempre que requerida por entidade civil, pelo Ministério Público ou por 50 (cinquenta) ou mais cidadãos¹⁰; o apoio financeiro para a implantação e

¹⁰ A etapa mencionada encontra previsão na Resolução CONAMA n. 9, de 3 de dezembro de 1987.

manutenção de Unidade de Conservação do Grupo de Proteção Integral ou eventual Unidade de Conservação do Grupo de Uso Sustentável diretamente afetada pelo empreendimento¹¹.

Expedir-se-ão licenças diferenciadas para cada estágio do empreendimento, desde a sua concepção, contemplando-lhe a viabilidade ambiental em determinada localização (licença prévia), passando pela sua instalação, desde que cumpridas algumas condicionantes previamente estabelecidas (licença de instalação), até a sua efetiva operação dentro de alguns limites estabelecidos pelo órgão ambiental competente e respeitadas as condicionantes previstas nas licenças anteriores (licença de operação).

As diferentes licenças mencionadas encontram-se previstas no art. 8º da Resolução n. 237/1997 do CONAMA e se dão de forma sucessiva, de tal maneira que não sendo concedida a licença prévia, tampouco será concedida a licença de instalação e, na ausência desta, não há como ser concedida a de operação.

Mirra (2002, p. 35) lembra que o Estudo de Impacto Ambiental e o Relatório de Impacto Ambiental, bem como as demais avaliações de impacto ambiental, conforme o que for necessário, têm de ser exigidos, elaborados e aprovados antes da concessão da licença prévia, até porque se trata de pré-requisito.

É na fase da licença prévia, como ressalta Farias (2007, p. 81), que o projeto é discutido com a comunidade e, por ser a oportunidade para que sejam efetuadas as maiores mudanças estruturais no projeto da atividade a ser licenciada, a licença prévia pode ser considerada a mais importante de todas as licenças anteriores.

¹¹ A exigência da compensação ambiental reportada está prevista no art. 36 e parágrafos da Lei n. 9.985/2000 c/c regulamentação do Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002, arts. 31 a 33.

Conforme as lições do referido autor (FARIAS, 2007, p. 81), na fase da licença de instalação é que se dá a aprovação do projeto executivo, que é uma reestruturação do projeto original com mais detalhes e no qual são fixadas as prescrições de natureza técnica capazes de compatibilizar a instalação do empreendimento com a proteção do meio ambiente por meio de medidas técnicas apropriadas, enquanto a licença de operação trata-se de ato administrativo conclusivo pelo qual o órgão licenciador autoriza o início das atividades, depois da verificação do efetivo cumprimento do que consta nas licenças anteriormente concedidas.

O prazo para a tramitação do licenciamento ambiental neste tipo de procedimento, regra geral, é de até 12 (doze) meses, ressalvando-se a suspensão do prazo quando da elaboração dos estudos ambientais complementares ou preparação de esclarecimentos pelo empreendedor ou, ainda, quando se justifique uma maior demora para a análise dos autos pelo órgão licenciador ante a especial complexidade do empreendimento, conforme definição do art. 14 da Resolução n. 237/1997 do CONAMA¹².

O que qualificaria uma atividade ou empreendimento como de significativo impacto ambiental a exigir um procedimento

¹² Art. 14. O órgão ambiental competente poderá estabelecer prazos de análise diferenciados para cada modalidade de licença (LP, LI e LO), em função das peculiaridades da atividade ou empreendimento, bem como para a formulação de exigências complementares, desde que observado o prazo máximo de 6 (seis) meses a contar do ato de protocolar o requerimento até seu deferimento ou indeferimento, ressalvados os casos em que houver EIA/RIMA e/ou audiência pública, quando o prazo será de até 12 (doze) meses.

§ 1º A contagem do prazo previsto no *caput* deste artigo será suspensa durante a elaboração dos estudos ambientais complementares ou preparação de esclarecimentos pelo empreendedor.

§ 2º Os prazos estipulados no *caput* poderão ser alterados, desde que justificados e com a concordância do empreendedor e do órgão ambiental competente.

complexo de licenciamento? Deveras, a expressão “significativo impacto” é bastante subjetiva e confere certa margem de discricionariedade ao órgão ambiental, de maneira que, a depender dos valores e da política ambiental do ente licenciador, o seu alcance pode variar demasiadamente.

Segundo Sánchez (2006, p. 112), o potencial que tem determinada obra ou ação humana de causar alterações ambientais depende de duas ordens de fatores: as solicitações impostas ao meio pela ação ou projeto, ou seja, a sobrecarga imposta ao ecossistema, representada pela emissão de poluentes, supressão ou adição de elementos ao meio; e a vulnerabilidade do meio, ou seja, o inverso da resiliência¹³. O exemplo didático apresentado pelo referido autor é o seguinte:

Considere-se um projeto de aterro sanitário para disposição de resíduos sólidos urbanos. Se o local cogitado localizar-se em uma zona de recarga de aquíferos (zona onde a água superficial se infiltra e alimenta o lençol freático), os riscos de contaminação do aquífero (potencial de impacto sobre a qualidade das águas subterrâneas) são altos. Trata-se de um meio vulnerável para esse tipo de atividade. Já se o mesmo projeto for implantado em um local com substrato argiloso bem consolidado e de baixa permeabilidade (ou seja, um meio de baixa vulnerabilidade), seu potencial de impacto será mais baixo.

Assim, ao se verificar o tipo de empreendimento no caso concreto e projetá-lo na área desejada para a sua instalação e/ou operação poder-se-á restringir sobremaneira a discricionariedade de aferição da significância do impacto. Para essa e outras medidas de prevenção a danos ambientais indesejáveis é que se obriga a contemplação do item de alternativas técnicas e locacionais no EIA/RIMA, consoante previsão da Resolução n. 01/1986 do CONAMA.

¹³ Resiliência é a capacidade de um sistema natural se recuperar de uma perturbação imposta por um agente externo, seja uma ação humana, seja um processo natural excepcional.

Decerto que algumas atividades, por si só, já são tidas como causadoras de significativo impacto ambiental, porquanto o CONAMA, por meio do art. 2º da Resolução n. 01/1986, houve por arrolá-las positivamente. Nesses casos, o critério a ser observado pelo órgão ambiental é objetivo e não lhe cabe agir de maneira diversa, dispensando a apresentação de EIA/RIMA, ressalvados os casos específicos em que houver parcial revogação da citada norma.

3.2 Licenciamento ordinário

O art. 10 da Lei n. 6.938/1981 confere competência ao órgão estadual para o licenciamento ambiental e, em caráter supletivo, à autarquia federal IBAMA. Restando a maior parte dos licenciamentos ambientais no país a cargo dos Estados, estes passaram a adotar legislação específica sobre a matéria, disciplinando alguns procedimentos em que o EIA/RIMA é substituído por outro estudo ambiental menos complexo, quando se trate de uma atividade ou empreendimento que não envolva significativo impacto ambiental.

O art. 12 da Resolução n. 237/1997 do CONAMA prescreve a possibilidade de o órgão ambiental competente estabelecer procedimentos específicos para a emissão das licenças ambientais, de acordo com as características e peculiaridades da atividade ou empreendimento¹⁴.

Como se verificará no tópico seguinte (legislação estadual), entende-se que o dispositivo acima mencionado resulta de uma extrapolação do poder regulamentar do CONAMA, o que não

¹⁴ Art. 12. O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação.

afasta a possibilidade de os órgãos ambientais estaduais e municipais, quando houver, estabelecerem procedimentos específicos, desde que apoiados em lei *stricto sensu*.

O procedimento denominado “ordinário” irá variar de acordo com a legislação de cada estado ou município. Portanto, a denominação deste procedimento refere-se àquele rotineiramente adotado pelos órgãos seccionais ou locais do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA)¹⁵, de acordo com a legislação local.

Alguns pontos, entretanto, permanecem comuns a todos os procedimentos ordinários adotados pelos órgãos ambientais estaduais e municipais, como a exigência de apresentação pelo empreendedor de outro estudo ambiental menos complexo que o EIA/RIMA. Tal prática ocorre, por exemplo, no Distrito Federal, quando se exige o Relatório de Impacto de Vizinhança (RIVI) (art. 4º da Lei Distrital n. 1869/1998¹⁶), no Ceará, tem-se o Estudo de

¹⁵ Nos termos dos incisos V e VI do art. 6º da Lei n. 6.938/1981, os órgãos seccionais do SISNAMA são os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental, enquanto que os órgãos locais são os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições.

¹⁶ Art. 4º O relatório de impacto de vizinhança (RIVI) será exigido em empreendimentos de iniciativa pública ou privada, com impactos ambientais localizados nas zonas urbanas e de expansão urbana do Distrito Federal ou nas áreas onde seja permitido o uso urbano.

§ 1º A critério do órgão ambiental, o RIVI poderá ser exigido em empreendimentos com características urbanas localizados em zonas rurais do Distrito Federal.

§ 2º O RIVI será elaborado por, no mínimo, dois profissionais cadastrados na Secretaria de Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia (SEMATEC).

§ 3º A exigência de elaboração do RIVI será manifestada pela SEMATEC quando do requerimento pelo interessado do licenciamento ambiental do empreendimento.

§ 4º O RIVI conterá, no mínimo, o seguinte:

I – localização e acessos gerais;

Viabilidade Ambiental (Resolução n. 08/2004-COEMA¹⁷) e em São Paulo há a previsão do Relatório Ambiental Preliminar (Decreto n. 47.400/2000¹⁸).

Henkes e Kohl (2005, p. 412) asseveram que no caso de impactos ambientais não significativos serão exigidos da atividade apenas os estudos ambientais de menor complexidade que compõem o processo de licenciamento ambiental.

Há de se ter em conta que o próprio estudo ambiental distinto do EIA/RIMA poderá trazer informações que indiquem que o empreendimento ou a atividade tenha o potencial de causar significativo impacto ambiental. Neste caso, deve o órgão ambiental exigir a elaboração de EIA/RIMA e submeter o empreendimento ao rito do licenciamento complexo.

II – atividades previstas;

III – áreas, dimensões e volumetria;

IV – mapeamento e capacidade de atendimento das redes de água pluvial, água, esgoto e energia;

V – levantamento dos usos e volumetria dos imóveis e construções existentes nas quadras limítrofes ao local onde será instalado o empreendimento;

VI – sistema viário existente e capacidade de absorção da demanda gerada pelo empreendimento;

VII – capacidade do transporte público de absorver o aumento da demanda;

VIII – produção e nível de ruído, calor e vibração;

IX – produção e volume de partículas em suspensão e gases gerados pelo empreendimento;

X – produção e destino final do lixo gerado pelo empreendimento;

XI – desmatamentos necessários e formas de recuperação da área degradada;

XII – medidas mitigadoras necessárias para minimizar os impactos negativos.

§ 5º Se houver necessidade, em razão de características especiais do empreendimento, atividade ou projeto em análise, o órgão ambiental do Distrito Federal poderá exigir que o RIVI aborde aspectos específicos.

¹⁷ O Estudo de Viabilidade Ambiental (EVA) consta em tabela do Anexo III da referida norma estadual.

¹⁸ O Relatório Ambiental Preliminar (RAP) consta no quadro I do Anexo I da referida norma estadual.

Regra geral, esse licenciamento ordinário ou comum, por se tratar daquele mais utilizado pelos órgãos ambientais estaduais e municipais, também segue as etapas das concessões sucessivas de licença prévia (LP), licença de instalação (LI) e licença de operação (LO), assim como no procedimento licenciatório complexo.

Farias (2006, p. 3289-3427) afirma que a maior parte das atividades é licenciada sem a realização de estudo prévio de impacto ambiental, porque em termos numéricos são poucas as atividades que podem ser consideradas como significativamente potencial ou efetivamente poluidoras.

O prazo para a tramitação do licenciamento ambiental neste tipo de procedimento, regra geral, é de até 6 (seis) meses, ressalvando-se a suspensão do prazo quando da elaboração dos estudos ambientais complementares ou preparação de esclarecimentos pelo empreendedor ou, ainda, quando se justifique maior demora para a análise dos autos pelo órgão licenciador ante a especial complexidade do empreendimento, conforme definição do art. 14 da Resolução n. 237/1997 do CONAMA já citado anteriormente.

Dispensa-se, aqui, a etapa da Compensação Ambiental, visto que prevista pela Lei n. 9.985/2000 apenas para empreendimentos de significativo impacto ambiental apoiados no EIA/RIMA competente. Já a necessidade ou não de audiência pública se dará em conformidade com a lei específica estadual.

3.3 Licenciamento simplificado

O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com respaldo na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, Lei n. 6.938/1981 c/c atualizações,¹⁹ vem editando resoluções dis-

¹⁹ O inciso I do art. 8º da Lei n. 6.938/1981 atribui ao CONAMA a competência para estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento

ciplinadoras de alguns tipos de licenciamentos que, pelo baixo impacto que os projetos causam ao meio ambiente, submetem-se a um rito simplificado, a exemplo das Resoluções n. 279/2001 (empreendimentos elétricos com pequeno potencial de impacto ambiental); 377/2006 (Sistema de Esgotamento Sanitário); 387/2006 (projetos de assentamento de reforma agrária); 412/2009 (empreendimentos destinados à construção de habitações de interesse social).

As referidas normas são aplicáveis aos diversos órgãos integrantes do SISNAMA²⁰, mormente ao se vislumbrar que o Judiciário já vem admitindo a legalidade dessas resoluções²¹.

A Resolução n. 237/1997-CONAMA prevê, em seu art. 12, § 1º, a possibilidade de o órgão ambiental competente estabelecer procedimentos simplificados para atividades e empreendimentos de pequeno impacto ambiental²².

de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos estados e supervisionado pelo IBAMA.

²⁰ Consoante o disposto no art. 6º, *caput*, da Lei n. 6.938/1981, os órgãos e entidades da União, dos estados, do Distrito Federal, dos territórios e dos municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituem o SISNAMA.

²¹ Vide a esse respeito o acórdão proferido em sede de Agravo de Instrumento no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, AGI n. 89762-CE – 2008.05.00.055373-7, em que se admitiu a validade da Resolução n. 279/2001, que prevê o Relatório Ambiental Simplificado (RAS) para empreendimentos com impacto ambiental de pequeno porte. E, ainda, o acórdão proferido em sede de Agravo de Instrumento perante o Tribunal Regional Federal da 4ª Região – AGI n. 2007.04.00.012471-6, em que se admitiu a aplicabilidade da Resolução n. 377/2006-CONAMA, que dispõe sobre o licenciamento ambiental simplificado para Sistemas de Esgotamento Sanitário.

²² Art. 12. O órgão ambiental competente definirá, se necessário, procedimentos específicos para as licenças ambientais, observadas a natureza, características e peculiaridades da atividade ou empreendimento e, ainda, a compatibilização do processo de licenciamento com as etapas de planejamento, implantação e operação.

§ 1º Poderão ser estabelecidos procedimentos simplificados para as atividades e empreendimentos de pequeno potencial de impacto ambiental, que deverão ser aprovados pelos respectivos Conselhos de Meio Ambiente. [grifo nosso]

Com a mesma ressalva feita no subitem anterior, entende-se que o dispositivo mencionado resulta de uma extrapolação do poder regulamentar do CONAMA, o que não afasta a possibilidade de os órgãos ambientais estaduais e municipais, quando houver, estabelecerem procedimentos simplificados, desde que apoiados em lei *strictu sensu*.

Aqui, poder-se-ia vislumbrar as três fases do licenciamento reunidas em uma ou duas fases, ou seja, tendo em conta a diminuta gravidade dos impactos negativos causados ao meio ambiente pelo empreendimento, o órgão ambiental licenciador poderá emitir uma única licença, compreendendo a localização, instalação e operação do empreendimento (art. 5º da Resolução n. 412/2009-CONAMA), ou, após atestar a viabilidade de determinados empreendimentos (licença prévia), poderia autorizar a sua instalação e operação, mediante uma licença de instalação e operação (LIO), conforme previsto nas Resoluções n. 387/2006 e 297/2001-CONAMA, por exemplo.

A celeridade desse procedimento também pode estar associada a um prazo máximo a que deve se submeter o órgão ambiental para a concessão das licenças ambientais, desde que o empreendedor cumpra as condicionantes e exigências formuladas pelo órgão ambiental no tempo determinado²³.

Em regra, exige-se, nesses casos, a apresentação pelo empreendedor de um Relatório Ambiental Simplificado (RAS), que

²³ O prazo de tramitação do processo administrativo até o deferimento ou indeferimento da licença ambiental, nos casos de procedimento simplificado, varia de acordo com a norma que os institui. A Resolução n. 412/2009-CONAMA, por exemplo, estabelece um prazo de 30 (trinta) dias para a análise conclusiva do órgão ambiental sobre o pedido de licença ambiental de novos empreendimentos destinados à construção de habitações de Interesse Social. A Resolução n. 387/2006-CONAMA, por sua vez, estabelece um prazo de até 120 (cento e vinte) dias para a expedição da licença de instalação e operação (LIO) para Projetos de Assentamentos de Reforma Agrária.

subsidiará a decisão do órgão ambiental competente quanto ao enquadramento do empreendimento aos moldes do licenciamento ambiental simplificado. São dispensáveis a etapa da audiência pública e da compensação ambiental.

Antunes (2008, p. 162) opina pela legalidade e constitucionalidade de dispositivos normativos que instituem o RAS para a avaliação de impactos ambientais de empreendimentos com pequeno impacto ambiental:

O Relatório Ambiental Simplificado, em minha opinião, não é uma contrafação do estudo de Impacto Ambiental, pois, nos termos da CF, o Estudo de Impacto Ambiental somente é exigível para a instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente [...] Ora, se houve a definição de empreendimentos com pequeno impacto ambiental, não há qualquer obrigatoriedade legal para que tais empreendimentos sejam precedidos de estudo de impacto ambiental, pois não caracterizada a efetiva ou potencial significativa degradação do meio ambiente [...] O RAS parece-me, portanto, perfeitamente legal e constitucional.

Frise-se que o licenciamento de procedimento simplificado, ainda que se trate de um processo cujos atos administrativos são emitidos de forma mais célere, não deve dispensar o controle pelo Estado da atividade de empreender que possa causar risco ao meio ambiente e à qualidade de vida, sob pena de vulneração de comandos constitucionais insertos no art. 225 da Carta Magna.

Nesse particular aspecto, não há como conceber, a título de exemplo, a constitucionalidade da recém-instituída Lei do Estado do Ceará n. 14.882/2011, que criou a figura do *licenciamento simplificado por autodeclaração*, uma vez que, ao tempo em que atribui ao próprio empreendedor o controle e os riscos ambientais de sua atividade, retira tal controle dos órgãos ambientais legitimamente encarregados desse mister, conforme as regras gerais de licencia-

mento insertas na Lei de Política Nacional de Meio Ambiente, lei federal de caráter nacional n. 6.938/1981. No mister de Machado (2010, p. 288), o licenciamento *não pode converter-se em mera expedição de alvará, sem outras considerações ou avaliações.*

3.4 Licenciamento corretivo

É evidente que a exigência de licença ou autorização ambiental é condição *sine qua non* para que determinada atividade ou empreendimento potencialmente causador de impactos negativos ao ambiente venha a ser instalado ou passe a operar. Isso se dá em nome de princípios basilares do direito ambiental, como o da precaução e o da prevenção²⁴.

Há de se reconhecer, entretanto, de forma pragmática, os mais diversos empreendimentos e atividades no país que já se encontram em plena operação e sem a necessária licença ou autorização ambiental. Alguns empreendedores sequer se submetem ao licenciamento ambiental, outros não esperam a conclusão do licencia-

²⁴ Embora pareça ser despidendo, na visão do doutrinador Celso Antônio Pacheco Fiorillo, desenvolver diferença entre prevenção e precaução no plano constitucional, preferimos nos filiar à corrente que apregoa, conforme Paulo Affonso Leme Machado, que, em que pesem as semelhanças das definições dos termos “precaução” e “prevenção”, há características próprias para o princípio da precaução, conforme o texto da Declaração do Rio de Janeiro/1992, que, no seu princípio 15, prescreve: Com a finalidade de proteger o meio ambiente, os estados deverão aplicar amplamente o critério de precaução conforme suas capacidades. Quando houver perigo de dano grave ou irreversível, a falta de certeza científica absoluta não deverá ser utilizada como razão para que seja adiada a adoção de medidas eficazes em função dos custos para impedir a degradação ambiental.

Assim, valendo-se da didática de Fabiano Melo Gonçalves de Oliveira, o princípio da prevenção aplica-se ao risco conhecido e, a partir deste, procura-se adotar medidas de minimização dos danos ambientais. Já o princípio da precaução é a prudência ou cautela para a intervenção, liberação ou plantio de substâncias de que ainda não se conheçam as consequências para o meio ambiente e a saúde humana.

mento com o conseqüente ato administrativo autorizador da instalação ou operação do empreendimento.

Nesses casos, estariam a cometer, em tese, ilícitos de ordem: administrativa, nos termos do art. 66 do Decreto n. 6.514/2008; penal, nos termos do art. 60 da Lei n. 9.605/1998 e civil, nos termos dos arts. 186 e 927 do Código Civil. Sujeitar-se-iam, pois, às três sanções independentes, nos termos do § 1º do art. 14 da Lei n. 6.938/1981 e do § 3º do art. 225 da Constituição Republicana Federal.

Observe-se que a melhor sanção administrativa nesse caso, a ser imposta pelo órgão ambiental competente, é o embargo da atividade, ainda que cumulada com outra sanção, com o fito de estimular o infrator a requerer a necessária licença ou autorização ambiental²⁵.

Ora, em alguns desses casos, há um imperativo de ordem econômica e constitucional²⁶, a impulsionar a tentativa de regularização ambiental de empreendimentos de relevante interesse social e econômico, visando ao ideal “desenvolvimento sustentável”.

Uma vez embargado o empreendimento ou a atividade potencialmente poluidora que se encontrava sem a autorização ou licença ambiental, o seu posterior funcionamento está a depender do licenciamento corretivo, salvo quando não for passível de licenciamento. Destaque-se, por exemplo, que eventuais atividades promovidas sem licenciamento ambiental em

²⁵ Em casos excepcionais, entende-se que não seria necessário o embargo da atividade, quando se tratar, por exemplo, de um hospital e, na ponderação de princípios fundamentais envolvidos, como o direito à saúde e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, verificar-se pela necessária continuidade dos serviços públicos de saúde. Nesse caso, mais do que necessária a urgente regularização do estabelecimento, mediante o licenciamento corretivo.

²⁶ O art. 170 e ss. da Constituição Federal estabelecem os princípios da ordem econômica e asseguram o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização dos órgãos públicos, salvo os casos previstos em lei.

áreas de preservação permanente e que não se enquadrem nos casos excepcionais de utilidade pública, interesse social ou baixo impacto ambiental, conforme previsão da Lei n. 4.771/1965 (Código Florestal), sequer podem ser objeto de regularização.

Henkens e Kohl (2005, p. 406) afirmam que ao invés do procedimento comum exigido para a maioria das atividades potencialmente poluidoras, nos casos em que a atividade já estiver instalada ou mesmo em funcionamento, o licenciamento ambiental deverá seguir um procedimento diferenciado.

De acordo com Queiroz (2004), existem duas modalidades de licenciamento ambiental: o licenciamento ambiental preventivo e o licenciamento ambiental corretivo. Embora o licenciamento ambiental preventivo seja a regra, a fase em que se encontra o empreendimento é que definirá a modalidade de licenciamento ambiental a ser adotada.

Sobre o tema do licenciamento de atividades instaladas, importantes são as lições de Oliveira (1998, p. 127):

Analisada a questão, caso seja inviável a instalação ou operação do empreendimento no local onde estava sendo realizada, por razões ambientais, a licença deve ser negada e intimado o responsável a restabelecer as condições ambientais existentes antes de sua intervenção, inclusive via judicial. Apenas se for viável a instalação e operação do empreendimento no local é que se admite tenha prosseguimento o processo de licenciamento.

Quando o empreendimento ou a atividade passível de regularização já se encontra instalado ou em operação, diz-se que está ocorrendo o licenciamento corretivo. Nesse caso, dependendo da fase em que é requerida a licença, tem-se a licença de instalação de natureza corretiva (LIC) ou a Licença de Operação de natureza corretiva (LOC). As três fases do

licenciamento podem ser reunidas em uma só, mas sem olvidar a necessidade da avaliação dos impactos ambientais, por meio de estudo específico.

Destaque-se que mesmo superadas as fases de licença prévia e de instalação ficariam tais empreendimentos ou atividades sujeitos ao atendimento às exigências e critérios estabelecidos pelo órgão ambiental competente quanto aos aspectos de localização e implantação, além dos que serão estabelecidos para o seu funcionamento e que constarão da licença de operação. Tal sujeição, embora seja de uma aparente lógica, restou positivada, por exemplo, no Código Ambiental do Rio Grande do Sul (Lei Estadual n. 11.520/2000²⁷).

No plano federal, o CONAMA disciplina a matéria por meio de resoluções para empreendimentos específicos, como a Resolução n. 349/2004 (“Dispõe sobre o licenciamento ambiental de empreendimentos ferroviários de pequeno potencial de impacto ambiental e a regularização dos empreendimentos em operação”).

O IBAMA, além de utilizar resoluções do CONAMA para executar a política federal do meio ambiente, também emite atos administrativos normativos para o seu próprio cumprimento, como se depende da Instrução Normativa n. 02/2010-IBAMA, visando regularizar

²⁷ Art. 67. Os empreendimentos ou atividades com início da implantação ou operação antes deste Código, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, deverão solicitar o licenciamento ambiental segundo a fase em que se encontram, de acordo com o artigo 56, ficando sujeitas às infrações e penalidades desta Lei e seu regulamento, e sem prejuízo das sanções impostas anteriormente.

Parágrafo único. Mesmo superadas as fases de Licença Prévia (LP) e Licença de Instalação (LI) ficam tais empreendimentos ou atividades sujeitos ao atendimento às exigências e critérios estabelecidos pelo órgão ambiental competente quanto aos aspectos de localização e implantação, além dos que serão estabelecidos para o seu funcionamento e que constarão da Licença de Operação (LO). [grifo nosso]

empreendimentos da malha rodoviária federal. As etapas deste licenciamento encontram-se descritas no art. 4º da citada norma²⁸.

Por sua vez, os estudos ambientais exigidos ao caso devem conter, além de ferramentas que indiquem os impactos ambientais possivelmente gerados pela atividade ou empreendimento, o passivo ambiental e um plano de recuperação das áreas degradadas (PRAD), como se depreende do art. 6º da referida norma.

Alguns estados da federação disciplinam a matéria por meio de leis específicas para determinados empreendimentos, como é o caso de Santa Catarina, que prevê, no art. 4º da Lei n. 12.864/2004, o licenciamento corretivo para as antenas de telecomunicação, com estrutura em torre ou similar, já instaladas. Em Minas Gerais, por exemplo, a Lei Estadual n. 14.508/2002 trata do licenciamento corretivo de estabelecimentos situados às margens da rodovia no estado.

Observe-se que o rito do licenciamento corretivo irá variar de acordo com a legislação de cada estado e município, quando for o caso de empreendimento de impacto estritamente local. Entretanto, há de se observar o meio correto de disciplinar a matéria, ou seja, por meio de lei *stricto sensu*, conforme abordagem no item seguinte.

²⁸ Art. 4º Na instauração do processo de licenciamento o empreendedor deverá observar as seguintes etapas:

I – Inscrição, pelo empreendedor, no Cadastro Técnico Federal (CTF) do IBAMA na categoria Gerenciador de Projetos;

II – Acesso aos Serviços *on line* – Serviços – Licenciamento Ambiental pelo empreendedor, utilizando seu número de CNPJ e sua senha emitida pelo CTF e a verificação automática pelo sistema da vigência do Certificado de Regularidade, em consonância com a Instrução Normativa 96/2006;

III – Preenchimento pelo empreendedor do Formulário de Solicitação de Abertura de Processo – FAP e seu envio eletrônico ao Ibama pelo sistema;

IV – Geração de mapa de localização utilizando as coordenadas geográficas informadas no FAP, como ferramenta de auxílio à tomada de decisão;

4 A legislação estadual

Os órgãos ambientais estaduais, como reportado anteriormente, detêm a competência para o licenciamento dos mais variados empreendimentos e atividades, desde que não se trate de empreendimento de significativo impacto de âmbito regional ou nacional, caso em que o licenciamento fica a cargo do IBAMA, ou de empreendimentos de impacto estritamente local e o município afetado disponha de órgão ambiental e Conselho de Meio Ambiente com estrutura adequada a esse tipo de licenciamento.

No que concerne à matéria legislativa, os Estados-membros detêm competência para editar normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, respeitando as regras gerais do CONAMA, nos termos do § 1º do art. 6º da Lei n. 6.938/1981²⁹. Tal dispositivo legal encontra-se em harmonia com o que dispõe a Constituição Federal em seu art. 24, VI, que trata da competência concorrente para legislar sobre proteção ao meio ambiente.

Conquanto se constate a competência legal e constitucional para que os Estados-membros regulem a matéria em casos específicos e que não afrontem as normas gerais federais, não há como negar a necessidade de fazê-lo por meio de lei em sentido estrito, uma vez que haverá uma inovação no mundo

²⁹ Art 6º Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), assim estruturado:

[...]

§ 1º Os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA.

jurídico, com a criação de direitos e obrigações no que tange ao Poder de Polícia Ambiental.

É nesse sentido que, por exemplo, o § 6º do art. 289 da Lei Orgânica do Distrito Federal faculta ao IBRAM³⁰ a possibilidade de substituição do EIA/RIMA por outro estudo ambiental, definido em lei específica, para projetos de parcelamento de solo de menor impacto ambiental³¹.

Ainda em estrita observância ao princípio constitucional da legalidade, o parágrafo único do art. 292 da Lei Orgânica do Distrito Federal exige lei específica para a adoção de medidas corretivas pelo Poder Público para sanar irregularidades ambientais³².

³⁰ O Instituto do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos do Distrito Federal — Brasília Ambiental (IBRAM), criado pela Lei n. 3.984/2007, é o órgão de execução das políticas ambiental e de recursos hídricos do Distrito Federal.

³¹ Art. 289. Cabe ao poder público, na forma da lei, exigir a realização de estudo prévio de impacto ambiental para construção, instalação, reforma, recuperação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades potencialmente causadoras de significativa degradação ao meio ambiente, ao qual se dará publicidade, ficando à disposição do público por no mínimo trinta dias antes da audiência pública obrigatória.

[...]

§ 6º Na aprovação de projetos de parcelamento do solo para fins urbanos, com área igual ou inferior a sessenta hectares, e de parcelamento do solo com finalidade rural, com área igual ou inferior a duzentos hectares, cuja fração mínima corresponda à definida nos planos diretores, o órgão ambiental poderá substituir a exigência de apresentação de estudo de impacto ambiental e do respectivo relatório prevista no § 1º pela avaliação de impacto ambiental, definida em lei específica, referente, entre outros fatores, às restrições ambientais, à capacidade de abastecimento de água, às alternativas de esgotamento sanitário e de destinação final de águas pluviais, mantida a obrigatoriedade da realização de audiência pública. (Parágrafo acrescido pela Emenda à Lei Orgânica n. 22, de 1997.) [grifo nosso]

³² Art. 292. As pessoas físicas e jurídicas, públicas ou privadas, que exerçam atividades consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras, temporárias ou permanentes, são responsáveis, direta ou indiretamente, pela coleta, acondicionamento, tratamento, esgotamento e destinação final dos resíduos produzidos.

Parágrafo único. O Poder Público promoverá o controle e avaliação de irregularidades que agridam ao meio ambiente e, na forma da lei, exigirá adoção das medidas corretivas necessárias e aplicará as penalidades cabíveis aos responsáveis. [grifo nosso]

A respeito do constitucional princípio da legalidade, leciona Ricardo de Barros Leonel³³, na esteira dos ensinamentos de Paladin e Giannini:

É evidente, dispensando maior fundamentação, a afirmação de que o princípio da legalidade funciona não só como limitação à atuação estatal, mas como verdadeiro penhor do respeito aos direitos de todos os cidadãos. Aliás, identifica-se aí verdadeira garantia para o cidadão contra abusos a serem eventualmente praticados pela organização estatal, proscrevendo a parcialidade nesta atuação e fornecendo elementos concretos para o controle judicial da conduta da administração.

Não se está olvidando o fato de que a Resolução n. 237/1997 do CONAMA, em seu art. 12, atribui ampla competência ao órgão ambiental para definir procedimentos específicos para a emissão de licenças ambientais, de acordo com a natureza e as peculiaridades da atividade ou do empreendimento. Nesse ponto, o CONAMA parece ter extrapolado os limites de sua competência para fixar normas e critérios para o licenciamento, porquanto referido ato administrativo não tem o condão de conferir competência a determinado ente.

Com relação à extrapolação de competência do CONAMA para fixar normas e critérios para o licenciamento, especialmente como procedeu quando da edição da Resolução n. 237/1997, o magistrado de Machado (2010, p. 121) corrobora:

Sobre a atuação do CONAMA em matéria de licenciamento há o preceito do art. 8º, I, da Lei n. 6.938/1981, que diz que compete ao CONAMA “estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA”. O inciso é claro em sua redação, mostrando que instituir

³³ Vide *Limites do poder regulamentar*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/5y8bzb.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

”normas e critérios para o licenciamento” não se confunde com atribuir competência para os entes federativos licenciarem.

Ademais, registre-se que, se da normatização dos procedimentos de licenciamento ambiental implicar eventual alteração em taxas de licenciamento, também não há como fugir da necessidade da edição de lei em sentido estrito, porquanto imprescindível a observância do princípio da legalidade na instituição do referido tributo decorrente do poder de polícia estatal.

O comando do dispositivo do art. 13 da Resolução n. 237/1997 do CONAMA³⁴, a despeito de não ser a forma normativa correta de regular a matéria, explicita o que já é de conhecimento da doutrina de direito ambiental e tributário.

A matéria é bem exposta por Amaral (2008, p. 33), ao discorrer sobre o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, previsto no parágrafo único do art. 78 do CTN, *in verbis*:

Há certos direitos cujo exercício deve ser conciliado com o interesse público, cabendo ao Estado policiar a atuação do indivíduo. A construção de um prédio ou a instalação de uma empresa devem obedecer às leis de zoneamento, de segurança etc. Cabe à administração pública verificar o cumprimento das normas pertinentes e conceder a autorização, licença ou alvará [...].

Tendo em conta o disposto no inciso II do art. 1º da Resolução n. 237-CONAMA, que conceitua o licenciamento ambiental tratando-o como atividade compulsória em que o Estado controla e disciplina a utilização dos recursos ambientais no exercício regular do poder de polícia administrativo, Adriana de Oliveira Varela Molina (2005), respaldada em Di Pietro, assim leciona:

³⁴ Art. 13. O custo de análise para a obtenção da licença ambiental deverá ser estabelecido por dispositivo legal, visando o ressarcimento, pelo empreendedor, das despesas realizadas pelo órgão ambiental competente.

[...] entendemos que o licenciamento ambiental não se trata de serviço público e, sim, de uma manifestação típica do poder de polícia administrativo que, apesar de impor obrigação de fazer ao interessado, o seu objetivo é sempre uma abstenção, qual seja, evitar um dano oriundo do mau exercício do direito individual, consoante leciona a insigne autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro.

Nesse sentido, entende-se que, da mesma forma com a qual o CONAMA foi autorizado pelo inciso I do art. 8º da Lei n. 6.938/1981³⁵ a expedir normas e critérios para o licenciamento ambiental de atividades potencialmente poluidoras, os Estados-Membros também poderiam autorizar, por meio de lei específica ou pela própria Constituição Estadual, os respectivos Conselhos Estaduais do Meio Ambiente a expedirem normas sobre o licenciamento, notadamente aquelas que disponham sobre quais atividades poderiam ter um procedimento ordinário, simplificado ou corretivo para a obtenção de licença ou autorização ambiental.

Em todos os casos, a legislação ambiental estadual deve guardar compatibilidade com as normas gerais nacionais, conforme estatuído no inciso VI e parágrafos do art. 24 da Constituição Federal³⁶.

³⁵ Art. 8º Compete ao CONAMA:

I – estabelecer, mediante proposta do IBAMA, normas e critérios para o licenciamento de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras, a ser concedido pelos Estados e supervisionado pelo IBAMA.

³⁶ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

Há, pois, imperativos princípios constitucionais a serem observados pelos órgãos seccionais do SISNAMA para a correta disciplina das questões que envolvem o licenciamento ambiental, especialmente no que diz respeito aos procedimentos a ele inerentes.

Nesses termos, não há como conceber o inchaço de normas ambientais infraconstitucionais, notadamente as de âmbito estadual e municipal, que, muitas vezes, não estão a regulamentar uma Lei de Política Ambiental local, mas repercutem na atuação do poder de polícia estatal e na taxa do licenciamento ambiental.

5 Conclusão

O licenciamento ambiental é um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente impregnado dos princípios preventivos que orientam o direito ambiental e visa limitar o direito de empreender para que esse direito não vulnere o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. A forma como o Estado efetua o controle das atividades potencialmente degradadoras do meio ambiente pode ser desenvolvida por meio de diversos procedimentos, todos eles abrangidos pelo gênero: licenciamento.

Está presente na mídia dos últimos tempos uma preocupação do setor econômico e de algumas entidades estatais para que haja maior celeridade nos processos de licenciamento ambiental. O ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva já cobrara de seus ministros, em 2010, uma proposta de reformulação dos procedimentos internos do governo para agilizar a liberação de licenças ambientais³⁷. Há notícias, ainda, de que o governo federal está em vias de expe-

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

³⁷ Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/meio-ambiente-e-energia/noticias/lula-quer-agilizar-licenciamento-ambiental-diz-ministro-586484>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

dir um pacote de decretos visando acelerar a liberação de licenças e reduzir o custo de exigências do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)³⁸.

Diante de tal cenário, há de se verificar que quando o Poder Público tiver o intuito de instituir procedimentos distintos para o licenciamento deve fazê-lo por meio de lei *stricto sensu*, uma vez que haverá uma inovação no mundo jurídico, com a criação de direitos e obrigações no que tange ao Poder de Polícia Ambiental, além de repercutir no *quantum* da taxa de licenciamento.

Se, de um lado, a viabilidade financeira de alguns empreendimentos que propiciam o crescimento econômico do país depende da instituição de procedimentos de licenciamento ambiental mais céleres e diferenciados, por outro lado, o Poder Público deve ter o cuidado necessário para não suprimir etapas essenciais do licenciamento que visam à avaliação dos impactos ambientais decorrentes de atividades potencialmente causadoras de degradação, sob pena de pôr em risco o equilíbrio do meio ambiente e a qualidade de vida da presente e das futuras gerações.

Referências

AMARAL, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos e. Os princípios do estudo de impacto ambiental como limites da discriciona-

³⁸ Disponível em: <<http://tudoglobal.com/blog/capa/110164/pacote-de-dilma-pode-agilizar-licenca-ambiental-para-estaleiro.html>>. Acesso em: 22 fev. 2011.

riedade administrativa. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, n. 317, jan./mar. 1992. p. 25-45.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato. *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

FARIAS, Talden. Fases e procedimentos do licenciamento ambiental. *Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU*, Belo Horizonte, ano 5, n. 27, mai./jun. 2006. p. 3289-3427.

_____. *Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

HENKES, Silvana Lúcia; KOHL, Jairo Antônio. Licenciamento ambiental: um instrumento jurídico disposto à persecução do desenvolvimento sustentável. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e (Org.). *Paisagem, natureza e direito*. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2005. v. 2.

LEONEL, Ricardo de Barros. *Limites do poder regulamentar*. Disponível em: <<http://www.revistajustitia.com.br/artigos/5y8bzb.pdf>>. Acesso em: 19 ago. 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MILARÉ, Édis. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. *Impacto ambiental: aspectos da legislação brasileira*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MOLINA, Adriana de Oliveira Varela. Licenciamento ambiental e compensação ambiental: aplicação na indústria do petróleo do

Brasil. 2005. Disponível em: <http://www.bdttd.ndc.uff.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=1631>. Acesso em: 19 ago. 2010.

OLIVEIRA, Antonio Inagê de Assis. *O licenciamento ambiental*. São Paulo: Iglu, 1998.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. *Difusos e coletivos: direito ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. v. 15.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 1997.

QUEIROZ. Processo administrativo de licenciamento ambiental: licenciamento ambiental da atividade agropecuária: exigência de licenciamento para a obtenção de crédito rural. *Fórum de Direito Urbanístico e Ambiental (FDUA)*, Belo Horizonte, v. 3, n. 17, set. 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/29085>>. p. 1908.

SÁNCHEZ, Luiz Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. São Paulo: Oficina de Textos, 2006.

TRENNEPOHL, Curt; TRENNEPOHL, Terence. *Licenciamento ambiental*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2010.



O direito humano ao desenvolvimento como mecanismo de redução da pobreza em regiões com excepcional patrimônio cultural

Livia Maria de Sousa*

A pobreza constitui, na medida em que representa a antítese do desenvolvimento social, uma brutal e violenta negação de todos os direitos humanos e limita, substancialmente, o alcance das liberdades públicas e a dignidade dos mais pobres. (Nicolás Ângulo Sánchez)

Sumário: 1 Direito ao desenvolvimento e papel do Estado na sua implementação. 1.1 Considerações iniciais sobre o direito ao desenvolvimento como direito humano. 1.2 O fortalecimento dos direito humanos na Declaração das Nações Unidas sobre o direito ao desenvolvimento. 1.3 Direito ao desenvolvimento expresso na Constituição Federal de 1988. 1.4 O papel do Estado na implementação do direito ao desenvolvimento. 2 Pobreza e desenvolvimento. 2.1 Pobreza como obstáculo ao desenvolvimento. 2.2 A insuficiência de políticas públicas assistenciais para a efetivação do direito ao desenvolvimento. 3 Direito ao desenvolvimento e uso racional do patrimônio cultural. 3.1 Patrimônio cultural como direito fundamental. 3.2 Riqueza do patrimônio cultural e pobreza extrema. 4 Conclusões.

* Livia Maria de Sousa é Procuradora da República na Procuradoria da República no Município de Sousa-PB.

1 Direito ao desenvolvimento e papel do Estado na sua implementação

1.1 Considerações iniciais sobre o direito ao desenvolvimento como direito humano

Nos últimos anos, a noção de direito ao desenvolvimento ampliou-se profundamente. Com as grandes descobertas científicas e tecnológicas, houve um crescimento acelerado da economia, trazendo inúmeros benefícios para a sociedade, como a descoberta de tratamento para doenças antes consideradas incuráveis, a comunicação em tempo real, o maior intercâmbio de conhecimento e informações, entre outros.

Acompanhado das inúmeras vantagens do progresso, do crescimento econômico e da conhecida globalização, veio o aumento da desigualdade social, com o não atendimento das necessidades básicas da maior parte da população do planeta e a consequente violação dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

Diante da necessidade de se buscar equilíbrio entre crescimento econômico e direitos humanos, surge o conceito hodierno de direito ao desenvolvimento como um direito humano, no qual o ser humano é seu sujeito central, devendo, ainda, ser participante ativo e beneficiário direto.

Isto ficou bastante evidente quando a Declaração sobre Direito ao Desenvolvimento – adotada pela Resolução n. 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986 –, em seu parágrafo primeiro, conceituou o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para com

ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all people are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized.¹

Nessa linha de raciocínio, será reducionista qualquer teoria que considere, como expressões equivalentes, o crescimento econômico e o desenvolvimento, uma vez que, sendo o desenvolvimento um direito humano inalienável, é necessário que o seu conceito englobe também as dimensões culturais, sociais e políticas.

Com efeito, segundo averba Ana Paula Teixeira Delgado (2001), é grave o fato de o direito ao desenvolvimento ser associado apenas ao crescimento econômico, em detrimento de suas dimensões sociais, culturais e políticas, de suma importância no que concerne ao processo de capacitação das pessoas, compreendendo-se aí aspectos como a educação, o conhecimento, a justiça social, a participação pública e o fortalecimento das instituições democráticas.

Em síntese, compreender o desenvolvimento como direito humano implica a reconstrução do próprio conceito de desenvolvimento, que não se confunde com crescimento econômico. Como esclarece Amartya Kumar Sen (2000, p.409), abordando o direito ao desenvolvimento à luz das liberdades humanas, o crescimento do PNB, ou das rendas individuais, é importante para expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade. No entanto, as liberdades dependem também de outros determinantes, como as disposições sociais e econômicas (por exemplo, os serviços de

¹ Disponível em: <<http://www2.ohchr.org/english/issues/developmente/right/index.htm>>. Acesso em: 23.10.2009.

educação e saúde) e os direitos civis (por exemplo, a liberdade de participar de discussões e averiguações públicas).

De fato, o crescimento econômico, que acaba por beneficiar apenas reduzida parcela da sociedade – ao invés de contribuir para o bem-estar daquela –, aumentando a desigualdade social existente, não pode ser entendido como desenvolvimento, uma vez que, na qualidade de direito humano inalienável, o direito ao desenvolvimento não envolve apenas aspectos econômicos. Ao contrário, conforme restou expresso na declaração da ONU de 1986, o desenvolvimento envolve uma perspectiva de direitos sociais, culturais, civis e políticos.

O reconhecimento expresso pela comunidade internacional do direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável pertencente a todos os seres humanos e todos os povos elevou à categoria de direito humano o desenvolvimento em suas duas dimensões: individual e coletiva.

Na dimensão individual, a Carta da ONU garante a toda pessoa humana o direito de desenvolver sua capacidade intelectual, mediante o exercício de uma gama de direitos humanos e não somente o acesso às condições mínimas de sobrevivência. Por sua vez, na dimensão coletiva, restou garantido o desenvolvimento de todas as nações, de forma que os Estados possam dispor de recursos financeiros para se desincumbir de sua missão de realizar a dignidade da pessoa humana, incorporando, assim, os direitos humanos ao processo de desenvolvimento.

Podemos afirmar, portanto, que, na dimensão individual, o direito ao desenvolvimento representa uma garantia do indivíduo de participar efetivamente do desenvolvimento, com o objetivo de desenvolver plenamente sua personalidade, de forma a contribuir para a redução das desigualdades sociais, sendo complementar a dimensão coletiva ao garantir aos Estados o direito/dever de par-

participar do desenvolvimento internacional, com o objetivo de trazer para seu País as inovações científicas, culturais e tecnológicas, contribuindo, dessa forma, para a redução das desigualdades entre países.

O certo é que, independentemente da dimensão em que se fale sobre o direito ao desenvolvimento, o objetivo será sempre o de proporcionar a cada pessoa humana, não obstante sua nacionalidade, o desfrute de todos os direitos inerentes à pessoa humana, respeitando sua dignidade.

Apesar da existência das duas dimensões do direito ao desenvolvimento, como ocorre com inúmeros outros direitos sociais, civis e políticos, o certo é que os direitos humanos são indivisíveis e não há dúvidas de que, nos textos internacionais que tratam acerca de tal matéria, a pessoa humana é sua finalidade última e razão de ser.

A universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos foram previstas inicialmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, consolidando-se uma ordem pública mundial fundada na dignidade da pessoa humana, oportunidade em que a comunidade internacional reconheceu, num só texto, um catálogo de direitos civis e políticos associados a direitos econômicos, sociais e culturais.

De maneira inédita, em seu inciso XXV, a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabeleceu:

Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência fora de seu controle².

² Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 22.9.2009.

Destarte, durante a Convenção de Viena sobre o Direito ao Desenvolvimento, observou-se que, desde 1948, os direitos humanos estavam formalmente reconhecidos, mas, passados sessenta anos, ainda careciam de uma efetivação prática, pois apesar da Declaração Universal dos Direitos Humanos haver sido aprovada por unanimidade pela Assembleia das Nações Unidas, ainda hoje são inúmeras as pessoas que não dispõem de condições mínimas de sobrevivência, sendo milhares as vítimas de fome e de desnutrição.

1.2 O fortalecimento dos direitos humanos na Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento

A Declaração e o Programa de Ação de Viena sobre o direito ao desenvolvimento foram resultados de discussões da comunidade internacional acerca dos obstáculos ao desenvolvimento, assim como à completa realização dos direitos dos seres humanos. Os referidos instrumentos internacionais não tiveram como objetivo apenas enunciar direitos, mas também buscar dar efetividade aos direitos anteriormente assegurados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional dos direitos civis e políticos, bem como no Pacto Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Em sua parte introdutória, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento considera:

[...] que todos os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis e interdependentes, e que, para promover o desenvolvimento, devem ser dadas atenção igual e consideração urgente à implementação, promoção e proteção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, e que, por conseguinte, a promoção, o respeito e o gozo de certos direitos humanos e liberdades fundamentais não podem justificar a negação de outros direitos humanos e liberdades fundamentais³.

³ Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 22.9.2009.

Em linhas gerais, podemos afirmar que as Declarações Internacionais sobre Direitos Humanos têm efeito vinculante em relação aos Estados que delas participaram, uma vez que expressam o posicionamento do Estado Participante, enunciando princípios interpretativos de suas normas internas e ainda representam o direito consuetudinário internacional.

Com relação à Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, seu efeito vinculante pode ser extraído também do objetivo da Assembleia Geral das Nações Unidas, ao adotá-la através da Resolução n. 41/128, de 4 de dezembro de 1986, uma vez que o catálogo de direitos ali expressos já havia sido contemplado em instrumentos internacionais anteriores, dependendo tão somente de implementação prática.

Diante do efeito vinculante dos instrumentos internacionais que asseguram a existência e o respeito aos direitos humanos, que ora defendemos, o direito ao desenvolvimento pode ser reivindicado pelo indivíduo frente ao seu Estado, bem como perante a comunidade internacional.

Compartilhamos, portanto, o posicionamento de Nicolás Ângulo Sánchez para quem:

El derecho al desarrollo posee tanto una dimensión individual como colectiva, poniendo en entredicho la supuesta incompatibilidad entre ambas dimensiones y, en efecto, *es un derecho reivindicable por parte de los individuos y de los pueblos más pobres y oprimidos frente a los más ricos e industrializados*. Sus múltiples y diversas facetas se han ido desarrollando y perfilando a través de las sucesivas conferencias mundiales organizadas por las Naciones Unidas en distintas ciudades y países del mundo (Conferencia de Río de Janeiro, de Viena, de Copenhague, de El Cairo, de Beijing, de Estambul, de Monterrey, de Johannesburgo etc.)⁴. [Grifo nosso]

⁴ Sánchez, 2005.

Assim, a Declaração e o Programa de Ação de Viena representam a positivação de direitos que já haviam sido enunciados em convenções internacionais, mas que careciam de efetivação, cabendo aos Estados formular políticas públicas adequadas para assegurar a realização livre e completa da pessoa humana.

A partir da Declaração sobre o Direito ao desenvolvimento, houve aproximação do conceito deste direito com a justiça social, meio ambiente saudável e democracia, fortalecendo, assim, os direitos humanos, na medida em que coube aos Estados o papel de implementá-los, independentemente de qualquer justificativa.

1.3 Direito ao desenvolvimento expresso na Constituição Federal de 1988

O conceito hodierno de direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável e seu caráter multidimensional também foi expressamente previsto por nosso legislador constituinte.

Entre os objetivos fundamentais da nossa República Federativa está a garantia do desenvolvimento nacional, com a erradicação da pobreza, da marginalidade e redução das desigualdades sociais e regionais (art.3º, CF/88), sendo que o desenvolvimento como direito fundamental também está voltado, no plano nacional, para a pessoa humana, uma vez que a dignidade da pessoa humana é princípio fundamental da nossa Constituição Federal (art.1º, CF/88).

Ainda o caráter de direito fundamental do direito ao desenvolvimento pode ser extraído do §2º do art. 5º da CF, o qual expressamente prevê que os direitos e garantias expressos na 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 signatária.

O Título VII, que trata da ordem econômica e financeira, também dispõe que a ordem econômica tem por fim assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social. No mesmo sentido, as normas que tratam da Ordem Social (Capítulo VIII, CF/88).

Assim, não há dúvidas de que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental estabelecido em nossa Constituição Federal, mesmo não estando expressamente previsto no rol do art. 5º, da CF/88, máxime porque o §2º do mencionado artigo ressaltou expressamente a existência de outros direitos fundamentais fora do referido catálogo.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Salert (2007) enfatiza que os direitos fundamentais fora do catálogo somente poderão ser os que, por conteúdo e importância, possam ser equiparados aos integrantes do rol elencados no Título II de nossa Lei fundamental - constem ou não do texto constitucional. Ambos os critérios (substância e relevância) encontram-se agregados entre si e são imprescindíveis para o conceito materialmente aberto.

Portanto, o direito ao desenvolvimento está expressamente previsto no art. 2º e nos capítulos constitucionais que tratam da ordem financeira, econômica e social, tendo sido ainda incorporado ao nosso texto constitucional por meio de inúmeras convenções e pactos internacionais firmados pelo Brasil.

Em síntese, sendo o desenvolvimento um direito humano e fundamental, cabe ao legislador infraconstitucional, ao executivo e à sociedade desenvolver medidas que garantam a implementação desse direito.

1.4 O Papel do Estado na implementação do direito ao desenvolvimento

Como visto, o direito ao desenvolvimento envolve aspectos sociais, econômicos e culturais. Os Estados têm responsabilidade primária pela criação de condições nacionais e internacionais favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento, conforme afirmam expressamente a Declaração e o Programa de Ação de Viena para o Desenvolvimento.

O Brasil é signatário de diversos acordos, tratados e outros instrumentos visando à criação de condições favoráveis ao desenvolvimento e reconhece expressamente sua responsabilidade na efetivação desse direito humano, em conformidade com os objetivos da nossa República Federativa, na CF/88.

Em relação à responsabilidade dos Estados, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento dispõe:

Art. 2º .

[..]

§3º. Os Estados têm o dever de cooperar uns com os outros para assegurar o desenvolvimento e eliminar os obstáculos ao desenvolvimento. Os Estados deveriam realizar seus direitos e cumprir suas obrigações, de modo tal a promover uma nova ordem econômica internacional, baseada na igualdade soberana, interdependência, interesse mútuo e cooperação entre todos os Estados, assim como encorajar a observância e realização dos direitos humanos.

Art. 6º.

[..]

§ 3º. Os Estados devem tomar providências para eliminar os obstáculos ao desenvolvimento resultantes da falha na observância dos direitos civis e políticos, assim como dos direitos econômicos, sociais e culturais.

[..]

Art. 8º. Os Estados devem tomar, em nível nacional, todas as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento e devem assegurar, inter alia, igualdade de oportunidade para todos, no acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa da renda⁵.

Ao afirmar que os Estados têm responsabilidade primária na efetivação do direito ao desenvolvimento, não se pretende o retorno ao Estado do Bem-Estar Social, cuja nota caracterizante seria o forte intervencionismo estatal nas atividades econômicas, encarado anteriormente como a forma mais adequada de proporcionar o desenvolvimento econômico e social da população, conforme aponta Gustavo Henrique Justino de Oliveira⁶.

De fato, nem o modelo de Estado Liberal nem o de Estado do Bem-Estar Social tiveram sucesso na implementação do direito ao desenvolvimento. Ao contrário, o que se percebe é que os citados modelos estatais acabaram contribuindo para o aumento da concentração de riqueza e, conseqüentemente, da desigualdade social, negando à maioria das pessoas o acesso a direitos básicos, como saúde e educação.

Afirmar que o Estado tem responsabilidade primária em criar condições para o desenvolvimento não significa dizer que ele será o único responsável. Ao contrário, faz-se indispensável compartilhamento de responsabilidades entre a iniciativa privada e a sociedade.

Independentemente do modelo de Estado que se adote, o certo é que o desempenho estatal em prol do desenvolvimento humano

⁵ Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 22.9.2009.

⁶ Direito ao Desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n. 16. Disponível em: <www.direitodoestado.com.br/redae.asp>. Acesso em: 26.9.2009.

é a função essencial do Estado contemporâneo. As demais funções estatais (normativa, fomento, regulação e controle) são vistas como meios de executar a função típica do Estado da Atualidade. Neste contexto, o Estado não mais pode se limitar a garantir as condições mínimas de sobrevivência aos indivíduos, mas também deve garantir as oportunidades de que possam usufruir para prosseguir em um processo de evolução.

Nessa linha de raciocínio, enfatiza André Ramos Tavares:

O desenvolvimento do Estado passa prioritariamente pelo desenvolvimento do homem, de seu cidadão, de seus direitos fundamentais. Sem ele, o mero avanço econômico pouco significará, ou fará sentido para poucos. Assim, independentemente do conceito que determinada atitude possa ocupar nas teorias econômicas, ela será adotada se puder ser utilizada como instrumento para alcançar mencionado desenvolvimento. Portanto, a intervenção do Estado, sempre que servir para esse desiderato, será necessária, bem como as prestações de cunho social (e especialmente tais prestações), sem que isso signifique a assunção de um modelo socialista (TAVARES, 2007, p.68).

Com efeito, no cenário jurídico e econômico da atualidade, busca-se um Estado que fomente o crescimento econômico sustentável, que, em parceria com a sociedade, busque soluções viáveis para o desenvolvimento.

Assim, tendo o Estado a responsabilidade primária na realização do direito ao desenvolvimento, a escassez de recursos públicos não o isenta do dever de implementá-lo. Ao contrário, na hipótese de insuficiência de recursos e sendo necessária a prestação de serviço público caberá ao Estado desenvolver inúmeras outras ações como fomento, parcerias, regulação, visando garantir o respeito à dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, Fabio Konder Comparato (2003) esclarece que se o Estado não dispõe, como é óbvio, de condições materiais para atender à totalidade das demandas individuais de bens indispensáveis a uma vida digna, ele tem, não obstante, inquestionavelmente, o dever constitucional de pôr em prática, com todos os meios ao seu alcance, as políticas públicas dirigidas à consecução desse objetivo. O desempenho dessa relevante função estatal não está, de modo algum, submetido à reserva do possível.

De fato, condicionar a eficácia dos direitos humanos – notadamente, na dimensão dos direitos sociais – à disponibilidade financeira para atender à totalidade das necessidades individuais equivale a esvaziar a força jurídica de todas as convenções sobre os direitos humanos firmadas pelo Brasil, bem como da nossa Constituição Federal.

2 Pobreza e desenvolvimento

2.1 Pobreza como obstáculo ao desenvolvimento

Num contexto de grande desigualdade social, o surgimento do direito ao desenvolvimento como direito humano enfrenta inúmeras dificuldades não só de implementação prática, mas também de reconhecimento formal e ideológico. Isso ocorre porque, quando se fala em direito ao desenvolvimento, busca-se uma plena realização da pessoa humana, respeitando sua dignidade, de forma que suas necessidades básicas sejam satisfeitas.

Nesse sentido, Nicolás Ângulo Sánchez (2005), para quem a pobreza não se reduz a uma falta de renda econômica, mas também a uma falta de desenvolvimento das capacidades ou faculdades pessoais, devido à privação ou escassez dos meios e recursos básicos para poder concluir o seu desenvolvimento pessoal

plenamente. Desse modo, a pobreza se traduz em uma deficiente qualidade de vida, de segurança, de auto-estima pessoal. Assim, pois, a pobreza se subdivide em duas dimensões principais: a econômica, ligada à escassez de ingressos econômicos para satisfazer suas necessidades básicas; e a social, que se vincula estreitamente à “exclusão social”, e em que o aspecto mencionado adquire maior relevância, sobretudo, nos países mais ricos e industrializados.

De fato, a privação e a escassez dos meios e recursos básicos impedem o pleno desenvolvimento da personalidade e da capacidade da pessoa humana, sendo o maior obstáculo para que as pessoas possam exercer os seus direitos de forma livre.

Não há desenvolvimento numa sociedade marcada pela miséria, fome, analfabetismo e regimes totalitários. Nesse sentido, a Conferência Mundial sobre Direitos Humanos afirmou

que a pobreza extrema e a exclusão social constituem uma violação da dignidade humana e que são necessárias medidas urgentes para alcançar um melhor conhecimento sobre a pobreza extrema e as suas causas, incluindo aquelas relacionadas com o problema do desenvolvimento, com vistas a promover os Direitos Humanos dos mais pobres, a pôr fim à pobreza extrema e à exclusão social e a promover o gozo dos frutos do progresso social⁷.

Ocorre que, com o crescimento econômico e a conhecida globalização, ficaram mais evidentes as distorções entre os países desenvolvidos e os subdesenvolvidos, ou em desenvolvimento, sendo que essa desigualdade não se restringiu a nível internacional. Ao contrário, no âmbito interno, as diferenças tornaram-se ainda mais visíveis, com reflexos negativos não só nos direitos econômicos, sociais e culturais, mas também nos direitos civis e políticos, a exemplo da liberdade e da igualdade.

⁷ Declaração e Programa de Ação de Viena, 14-25 de junho de 1993, 25.

Como visto, a garantia positiva dos recursos mínimos para a existência digna é direito subjetivo dos indivíduos, uma vez que sua ausência representa a negação de todos os demais direitos humanos.

Assiste razão ao publicista Otto Bachof quando sustenta a existência do direito subjetivo à garantia positiva dos recursos mínimos para uma existência digna, sendo que o princípio da dignidade da pessoa humana não reclama apenas a garantia da liberdade, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana estaria sacrificada⁸.

O crescimento econômico, que favoreceu apenas pequena parcela da sociedade, acabou contribuindo de forma assustadora para o aumento da desigualdade social e da concentração de renda, atingindo a dignidade da pessoa humana de grande parte da sociedade que se ver excluída e marginalizada, não tendo acesso a direitos essenciais como alimentação, moradia, saúde, lazer entre outros.

A exclusão de parcela da sociedade acabou gerando um processo de formação de delinquentes, em que os que se encontravam excluídos da sociedade tornaram-se grandes violadores do ordenamento jurídico, notadamente das leis penais, em decorrência da ausência de oportunidades para desenvolver sua personalidade respeitando os valores que imprimem marca de cidadania.

O processo de exclusão social acaba por afetar também os direitos humanos da parcela da sociedade que anteriormente havia sido beneficiada com o crescimento econômico desordenado, uma vez que o aumento da criminalidade acabou levando as pessoas a fazerem de suas residências verdadeiras prisões, com grades e cercas elétricas, temendo a violência que tem atingido níveis alarmantes.

⁸ BACHOF apud SARLET, 2007, p.339.

Não raras são as vezes em que os indivíduos acabam sendo privados até mesmo do direito à vida, como tem ocorrido com inúmeras vítimas de homicídios verificados no Brasil. Dessa forma, as pessoas estão perdendo direitos civis e políticos que haviam sido conquistados frente aos Estados totalitários.

Tal processo ocorre em razão da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos, que dizem respeito não apenas à pessoa humana considerada em sua individualidade, mas também no plano coletivo, como direitos inerentes a todos os povos.

Dessa forma, o direito ao desenvolvimento deve ser pensado como uma síntese dos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, uma vez que todos os direitos humanos são indivisíveis e interdependentes.

Numa sociedade fortemente marcada por desigualdade social, não se pode falar em igualdade, nem mesmo em liberdade, sem que antes se promova a implementação de direitos sociais.

Assim, para efetivar o direito ao desenvolvimento, é necessário garantir um mínimo de direitos sociais à pessoa humana. Não é suficiente eliminar regimes totalitários e garantir direitos civis e políticos, os quais eram realizados mediante o dever de abstenção do Estado, mas sim é indispensável a realização de direitos prestacionais, que dependem não só da existência de um aparato Estatal, mas, especialmente, de recursos financeiros para implementá-los.

2.2 A insuficiência de políticas públicas assistenciais para a efetivação do direito ao desenvolvimento

No Brasil, a concentração de renda tem sido o maior obstáculo para efetividade do direito ao desenvolvimento, uma vez que, no País, o acesso a bens e serviços básicos depende da renda da pessoa humana.

A pobreza extrema, consequência direta da má distribuição de renda, tem privado grande parte da população dos benefícios do crescimento econômico, negando-lhe acesso aos serviços básicos, como saúde, saneamento básico e educação.

Como muito bem ressaltou Oscar Vilhena Vieira:

o Brasil é a oitava maior economia no mundo, segundo a revisão recente dos números do Produto Interno Bruto brasileiro. No entanto, detém um dos piores registros de distribuição de riqueza (o,584 índice de Gini). De acordo com o IPEA, um instituto de pesquisa ligado ao Ministério do Planejamento, 49 milhões de pessoas são pobres no Brasil e 18,7 milhões estão em condição de extrema pobreza. Na última década, o 1% mais rico da população possui a mesma riqueza que os 50% mais pobres. (RIDC, 2009, n. 5).

Neste contexto, é importante esclarecer que a pobreza extrema representa a ausência de condições mínimas de sobrevivência e são vários os indicadores utilizados para medir o grau da extrema pobreza, como a proporção da população que ganha menos de US\$ 1,00/dia, índice de hiato de pobreza e participação de 20% dos mais pobres no consumo mundial, entre outros.

Não pretendemos tecer considerações acerca das vantagens ou desvantagens dos indicadores utilizados para medir o grau de pobreza numa sociedade, por não ser o objeto deste trabalho, mas é imprescindível ressaltar que num País como o Brasil, onde a subsistência está diretamente associada à renda mensal, são de grande utilidade os critérios adotados pelo IBGE, que consideram pobres aqueles que auferem renda inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Em pesquisa realizada pelo IBGE, constatou-se que o valor médio do rendimento familiar *per capita* em 2007 ficou em torno de R\$ 624,00. Entretanto, metade das famílias viviam com valores que ficavam abaixo de R\$ 380,00, o que corresponde ao valor do salário mínimo em 2007. A distribuição de renda no País é bastante

desigual no tocante à suas características regionais, o que fica evidenciado por meio dos dados levantados pelo PNAD 2007: metade das famílias nordestinas viviam com até R\$ 214,00, enquanto, na Região Sudeste, o valor do rendimento mediano girava em torno de R\$ 441,00⁹.

Essa desigualdade reflete-se com maior intensidade nas Regiões Norte e Nordeste. Como exemplo, podemos citar o Estado da Paraíba, onde os levantamentos do IBGE apontaram que 95% das cidades tinham mais da metade da população vivendo na pobreza absoluta, conforme Pesquisa de Orçamento Familiares no ano de 2003¹⁰.

Não restam dúvidas de que grande parte dos brasileiros vivem em situação de extrema pobreza, sem acesso à educação, saúde, lazer, portanto, sem condições de desenvolver sua personalidade de forma livre, fazendo com que o crescimento econômico do Brasil acabe gerando oportunidades que são inacessíveis para a maior parte de sua população.

Como mencionamos anteriormente, diante da indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos, a negação dos direitos sociais acaba refletindo negativamente nos direitos civis e políticos da população brasileira.

Por isso, não se pode falar em liberdade de comunicação e expressão numa sociedade em que 14,5 milhões de brasileiros são analfabetos, não sabendo ler ou escrever um bilhete simples¹¹, ou, ainda, em casa como asilo inviolável, se inúmeras pessoas vivem nas ruas.

⁹ Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), disponível em: <www.ibge.gov.br>.

¹⁰ Disponível em: <www.paraiba1.com.br>. Acesso em 4.11.2009.

¹¹ Dados do Programa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD), 2008. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 11.11.2009.

No Brasil, desde os anos 1990, vêm sendo desenvolvidos programas assistenciais voltados para a população que não dispõe de condições de prover sua própria subsistência. Nesse sentido, foi promulgada a Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993 (Lei Orgânica de Assistência Social - LOAS), que representa um importante passo na garantia de condições mínimas de sobrevivência dos brasileiros.

A expansão da previdência também foi fundamental para impedir o aumento de pessoas abaixo da linha da pobreza, conforme livro I da coleção de Estudos Temáticos sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio¹².

No entanto, tais medidas não são suficientes para promover o desenvolvimento da pessoa humana, mormente porque, conforme ressaltamos anteriormente, a figura do Estado do Bem-Estar Social não conseguiu proporcionar o adequado desenvolvimento social, notadamente em razão da insuficiência de recursos financeiros para garantir a efetivação dos direitos humanos, especialmente os direitos sociais que dependem de prestações positivas do Estado.

Diante da falência desse modelo Estatal, buscou-se uma nova figura do Estado, desta vez como agente condutor, fomentador e produtor do desenvolvimento econômico e social, em que os benefícios assistenciais devem ser considerados transitórios, centrando esforços no pleno desenvolvimento da pessoa humana para que esta possa participar ativamente da vida econômica e política do País.

É importante deixar claro que não se propõe neste trabalho a imediata extinção dos programas sociais que hoje beneficiam a camada mais pobre da sociedade, mas deve-se buscar o pleno desenvolvimento da personalidade daqueles que se encontram em situação de pobreza extrema, de forma a possibilitar a pessoa

¹² Disponível em: <www.pnud.org.br/estudos/livro1>. Acesso em: 22.10.2009.

humana ser a beneficiária direta do desenvolvimento, o que, por consequência, levaria à extinção de programas sociais paternalistas, realizando os objetivos da nossa República Federativa, quais sejam a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Não se busca um mínimo existencial, mas políticas públicas voltadas à plena satisfação de todos os direitos humanos. E, neste contexto, o patrimônio cultural brasileiro representa um importante instrumento a ser utilizado em prol do desenvolvimento.

3 Direito ao desenvolvimento e uso racional do patrimônio cultural

3.1 Patrimônio cultural como direito fundamental

Segundo nossa Constituição Federal, constituem o patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: as formas de expressão; os modos de fazer, criar e viver; as criações científicas, artísticas e tecnológicas; as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados à manifestações artístico-culturais; e os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (art. 216, CF/88).

Assim, o nosso legislador constituinte incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro o conceito contemporâneo de patrimônio cultural, incluindo tanto os vestígios monumentais e físicos das culturas – considerados bens tangíveis –, como as práticas culturais tradicionais de um povo (bens intangíveis).

O patrimônio cultural é intrinsecamente valioso e constitui direito fundamental da pessoa humana. Com base na análise do rol não taxativo dos bens que integram o patrimônio cultural, observa-se que este representa a identidade de um povo, em que se incorporam tanto a cultura contemporânea como a das gerações passadas.

Visando proporcionar maior efetividade possível na tutela dos bens e valores que integram o patrimônio cultural, a Constituição Federal atribuiu ao Estado, com a participação da comunidade, o dever de proteger e promover o patrimônio cultural com equidade no acesso e na fruição dos bens culturais, elevando o patrimônio cultural à categoria de direito fundamental.

Nesse sentido, Inês Virgínia Prado Soares:

O reconhecimento do direito ao patrimônio cultural como direito fundamental ocorre com o estabelecimento de uma organização jurídico-política do Estado brasileiro que possibilita a criação e o fortalecimento de um aparato normativo e institucional que garante a liberdade e igualdade no exercício de direitos culturais (plano normativo) e também que tutela os bens culturais (patrimônio cultural) bens da vida. A conceituação constitucional de patrimônio cultural brasileiro e a previsão do dever de tutela dos bens culturais pelo Estado, com a colaboração da sociedade, indicam uma ampliação na base de legitimados ativos e a obrigação do Poder Público em atuar positivamente (não ser omissor), no sentido de proporcionar a fruição e o acesso ao patrimônio cultural dentro de uma igualdade material. (SOARES, 2007, p.14).

Nessa linha, compreendido o patrimônio cultural como direito fundamental, ele é instrumento indispensável e fundamental para a promoção do direito humano ao desenvolvimento, contribuindo de forma decisiva para erradicar a pobreza.

Na qualidade de herança dos nossos antepassados, à qual agregamos valores e bens contemporâneos, o patrimônio cultural está em constante evolução de acordo com os interesses e anseios da sociedade.

Dessa forma, o patrimônio cultural é bem pertencente a toda coletividade e deve ser usado em proveito desta de forma a garantir o respeito à dignidade da pessoa humana. Assim, a proteção ao patrimônio cultural não deve ser vista como um fim em si mesma. Não se pretende proteger um patrimônio apenas para garantir a sua existência. Diante do seu excepcional valor, os bens e valores integrantes do nosso patrimônio cultural devem cumprir sua função social.

No direito brasileiro, a Constituição Federal estabelece importantes dispositivos que garantem a existência da propriedade, desde que cumpra sua função social. A título de exemplo, destaca-se o art. 5º, que, em seu inciso XXII, garante o direito de propriedade, mas, logo no inciso seguinte, assevera que a propriedade atenderá sua função social.

Acrescenta-se ainda o art. 170, que trata da ordem econômica e financeira, em que a função social da propriedade é elevada a princípio da ordem econômica, que tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Com base nas disposições constitucionais referidas, podemos concluir que a função social da propriedade, especialmente do patrimônio difuso, é a promoção do desenvolvimento dos indivíduos e da sociedade.

Assim, a função social do patrimônio cultural está intrinsecamente ligada à realização do princípio da dignidade da pessoa humana que fundamenta a nossa República. Portanto, o patrimônio cultural estará cumprindo sua função social sempre que o seu uso contribuir para o enriquecimento dos próprios bens culturais, com fonte de cultura que são, bem como para o desenvolvimento da pessoa humana.

Portanto, o patrimônio cultural pode trazer benefícios diretos às comunidades carentes de recursos financeiros, mas que possuam

um rico patrimônio cultural, devendo o seu uso estar associado à educação ambiental, como forma de melhor promover os seus valores, bem como garantir sua preservação.

Tratando da função social dos bens culturais arqueológicos, integrantes do patrimônio cultural, Larissa Batista Vasconcelos enfatiza que:

A função social dos bens culturais presta-se aos fundamentos do estado Democrático que é o Brasil. Com ênfase aos fundamentos da cidadania e dignidade da pessoa humana, contribuindo para a promoção de direitos constitucionais como educação, lazer, trabalho, ordem social, entre outros expressamente previstos. (VASCONCELOS, 2009, p.333)

Dessa forma, o patrimônio cultural pode e deve ser utilizado pelo Estado e pela comunidade, mas sempre em benefício desta última. No entanto, imprescindível que se pense num uso sustentável, assim entendido como aquele que agrega valor aos próprios bens, proporcionando utilidades para as gerações presentes, sem prejuízo das gerações futuras.

Analisando o papel a ser desempenhado pelo patrimônio cultural na promoção do desenvolvimento social e econômico, François Matarasso (2001) assevera que os recursos culturais estão substituindo os recursos naturais como a principal matéria-prima do crescimento econômico, em que a madeira, o ferro e o petróleo cedem espaço para o conhecimento, a criatividade e o design como fontes essenciais de valor.

Diante de tantos problemas sociais que vêm vitimando milhares de brasileiros, bem como da negativa do Estado em efetivar os direitos sociais sob o argumento da insuficiência de recursos, o patrimônio cultural pode ser utilizado como fonte de renda não só para garantir sua própria preservação, mas para melhorar a situação econômica e social da população, notadamente da comunidade local.

Em relação aos bens intangíveis, por meio da profissionalização e proteção de pessoas extremamente pobres, mas com rico conhecimento cultural, pode-se incrementar um comércio de produtos locais, agregando-se à matéria-prima, tradições culturais e habilidades, consistentes “no modo de fazer”, transmitidas de geração em geração. Igual procedimento pode ser adotado em relação aos conhecimentos adquiridos por meio de gerações com o uso de ervas medicinais.

O fomento das atividades culturais, como danças e músicas, também contribui para o desenvolvimento, retirando inúmeros jovens das ruas, dando-lhes oportunidade de desenvolver sua própria personalidade por intermédio de uma identidade cultural.

Os bens tangíveis integrantes do patrimônio cultural possuem um enorme potencial de forma a contribuir para o desenvolvimento. O Brasil é um país rico em paisagens, monumentos naturais e artificiais, sítios históricos, arqueológicos, paleontológicos, entre outros.

Assim, turismo em regiões extremamente pobres mas com rico patrimônio cultural tem um papel fundamental na implementação do desenvolvimento. No entanto, é preciso garantir à comunidade local o acesso ao conhecimento especializado sobre o excepcional valor do bem ou sítio existente na região, de forma a permitir a utilização de recursos humanos da própria comunidade, quando da realização da atividade turística.

A utilização da comunidade na atividade turística, além de representar uma fonte de renda para as pessoas que vivem em situação de pobreza, contribui para seu enriquecimento cultural, agregando-lhes conhecimento, de forma que sejam participantes diretas do desenvolvimento.

O Estado, além de realizar obras de infraestrutura, deve reforçar o papel das organizações sociais que promovam e protejam o patrimônio cultural, ajudando a população local a descobrir a riqueza do patrimônio existente em sua região.

3.2 Riqueza do patrimônio cultural e pobreza extrema

Ressalta aos olhos a riqueza do patrimônio cultural existente em várias regiões do Brasil e a situação de pobreza das pessoas que lá residem, demonstrando que as comunidades locais não vêm aproveitando o patrimônio cultural para estimular o seu desenvolvimento sustentável.

Nessa situação, encontra-se o assentamento (PA) Saco do Juazeiro, localizado na chapada da Ibiapaba, a sudeste da sede do município de São Miguel do Tapuio, no Estado do Piauí, onde, além de paisagens cênicas, foram encontrados 45 sítios arqueológicos, espalhados por toda a área do assentamento, mas apenas 17 haviam sido identificados e inventariados pelo IPHAN¹³.

No entanto, apesar da riqueza do patrimônio cultural, a população local sobrevive da agricultura de subsistência e de programas sociais e, diante do clima seco e quente, com chuvas escassas, a falta de alternativas locais, faz com que as pessoas continuem se deslocando para a zona urbana, notadamente para São Paulo, em busca de emprego.

Em situação semelhante encontram-se inúmeros outros municípios da Região Nordeste que possuem um rico patrimônio cultural, mas que o Estado não utiliza a riqueza dos bens e sítios culturais em benefício da população local.

¹³ COIMBRA, et al. 2008. p.279-290.

Conforme já mencionamos, o patrimônio cultural representa um direito fundamental e sua proteção e divulgação devem estar associadas à sua função social. A proteção, a preservação e a promoção do patrimônio cultural não devem ser vistas como um fim em si mesmo, mas como um instrumento a ser utilizado para a efetivação do direito humano ao desenvolvimento.

Conforme enfatizou o economista David Throsby, tratando sobre o patrimônio cultural e erradicação da pobreza em Uganda, “in an increasingly globalized world, economic and cultural imperatives can be seen as two of the most powerful forces shaping human behaviour”¹⁴.

De fato, preservar e promover o patrimônio cultural é fundamental para erradicar a pobreza extrema, contribuindo para um desenvolvimento sustentável, havendo uma correlação direta entre o sucesso nas medidas de preservação e promoção do desenvolvimento social e a redução da pobreza. No entanto, a falta de informação e conhecimento sobre a existência e o valor do patrimônio cultural têm sido um dos principais obstáculos ao desenvolvimento.

Assim, a educação patrimonial é um importante passo em busca do desenvolvimento humano, pois, com ela, a comunidade estará preparada para exercer o direito de participação no processo decisório que afeta vários aspectos de sua vida. Somente com o conhecimento da importância do patrimônio cultural é possível garantir a preservação deste, protegendo-o das ações antrópicas, fomentando o saber e a cultura.

Tratando da educação patrimonial em relação aos bens e sítios arqueológicos, Inês Virgínia (2009) esclarece que a educação arque-

¹⁴ CRM: The Journal of Heritage Stewardship. By Bernard Lubega Bakaye. Disponível em: <http://crmjournal.cr.nps.gov/02_viewpoint_sub.cfm?issue>. Acesso em: 11.11.2009.

ológica possibilita o acesso a outros bens essenciais para atingir o patamar mínimo de vida digna. É um mecanismo participativo que deve estar inserido no processo de ensino formal e não formal, dessa forma a educação arqueológica integra também um amplo processo de “alfabetização cultural.

A ausência de legislação brasileira que assegure a correta utilização do patrimônio cultural, de forma a garantir a sua utilização com sustentabilidade, ou seja, com objetivos sociais, econômicos, ambientais, respeito à diversidade, participação da comunidade local e luta contra a pobreza, também contribui para a não utilização do patrimônio cultural como instrumento do desenvolvimento.

Isto ocorre porque os órgãos técnicos e a comunidade científica não fomentam a divulgação do potencial do patrimônio cultural; teme-se uma utilização sem sustentabilidade, acarretando a completa degradação dos bens e sítios culturais, o que traria um prejuízo imensurável à sociedade, em razão da finitude dos bens e sítios que integram o patrimônio cultural.

O turismo é uma importante ferramenta na utilização do patrimônio cultural para a promoção do desenvolvimento humano, uma vez que pode proporcionar o diálogo entre as culturas, promovendo o respeito pela diferença e pela dignidade humana.

Ao Estado, na qualidade de responsável primário pela efetivação do direito ao desenvolvimento, cabe a formulação de políticas públicas direcionadas a profissionalizar e qualificar agentes e operadores de turismo, dando ainda suporte financeiro à comunidade local para que possam participar ativamente do desenvolvimento, por meio da concessão de micro-crédito, bem como apoio às festividades locais.

Somente um sistema de preservação combinado com orientação, apoio acadêmico e participação do público assegura a herança e o desenvolvimento do valioso patrimônio cultural.

4 Conclusão

O conceito hodierno do direito ao desenvolvimento como direito humano inalienável envolve uma perspectiva dos direitos sociais, culturais, econômicos, civis e políticos.

A Declaração e o Programa de Ação de Viena para o desenvolvimento ressaltaram o caráter indivisível e interdependente dos direitos humanos, aproximando o conceito de desenvolvimento da justiça social, democracia e meio ambiente saudável, atribuindo aos Estados a responsabilidade primária na efetivação do direito ao desenvolvimento.

O crescimento econômico pouco tem contribuído para o desenvolvimento em razão da grande desigualdade social, que acaba excluindo parte da população dos benefícios alcançados pelo crescimento econômico do País.

O legislador constituinte, em consonância com a comunidade internacional, elevou o direito ao desenvolvimento à categoria de direito fundamental, arrolando-o entre os objetivos fundamentais da nossa República, juntamente com a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais e regionais.

Isso ocorre porque a pobreza extrema tem sido o grande obstáculo ao desenvolvimento. A privação e a escassez dos meios e recursos básicos impedem o pleno desenvolvimento da personalidade e da capacidade da pessoa humano. Portanto são necessárias medidas urgentes para pôr fim à exclusão social e à pobreza, de forma a possibilitar que todas as pessoas possam exercer plenamente seus direitos de forma livre.

As políticas públicas assistenciais de transferência de renda não têm sido suficientes para promover o desenvolvimento. A expansão da previdência e da assistência social foi fundamental para impedir o aumento de pessoa abaixo da linha da pobreza, no entanto é imprescindível que as políticas públicas sejam voltadas para o pleno desenvolvimento da personalidade daqueles que estão em situação de extrema pobreza.

Mesmo não dispondo de recursos financeiros para atender a todas as demandas individuais, o Estado não pode se furtar da sua obrigação de promover o desenvolvimento, devendo realizar políticas sociais voltadas para a erradicação da pobreza, e o patrimônio cultural pode auxiliá-lo nessa difícil tarefa.

O patrimônio cultural é um direito fundamental, pertencente a toda coletividade e deve ser utilizado para o desenvolvimento da pessoa humana na dimensão cultural, mediante a transmissão de conhecimentos a gerações atuais e futuras.

Diante do excepcional valor do patrimônio cultural, não se permite a utilização deste patrimônio como mercadoria. Ao contrário, todo uso deve ser racional, de forma a que não comprometa a existência do próprio bem.

Portanto, desde que não se comprometa a existência do bem, o uso sustentável do patrimônio cultural representa uma importante fonte de recursos, que deve ser destinada para custear a conservação e a restauração dos bens culturais, bem como para melhorar a situação econômica da população que se encontra em situação de extrema pobreza.

Assim, o patrimônio cultural, notadamente os sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico, pode contribuir de forma significativa para o

desenvolvimento social, uma vez que constitui fonte geradora de renda por meio do turismo.

Ao Estado cabe o papel de fomentar o desenvolvimento, mediante formulação de políticas públicas direcionadas a profissionalizar e qualificar agentes e operadores de turismo, dando ainda suporte financeiro à comunidade local para que possa participar ativamente do desenvolvimento, por meio da concessão de crédito, realização de obras e serviços de infraestrutura em parcerias com a iniciativa privada e apoio às festividades locais.

Por fim, é imprescindível um sistema de preservação combinado com educação ambiental e participação da sociedade para garantir o desenvolvimento do patrimônio cultural, o qual tem um papel de suma relevância no desenvolvimento das comunidades extremamente pobres.

Referências

AZEVEDO, Carlos Alberto. *Arqueologia estudos e pesquisas*. João Pessoa: Idéia, 2008.

CASTILHO, Ricardo dos Santos. *Direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos*. São Paulo: LZN, 2004.

COIMBRA, Teresinha de Jesus; ARAÚJO, José Lopes; DIODATO, Marco Antônio. Turismo no semiárido, possibilidade de inclusão social e redução da pobreza em assentamento rural. *Revista Ciência Administração*, Fortaleza, v. 14, n. 2, p.279-290, dez.2008.

COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. In GRAU, Eros Roberto e CUNHA, Sérgio Sérvulo (Coord.). *Estudos de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2.ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2001.

DELGADO, Ana Paula Teixeira. *O direito ao desenvolvimento na perspectiva da globalização: paradoxos e desafios*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. São Paulo: RT, 2007.

OSCAR, Vilhena Vieira. Desigualdade e subversão do estado de direito. *Revista Internacional Direito e Cidadania*, n. 5.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

RISTER, Carla Abrantkoski. *Direito ao desenvolvimento: antecedentes, significados e consequências*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Patrimônio cultural e seus instrumentos jurídicos de proteção: tombamento, registro, ação civil pública. Estatuto da Cidade. In MILARÉ, Edis (Coord.). *Ação Civil Pública após 20 anos: efetividade e desafios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. Patrimônio cultural: análise de alguns aspectos polêmicos. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, jan./mar. 2001.

SANCHEZ, Nicolás Ângulo. *El derecho humano al desarrollo frente a la mundialización del mercado*. Madri: Lepala, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SOARES, Inês Virgínia Prado. *Proteção jurídica do patrimônio arqueológico no Brasil*. Erechim: Habilis, 2007.

TAVARES, André Ramos. *Direito constitucional econômico*. São Paulo, 2006.

VASCONCELOS, Larissa Batista. Educação patrimonial e tutela do patrimônio arqueológico. *Arqueologia, direito e democracia*. In SOARES, Inês Virgínia Prado; CARVALHO, Aline Vieira; FUNARI, Pedro Paulo A; SILVA, Sérgio Francisco Serafim Monteiro (Coord.). *Arqueologia, direito e democracia*. Erechim: Habilis, 2009.

Remanescentes de quilombos e unidades de conservação: ontologia de conflitos e o papel do Ministério Público

Daniel Fontenele Sampaio Cunha*

Sumário: 1 Introdução. 2 O significado constitucional de quilombo. 3 Identificação e reconhecimento de remanescentes de comunidades de quilombos. 4 Unidades de Conservação – conceito. 5 Criação e gestão de unidades de conservação. 6 Confrontação de conceitos – análise de antinomias. 6.1 Contraposição entre cultura e meio ambiente. 6.2 Os usos tradicionais e a degradação ambiental. 6.3 Práticas tradicionais e crimes ambientais. 7 A atuação do Ministério Público. 8 Conclusão.

1 Introdução

De acordo com determinação constitucional, é atribuição do Ministério Público Federal defender os direitos sociais indisponíveis em ordem a assegurar a pluralidade do Estado brasileiro na perspectiva étnica e cultural. Entre tais deveres, incluem-se a defesa de modelo ambiental sustentável, nos moldes preconizados no art. 225 da CF, e a proteção dos remanescentes de quilombos, a quem o art. 68 do ADCT atribui a propriedade originária de suas terras.

* Daniel Fontenele Sampaio Cunha é Procurador da República na Procuradoria da República no Município de Ji-Paraná-RO.

Em que pese a impossibilidade lógico-jurídica de antinomias constitucionais, o fato é que casos de superposição de territórios pretendidos por comunidades tradicionais em espaços de unidades de conservação têm derivado para o contingenciamento de um ou outro valor constitucional.

Com efeito, não raro, comunidades quilombolas veem cerceado seu direito de expressão cultural por meio de rigorosos condicionamentos de sua presença em espaços destacados a unidades de conservação. Por outro lado, é cediço que as unidades de conservação sofrem pressões antrópicas comprometedoras de sua integridade, o que tem justificado constantes agendas de proteção por meio de ações rotineiras de fiscalização e de grandes operações de combate a ilícitos ambientais de maior complexidade perpetrados em seu interior e em áreas de entorno.

É fato, portanto, que a inserção de comunidades tradicionais constitucionalmente protegidas em espaços ecológicos que mereceram igual atenção constitucional é tema que se presta a acesos debates. O que se busca aqui é alcançar os reais contornos do problema.

A exposição consiste primeiramente em abordagem conceitual dos institutos, com ênfase nos aspectos considerados relevantes ao seu confronto. Busca-se o delineamento das premissas jurídicas que devem ser adotadas na compreensão do tema.

Em seguida, são abordados os argumentos mais recorrentes na defesa da incompatibilidade e/ou do condicionamento à permanência de remanescentes de quilombos em unidades de conservação.

A função do Ministério Público é analisada na sequência, dando-se relevância a sua missão *resolutiva*, ou seja, ao seu dever de concretizar no mundo dos fatos os imperativos dispostos no ordenamento jurídico.

2 O significado constitucional de quilombo

O conceito de quilombo originou-se na época do *Brasil-Colônia* e guarda profunda relação com o caráter penal e discriminatório que permeava a relação do Estado com os *escravos*. Realmente, a primeira definição de quilombo, que data de 1740, reportada pelo Conselho Ultramarino ao rei de Portugal, referia-se a “habitação de negros fugidos que passem de cinco, em parte despovoada, ainda que não tenham ranchos levantados e nem se achem pilões nele”, o que fora reafirmado na Provisão de 6 de março de 1741 e em algumas legislações municipais, como a Lei Provincial n. 157, de 9 de agosto de 1848, da cidade de São Leopoldo (BALDI, 2009).

A Lei do Império do Brasil pouco alterou essa definição, reduzindo, entretanto, o número mínimo dos moradores necessários à caracterização de uma comunidade como *quilombola*. Em 1847, a Lei Provincial n. 236 afirmava reputar-se “escravo aquilombado, logo que esteja no interior das matas, vizinho ou distante de qualquer estabelecimento, em reunião de dois ou mais, com casa ou rancho” (ALMEIDA, 1999, p. 13).

Segundo Almeida (1999), por síntese, os elementos que caracterizaram as definições colonial e imperial de quilombo e de negro aquilombado foram a fuga, uma quantidade mínima de negros foragidos residentes, o isolamento geográfico, a existência de moradia construída e a presença de *pilões* (que indicariam o estabelecimento de práticas agrícolas consolidadas).

Ainda hoje tal ideia é arraigada no imaginário popular, sendo certa sua reiteração em dicionários e cartilhas escolares.

Na esteira desse ideário, há forte tendência de *interpretação* dos dispositivos constitucionais que tratam do tema à luz de

representação jurídica dos *quilombolas* como *descendentes* de comunidades isoladas, confinadas historicamente em espaços geográficos ermos, supostamente *protegidas* em uma autossuficiência econômica e alheias aos processos de produção contemporâneos.

O fato, contudo, é que esse *arquétipo* não se sustenta sequer historicamente, uma vez que há registros de que no período escravocrata houve clara interação entre diversas comunidades negras com a sociedade que lhes era envolvente. Pontue-se, por exemplo, que o quilombo Frechal, no Maranhão, primeira comunidade reconhecida pelo governo federal, está localizado a cem metros da *casa grande*, donde a pertinência da assertiva. Aliás, mesmo em Palmares – forte no ideário nacional –, foi significativa a presença de “brancos, mestiços de várias estirpe e índios, além de negros africanos e nascidos no Brasil”, o que o caracterizava, portanto, como “um território social e econômico, além de geográfico, no qual circulavam diversos tipos sociais” (REIS; GOMES, 2000, p. 9-23).

Ademais, estudos históricos que reviram o período escravocrata brasileiro mostraram que as comunidades de *quilombo* se formaram a partir de uma grande diversidade de processos, que incluem as fugas com ocupação de terras livres e geralmente isoladas, mas também as heranças, doações, recebimentos de terras como pagamento de serviços prestados ao Estado, simples permanência nas terras que ocupavam e cultivavam no interior de grandes propriedades, bem como a compra de terras, tanto durante a vigência do sistema escravocrata quanto após sua abolição¹.

Não bastasse o equívoco da interpretação *histórica* que embasa a noção conceitual restritiva acima apontada, a Constituição *impõe*

¹ Informação disponível em: <http://www.cpisp.org.br/comunidades/html/i_oque.html>. Acesso em: 12 mar. 2010.

a superação da noção limitante de quilombo, voltada para o passado e presa a ideias de *monumentalidade arqueológica* que apenas reproduzem a concepção do período colonial.

Como bem pontua Deborah Duprat², a consideração do conceito colonial na análise do tema, ao fim e ao cabo, redundaria em atribuir a normas constitucionais garantidoras de direitos a insuperável contradição de estarem fundadas na legislação escravocrata. Veja-se o que diz a doutrinadora em passagem relacionada ao anterior regramento do ADCT 68 por parte do Decreto n. 3.912/2001:

[...] conclusão absurda de que a Constituição, rigorosamente, estaria a instituir, agora com todo o peso do direito, quilombos tais como concebidos em 1741, pois o espaço de liberdade para a regulação ritual da vida seria obtido à custa do confinamento. [...] Nesta perspectiva, não se autoriza que, hermeneuticamente, se conclua que um direito fundamental apenas tenha condições de se realizar com o sacrifício absoluto do outro [...] Neste passo, o que postula [...] é que o direito assegurado no artigo 68 do ADCT só se torne possível mediante o aniquilamento do direito de liberdade, do direito de ir e vir, do direito de [...] a norma pretensamente regulamentadora do artigo 68 do ADCT conduz à conclusão eleger, constantemente, o local de permanência.

Dito de outro modo, o sentido e o alcance do conceito constitucional de *quilombo* devem assentar-se na perspectiva do presente e na linha ontológica da inclusão social e do reconhecimento de direitos. É que a diretiva constitucional em prol da conclusão do processo inacabado da abolição da escravidão e da reparação da dívida histórica com os negros no Brasil não permite qualquer forma de reducionismo do universo de seus reais destinatários,

² Informação disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos/consideracoes_decreto_quilombos_3912_01.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2010.

sobretudo quando é precisamente a dívida do *passado* que fundamenta o *presente* que se almeja.

Por outro lado, o “presente quilombola”, como de resto o são quaisquer “formas de criar, fazer e viver” (CF, art. 216, II,), não é estanque nem dissociado do tempo ou de interações sociais múltiplas, em ordem a poder ser vislumbrado como *resquício* do que quer que seja. A justiça histórica tem menos a ver com o passado que com o futuro, principalmente porque supõe e se insere em novas concepções de país, de soberania e de desenvolvimento (SANTOS, 2008, p. 3). Santilli (IEB, ISA, 2005, p. 170), nesse sentido, esclarece que o termo quilombo tem sido revisado pelas ciências sociais:

[...] que propõem uma redefinição do significado dos quilombos e a inversão semântica da referida expressão para “comunidades remanescentes de quilombos”, uma vez que o processo de afirmação étnica não passa historicamente pelo resíduo, pela sobra, mas pelo que efetivamente é vivido como tal.

Ocorre que a Constituição de 1988 trata de quilombos no capítulo da educação, da cultura e do desporto, determinando que “ficam tombados todos os documentos e os sítios detentores de *reminiscências* históricas dos antigos quilombos” (CF, art. 216, § 5^ª). No Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, afirma que “aos *remanescentes* das comunidades dos quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a propriedade definitiva, devendo o Estado emitir-lhe os títulos respectivos” (CF, art. 68).

A referência expressa a *reminiscências* e *remanescentes*, aparentemente associada a ideia de resíduo ou vestígio, contudo, deve ser considerada levando-se em conta outros imperativos constitucionais, sobretudo os que dizem com uma Constituição que assegura a diversidade étnico-cultural e o pluralismo.

Nesse passo, vale destaque à argumentação constante de parecer exarado pelo então Consultor-Geral da União, Manoel Lauro Volkmer de Castilho, a respeito do art. 68 do ADCT³:

o que a disposição constitucional está a contemplar é uma territorialidade específica cujo propósito não é limitar-se à definição de um espaço material de ocupação, mas de garantir condições de preservação e proteção da identidade e características dos remanescentes destas comunidades assim compreendidas que devem ser levadas em linha de conta na apuração do espaço de reconhecimento da propriedade definitiva. [...] a noção de quilombo que o texto refere tem de ser compreendida com certa largueza metodológica para abranger não só a ocupação efetiva senão também o universo de características culturais, ideológicas e axiológicas dessas comunidades em que os remanescentes dos quilombos (no sentido lato) se reproduziram e se apresentam modernamente como titulares das prerrogativas que a Constituição lhes garante. É impróprio [...] lidar nesse processo como “sobrevivência” ou “remanescentes” como sobra ou resíduo, quando pelo contrário o que o texto sugere é justamente o contrário.

Em outros termos, a interpretação sistemática da Constituição leva à conclusão de que a noção de quilombo haverá de assentar-se na perspectiva *holística* da preservação da identidade, cultura e territorialidade comunitárias. Afinal, estabelecida a partir de uma visão *multiculturalista da sociedade nacional*, a Constituição de 1988 impõe um regime peculiar para populações tradicionais, com o resguardo de *territorialidade física* (ADCT, art. 68) como o *substrato* necessário a certas expressões identitárias coletivas.

É assente, também, que o termo *cultura*, por si, é incompatível com a noção de *congelamento temporal*, na medida em que

³ Parecer AGU/MC n. 1/2006. Disponível em: <http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/documentos-e-publicacoes/docs_artigos>. Acesso em: 15 mar. 2010.

representa a rede de significados que dão sentido ao mundo a partir da interação que com ele mantém um indivíduo ou uma coletividade humana⁴. Tal interação, por óbvio, é dinâmica, visto que todas as relações sociais firmam-se na marca do tempo em que ocorrem. Realmente, a reprodução cultural inclui mudanças na visão de mundo e no modo de vida dos grupos, decorrentes das situações históricas com que se deparam, inclusive o *contato* com outras coletividades.

Quanto ao conceito de populações tradicionais, Arruda (2001, p. 27) refere que “são grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural que reproduzem historicamente o seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza”.

O Decreto n. 6.040/2007, ao instituir a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais, por sua vez, definiu como povos e comunidades tradicionais:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição (art. 3º)⁵.

Conjugados os conceitos, pode-se concluir que *modos de vida tradicionais* não guardam relação com a *imutabilidade*, mas sim, e tão somente, com suas *especificidades históricas*, em ordem a se ter como *tradicionais* os modos próprios de *viver* que, mesmo sem guardar similitude com o que *ocorria no passado*, *derivam de origens próprias e diferenciadas*.

⁴ Michaelis – Moderno Dicionário da Língua Portuguesa.

⁵ Santilli (2004, p. 42) defende a distinção jurídica entre os povos indígenas e quilombolas e populações tradicionais, em razão do tratamento *constitucional* diferenciado que é dispensado aos primeiros.

É precisamente essa a ideia defendida pela Associação Brasileira de Antropologia (ABA), que, na tentativa de orientar e auxiliar a aplicação do art. 68 do ADCT, divulgou, em 1994, um documento elaborado pelo Grupo de Trabalho sobre Comunidades Negras Rurais em que se define o termo remanescente de quilombo:

Contemporaneamente, portanto, o termo não se refere a resíduos ou resquícios arqueológicos de ocupação temporal ou de comprovação biológica. Também não se trata de grupos isolados ou de uma população estritamente homogênea. Da mesma forma nem sempre foram constituídos a partir de movimentos insurrecionais ou rebelados, mas, sobretudo, consistem em grupos que desenvolveram práticas de resistência na manutenção e reprodução de seus modos de vida característicos num determinado lugar. (BALDI, 2009, p. 9)

Dessa forma, para fins de laudos antropológicos, *quilombo* é entendido como “toda comunidade negra rural que agrupe descendentes de escravos vivendo da cultura da subsistência e onde as manifestações culturais têm forte vínculo com o passado” (BALDI, 2009, p. 9), destacando-se que tal *vínculo* não é sinônimo de *resíduo*.

Os antropólogos reconhecem que ao serem identificados como *remanescentes*, aquelas comunidades, “em lugar de representarem os que estão presos às relações arcaicas de produção e reprodução social”, passam a ser “reconhecidas como símbolo de uma identidade, de uma cultura e, sobretudo, de um modelo de luta e militância negra” e, neste sentido, “os laços das comunidades atuais com grupos do passado precisam ser produzidos hoje através da seleção e da recriação de elementos de memória, de traços culturais que sirvam como os ‘sinais externos’ reconhecidos pelos mediadores e o órgão que tem a autoridade de nomeação” (ARRUTI, 1997).

Por outro lado, a *especificidade histórica* da *origem cultural* das comunidades de remanescentes de quilombo dispõe que a territo-

rialidade⁶ é o elemento fundamental de sua sobrevivência e organização e tem uma *multiplicidade de expressões e uma variação de tipos de territórios que necessitam ser consideradas*.

Por tudo, ao se referir à necessidade de proteção das manifestações das culturas dos grupos participantes do processo civilizatório nacional (CF, art. 215, § 1º) e ao estatuir que os modos de criar, fazer e viver constituem o patrimônio cultural brasileiro (CF, art. 216, II), a Constituição está determinando ser dever do Estado, entre o mais, conhecer a pluralidade de expressões e as especificidades de cada comunidade.

Nesse ponto, pode-se concluir que:

- a Constituição conceitua quilombo como um universo de características culturais, ideológicas e axiológicas específicas, e em nenhum momento vincula tais grupos humanos a ideia de *rigidez cultural* atrelada a qualquer *estereótipo histórico*;
- a referência constitucional aos termos *reminiscências* (CF, art. 216, § 5º) e *remanescentes* (ADCT, art. 68) não guarda relação com a semelhança ao modo de vida dos quilombolas no passado, mas, antes, à forma com que tal passado repercute no presente e repercutirá no futuro;
- a territorialidade quilombola é o substrato de seus modos de *viver e de criar*, ou seja, é imanente à identidade dessas comunidades. Ao se garantir a permanência e/ou inserção de comunidades quilombolas em seus territórios tradicionais, assegura-se a permanência da identidade étnica de tais grupos;

⁶ Compreendida como esforço coletivo de dada sociedade para ocupar, utilizar, controlar e identificar uma parte de seu ambiente biofísico.

- a multiplicidade de manifestações de territorialidade impõe a impossibilidade de se alcançar apriorística *uniformidade* de manifestações culturais quilombolas, donde a impertinência de tentativas de um *conceito universalizante* a respeito desses grupos;
- é corolário do dever de proteger das manifestações das culturas dos grupos participantes do processo civilizatório nacional o dever de conhecê-las.

3 Identificação e reconhecimento de remanescentes de comunidades de quilombos

A atual feição infraconstitucional que cuida do reconhecimento da ocupação quilombola de que trata o art. 68 do ADCT é traçada pela Lei n. 10.683/2003, regulamentada pelo Decreto n. 4.887/2003.

Tais normas dispõem que cabe ao INCRA, em nome do Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA), a demarcação e delimitação das áreas referidas e à Fundação Cultural Palmares a declaração e certificação étnica das comunidades.

Os critérios para identificação e reconhecimento de remanescentes de comunidades de quilombos são estabelecidos no art. 2º do Decreto n. 4.887/2003, *verbis*:

Art. 2º Consideram-se remanescentes de comunidades de quilombos, para fins deste Decreto, os grupos étnico-raciais, segundo critérios de *auto-atribuição*, com trajetória histórica própria, dotados de relações territoriais específicas, com presunção de ancestralidade negra relacionada com a resistência à opressão histórica sofrida. [grifo nosso]

Observe-se que, como *ponto de partida*, há referência expressa ao critério eleito pela Convenção n. 169 da Organização Internacional

do Trabalho (OIT)⁷ como determinante da identidade de um grupo, ou seja, preconiza-se a *autoafirmação*, valorando-se a consciência do grupo em relação à sua própria identidade enquanto tal.

A Convenção n. 169, diga-se de passagem, é plenamente aplicável aos quilombolas, uma vez que no seu art. 1º, 1, a, a norma internacional entende como povos tribais os que “em todos os países independentes, cujas condições sociais, culturais e econômicas os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que sejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou legislação especial”.

Pontue-se que a *autoafirmação* não é novidade na doutrina brasileira. Nesse sentido, as considerações de José Afonso da Silva (2004, p. 883) a respeito dos indígenas são plenamente válidas para o caso *quilombola*:

o sentimento de pertinência a uma comunidade indígena é que identifica o índio. A dizer, é índio quem se sente índio. Essa auto-identificação, que se funda no sentimento de pertinência a uma comunidade indígena, e a manutenção dessa identidade étnica, fundada na continuidade histórica do passado [...] que reproduz a mesma cultura, constituem o critério fundamental para identificação do índio brasileiro.

O fato de garantir que os sujeitos se definam a partir de sua própria consciência é manifestação maior da dimensão libertária da *dignidade humana*. Com efeito, não se poderá considerar verdadeiramente *livre* quem não vê respeitada sua opção de identificar-se perante *o outro*, segundo seus próprios critérios.

Por outro lado, esse *novo pensar jurídico* garante a eficácia do reconhecimento das diferenças fazendo com que ocorra um revigoreamento dos povos e grupos sociais por meio do reconhecimento de

⁷ A Convenção n. 169 da OIT refere-se a povos indígenas e tribais e foi ratificada pelo Congresso Nacional do Brasil.

suas especificidades, tidas, agora, como imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade em que insertos (SHIRAISHI NETO, 2004).

Questão que permeia muitas controvérsias é a relacionada aos *limites* do que pode ser *alcançado* com a *autoafirmação*.

Observe-se primeiro que a autodefinição só alcança relevância jurídica na medida em que se reflete concretamente na alteridade, ou seja, somente quando tangencia a esfera jurídica do outro. Afinal, mera reserva íntima de consciência, por si, não adentra na juridicidade.

Ademais, é intuitivo que o cuidado que a Constituição presta ao tema diz com a outorga de conjunto específico de *direitos* às minorias étnicas, donde o reflexo *jurídico* de seu reconhecimento identitário.

Ocorre que, sobre pautar-se na *autoafirmação*, a identidade quilombola, tal qual prevista constitucionalmente, também é firmada sobre um conjunto de fatores socioambientais e étnico-históricos, a que o Decreto n. 4.887/2003, de forma objetiva, refere como “trajetória histórica”, “ancestralidade” e “relações territoriais específicas”. Como reconhecê-los concretamente?

Reza o art. 5º do Decreto em tela:

Art. 5º Compete ao Ministério da Cultura, por meio da Fundação Cultural Palmares, assistir e acompanhar o Ministério do Desenvolvimento Agrário e o INCRA nas ações de regularização fundiária, para garantir a preservação da identidade cultural dos remanescentes das comunidades dos quilombos, bem como para subsidiar *os trabalhos técnicos* quando houver contestação ao procedimento de identificação e reconhecimento previsto neste Decreto. [grifo nosso]

Observa-se que a norma se refere a *trabalhos técnicos* que deverão ser elaborados nos casos de contestação do *procedimento* de reconhecimento de uma comunidade como remanes-

cente quilombola. Registre-se que não há referência expressa à possibilidade de contestação ao *reconhecimento*, mas sim, e tão somente, ao *procedimento* que culminou por lhe traçar os limites. A norma, porém, não parece referir-se a eventuais contestações acerca da *autoafirmação* quilombola, mas ao que lhe subjaz como consequência, ou seja, à regularização fundiária de suas terras e/ou tudo que diga com reflexos na alteridade.

Em outros termos, prevê-se fórmula *científica* de aferição dos critérios objetivos (trajetória histórica, ancestralidade e relações territoriais específicas) que, a par da autoafirmação, deverão de estar presentes para dar sustentação jurídica aos limites da qualificação pretendida (e não à qualificação mesma).

Bem se vê, portanto, que há previsão normativa de que serão estudos históricos e antropológicos que darão o suporte definitivo às consequências práticas do reconhecimento dos direitos outorgados aos remanescentes de comunidades de quilombos.

Registre-se, entretanto, que as referências históricas à questão de *identificações coletivas*, pelo menos desde o advento do iluminismo, supõem a formulação de um processo de estruturação *relacional*, ou seja, toda identidade depende de algo fora dela para existir ou, ainda, depende de *outra identidade* que possa estabelecer a diferença e, ao mesmo tempo, sua especificidade.

Com efeito, no conceito moderno, o termo *identidade* remete ao sentido de agrupamento daquilo que é igual ou daquilo que é reconhecido como comum em meio à multiplicidade, e que é bastante à separação em relação aos seus *diferentes*. Por corolário, a positividade da igualdade suposta é dada pelo fundamento lógico da contradição com *o outro*. Dito de modo diverso, a identidade se estabelece como um conjunto de elementos simbólicos

que definem o *eu* ou o *nós*, estabelecendo a diferença ou as diferenças em relação aos *outros*.

É notável, também, que uma sociedade pode apresentar diversos elementos identitários separadamente para fins conceituais. Assim, determinada comunidade de negros pode ser identificada tanto como *remanescente de quilombos* quanto como *população tradicional* ou ainda como *camponesa*, *agroextrativista*, *seringueira*, *pescadora*, *ribeirinha* etc. Os conceitos identitários alteram-se ao sabor de critérios *criados*, donde uma mesma comunidade poder assumir diversas facetas de uma ampla identidade que não necessariamente são excludentes.

É certo que, não raro, os grupos buscam a prevalência de um elemento principal, normalmente determinado pela possibilidade de titularização de um conjunto específico de direitos e de possibilidades, sem que haja nisso qualquer forma de desvio ontológico de sua autoafirmação segundo outros critérios.

De todo modo, por ser um conceito, a identidade possui diferentes dimensões e pode supor reivindicações essencialistas várias acerca do *pertencimento* a determinado grupo identitário.

O que se demonstra é que a autoafirmação, como corolário da consciência de um grupo em relação a si mesmo, não restará infirmada somente pelo fato de *estudos* eventualmente concluírem pelo desatendimento de critérios objetivos porventura eleitos como pressupostos de acesso a políticas públicas *prestacionais*.

Em outras palavras, em que pese a relevância e, por vezes, a imprescindibilidade de estudos antropológicos concludentes sobre os fundamentos dos *consectários práticos* da *autoafirmação*, não há critérios científicos aptos à aferição da justeza da opção identitária de quem quer que seja.

Por tudo, então:

- é privativa das próprias comunidades tradicionais a eleição dos modos de preservação e desenvolvimento de suas próprias identidades culturais;
- também são intangíveis as opções de alinhamento identitário a tal ou qual “conceito”, na medida em que nem sempre as opções são excludentes entre si;
- não há limites científicos que permitam a aferição dos vários “pertencimentos” culturais possíveis.

4 Unidades de Conservação – conceito

A Constituição impõe ao Poder Público o dever de definir em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem protegidos, preconizando que alterações ou supressões somente podem dar-se por meio de lei, sendo vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justificam sua proteção (art. 225, § 1º, III).

Em conformidade à determinação constitucional, a Lei n. 9.985/2000 instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), definindo unidades territoriais de relevância ambiental na forma de seu art. 2º:

Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

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;

Santilli (IEB, ISA, 2005, p. 108) lembra que o conceito legal acima transcrito corresponde ao que dispõem normas internacionais

quanto à *área protegida*. Realmente, a Convenção da Diversidade Biológica diz “[...] que é destinada ou regulamentada ou administrada para alcançar objetivos específicos de conservação”⁸.

Observe-se, contudo, que o conceito constitucional de espaços territoriais protegidos encampa não só o de Unidade de Conservação (UC), o que justifica a adoção de outros critérios e/ou meios de alcançar o equilíbrio ecológico⁹.

Quanto às unidades de conservação, a Lei n. 9.985/2000 propôs sua classificação vinculada à intensidade da proteção ambiental segundo o grau de presença humana em tais espaços, prevendo dois modelos básicos: Unidades de Proteção Integral, que têm por objetivo “preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, com exceção dos casos previstos nesta Lei” (art. 7º, § 1º), e Unidades de Uso Sustentável, com finalidade de “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais” (art. 7º, § 2º).

Para o SNUC, nas Unidades de Conservação de Proteção Integral, busca-se a manutenção dos ecossistemas por meio da proibição de interferência humana nesses espaços, com a ressalva do uso *indireto* dos seus atributos naturais, conceituado como “aquele que não envolve consumo, coleta, dano ou destruição dos recursos naturais”.

Nas Unidades de Uso Sustentável é permitida a exploração do ambiente desde que se garanta a possibilidade de renovação dos recursos ambientais e dos processos ecológicos, mantendo-se a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável.

⁸ A referida Convenção foi assinada pelo Brasil durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (Rio/92), ratificada por meio do DL n. 2 e promulgada pelo Decreto n. 2.519/1998.

⁹ Reserva legal, áreas de preservação permanente, terras indígenas e quilombolas etc.

À primeira vista, os conceitos aparentemente antagônicos de que se vale a Lei parecem reproduzir a oposição histórica entre *conservacionistas* e *preservacionistas* quanto à *visão* do ambiente global. Em outros termos, a Lei do SNUC dispõe sobre espaços de total desvinculação do *homem* ao meio, como imprescindível à sustentação da biodiversidade, ao mesmo tempo em que, em outros, acede à noção de inserção do meio ambiente no contexto da sustentabilidade *humana*.

Já aqui, pode-se antever tentativa de recorte hermenêutico do conceito constitucional de meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao menos no que diz respeito aos titulares de seu *domínio*: à sustentação da biodiversidade como fim último das UCs de proteção integral corresponderia mais diretamente o direito das *futuras* gerações; e à ideia de uso sustentável corresponderia a diretiva constitucional que contempla, também, as gerações *presentes*.

Em que pese não se poder extrair tal *dicotomia* da leitura constitucional do art. 225, *caput*, muitas vezes, esse discurso é veiculado nas discussões acerca da possibilidade de interação antrópica nos espaços ambientalmente protegidos.

5 Criação e gestão de unidades de conservação

A criação de UCs, como é intuitivo, haverá de fundar-se na relevância/imprescindibilidade dos processos ecológicos nos espaços territoriais eleitos. Também é evidente que a pertinência de semelhante decisão dependerá de seu suporte *técnico-científico*, pois a Constituição exige a *justificação* da proteção (art. 225, III).

A eleição e a caracterização de tais espaços, portanto, supõem estudos técnicos, que não poderão ser *parciais* ou *fragmentários*, uma vez que os comandos constitucionais impõem que todas as variáveis capazes de tangenciar o equilíbrio ecológico têm de ser consideradas.

O ato de criação de UCs haverá de ser, então, precedido de demonstração *técnico-científica completa e definitiva acerca do que se quer protegido*, das *razões* que embasam a decisão de sua eleição como objeto de proteção e da *forma* pela qual se alcançará esse objetivo. Assim, a rigor, os planos de manejo, entendidos como marcos regulatórios dos objetivos gerais, do zoneamento, do uso da área e dos recursos naturais de uma UC (arts. 2º, XVII, e 27 da Lei do SNUC), deveriam preceder sua criação.

De qualquer forma, tais estudos deverão ater-se aos princípios do interesse público, da motivação e da publicidade, sendo certo que a Lei n. 9.985/2000 prevê expressamente a transparência e a participação popular no estabelecimento das UCs (art. 22).

Vale destacar que, sobre atender a *generalidade* de atenção aos princípios de democracia participativa, no que diz com as populações *tradicionais* potencialmente atingidas pela criação de UCs, a mencionada previsão legal de transparência e participação popular vai ao encontro do preconizado na Convenção da OIT n. 169.

É a letra da lei internacional:

Artigo 6º 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão: a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente; [...] 2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

Ademais, a mesma Convenção n. 169, em seu art. 2, número 2, *a*, ao tratar das ações governamentais, lembra que estas deverão pautar-se em medidas “que assegurem aos membros desses povos o

gozo, em condições de igualdade, dos direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população”.

Enfim, os fundamentos *técnicos* que embasam a pretensão do Poder Público de criar UCs, sobre serem imprescindíveis, haverão também de passar pelo prévio *crivo* popular de forma geral e pela consulta livre, prévia e informada às comunidades tradicionais porventura atingidas.

É certo que a Lei do SNUC estabelece ressalva quanto a Estações Ecológicas e Reservas Biológicas ao determinar não ser obrigatória a consulta popular como requisito de sua criação, em disposição que, se vista à luz da principiologia fundante do Estado brasileiro e da interpretação sistemática do diploma normativo em que veiculada, mostra-se verdadeiramente inaplicável.

Quanto ao instrumento jurídico apropriado, a Lei n. 9.985/2000 não exige que as UCs sejam criadas por lei. Realmente, seu art. 22 institui que “as unidades de conservação são criadas por ato do Poder Público”, negando a exclusividade na prerrogativa do Poder Legislativo para tanto. Assim, a criação de UCs também é afeta ao Poder Executivo e, excepcionalmente, ao Poder Judiciário, vale dizer, presta-se à veiculação por meio de *decreto* ou *decisão judicial*.

Ocorre que a determinação constitucional de que qualquer alteração ou supressão de espaços protegidos seja privativa de *lei* acaba por caracterizar, de forma indireta, peculiar forma de *decreto autônomo*, ou, ao menos no que tem com os limites de UCs, *decreto com força de lei*. Por hermenêutica constitucional sistemática, tal peculiaridade reforça a necessidade do prévio *crivo* popular aos processos de criação das UCs, como resguardo do *princípio democrático*, definidor do Estado brasileiro (CF, art. 1º).

Ainda no que diz com a diretriz *democrática*, nos termos da Lei, a gestão de UCs haverá de ser colegiada, adotando-se o critério da participação organizada da sociedade, da administração pública e das populações das áreas diretamente a elas vinculadas. Tal gestão colegiada e plural materializa-se em Conselhos Consultivos ou Deliberativos, formados segundo critérios definidos no decreto regulamentar.

Como definido no § 1º do art. 17 do Decreto n. 4.340/2002, a representação dos órgãos públicos “deve contemplar, quando couber, os órgãos ambientais dos três níveis da Federação e órgãos de áreas afins, tais como pesquisa científica, educação, defesa nacional, cultura, turismo, paisagem, arquitetura, arqueologia e povos indígenas e assentamentos agrícolas”. No que diz com a representação da sociedade civil (Decreto n. 4.340/2002, art. 17, § 2º),

deverá contemplar, quando couber, a comunidade científica e organizações não-governamentais ambientalistas com atuação comprovada na região da unidade, população residente e no entorno, população tradicional, proprietários de imóveis no interior da unidade, trabalhadores e setor privado atuantes na região e representantes dos Comitês de Bacia Hidrográfica.

Como se vê, a Lei deixa clara a submissão das UCs aos imperativos democráticos por meio do estabelecimento de um modo específico de realização da vontade popular. Por conseguinte, serão *nulos* os atos de criação e/ou gestão que não se respaldem na participação de cada um dos diferentes setores sociais interessados.

Por síntese, então, tem-se:

- os atos de criação e de gestão de unidades de conservação necessariamente devem estar respaldados por demonstração científica de suas pertinências;

- não se haverá de falar de discricionariedade administrativa em decisões relativas ao tema, visto que se cuida aqui de administração *vinculada* à decisão popular.

6 Confrontação de conceitos – análise de antinomias

O referencial teórico até aqui adotado, embora insuficiente à abordagem compreensiva de todas as nuances do suposto contraponto entre remanescentes de quilombos e unidades de conservação, é bastante ao menos para o estabelecimento de suas premissas.

De fato, como se viu, o aparente antagonismo entre interesses quilombolas e UCs, caracterizado no mais das vezes pela ocorrência de sobreposições de territórios pretendidos, funda-se principalmente em contraposições apriorísticas entre conceitos ambientais e culturais. Observa-se que, a depender do contexto em que se dá cada sobreposição territorial, gradua-se o espectro do embate ideológico entre as posições que defendem a interdição à ocupação de quilombolas em UCs e as que pugnam pela supressão de áreas ambientais protegidas em favor da demarcação das terras das comunidades tradicionais.

Em contrapartida, a setorização da condução das políticas públicas por meio de instituições destacadas, típica forma de organização da administração pública brasileira, acentua ou, por vezes, *cria* o pseudoconflito.

A fragmentação da atuação estatal por meio de setorização institucional realmente parece estimular compromissos pontuais com apenas uma parcela da realidade, normalmente aquela correspondente à *missão das instituições*, donde a transmutação dos debates acerca do tema em sérios conflitos institucionais e políticos. É o que se verifica, por exemplo, nos vários procedimentos leva-

dos a efeito na Câmara de Conciliação da Administração Pública Federal da Advocacia-Geral da União, em que se debatem antagonismos entre o INCRA e o ICMBio acerca dos processos de regularização fundiária das terras quilombolas.

Na esteira de tal *imbroglio*, cristalizam-se unilaterais interpretações jurídicas da legislação, que praticamente inviabilizam entendimentos e conciliações, impedindo ou postergando o cumprimento das responsabilidades do Estado.

Não bastasse, raras são as oportunidades em que se cuida da possibilidade de *simbiose* entre os espaços em debate, ou seja, não se considera que as terras quilombolas, pelas práticas nelas levadas a efeito, podem colaborar com a conservação da biodiversidade e que as UCs, ao darem cobro à manutenção da biodiversidade, necessariamente contribuem para a manutenção econômica e cultural dos povos quilombolas. Em outros termos, valorizam-se os confrontos *ideológicos* em detrimento do que pode ser comum aos interesses contrapostos.

Seja como for, a Constituição estabeleceu estratégia de ordenamento territorial fundada simultaneamente no destaque de áreas voltadas à sobrevivência dos quilombolas (para garantir sua autonomia e identidade cultural) e de áreas para manutenção da diversidade biológica (buscando resguardar os processos ecológicos essenciais). Evidentemente, ambas as áreas mereceram tratamento diferenciado quanto ao paradigma geral de ocupação predatória, ou, quando menos, ambas deverão refugir ao modelo tradicional de *propriedade*, típico dos espaços que lhes são exteriores.

Eis, portanto, e em primeiro plano, o *referencial comum* entre os interesses debatidos: a resposta à ameaça gerada por um modelo de ocupação que *não* os contempla. Tal constatação, por

si, já é suficiente à conclusão de que há fundados indícios acerca da impossibilidade *ontológica* de contraposição entre ambos.

Não obstante, persistem os embates, cujos substratos, de uma forma ou de outra, tangenciam os pontos a seguir abordados.

6.1 Contraposição entre cultura e meio ambiente

É recorrente o argumento de que a proteção do meio ambiente, por ser *direito fundamental difuso*, imporá restrições a direitos individuais ou coletivos, em gradação tendente a classificar a prevalência dos direitos fundamentais segundo o universo de seus destinatários. Em outras palavras, os direitos de minorias deveriam vassalagem ao direito da sociedade como um todo e ao de milhões de formas de vida que, do mesmo modo que o homem, têm direito à existência.

Ocorre que a Constituição estabeleceu que o meio ambiente compreende tanto os bens naturais quanto os bens culturais, inaugurando um conceito simultaneamente *globalizante* e *unitário*. É o que se deduz de interpretação sistêmica e integrada dos dispositivos constitucionais de proteção ao meio ambiente e à cultura. Nas palavras de José Afonso da Silva (1995, p. 2):

O conceito de meio ambiente há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos [...] o meio ambiente é, assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas. A integração busca assumir uma concepção unitária do ambiente compreensiva dos recursos naturais e culturais.

No mesmo sentido, Marés de Souza Filho (apud SANTILLI, 2005, p. 137), quando aduz que “para compreender o meio

ambiente é tão importante a montanha, como a evocação mística que dela faça o povo”.

Tem-se, então, que os bens ambientais são gênero, do qual os bens culturais e naturais são espécies. Por tal razão, qualquer tentativa de contraposição apriorística entre conceitos ambientais e culturais revela-se essencialmente insustentável.

Do texto constitucional depreende-se ainda clara ampliação da noção de patrimônio cultural, por meio da valorização de sua pluralidade e do espírito democrático na definição e condução de políticas culturais, inseridas na busca de concretização da cidadania fundada no respeito a direitos fundamentais. A multiplicidade permeia, assim, todos os dispositivos constitucionais dedicados à proteção da cultura, revelando-se como vetor de valorização da sociodiversidade brasileira. Bem por isso, há inquestionável reconhecimento constitucional da relevante função das expressões culturais de diferentes grupos sociais que conformam a identidade nacional.

Conclui-se, portanto, que os dispositivos constitucionais que estabelecem os direitos dos povos quilombolas e a proteção à cultura consagram duas faces do mesmo direito: ao assegurar direitos coletivos a tal minoria étnica e culturalmente diferenciada, também garante à sociedade que lhe é envolvente o direito à diversidade cultural.

Assim, à similitude da natureza *difusa* do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, também se mostra *difuso* o direito de toda a sociedade brasileira à preservação das manifestações culturais dos diferentes grupos étnicos e sociais que a integram.

Quanto ao argumento de *prevalência* de direitos fundamentais difusos sobre coletivos ou mesmo individuais, sobre veicular

questionável *hierarquização* entre meras dimensões de mesmo fenômeno, é tema que não se presta a conclusões apriorísticas.

De todo modo, vale destaque ao fato de que a destruição ambiental afeta mais imediatamente as populações que dependem diretamente dos recursos naturais. Por sua vez, como se viu, o art. 68 do ADCT realiza diretamente direitos fundamentais coletivos que asseguram a dignidade da pessoa humana ligada ao mínimo existencial.

Na necessária ponderação de direitos fundamentais é perfeitamente adequada a eleição de critérios vinculados ao tempo e ao modo de seu tangenciamento. Assim, pode-se concluir que a concordância prática entre os valores em jogo aponta *tendencialmente* para a preponderância dos interesses daquelas comunidades.

Por síntese, quanto ao tema:

- há imbricação ontológica (de continência) entre cultura e meio ambiente, em ordem a afastar possibilidade lógica de sua contraposição;
- o direito à diversidade cultural, na esteira do pluralismo político (CF, art. 1º, V), sobre assentar-se no fundamento do Estado brasileiro, tem natureza *difusa* em ordem a ser *indisponível*;
- ainda que não se possa atribuir hierarquia entre as expressões dimensionais dos direitos fundamentais, normalmente, há de se privilegiar os interesses tangentes ao mínimo existencial, donde a presunção *juris tantum* de primazia dos direitos quilombolas em face da dimensão difusa do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6.2 Os usos tradicionais e a degradação ambiental

Costuma-se argumentar que as comunidades tradicionais também degradam o meio ambiente, razão da necessidade de sua submissão aos cuidados eleitos nos planos de manejo das UCs de uso sustentável e/ou da justificativa de sua exclusão das áreas de preservação integral.

Relembre-se, por primeiro, que o inciso III do § 1º do art. 225 da CF dispõe sobre a vedação de qualquer utilização de espaços especialmente protegidos que *comprometam* a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção, vale dizer, qualifica-se condicionalmente a proibição restringindo-a às práticas que *comprometam* a integridade dos atributos protegidos.

É intuitivo, portanto, que a vedação de uso ou permanência humana em UCs haverá de derivar de *comprovação* de efetivo comprometimento da higidez ambiental.

Por outro lado, conforme já se viu:

- a *territorialidade* (elemento fundamental de sobrevivência e organização dos quilombolas) manifesta-se em multiplicidade de expressões ao sabor da variação dos tipos de territórios em que insere;
- a existência de UCs condiciona-se à reserva de consistência *técnica* para justificá-las, caracterizada necessariamente, entre o mais, por análise e descrição completa e definitiva acerca do *que* se quer protegido.

Assim, bem se vê a impossibilidade *lógica* de conclusões acerca de eventuais efeitos ambientais deletérios derivados da

presença de comunidades quilombolas em UCs que *não* estejam fundadas em análise técnica específica para cada caso.

De todo modo, há de se atentar, nesses casos, para a necessidade de peculiar aplicação ao princípio da *precaução*. Afinal, a tomada de decisão acerca do uso e/ou presença de remanescentes de quilombos em UC haverá de precatar-se contra eventuais efeitos nefastos e irrecuperáveis, causados não só aos elementos *naturais*, mas, também, sobretudo, aos *culturais*.

Algumas premissas podem auxiliar a análise da questão.

a) O art. 20 da Lei do SNUC, quando define Reserva de Desenvolvimento Sustentável, veicula conceituação de populações tradicionais consonante com a ideia de que tais comunidades são fatores de proteção da diversidade biológica, *verbis*:

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*. [grifo nosso]

Tal compreensão é repetida expressamente nos incisos IV, XI e XIII do art. 4º, que estabelecem como objetivos do SNUC a promoção do desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais, a valorização econômica e social da diversidade biológica e a proteção dos recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando-lhes o conhecimento e a cultura, promovendo-as social e economicamente.

Ademais, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, RIO-92, proclamou no Princípio 22 que:

Os povos indígenas e suas comunidades, assim como outras comunidades locais, desempenham um papel fundamental na ordenação do meio ambiente e no desenvolvimento devido a seus conhecimentos e práticas tradicionais. Os Estados deveriam reconhecer e prestar o apoio devido a sua identidade, cultura e interesses e velar pelos que participarão efetivamente na obtenção do desenvolvimento sustentável.

Têm-se, portanto, *premissas legais* de que tais comunidades reverenciam os fins precípuos que justificam a criação de UCs.

b) O reconhecimento da diversidade étnico-cultural e socioambiental brasileira, num contexto constitucional de preservação do patrimônio imaterial, deriva necessariamente para o reconhecimento de distintas formas de *conhecimento ambiental* (BALDI, 2009, p. 12).

c) Setenta e cinco por cento da biodiversidade encontra-se em terras de comunidades ditas tradicionais (BALDI, 2009).

As comunidades quilombolas são amparadas pela internalização da Convenção da Diversidade Biológica,¹⁰ que as tem como depositárias de conhecimento tradicional associado¹¹, sendo reconhecido seu direito para “decidir sobre o uso de seus conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético do país”, pois este “integra o patrimônio cultural brasileiro e poderá ser objeto de cadastro”¹², de titularidade coletiva¹³.

Por tudo, conclui-se que:

¹⁰ MP n. 2.186-16, de 23.8.2001.

¹¹ Idem, art. 7º, incisos II e III.

¹² Idem, art. 8º, *caput* e §§ 1º e 2º.

¹³ Idem, art. 9º, parágrafo único.

- não há sustentação jurídica para conclusão *pressuposta* de incompatibilidade de uso e/ou permanência de comunidades quilombolas em unidades de conservação;
- a tomada de decisão haverá de fundar-se em *comprovação* de efetivo comprometimento da higidez ambiental, somente alcançável por estudos técnico-científicos específicos, em cada caso;
- há presunção *legal, fática e histórica* de que as comunidades tradicionais são *vetores* de proteção da biodiversidade.

6.3 Práticas tradicionais e crimes ambientais

Não é incomum a argumentação de que o princípio da impessoalidade das normas e a relevância do bem jurídico protegido sustentariam o cabimento de repressão penal das comunidades quilombolas por condutas lesivas previstas nas leis penais-ambientais. O entendimento, sobre controverter acerca do princípio constitucional da presunção de inocência, veicula interpretação demasiadamente formalista das normas penais, em ordem a redundar em gravíssimas injustiças.

Ressalte-se o fato de que também aqui a Constituição estabelece premissa fundante das conclusões a que se pode chegar.

Por primeiro, admita-se que o conceito de tipicidade *penal* não poderá dissociar-se da necessária investigação sobre a afetação do bem jurídico protegido pela norma (ZAFFARONI, 2008, p. 394). Com efeito, há muito já se concluiu que a tipicidade *legal* nada mais é que mero arcabouço de *presunção* de tangenciamento deletério do bem jurídico, daí a insuficiência de, por si, revelar certeza em juízo de desvalorização de condutas a ela (indiciariamente) amoldadas.

É consabido também que a ordem normativa é *conglobante*, vale dizer, as normas jurídicas não *vivem* isoladas, mas *entrelaçadas*, limitando-se mutuamente. Aliás, já se disse que “uma ordem normativa, na qual uma norma ordene o que outra pode proibir, deixa de ser ordem e de ser normativa e torna-se uma ‘desordem’ arbitrária” (ZAFFARONI, 2008).

Em síntese, com Zaffaroni (2008), o que está permitido ou fomentado ou determinado por uma norma não pode estar proibido por outra. Dessarte, em tais casos, não se há de falar em desaprovação de conduta (ou em tipicidade *penal*).

Conforme já se demonstrou, a Constituição *fomenta* o respeito à diversidade cultural por meio da conformação multiculturalista da sociedade nacional, sendo certo, ainda, que impõe regime jurídico peculiar para populações tradicionais. No caso específico dos remanescentes de quilombos, resguarda sua *territorialidade física* (ADCT, art. 68) como substrato necessário ao assentamento de suas expressões identitárias coletivas.

Por derivação lógica, a ordem normativa (*conglobante*) *não* quer proibir os usos tradicionais das terras ocupadas por comunidades quilombolas, mas, antes, incentivá-los. Eis, portanto, a *ontológica* impossibilidade de sua tipificação penal.

Uma vez mais, cabe referência à necessidade de suporte técnico às conclusões acerca da *tradicionalidade* de certos usos, que (sempre) são remetidas às casuísticas específicas de cada uma das superposições constatadas. Por outras palavras, “se a lei penal quer regular ações do homem, não pode ‘inventar’ o homem” (ZAFFARONI, 2008, p. 317), o que diz, portanto, com sua aplicação fundada na antropologia, uma vez que não faz sentido buscar o *antropológico* a partir do texto legal.

Registre-se que não se defende aqui o cumprimento da “missão impossível de catalogar e registrar todos os conhecimentos tradicionais detidos por povos [...] quilombolas [...] que vivem nos mais diferentes ecossistemas e se referem às mais diferentes práticas e atividades” (SANTILLI, IEB, ISA, 2005, p. 238), mas, tão somente, afirma-se o necessário cotejo de constatações *antropológicas* na análise da desvalia de condutas abstratamente tipificadas como criminosas.

Assim,

- a expressão da *territorialidade* quilombola, por ser fomentada e assegurada pela Constituição, é o anteparo lógico-jurídico contra possibilidade de criminalização dos *usos tradicionais* comunitários;
- a constatação de tal impossibilidade jurídica dá-se no primeiro momento da verificação dos componentes analíticos do *crime* (tipicidade);
- eventuais controvérsias sobre a natureza de práticas e atividades deverão ser dirimidas casuisticamente e com suporte em avaliações *técnicas apropriadas*.

7 A atuação do Ministério Público

De logo, pela simples leitura dos objetivos constitucionalmente fixados ao *Parquet*, percebe-se que a instituição incorpora em seu âmago a temática aqui retratada.

Com efeito, por caber ao Ministério Público a defesa de direitos sociais indisponíveis (CF, art.127), o seu espectro de atribuição alcança a defesa do equilíbrio ecológico e das minorias étnicas, em ordem a assegurar, *simultaneamente*, a perpetuidade da higidez ambiental e a pluralidade do Estado brasileiro na perspectiva

étnico-cultural, tal como constitucionalmente determinado. Bem por isso, não raro, o MPF é convocado a atuar como *gestor de conflitos*, sendo instado a dar cobro ao paradoxo de optar pela efetividade de um direito fundamental em detrimento de outro.

Em que pese ser assente a impossibilidade jurídica de antinomias constitucionais, o fato é que, geralmente, a realidade social não se compraz com *abstrações teóricas* que redundem em meras *exortações formais* ao acatamento de normas. Daí, a relevância do Ministério Público como instituição voltada, sempre, a concretizar no mundo dos fatos o direito pressuposto no ordenamento jurídico.

O cumprimento de tal função, por vezes, encontra obstáculos nas variadas concepções dos atores sociais acerca da natureza dos valores envolvidos. Especificamente no que diz com o direito das minorias, soma-se a isso uma resistência *histórica* ao reconhecimento do pluralismo político e do multiculturalismo como fundamentos do Estado brasileiro.

De tais constatações deriva a conclusão de que nem sempre a atuação do Ministério Público se mostrará eficaz por meio da *judicialização* das controvérsias.

É que, não raro, as causas coletivas se delongam, com comprometimento de sua eficácia, notadamente quando enfrentam fatos complexos que ensejam exaustiva instrução, a exemplo da maioria dos casos que envolvem a temática aqui tratada.

Ademais, como já se viu, invariavelmente, o embate entre os interesses quilombolas e *ambientalistas* funda-se em pressupostos ideológicos, donde a possibilidade de *resíduos refratários* à concretização da submissão jurídica das controvérsias no mundo dos fatos. Em outras palavras, a imperatividade da jurisdição pode não alcan-

çar todo o espectro fundante das questões contrapostas, com o que não se alcançaria verdadeiramente a pacificação do conflito.

Por outro lado, a preservação da ordem democrática impõe ao Ministério Público a busca da participação popular nos debates das questões sociais. Tal engajamento há de ser alcançado por meio do *devido processo legal*, que nem sempre se compraz com certos rigores de forma, típicos dos feitos judiciais.

Assim, pode-se concluir que a atuação extrajudicial do *Parquet*, aqui, assume, ao mesmo tempo: 1) caráter de verdadeiro *pressuposto da judicialização*, ou seja, a prévia atuação ministerial reveste-se da natureza de *justa causa* condicionante da pertinência da jurisdição; e 2) inquestionável *munus*, pois a atuação estatal pauta-se por atenção aos princípios democráticos.

Ao Ministério Público, portanto, são dadas múltiplas responsabilidades, de que são exemplos:

a) A desconstrução das premissas etnocêntricas que embotam o alcance do paradigma cultural *pluralizado* estabelecido pela Constituição.

Tal objetivo é mais facilmente atingido por meio do *convencimento* dos envolvidos, vale dizer, não se compraz com *imperativos*, mas com a atuação legitimada pelo discurso dialético e democrático (MOREIRA NETO, 2005, p. 33, 41, 99 e 129).

Nesse sentido, a promoção de encontros, reuniões e/ou audiências públicas com os envolvidos, conduzidos pelo membro do MPF, pode mostrar-se estratégia de surpreendente eficácia. Pontue-se a relevância das iniciativas de promoção e condução de tais eventos estarem a cargo do MPF, pois poucos questionam a imparcialidade da instituição, dado o espectro de suas responsabilidades quanto aos valores debatidos.

Em tais momentos podem apresentar-se múltiplas possibilidades de consenso, sobretudo se forem fomentadas pelo foco no referencial comum entre os interesses contrapostos que, conforme já se viu, consistem em estarem, ambos, destacados de um modelo de ocupação que lhes é exterior.

Enfim, as alternativas de solução negociada devem ser promovidas pelo MPF, até porque a própria definição constitucional da instituição induz à pré-compreensão de sua legitimidade para tanto.

b) O afastamento das premissas em torno da prevalência de direitos fundamentais adrede e aqui mencionadas.

Nesse ponto, sobre exposições teóricas da questão por ocasião de todos os encontros do membro do MP com os atores sociais envolvidos, o suporte dos discursos e das decisões em estudos etno-ambientais mostra-se imprescindível.

As manifestações do MPF devem fundar-se na atenção ao princípio da *reserva técnica*, o que permite o afastamento do estéril debate sobre hierarquização entre meras dimensões dos direitos fundamentais e a escolha de critérios justos ao sopesamento de valores nos casos concretos.

Em outros termos, não se deverão acatar controvérsias (por vezes veiculadas pelas instituições públicas) sem elementos de prova técnica que as sustentem. Por corolário, as soluções alcançadas também devem ser respaldadas por argumentos científicos.

c) Enfrentamento direto das possibilidades de antinomias reais entre os interesses em confronto.

Reitere-se, ainda aqui, que tal incompatibilidade absoluta haverá de ser comprovada por meios técnico-científicos, vale dizer,

as antinomias devem ser reais. Cabe ao MPF rechaçar as meras intransigências *institucionais* ou *ideológicas*.

Nos casos de impasses reais é evidente que devem ser buscadas alternativas de *compensação*, cujo respaldo jurídico assenta-se na participação direta dos envolvidos.

O Ministério Público deve ser agente fomentador dessa participação, seja por meio de sua inserção nas discussões entre as partes, seja por meio da provocação da jurisdição para buscar a nulidade dos processos de decisão eventualmente maculados pela ausência de transparência.

Por outro lado, é perfeitamente adequada a eleição de critérios vinculados ao tempo e ao modo do tangenciamento de direitos fundamentais como balizas do processo decisório nos casos concretos. Em situações limítrofes, portanto, há de se lembrar que a concordância prática dos valores constitucionais em jogo aponta tendencialmente para a preponderância dos interesses das comunidades tradicionais.

De todo modo, é óbvio que o Ministério Público não é a solução de todos os problemas, mas haverá de servir como catalisador da construção de uma ordem jurídica justa.

Por fim, quanto à importância da *ciência* (social e natural) na aferição dos pressupostos jurídico-constitucionais dos institutos aqui tratados, cabe ao Ministério Público aparelhar-se institucionalmente, em ordem a garantir o suporte técnico à tomada de decisão de seus membros. Equipes de peritos aptos ao enfrentamento de todas as variáveis que permeiam as discussões devem estar disponíveis a tempo e modo compatíveis com as relevância e urgência requeridas nos casos concretos.

Pode-se concluir que:

- a atuação do Ministério Público diante do tema debatido haverá de primar pela busca da solução negociada;
- ao *Parquet* cabe a responsabilidade de assegurar que o processo democrático de tomada de decisão assente-se em bases destituídas de ranços ideológicos ou preconceituosos;
- a atuação do MPF no tema haverá, sempre, de estar respaldada por assessoramento técnico específico.

8 Conclusão

As premissas teóricas e as observações aqui expostas apontam contradição *ontológica* na contraposição dos processos de constituição de espaços especialmente protegidos aos que cuidam dos direitos assegurados às populações *quilombolas*, uma vez que sua coexistência apenas enseja uma nova hermenêutica da proteção ambiental.

Na maioria dos casos, os conflitos derivam de interlocuções precárias entre os envolvidos, não raro, marcadas pela intransigência de posições e interesses, em prejuízo tanto da conservação ambiental quanto da cidadania dos quilombolas.

Nas conclusões apriorísticas que embasam os discursos das partes, as tentativas de solução centram-se demasiadamente na análise de confrontos, em detrimento do que pode ser comum aos interesses contrapostos.

Ademais, não obstante cingir-se a controvérsias tangentes à dignidade humana, a questão costuma ser apropriada por disputas e divergências interinstitucionais, normalmente, com alijamento da participação das comunidades envolvidas.

Por outro lado, os conceitos jurídicos dos institutos em debate fundam-se em certas premissas somente alcançáveis por meios téc-

nico-científicos. Realmente, a Constituição e as leis referem-se a critérios objetivos de aferição da imprescindibilidade de proteção de formas de expressão cultural e de intangibilidade de ecossistemas. Por tal razão, mostra-se evidente a impropriedade jurídica de controvérsias destituídas de sustentação técnica.

As soluções possíveis para eventuais conflitos devem ser encontradas no esforço hermenêutico de conciliar normas internacionais e constitucionais de forma harmônica, de forma a retirar delas o conteúdo de integração de princípios que zelam pela preservação ambiental, pelo desenvolvimento sustentável e direitos humanos.

Ao Ministério Público é dado alterar a realidade fática do confronto, na medida em que o espectro de suas funções alcança as duas vertentes do problema. No entanto, o ritmo, a qualidade e, sobretudo, a resolutividade impressos à atuação ministerial estarão diretamente vinculados ao suporte técnico de seus membros.

Referências

AFONSO DA SILVA, José. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ALMEIDA, Alfredo Wagner Berno de. Os quilombos e as novas etnias: é necessário que nos libertemos da definição arqueológica. In: LEITÃO, Sérgio (Org.). *Direitos territoriais das comunidades negras rurais*. Documentos do ISA, n. 5. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1999.

ANDRADE, Lúcia M. M. (Org.). *Desafios para o reconhecimento das terras quilombolas*. São Paulo: CPISP, 1997.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

ARRUDA, Rinaldo S. V. *Citado em saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil*. São Paulo: US, 2001.

ARRUTI, José Maurício Andion. *A emergência dos “remanescentes”*: notas para o diálogo entre indígenas e quilombolas. *Mana*, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/mana/v3n2/2439.pdf>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

BALDI, Cesar. Territorialidade étnica e proteção jurídica: as comunidades quilombolas e a desapropriação. In: FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia (Org.). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

FERNANDES, Edesio; ALFONSIN, Betânia (Orgs.). *Revisitando o instituto da desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LEITÃO, Sérgio (Org.). *Direitos territoriais das comunidades negras rurais*. Documentos do ISA, n. 5. São Paulo: Instituto Socioambiental, 1999.

MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

REIS, João José; GOMES, Flávio dos Santos. *Liberdade por um fio*: história dos quilombos no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Org.). *Ministério Público*: reflexões sobre princípios e funções institucionais. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTILLI, Juliana. Povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais: a construção de novas categorias. In: *Terras indígenas e unidades de conservação da natureza*. Revista do Instituto Socioambiental, 2004.

_____. *Socioambientalismo e novos direitos*. Proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: IEB, ISA, 2005.

_____. *Socioambientalismo e novos direitos*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Bifurcação na Justiça. *Folha de São Paulo*, 10 jun. 2008, p. 3.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SHIRAISHI NETO, Joaquim. Reflexão do direito das “comunidades tradicionais” a partir das declarações e convenções internacionais. *Hiléia*: Revista de Direito Ambiental da Amazônia, Manaus, Universidade Federal do Amazonas, ano 2, n. 3, jul./dez., 2004. Disponível em: <<http://www.pos.uea.edu.br/data/direitoambiental/hileia/2005/3.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1995.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Manual de direito penal brasileiro*. Parte Geral, 7. v. I. Revista dos Tribunais, 2008.

Regularização fundiária de unidades de conservação

Ludmila Junqueira Duarte Oliveira*

Sumário: 1 Introdução. 2 Importância dos espaços especialmente protegidos como instrumentos de conservação da biodiversidade. 3 Manejo das unidades de conservação e regularização fundiária. 4 Regularização fundiária das unidades de conservação criadas na vigência da Lei n. 9.985/2000. 5 Regularização fundiária das unidades de conservação preexistentes à Lei n. 9.985/2000. 6 Fontes de financiamento das áreas protegidas. 7 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo aborda a regularização fundiária de unidades de conservação atualmente no Brasil, com foco na atuação do Ministério Público Federal nessa seara.

Inicialmente, destaca-se a importância dos espaços especialmente protegidos como instrumento para a conservação da biodiversidade. Na atualidade, a criação de áreas especialmente protegidas é considerada uma das melhores estratégias para a conservação *in situ* da biodiversidade, sendo incentivada pela Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB¹, art. 8º), que traz no art. 2º a seguinte definição: “área protegida significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação”.

* Ludmila Junqueira Duarte Oliveira é Procuradora da República na Procuradoria da República no Município de Passos-MG.

¹ A CDB foi assinada no Rio de Janeiro em 1992 e aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 2, de 1994.

Historicamente pensadas para alcançar objetivos antropocêntricos vários – recreativos, econômicos, religiosos –, posteriormente o propósito de instituição de áreas protegidas ampliou-se para abranger a proteção de ecossistemas, processos ecológicos, *habitats* e espécies. Nos dias de hoje, a noção que melhor traduz o objetivo de criação de espaços protegidos é exatamente a da *conservação da biodiversidade*.

Derani (2001, p. 232) lembra que: “criar espaços especialmente protegidos por norma jurídica é instituir, pela idealização, ambientes racionalmente delimitados e de ação humana programada *a priori*”. Nesse sentido,

a Lei n. 9.985/2000 destina-se a desenhar áreas-tipo, a fim de que sejam implantadas em locais identificados pelo Estado, seja na esfera executiva, seja na legislativa. Cria essa lei modelos de ocupação ou exclusão que ganham força impositiva. A norma jurídica traça, assim, o modo como o homem deve ocupar determinados espaços territoriais. Numa espécie de planejamento da apropriação fundiária, determinados espaços identificados pelo Poder Público terão a sua apropriação modulada pelas disposições da Lei n. 9.985/2000. (DERANI, 2001, p. 238-239)

Evidencia-se, assim, a importância da efetiva aplicação das normas conformadoras da ocupação territorial desses espaços, sem as quais a instituição de áreas protegidas não passa de idealização sem maiores consequências práticas. No âmbito do Sistema Brasileiro de Unidade de Conservação (SNUC), entre tais normas encontra-se a disciplina da titularidade das terras compreendidas em unidades de conservação, cuja observância é essencial para sua implementação.

Partindo desses pressupostos, este trabalho analisa aspectos referentes ao processo de conformação da titularidade das áreas à previsão legal da categoria de unidade de conservação, também conhecido como *regularização fundiária*. Para maior clareza, a análise

foi seccionada em dois momentos: regularização fundiária das unidades de conservação criadas antes e depois da Lei n. 9.985/2000, que institui o SNUC.

Em ambos os grupos, contudo, a adequação dominial é necessária e exigirá a realização de levantamentos e diagnóstico da situação fundiária, imprimindo racionalidade ao processo de criação de unidades de conservação. O Ministério Público Federal, que tem entre suas funções institucionais a proteção do meio ambiente, tem papel relevante nesse desiderato, seja compelindo o órgão ambiental a efetivar a regularização fundiária de unidades de conservação, seja adotando medidas para coibir atividades incompatíveis com a tutela idealizada.

Ademais, são destacados alguns casos concretos de atuação do Ministério Público para a efetiva conservação da biodiversidade *in situ*, que podem ser replicados em situações semelhantes.

Ao final, considerando a imbricação dos temas, são tecidos breves comentários sobre financiamento das áreas protegidas, destacando o papel do Ministério Público também nessa questão.

2 Importância dos espaços especialmente protegidos como instrumentos de conservação da biodiversidade

No cenário atual, os espaços especialmente protegidos² são figuras centrais nos esforços nacionais e internacionais de conservação da biodiversidade. Adotando diferentes denominações e con-

² A sentença “espaços [territoriais] especialmente protegidos” é extraída do inciso III do § 1º do art. 225 da Constituição Federal de 1988. Em textos internacionais, também é adotada com sentido equivalente a designação “áreas protegidas”, como, por exemplo, em Emerton, Bishop e Thomas (2006). Na CDB, “área protegida significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, e administrada para alcançar objetivos específicos de conservação”. Há, contudo, autores como Leuzinger e Cureau (2008) que diferenciam os enunciados “espa-

figurações, as áreas protegidas garantem *habitat* a espécies em risco de extinção; preservam ecossistemas ameaçados, proporcionando a manutenção de seus serviços ambientais³; permitem a realização de pesquisas e desenvolvimento de estratégias para o controle das mudanças climáticas; incentivam formas sustentáveis de exploração dos recursos naturais.

São, assim, consideradas algumas das melhores estratégias de conservação *in situ* da biodiversidade e sua criação é incitada pela CDB:

Artigo 8 Conservação *in situ*

Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso:

- a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;
- b) Desenvolver, se necessário, diretrizes para a seleção, estabelecimento e administração de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica;

[...]

Historicamente, contudo, a instituição dos primeiros espaços especialmente protegidos foi motivada exclusivamente pelo bem-

ços territoriais especialmente protegidos” e “áreas protegidas”, apontando que em algumas normas são usados, respectivamente, como espécie e gênero.

³ No Parecer n. 005/SBF/MMA/2009, é citada definição do conceito: “Serviços ambientais ou ecossistêmicos: são funções imprescindíveis prestadas pelos ecossistemas naturais para a melhoria das condições ambientais adequadas à vida, que podem ser restabelecidas, recuperadas, mantidas e melhoradas” (Millenium Ecosystem Assessment (2005) *Ecosystem and Human Well-Being: Synthesis*. Island Press, Washington apud MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE, 2009, p. 28). Como exemplo, Benjamin (2001) cita a manutenção do ciclo hídrico, a regulação das condições macro e microclimáticas, a formação e proteção do solo etc.

-estar humano, seja com intuito de proporcionar recursos naturais para consumo futuro – como as reservas de caça⁴ –, seja para preservar locais de rara beleza para turismo e lazer.

A visão utilitarista da preservação da natureza apenas em razão dos recursos oferecidos começou a mudar no século XIX, com a criação do Parque Nacional de Yellowstone, o primeiro a ser oficialmente instituído nos Estados Unidos da América, em 1890. Conquanto ainda antropocêntrico, o objetivo da proteção neste caso estava associado não ao consumo dos recursos naturais, mas à garantia, para as presentes e futuras gerações, dos valores estéticos, naturais e paisagísticos do local de rara beleza (LEUZINGER, 2009).

A proteção de áreas de grande beleza, abertas ao turismo e à visitação pública – que traduz o conceito de parque nacional em vários países –, disseminou-se no final do século XIX e início do século XX, com a criação de áreas semelhantes na Austrália (1879), Canadá (1885), Nova Zelândia (1894), África do Sul (1898), México (1898), Argentina (1934) (LEUZINGER, 2009).

Posteriormente, começaram a surgir os primeiros textos internacionais com a menção expressa à instituição de espaços especialmente protegidos como estratégia de preservação ambiental, aprofundando a tendência de alteração do enfoque da tutela, do olhar exclusivamente antropocêntrico para o biocêntrico.

Entre os primeiros documentos internacionais, Leuzinger (2009) cita a *Convenção internacional sobre proteção da fauna e flora em seu estado natural* assinada em Londres, em 1933, como um dos pioneiros com objetivos biocêntricos, conquanto ainda mencionasse a beleza cênica como objetivo de proteção.

⁴ Leuzinger (2009, p. 65) sugere que a palavra *parque* “originou-se do uso de reservas para a caça, pois *parc*, em francês e inglês arcaicos, relaciona-se a uma ‘área cercada de solo, ocupada por animais de caça, protegida por ordem ou concessão do rei’”.

Em congresso organizado pela França e pela UNESCO, em 1948, foi criada a União Internacional para Proteção da Natureza (UIPN), cujo nome foi alterado, em 1956, para União Internacional para a Conservação da Natureza e Recursos Naturais (UICN). Ainda hoje a UICN é um importante organismo internacional que congrega Estados, agências nacionais e organizações não governamentais com objetivos comuns de conservação da integridade e diversidade da natureza e do uso sustentável dos recursos naturais (DUDLEY, 2008).

Com o avanço das discussões sobre o tema, paulatinamente foram ampliados os objetivos de criação das áreas protegidas, abrangendo diversos aspectos, tais como proteção de ecossistemas, processos ecológicos, espécies ameaçadas. Paralelamente, tiveram início as discussões acerca da classificação e sistematização dos espaços protegidos, e em 1956 a UICN propôs o primeiro sistema de classificação das unidades de conservação, ainda muito rígido e desconexo da visão ecossistêmica de preservação (LEUZINGER, 2009).

O dilargamento dos objetivos de tutela ambiental e a preponderância da visão preservacionista⁵, que excluía a ocupação humana dos espaços protegidos, provocaram conflitos com as populações locais, reforçando a ideia conservacionista de conciliação da proteção ambiental com a presença humana. Com isso, foi intensificada a instituição de unidades de conservação de uso sustentável, em que a presença humana integra o próprio conceito de área especialmente protegida⁶.

⁵ Segundo Leuzinger (2009, p. 68), “*para os preservacionistas, tendo à frente John Muir, as áreas virgens deveriam ser integralmente protegidas, sendo natural aquilo que não fosse objeto de ação ou intervenção humana*”.

⁶ Leuzinger (2009) cita como exemplo desta tendência a criação de reservas da biosfera, conforme “Programa o Homem e a Biosfera”, lançado na década de 1970 pela UNESCO.

Na década de 1980, a pluralidade de objetivos na criação de áreas protegidas consolidou-se no conceito amplo de *conservação da biodiversidade*, traduzida como a manutenção da

variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas. (CDB, art. 2^o).

A adoção do objetivo amplificado de conservação da biodiversidade como fundamento para a criação de áreas protegidas comporta diferentes possibilidades, desde espaços em que a presença do homem é extremamente restrita até unidades em que a ocupação humana é essencial à conservação da biodiversidade⁷.

O atual sistema brasileiro de unidades de conservação reflete exatamente esta tendência, ao dividir as espécies de áreas protegidas⁸ em dois grupos: de proteção integral – que não admite a presença humana permanente, mas apenas esporádica, com fins turísticos, educativos ou científicos – e de uso sustentável – em que a tutela presume a ocupação humana, ainda que baixa ou restrita a certos grupos.

O modelo brasileiro não destoa do proposto pela UICN, que, na última revisão da sua classificação das áreas protegidas, propõe sistema composto por sete categorias: Reserva Natural, Área Selvagem, Parque Nacional, Monumento Natural, Área

⁷ No Brasil, as unidades de conservação de uso sustentável são exemplos dessa modalidade de áreas protegidas. Na classificação proposta atualmente pela UICN, há inclusive a categoria de “Área de manejo de espécie/*habitat*” (Categoria IV), cujo conceito expressamente prevê a intervenção humana regular para a consecução do objetivo de proteção de uma espécie/*habitat* (DUDLEY, 2008).

⁸ É importante destacar que o conceito de espaços especialmente protegidos do inciso III do § 1^o do art. 225 da Constituição Federal de 1988 não se restringe às unidades de conservação, englobando ainda áreas protegidas *ex lege*, que prescindem de instituição por ato do poder público, como as áreas de proteção permanente e reserva legal. Neste trabalho, contudo, o enfoque recai sobre as unidades de conservação.

de Manejo de Espécie/*Habitat*, Paisagem Terrestre/Marítima Protegida, Área Protegida com Uso Sustentável de Recursos Naturais (DUDLEY, 2008, tradução nossa⁹). A UICN alerta que o objetivo da classificação dos espaços protegidos é garantir a eficácia a longo prazo da conservação *in situ*. Para tanto, é mister a escolha de amostras representativas de cada um dos diferentes ecossistemas, que serão protegidos dentro de um sistema coerente, inserido em escalas cada vez mais amplas de proteção (local – regional – global), até alcançar o ideal de tutelar amostras significativas de todos os ecossistemas do planeta.

A UICN também destaca que as categorias funcionam como molduras, que devem ser escolhidas conforme o ecossistema/espécie a ser protegido, sendo a adequação da modalidade eleita com os objetivos pretendidos constantemente verificada, de modo que permita alterações eventualmente necessárias. Por isso a diversidade de categorias é importante para a construção dos sistemas de proteção, pois além de refletir as especificidades locais do conceito de área protegida confere leque de alternativas possíveis, que devem ser selecionadas conforme a análise do ecossistema a ser protegido.

Examinando o instituto dos espaços especialmente protegidos, cabe ainda destacar o óbvio: a proteção conferida pela criação dessas áreas só é eficaz se as restrições e normas de manejo, adequadas aos fins pretendidos, forem efetivamente aplicadas. Do contrário, a “proteção” representa mera formalidade, simples simulacro de conservação da biodiversidade, desprovido de qualquer resultado concreto, negando vigência, assim, ao previsto tanto na CDB como na CF/88 (art. 225, § 1º, III). É o que

⁹ No original: *Strict Nature Reserve, Wilderness Area, National Park, Natural Monument or Feature, Habitat/Species Management Area, Protected Landscape/Seascape, Protected Area with Sustainable Use of Natural Resources*

também destaca a UICN, que, em seu *Guia para aplicação das categorias de áreas protegidas*, cita entre os elementos essenciais de um sistema de espaços protegidos:

Consistência: *aplicação dos objetivos de manejo*, propostas e classificações sob padrões uniformes de comparação, de modo a permitir que os objetivos de cada área protegida no sistema sejam claros para todos, *maximizando as chances de que o manejo e o uso contribuam para alcançar os resultados*. (DUDLEY, 2008, p. 10, tradução e grifos nossos¹⁰).

3 Manejo das unidades de conservação e regularização fundiária

Como já apontado no item anterior, a criação de espaços protegidos sem a consequente aplicação das restrições e normas de manejo adequadas à consecução dos fins pretendidos transforma em mera ilusão a proteção almejada.

No sistema brasileiro de unidades de conservação, assim como no sistema proposto pela UICN, a eficácia da proteção começa a ser buscada já na escolha da categoria a ser adotada. Assim, o art. 22 da Lei n. 9.985/2000, que hoje regulamenta o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), prevê a necessidade de estudos técnicos prévios, determinando “a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, conforme se dispuser em regulamento”. E o Decreto n. 4.340/2002 densifica o dispositivo legal, apontando que a categoria de manejo deve ser escolhida no momento da criação da unidade de conservação.

Entretanto, a escolha da modalidade de unidade de conservação não é suficiente para garantir a proteção necessária, que é feita também por meio do Plano de Manejo, consistente no

¹⁰ No original: “*Consistency: application of management objectives, policies and classifications under comparable conditions in standard ways, so that the purpose of each protected area within the system is clear to all and to maximize the chance that management and use support the objectives*”.

documento técnico mediante o qual, com fundamento nos objetivos gerais de uma unidade de conservação, se estabelece o seu zoneamento e as normas que devem presidir o uso da área e o manejo dos recursos naturais, inclusive a implantação das estruturas físicas necessárias à gestão da unidade. (Lei n. 9.985/2000, art. 2º, XVII)

Cabe lembrar que esse regime especial de administração, traduzido pelo Plano de Manejo, integra a própria definição de unidade de conservação (Lei n. 9.985/2000, art. 2º, I) e, no plano internacional, o conceito de áreas protegidas da UICN.

Um espaço geográfico claramente definido, reconhecido, vinculado e *administrado, através de normas ou outros meios eficazes*, com escopo de alcançar conservação de longo prazo da natureza, serviços ambientais associados e outros valores culturais. (DUDLEY, 2008, p. 8, tradução e grifos nossos¹¹)

Observando os delineamentos legais que conformam as diferentes categorias de unidades de conservação, aliados à efetiva aplicação do Plano de Manejo, concretiza-se a tutela prometida com a criação da unidade de conservação. Sem a observância das características previstas em lei para a modalidade de unidade de conservação eleita e sem um Plano de Manejo em constante revisão, cai-se no vazio da proteção meramente formal.

Nesse contexto, adquire relevância a indicação legislativa do domínio das áreas que integram unidades de conservação. Analisando a Lei n. 9.985/2000, percebe-se que, entre os elementos conformadores das unidades de conservação, o legislador brasileiro destacou o domínio das terras, em alguns casos elegendo a propriedade privada (Reserva Particular do Patrimônio Natural), em outros, a posse e domínio públicos (Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque

¹¹ No original: “*A clearly defined geographical space, recognised, dedicated and managed, through legal or other effective means, to achieve the long-term conservation of nature with associated ecosystem services and cultural values*”.

Nacional, Floresta Nacional), e, em algumas hipóteses, a titularidade pública ou privada, esta desde que compatível com os objetivos da proteção (Monumento Natural, Refúgio de Vida Silvestre, Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico).

A titularidade das áreas não é determinada pelo grupo de que faz parte a unidade de conservação ou pelo grau de ocupação humana permitido, uma vez que há unidades de uso sustentável de domínio público, como as Florestas Nacionais, bem como áreas de proteção integral em que é facultada a propriedade privada, como os Monumentos Naturais e Refúgios de Vida Silvestre. Apesar de não restar evidente o critério que guiou o legislador na escolha da titularidade indicada, é inegável que esta característica deve ser observada para a concretização dos objetivos da unidade de conservação, pois presume-se que teve como fundamento a adequação aos fins almejados. Nesse sentido, Graf e Oréfice (2002, p. 803):

No entanto, a efetiva implantação de uma unidade de conservação seja de proteção integral, seja de uso sustentável, passa necessariamente pela ordenação dos direitos e deveres dos titulares de domínio ou de posse sobre as áreas respectivas. Ou a área é desapropriada e passa para o domínio público ou são limitados e regulamentados os usos permitidos.

De fato, conquanto nem sempre seja possível identificar a *mens legis* da dominialidade indicada, é evidente que a titularidade da área é um dos fatores essenciais para possibilitar a aplicação integral das normas previstas no Plano de Manejo. Muitas vezes, as restrições impostas ao uso e gozo em uma unidade de conservação implicarão o completo esvaziamento econômico do direito e, ainda que a função socioambiental atualmente integre o próprio conceito de propriedade, a proteção da biodiversidade não pode representar expropriação vedada pela Constituição Federal de 1988 (arts. 5º, XXII a XXIV, e 184).

Ademais, a adequação da titularidade da área à espécie de unidade de conservação – inclusive com a desapropriação e indenização nos casos de unidades de conservação de posse e domínio públicos – proporciona a distribuição equitativa dos custos da proteção ambiental, como também atrai o apoio da população local para a consecução dos fins pretendidos, evitando conflitos.

Esse processo de consolidação da unidade de conservação sob o enfoque da titularidade da área é usualmente denominado “regularização fundiária”. Azevedo, S. (2002, p. 37) sugere que a expressão é oriunda do direito agrário:

A regularização fundiária no sentido adotado pelo direito agrário consiste na definição das situações dominiais e possessórias de imóveis rurais situados em determinado espaço territorial. [...]

No plano ambiental, a regularização fundiária consiste na solução das situações dominiais e possessórias não no sentido de reconhecê-las e mantê-las intocáveis, como acontece no direito agrário, mas com o objetivo de incorporar as terras ocupadas a justo título ou não ao patrimônio do órgão gestor da unidade de conservação.

A regularização fundiária não é, assim, um instituto jurídico único, pois pode englobar vários instrumentos, como as discriminatórias administrativas e judiciais de terras devolutas (Lei n. 6.368/1976); a retificação de registros imobiliários que, com base na Lei n. 10.267, de 28 de novembro de 2001, passou a exigir a apresentação de memoriais descritivos com indicação das coordenadas georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro; a desapropriação, consensual ou judicial etc.

A análise da regularização fundiária das unidades de conservação pode ser dividida em dois momentos, que serão analisados nos tópicos seguintes: unidades criadas antes da Lei n. 9.985/2000 e unidades instituídas na vigência da Lei do SNUC, que explicitou a titularidade das áreas para cada categoria de unidade de conservação.

4 Regularização fundiária das unidades de conservação criadas na vigência da Lei n. 9.985/2000

No Brasil, a estratégia de criação de unidades de conservação trilhou caminho semelhante ao de outros países, iniciando com objetivos primordialmente antropocêntricos, como a preservação de locais de rara beleza cênica para desfrute das futuras gerações e o uso adequado de recursos naturais.

Nesse contexto, o Código Florestal de 1934 (Decreto n. 23.793, de 23 de janeiro de 1934) previa a criação de alguns espaços protegidos: florestas protetoras, florestas remanescentes, florestas modelos, florestas de rendimento e parques nacionais. Contudo, o escopo ainda não era a conservação da biodiversidade nos moldes atuais, mas a regulamentação da utilização de alguns recursos naturais (LEUZINGER, 2009). O conjunto carecia de sistematização e as normas sobre a forma de criação, dominialidade e regime jurídico eram lacônicas.

Posteriormente, o Código Florestal de 1965 (Lei n. 4.771) previu a criação de unidades de conservação de uso indireto (Parques Nacionais e Reservas Biológicas) e de uso direto (Florestas Nacionais, Reservas Florestais e Parques de Caça Florestais)¹², cunhando a “divisão conceitual entre unidades de conservação de uso integral, que não admitem utilização direta dos recursos naturais, e unidades de uso direto, hoje denominadas unidades de uso

¹² Art. 5º O poder público criará:

a) Parques Nacionais, Estaduais e Municipais e Reservas Biológicas, com a finalidade de resguardar atributos excepcionais da natureza, conciliando a proteção integral da flora, da fauna e das belezas naturais com a utilização para objetivos educacionais, recreativos e científicos;

b) Florestas Nacionais, Estaduais e Municipais, com fins econômicos, técnicos ou sociais, inclusive reservando áreas ainda não florestadas e destinadas a atingir aquele fim.

Parágrafo único. Fica proibida qualquer forma de exploração dos recursos naturais nos Parques Nacionais, Estaduais e Municipais.

sustentável” (LEUZINGER, 2009, p. 95). Em 1967, foi editada a Lei n. 5.197, conhecida como Código de Caça, que, segundo Leuzinger (2009, p. 95), com o Código Florestal:

[...] estabeleceram novos conceitos para parques nacionais, reservas biológicas, florestas nacionais e parques de caça (tendo este último corrigido a anterior equivalência conceitual entre parques nacionais e reservas biológicas), procurando observar as recomendações sobre políticas conservacionistas elaboradas pelo 1º Congresso Mundial sobre Parques Nacionais, ocorrido em Seattle, 1962.

Apesar desse início de sistematização, ainda não havia normas claras acerca do regime jurídico específico de cada categoria e nem sobre a dominialidade das áreas. Nessa esteira, as unidades “eram criadas conforme as oportunidades políticas e em locais onde não havia ou havia poucos problemas fundiários, ou seja, sem que fosse utilizado qualquer critério científico para identificação de áreas prioritárias” (LEUZINGER, 2009, p. 98).

Em 1979, por meio do Decreto n. 84.017, foram incorporadas ao ordenamento jurídico normas com escopo de efetivar a proteção ambiental proporcionada pelas unidades de conservação, bem como para sistematizar a criação de novas áreas protegidas. Conquanto dirigida especificamente aos Parques Nacionais, o referido Decreto trazia normas que deveriam ser aplicadas, por analogia, na criação de todas as demais categorias de unidades de conservação:

Art. 41. *O estudo para criação de Parques, Nacionais deve considerar as necessidades do sistema nacional de unidades de conservação, onde amostras dos principais ecossistemas naturais fiquem preservadas, evitando-se o estabelecimento de unidades isoladas que não permitam total segurança para a proteção dos recursos naturais renováveis.*

Art. 42. *Propostas para criação de Parques Nacionais devem ser precedidas de estudos demonstrativos das bases técnico-científicas e sócio-econômicas, que justifiquem sua implantação. [grifos nossos]*

Ainda com intuito de sistematizar a criação de unidades de conservação, em 1979 o Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), então responsável pela administração da maior parte das unidades de conservação, propôs a *Primeira Etapa do Plano do Sistema de Unidades de Conservação para o Brasil*. Entre os objetivos visados, estava a identificação, por meio de critérios técnico-científicos, de lacunas no sistema e de áreas com potencial interesse para proteção, bem como a revisão do conceito e regramento das categorias então existentes (LEUZINGER, 2009, p. 103).

A *Segunda Etapa do Plano do Sistema de Unidades de Conservação para o Brasil* veio em 1982, ainda com intuito de aprofundar a sistematização da proteção ambiental por meio dos espaços protegidos.

Após a Constituição Federal de 1988 e a previsão expressa da função ambiental pública¹³ de “definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos” (art. 225, § 1º, III), foi finalmente editada a Lei n. 9.985/2000, instituindo o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e estabelecendo critérios para a criação, implantação e gestão das unidades de conservação. Apesar de não englobar todas as formas de espaços especialmente protegidos, a Lei do SNUC significou grande avanço na gestão pública dos espaços ambientais, pois fixou com clareza o regime jurídico das categorias nela previstas.

Conquanto tenha representado significativo progresso em relação ao cenário anterior, a Lei do SNUC não explicita o procedimento a ser adotado na criação de novas unidades de conservação,

¹³ Leuzinger e Cureau (2008) explicam que o Constituinte de 1988, ao impor ao poder público e à coletividade o dever intergeracional de preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado estabeleceu uma função ambiental paralelamente pública e privada.

apesar de indicar alguns atos que, necessariamente, deverão ser executados. Nesse sentido, seu art. 22 prevê que a instituição será feita por ato do poder público, “precedida de estudos técnicos e de consulta pública que permitam identificar a localização, a dimensão e os limites mais adequados para a unidade, *conforme se dispuser em regulamento*” (grifo nosso). Caberia assim, ao decreto regulamentador, densificar o regramento da criação de unidades de conservação.

Contudo, a correspondente regulamentação, feita pelo Decreto n. 4.340/2002, não traz qualquer outra norma sobre o procedimento de criação de unidades de conservação, prevendo que “cada categoria de unidade de conservação integrante do SNUC será objeto de *regulamento específico*” (art. 46, grifo nosso), que ainda não exsurgiu.

Para preencher tal vácuo normativo, Leuzinguer (2009, p. 204) lembra os dispositivos previstos na Instrução Normativa IBAMA n. 02, de 16 de outubro de 1998, editada para “estabelecer e uniformizar o procedimento administrativo acerca do processo de identificação, criação e regularização fundiária de unidades de conservação, de que trata o artigo 225, § 1º, III, da Constituição Federal e Lei n. 6.938/1981, alterada pela Lei n. 7.804/1989”.

O art. 2º da IN IBAMA n. 02/1998 determina a identificação e análise dos fatores socioeconômicos e *fundiários* das áreas a serem transformadas em unidade de conservação, englobando *busca documental e levantamentos cartorários para elaboração de um diagnóstico da situação fundiária*, estudos técnicos ambientais e culturais, levantamento socioeconômico, dados planialtimétricos e georreferenciados. Em seguida (art. 5º), as informações colhidas seriam encaminhadas para análise jurídica, acompanhadas da justificativa dos objetivos e importância da área e, se possível, *quantificando o custo da indenização pelas desapropriações*. Após exame, a Procuradoria-Geral do IBAMA encaminharia ao

Ministro do Meio Ambiente a proposta de criação da unidade de conservação, acompanhada de parecer jurídico.

Contudo, tal Instrução Normativa foi imotivadamente revogada pela Portaria IBAMA n. 76/1999, e a lacuna foi posteriormente preenchida pela Portaria IBAMA n. 77-N, que tratou de forma muito mais superficial o procedimento de criação de unidades de conservação, substituindo a exigência de levantamentos fundiários e cartorários por “diagnóstico expedido sobre a situação fundiária”.

Desde sua criação, por meio da Lei n. 11.516, de 28 de agosto de 2007, o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade editou a Instrução Normativa n. 02, de 15 de maio de 2008, que “dispõe sobre o procedimento administrativo para a realização de estudos técnicos e consulta pública para a criação de unidade de conservação federal”, prevendo, entre outros levantamentos, a “caracterização da população residente, contendo o número e tamanho médio das propriedades e o padrão de ocupação da área” (art. 4º).

Apesar de não estar expresso, é evidente que esse levantamento ocupacional prévio deverá, inclusive, estimar os custos da desapropriação, permitindo que a unidade de conservação seja criada, senão completamente regularizada, pelo menos com um planejamento de sua consolidação fundiária.

Afinal, conquanto inexistir dispositivo legal condicionando a criação de unidade de conservação de posse e domínio públicos à prévia desapropriação¹⁴, já restou demonstrado que a proteção

¹⁴ Apesar de inexistir norma expressa nesse sentido, Leuzinguer (2009, p. 229) entende necessária a desapropriação prévia: “o Estado deverá, para adequar ao mandamento constitucional a questão relativa à regularização fundiária (desapropriação das áreas particulares afetadas mediante justa e prévia indenização em dinheiro), expedir declaração de utilidade pública antes da criação da unidade, que poderá conter declaração de urgência e, dentro de 120 dias, pedido judicial de missão provisória

da biodiversidade está adstrita à efetiva consolidação da categoria de manejo, *inclusive com a adequação da titularidade da área*. Assim, apesar de ser possível a instituição de unidade de conservação de propriedade pública sem a prévia indenização das áreas privadas abrangidas, *é essencial uma programação viável para que essa consolidação dominial ocorra em período razoável*.

Tal levantamento fundiário permitirá ao poder público responsável pela criação da área planejar e reservar ou captar recursos suficientes para a desapropriação das áreas, incutindo maior racionalidade no processo de instituição das unidades de conservação. Paralelamente, o planejamento poderá evitar o pagamento de indenizações exorbitantes ao que seria realmente devido, prevenindo atuações emergenciais como as adotadas pela Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, relatadas por Azevedo, P. (2002, p. 27, grifos nossos):

No Estado de São Paulo, tomando-se os precatórios expedidos no período de 1992 a 2001, verificamos que, em valores atualizados a março de 2001, sem contar juros compensatórios e moratórios, os chamados “precatórios ambientais” representavam cerca de 60% do valor, apesar de representarem apenas 1,8% dos credores. Os demais processos representavam cerca de 40% do crédito e 98,4% dos credores.

Estes números podem ser mais bem visualizados no Gráfico 1.

O Estado de São Paulo, por meio da PGE e com o indispensável apoio técnico das demais instituições já mencionadas [Secretaria do Meio Ambiente, Secretaria da Justiça/Fundação ITESP, Secretaria de Ciência e Tecnologia e Desenvolvimento Econômico/IPT e Universidades e Secretaria da Agricultura/ Instituto de Economia Agrícola], conseguiu obter significativas

na posse acolhido pelo juiz, somente após a regular desapropriação das propriedades privadas inseridas na área da unidade a ser criada poderá ser assinado e publicado o Decreto instituindo-a, ou editada lei formal nesse sentido, quando a unidade for criada pelo Poder Legislativo”.

vitórias judiciais que deram ensejo à suspensão ou cancelamento de mais de R\$3 bilhões em valores de outubro de 2001, como será exibido no Gráfico 2.

Ambos os gráficos indicam que uma política de implementação de unidades de conservação que não se preocupe efetivamente com a regularização fundiária desses espaços pode inviabilizar completamente qualquer política pública voltada a esses setor, se considerados os volumes de recursos comprometidos.

Além disso, o planejamento da regularização fundiária elaborado concomitantemente à proposta de criação da área permite ao poder público, por meio do órgão responsável pela administração e do próprio gestor da unidade de conservação (que pode ser sociedade civil de interesse público, conforme art. 30 da Lei n. 9.985/2000), captar recursos e adotar estratégias necessários à efetiva consolidação dominial. De fato, nem sempre as verbas orçamentárias serão suficientes para a implantação da unidade de conservação, que poderá ser financiada com recursos oriundos de fontes diversas, como “doações de qualquer natureza, nacionais ou internacionais, com ou sem encargos, provenientes de organizações privadas ou públicas ou de pessoas físicas que desejarem colaborar com a sua conservação” (Lei n. 9.985/2000, art. 34)¹⁵.

Por fim, uma programação indicativa da forma e prazo em que será reordenado o espaço geográfico objeto de especial proteção traz transparência e segurança jurídica para a população local, prevenindo conflitos posteriores e quiçá atraindo o apoio da comunidade para a implantação da unidade de conservação, sem o qual dificilmente será exitosa a iniciativa.

¹⁵ O financiamento das áreas protegidas é tema muito atual, que mereceu especial atenção da UICN na publicação *Sustainable financing of protected areas: a global review of challenges and options*, em que a diversificação das fontes de financiamento é reputada essencialmente à sustentabilidade dessas áreas.

Por todas essas razões, atualmente deve ser exigido do poder público, no momento da instituição de unidade de conservação de posse e domínio públicos, a prévia desapropriação das áreas privadas abrangidas e, se tal não for possível, pelo menos o planejamento da forma e prazo em que serão adquiridos os imóveis. Nessa mesma linha concluiu Azevedo, P. (2002, p. 29), por ocasião do III Congresso Brasileiro de Unidades de Conservação:

- a) na implementação das unidades de conservação é indispensável que seja realizado previamente à sua criação estudo sobre os aspectos fundiários, ou seja, qual o regime jurídico de propriedade dentro dos limites pretendidos;
- b) o poder público deve ter clareza das estratégias de aquisição das áreas particulares destinadas à unidade de conservação, inclusive para fins de seleção da categoria de manejo (proteção integral ou uso sustentável);
- c) a articulação entre os órgãos técnicos, ambientais e fundiários e os órgãos jurídicos deve ser estimulada para que se evitem problemas na implantação das unidades de conservação;
- d) os governos devem ser instados a adquirir amigavelmente por valores de mercado áreas particulares que pretendam incorporar para a criação de unidades de conservação;
- e) políticas públicas que desconsiderem a situação fundiária nos limites de unidades de conservação podem levar a condenações em montantes de recursos cujo dispêndio tende a inviabilizar o sistema de unidades de conservação;

[...]

Diante da inexistência de previsão normativa específica, deve ser adotado como *prazo máximo para a consolidação dominial* o previsto no Decreto-lei n. 3.365/1941 para ajuizamento da ação desapropriatória, qual seja, cinco anos a partir da criação da unidade de conservação, que evidencia a utilidade pública

consistente na “proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza” (art. 5º, *k*, c/c 10).

Em relação à criação de unidades de conservação federal, o Ministério Público Federal tem papel preponderante em concitar e exigir do poder público a elaboração do planejamento de implementação das unidades de conservação, sobretudo criadas a partir da Lei do SNUC. A programação responsável é necessária não apenas para efetivar a proteção ambiental prometida com a criação das unidades de conservação, mas também para compatibilizar tal função pública com os direitos de comunidades tradicionais, indígenas e de toda a população afetada pela instituição do espaço especialmente protegido.

5 Regularização fundiária de unidades de conservação preexistentes à Lei n. 9.985/2000

Como já exposto, anteriormente à Lei n. 9.985/2000, as categorias de espaços especialmente protegidos não estavam organizadas de forma sistêmica e existiam várias lacunas em seu regime jurídico, até mesmo quanto ao domínio das áreas.

Com a superveniência da Lei do SNUC, de incidência imediata, as unidades preexistentes passaram a ser regidas por suas normas, e aquelas desconformes às categorias previstas deveriam ser “reavaliadas, no todo ou em parte, no prazo de até 2 (dois) anos, com o objetivo de definir sua destinação com base na categoria e função para as quais foram criadas” (art. 55).

Assim, com a definição normativa acerca da dominialidade nas diferentes categorias, evidenciou-se a necessidade de regularização das unidades de conservação anteriormente criadas.

Também para a consolidação dominial das unidades preexistentes é essencial a realização do *diagnóstico da situação fundiária*,

incluindo tanto levantamento da ocupação quanto cartorário, para a elaboração de *planejamento* viável da regularização fundiária.

Na busca de informações sobre a ocupação da área, o órgão ambiental deverá articular-se com as demais unidades da Administração Pública, sobretudo o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) e a Fundação Nacional do Índio (FUNAI), pois algumas vezes serão detectadas superposições e ponto de contato entre a unidade de conservação e as áreas ocupadas por populações tradicionais, assentamentos agrários e comunidades indígenas.

Além das pesquisas de campo, outra valiosa fonte de informações é o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), sobretudo quanto aos dados do Censo Agropecuário. Conforme o IBGE, as informações do último Censo Agropecuário, referentes a 31.12.2006, versam sobre as seguintes variáveis: total de estabelecimentos agropecuários e respectiva área total; área total de lavouras, pastagens, matas, tratores; total de pessoal ocupado e totais de bovinos, bubalinos, caprinos, ovinos, suínos e aves (IBGE, 2006).

Diante dessas informações, confirmadas por levantamentos de campo, antes mesmo da regularização fundiária pode ser necessária a adoção de medidas para coibir o uso ilegal e degradante da área, que poderia frustrar a proteção pretendida com a criação da unidade de conservação. Esta foi a estratégia adotada, por exemplo, no Parque Nacional de Ilha Grande, no Paraná – criado em 1997 –, conforme relata Azevedo, R. (2002, p. 806):

Na área do atual Parque Nacional de Ilha Grande, que abrange significativa parcela do remanescente do Rio Paraná no Brasil, a situação com que nos deparamos (1993) antes da instituição de tal unidade pode ser descrita como: arquipélago de ilhas (incluindo aquela que dá a denominação à unidade) e várzeas, anteriormente inseridas no extinto Parque Nacional das Sete Quedas – descon-

tituído em razão da submersão dos Saltos do Guairá pela formação do reservatório da UHE de Itaipu – ocupado por criadores de gado que com tal atividade vinham expulsando a população de ilhéus e ribeirinhos que habitavam a área desde quando o rio Paraná era a única via de acesso à região, colonizada há não mais de quatro décadas.

A atuação do Ministério Público, dada a situação de fato, centrou-se na cessação do uso da área de preservação permanente correspondente às áreas marginais ao rio Paraná (500 m) para pecuária extensiva, justamente onde as margens mais elevadas da Ilha Grande propiciavam tal prática, ilegal.

[...]

Até o final de 1994 logrou-se a retirada, administrativamente, de cerca de 90% do rebanho bovino existente no arquipélago, na comarca de Altônia. Ações civis públicas ajuizadas desde então culminaram com a retirada, em 2002, do derradeiro rebanho, todas ações alcançando efetividade antes do trânsito em julgado das decisões de mérito.

Também na Estação Ecológica Terra do Meio, Pará – criada em 2005 e integrante do Mosaico de Unidades de Conservação da Terra do Meio¹⁶ –, foi trilhado caminho semelhante. Tendo em vista a inexistência de comprovação idônea da titularidade dos imóveis, o Ministério Público Federal no Município de Altamira ajuizou várias ações civis públicas com escopo de retirar da área da Estação Ecológica Terra do Meio o rebanho bovino criado por fazendeiros, que também foram responsabilizados pelos danos ambientais causados (*Prazo para desocupação de outras fazendas na Terra do Meio termina em setembro, 2008*).

¹⁶ Conforme Assessoria de Comunicação da Procuradoria da República no Pará (*Prazo para desocupação de outras fazendas na Terra do Meio termina em setembro, 2008*), o mosaico da Terra do Meio é composto pela Estação Ecológica da Terra do Meio, Parque Nacional da Serra do Pardo e Reserva Extrativista do Médio Xingu, que se somam às Terras Indígenas Kararaô, Araweté e Apyterewa.

Foram concedidas liminares e a maior parte dos fazendeiros, acatando a ordem de reintegração de posse – sobretudo após a apreensão e leilão de mais de 3.000 reses de Lourival Mendes Medrado, por descumprimento da ordem judicial –, retirou o gado sob a supervisão dos servidores do IBAMA e ICMBio (*Prazo para desocupação de outras fazendas na Terra do Meio termina em setembro, 2008; Chega ao fim operação Boi Pirata na Terra do Meio, 2008*).

Além da adoção das medidas necessárias a coibir o uso ilícito e degradante dos recursos naturais abrangidos pela unidade de conservação, é essencial a identificação dos imóveis que compõem a área, permitindo a elaboração do planejamento necessário à regularização fundiária. Para este mister também é conveniente a articulação dos órgãos ambientais com outras unidades da Administração Pública, seja para identificar a existência de terras devolutas, seja para a obtenção de outras informações relevantes.

Neste mister, importante ferramenta é o Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR) (Lei n. 5.868, de 1972), que consolida as informações do Cadastro Nacional de Imóveis Rurais (CNIR), criado pela Lei n. 10.267, de 2001. Com a paulatina exigência de apresentação de memorial descritivo dos imóveis com as coordenadas dos vértices georreferenciadas ao Sistema Geodésico Brasileiro (§ 3º do art. 176 da Lei n. 6.015, de 1973, c/c art. 10 do Decreto n. 4.449, de 2002), será mais fácil a identificação dos imóveis abrangidos pela unidade de conservação e o planejamento da forma e prazo de aquisição para efetiva integração ao patrimônio público.

Identificadas as unidades imobiliárias e elaborado o planejamento da forma e prazo da regularização fundiária, o procedimento para avaliação e indenização dos imóveis e benfeitorias

está regulamentado na Instrução Normativa do ICMBio n. 02, de 3 de setembro de 2009. Tal ato administrativo descentraliza, de forma salutar, a instrução dos procedimentos, inclusive a realização de vistoria e elaboração de laudo técnico, para a chefia da unidade de conservação ou coordenação regional a que está adstrita (art. 17). Outrossim, a Instrução Normativa concita à celebração de acordos e parcerias institucionais com órgãos da Administração Pública das três esferas (arts. 24 e 41), o que também contribuirá para tornar mais eficiente o processo de regularização fundiária das unidades de conservação.

Cabe ainda lembrar que a implementação de unidades de conservação, incluindo sua regularização fundiária, exige expressivo volume de recursos. Assim, ainda a desafiar os órgãos ambientais na criação de espaços especialmente protegidos e imbricada com a exigência de consolidação dominial, sobressai-se a questão do financiamento das áreas protegidas, acerca da qual serão tecidos breves comentários no próximo e derradeiro tópico.

6 Fontes de financiamento das áreas protegidas

O financiamento das áreas protegidas não é o objeto deste trabalho, mas, considerando que a consolidação dominial geralmente exige grandes somas, faz-se conveniente algumas pinceladas sobre o tema.

Os recursos para a conservação da biodiversidade têm sido objeto de constante reflexão e discussão nos fóruns internacionais. Emerton, Bishop e Thomas (2006), em publicação específica sobre a questão, lembram que, tanto no 5º Congresso Mundial de Parques da UICN (Durban, África do Sul, 2003) quanto na COP 7 (Conferência das Partes da Convenção sobre Diversidade Biológica, Kuala Lumpur, Malásia, 2004), consta-

tou-se a insuficiência de investimentos na conservação da biodiversidade e, em especial, nas áreas protegidas.

Analisando diferentes casos ao redor do mundo e na tentativa de apontar caminhos para incrementar o financiamento das áreas protegidas, os autores sugerem algumas medidas:

- diversificação das fontes de financiamento, buscando outros recursos além dos destinados pelo poder público aos espaços especialmente protegidos;
- aperfeiçoamento da administração financeira, alocando adequadamente os recursos destinados à área;
- levantamento realista dos custos (inclusive indiretos¹⁷) e benefícios da área protegida, assegurando que aqueles que suportam seu ônus sejam identificados e adequadamente compensados, bem como os que se beneficiam da proteção sejam compelidos a contribuir para sua manutenção.

Relativamente à última sugestão, Emerton, Bishop e Thomas (2006, p. 21) frisam a necessidade de identificar os benefícios proporcionados pela criação das áreas protegidas e sua distribuição na sociedade, lembrando que o proveito não se resume a criação de empregos, estimulação do empreendedorismo rural, entrada de recursos externos em razão do turismo, pois há outros benefícios intangíveis, de difícil visualização, como preservação de valores culturais e manutenção de serviços ambientais, que muitas vezes são a principal razão para a criação da área protegida. Derani (2001, p. 244-245) cita alguns desses

¹⁷ Conforme Emerton, Bishop e Thomas (2006, p. 18-19), o custo das áreas protegidas não se resume à infraestrutura e pessoal necessários à manutenção da área, mas engloba também os prejuízos e benefícios decorrentes da especial proteção, tais como lucros cessantes decorrentes da limitação do uso de recursos naturais e danos ambientais causados por pressões sobre outras áreas em que não foram adotadas as mesmas restrições.

benefícios usualmente não identificados, proporcionados pelas unidades de conservação:

Nas unidades de conservação, o modo como o homem se relaciona com o ambiente é necessariamente diverso do seu cotidiano. Não obstante, essa distância não exclui a contribuição dessas unidades ao desenvolvimento das atividades humanas que impuseram a criação de UCs, ou seja, são locais que comportam contribuições ao sistema de mercado. A restrição da liberdade de iniciativa pela absorção na divisão do território de áreas especialmente protegidas é indispensável para o desenvolvimento das relações industriais e mercantis.

Uma demonstração significativa da ligação dos espaços definidos como unidades de conservação ao desenvolvimento das relações de mercado está no seu papel de conservação de recursos biológicos e manutenção de bancos genéticos. As UCs podem ser espécies de *bancos de conhecimento e de recursos* para incrementar a atividade humana de mercado.

[...]

A ciência só se desenvolve em bases de experiências passadas, cujo primeiro elo é a natureza. O desenvolvimento de novas tecnologias depende do aprendizado já existente. As UCs são bancos de conhecimento e de recursos, elementos indispensáveis para o desenvolvimento da ciência.

Assim, é essencial que os administradores das unidades de conservação identifiquem todos os benefícios socioeconômicos proporcionados, adotando manejo adequado para destacar tal proveito.

No Brasil, a Lei n. 9.985/2000 trouxe algumas normas que buscam essa distribuição equitativa dos custos e benefícios da criação de unidades de conservação. Como exemplo, cabe lembrar que as Reservas Extrativistas e de Desenvolvimento Sustentável objetivam também preservar o modo de vida e a cultura das populações tradicionais residentes, de modo que as limitações a elas impostas tenham por escopo sua própria conservação.

Destarte, aliada à conservação da biodiversidade, há nessas categorias, como benefícios diretos da criação da área, o desenvolvimento de novas técnicas e tecnologias de exploração e uso dos recursos naturais. Os principais beneficiários dessas inovações devem ser exatamente as populações tradicionais residentes.

A Lei do SNUC também prevê, nos arts. 47 e 48:

Art. 47. O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pelo abastecimento de água ou que faça uso de recursos hídricos, beneficiário da proteção proporcionada por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica.

Art. 48. O órgão ou empresa, público ou privado, responsável pela geração e distribuição de energia elétrica, beneficiário da proteção oferecida por uma unidade de conservação, deve contribuir financeiramente para a proteção e implementação da unidade, de acordo com o disposto em regulamentação específica.

Ora, essa proteção usufruída pelos usuários de recursos hídricos ou responsáveis pelo abastecimento de água e geração de energia elétrica é exatamente a espécie de proveito proporcionado pelas unidades de conservação, que, normalmente, é subavaliado ou sequer estimado (EMERTON, BISHOP e THOMAS, 2006, p. 22). No Brasil, conquanto exista dispositivo legal exposto sobre o dever de contribuir para a manutenção da unidade de conservação responsável pela proteção usufruída, até hoje não há a respectiva regulamentação, permitindo aos órgãos e empresas esquivarem-se de tal contribuição.

Também aqui adquire relevo o papel do Ministério Público em exigir dos órgãos e empresas beneficiárias esse suporte econômico das unidades de conservação, bem como compelir à regulamentação dos dispositivos legais, garantindo sua aplicação uniforme, pois, ainda que se pretenda conferir eficácia contida e não

limitada às normas dos arts. 47 e 48 da Lei do SNUC, são evidentes os benefícios da regulamentação, que trará clareza a conceitos como “beneficiário da proteção” e indicará os critérios necessários a aquilatar o montante da contribuição financeira de cada um.

Por fim, destaque-se que o Ministério Público ainda pode contribuir na identificação e distribuição equitativa dos ônus e benefícios, muitas vezes não visualizados, da criação de unidades de conservação. O escopo aqui é garantir que populações tradicionais, indígenas, quilombolas e outras minorias sejam recompensadas pelos benefícios trazidos por sua presença em unidades de conservação, bem como evitar que o ônus da criação seja suportado apenas pelos habitantes da área e do entorno.

Com a diversificação do financiamento das áreas protegidas, inclusive com a identificação e distribuição equitativa dos respectivos custos e benefícios, a conservação da biodiversidade *in situ* por certo alcançará eficácia muito maior.

7 Conclusão

Partindo da importância dos espaços especialmente protegidos para a conservação *in situ* da biodiversidade, este trabalho enfocou uma das principais dificuldades na efetiva implementação das unidades de conservação no Brasil, qual seja, sua regularização fundiária.

A criação de unidades de conservação busca diferenciar a apropriação fundiária de determinados espaços (DERANI, 2001), por isso é evidente a necessidade de adequação do domínio e uso das áreas aos dispositivos legais pertinentes. Contudo, diante das dificuldades ínsitas à instituição de áreas protegidas, muitas vezes a regularização fundiária é olvidada, como se o simples ato de criação fosse suficiente para proporcionar a tutela prometida.

Sabe-se, entretanto, que a instituição formal não garante a proteção especial da área, que exige a efetiva aplicação das restrições e normas pertinentes, entre as quais as relativas ao uso e domínio do espaço. Por isso a regularização fundiária figura entre as primeiras dificuldades a serem vencidas na implementação das unidades de conservação.

Como sugestão, o trabalho propõe a realização de levantamento e diagnóstico fundiário das áreas, que deverá subsidiar a elaboração de um planejamento factível da regularização fundiária. No caso das unidades de conservação criadas na vigência da Lei n. 9.985/2000, o diagnóstico e o planejamento devem ser prévios ou pelo menos paralelos a sua instituição. Para as unidades preexistentes, levantamentos e plano de trabalho devem ser realizados o mais rápido possível.

Em ambos os casos, o diagnóstico permitirá identificar atividades incompatíveis com os objetivos da unidade de conservação, ensejando a adoção das medidas necessárias para coibi-las, inclusive pelo Ministério Público. Neste trabalho, foram lembradas atuações exitosas do Ministério Público nesse sentido, que podem ser replicadas em situação análogas.

Por sua vez, o planejamento da regularização fundiária traz racionalidade ao processo de criação das unidades de conservação, permitindo ao órgão responsável reservar e/ou captar recursos suficientes, inclusive para eventuais desapropriações. Ademais, uma programação indicativa da forma e prazo em que será reordenado o espaço geográfico objeto de especial proteção traz transparência e segurança jurídica para a população local, prevenindo conflitos posteriores e quiçá atraindo o apoio da comunidade para a implantação da unidade de conservação, sem o qual dificilmente terá sucesso a iniciativa.

Por essas razões, conclui-se que deve ser exigido do poder público, no momento da instituição de unidade de conservação ou o mais breve possível – no caso das áreas preexistentes –, o planejamento da forma e prazo em que será realizada a regularização fundiária. Só assim o esforço de conservação *in situ* da biodiversidade por meio da criação de unidades de conservação terá racionalidade e efetividade.

Por fim, lembrando que o processo de criação e regularização fundiária de unidades de conservação geralmente exige expressivo volume de recursos, foram rapidamente lembrados alguns pontos acerca do financiamento das áreas protegidas, tema muitas vezes olvidado. Com base em trabalhos internacionais (EMERTON, BISHOP e THOMAS, 2006), conclui-se que os gestores de áreas protegidas devem buscar diversificar as fontes de financiamento, evitando a dependência exclusiva dos recursos destinados pelo poder público.

Outros desafios deste tema são a identificação e a distribuição equitativa dos ônus e benefícios trazidos pelas áreas protegidas, muitas vezes subavaliados. Além de garantir importantes fontes de recurso para o financiamento da conservação da biodiversidade, a identificação e a divisão equitativa dos custos e benefícios aportados pela criação dessas áreas contribuem para efetivar o desiderato constitucional de justiça social, com o qual deve ser compatibilizado o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Referências

AZEVEDO, P. U. E. Implementando as unidades de conservação: particularidades da regularização fundiária. In: MILANO, M. S. (Org.). *Unidades de conservação: atualidades e tendências*. Curitiba: Fundação O Boticário, 2002. p. 17-30.

AZEVEDO, S. Regularização fundiária: a experiência do Ministério da Reforma Agrária. In: Milano, M. S. (Org.). *Unidades de conservação: atualidades e tendências*. Curitiba: Fundação O Boticário, 2002. p. 31-39.

BENJAMIN, A. Introdução à Lei do Sistema Nacional de Unidades de Conservação. In: BENJAMIN, A. (Org.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 276-316.

BENSUSAN, N. Os pressupostos biológicos do sistema nacional de unidades de conservação. In: BENJAMIN, A. (Org.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 164-189.

CUREAU, S.; LEUZINGER, M. *Direito Ambiental*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. 192 p.

DERANI, C. A Estrutura do sistema nacional de unidades de conservação – Lei n. 9.985/2000. In: BENJAMIN, A. (Org.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 232-247.

DUDLEY, N. (Ed.). *Guidelines for applying protected area management categories*. Gland: IUCN, 2008. 86 p.

EMERTON, L.; BISHOP, J., THOMAS, L. *Sustainable financing of protected areas: a global review of challenges and options*. Gland: IUCN, 2006. 97 p.

FIGUEIREDO, G.; LEUZINGER, M. Desapropriações ambientais na Lei n. 9.985/2000. In: BENJAMIN, A. (Org.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 465-489.

GRAF, A. C.; ORÉFICE, C. (Coord.). *Regularização fundiária em unidades de conservação*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 3., 2002. p. 807-809.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo agropecuário*. Rio de Janeiro: 2006. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br>>. Acesso em: 6 mar. 2010.

LEUZINGER, M. D. *Regularização fundiária das unidades de conservação brasileiras*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 3. Fortaleza: 2002. p. 809-810.

_____. *Natureza e cultura: unidades de conservação de proteção integral e populações tradicionais residentes*. Curitiba: Letra da Lei, 2009. 65 p.

MACHADO, P. Áreas protegidas: a Lei n. 9.985/2000. In: BENJAMIN, A. (Org.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 248-275.

MERCADANTE, M. Uma década de debate e negociação: a história da elaboração da lei do SNUC. In: BENJAMIN, A. (Org.). *Direito ambiental das áreas protegidas: o regime jurídico das unidades de conservação*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001. p. 190-231.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Parecer n. 005/SBF/MMA/2009: parecer*. Brasília: 2009.

_____. *Chega ao fim operação Boi Pirata na Terra do Meio*. Brasília, 2008. Disponível em: <www.sipam.gov.br/en/index2.php?option=com_content&do_pdf>. Acesso em: 20 mar. 2010.

NETO, J. B. C. *Limites impostos aos trabalhos de implantação efetiva de unidades de conservação de proteção integral em decorrência da falta de regularização fundiária*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 3., 2002. p. 810-811.

PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA. *Prazo para desocupação de outras fazendas na Terra do Meio termina em setembro*. Brasília, 2008. Disponível em: <<http://noticias.pgr.mpf.gov.br/noticias-do-site/meio-ambiente-e-patrimonio-cultural/prazo-para-desocupacao-de-outras-fazenda-na-terra-do-meio-termina-em-setembro/>>. Acesso em: 20 mar. 2010.

ROCHA, I. *Posse e domínio na regularização de unidades de conservação*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 3., 2002. p. 811-812.

SILVA, J. R. *Regularização fundiária de unidades de conservação*. Um estudo de caso: o Parque Estadual de Vila Velha, Paraná. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 3., 2002. p. 803-805.

TELEGINSKI, A. *Dificuldades da regularização fundiária nas unidades de conservação*. In: CONGRESSO BRASILEIRO DE UNIDADES DE CONSERVAÇÃO, 3., 2002. p. 813.

O federalismo brasileiro e a repartição de competências em matéria ambiental

Marcel Brugnera Mesquita*

Sumário: 1 Introdução. 2 O federalismo brasileiro. 3 A repartição de competências na Constituição Federal de 1988 em matéria ambiental. 3.1 Competência legislativa privativa da União. 3.2 Competência legislativa concorrente entre União, estados e Distrito Federal. 3.3 Competência administrativa comum entre União, estados, Distrito Federal e municípios. 4 Conclusão.

1 Introdução

A repartição de competências, sejam legislativas sejam administrativas, apresenta-se como um dos problemas mais complexos do direito ambiental brasileiro, em decorrência da complexidade do sistema de repartição de competências prevista no texto constitucional, que estabelece, como regra, uma competência legislativa concorrente e uma competência administrativa comum em matéria ambiental.

Ante a ausência de um critério definido que estabeleça o alcance e os limites de atuação dos entes federativos (observe-se que a lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 da Constituição até hoje não foi editada), apresenta-se como essencial a contribuição da doutrina e da jurisprudência na fixação dessas competências.

* Marcel Brugnera Mesquita é Procurador da República em Santarém-PA.

2 O federalismo brasileiro

O federalismo clássico, ou *dual*, surgido nos Estados Unidos, funda-se em uma rígida separação entre a competência federal e a competência estadual. Tinha por objetivo restringir a competência federal, privilegiando os poderes locais. Temia-se que a concentração de poderes na União acabasse por sufocar a vida política, social e econômica local (ANTUNES, 2007).

Sobre o federalismo dualista, preleciona Shwartz (1984, p. 22):

De acordo com ela, tanto o Governo Federal quanto os governos estaduais tinham destinado a eles uma área de poder rigidamente definida. Nesta visão, o equilíbrio apropriado necessário ao funcionamento do sistema federal é assegurado e mantido pela estrita demarcação da autoridade federal e estadual. Os estados e a Nação são concebidos como rivais iguais e, a menos que haja uma delimitação rígida de suas respectivas competências, teme-se que a própria União sofra uma ruptura em decorrência de sua rivalidade. Isto é verdadeiro especialmente no que se refere à expansão da autoridade federal. Os poderes reservados aos estados precisam ser preservados zelosamente para não serem tragados pelo governo de Washington. [...]. O governo central é investido de certos governos expressos e toda a autoridade restante é reservada aos estados.

No Brasil, seguindo a tendência dos demais Estados federais, adotou-se o modelo de federalismo cooperativo, que se caracteriza pela ausência de uma separação rígida entre as competências dos entes federados e do ente central, bem como pela prevalência dos poderes da União. Caracteriza-se, ainda, “pela atuação conjunta e coordenada de todas as esferas de poder na provisão de serviços essenciais e no exercício de atividades necessárias ao bem estar da população” (YOSHIDA, 2008, p. 32).

Dallari (1986, p. 69-70), analisando a Carta Magna de 1988, destaca a supremacia do poder federal, a qual é estabelecida de forma indireta, isto é, embora a Constituição brasileira mantenha a equi-

valência formal entre União e Estados-Membros, a distribuição de competências demonstra de forma incontestável a supremacia do poder federal. Segundo o autor, duas são as causas para essa supremacia federal: 1) a enumeração de competências federais é ampla, abrangendo quase tudo o que é essencial em termos de direitos e deveres fundamentais, economia e finanças, bem como sobre a organização e ação política; 2) o fato de a União ter competência para fixar regras gerais em matérias de competências estaduais.

3 A repartição de competências na Constituição Federal de 1988 em matéria ambiental

O art. 225 da Constituição Federal impôs ao Poder Público o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, incumbindo-lhe o dever de assegurar, por meio dos instrumentos adequados, a efetividade desse direito intergeracional (*caput* e § 1º). É o que se denomina de princípio da obrigatoriedade da intervenção estatal (YOSHIDA, 2008, p. 31).

Para tanto, a Carta de 1988 estabeleceu um sistema compartilhado de competências, por meio de um sistema de competência legislativa concorrente (art. 24, incisos VI a VIII) e de um sistema de competência administrativa comum (art. 23, incisos III, IV, VI, VII e XI). Esse compartilhamento de competências possui vantagens e desvantagens, resumidamente apontadas por Yoshida (2008, p. 33), *in verbis*:

Tais sistemas têm a vantagem de propiciar uma tutela ambiental compartilhada, mais abrangente, vantagem que mais se revela em caso de omissão ou atuação deficiente ou insuficiente por um dos Poderes, órgãos ou esferas, quando então os demais podem atuar subsidiária ou concorrentemente, assegurando assim maior efetividade à proteção ambiental.

Em contrapartida, ambos os sistemas de competência são fonte de conflitos normativos, dão ensejo a políticas, planos, programas e projetos descoordenados e a atos de polícia superpostos, em prejuízo da eficiência, economicidade e agilidade da tutela ambiental, notadamente por pressuporem a atuação coordenada e integrada dos Poderes, órgãos e esferas federativas, de difícil implementação na prática, mormente na realidade brasileira.

Importante destacar, ainda, a existência de uma competência legislativa privativa da União (art. 22, incisos IV, XII e XXVI).

3.1 Competência legislativa privativa da União

A competência privativa da União encontra-se no art. 22 da Constituição da República, cujos incisos relativos ao meio ambiente são os que seguem:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

[...]

IV – águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão;

XII – jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia;

XXVI – atividades nucleares de qualquer natureza;

Nos dizeres de Antunes (2008, p. 80), essa competência privativa da União somada à competência de produzir as normas gerais relativas à competência concorrente com os estados e Distrito Federal gera uma teia que muito pouco, ou quase nada, resta para os demais entes federativos.

Essas competências privativas aproximam-se em muito das competências concorrente e comum previstas nos arts. 23 e 24 (a seguir analisadas), gerando praticamente uma superposição legislativa e de competências, que ainda não foi devidamente delimitada (note-se que as leis complementares abordadas nos parágrafos

únicos dos arts. 22 e 23 ainda não foram editadas, passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal).

Outrossim, a prática jurídica tem demonstrado que a competência privativa da União sobrepõe-se à competência concorrente e comum, conforme bem explicita Antunes (2008, p. 78-79):

Parece-me, e este tem sido o entendimento do STF, que as competências privativas se sobrepõem às competências concorrentes – quando os temas se tangenciarem –, o que significa, na prática, o estabelecimento de um regime federal muito centralizado e centralizador. Ora, ao legislar sobre minas, por exemplo, a União exerce toda a competência sobre a matéria, inclusive a ambiental, adotando-se o critério de que o acessório segue o principal, ou seja, a competência concorrente somente será exercida na medida em que se conforme ao padrão federal definido em sede de competência exclusiva. Nenhuma norma estadual ou municipal poderá, a título de proteção ambiental, chegar ao ponto de inviabilizar a atividade tal qual definida pela União no uso exclusivo de suas atribuições. [...] É possível se afirmar que a competência privativa exerce um direito de preempção sobre a competência concorrente e mesmo a comum, sempre que entre elas se identifique um ponto de contato.

3.2 Competência legislativa concorrente entre União, estados e Distrito Federal

A competência legislativa concorrente vem expressa no art. 24 do texto constitucional. No que se refere à tutela do meio ambiente, destacam-se os seguintes incisos e parágrafos:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VI – florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;

VII – proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII – responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Consoante se observa da redação dos §§ 1º e 2º, cabe à União editar normas gerais¹, sem descer a pormenores, cabendo aos estados e ao Distrito Federal a competência suplementar, ou seja, preencher lacunas, detalhar, a norma geral federal, atendendo às peculiaridades regionais.

Inexistindo a norma geral federal, os estados e o Distrito Federal podem, consoante prescrição dos §§ 3º e 4º, legislar plenamente a matéria, inclusive tratando de normas gerais. Sobrevindo a edição da norma geral federal, fica suspensa a eficácia de lei estadual, no que lhe for contrária.

Observe-se que esse artigo não enuncia a competência municipal, o que gerou interpretações precipitadas no sen-

¹ “Essas ‘normas gerais’ devem apresentar generalidade maior do que apresentam, de regra, as leis. [...] ‘Norma geral’, tal como posta na Constituição, tem o sentido de diretriz, de princípio geral” (ADI-MC n. 927-RS, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 11 de nov. 1994).

tido de que os municípios não teriam competência legislativa em matéria ambiental. Contudo, a doutrina majoritária tem reconhecido a competência legislativa municipal, consoante se observa pelos excertos a seguir:

O artigo 30 da CF atribui aos Municípios competência para legislar sobre: assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Está claro, na minha análise, que o meio ambiente está incluído no conjunto de atribuições legislativas e administrativas municipais e, em realidade, os Municípios formam um elo fundamental na complexa cadeia de proteção ambiental. (ANTUNES, 2008, p. 87)

Se a Constituição conferiu-lhe poder para “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas” (23, VI) – competência administrativa –, é óbvio que, para cumprir tal missão, há que poder legislar sobre a matéria. Acrescente-se, ademais, que a Constituição Federal, entre as inúmeras competências conferidas aos Municípios, entregou-lhes a de, em seu território, legislar supletivamente à União e aos Estados sobre proteção do meio ambiente. (MILARÉ, 2007, p. 182)

No mesmo sentido, é a orientação de Silva (2009, p. 80):

Quer isso dizer que não se recusa aos Municípios competência para ordenar a proteção do meio ambiente, natural e cultural. Logo, é plausível reconhecer, igualmente, que na norma do art. 30, II, entra também a competência para suplementar a legislação federal e a estadual na matéria.

Isso é reconhecido em leis federais, bastando lembrar, além do já transcrito § 1º do art. 5º da Lei n.7.661, de 1988, que reconhece aos Municípios costeiros a possibilidade de instituir, mediante lei, os respectivos Planos de Gerenciamento Costeiro, o art. 2º da Lei n. 6.938, de 1981, que diz que os Municípios, observadas

as normas e os padrões federais e estaduais, poderão elaborar normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente.

E a jurisprudência não diverge dessa orientação:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE. LEI MUNICIPAL. INTERESSE LOCAL. MINERAÇÃO CARBONÍFERA. 1. Cabe ao município legislar supletiva e concorrentemente sobre meio ambiente quando há interesse local específico com a preservação de determinada área, sem que isso importe em revogar ou restringir a proteção ambiental determinada por lei federal ou estadual. Está, pois, dentro da competência discricionária do município estabelecer em lei área que deseja proteger, assim como reduzir a proteção ambiental. 2. Em sendo a mineração carbonífera atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente, devem as empresas mineradoras se submeterem ao regramento da Lei n. 4.771/1965 antes de iniciarem esse tipo de atividade, ou de paralisarem aquelas eventualmente iniciadas e que não atendem essa norma. 3. Apelação parcialmente provida. (TRF4, AC n. 200104010215996, Terceira Turma, rel. Sérgio Renato Tejada Garcia, *DJ* de 2 out. 2002)

No exercício da competência legislativa complementar podem os estados, Distrito Federal e municípios dispor de forma diversa da norma geral editada pela União, observando-se sempre o patamar mínimo estabelecido nacionalmente.

Nesse sentido, o STF vem decidindo que as normas estaduais e municipais podem ser mais restritivas, prevalecendo sobre a norma federal (ADI n. 384-PR e RE n. 286.789-RS). Reconheceu, aliás, o Ministro Sepúlveda Pertence que “(o Estado), dentro de sua competência supletiva, pudesse criar formas mais rígidas de controle. Não formas mais flexíveis ou permissivas” (ADI n. 1.086-SC).

Tema bastante tormentoso e que tem gerado severas críticas doutrinárias diz respeito ao alcance das normas gerais editadas pela União. Norma geral federal é aquela que tem aplicabilidade uni-

forme e geral, quer em todo o território nacional, quer em determinada área (v.g., Floresta Amazônica) (MACHADO, 2008, p. 112).

Na prática, contudo, tem-se observado que a legislação federal vem tratando da matéria ambiental de forma exaustiva, limitando demasiadamente a competência concorrente suplementar dos estados, Distrito Federal e municípios. Antunes (2007, p. 104-105) assevera com muita propriedade:

[...] embora o sistema de repartição de competências, em tese, não admita superposição, visto que somente um dos entes federativos possui competência para expedir a lei geral, outro para complementá-la e assim sucessivamente, o fato é que a nossa realidade concreta indica a existência de uma verdadeira superposição legislativa, com normas que se atropelam, tratam do mesmo assunto e tornam o universo normativo bastante obscuro. [...] Na verdade, existe um avanço dos órgãos federais sobre os estaduais e municipais, de maneira cada vez mais insinuante.

Observe-se, por oportuno, que apesar da supremacia do poder federal estabelecido na Constituição Federal de 1988, decorrente da vasta enumeração de competências à União, caberia ao Supremo Tribunal Federal, na condição de árbitro do federalismo brasileiro, estabelecer um equilíbrio entre a União e demais entes federativos, limitando a competência da União na edição de normas gerais.

Todavia, consoante demonstra Antunes em exaustiva obra sobre o assunto (*Federalismo e competências ambientais no Brasil*, 2007), a compreensão que o Supremo Tribunal Federal tem conferido à competência concorrente suplementar dos estados, Distrito Federal e municípios é bastante restritiva, limitando-se em admitir o preenchimento de lacunas referentes a realidade local, o que representa uma interpretação essencialmente centralizadora.

Caso bastante exemplificativo que tem sido apontado pela doutrina diz respeito ao julgamento da Ação Direta de

Inconstitucionalidade n. 2.396 proposta em face da Lei n. 2.210/2001 do Estado do Mato Grosso do Sul, que vedou a fabricação, o ingresso, a comercialização e a estocagem do amianto e de produtos à base de amianto destinados à construção civil, no território daquele ente federado.

Com efeito, a Lei Federal n. 9.055, de 1º de junho de 1995, atendendo aos ditames da Convenção n. 162 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), disciplinou a exploração do amianto (asbesto)², nas suas diversas espécies. Em resumo, referida legislação proibiu a exploração de todas as variedades de amianto do grupo dos *anfíbolios*, permitindo, com várias restrições, a exploração do amianto do grupo das *serpentina*s, cuja principal variedade é a *crisotila*.

A lei do Estado do Mato Grosso do Sul, por sua vez, adotou, na prática, o banimento do amianto em seu território (ANTUNES, 2007, p. 207-208).

Proposta a Ação Direta de Inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, analisando o alcance da competência estadual concorrente suplementar, reconheceu a inconstitucionalidade da norma estadual, proferindo a seguinte decisão (*DJ* de 1º ago. 2003):

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 2.210/2001, DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. OFENSA AOS ARTIGOS 22, I E XII; 25, § 1º; 170, *CAPUT*, II E IV; 1º; 18 E 5º *CAPUT*, II E LIV. INEXISTÊNCIA. AFRONTA À COMPETÊNCIA LEGISLATIVA CONCORRENTE DA UNIÃO PARA EDITAR NORMAS GERAIS REFERENTES

2 Os principais problemas de saúde pública relacionados com os asbestos dizem respeito à sua presença no ar atmosférico e à sua conseqüente inalação pelos seres humanos e animais. As microfibras penetram nas vias respiratórias e, certamente, contribuem de forma decisiva para acarretar doenças graves. Constatou-se que o amianto pode estar relacionado com três doenças principais: (I) a asbestose, (II) o câncer de pulmão e (III) a mesotelioma (ANTUNES, 2007, p. 196-197).

À PRODUÇÃO E CONSUMO, À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E CONTROLE DA POLUIÇÃO E À PROTEÇÃO E DEFESA DA SAÚDE. ARTIGO 24, V, VI E XII E §§ 1º E 2º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população. Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional. Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, *verifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). A Lei n. 9.055/1995 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente. Precedentes: ADI n. 903/MG-MC e ADI n. 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e de seus §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º e §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei n. 2.210/2001, do Estado do Mato Grosso do Sul.*

Colhe-se do voto condutor da lavra da Ministra Ellen Gracie:

No caso concreto, lei federal que fixe princípios gerais para a produção e comercialização de amianto já existe. A Lei n. 9.055/1995 promove o banimento dos anfibólios e dos produtos que os incorporem (art. 1º, I). Proíbe a pulverização de todos os tipos de fibras

(art. 1º, II); e a venda a granel de fibras em pó (art. 1º, III). Mas, expressamente, permite, nos seus termos, a extração, industrialização, utilização e comercialização da crisotila (art. 2º). Além disso, reconhece insalubridade na manipulação e determina medidas preventivas, com expressa remissão à legislação de segurança, higiene e medicina do trabalho, aos acordos internacionais firmados pelo Brasil e aos acordos assinados entre os sindicatos dos trabalhadores e os seus empregadores (art. 3º, §§ 2º e 3º; art. 4º; art. 5º e parágrafo único; art. 6º; art. 7º, §§ 1º e 2º; art. 8º). Determina o prosseguimento, mediante linha especial de financiamento dos órgãos governamentais responsáveis pelo fomento à pesquisa científica e tecnológica, das pesquisas científicas e tecnológicas no sentido da utilização, sem riscos à saúde humana, do asbesto/amianto da variedade crisotila (art. 9º e parágrafo único). Cuida das condições do transporte desse mineral e das responsabilidades por tal transporte (art. 10). E, por último, encaminha ao MPF as ocorrências de descumprimento (art. 11).

Como se vê, a Lei n. 9.055/1995 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta.

Como se observa do excerto do voto condutor, aquela Corte Constitucional reconheceu que a legislação federal desceu a minúcias que praticamente impediram o exercício da competência estadual suplementar sobre a matéria, uma vez que o espaço normativo próprio a ser preenchido pelo legislador estadual ficou bastante limitado. Nesse sentido, a observação de Antunes (2007, p. 214):

Como se vê, no caso concreto, o STF entendeu inexistir lacuna preenchível pela lei estadual, visto que a lei federal, praticamente, enfrentou todos os aspectos possíveis sobre a matéria. Uma questão que remanesce obscura, entretanto, é a de se saber o que poderia ter sido tratado na legislação estadual.

Em idêntico sentido, também discordando da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, são as considerações de Machado (2008, p. 229-231):

O cerne da questão discutida reside neste ponto: não tendo a União proibido totalmente o amianto/crisotila, os Estados poderiam fazê-lo? A mesma questão cabe quanto a outras matérias, como os medicamentos. Se a União permitir um medicamento, uma substância poluente ou uma atividade perigosa, os Estados podem proibi-los?

Entende-se que a resposta deva ser positiva, pois, nesses casos, os Estados estariam agindo totalmente dentro do seu poder suplementar. Os Estados poderão adicionar regras que irão suprir as lacunas da lei federal ou preencher os vazios existentes na lei federal, na parte em que ela é incompleta. Aliás, ao dizer que a norma geral federal está incompleta, não se está conceituando essa norma como defeituosa, pois as normas gerais, por sua própria natureza, não podem esgotar a matéria. [...]

A União, na Lei n. 9.055/1995, não esgotou a possível atuação do Poder Público, na prevenção das doenças que podem ser causadas pelo asbesto/amianto. Os Estados têm, portanto, o poder e o dever de agir, de forma suplementar, estabelecendo normas de controle do risco. A ausência de controle pode implicar a condenação dos poderes públicos por omissão.

Observa-se pelas críticas doutrinárias apresentadas que o tema envolvendo o alcance das normas gerais federais é indiscutivelmente conflituoso, merecendo uma análise jurisprudencial mais acurada.

Contudo, no exemplo em apreço, ousou discordar dos respeitadíssimos doutrinadores. E isso porque a decisão da Suprema Corte foi a que conferiu maior proteção ao federalismo estabelecido na Carta Constitucional. A rigor, se todos os estados da federação adotassem norma semelhante à lei do Estado do Mato Grosso do Sul, sob os auspícios de ser mais restritiva e protetiva do meio ambiente/saúde pública, haveria um completo esvaziamento da norma geral federal, a qual certamente não teve a pretensão de vedar a exploração

do amianto crisotila. Em outras palavras, a edição das legislações estaduais tornaria letra morta a lei federal, em flagrante violação ao § 1º do art. 24 da Constituição de 1988.

Se, por um lado, a norma geral não pode vedar o exercício da competência estadual de suplementar as matérias arroladas no art. 24, por outro, não se pode admitir que a legislação estadual confira um regramento que jamais foi almejado pela legislação federal, desvirtuando a ideia de uniformidade a ser estabelecida pela União.

Nesse sentido, vale a pena transcrever a posição de Greco (apud MILARÉ, 2007, p. 183), reconhecendo que o poder normativo da União pode ter maior ou menor alcance, consoante a uniformidade que se almeja:

Normas gerais não são apenas linhas gerais, princípios, ou critérios básicos a serem observados pela legislação suplementar dos Estados. Normas gerais contrapõem-se a normas particulares. A União, nessas matérias, pode legislar com maior ou menor amplitude, conforme queira impor a todo o país uma legislação mais ou menos uniforme. O que a União não pode é legislar sobre assuntos particulares da esfera de interesses ou de peculiaridades dos Estados. Normas gerais são normas uniformes, isonômicas, aplicáveis a todos os cidadãos e a todos os Estados.

3.3 Competência administrativa comum entre União, estados, Distrito Federal e municípios

Essa competência vem prescrita no art. 23 da Constituição Federal de 1988, cuja redação é a seguinte:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

III – proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;

IV – impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII – preservar as florestas, a fauna e a flora;

XI – registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

Consoante redação do parágrafo único do referido artigo, as normas de cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios deverão ser fixadas por lei(s) complementar(es). Todavia, a ausência da referida legislação não afeta a plena eficácia do art. 23, cabendo aos entes federativos exercitar suas competências de forma plena, ainda que de modo não coordenado (VITTA, 1998; FIGUEIREDO, 2004).

Ainda que a lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23 não exista, é inegável que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um significativo avanço no campo da cooperação administrativa entre os entes federativos, uma vez que a descentralização administrativa decorreu do próprio texto constitucional, sendo desnecessária a firmação de convênios, permitindo que um ente federativo atue em atribuições de outro ente federativo. Nesse sentido, apregoa Yoshida (2008, p. 39), *verbis*:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios estão autorizados pela própria Constituição a agir simultaneamente em relação às matérias aí elencadas, não apenas na execução das leis e serviços de sua esfera, mas também das demais esferas, em sistema de coopera-

ção, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional, como apregoa o parágrafo único do art. 23.

A competência comum caracteriza-se por ser competência cumulativa, simultânea e paralela, ou seja, o campo de atuação é comum aos vários entes federativos, sem que o exercício de um venha a excluir a competência do outro (YOSHIDA, 2008, p. 39).

Se, por um lado, a competência comum permite uma atuação simultânea dos diversos entes da federação, por outro lado, referida competência constitui, nos dizeres de Antunes (2008, p. 80), uma verdadeira armadilha, uma vez que, na prática, a atribuição de todos acaba transformando-se na atribuição de ninguém. Essa desvantagem da competência administrativa comum também é percebida por Machado (2008, p. 120):

O perigo da simultaneidade de competências para a implementação do controle ambiental é que todos os entes federados ficaram competentes, mas nenhum deles tem assumido especificamente a melhoria da qualidade das águas, do ar e do solo e nenhuma instância governamental se responsabiliza pela conservação das florestas e da fauna.

Por outro lado, da mesma forma como ocorre na competência legislativa concorrente, também na competência administrativa comum é apontada uma sobreposição da União sobre os demais entes federativos. Antunes, aliás, aponta uma “total subversão da federação e hipertrofia da atividade federal, em detrimento dos estados e municípios” (2007, p. 139). E continua:

Não há qualquer justificativa constitucional, racional ou econômica para que se transforme a natureza supletiva da atuação federal em matéria ambiental em uma atividade de controle dos órgãos administrativos estaduais e municipais. Entretanto, a prática tem demonstrado que, não raras vezes, o órgão ambiental federal, por meio de sua fiscalização, passa a *fiscalizar* atividades desenvolvidas por particulares para verificar a regularidade das licenças ambientais conferidas pelos estados e, não com pouca frequência, têm sido

expedidas multas contra atividades regularmente licenciadas por órgãos ambientais locais. Trata-se de um abuso e, principalmente, uma violação do equilíbrio federativo.

Há que se apurar, entretanto, se essa hipertrofia da atividade federal apontada por Antunes é decorrente de um abuso da autarquia ambiental federal (IBAMA) no exercício de suas atribuições fiscalizadoras, que deveriam ser supletivas (art. 10, *caput* e § 3º, da Lei n. 6.938/1981; art. 2º, inciso III, da Lei n. 7.735/1989), ou se decorrem de uma omissão/inércia reiterada dos estados e municípios.

A experiência adquirida por aqueles que labutam diariamente na área ambiental, mormente nos estados do norte do país, em que as receitas públicas ainda se encontram diretamente vinculadas com a exploração do meio ambiente (v.g. manejo florestal, pecuária e mineração), comprova a insuficiência dos órgãos ambientais estaduais e municipais no exercício de atividades como o licenciamento e a fiscalização. Apresenta-se, portanto, nesses casos, imprescindível a atuação do ente federal.

Assim, parece irretocável o critério utilizado por Antunes (2007, p. 144) para definir as hipóteses de intervenção supletiva da União (ou do estado sobre o município): 1) inexistência de órgão ambiental; 2) omissão do órgão ambiental; 3) inépcia do órgão ambiental.

Em sentido aproximado, Farias (1999) sustenta a possibilidade de aplicação do princípio da subsidiariedade na interpretação do art. 23 da Constituição Federal. Segundo tal princípio, os entes superiores deveriam assumir as atribuições dos entes menores somente naquelas hipóteses em que não pudessem cumprir de maneira satisfatória.

A jurisprudência pátria parece orientar-se nesse sentido, admitindo a fiscalização do IBAMA naquelas hipóteses em que a atuação do órgão estadual ou municipal é deficiente.

PROCESSUAL CIVIL – ADMINISTRATIVO – AMBIENTAL
– MULTA – CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES COMUNS –
OMISSÃO DE ÓRGÃO ESTADUAL – POTENCIALIDADE DE
DANO AMBIENTAL A BEM DA UNIÃO – FISCALIZAÇÃO
DO IBAMA – POSSIBILIDADE.

1. Havendo omissão do órgão estadual na fiscalização, mesmo que outorgante da licença ambiental, pode o IBAMA exercer o seu poder de polícia administrativa, pois não há confundir competência para licenciar com competência para fiscalizar.
2. A contrariedade à norma pode ser anterior ou superveniente à outorga da licença, portanto a aplicação da sanção não está necessariamente vinculada à esfera do ente federal que a outorgou.
3. O pacto federativo atribuiu competência aos quatro entes da federação para proteger o meio ambiente através da fiscalização.
4. A competência constitucional para fiscalizar é comum aos órgãos do meio ambiente das diversas esferas da federação, inclusive o art. 76 da Lei Federal n. 9.605/1998 prevê a possibilidade de atuação concomitante dos integrantes do SISNAMA.
5. Atividade desenvolvida com risco de dano ambiental a bem da União pode ser fiscalizada pelo IBAMA, ainda que a competência para licenciar seja de outro ente federado.

Agravo regimental provido.

(STJ, AgRg no REsp n. 711.405-PR, Segunda Turma, rel. Min. Humberto Martins, *DJe* de 15 maio 2009)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. FISCALIZAÇÃO AMBIENTAL. IBAMA. ATUAÇÃO SUPLETIVA. LEGALIDADE. EMBARGO ADMINISTRATIVO. CONDUTA POLUIDORA. INTERRUPTÃO. CABIMENTO. 1. O fato de a Impetrante ser titular de licença de operação emitida por órgão ambiental estadual não a autoriza a praticar atividades poluidoras em desacordo com a legislação ambiental, sendo legítima a atuação do IBAMA em relação à punição administrativa dessa conduta ilegal, vez que a sua competência ambiental supletiva dirige-se, também, à hipótese de atuação deficiente do órgão ambiental estadual, como ocorre no

caso em que ele concede licença ambiental, mas não fiscaliza a sua correta observância. 2. O embargo administrativo das atividades da Impetrante objeto do termo emitido pelo IBAMA de fl. 24 teve duplo fundamento, a emissão indevida de poluentes em águas fluviais descrita no auto de infração de fl. 25 e a situação de vencida da licença de operação da Impetrante, razão pela qual a simples regularização desta não atinge a higidez do embargo, vez que suficiente o primeiro fundamento para sua manutenção. 3. Em face do disposto no art. 70 da Lei n. 9.605/1998, todas as condutas criminosas descritas nesse diploma legal são, também, infrações administrativas ambientais, razão pela qual a conduta praticada pela Impetrante, enquadrável nos arts. 33 e 54, § 2º, inciso V, da Lei n. 9.605/1998 dão ensejo, também, à responsabilização administrativa, sendo o embargo administrativo instrumento hábil à interrupção da agressão ambiental, nos termos do art. 72, § 7º, da mesma lei. 4. Não provimento da apelação.

(TRF 5, AMS n. 200383000193861, Primeira Turma, rel. Des. Emiliano Zapata Leitão, *DJe* 28 out. 2009)

De qualquer sorte, o ideal é que se estabeleçam critérios de coordenação entre os diversos entes federativos, seja por meio da edição da lei complementar prevista no parágrafo único do art. 23, seja por meio de termos de compromissos, convênios etc., de modo que a prestação dos serviços “ocorra de forma eficiente e racional, impedindo o desperdício de recursos públicos e a superposição de funções idênticas” (KRELL, 1994, p. 14).

4 Conclusão

Como se pode demonstrar pelo breve estudo realizado, existe uma visível preponderância da União sobre os estados, Distrito Federal e municípios no que tange à distribuição de competências legislativa e administrativa em matéria ambiental.

Não se pode perder de vista, todavia, que essa preponderância, no que se refere à competência legislativa, decorre da própria

distribuição fixada na Constituição Federal, decorrente da competência privativa estabelecida em favor da União (art. 22) e da sua competência para editar normas gerais (art. 24, § 1º), o que esvazia em muito a competência dos demais entes federativos.

No que se refere à competência administrativa, a maior atuação dos entes federais (v.g., IBAMA) parece decorrer da ausência/insuficiência dos entes estaduais e municipais. Ainda que isso não seja o ideal, não se vislumbra nessa prática nenhuma ilegalidade, mas, sim, o cumprimento das obrigações previstas no texto constitucional (competência comum para proteger o meio ambiente).

A questão, aqui, parece decorrer de um problema maior da federação brasileira: a redução significativa da participação dos estados e municípios na percepção das receitas públicas, incondição com suas obrigações, cada vez mais crescentes (saúde, educação, meio ambiente etc.). Se, por um lado, muitas vezes, a falta de atuação dos municípios e estados parece decorrer da má administração e gestão pública, por outro, muitas outras vezes, essa falta de atuação decorre da restrição orçamentária.

Referências

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. 940p.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Federalismo e competências ambientais no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 333p.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O estado federal*. São Paulo: Ática, 1986.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1999.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Discriminação constitucional das competências ambientais. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 35, p. 39-55, jul./set. 2004.

KRELL, Andreas Joachim. A posição dos municípios brasileiros no Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama). *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 83, n. 709, p. 7-19, nov. 1994.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2008. 1126p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Federalismo, amianto e meio ambiente: julgado sobre competência. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 447p.

MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 1280p.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. 351p.

SHWARTZ, Bernard. *O federalismo norte-americano atual: uma visão contemporânea*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1984.

VITTA, Heraldo Garcia. Da divisão de competências das pessoas políticas e meio ambiente. *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, n. 10, p. 93-101, abr./jun. 1998.

YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Jurisdição e competência em matéria ambiental. In: MARQUES, José Roberto (Org.). *Leituras complementares de direito ambiental*. Salvador: Jus Podivm, 2008. Cap. II, p. 29-56.



A Amazônia brasileira: processo de ocupação e a devastação da floresta

Nádia Simas Souza*

Sumário: 1 Introdução. 2 As políticas militares de ocupação da Floresta Amazônica. 3 O início da preocupação ambiental por parte das autoridades brasileiras. 4 O desmatamento da Floresta Amazônica e o Ministério Público Federal. 5 As políticas atuais para a Amazônia brasileira e o Ministério Público Federal. 6 Conclusão.

1 Introdução

A Floresta Amazônica é uma floresta tropical, situada na Região Centro-Norte da América do Sul, que ocupa áreas do território de nove países do continente: Brasil, Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Venezuela, Guiana, Suriname e Guiana Francesa. A maior parte do ecossistema, que corresponde a 66% da área, encontra-se em território brasileiro.

A “Amazônia Brasileira”, como era anteriormente tratada, passou a ser chamada no Brasil, a partir da década de 1950, de Amazônia Legal. Conceito essencialmente político, aumentou para 1,3 milhão de km² a área da Amazônia brasileira, uma vez que incorporou uma longa faixa de vegetação de transição com cerca de 700 mil km², composta de ecossistemas diferenciados como os cerrados e os campos do norte, os últimos típicos nos Estados de Roraima, Pará e Amapá. O conceito de Amazônia Legal surgiu

* Nádia Simas Souza é Procuradora da República em Rondônia.

da necessidade de o governo federal planejar e promover o desenvolvimento dessa macrorregião brasileira que tinha em comum a distância e o isolamento dos grandes centros mais dinâmicos da economia do país. Conceito pautado essencialmente por critérios econômicos e políticos, não prevaleceu sobre ele aspectos puramente geográficos.

A Amazônia Legal engloba, hoje, todos os estados brasileiros pertencentes à Bacia Amazônica e abrange todos que possuem ou tangenciam trechos da Floresta Amazônica. Atualmente, abrange os Estados do Pará, Amazonas, Maranhão, Tocantins, Mato Grosso, Acre, Amapá, Rondônia e Roraima. A sua superfície é de aproximadamente 5.217.423 km² e corresponde a cerca de 61% do território brasileiro. Abriga uma população em torno de vinte milhões de habitantes, sendo 60% vivendo em áreas urbanas¹.

Há indícios de que o processo de ocupação da Amazônia por populações eurodescendentes teve início já nos tempos da conquista e colonização do Brasil. Entretanto, até o início do século XX, a floresta ainda era vista como “um imenso maciço natural até certo ponto intransponível, como se o peso de sua constituição física – forte calor e umidade, floresta densa e complexa trama fluvial – funcionasse como uma espécie de obstáculo à ‘penetração e ocupação’” (HUERTAS, 2009, p. 45).

Em razão das dificuldades de acesso naturalmente impostas pelo meio e das atividades produtivas desenvolvidas, que não demandavam desmate extensivo, a Floresta Amazônica brasileira permaneceu praticamente preservada até o início da década de 1970, quando foi inaugurada a Rodovia Transamazônica. A exceção eram as poucas “clareiras” ocupadas pelos raros espaços urbanos de pequenas cidades e capitais. A inauguração da rodovia e

¹ INPE, 2004.

a implementação de estratégias traçadas pelos governos militares deram início e trouxeram, além de um processo de ocupação acelerada da região, profundo impacto no meio ambiente e nos espaços ocupados por povos indígenas, populações ribeirinhas e trabalhadores extrativistas como os seringueiros – os “povos da floresta”. Acarretaram, ainda, crescente desmatamento da floresta, aumento da especulação de terra ao longo das estradas, crescimento desordenado das cidades e intensificação das atividades agropecuárias e madeireiras. Lembre-se de que tudo isso à margem de qualquer lei, seja pela inexistência delas, seja pela desobediência frontal às existentes.

2 As políticas militares de ocupação da Floresta Amazônica

O planejamento para a região amazônica teve como ponto de partida o “Estado Novo” de Getúlio Vargas (1930–1945). Durante esse período, a colonização da floresta passou a ser vista como estratégica para os interesses nacionais, seja pela produção do látex voltado para os interesses de guerra (lembre-se dos “soldados da borracha”), seja pela necessidade de defesa das fronteiras e de consolidação da soberania nacional.

Nesse período, iniciou-se uma política para ocupação dos chamados espaços “vazios” da Amazônia e do oeste brasileiro, não obstante esses espaços “vazios” fossem ocupados secularmente por populações indígenas e, já desde o século XVII, por populações de origem africana e outras não indígenas. Como exemplos dessa ocupação anterior ao Estado Novo, temos vários grupos de remanescentes quilombolas (como o de Oriximiná – PA), umas tantas “corrutelas” garimpeiras (a exemplo de Baliza e Barra do Garças – Mato Grosso) e agrupamentos de trabalhadores extrativistas (Acre).

Esse movimento coordenado de ocupação foi denominado “Marcha para o Oeste”, chegando a ter sido criada uma fundação colaboradora para tal empreitada: a Fundação Brasil-Central. O esforço do governo para atrair trabalhadores à floresta surtiu efeito e foi responsável pelo segundo “surto” da borracha no distante Estado do Acre. Nas principais capitais do país, especialmente no Nordeste, foram instalados postos de recrutamento. Contratou-se o suíço Jean-Pierre Chabloz para criar uma campanha convocando os brasileiros à Amazônia, que passou a ser conhecida como o “Novo Eldorado”.

A Amazônia já nesse período recebeu grandes incentivos nacionais e internacionais, e os EUA atuaram como maior investidor – foi a época em que a região atingiu o seu apogeu econômico. Entretanto, com o término da 2ª Guerra Mundial, os Estados Unidos suspenderam os investimentos e a partir de então a Amazônia sofreu enorme decadência econômica.

No entanto, os anos de 1960 trouxeram novamente profundas modificações para a Amazônia. Os militares, amparados por um suposto perigo iminente de internacionalização, deram início a um período marcado pela implantação de grandes projetos que visavam desenvolver economicamente o norte do país. Pregavam, também, a unificação do país.

Em 1966, o Presidente Castelo Branco falava em “Integrar para não Entregar”. Surgiu, então, a pretensão de enviar migrantes para a região amazônica com o objetivo de demarcar o território e sinalizar aos países vizinhos, e também ao mundo, que a Amazônia pertencia ao Brasil.

Além das preocupações com segurança, o governo militar tinha, ainda, dois outros grandes motivos para justificar a ocupação da Amazônia brasileira:

- a) a necessidade premente de deslocar parcela da população da Região Nordeste, uma vez que a seca e o solo desgastado, somados à concentração de terras em latifúndios, criavam um grande número de trabalhadores sem-terra, passíveis de serem cooptados pela ideologia “comunista”;
- b) os conflitos de terra na Região Sul, decorrentes da mecanização da agricultura e do aumento dos latifúndios, restringiam o acesso a terra e, assim como no Nordeste, provocavam enorme tensão social.

Nesse contexto, a ocupação e a exploração econômica da Amazônia foram aceleradas. Para tal fim, o governo Castelo Branco empreendeu a “Operação Amazônia”, que consistiu na reorganização da legislação básica e das normas institucionais para atrair os grandes capitais corporativos. A região foi colocada na mira de investidores.

A primeira ação desse governo, conforme Mattos (1980), foi a criação da Lei n. 5.173, de 27 de outubro de 1966, que transformou a Superintendência do Plano de Valorização econômica da Amazônia (SPVEA), criada em 1953, em Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM). Este ato tinha como objetivo principal elaborar planejamentos para a valorização da Amazônia na busca de integrá-la à vida nacional, traduzida pela famosa frase “Integrar para não entregar”. Outras medidas importantes tomadas nos mesmos anos foram a transformação do Banco de Crédito da Amazônia (BCA) em Banco da Amazônia, com maiores recursos e poderes, e a criação da Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa) para atrair financiamento para a região. Foi criado ainda o Ministério do Interior, com o objetivo de promover o desenvolvimento regional, a radicação de populações, a ocupação do território, as migrações internas e os territórios federais, entre outros. (SELUCHINESK, 2008, p. 83-84)

Durante o governo militar de Emílio Médici estabeleceu-se, por fim, o paradigma de organização geopolítica para a coloni-

zação da Amazônia (Tratado de Golbery). O objetivo era integrar a Amazônia às demais regiões do Brasil, torná-la habitável e, principalmente, produtiva, bem como assegurar a presença do Estado brasileiro, por meio das Forças Armadas, nos limites da região amazônica. Idealizou-se, assim, o projeto “Calha Norte”, para proteger a extensa faixa de fronteira.

Não obstante o viés “geopolítico”, a principal motivação para ocupação da Amazônia parece ter sido, contudo, de caráter econômico, a se considerar a expansão da fronteira agrícola do país, a perspectiva de exploração de importantes riquezas minerais e a exploração de outros bens naturais próprios da região. O objetivo da expansão da fronteira agrícola era a produção de grãos e produtos vegetais exportáveis, além da implantação da pecuária, que, com a exploração das riquezas minerais, permitiriam ao Brasil um melhor posicionamento econômico e financeiro no que se refere principalmente a sua dívida externa.

Dessa forma, as pessoas foram incentivadas a habitar a região amazônica e, para isso, a floresta foi retirada para dar lugar a edificações que oferecessem infraestrutura necessária à permanência dos migrantes. Fauna e flora deveriam ser sacrificadas para dar lugar à agricultura.

Do ponto de vista ideológico, esse modelo imprimiu nos indivíduos a ideia de que, por serem considerados os primeiros habitantes da região, poderiam se apoderar e explorar todos os recursos naturais disponíveis da forma como quisessem, e conforme interesses estritamente pessoais. Fazia parte do sistema de crenças, também, a ideia de inescotabilidade dos recursos naturais.

Ainda em 1970, no governo do Presidente Médici, foi lançado o Plano de Integração Nacional (PIN), por meio do Decreto-Lei n.1.106/1970, que foi definido nos seguintes termos:

Integração Territorial em seus aspectos de efetiva posse de extensas áreas do nosso território, incorporando-as ao contexto nacional, através do desbravamento de áreas virgens e abertura de novas fronteiras de desenvolvimento econômico-social, mediante a construção de rodovias pioneiras que complementarão o sistema de navegação fluvial através de expansão da frota e da construção de terminais rodo-hidroviários nos pontos de conexão das rodovias com os cursos d'água, inserindo-se, assim, em um projeto integrado de criação de novos pólos de atividades agrícolas, pastoris e de mineração. (ANDREAZZA, 1972, p. 10)

A principal estratégia do referido plano era, portanto, a construção de rodovias, ao longo das quais deveriam ser instalados os colonos e suas famílias. Com isso, seriam resolvidos dois problemas, considerados de segurança nacional: a ocupação da Amazônia e a minimização dos conflitos por terra nas Regiões Sul e Nordeste (lembre-se da atuação das “Ligas Camponesas” naquela região).

O PIN teve, assim, como meta promover a integração nacional, por meio da redução dos espaços “vazios” da Amazônia, e acabar com as tensões sociais, notadamente no Nordeste brasileiro. Previa ações planejadas, tendo como finalidade criar facilidades de acesso às áreas em condições de exploração econômica e às faixas de solos mais favoráveis à implantação e desenvolvimento da pecuária. As medidas vinculadas ao PIN eram as seguintes:

- a) construção de rodovias para impulsionar o fluxo populacional para o norte (pelas Rodovias Transamazônica e a Cuiabá–Santarém);
- b) delimitação da faixa destinada à colonização e à reforma agrária em 10 km de cada lado das rodovias;
- c) criação do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), com a finalidade de promover, executar, coordenar e controlar a colonização.

A abertura da BR-163 (Cuiabá-Santarém) foi um marco na história desse processo.

As obras tiveram início em 1971 e foram confiadas ao Exército Brasileiro. Montaram-se então, duas frentes de trabalho: a primeira, sob responsabilidade do Nono Batalhão de Engenharia e Construção (9º BEC), partiu do posto Gil, a 157 quilômetros acima de Cuiabá, rumo ao norte. Inversamente, o Oitavo Batalhão de Engenharia e Construção (8º BEC) descia, numa segunda frente, do interior do Pará em direção ao estado de Mato Grosso. Avançando uma média de cinco quilômetros diários, o festejado encontro se deu no ano de 1976, no sul do Pará, acima da Serra do Cachimbo. Assim, no dia 20 de outubro, após cinco anos de penoso trabalho, foram inaugurados os 1.777 quilômetros da BR-163, a rodovia que cortou o Brasil pelo centro e ligou Cuiabá a Santarém. (ARAÚJO, 1999, p. 81)

A construção da BR-163 foi marcada, entretanto, por inúmeros conflitos entre soldados, índios, posseiros, parceiros, fazendeiros, colonizadores, colonos, garimpeiros e mineradoras. Todos lutavam pela posse da terra, o que provocou, até mesmo, inúmeras mortes.

Em 1971, teve início a construção da Rodovia Transamazônica (BR-230). Prevista para perfazer 4.545 km de extensão e planejada para integrar melhor o norte brasileiro com o resto do país, foi concluída com extraordinária rapidez e inaugurada em agosto de 1972. Atualmente, é a terceira maior rodovia do país, cortando os Estados brasileiros do Piauí, Maranhão, Pará e Amazonas.

De acordo com a visão de técnicos do governo, as estradas amazônicas permitiriam o acesso a áreas virgens e semivirgens apropriadas, dariam suporte ao desenvolvimento de atividades agropecuárias produtivas e facilitariam o acesso e a exploração de recursos minerais. Seria ainda o facilitador do patrulhamento das zonas de fronteira, salvaguardando-se, assim, a soberania nacio-

nal. Lembre-se que a questão da soberania nacional era um ponto nevrálgico para os governos militares, temerosos da ação e influência de grupos paramilitares de inspiração marxista atuantes em inúmeros países da América Latina.

No mesmo ano de 1971, foi lançado o Programa de Redistribuição de Terra e de Estímulo à Agroindústria do Norte e Nordeste pelo Decreto-Lei n. 1.179, cujos objetivos oficiais eram promover o acesso fácil a terra, estipular condições favoráveis de emprego e fomentar a produção agropecuária nos núcleos de colonização das áreas de atuação da Superintendência do Desenvolvimento da Amazônia (SUDAM) e da Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste (SUDENE).

Ressalve-se que, a despeito do discurso de minimização de conflitos, o processo de colonização que se iniciou com a construção de estradas provocou o extermínio ou a expulsão de inúmeros grupos indígenas que habitavam a região. Um dos pilares que nortearam o modelo implantado foi a construção de estradas que, combinada aos projetos de colonização, incluía ainda uma política de incentivos fiscais.

Da perspectiva da colonização, duas categorias de projetos com aspectos distintos em uma mesma política governamental expressaram o acesso a terra: uma oficial, executada pelo governo, e outra de iniciativa particular.

A execução dos projetos oficiais ficou a cargo do INCRA, que procurou desenvolver, ao longo das rodovias, inúmeros núcleos de colonização, mediante a distribuição de títulos de propriedade de terra àqueles que desejassem deslocar-se e fixar-se no local. A contrapartida para que o colono recebesse o título definitivo de posse da terra era o desmate obrigatório de parte da propriedade recebida e o início de atividades agrícolas.

Para o desenvolvimento de tais atividades, o colono podia pleitear financiamentos junto ao Banco do Brasil, a juros subsidiados. Além disso, recebia do governo, mensalmente, ajuda de custo equivalente a um salário-mínimo durante os seis primeiros meses, e sem qualquer necessidade de posterior devolução.

Os projetos oficiais representaram 73,4% da terra apropriada para essa finalidade e apareceram de forma dispersa na Amazônia oriental e de forma concentrada na Amazônia ocidental, notadamente no Estado de Rondônia.

Por sua vez, os projetos particulares, que representaram 26,6%, despontaram de forma mais expressiva no Estado de Mato Grosso, onde praticamente ficaram concentrados todos esses tipos de iniciativas. Exemplos desse tipo de colonização foram as cidades de Sinop e Alta Floresta.

As empresas colonizadoras adquiriam as terras e recebiam do governo federal a concessão para sua venda. Ficavam obrigadas, contudo, a montar infraestrutura básica para o assentamento dos colonos. Na prática, o que aconteceu foi uma parceria entre colonizadora e Estado, pois, embora esses projetos de infraestrutura fossem realizados por empresas, o financiamento da empreita era estatal.

Visando ainda estimular o fluxo migratório para a Amazônia, foi também criado, em 1974, o Programa de Polos Agropecuários e Agrominerais da Amazônia (Poloamazônia), com o fim de integrar áreas selecionadas segundo o potencial agropecuário, agroindustrial e mineral.

Observe-se que em razão dessa política de indução migratória, em meados dos anos de 1970, afluíram inúmeras caravanas à Região Norte. A propaganda sobre terras férteis e baratas atraiu inúmeros pequenos agricultores.

Assim, as propriedades começaram a se formar com a retirada da floresta e o plantio e cultivo de arroz, café, feijão, milho, pastagens e outros. Os colonos construía, ainda, o seu local de moradia e galpões para guardar animais, maquinários, ferramentas e colheitas.

A derrubada da floresta, na maioria das vezes, sequer observava a área de reserva legal, que era de 80% desde 1965, em face da edição de Lei n. 4.771/1965.

De forma simplificada, com o passar do tempo, pode-se dizer que o processo de ocupação da Amazônia desenvolveu-se em três estágios. O primeiro, em que trabalhadores braçais e pequenos agricultores, cuja base era a agricultura familiar, abriram e prepararam a floresta para plantio, onde faziam o plantio manual de culturas como arroz, milho e feijão, além de pequenas áreas de pastagem. O segundo, em que fazendeiros adquiriram as pequenas propriedades e usaram as terras de cultivos ou mesmo áreas de reserva legal para implantação de extensas pastagens. E, por fim, o terceiro, que perdura até os dias de hoje, em que empresários do agronegócio mecanizam a terra e a utilizam para as monoculturas de soja, arroz ou milho, que são altamente lesivas ao meio ambiente.

Com relação principalmente ao primeiro e ao segundo estágio de colonização, foco da nossa explanação, a busca por uma cultura produtiva e com bom preço foi marcada por inúmeros fracassos. Os solos da Amazônia, de modo geral, são pobres e, em muitos casos, impróprios à plantação de culturas anuais. Permitem o cultivo satisfatório por apenas curto espaço de tempo, tornando-se improdutivos após dois ou quatro anos de exploração, pois são, na maior parte, solos ácidos, de pouca fertilidade e de baixa troca catiônica. Observe-se que tais características foram desconsideradas pelos núcleos de colonização ao elaborarem os projetos agrícolas. Essas mesmas características dificultaram, sobremaneira, também

a implantação de atividades agropecuárias nos moldes convencionais, ou seja, na modalidade extensiva. Trata-se de um ecossistema de características peculiares, que necessita de um modelo próprio para o uso e manejo da terra.

Outro fator que comprometeu o sucesso da colonização da área foi o fato de o INCRA, ao executar os loteamentos, não ter ido a campo identificar a topografia natural da área a ser dividida nem o curso das águas. Os lotes, apesar de possuírem a mesma metragem, eram desiguais em recursos naturais, havendo, por exemplo, alguns totalmente desprovidos de água, recurso indispensável à atividade agropecuária.

Tais fatores, aliados à falta de orientação técnica e às barreiras à comercialização dos produtos da Amazônia (distâncias dos centros comerciais, alto custo do transporte etc.), contribuíram para a falência da agricultura rudimentar e da pecuária, o que acabou por levar muitos colonos, que insistiram em permanecer na terra, a tornar a exploração da madeira como única atividade viável. Resultado: mais um fator de desmatamento indiscriminado.

Lembre-se de que nessa época, década de 1970, havia no Brasil um total desinteresse em relação às questões ambientais. A preocupação dos colonos e das autoridades governamentais brasileiras era estritamente relacionada à capacidade produtiva da terra. A preocupação e a proteção do meio ambiente e da biodiversidade eram ignoradas em toda e qualquer pauta governamental.

3 O início da preocupação ambiental por parte das autoridades brasileiras

A partir de 1986, o governo do Presidente Sarney (o primeiro governo civil depois de mais de vinte anos de ditadura militar) deu continuidade ao programa de ocupação da Amazônia. A ideia fixa

dos militares de ocupar a Amazônia esteve também presente nesse governo. A justificativa foi a necessidade de acelerar o avanço da fronteira agrícola e promover o desenvolvimento da região.

As políticas de ocupação se transformam em uma das mais importantes estratégias de crescimento para o país. O desenvolvimento da Amazônia representa a criação de novos mercados produtores e consumidores, o que tem como consequência o aumento significativo na taxa de desmatamento.

Em 1988, no Governo Sarney, em decorrência das queimadas e desmatamento na Amazônia, acentuadas em 1970 e 1980 (resultado desastroso de orientações equivocadas do regime militar para a ocupação e o desenvolvimento daquela região), a questão ambiental era um contencioso tão grave para o país, em termos de imagem negativa mundial, como o foram os desrespeitos aos direitos humanos durante o regime de exceção (MESQUITA, 2005, p. 1).

O desmatamento na Amazônia na década de 1980 chama a atenção das organizações internacionais, e se torna uma questão mundial, provocando a suspensão de financiamentos para qualquer tipo de projeto econômico para o Brasil. Os bancos oficiais internacionais, como o Banco Mundial, BID, BIRD, Eximbank e a Comunidade Econômica Européia passam a fazer exigências para liberar recursos, entre os quais, a necessidade de considerar os fatores socioambientais.

O novo governo, pressionado pela imagem negativa do Brasil como destruidor da Floresta Amazônica, passa a adotar medidas para reverter essa imagem. Apesar de o país já possuir uma legislação ambiental e uma secretaria de meio ambiente (SEMA), não havia nenhuma política específica nesse setor para a região. Assim, o governo convocou um grupo de especialistas que deveriam fazer propostas que pudessem conciliar o desenvolvimento econômico com o respeito ao meio ambiente. Posteriormente, é assinado o Decreto n. 96.944/1988 – criando o Programa de Defesa do Complexo de Ecossistemas da Amazônia Legal (alterado pelo Decreto n. 97.636/1989). Denominado Programa Nossa Natureza, tinha como objetivo gerir as políticas oficiais relacionadas com a produção de recursos naturais renováveis e o seu uso adequado, dentro da linha do desenvolvimento sustentável, seguindo os prin-

cípios estabelecidos na Conferência das Nações Unidas sobre o Homem e o Meio ambiente. (SELUCHINESK, 2008, p. 88-89)

Eleita a Assembleia Nacional Constituinte, espaço de discussão dos mais variados temas nacionais, foi promulgada em 1988 a mais nova Constituição Federal ainda em vigor no Brasil. A Constituição de 1988 contemplou temas até então ignorados em Constituições anteriores, como direitos quilombolas, questões ambientais etc. Historicamente, foi a primeira Carta Magna brasileira a reservar um capítulo ao meio ambiente. Como consequência da regulamentação de algumas de suas leis, em 1989, com a Lei n. 7.735, foi criado o Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA), que ficou responsável por fazer cumprir o Programa Nossa Natureza. Seria de responsabilidade do IBAMA suspender financiamentos governamentais em projetos que implicassem desmatamento, bem como autorizar a derrubada de novas áreas.

Reconhece-se que estas estratégias ajudaram a reduzir as queimadas e o desmatamento na Amazônia, mas tais conquistas não foram duradouras, acredita-se, devido à política de descentralização que conferiu a responsabilidade aos governos locais. Estes, por interesse ou comprometimento exclusivo com o desenvolvimento e lucros econômicos, foram permissivos ou fizeram vistas grossas ao desmatamento indiscriminado. Com isso, o arco de desmatamento atingiu índices impressionantes de destruição.

Somente no governo do Presidente Fernando Collor as questões ambientais passaram a adquirir relativa importância para os dirigentes políticos brasileiros. E isso se deve mais à pressão internacional que a algum tipo de tomada de consciência. O Brasil sediaria a ECO 92. O clima de preparação e realização da ECO 92, fórum que discutiria as questões ambientais mundiais, exigiam uma postura ambientalmente mais responsável do governo brasileiro. O evento foi crucial para o meio ambiente no Brasil, principalmente nas ques-

tões ligadas ao desmatamento da Amazônia. As organizações internacionais cobravam atitudes imediatas do governo brasileiro.

Preocupado com a imagem do Brasil no exterior e com os vultosos acordos econômicos que aspirava fazer, no rastro da notoriedade internacional súbita, o Presidente Collor assinou inúmeros acordos ambientais internacionais, sendo os de maior relevância o Acordo de Guadalajara e o Compromisso de Mendoza. Criou, ainda, a Secretaria de Meio Ambiente da Presidência da República (SEMAM/PR), vinculada ao IBAMA, com atribuições de planejamento, coordenação, supervisão e controle das atividades relativas à Política Nacional do Meio Ambiente e à preservação, conservação e uso racional dos recursos naturais renováveis.

Mesmo não traçando nenhuma estratégia voltada para a região amazônica, algumas medidas econômicas adotadas promoveram a redução das taxas de desmatamento. O governo Collor, a despeito do seu fracasso macroeconômico e da vergonhosa e escandalosa forma como foi finalizado, foi um governo que promoveu a globalização da agenda ambiental, o fortalecimento das ONGs e do movimento ambientalista.

O governo transitório que o sucedeu, o de Itamar Franco, foi marcado pela criação do Ministério do Meio Ambiente e pela implantação do Sistema de vigilância da Amazônia (SIVAM), mas, não obstante estas duas grandes iniciativas de defesa do meio ambiente brasileiro, a grave crise macroeconômica e institucional que o Brasil enfrentava acabou por relegar ao ostracismo as questões ambientais. O movimento ambientalista também sofreu enorme impacto e declínio.

Na sequência, o governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, preocupado com a reestruturação do Estado com vistas à globalização, privilegiou uma concepção economicista da agenda

pública, em que as questões ambientais acabaram novamente por ficar relegadas a um plano secundário. Muito embora o Presidente estivesse comprometido a marcar sua administração com propostas diferenciadas de desenvolvimento, de forma que compatibilizasse o crescimento econômico com o uso sustentável do meio ambiente, as ações acabaram por ficar apenas no discurso.

Neste governo foi criado o Protocolo Verde, resultado da recomendação contida no Relatório de Grupo de Trabalho, instituído para “elaborar proposta de diretrizes, estratégias e mecanismos operacionais, para a incorporação da variável ambiental no processo de gestão e concessão de crédito oficial e benefícios fiscais às atividades produtivas” (Decreto de 28 de abril de 1995). Entretanto, apesar da edição desse conjunto de salvaguardas ambientais exigidas quando da concessão de empréstimos, os financiamentos de atividades impactantes continuaram a ser liberados sem a contrapartida da adoção de novas posturas para conter a destruição do meio ambiente.

Repare-se que também foi criado no governo FHC o plano de infraestrutura Avança Brasil, que estimulou o desmatamento das florestas e não considerou nenhum tipo de discussão sobre o custo/benefício ante o potencial impacto socioambiental na Amazônia.

Por fim, em 2003, iniciou-se o primeiro governo de Luiz Inácio Lula da Silva, que, embora tenha mantido o discurso pró-meio ambiente do governo anterior, também não cumpriu todas as promessas de campanha concernentes à defesa do meio ambiente e da biodiversidade brasileira. Salvo ações como a criação de unidades de conservação, o discurso, distanciado da prática efetiva e ambientalmente responsável, parece mais preocupado em criar uma imagem brasileira positiva perante o público externo. Na verdade, tal governo tem tido uma atuação paradoxal e sido marcado

por críticas de membros da própria equipe governista às nossas leis ambientais, vistas como um entrave ao desenvolvimento do país. De atuação contraditória, tem aceitado indicações de ambientalistas históricos e internacionalmente conhecidos para ministros do meio ambiente, mas não raro os embates desses ministros com ministros de áreas relacionadas à produção e ao desenvolvimento têm revoltado ambientalistas.

Analisando-se as ações propostas, a médio e longo prazo, nos mais recentes programas desse governo, verifica-se que a postura de implantação de grandes projetos continua vigorando, a despeito de estudos e recomendações quanto ao seu impacto socioambiental. Exemplo disso é o Programa de Aceleração do Crescimento (PAC), por meio do qual o governo vem injetando enormes quantias de recursos financeiros em obras de infraestrutura e desenvolvimento industrial, buscando fomentar o desenvolvimento econômico e industrial do Brasil. A meta de superar a média de desenvolvimento mundial, bem como o cumprimento de metas estabelecidas na campanha eleitoral para geração de empregos, e a obsessão por apresentar resultados imediatos e visíveis à população estão comprometendo a biodiversidade brasileira e podem vir a comprometer a existência e qualidade de vida das gerações humanas futuras.

O principal desafio do PAC é a criação de novas fontes de energia que possam dar suporte à demanda crescente, sobretudo no Sul e Sudeste do país (zona mais industrializada e mais densamente povoada do Brasil). Entretanto, uma vez que todas as fontes de energia, principalmente hidroelétricas, destas regiões encontram-se demasiadamente exploradas, o governo novamente volta os olhos para a região amazônica como alternativa para a exploração dos recursos hídricos para fins energéticos, esquecendo-se totalmente da especificidade do complexo ecossistema amazônico. Acena também para a construção de monumentais estradas (que alcancem os países andi-

nos e o Oceano Pacífico) e para o desenvolvimento de políticas agrícolas para a região amazônica, sob a velha máscara de estar levando desenvolvimento e novas perspectivas econômicas para a região.

O maior problema é que o governo precisa criar alternativas econômicas e energéticas de forma extremamente rápida, tendo em vista o iminente aumento da demanda energética nacional. Assim, para cumprir as metas e os cronogramas estipulados, o governo deu início a um conglomerado de obras simultâneas na região, ignorando os impactos sociais e, sobretudo, os ambientais que serão causados. É visível a pressão crescente sobre órgãos ambientais que fazem parte do próprio governo, a fim de que emitam licenças para construção de obras sem que sejam apresentados todos os estudos e relatórios exigidos pela própria legislação ambiental brasileira. A Amazônia é novamente palco de cobiças e contendas, e somem-se aos índios os posseiros, os garimpeiros, os colonos, os pecuaristas, os fazendeiros etc. e o próprio governo.

4 O desmatamento da Floresta Amazônica e o Ministério Público Federal

Após esse histórico da situação política e econômica da Amazônia, o presente trabalho pretende analisar as ações propostas pelo governo do Presidente Lula para desenvolvimento e proteção da região, assim como a atuação do Ministério Público Federal em relação a essas ações.

Fazendo uma breve retrospectiva, até o início dos anos 1970, a Floresta Amazônica brasileira permaneceu relativamente intacta. Com a inauguração das rodovias de ligação com a Região Norte, deflagrou-se um processo de devastação da floresta.

Estudos mostram que $\frac{3}{4}$ dos desmatamentos entre os anos de 1978 e 1994 ocorreram dentro de uma faixa de 100 km de lar-

gura ao longo das Rodovias BR-010 (Belém–Brasília), BR-364 (Cuiabá–Rio Branco) e PA-150.

A construção das rodovias anteriormente citadas, aliada a políticas governamentais de concessão de subsídios para fortalecimento das atividades agrícolas e agropecuárias, desencadeou uma forte migração para a Amazônia. Esse movimento populacional foi um tipo de válvula de escape utilizada pelo Estado para os problemas sociais de outras regiões. O que se verificou, contudo, é que a derrubada da mata, na maioria das vezes, foi infrutífera, uma vez que o modelo de colonização adotado para a região amazônica, que não comporta atividades agrícolas e agropecuárias nos moldes convencionais, não foi o adequado para a realidade do solo e clima da região.

A expansão das atividades econômicas em larga escala sobre os recursos da Amazônia Legal brasileira tem contribuído para o aumento drástico da taxa de desmatamento. No período de 2002 a 2003, o índice foi de 23.750 km², a segunda maior taxa já registrada na região. De acordo com dados do Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais (INPE), esta marca somente foi superada pela marca histórica de 29.059 km², de 1995 (INPE, 2004).

Em 2003, a área de desmatamento acumulada na Amazônia Legal brasileira chegou a 653 mil km², correspondendo a 16,3%. Cabe salientar, entretanto, que este desmatamento não foi distribuído homogeneamente dentro da Amazônia, mas sim concentrado ao longo do denominado “arco do desmatamento”².

Os estados que mais desmataram a Amazônia brasileira entre 2001 e 2003 foram Pará, Rondônia, Mato Grosso e Maranhão,

² O “arco do desmatamento” tem essa denominação devido ao seu aspecto geográfico no mapa do Brasil, pois compreende em forma de um arco a área que abrange do sudeste do Estado do Maranhão ao sudeste do Acre, cortando os Estados de Tocantins, Pará, Mato Grosso, Rondônia e Amazonas.

que, juntos, correspondem a mais de 90% do desmatamento observado no período.

Para o período 2007–2008, os dados fornecidos pelo INPE revelaram que a área desmatada totalizou 12.911 km², o que implicou o aumento de 12% da área atingida. Entretanto, com base ainda em informações fornecidas pelo próprio INPE, inferiu-se que os Estados do Pará e do Mato Grosso continuaram representando as maiores taxas de desmatamento da Amazônia, pois, somados, representaram 69% do desmatamento total da região, com 43,4% e 25,2%, respectivamente.

O Estado do Maranhão liderou o *ranking* de desmatamento em 2008, com aumento de 108% em relação à taxa de desmatamento de 2007. Com este aumento, o Maranhão atingiu taxa de desmatamento superior à de Rondônia, que, por sua vez, apresentou em 2008 redução de 29% em relação a 2007.

Um alívio para a Amazônia, analisando-se os últimos dados gerais divulgados pelo INPE para o período de agosto de 2008 a julho de 2009, estima-se que o desmatamento por corte raso (remoção total da cobertura florestal) na Amazônia Legal atingiu 7.008 km², o que representou uma redução de mais de 45% em relação ao período anterior. Essa foi a menor taxa de desmatamento verificada desde o início dos levantamentos em 1988.

Além dos números gerais, no período citado, a situação em grande parte dos estados também teve grande melhora, ou, entenda-se melhor, “menos piora/devastação”. Nos Estados do Mato Grosso e do Pará, tradicionais líderes no *ranking* de desmatamento, a queda foi significativa, de 65% e 35%, respectivamente, o que caracteriza um grande avanço levando-se em consideração as assustadoras estatísticas anteriores.

Grosso modo, essa visível redução de índice geral de desmatamento é verificada a partir de 2005 e pode ser parcialmente atribuída à política do governo brasileiro de criar unidades de conservação. A maioria delas tem sido instituída em áreas críticas de conflito fundiário, em zona de expansão de fronteira agrícola, onde eram urgentes medidas de ordenamento territorial para frear o desmatamento, a grilagem e a violência contra populações locais, trabalhadores rurais, assentados e lideranças do movimento social.

A criação de unidades de conservação na Terra do Meio e na área de influência da Rodovia Cuiabá–Santarém (BR-163), no Pará, no período que compreendeu os meses de fevereiro a setembro de 2005, apresentou resultados relativamente rápidos na queda do desmatamento. Entre 2004 e 2005, esta queda variou entre 50% e 100% nas duas regiões, segundo dados divulgados pelo próprio governo.

Em junho de 2007, a Amazônia Legal atingiu a marca de 19,97% de seu território protegido sob a forma de unidades de conservação, sendo 9,89% em unidades federais e 10,08% em unidades estaduais. Desse total, 6,96% da Amazônia brasileira está protegida dentro de Unidades de Conservação de Proteção Integral – principalmente em Parques Nacionais, Reservas Biológicas e Estações Ecológicas – e outros 13% da floresta se encontram dentro de Unidades de Conservação de Uso Sustentável, como Reservas Extrativistas e Florestas Nacionais, entre outras categorias. Sobre a criação de unidades de conservação nos últimos anos, vale destacar importante artigo de João Paulo Ribeiro Capobianco (2009), biólogo e ambientalista, professor visitante da Universidade de Columbia, Nova York, e pesquisador associado do Instituto de Pesquisas Ambientais da Amazônia (IPAM), intitulado *As mudanças climáticas e as áreas protegidas na Amazônia*:

Entre as ações adotadas com grande sucesso pelo governo brasileiro para enfrentar as altas taxas de desmatamento na Amazônia destaca-se a criação de áreas protegidas nas zonas de conflito e de expansão da fronteira agrícola predatória. O resultado desta estratégia levou ao aumento em cerca de 20 milhões de hectares de unidades de conservação, ampliando em quase 70% a extensão territorial dessas áreas na região, além da homologação de aproximadamente 10 milhões de hectares de terras indígenas, no período de 2004 a 2007.

Com essas novas áreas, a Amazônia passou a contar com 224 unidades de conservação, abrangendo aproximadamente 908 mil km² e 284 terras indígenas, somando cerca de um milhão de km². O conjunto de áreas protegidas na região, portanto, chega a quase dois milhões de km², um pouco menos do que a soma de toda a cobertura florestal existente da República Democrática do Congo e Indonésia, países que ocupam respectivamente o segundo e terceiro lugares no *ranking* dos maiores detentores de florestas tropicais do planeta.

Considerando que a Amazônia possui 4.245.023 km², segundo o Mapa de Biomas do IBGE, dos quais já foram desmatados cerca de 627 mil km², é possível constatar que a soma das áreas protegidas na região conserva atualmente o equivalente a 50% da cobertura florestal remanescente.

A importância da criação dessas áreas como mecanismo para conter o desmatamento da Amazônia foi corroborada em recente estudo elaborado pelos pesquisadores Leandro V. Ferreira, do Museu Paraense Emílio Goeldi (MPEG), e Eduardo M. Venticinque, do Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA), denominado *Áreas protegidas dos parques de papel: a importância de áreas protegidas para a redução do desmatamento na Amazônia brasileira*. O trabalho concluiu que as áreas legalmente protegidas, como unidades de conservação e as terras indígenas, são ferramentas eficazes para conter o desmatamento. O estudo demonstrou que a proporção de área desmatada dentro das áreas protegidas variou de 1,5% a 4,7%, enquanto a proporção de desmatamento fora delas variou de 29,2% a 48,1% em três estados analisados (Pará, Rondônia e Mato Grosso).

A diferença do desmatamento dentro ou fora das áreas protegidas variou aproximadamente dez vezes nos Estados de Mato Grosso e Rondônia e vinte vezes no Estado do Pará. Esses resultados demonstram claramente a importância das unidades de conservação e das terras indígenas como ferramentas para conter ou diminuir o processo do desmatamento nos três estados que mais contribuíram para a degradação da Amazônia Legal, ainda que muitas delas subsistam apenas formalmente e sem que o poder público tenha executado ações voltadas para o desenvolvimento dos espaços protegidos.

Não obstante a conclusão do estudo citado, no sentido de que a simples criação da unidade de conservação é suficiente para reduzir os índices de desmatamento, é indispensável a efetiva implementação da área protegida por lei a fim de que se garanta a sua continuidade para as gerações futuras.

Fundado em tal entendimento, o Ministério Público Federal tem ajuizado inúmeras ações judiciais no sentido de compelir o governo federal e/ou o estadual a interditar todas as atividades no interior das reservas que sejam incompatíveis com os seus ecossistemas; a promoverem a retirada de invasores das unidades de conservação; a manterem vigilância adequada nas áreas; a promoverem medidas de recuperação do ecossistema; e a estabelecerem planos de manejo das reservas.

Como exemplo dessa atuação do Ministério Público Federal, é possível citar o caso da Reserva Biológica do Gurupi, no Estado do Maranhão, e os casos da Reserva Extrativista Pacaás e da Floresta Nacional do Bom Futuro, em Rondônia.

A despeito da importância da criação de unidades de conservação, existem outros fatores que também devem ser considerados determinantes para a queda nos percentuais de desmatamento verificados nos últimos períodos, quais sejam:

- a) as ações de controle de desmatamentos implementados, principalmente a partir de 2007, propostas pela então Ministra Marina Silva (e mantidas pelo atual Ministro do Meio Ambiente), entre as quais podemos citar o corte no crédito para agropecuária ilegal; o recadastramento rural obrigatório; o reforço nas ações da Polícia Federal, do IBAMA e do ICMBio; as Operações Arco de Fogo e Arco Verde;
- b) a crise econômica global e os fortes impactos nos mercados dos principais vetores de desmatamento: exploração de madeira, produção de carne, soja e siderurgia (e a consequente queima de lenhas oriundas de florestas nativas), verificados principalmente entre o 2º semestre de 2008 e o 1º semestre de 2009;
- c) o aumento da conscientização nacional sobre a importância da manutenção da floresta em pé, tendo em vista as recentes constatações de suas funções biológicas e ambientais, acrescida da sua importância no atendimento da crescente demanda alimentar no país.

No dia 2.2.2010, foram divulgados os mais recentes dados do desmatamento na Amazônia, referentes aos meses de outubro e novembro de 2009. O sistema de alerta, com base em satélites, do INPE apontou 247,6 km² de desmatamento por corte raso ou degradação progressiva na Amazônia Legal para esse período. Esse índice representa uma redução de 72,5% em relação ao mesmo período de 2008.

Essa redução de desmatamento recorde é reflexo também, acredita-se, não só da adoção das medidas anteriormente mencionadas, mas principalmente do trabalho desenvolvido pelo Ministério Público Federal, que, em conjunto com o IBAMA, em estados como o Pará, combateu a criação de gado dentro das unidades de conservação.

A exemplo disso, em junho de 2009 foram ajuizadas 21 ações contra fazendas e frigoríficos que adquiriram gados criados em áreas desmatadas ilegalmente. Tais ações buscavam o reconhecimento da corresponsabilidade pelos danos ambientais de todas as empresas que participam da cadeia econômica que impulsiona o desmatamento na Amazônia. Tão logo ajuizadas, foram suspensas em razão da celebração de Termos de Ajustamento de Condutas (TACs), propostos pelo próprio Ministério Público Federal, em que as empresas réus se comprometeram a não mais adquirir matéria-prima de fazendas que promovam a derrubada ilegal da floresta.

Nos referidos termos de ajustamento de condutas, os frigoríficos réus assumiram o compromisso de só adquirirem gado de fornecedores que satisfaçam os seguintes requisitos: a) apresentem aos frigoríficos, em até seis meses, o comprovante de que deram entrada ao pedido de obtenção do Cadastro Ambiental Rural (CAR); b) apresentem, no prazo de 12 meses, o pedido de licenciamento ambiental junto à SEMA; c) tenham obtido a licença ambiental em 24 meses, contados da assinatura do TAC; e d) tenham a situação fundiária regularizada, no prazo de 60 meses da assinatura do TAC.

Um indicador positivo: a partir da celebração dos referidos termos de ajustamento de condutas, o número de propriedades rurais inscritas no Cadastro Ambiental Rural aumentou dez vezes.

Em outra vertente, os TACs propostos pelo Ministério Público foram decisivos na redução do desmatamento ao quebrar a espinha dorsal da cadeia produtiva que lucra com a devastação ambiental. O problema passou a ser combatido em sua origem – a criação de gado em terras ilegalmente desmatadas. A devastação ambiental tornou-se um mau e pouco lucrativo negócio.

5 As políticas atuais para a Amazônia brasileira e o Ministério Público Federal

Hoje, há o temor de que todo o trabalho desenvolvido, até agora, para reduzir o desmatamento da Amazônia possa ficar sem efeito. Os estudiosos consideram que, uma vez implementada a política agrária de regularização fundiária de terras públicas federais dentro da Amazônia legal, da forma como autorizada e disciplinada pela Medida Provisória n. 458/2009 e convertida na recente Lei n. 11.952/2009, haverá uma nova aceleração do desmatamento.

A regularização fundiária é de fato essencial para o desenvolvimento pacífico e sustentável da Amazônia, pois nela existem cerca de 111 milhões de hectares não titulados, e a situação fundiária ainda é muito confusa e indefinida. Entretanto, a forma superficial e desastrosa como a Lei n. 11.952/2009 trata a questão é bastante preocupante.

Essa situação fundiária decorre, principalmente, do modelo equivocado de desenvolvimento até então implantado na região, fundado na exploração predatória da natureza e no favorecimento de grupos empresariais e de grandes fazendeiros (bem como na tolerância do Estado com a grilagem de terras), e que a Lei n. 11.952/2009 não parece ser capaz de reverter, mas, bem pelo contrário, torná-lo mais problemático.

A apropriação de lotes destinados à reforma agrária por fazendeiros, que expulsam os camponeses dos arredores de suas terras com o intuito de ampliar as suas propriedades, é comum na Amazônia desde os anos 1960. Também não é incomum a venda de uma mesma terra a compradores diversos, a falsificação de documentos, a demarcação da terra comprada ser muito maior do que a que foi originalmente adquirida e a venda de terra pública por pessoas que, utilizando-se de documentação forjada, apresentam-se como os reais proprietários.

Tais fatores têm gerado inúmeras disputas e corridas para ocupação de áreas públicas ricas em recursos naturais, e esses conflitos contribuem, sobremaneira, para a insegurança na região. Além de afrontar os direitos humanos, os envolvidos nessas disputas utilizam-se largamente do recurso do desmatamento indiscriminado como forma de demonstração de poder e de caracterização da propriedade da terra. O desmatamento tem sido, portanto, uma das estratégias de se conseguir direitos de propriedade sobre terra florestada, com direitos de propriedade indefinidos ou mal protegidos.

Nesse quadro, entende-se que os projetos de regularização fundiária de terras federais na Amazônia devam-se pautar pela promoção da inclusão social e da justiça agrária. É preciso que se dê amparo aos posseiros de boa-fé, que retiram ou que pretendam retirar da terra o seu sustento. Faz-se também necessário o aperfeiçoamento do controle e da fiscalização do desmatamento na Amazônia, permitindo uma melhor definição dos responsáveis pelas lesões ao meio ambiente nas áreas regularizadas e a devida recuperação das áreas.

É histórico o caos e a ilegalidade com que as ocupações têm acontecido até o momento. A aceleração da regularização das áreas já ocupadas sem critérios rígidos, tal como proposta pela MP n. 458/2009, convertida na Lei n. 11.952/2009, que autoriza a regularização de terras públicas na Amazônia Legal, estimulará novas ocupações de terras públicas e incentivará ainda mais a ilegalidade e o desmatamento. E, acredita-se, agravará os conflitos fundiários já existentes.

O referido texto legal tem o objetivo de regularizar 67,4 milhões de hectares de terras públicas ocupadas ilegalmente na Amazônia, o que corresponde a aproximadamente 13,42% de toda a Amazônia Legal, área equivalente à Alemanha e à Itália juntas. Para isso, prevê a transferência de duas formas: gratuita ou onerosa. O segundo caso acontecerá em condições econômicas bastante vantajosas, sem a

necessidade de realização de prévio procedimento licitatório, o que afronta os princípios constitucionais da legalidade e da isonomia.

Em relação ao meio ambiente, percebe-se com clareza no art. 15 da referida lei a total inobservância ao encargo imposto ao poder público e à coletividade pela Constituição Federal, no art. 225, *caput* e seu § 1º, ao não condicionar a regularização fundiária à recuperação das áreas já degradadas, no passado, pelo próprio ocupante ou seus antecessores, e ao prever que apenas o desmatamento irregular realizado em área de preservação permanente ou de reserva legal dará ensejo à reversão da área em favor da União, mas não o desmatamento irregular em outros trechos das terras regularizadas.

Na verdade, a Lei n. 11.952/2009 premia aqueles que lesaram a Floresta Amazônica. Acredita-se que tal opção poderá acarretar o aumento do desmatamento irregular em toda área da Amazônia Legal que esteja fora das áreas de preservação permanente ou reserva legal.

Verificando a flagrante inconstitucionalidade dos arts. 4º, § 2º, 13 e 15, §§ 1º, 4º e 5º, da Lei n. 11.952/2009, a então Procuradora-Geral da República, Deborah Duprat, ajuizou, em 9.7.2009, Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de liminar, perante o STF (ADI n. 4.269), que adotou o rito do art. 12 da Lei n. 9.868/1999, em razão da relevância da matéria.

A questão encontra-se, portanto, submetida ao Poder Judiciário, a quem compete dar a última palavra na regularização fundiária de terras da União na Amazônia brasileira.

Outro fator que fatalmente contribuirá para a degradação da Floresta Amazônica será a aprovação do projeto de alteração do Código Florestal (PL n. 6.424/2005), em trâmite no Congresso Nacional, que prevê, entre outras medidas, a redução de 80% para

50% da área de reserva legal na Amazônia³, bem como a criação do direito de exploração em terras já devastadas.

A redução pretendida pelos ruralistas acarretará a liberação de enormes extensões de floresta para serem exploradas e legalizará as derrubadas ilegais já praticadas, desobrigando legalmente os responsáveis de recuperar os danos ambientais por meio da recomposição.

Alerta-se que existem também outros projetos de lei em trâmite, no Congresso Nacional, que têm como objetivo excluir os Estados de Tocantins, Mato Grosso e parte do Maranhão da área de abrangência da chamada Amazônia Legal. Caso esses projetos sejam aprovados e se transformem em lei, a Amazônia será reduzida em até um quarto do seu tamanho atual e haverá redução da área de reserva legal das propriedades rurais localizadas nesses estados, o que autorizará um incremento das atividades agropecuárias na região.

Esses projetos, se convertidos em lei, fragilizarão a proteção das florestas brasileiras, prejudicando, assim, todo o trabalho desenvolvido até o momento pelo Ministério Público Federal, pelos órgãos de proteção ao meio ambiente e por organizações sociais. Será, portanto, um retrocesso no processo de combate ao desmatamento da Amazônia e na preservação da biodiversidade amazônica.

Por outro lado, a reconstrução e/ou o asfaltamento de rodovias que cortam e ligam o norte do país a outras regiões, obras previstas pelo Plano de Aceleração do Crescimento, será, finalmente, o fator que mais contribuirá para o aumento da degradação da Floresta

³ Atualmente, a área de reserva legal na Amazônia Legal é de, no mínimo, 80% da propriedade. Nas propriedades onde a cobertura arbórea se constitui de fitofisionomias florestais não se admite o corte raso em pelo menos 80% da área. Em caso de propriedades rurais situadas em área de cerrado localizada na Amazônia Legal, aplica-se a reserva legal de 35%. O percentual mínimo de reserva legal nas propriedades rurais situadas em área de floresta ou formas de vegetação nativa localizada nas demais regiões do país é de 20%.

Amazônica. A pavimentação de tais BRs estimulará ainda mais a expansão da fronteira agrícola e a exploração madeireira, podendo acarretar uma colossal conversão de florestas em pastagens e áreas agrícolas, que, a médio e longo prazos, serão responsáveis pela desertificação de vasta porção do território nacional.

A pavimentação e a construção de estradas consistem no principal determinante dos futuros padrões de desmatamento da bacia Amazônica. Atualmente, vários projetos de pavimentação estão sendo considerados pelo governo brasileiro: as obras de pavimentação de um trecho de cerca de 700 km da BR-163, da divisa do Pará com o Mato Grosso ao porto de Itaituba, estão marcadas para serem iniciadas em breve. Grandes interesses econômicos estão por trás desse projeto que visa a conectar a região produtora de soja do Mato Grosso a portos de calado internacional do sistema fluvial do Amazonas. Outros projetos de pavimentação incluem a BR-230 (Rodovia Transamazônica), BR-319 (Rodovia Manaus-Porto Velho), BR-156 (do Amapá à Guiana Francesa), BR-401 (de Roraima a Guiana), assim como muitos outros trechos de importância secundária (Figura 2).

Além disso, projetos de integração continental contemplam a pavimentação de rodovias através dos Andes, ligando não só a Amazônia, mas o restante do Brasil a portos no Pacífico, como Callao no Peru e Arica no Chile. Dentre esses projetos, prioridade foi dada ao asfaltamento do trecho da Rodovia Transamericana entre Assis Brasil, no Acre, a Cuzco, no Peru, a qual já se encontra asfaltada daí para o Pacífico. Como alternativa, vislumbra-se também uma ligação entre Cruzeiro do Sul, no Acre, a Pucalpa, no Peru. Existe, igualmente, a possibilidade de se construir uma rodovia ligando Cárceres, no Mato Grosso, a Santa Cruz na Bolívia. Santa Cruz, localizada no interior da bacia Amazônica, é hoje um centro urbano em franca expansão, com importância econômica maior do que a sua capital La Paz, graças aos seus campos de gás natural. Essa rota, embora até então não priorizada, representa a conexão mais curta entre as regiões industriais e altamente povoadas do sudeste brasileiro aos portos do norte do Chile, atravessando ainda a região produtora de soja do Brasil central. Por fim, outros

projetos de transporte fluvial, construção de barragens, hidrelétricas e gasodutos completam esse quadro de investimentos em infraestrutura para a Amazônia (NEPSTAD et al., 2000; CARVALHO et al., 2001; LAURANCE et al., 2001). (SOARES-FILHO, 2005, p. 3-4)

A pavimentação da BR-163 (Cuiabá–Santarém) certamente estenderá o desenho atual do desmatamento da Amazônia de um arco para um “W”, pois a referida estrada está assentada sobre uma faixa de clima mais seco do que a maioria das áreas florestadas da Amazônia, fator que facilitará a expansão agropecuária e a entrada de fogo por incêndios rasteiros.

Situação análoga ocorrerá se reconstruída a BR-319, rodovia que corta a Amazônia Central, ligando as cidades de Manaus a Porto Velho, aberta durante o regime militar e, atualmente, recoberta pela floresta, em razão das dificuldades de manutenção. A reabertura dessa estrada permitirá o acesso de atores do “arco de desmatamento” ao coração da floresta, porção mais preservada da Amazônia.

Em razão dos relevantes e irreparáveis danos que a reconstrução da BR-319 poderá acarretar ao meio ambiente, o processo de licenciamento desse empreendimento vem sendo sistematicamente acompanhado pelo Ministério Público Federal, que já constatou deficiências no Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e no Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) apresentados.

Em razão disso, a 4ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em 1º.7.2009, expediu a Recomendação n. 07/2009, a fim de que o IBAMA considerasse as deficiências do Estudo de Impacto Ambiental apontadas na Audiência Pública realizada no dia 8.6.2009 e no parecer produzido pelo Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia. Recomendou, ainda, que se abstenha de proferir decisão sobre a viabilidade ambiental do empreendimento, e de expedir qual-

quer licença ambiental, até que sejam cumpridas todas as condicionantes estabelecidas no relatório final do grupo de trabalho instituído pelo Ministério do Meio Ambiente. Também recomendou que fosse determinada a complementação do EIA para que fosse incluído, na análise, estudo sobre os povos indígenas que vivem na área de influência do empreendimento.

Mais recentemente, foi expedida a Recomendação n. 34/2009 pelo Ministério Público Federal no Amazonas (Ministério Público Federal/AM), agora dirigida ao Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte (DNIT), recomendando nova complementação e reformulação do Estudo e do Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), a fim de que seja englobado o conjunto completo de comunidades indígenas, populações quilombolas e tradicionais encontradas na área de influência direta ou indireta do empreendimento, bem como realizadas consultas especiais às comunidades indígenas, quilombolas e tradicionais localizadas nas áreas de influência da BR-319. Frisou-se, ainda, a necessidade de participação da Fundação Palmares e da Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais no processo de licenciamento do empreendimento.

Cabe, hoje, ao Ministério Público Federal, mais que nunca, defender a preservação da Amazônia, e como tem atuado até agora, pautando-se pela busca de um desenvolvimento responsável e sustentável para esta tão importante macrorregião do país. O objetivo maior, entenda-se, é resguardar a região de políticas imediatistas e desenvolvidas sem alicerce sólido, formuladas com base em estudos deficitários e que não consideram o impacto dessas ações sobre o meio ambiente e sobre a sociedade como um todo. Políticas que, em geral, ignoram as características e especificidades do ecossistema amazônico e da sua gente, ignoram a sua história, ignoram os seus limites e os seus potenciais reais e renováveis.

6 Conclusão

Parece notório que o processo de ocupação e exploração da Amazônia brasileira visou atender interesses econômicos quase sempre imediatistas, de governos que, ao longo do tempo, implantaram modelos de desenvolvimento fundados na exploração predatória e no desrespeito à floresta. Observa-se que, em nenhum momento, foi realizado um plano ou estudo de ocupação e/ou colonização que concretizasse ações de longo prazo ou de forma ordenada. Pelo contrário, pelos fracassos contabilizados, os procedimentos adotados sempre foram ineficazes para atingir o objetivo de tornar a região um polo próspero, que não gerasse conflitos ou que não fosse tão nefasto ao meio ambiente e aos “povos da floresta”.

Cabe ressaltar que por ter sido a Amazônia tratada de acordo com interesses imediatistas de governos, os direitos humanos e a necessidade de proteção ambiental não foram considerados, sobretudo nas décadas de 1960 e 1970, quando houve grande fluxo migratório para a região. O objetivo era “distribuir” a grande população agrícola do sul e sudeste do país, regiões onde começavam a eclodir reiterados conflitos agrários.

O referido fluxo migratório deu-se sempre muito rapidamente, subsidiado pela distribuição de terras pelo governo federal, desconsiderando o potencial agrícola, industrial e/ou mineral da Amazônia, motivo este que fez com que diversos lotes de terras fossem desmatados, sem qualquer estudo ou plano de uso e manejo. Esta ação transformou o que seria um projeto de melhoria de vida para os migrantes, um castelo de falsas esperanças. As condições naturais encontradas foram completamente diversas das esperadas. Para os colonos, a promessa do Novo Eldorado não passou de um engodo. Para as populações indígenas que lá habitavam, o caos criado com a chegada dos novos “moradores” não deve ter sido menos traumático e desumano.

Na década de 1990, quando as questões ecológicas adquiriram grande importância aos olhos do mundo, todos se voltaram para a Amazônia. Na ocasião, a comunidade internacional e as organizações ligadas ao meio ambiente pressionaram o governo brasileiro, no sentido de ampliar a fiscalização e de adotar políticas concretas na área, visando à preservação da Floresta Amazônica.

Pressionado e ciente do descaso, e principalmente do “fracasso” da política rural desenvolvida em décadas anteriores, o governo começou a subsidiar e ampliar a fiscalização e proteção ambientais, sobretudo com a criação de diversas unidades de conservação. Tais medidas serviram para frear o crescimento do desmatamento, mas sem, no entanto, conseguir reverter o estrago já feito. Foi necessário que grandes potências intervissem para que o Brasil pudesse olhar com mais carinho para o seu próprio quintal.

Devido mesmo à pressão internacional, a proteção ao meio ambiente somente ganhou força a partir de 2007, em razão da política implantada por uma ministra de governo, a Ministra do Meio Ambiente Marina Silva, nem sempre respaldada e apoiada dentro do próprio governo. Marina Silva executou várias ações que foram fundamentais para a preservação da Amazônia brasileira, quais sejam: o corte no crédito para agropecuária ilegal; o recadastramento rural obrigatório; as ações da Polícia Federal, do IBAMA e do ICMBio; e as Operações Arco de Fogo e Arco Verde.

Vale ressaltar, também, o crescente processo de esclarecimento e conscientização da sociedade sobre a importância da preservação do meio ambiente, e o papel que ela tem na pressão sobre as instituições públicas. Tal pressão, aliada ao constante trabalho do Ministério Público Federal, no sentido de cobrar do governo a efetiva implementação das áreas protegidas por lei e de combater a pecuária em áreas ilegalmente desmatadas, culminou em uma

redução recorde dos índices de desmatamento nos meses de outubro e novembro de 2009.

Contudo, o avanço alcançado até o momento, para a contenção do desmatamento na Amazônia, corre sério risco se for efetivada a regularização fundiária de terras na Amazônia da forma como está prevista na Lei n. 11.952/2009. Ressalve-se, a constitucionalidade desta lei é questionada pela então Procuradora-Geral da República Deborah Duprat.

A aprovação da reforma do Código Florestal e dos projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional, que preveem a exclusão de estados da Amazônia Legal, acredita-se, também contribuirão para o aumento dos índices de desmatamento. Esses projetos, como é de conhecimento público, visam apenas atender interesses de ruralistas e do agronegócio.

Por fim, o golpe de misericórdia, a construção de enormes barragens e a implementação de obras de pavimentação de rodovias que cortam a Amazônia, previstas no PAC, serão fatores determinantes na expansão do desmatamento, caso não se façam estudos mais criteriosos e as ações não sejam ambientalmente mais responsáveis. As rodovias permitirão a penetração de atores do desmatamento no coração da floresta, área ainda conservada em razão das dificuldades naturais de acesso. A possibilidade dos irreparáveis danos que essas obras poderão acarretar ao meio ambiente faz com que, hoje, o Ministério Público Federal acompanhe de perto todo o processo de licenciamento dos empreendimentos.

Fica aqui a lamentável constatação de que os governantes de hoje e os de períodos históricos outros, “democráticos” e “não democráticos”, jamais deixaram de entender a Amazônia como um quintal de exploração, e não como um patrimônio ambiental que deve ser resguardado. O Ministério Público Federal estará lutando

contra as políticas que são prejudiciais à região, pois é seu dever zelar pelos bens coletivos e valiosos da sociedade, independentemente de interesses políticos e econômicos. De uma forma figurada, temos aqui mais uma vez o confronto entre o bem e o mal, entre o justo e o injusto, que permeia o direito desde os seus primórdios.

Referências

ALVES, Diógenes Salas. O processo de desmatamento na Amazônia. *Revista Parcerias estratégicas*, 2001, v. X, n. 12.

AMAZÔNICA BRASILEIRA POR SATÉLITE PROJETO PRODES. Disponível em: <<http://www.dpi.inpe.br/prodesdigital/dadosn>>. Acesso em: 30 jan. 2010.

ANDREAZZA, Mário. *Programas especiais na área dos transportes: objetivos e execução*. Rio de Janeiro: Companhia Brasileira de Artes Gráficas, 1972.

ARAÚJO, Ricardo Torri. *O movimento boa nova*. Belo Horizonte: O Lutador, 1999.

BECKER, Berta K.; MIRANDA, Mariana; MACHADO, Lia O. *Fronteira amazônica*. Questões sobre a gestão do território. UnB: Brasília, 1990.

CAPOBIANCO, João Paulo Ribeiro. As mudanças climáticas e as áreas protegidas na Amazônia. *Clima em Revista*, 11. ed., 2009.

FEARNSIDE, P. M. *A floresta amazônica nas mudanças globais*. Instituto Nacional de Pesquisas da Amazônia (INPA). Manaus, 2003.

FERREIRA, Leandro Valle; VENTICINQUE, Eduardo; ALMEIDA, Samuel. *O desmatamento na Amazônia e a importância das áreas protegidas*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>.

php?pid=S0103-40142005000100010&script=sci_arttext>.
Acesso em: 30 jan. 2010.

HALL, Anthony L. *Amazônia*. Desenvolvimento para quem? Desmatamento e conflito social no Programa Grande Carajás. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1991.

HUERTAS, Daniel M. *Da fachada atlântica à imensidão amazônica: fronteira agrícola e integração territorial*. São Paulo: Annablume, 2009.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS. *Monitoramento da cobertura florestal da Amazônia brasileira por satélites: 2008-2009*. São José dos Campos, INPE.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). *Plano de ação para a prevenção e controle do desmatamento na Amazônia legal*. Brasília, 2004.

SELUCHINESK, Rosane Duarte Rosa. *De heróis a vilões: imagem e auto-imagem dos colonos da Amazônia mato-grossense*. Brasília: UnB, 2008.

SOARES-FILHO, Britaldo Silveira et al. *Cenários de desmatamento para a Amazônia*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142005000200008&script=sci_arttext>.
Acesso em: 30 jan. 2010.



Os remanescentes das comunidades de quilombos: o direito ao reconhecimento e à diversidade cultural

Onésio Soares Amaral*

Sumário: 1 Introdução. 1.1 Tema. 1.2 Problema. 1.3 Justificativa e objetivos. 1.4 Hipótese. 1.5 Perspectiva de abordagem teórico-metodológica. 1.5.1 Marco teórico-metodológico. 1.5.2 Processo de abordagem do tema-problema e de verificação da hipótese. 2 Reconhecimento e titulação da propriedade definitiva aos remanescentes de comunidades de quilombos e a autonomia pública e privada dos membros da comunidade. 2.1 Marco jurídico. 2.2 Autonomia pública e privada dos remanescentes de comunidades de quilombos no processo de reconhecimento de identidades. 2.3 Interpretação jurídica do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 no Estado Democrático de Direito. 3. Considerações finais.

1 Introdução

1.1 Tema

O presente artigo tem por objetivo analisar a correta interpretação jurídica, à luz da Constituição da República de 1988 – CR/88 – e dos pressupostos subjacentes ao paradigma de Estado Democrático de Direito por ela adotados (art. 1º, *caput*), a ser conferida ao art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, que assim dispõe:

* Onésio Soares Amaral é Procurador da República, membro do GT Quilombolas e Minorias Étnicas da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, *caput*, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.

1.2 Problema

Interessa analisar se a previsão de titulação de território, mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes de quilombos, com representação pelas respectivas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade (art. 17 do Decreto n. 4.887/2003), é compatível com os direitos constitucionais fundamentais à liberdade (inclusive de associação), à igualdade (na diversidade), ao pluralismo político e à diversidade cultural, entre outros direitos constitucionais fundamentais que garantem a identidade (dignidade da pessoa humana) e a autonomia aos remanescentes de comunidades quilombolas, na qualidade de membros (indivíduos) de uma comunidade de cidadãos livres e iguais, para darem continuidade a sua história individual e coletiva do modo como melhor lhes aprouver (adotarem a compreensão de *vida boa* que desejarem).

Vale dizer, estuda-se se tal previsão, mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes de quilombos, com representação pelas respectivas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade (Decreto n. 4.887/2003, art. 17), permite uma condução autônoma dos destinos (modelo de *vida boa* ou *bem lograda*) dos membros (individualmente considerados) das comunidades de remanescentes de qui-

lombos e da própria comunidade enquanto tal ou se, ao contrário, a pretexto de lhes reconhecer um direito constitucional fundamental à identidade e ao território (CR/88, arts. 1º, III e V, e 216, e ADCT, art. 68), acaba por impor-lhes um determinado modelo de *vida boa*, conforme o entendimento dado pelo grupo majoritário sobre o modo e os limites pelos quais (*o como*) tais comunidades deveriam participar da integração/reprodução social brasileira.

Nesses termos, o problema tratado no presente artigo pode ser resumido na seguinte questão: o art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, ao dispor que a titulação do território quilombola será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às respectivas comunidades, representadas por suas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade, é constitucional?

1.3 Justificativa e objetivos

A escolha do tema-problema encontra várias justificativas, das quais se destacam duas. Em primeiro lugar, a atualidade doutrinária da questão. Os poucos estudos jurídicos relativos à temática quilombola revelam quase sempre uma preocupação em ao menos indicar a necessidade de considerar aspectos relacionados ao que se denominou como “emancipação decorrente do reconhecimento da existência da diversidade e das diferenças de cultura, que envolvem distintos sujeitos”¹, ou como “controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico”, que, como concretização da “diversidade

¹ “A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais em face das declarações e convenções internacionais”, in: SHIRAISHI NETO, 2007, p. 48.

cultural, passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana”².

No entanto, não há registro de trabalho algum (inclusive oriundo de não juristas) que tenha analisado especificamente a questão acerca das implicações da interpretação jurídica do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 para o respeito à autonomia jurídica (pública e privada³) dos remanescentes das comunidades de quilombos.

Em segundo lugar, a premente necessidade prática de se estabelecer um parâmetro seguro e constitucionalmente adequado, à luz do Estado Democrático de Direito (CR/88, art. 1º, *caput*), para a interpretação jurídica do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, já que as primeiras comunidades quilombolas estão em vias de ter seus territórios *efetivamente* titulados pelo INCRA. A *forma* como o direito à propriedade definitiva dos territórios que ocupam(vam) for efetivada terá implicações diretas nos modos de reprodução sociocultural das respectivas comunidades e no direito dos seus membros à livre escolha do modelo de *vida boa* que pretendem adotar, vale dizer, na forma de exercício de suas autonomias pública e privada.

Por oportuno, ressalta-se que a discussão em termos constitucionais (e não meramente legais) da interpretação do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 justifica-se não só pelo fato de a validade, em geral, desse decreto já estar colocada nesses termos pela ADI n. 3.239 e em várias ações judiciais concretas, como também pelo fato

2 “O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade”, in: Duprat, 2007, p. 9-10.

3 Aqui, utilizam-se conceitos afetos à teoria da ação comunicativa e sua aplicação ao Direito (teoria discursiva do Direito) de Jürgen Habermas, que poderiam ser utilizadas como categorias similares para a análise dos conceitos e pré-compreensões descritas nos escassos trabalhos jurídicos sobre a temática quilombola. Para uma melhor especificação dos conceitos de autonomia pública e privada, cf. HABERMAS, 1987; HABERMAS, 1997, em especial Capítulo III, p. 113 e ss., e HABERMAS, 2002, em especial Capítulo 2, p. 82 e ss., e Capítulo 10, p. 293-295.

de que o conteúdo do referido dispositivo (Decreto n. 4.887/2003), ao disciplinar a *forma* como o direito à propriedade definitiva dos territórios que os remanescentes de comunidades quilombolas ocupam(vam) for efetivada, implica interferência direta em direitos fundamentais constitucionalmente previstos, uma vez que interferem diretamente na autonomia dos quilombolas.

Com o presente estudo, objetiva-se oferecer uma pequena contribuição⁴ para a discussão acerca da fixação de parâmetros constitucionalmente adequados, à luz do Estado Democrático de Direito, de interpretação do direito dos remanescentes das comunidades de quilombos à propriedade definitiva do território que ocupam(vam) (ADCT, art. 68), em especial a partir da interpretação do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003.

1.4 Hipótese

O termo hipótese é utilizado num “sentido fraco”, no mesmo sentido e finalidade que lhe é atribuída por Demo (2001, p. 47), segundo o qual:

[...] há muita resistência à noção de “hipótese”, porque seu berço é geralmente apontado como positivista, sobretudo popperiano, no qual se definiu toda teoria como tentativa hipotética provisória de estilo dedutivo; embora essa crítica possa caber, é sempre possível delinear hipóteses que tenham por função apenas colaborar no roteiro de análise, ajudando a estabelecer um caminho possível e sempre aberto, realçar categorias que sejam mais centrais, indicar preferências bibliográficas e resultados; sem hipótese de trabalho, a análise pode vagar a esmo em busca de um destino que não consegue pelo menos antever.

⁴ No papel de pesquisador, procurador da República e cidadão que reconhece à filosofia do direito um “papel de guardador de lugar da ciência (jurídica) e de mediador das questões (jurídico-normativas) e da que emerge do mundo da vida” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2002, p. 188), e não de tribunal da razão.

O marco teórico-metodológico adotado e sua compreensão reconstrutiva do direito e da democracia indica que o art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, ao determinar que a titulação do território quilombola será reconhecida e registrada *mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às respectivas comunidades, representadas por suas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade*, deva ser interpretado (caso possível) atentando-se às pré-compreensões próprias de um Estado Democrático de Direito que institucionaliza o próprio sistema de direitos (*medium*) para a ideia democrática de autolegislação. Esse sistema de direitos, segundo a teoria discursiva de Jürgen Habermas⁵, é um pressuposto pragmático-comunicativo que está juridicamente institucionalizado em uma coassociação de pessoas livres e iguais que querem regular legitimamente sua vida com os meios do direito positivo.

Com base nessas pré-compreensões teórico-metodológicas, a hipótese da pesquisa é a de que *uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, à luz do Estado Democrático de Direito, deve compreender que (restringir) a determinação (sentido jurídico da norma) de que a titulação do território quilombola será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às respectivas comunidades, representadas por suas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade da terra, não engloba (alcança, abarca) todas as formas de registro juridicamente válidas de territórios de remanescentes de comunidades de quilombos.*

Em outras palavras, a hipótese da pesquisa é a de que *a constitucionalidade do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 está condicionada a uma interpretação sua como meramente exemplificativo de uma das formas*

⁵ Cf. HABERMAS, 1987; HABERMAS, 1997, e HABERMAS, 2002.

(em princípio, a padrão) *pelas quais o território deve ser registrado e a sua propriedade definitivamente reconhecida aos remanescentes de comunidades de quilombos, podendo tal forma de registro variar conforme o exigam as multiplicidades de situações concretas dos modos de reprodução social pelos quais se organizem ou venham a se organizar os remanescentes de comunidades de quilombos, desde que respeitadas as pré-compreensões subjacentes ao reconhecimento constitucional do direito fundamental à identidade e ao território (CR/88, arts. 1º, III e V, e 216 e ADCT, art. 68) e, ainda, à titularidade difusa e transgeracional desses respectivos direitos.*

1.5 Perspectiva de abordagem teórico-metodológica

1.5.1 Marco teórico-metodológico

Nos termos da teoria da ação comunicativa, Habermas defende uma teoria discursiva do direito reconstrutiva do nexos interno entre aquilo que se convencionou denominar de relação entre constitucionalismo e democracia (ou ainda de relação entre direitos humanos e soberania popular), para demonstrar que, se bem compreendida, a relação de cooriginalidade entre a autonomia pública e privada dos cidadãos de uma sociedade cada vez mais plural e de riscos pode fornecer caminhos produtivos⁶ para lidar com as tensões existentes seja no processo de elaboração/fundamentação de normas (discursos de justificação), seja nos processos de aplicação (discursos de aplicação)⁷:

⁶ “[...] esse modo de criação do direito, ao qual cabe assegurar a todos igual autonomia, mantém para si um forte teor normativo. O procedimento democrático fundamenta uma suposição de racionalidade, no sentido que acena com *resultados* neutros, isto é, imparciais: a racionalidade procedimental deve garantir justiça no sentido da regulamentação imparcial de questões práticas” (HABERMAS, 2002, p. 303).

⁷ Sobre a distinção entre discursos de justificação e de aplicação de normas jurídicas, deve-se conferir a teoria da adequabilidade de Klaus Günther. Cf. Günther, 1993, p. 113 ss. Sobre a legitimidade do controle jurisdicional do devido processo legislativo com base na aplicação da *teoria discursiva do direito*, de Habermas, e na *teoria da adequabilidade*, de Günther, cf. Cattoni de Oliveira, 2000.

defendo o conteúdo racional de uma moral baseada no mesmo respeito por todos e na responsabilidade solidária geral de cada um pelo outro. A desconfiança moderna diante de um universalismo que, sem nenhuma cerimônia, a todos assimila e iguala não entende o sentido dessa moral e, no ardor da batalha, faz desaparecer a estrutura relacionada da alteridade e da diferença, que vem sendo validada por um universalismo bem entendido. Na *Teoria da Ação Comunicativa*, formulei esses princípios básicos de modo que eles constituíssem uma perspectiva para condições de vida que rompessem a falsa alternativa entre “comunidade” e “sociedade”. A essa orientação da teoria da sociedade corresponde, na teoria da moral e do direito, um universalismo dotado de uma marcada sensibilidade para as diferenças. O mesmo respeito para *todos e cada um* não se estende àqueles que são congêneres, mas à pessoa do outro ou dos outros em sua alteridade. A responsabilização solidária pelo outro *como um dos nossos* se refere ao “nós” flexível numa comunidade que resiste a tudo o que é substancial e que amplia constantemente suas fronteiras porosas (HABERMAS, 2002, p. 7, grifo do autor).

Acredita-se que, a partir desses pressupostos teóricos da teoria discursiva do direito, em especial da tese de que “*a idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores*” (HABERMAS, 2002, p. 293) tem-se uma “*medida crítica que permite julgar as práticas de uma realidade constitucional intransparente*” (HABERMAS, 1997, p. 22) e, ao mesmo tempo, mostra-se operacionalmente viável nessa complexa sociedade em que os riscos (inclusive os normativos) são constantemente incrementados. (LUHMANN, 1985, p. 52 e ss.).

1.5.2 Processo de abordagem do tema-problema e de verificação da hipótese

Nos estreitos limites deste trabalho, o processo de abordagem do tema-problema e de verificação da hipótese dar-se-á do seguinte modo. Nessa breve introdução, apresentou-se a temática objeto de estudo, situou-se o problema, as justificativas e objetivos e, por fim, definiu-se o marco-teórico a orientar os pontos de partida.

Em seguida, desenvolve-se a verificação da hipótese mediante a análise das possibilidades de uma interpretação constitucionalmente adequada, à luz do Estado Democrático de Direito, da previsão do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003. Vale dizer, confrontam-se as possibilidades de interpretação da previsão de titulação de território mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes de quilombos, com representação pelas respectivas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade com o respeito aos direitos constitucionais fundamentais à liberdade (inclusive de associação), à igualdade (na diversidade), ao pluralismo político, e à diversidade cultural dentre outros direitos constitucionais fundamentais que garantem a identidade (dignidade da pessoa humana) e a autonomia aos remanescentes de comunidades quilombolas, enquanto membros (indivíduos) de uma comunidade de cidadãos livres e iguais, para darem continuidade a sua história individual e coletiva do modo como melhor lhes aprouver (adotarem a compreensão de *vida boa* que desejarem). Tudo sob o já mencionado prisma da relação de co-originalidade entre a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Por fim, apresentam-se as resumidas considerações finais.

2 Reconhecimento e titulação da propriedade definitiva aos remanescentes de comunidades de quilombos e a autonomia pública e privada dos membros da comunidade

2.1 Marco jurídico

O direito constitucional fundamental à propriedade definitiva do território ocupado pelos remanescentes das comunidades de quilombos (art. 68 do ADCT) está previsto nos seguintes termos:

Art. 68. Aos remanescentes das comunidades de quilombos que estejam ocupando suas terras é reconhecida a PROPRIEDADE DEFINITIVA, devendo o Estado emitir-lhes os respectivos títulos.

Com fundamento na legislação pertinente, em especial na Lei n.7.668/88 e na Lei n. 9.649/98⁸, o Decreto n. 4.887/2003 expedido pelo Presidente da República para regulamentar “*o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação e titulação das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que trata o art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*”, ao tratar especificamente da questão da titulação, prevê em seu art. 17 que

Art. 17. A titulação prevista neste Decreto será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades a que se refere o art. 2º, caput, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade.

Parágrafo único. As comunidades serão representadas por suas associações legalmente constituídas.

⁸ Dados os limites deste artigo, não se enfrenta nesta ocasião a já bem discutida questão acerca da suposta inconstitucionalidade formal do Decreto n. 4.887/2003, em razão de supostamente constituir-se em decreto autônomo. Cf. ROTHENBURG, 2008, p. 461-463. Cf. ainda o Parecer n. 3.333/2004 encaminhado pela PGR ao STF sobre a questão na ADI n. 3.239.

Dando ainda concretude à legislação de referência e ao art. 68 do ADCT, o Decreto n. 4.887/2003 prevê ainda, em seu art. 22, que

Art. 22. A expedição do título e o registro cadastral a ser procedido pelo INCRA far-se-ão sem ônus de qualquer espécie, independentemente do tamanho da área.

Parágrafo único. O INCRA realizará o registro cadastral dos imóveis titulados em favor dos remanescentes das comunidades dos quilombos em formulários específicos que respeitem suas características econômicas e culturais.

Especificando ainda mais o Decreto n. 4.887/2003, foi publicada a Instrução Normativa – IN – n. 49/2008 do INCRA (“*regulamenta[ndo] o procedimento para identificação, reconhecimento, delimitação, demarcação, desintrusão, titulação e registro das terras ocupadas por remanescentes das comunidades dos quilombos de que tratam o Art. 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 e o Decreto n. 4.887, de 20 de novembro de 2003*”), a qual, por sua vez, foi revogada pela IN n. 56/2009 do INCRA (art. 32). Posteriormente, a IN n. 57/2008 (art. 31) revogou a IN n. 20/2005.

Seguindo os termos do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, tanto a IN n. 49/2008, quanto a IN n. 57/2009 prevêem nos respectivos arts. 24 que:

Art. 24. O Presidente do INCRA realizará a titulação mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso à comunidade, em nome da associação legalmente constituída, sem nenhum ônus financeiro, com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade, devidamente registrada no Serviço Registral da Comarca de localização das áreas.

Toda esta regulamentação encontra apoio, ainda, na Convenção n. 169 da OIT, ratificada pelo Decreto n. 5.051/2004. Dispõe a convenção, em seu arts. 2º e 7º, respectivamente, que

Artigo 2º

1. Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados, uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade.

2. Essa ação deverá incluir medidas:

a) que assegurem aos membros desses povos o gozo, em condições de igualdade, os direitos e oportunidades que a legislação nacional outorga aos demais membros da população;

b) que promovam a plena efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais desses povos, respeitando a sua identidade social e cultural, os seus costumes e tradições, e as suas instituições;

c) que ajudem os membros dos povos interessados a eliminar as diferenças sócio - econômicas que possam existir entre os membros indígenas e os demais membros da comunidade nacional, de maneira compatível com suas aspirações e formas de vida.

Artigo 7º

I. Os povos interessados deverão ter o direito de escolher suas, próprias prioridades no que diz respeito ao processo de desenvolvimento, na medida em que ele afete as suas vidas, crenças, instituições e bem-estar espiritual, bem como as terras que ocupam ou utilizam de alguma forma, e de controlar, na medida do possível, o seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, esses povos deverão participar da formulação, aplicação e avaliação dos planos e programas de desenvolvimento nacional e regional suscetíveis de afetá-los diretamente.

Eis, em síntese, os principais dispositivos jurídicos diretamente relacionados ao reconhecimento definitivo da propriedade dos territórios ocupados pelos remanescentes das comunidades de quilombos, os quais devem ser interpretados em consonância ao respeito às autonomias pública e privada dos membros quilombolas das respectivas comunidades.

2.2 Autonomia pública e privada dos remanescentes de comunidades de quilombos no processo de reconhecimento de identidades

Na concretização dos direitos fundamentais dispostos no art. 68 do ADCT, uma interpretação do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 que se pretenda constitucional deve necessariamente atentar-se para os pressupostos subjacentes ao paradigma do Estado Democrático de Direito, formalmente instituído no Brasil com a Constituição da República de 1988, dentre eles o respeito às autonomias pública e privada dos remanescentes das comunidades de quilombos.

Em termos mais concretos, o respeito às autonomias pública e privada dos remanescentes das comunidades de quilombos – enquanto membros (indivíduos) de uma comunidade de cidadãos livres e iguais buscam dar continuidade a suas histórias individuais e coletiva – traduz-se, em especial, na efetivação dos direitos fundamentais à identidade e à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CR/88), à cidadania (art. 1º, II, da CR/88), ao pluralismo político (art. 1º, V, da CR/88), à diversidade cultural (art. 216 da CR/88) e ao combate a todas as formas de discriminação que deve orientar uma sociedade baseada na solidariedade social (art. 3º, I e IV, da CR/88).

Em consequência, todos esses princípios fundamentais da República e direitos fundamentais dos cidadãos (inclusos, por óbvio os remanescentes das comunidades de quilombos) em conjunto com diversas normas e tratados internacionais ratificados pelo Brasil ratificados têm como pressuposto fundamental a noção de que

no seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico e fortalecer sua entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais,

*um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana*⁹
(destaques no original)

O compromisso da República Federativa do Brasil com a institucionalização de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput* da CR/88), torna, em princípio e desde que razoáveis¹⁰, todas essas visões ético-existenciais acerca do mundo e dos modelos de *vida boa* (ou *bem lograda*) legítimas e merecedoras de igual respeito e consideração, em especial pelo Poder Público.

Assim, em face desta pluralidade de concepções de mundo há uma tendência de relativização do padrão “comum”, a partir do qual se poderia exigir juridicamente e sob a ameaça de sanção um determinado comportamento ou a abstenção do mesmo (art. 5º, II, da CR/88), tolerando-se¹¹, cada vez mais, os comportamentos ou modos de vida antes considerados divergentes e, até mesmo, aqueles antes considerados ilícitos na esfera penal.

Da mesma forma, a igual legitimidade e validade de todas as distintas visões ético-existenciais razoáveis (não só diversas entre si como, por vezes, inconciliáveis) impede que as pré-compreensões e concepções de mundo subjacentes a qualquer uma delas seja, *ab initio*, tomada como parâmetro (informador e conformador) de um processo deliberativo e legítimo¹² (democrático) sobre os modos de

⁹ “O direito sob o marco da pluriethnicidade/multiculturalidade”, in: DUPRAT, 2007, p. 9-10.

¹⁰ Nos termos do pluralismo razoável de John Rawls (2002, p. 251 ss.).

¹¹ Luhmann (1985, p. 13) afirma que: “em termos sociais, isso [a generalização do direito e o próprio pluralismo social, acrescenta-se] significa indiferença em relação às implicações simbólicas da opinião ou do comportamento divergente ou, em outros termos, tolerância”. Obviamente, devem-se fazer os devidos temperamentos que a posição objetivante do autor exige.

¹² Que considere a todos e a cada um com igual respeito e consideração como membro de uma comunidade de princípios. Ou, nas palavras de Habermas, que assegure a autonomia pública e privada de todos e de cada um como co-associado livre e igual de uma comunidade que busca condições recorrentemente melhores de vida.

reprodução social pelos quais os remanescentes de comunidades de quilombos devem ou não dar continuidade a tradição deles.

Certamente, as especificidades da identidade dos remanescentes de quilombolas, em cada caso concreto, e os respectivos reconhecimentos de diferenças relevantes¹³, que elas exigiriam para serem devidamente respeitadas pelos demais membros da sociedade brasileira (em geral) devem ser objeto, elas próprias de uma ampla discussão na esfera pública. Conforme observa Habermas,

[...] determinados enfoques da questão [“aspectos relevantes” ou “condições de tratamento sob condições de igualdade”] devam ser aclarados *em meio à opinião pública de cunho político*, mais precisamente em controvérsias públicas sobre a interpretação adequada de carências e critérios, a começar pelos enfoques sob os quais as diferenças entre experiências e situações de vida (de determinados grupos) de homens e mulheres tornam-se relevantes para que o uso de liberdades de ação subjetivas possa ocorrer em igualdade de chances (HABERMAS, 2002, p. 296).

Um exemplo dessa questão pode ser verificado nas mudanças das especificidades da relação dos remanescentes de quilombos com o território e com os proprietários de terras (ou o denominado setor produtivo). Conforme Alfredo Wagner Berno de Almeida, é interessante notar que, na atualidade, vive-se um processo socioeconômico inverso ao dos tempos da escravidão quando se relaciona o trinômio quilombolas–proprietários de terra – território:

Em termos históricos, o objetivo das tropas de linha ao combater os quilombos era tentar trazer a força de trabalho, que idealmente estaria fora dos limites físicos das grandes plantações para dentro dos domínios e mantê-las sob o controle dos fazendeiros. Fazer os quilombolas retornarem à disciplina do trabalho nas plantações constituía a finalidade precípua da ação militar.

¹³ Para um aprofundamento na discussão acerca da relação entre individuação e socialização, cf. Ferreira, 2000.

(...)

Escasseando os recursos financeiros dos grandes proprietários, os mecanismos de coerção e justiça privada não funcionam com a mesma intensidade.

(...)

Desta forma, a noção de [como se deveria tratar o] quilombo se modificou: antes era o que estava fora e precisava vir necessariamente para dentro das grandes propriedades; mas, numa situação como a de hoje, trata-se de retirar as famílias de dentro das fazendas, ou seja, expulsá-las da terra¹⁴.

O estudo de Rafael Sanzio Araújo dos Anjos (2009, p. 50 e ss. e 104 e ss.), apesar ter foco distinto ligado mais especificamente à Cartografia Étnica Territórios Tradicionais, também confirma esta lógica da relação entre o trinômio quilombolas – proprietários de terra (setor produtivo) – território, em especial quando se compara a parte em que analisa “*o espaço dos antigos quilombos e os ciclos econômicos coloniais*” em confronto com a análise da “*geografia quilombola contemporânea do Brasil – uma introdução*”.

Segundo Habermas, é preciso acreditar na capacidade de exercício pelos cidadãos de suas autonomias pública e privada como modo de superação destas desigualdades por meio do reconhecimento recíproco de direitos capazes de transcender um mero contexto tradicional:

Aí não se trata mais do que é “bom” para nós como membros de uma coletividade (caracterizada por um *ethos* próprio), mas sim do que é “correto” para todos, seja para todos os membros do universo de sujeitos capazes de agir ou fazer uso da linguagem, seja para todos os conjugues de uma comunidade jurídica (seja ela local ou até mesmo global, conforme o caso). Ao julgar essas questões de justiça, procuramos uma solução imparcial, em relação à qual todos

¹⁴ “Os quilombos e as novas etnias”, in: O'DWYER, 2002, p. 58-59.

os participantes (e atingidos) não tivessem saída senão manifestar sua concordância, depois de muito ponderar sobre ele, no contexto de um diálogo isento de coerções e mantido sob condições simétricas de reconhecimento recíproco. (HABERMAS, 2002, p. 305)

No caso dos remanescentes das comunidades de quilombos, vivia-se (e em boa medida ainda vive-se) uma situação em que o “nós” da “coletividade” brasileira vira as costas para esse grupo historicamente marginalizado.

A resistência à promoção dos direitos dos remanescentes de quilombos – seja pela ausência de políticas públicas efetivas seja por meio de meras normas infralegais – decretos – os quais, a pretexto de regulamentar (especificar os procedimentos pelos quais se deve – dever-poder da Administração Pública – dar exequibilidade à legislação e à Constituição da República de 1988) a matéria acabam por torná-la inoperante (declaração meramente formal e sem efetiva força jurídico-constitutiva da realidade) – tal qual se percebe no atual Decreto n. 4.487/2003 e suas alterações constituem práticas¹⁵ já conhecidas e reiteradas no Brasil e já foram há muito denunciadas pela doutrina especializada¹⁶.

Por tudo isto, não se deve entender que o reconhecimento de diferenças relevantes dos remanescentes de comunidades de quilombolas pela sociedade em geral será dado pela mera proclamação solene de normas jurídicas. Não ser ingênuo nesse complexo processo social significa, antes de tudo, compreender que

¹⁵ Tão bem denunciado por Foucault (1984).

¹⁶ Entre outros trabalhos, destacam-se Walter Claudius Rothenburg, “O processo administrativo relativo às terras de quilombos: análise do Decreto n. 3.912, de 10 de setembro de 2001”; Eurípedes Antônio Funes, “Breves comentários sobre o Decreto n. 3.912, do presidente da República, de 10 de setembro de 2001”, e Leinad Ayer de Oliveira, “Sobre as datas e as competências no Decreto n. 3.912/2001”, in:_____. (Org.). *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

Os próprios envolvidos precisam lutar em fóruns públicos pelo reconhecimento das interpretações reprimidas ou marginalizadas sobre suas carências, a fim de que novas situações factuais sejam reconhecidas como relevantes ou carentes de regulamentação e de que se negociem critérios sob os quais se possa tratar com igualdade o que é igual e com desigualdade o que é desigual. Sem o princípio do tratamento em condições de igualdade, porém, transformado *a fortiori* em fundamento, não haveria base de sustentação para qualquer crítica ou reivindicação de revisão dos critérios antigos. (HABERMAS, 2002, p. 334)

2.3 Interpretação jurídica do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 no Estado Democrático de Direito

Atentando-se para todas essas questões, a forma de efetivação do direito à propriedade definitiva do território aos remanescentes das comunidades de quilombo (art. 68 do ADCT) regulamentada pelo art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 deve ter em conta a situação atual segundo a qual

A mudança acelerada das sociedades modernas manda pelos ares todas as formas estacionárias de vida. As culturas só sobrevivem se tiram da crítica e da cisão a força para a autotransformação. Garantias jurídicas só podem se apoiar sobre o fato de que cada indivíduo, em seu meio cultural, detém a possibilidade de regenerar essa força. E essa força, por sua vez, não nasce do isolamento (HABERMAS, 2002, p. 252).

Assim, uma interpretação constitucionalmente adequada, à luz do Estado Democrático de Direito, do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 deve observar que

Em sociedades multiculturais, a coexistência eqüitativa das formas de vida significa para cada cidadão uma chance segura de crescer sem perturbações em seu universo cultural de origem, e de também poder criar seus filhos nesse mesmo universo; ou seja, significa a chance de poder confrontar-se com sua cultura de origem – como com qualquer outra –, dar-lhe continuidade

ou transforma-la, ou ainda, a chance de distanciar-se com indiferença de seus imperativos, ou mesmo romper com ela, em uma atitude autocrítica, para viver a partir daí coma marca deixada por uma ruptura consciente com a tradição ou então com um identidade cindida. (HABERMAS, 2002, p. 252)

No mesmo sentido é o posicionamento de Joaquim Shiraishi Neto ao afirmar que:

Há uma mudança radical no sentido de eliminar qualquer forma de tutela, sempre presente nos dispositivos jurídicos, que notadamente tem visto esses povos e comunidades tradicionais como sujeitos inferiorizados, incapazes de discernirem os significados de seus próprios atos. Nesta perspectiva, o ‘princípio da igualdade’ passa a ser o pressuposto não o objetivo a ser alcançado, uma vez que a emancipação decorre do reconhecimento da existência da diversidade e das diferenças de cultura, que envolvem distintos sujeitos¹⁷.

Como já destacado, na atualidade, são múltiplas as formas em que se apresentam, se organizam e se reproduzem as diversas¹⁸ comunidades de remanescentes de quilombos espalhadas pelo Brasil. Igualmente, seus membros têm, cada vez mais, distintas histórias de vida e aspiram a modelos de *vida boa* cada vez mais plurais.

Nesses termos, a previsão de titulação de território mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às comunidades de remanescentes de quilombos, com representação pelas respectivas associações legalmente constituídas, em princípio não ofende o direito fundamental à liberdade (inclusive de associação), uma vez que objetiva, simplesmente, simplificar (princípio da praticidade) a outorga de uma propriedade como reconhecimento de um direito que têm também caráter coletivo e, inclusive, transgeracional. Vale

¹⁷ “A particularização do universal: povos e comunidades tradicionais em face das declarações e convenções internacionais”, in: SHIRAISHI NETO, 2007, p. 48.

¹⁸ “O direito sob o marco da plurietnicidade/multiculturalidade”, in: DUPRAT, 2007.

dizer, tal previsão é constitucional se interpretada como *um* (e não, “o”) modo de implementar um direito cujas dificuldades seriam inúmeras caso se pretendesse registrar o território em nome de todos e cada um dos membros (individualmente considerados) das comunidades de remanescentes de quilombos.

Além disto, o registro do território em nome de todos e cada um dos membros (individualmente considerados) das comunidades de remanescentes de quilombos não só traria dificuldades práticas para a própria transmissão da propriedade como ainda, de certo modo, dificultaria a gestão coletiva da propriedade e enfraqueceria o caráter coletivo do direito; o qual, como já ressaltado, é transgeracional e ainda refere-se ainda aos não quilombolas na medida em que lhes interessa também a possibilidade de preservação de outras tradições culturais com as quais, inclusive, podem aprender.

Os direitos constitucionais fundamentais à identidade (dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e V e 216 da CR/88) e à autonomia aos remanescentes de comunidades quilombolas – enquanto membros (indivíduos) de uma comunidade de cidadãos livres e iguais, para darem continuidade a sua história individual e coletiva do modo como melhor lhes aprouver (adotarem a compreensão de *vida boa* que desejarem) – faz com que o modo de implementação do direito à propriedade do território (tal qual previsto no art. 17 do Decreto n. 4.887/2003) deva ser flexível na exata medida em que necessário para permitir uma condução autônoma dos destinos (modelo de *vida boa* ou *bem lograda*) dos membros (individualmente considerados) das comunidades de remanescentes de quilombos e da própria comunidade enquanto tal.

É razoável presumir que, por vezes, a interpretação *padrão* do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 – dada a multiplicidade concreta das comunidades quilombolas e de seus membros – sem entendê-lo

como meramente exemplificativo acabaria por impor um determinado modelo de *vida boa*, conforme o entendimento dado pelo grupo majoritário sobre o modo e os limites pelos quais (*o como*) tais comunidades quilombolas deveriam participar da integração/reprodução social brasileira.

3 Considerações finais

Após a abordagem do problema, nos termos descritos no Processo de abordagem do tema-problema, verificou-se a hipótese luz da tese de que “*a idéia da autonomia jurídica dos cidadãos exige, isso sim, que os destinatários do direito possam ao mesmo tempo ver-se como seus autores*” (HABERMAS, 2002, p. 293).

Nestes termos, comprovou-se que uma interpretação constitucionalmente adequada do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003, à luz do Estado Democrático de Direito, deve compreender que (restringir) a determinação (sentido jurídico da norma) de que a titulação do território quilombola será reconhecida e registrada mediante outorga de título coletivo e pró-indiviso às respectivas comunidades, representadas por suas associações legalmente constituídas, e com obrigatória inserção de cláusula de inalienabilidade, imprescritibilidade e de impenhorabilidade da terra *não engloba* (alcança, abarca) *todas as formas de registro* juridicamente válidas de territórios de remanescentes de comunidades de quilombos.

Em outras palavras, a constitucionalidade do art. 17 do Decreto n. 4.887/2003 está condicionada a uma interpretação do mesmo como meramente exemplificativo de *uma das formas* (em princípio, a padrão) pelas quais o território deve ser registrado e a propriedade do mesmo definitivamente reconhecida aos remanescentes de comunidades de quilombos, *podendo tal forma de registro variar conforme o exigam a multiplicidades de situações concretas dos modos*

de reprodução social pelos quais se organizem ou venham a se organizar os remanescentes de comunidades de quilombos, desde que respeitadas as pré-compreensões subjacentes ao reconhecimento constitucional do direito fundamental à identidade e ao território (arts. 1º, III e V e 216 da CR/88 e art. 68 do ADCT) e, ainda, à titularidade difusa e transgeracional desses respectivos direitos.

Referências

ANJOS, Rafael Sanzio Araújo dos. *Quilombos: geografia africana – Cartografia Étnica Territórios Tradicionais*. Brasília: Mapas Editora & Consultoria, 2009.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. *Devido processo legislativo: uma justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

_____. *Direito constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

DEMO, Pedro. *Pesquisa e informação qualitativa: aportes metodológicos*. Campinas: Papirus, 2001.

DUPRAT, Deborah (Org.). *Pareceres jurídicos: direitos dos povos e das comunidades tradicionais*. Manaus: UEA, 2007.

FERREIRA, Rodrigo Mendes. *Individuação e socialização em Jürgen Habermas: um estudo sobre a formação discursiva da vontade*. Belo Horizonte: Unicentro Newton Paiva, 2000.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: a história da violência nas prisões*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

GÜNTHER, Klaus. *The sense of appropriateness*. Tradução de Jonh Farrel. New York: State University of New York Press, 1993.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; Dias, Maria Tereza Fonseca. *Repensando a pesquisa jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Teoria de la acción comunicativa*. Tradução de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1987.

_____. *Direito e democracia – Entre a faticidade e a validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro. Tempo Brasileiro, 1997. 2v.

_____. _____. Tradução não autorizada e apenas para fins acadêmicos de Menelick de Carvalho Netto. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFMG, Belo Horizonte, [199-].

_____. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Tradução de Gustavo Bayer. 2 v. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

O'DWYER, Eliane Cantarino (Org.). *Quilombos: identidade étnica e territorialidade*. Rio de Janeiro: FGV, 2002.

OLIVEIRA, Leinad Ayer de (Org.). *Quilombos: a hora e a vez dos sobreviventes*. São Paulo: Comissão Pró-Índio de São Paulo, 2001.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita Maria Rímoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Direitos dos descendentes de escravos (remanescentes das comunidades de quilombos). In: Sarmiento, Daniel; Ikawa, Daniela; Piovesan, Flávia (Coord.). *Igualdade, diferença e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SHIRAIISHI Neto, Joaquim (Org.). *Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional*. Manaus: UEA, 2007.



Direito Penal, Processual Penal e Eleitoral



Vida pregressa e condições de elegibilidade

Aline Gouveia de Andrade*

Sumário: 1 Considerações iniciais. 2 Disciplina constitucional e legal da matéria. 3 Fundamento hermenêutico do Direito: Constituição. 4 Proibição administrativa, moralidade para o exercício do mandato, vida pregressa do candidato. Contornos constitucionais. 5 Posicionamento jurisprudencial. 6 Conclusão.

1 Considerações iniciais

No dia 10 de junho de 2008, o Tribunal Superior Eleitoral, instado a se manifestar em razão de questionamento formulado pelo Tribunal Regional Eleitoral da Paraíba¹, decidiu, por quatro votos a três, pela possibilidade de candidatura daqueles que são réus em processos criminais, ações de improbidade administrativa ou ação civil pública, desde que contra eles não haja condenação definitiva.

Sustentando que a Lei de Inelegibilidades – Lei Complementar n. 64/1990 – delimita os critérios para o deferimento dos pedidos de registros de candidaturas, não podendo, por conseguinte, o Poder Judiciário estabelecer outros nela não previstos, sedimentou

* Aline Gouveia de Andrade é Servidora Pública Federal e pós-graduanda em Direito Constitucional pela Escola Superior de Magistratura do Ceará (ESMEC).

¹ Entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 10 de junho de 2008, nos autos do Processo administrativo, PA 19919. TSE. Decisão n. 22842, rel. min. Ari Pargendler, *DJ* de 4 jul. 2008. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm> . Acesso em: 1^a out. 2008.

o Tribunal Superior Eleitoral o entendimento já consubstanciado na Súmula 13 desta Corte, *verbis*:

TSE Súmula n. 13 - DJ 28, 29 e 30/10/96.

Casos de Inelegibilidade e Prazos de Cessaçõ

Não é auto-aplicável o § 9º, Art. 14, da Constituição, com a redaçõ da Emenda Constitucional de Revisã n. 4-94.

Não obstante as razões sustentadas no *decisum* proferido pela Corte Máxima em matéria eleitoral no país – TSE –, ousa-se reascender, no presente artigo, o debate envolvendo a temática da vida pregressa honrada, hígida, como condiçõ de elegibilidade.

2 Disciplina constitucional e legal da matéria

A Carta Magna de 1988 reserva dois capítulos específicos para tratar da matéria eleitoral.

No Capítulo IV, aborda a disciplina pertinente aos “Direitos Políticos” e, no Capítulo seguinte, em apenas um artigo, dispõ sobre os “Partidos Políticos”.

Ao cuidar dos Direitos Políticos, estabelece, portanto, a nossa Constituição, no seu art. 14, § 3º, as condições de elegibilidade, remetendo ao legislador infraconstitucional, mediante a ediçõ de Lei Complementar, a disciplina de outras hipóteses, com o fito de proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato, considerando-se para tanto a vida pregressa do candidato, consoante se extrai da leitura do § 9º do citado art. 14. Eis o teor dos dispositivos mencionados:

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

[...]

§ 3º – São condições de elegibilidade, na forma da lei:

I – a nacionalidade brasileira;

II – o pleno exercício dos direitos políticos;

III – o alistamento eleitoral;

IV – o domicílio eleitoral na circunscrição;

V – a filiação partidária;

VI – a idade mínima de:

a) trinta e cinco anos para Presidente e Vice-Presidente da República e Senador;

b) trinta anos para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal;

c) vinte e um anos para Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito, Vice-Prefeito e juiz de paz;

d) dezoito anos para Vereador.

[...]

§ 9º *Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Grifo nosso)*

Em atendimento à diretriz constitucional consignada no § 9º, foi publicada a Lei Complementar n. 64, de 18.5.1990, que, de fato, não previu, entre as condições de elegibilidade, a comprovação de uma vida pregressa proba daquele que pretende candidatar-se a um cargo de representação popular.

Observe-se, todavia, que, posteriormente à edição da LC n. 64/1990, o dispositivo constitucional, no qual este diploma encontra seu fundamento de validade, sofreu modificações através da promulgação da Emenda Constitucional de Revisão n. 4, de 7 de junho de 1994.

Desse modo, exercendo o comando inserto no art. 3º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), o Poder Constituinte Derivado Revisor², acrescentou à normatividade constante do § 9º do art. 14 da CF/88 a necessidade de se observar, para fins de exercício do mandato eletivo, determinadas condições que garantam a proteção à probidade administrativa e à moralidade, levando-se em consideração para tanto a vida pregressa do candidato.

Note-se que, tão logo decorrido o quinquênio exigido pelo art. 3º do ADCT, o constituinte derivado houve por bem ratificar, por meio das alterações perpetradas naquele § 9º, os anseios da sociedade brasileira de verem respeitadas a probidade administrativa e a moralidade, esta última, aliás, erigida à categoria de princípio constitucional, consoante preceitua o *caput* do art. 37 da Magna Carta:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...].

² Registre-se, que a expressão “Poder Constituinte Derivado Revisor” não é unívoca na doutrina pátria. Segundo posicionamento perfilhado por Pedro Lenza (2009, p.120), não se trata, em verdade, de um Poder Constituinte Derivado Revisor, mas de uma Competência de Revisão, exercida após decorridos cinco anos da promulgação da Carta de 1988, com o objetivo de atualizar o novo texto constitucional segundo os anseios sociais perceptíveis durante esse período pré-fixado de vigência da novel ordem constitucional. Assim, segundo o autor, “melhor seria a utilização da nomenclatura competência de revisão, na medida em que não se trata, necessariamente de um ‘poder’ [...]. O que se percebeu foi o estabelecimento de uma competência de revisão para ‘atualizar’ e adequar a Constituição às realidades que a sociedade apontasse como necessárias”.

3 Fundamento hermenêutico do direito: Constituição

A acepção moderna que se tem de Constituição é fruto de um longo repensar histórico acerca do verdadeiro papel que este instrumento desempenha na sociedade.

Deixando-se de lado a visão extremamente positivista de outrora, os princípios constitucionais galgaram papel fundamental no processo interpretativo do Direito, perdendo o caráter de normas eminentemente programáticas, adquirindo, por conseguinte, força normativa.

Com a consagração do princípio da supremacia constitucional, a Constituição foi posta no ápice do Ordenamento Jurídico, tendo os mecanismos de controle de constitucionalidade sido criados de modo a lhe garantir preponderância sobre as demais normas, possibilitando, assim, a retomada da compreensão do Direito sob um aspecto de unicidade.

Consoante acentua Rodolfo Viana Pereira (2006):

A Constituição é o *locus* hermenêutico do Direito; é o “lugar” a partir do qual se define a amplitude dos significados possíveis dos preceitos jurídicos infraconstitucionais. Isso não poderia ser de maneira diferente em função da afirmação do *constitucionalismo moderno* como modo de regulamentação da convivência política, bem como da consagração do princípio da *supremacia constitucional*.

Na mesma linha, de acordo com o professor Glauco Barreira Magalhães (2004, p. 207), “A Constituição é a norma básica do ordenamento jurídico, aquela que lhe confere unidade e coerência, sendo todas as demais normas do sistema por ela validadas”.

Assim, partindo-se da premissa de que a Constituição Federal do Brasil é um todo harmônico, regido por princípios e regras que

lhes dão unidade e coerência, faz-se mister que o estudo de suas normas dê-se de forma sistêmica, de maneira que o Ordenamento Jurídico com ela guarde consonância, em obediência precípua à ideologia que lhes serve de fundamento de validade.

4 Proibição administrativa, moralidade para o exercício do mandato, vida pregressa do candidato. Contornos constitucionais

O tema das elegibilidades insere-se, como visto, no rol dos Direitos Políticos, que, por sua vez, está inserto no Título II, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”.

Tanto os Direitos Políticos quanto os Individuais e Coletivos integram aquele. A nota distintiva reside, todavia, precipuamente, no objeto do direito. Enquanto para os Direitos Individuais tem-se como foco de incidência o indivíduo, donde exsurge a máxima de que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”³, nos Direitos Políticos, a questão perpassa a esfera do indivíduo, alcançando toda a coletividade, o povo, verdadeiros detentores da soberania popular.

Essa diferença de abordagem explica-se pela relação umbilical que os Direitos Políticos guardam com as diretrizes emanadas dos princípios da soberania popular e da democracia representativa, princípios estes, ressalte-se, de caráter eminentemente transindividuais.

Por bastante elucidativos, transcrevem-se excertos do posicionamento perfilhado pelo eminente Ministro do Tribunal Superior Eleitoral, Carlos Ayres Britto, que, delineando os contornos nor-

³ CF/88, art. 5º, LVII.

mativos em que insertos os Direitos Políticos, esclarece, com bastante propriedade, a *lógica interpretativa* a que estão submetidos⁴:

6. Está-se a lidar com direitos e garantias fundamentais, *porém – ressalve-se – gozando de perfil normativo próprio*. [...] O que já antecipa que o particularizado regime jurídico de cada bloco menor ou subconjunto de direitos e garantias fundamentais obedece a uma lógica diferenciada. Tem a sua peculiarizada ontologia e razão de ser.

[...]

8. Nessa vertente de idéias, veja-se que o bloco dos direitos e garantias individuais e coletivos (capítulo I do título II da Constituição Federal) está centralmente direcionado para a concretização do princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana” (inciso III do art. 1º). A reverenciar por modo exponencial, então, o indivíduo e seus particularizados grupamentos. Por isso que protege mais enfaticamente os bens de ‘personalidade individual’ e os de ‘personalidade corporativa’, em tradicional oponibilidade à pessoa jurídica do Estado.

[...]

10. E o subsistema dos direitos políticos? Bem, esse é o que se define por um vínculo funcional mais próximo de outros dois geminados proto-princípios constitucionais: *o princípio da soberania popular e o princípio da democracia representativa ou indireta* [...]. Dois geminados princípios que também *deitam suas raízes* no Estado Liberal, é certo, porém com esta marcante diferença: *não são os indivíduos que se servem imediatamente deles, princípios da soberania popular e da democracia representativa, mas esses dois princípios da soberania popular e da democracia representativa é que são imediatamente servidos pelos indivíduos*. Quero dizer: os titulares dos direitos políticos não exercem tais direitos para favorecer imediatamente a si mesmos, como sucede, agora sim, com os titulares dos direitos e garantias individuais e coletivos e os titulares dos direitos sociais [...]. *Aqui, o exercício do direito não é para servir imediatamente a seus titulares, mas para servir imediatamente a valores de índole coletiva*: os valores que se consubstanciam, justamente,

⁴ Brito, Carlos Ayres. Voto. TSE. Decisão n. 22842, rel. Ari Pargendler, DJ de 4 jul. 2008. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm>. Acesso em: 1º out. 2008.

nos proto-princípios da soberania popular e da democracia representativa (também chamada democracia indireta). (Grifos nossos)

Exercer o direito de representação popular significa, pois, estar à frente da máquina estatal gerindo os interesses de toda uma coletividade. Trata-se, em verdade, de um múnus público que não deve, tampouco pode, ser confiado a qualquer pessoa que pretenda exercê-lo.

Vale dizer, não se deve perquirir se é factível ao indivíduo, que almeja alçar em cargo de representação político-eletiva, sofrer ou não limitação em seu direito de ser candidato ao se negar o seu pedido de candidatura, mediante a constatação de que ele se encontra na condição de réu em processos criminais, ações de improbidade administrativa ou ações civis públicas, nas quais ainda não houve o trânsito em julgado.

Em verdade, o objeto de análise, consoante já sobejamente repisado, deve ser outro. Explica-se.

Ao se negar a candidatura de alguém que se encontra na condição de réu nas hipóteses explicitadas, não se lhe está afastando, *ipso facto*, o direito à presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, da Carta de 1988. Ao contrário, está-se resguardando o direito público subjetivo de todos os indivíduos que compõem uma dada coletividade – *in casu*, os verdadeiros sujeitos de direito –, de terem como seu representante, alguém que não disponha de uma idoneidade moral mínima, necessária ao exercício da atividade a que se propõe.

Dada a pertinência, trazem-se novamente à colação excertos do entendimento esposado pelo Ministro Carlos Ayres Britto⁵:

⁵ Brito, Carlos Ayres. Voto. TSE. Decisão n. 22842, rel. Ari Pargendler, *DJ* de 4 jul. 2008. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm>. Acesso em: 1º out. 2008.

15. [...] os direitos políticos de eleger e ser eleito se caracterizam por um desaguadouro impessoal ou coletivo. *Estão umbilicalmente vinculados a valores, e não a pessoas, sob a benfazeja imediatidade do seu exercício.* A exigir o reconhecimento de uma ontologia e operacionalidade próprias, bem distanciadas daquelas que timbram os outros dois paradigmáticos modelos de direitos e garantias fundamentais (os direitos sociais e garantias individuais e coletivos)

Note-se que, se para exercer funções das mais simples às mais complexas do aparato administrativo Estatal exige-se que o candidato, além de ter sido anteriormente aprovado nos exames objetivos, subjetivos e, muitas vezes, ainda físicos, tenha conduta íntegra, proba, jamais tendo cometido atos desabonadores na sua vida progressa, não se pode admitir como razoável deixar-se de exigir o mesmo daquele que almeja alçar na posição de representante da coletividade, na qualidade de membro dos Poderes Legislativo e Executivo, que, no exercício de suas funções precípuas, tem ampla ingerência sobre a coisa pública.

Ademais, há que se considerar, ainda, o *status* constitucional que o Poder Constituinte Originário deu ao princípio da moralidade, ao inseri-lo, como diretriz a ser seguida pelo administrador público, no *caput* do art. 37 da Carta de 1988.

A respeito, observa Djalma Pinto (2008, p. 87-88):

A exigência de vida progressa compatível com a magnitude da representação popular, contida no art. 14, § 9º, da Constituição, é uma proposição com força normativa que vincula o aplicador do direito, independentemente da criação ou não de nova lei complementar para dizer em quais casos a conduta de alguém deve provocar restrição para o acesso ao poder político. Resume-se, no referido princípio, a positivação de um valor cuja materialização é ansiosamente almejada pela sociedade. A necessidade de concretização da grande aspiração social, de ser o poder político exercido por pessoas idôneas, levou à sua inclusão no próprio texto constitucional. Ainda que uma lei complementar afirmasse que está autorizado a ser registrado como candidato o cidadão indiciado pela morte de até 12

pessoas, ou que seja condenado, apenas em primeira instância, por desvio de verba da saúde, essa norma se mostraria incompatível com a Constituição que consagra a supremacia do interesse público sobre o privado. Não se pode, assim, prestigiar o direito individual de um delinquente, em detrimento do interesse coletivo, literalmente ameaçado pela simples participação de criminosos no processo eleitoral.

[...]

A forma enfática como a Constituição determina a análise da vida pregressa não deixa dúvida sobre haver erigido nessa exigência um princípio de grande relevância. Ocorreu, sim, a constitucionalização de um valor (a boa reputação), tido como imprescindível para a investidura na representação popular. É oportuno reiterar que, ao recomendar a criação de outras hipóteses de inelegibilidade, o Texto constitucional, no citado § 9º do art. 14, especificou seu objetivo: proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato. Para tanto, teve como imprescindível a avaliação da vida pregressa do candidato. (Grifos nossos)

Pelo exposto, observa-se que, levando-se em conta o princípio da supremacia da constituição, não há como desprezar a aferição da “moralidade para o exercício do mandato, considerada a vida pregressa do candidato”⁶, sob pena de entrar em choque com as diretrizes emanadas dos princípios da moralidade⁷, da soberania popular e da democracia representativa⁸, de forma a macular a unidade e coerência do texto constitucional.

5 Posicionamento jurisprudencial

Em que pesem os argumentos aqui delineados, o entendimento que vem sendo adotado pelas Cortes Superiores do país percorre caminhos completamente opostos.

⁶ Art. 14, § 9º, da CF/88.

⁷ Art. 37, *caput*, da CF/88.

⁸ Art. 1º, I c/c com parágrafo único, e Art. 14, *caput*, da CF/88.

Partindo-se de interpretação literal das normas aplicáveis à matéria, em especial a Constituição, a Corte máxima em matéria eleitoral – TSE – firmou, em 10 de junho de 2008⁹, entendimento no sentido de não ser factível ao Poder Judiciário a inadmissão, sob o argumento da necessidade de comprovação de uma vida pregressa hígida, do registro da candidatura daqueles que se encontrem na condição de réu em processos criminais, ações de improbidade administrativa ou ações civis públicas, pendentes de trânsito em julgado.

Entendeu aquele Tribunal que admitir a comprovação de uma vida pregressa hígida como condição de elegibilidade implicaria flagrante afronta aos princípios da presunção de inocência e da repartição dos Poderes, na medida em que se estaria ferindo direito individual do candidato (de ser considerado presumidamente inocente), bem como adentrando nas atribuições de um outro Poder, já que a Constituição Federal de 1988 conferiu à Lei Complementar a disciplina da matéria.

Nessa mesma linha, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 144¹⁰, houve por bem adotar semelhante entendimento, sepultando de vez a discussão, haja vista os efeitos *erga omnes* e vinculantes¹¹ inerentes a essa decisão. Dada a relevância, transcreve-se o *decisum* em comento:

⁹ Entendimento firmado pelo Tribunal Superior Eleitoral, em 10 de junho de 2008, nos autos do Processo administrativo, PA 19919. TSE. Decisão n. 22842, rel. min. Ari Pargendler, *DJ* de 4 jul. 2008. Disponível em: <http://www.tse.jus.br/internet/jurisprudencia/inteiro_teor_blank.htm>. Acesso em: 1º out. 2008.

¹⁰ ADPF 144, rel. min. Celso de Mello, julgamento em 6-8-08, Informativo 514. STF. *Constituição e o Supremo*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/constituicao>>. Acesso em: 10 set. 2009.

¹¹ A Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental está disciplinada na Lei n. 9.882/1999, que prevê, no art. 1º, o seu objeto, e, no art. 10, § 3º, seus efeitos, *verbis*:

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente argüição de descumprimento de preceito fundamental, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em que questionava a validade constitucional das interpretações emanadas do Tribunal Superior Eleitoral – TSE em tema de inelegibilidade fundada na vida pregressa dos candidatos, bem como sustentava, por incompatibilidade com o § 9º do art. 14 da CF, na redação que lhe deu a ECR n. 4/94 [...], a não-recepção de certos textos normativos inscritos na Lei Complementar n. 64/90, nos pontos em que exige o trânsito em julgado para efeito de reconhecimento de inelegibilidade e em que acolhe ressalva descaracterizadora de hipótese de inelegibilidade [...]. No mérito, entendeu-se que a pretensão deduzida pela AMB não poderia ser acolhida, haja vista que desautorizada [...] pelo postulado da reserva constitucional de lei complementar [...]. Afastou-se, também, a alegação de que a ressalva contida na alínea g do aludido inciso I do art. 1º da LC n. 64/90 estaria em confronto com o que disposto na ECR n. 4/94 porque descaracterizaria a hipótese de inelegibilidade referida no preceito legal em questão. [...]. Além disso, reputou-se insustentável a suposta transgressão a preceitos fundamentais pelo fato de determinada regra legal ressaltar, para efeito de superação da cláusula de inelegibilidade, o acesso ao Poder Judiciário, em ordem a neutralizar eventual deliberação arbitrária que haja rejeitado, de modo abusivo, as contas do administrador. Asseverou-se que estaria correto o entendimento do TSE no sentido de que a norma contida no § 9º do art. 14 da CF, na redação que lhe deu a ECR n. 4/94, não é auto-aplicável (Enunciado 13 da Súmula do TSE), e que o Judiciário não pode, sem ofensa ao princípio da divisão funcional do poder, substituir-se ao legislador para, na ausência da lei complementar exigida por esse preceito constitucional, definir, por critérios próprios, os casos em que a vida pregressa do candidato implicará inelegibilidade. Concluiu-se, em suma,

“Art. 1º A argüição 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.

Art. 10. Julgada a ação, far-se-á 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.

[...]

§ 3º A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

que o STF e os órgãos integrantes da justiça eleitoral não podem agir abusivamente, nem fora dos limites previamente delineados nas leis e na CF, e que, em consequência dessas limitações, o Judiciário não dispõe de qualquer poder para aferir com a inelegibilidade quem inelegível não é. Reconheceu-se que, no Estado Democrático de Direito, os poderes do Estado encontram-se juridicamente limitados em face dos direitos e garantias reconhecidos ao cidadão e que, em tal contexto, o Estado não pode, por meio de resposta jurisdicional que usurpe poderes constitucionalmente reconhecidos ao Legislativo, agir de maneira abusiva para, em transgressão inaceitável aos postulados da não culpabilidade, do devido processo, da divisão funcional do poder, e da proporcionalidade, fixar normas ou impor critérios que culminem por estabelecer restrições absolutamente incompatíveis com essas diretrizes fundamentais. Afirmou-se ser indiscutível a alta importância da vida progressiva dos candidatos, tendo em conta que a probidade pessoal e a moralidade representam valores que consagram a própria dimensão ética em que necessariamente se deve projetar a atividade pública, bem como traduzem pautas interpretativas que devem reger o processo de formação e composição dos órgãos do Estado, observando-se, no entanto, as cláusulas constitucionais, cuja eficácia subordinante conforma e condiciona o exercício dos poderes estatais. Aduziu-se que a defesa desses valores constitucionais da probidade administrativa e da moralidade para o exercício do mandato eletivo consubstancia medida da mais elevada importância e significação para a vida política do país, e que o respeito a tais valores, cuja integridade há de ser preservada, encontra-se presente na própria LC n. 64/90, haja vista que esse diploma legislativo, em prescrições harmônicas com a CF, e com tais preceitos fundamentais, afasta do processo eleitoral pessoas desprovidas de idoneidade moral, condicionando, entretanto, o reconhecimento da inelegibilidade ao trânsito em julgado das decisões, não podendo o valor constitucional da coisa julgada ser desprezado por esta Corte.”

Observe-se, que tanto o Tribunal Superior Eleitoral, quanto o Supremo Tribunal Federal consideraram como ponto-chave para análise da questão posta o indivíduo e, em decorrência, os direitos que lhe são inerentes, maximizando-os em contraposição aos princípios da soberania popular e da democracia representativa, que têm como titular primeiro a coletividade.

6 Conclusão

Ser operador do direito consiste em tarefa das mais árduas, demandando bastante esforço e dedicação.

Para preservar a unidade e a coerência do texto constitucional, durante o exercício do processo interpretativo das normas, mister se faz que os princípios que lhe servem de fundamento de validade sejam observados e respeitados.

É nesse contexto que a presente exposição buscou defender a tese de que a exigência de idoneidade moral daquele que almeja ocupar cargos de representação político-eletiva consiste em uma decorrência lógica da aplicação de princípios constitucionalmente consagrados, tais como a moralidade, a soberania popular e a democracia representativa.

Buscou-se, portanto, defender a ausência de quaisquer violações a direitos subjetivos do indivíduo que tem seu pedido de registro de candidatura indeferido em face da existência, contra ele, de demandas judiciais imputando-lhe, por exemplo, a prática de atos de improbidade administrativa ou mesmo o cometimento de infrações de natureza criminal.

É que, em se tratando de Direitos Políticos, o objeto do direito deixa a esfera particularizada do indivíduo para, ampliando seu campo de incidência, projetar-se na coletividade.

No exemplo posto, a análise da questão deve cingir-se à seguinte indagação: o indeferimento da candidatura do aspirante a candidato representa mácula aos seus direitos individuais ou, ao revés, resguarda os interesses dos verdadeiros titulares do direito em questão, qual seja a coletividade?

Sem dúvida, ficamos com a segunda opção.

O posicionamento aqui defendido representa, portanto, apenas um esboço do anseio que temos de ver a Constituição Federal interpretada de maneira legítima, conferindo aos seus princípios e regras a força normativa que, de fato, é-lhes inerente, sem que isso implique qualquer violação da competência atribuída a outro Poder.

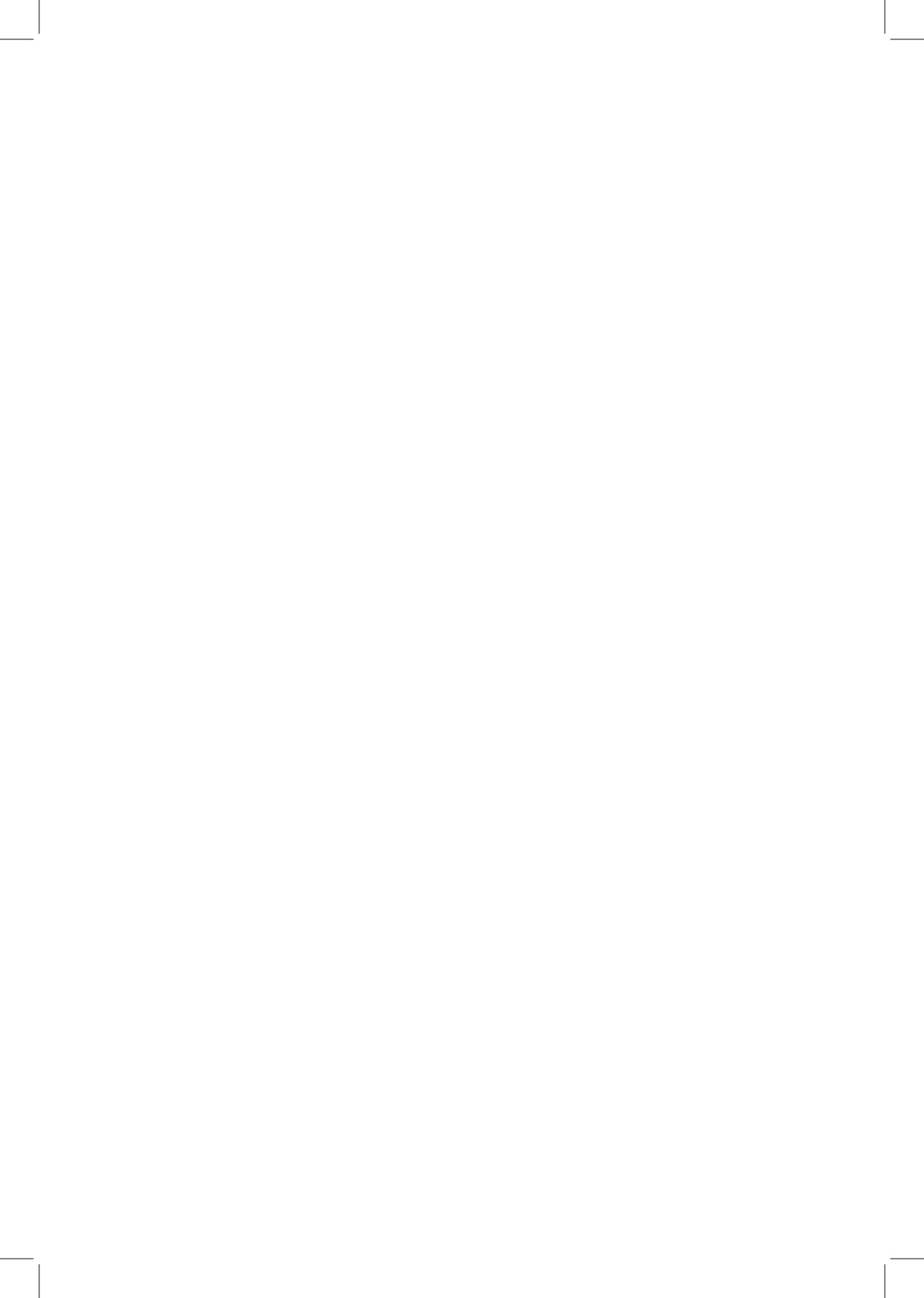
Referências

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAGALHÃES FILHO, Glaucio Barreira. *Hermenêutica e unidade axiológica da constituição*. 3.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Hermenêutica filosófica e constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINTO, Djalma. *Elegibilidade no direito brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2008.



O art. 305 do Código de Processo Penal Militar e o direito ao silêncio

Maria Elizabeth Guimarães*
Cynthia Coelho Cortez**

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito ao silêncio nas Constituições brasileiras. 3 O direito ao silêncio como meio de prova e de defesa. 4 O direito de mentir. 5 Ordenamento jurídico hierarquizado – supremacia constitucional. 6 Conclusão.

1 Introdução

Reflexão jurídica relevante na doutrina penal militar versa sobre a inconstitucionalidade material do art. 305 do CPPM em face da Lei Maior promulgada em 1988 e sua conseqüente revogação pela Carta Política. O dispositivo prescreve que o silêncio do acusado, por ocasião do interrogatório, poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa.

Leia-se a aludida disposição do CPPM:

Art. 305. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, *o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.*

A expressão contida na parte final do artigo transcrito possui forte carga subjetiva. Adentra na esfera teleológica da dicotomia do

* Doutora em Direito Constitucional. Professora Universitária. Ministra do Superior Tribunal Militar.

** Bacharela em Direito pelo Centro de Ensino Universitário de Brasília (UniCEUB).

poder/dever presente no âmbito jurídico. Por certo há uma linha tênue a distinguir as duas possibilidades. Reza o inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal que:

Art. 5º [Omissis]

[..]

LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

A disposição transcrita da Lei Fundamental maneja garantia fundamental do cidadão, de aplicação imediata, conforme o § 1º do art. 5º da Carta Política. Alia-se aos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV) e da presunção apriorística da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII), arcabouço jurídico de resguardo aos direitos do acusado.

Nesse diapasão, o dito popular “quem cala consente” não tem guarida na esfera legal. A presunção de inocência, consoante o preceito constitucional esculpido no inciso LVII do art. 5º, deve lastrear o processo penal até que se dê a formação do conjunto probatório que conduza à irrefutável culpabilidade do denunciado.

Afirma Grinover (1984, p. 109): “do silêncio não podem deduzir-se presunções que superem a presunção de inocência do réu”.

Decorre daí, o direito de o acusado permanecer calado, bem como o de produzir prova ampla a seu favor sem que tal prerrogativa lhe cause prejuízo de qualquer espécie.

Sobre a ampla defesa, o art. XI, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem assegura:

[...] todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada

de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2 O direito ao silêncio nas Constituições brasileiras

Historicamente, a consolidação desse princípio na normatividade pátria percorreu as diversas Constituições. A Lei Imperial de 1824 estatuiu em seu art. 179, inciso XIX, a abolição de açoites, tortura, marca de ferro quente e penas cruéis, reprimindo o uso de meios opressores irregulares para forçar a produção de prova oral.

Por seu turno, a Constituição da Primeira República, de 1891, preconizou o princípio da ampla defesa de forma explícita no § 16 do art. 72:

Aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusado e das testemunhas.

Semelhantemente, a Lei Fundamental de 1934, em seu art. 113, n. 24, dispôs que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”.

Positivou-se na Constituição de 1937 (art. 122, n. 11) o princípio do contraditório, consubstanciado na Carta Política de 1946 (art. 141, § 25), que o associou à ampla defesa no curso da instrução criminal resguardando, ainda, a possibilidade de autodefesa do investigado/acusado.

Já na Constituição de 1967, emendada em 1969, evidenciaram-se os institutos da ampla defesa e do contraditório, além de outras garantias. No entanto, foi somente com a promulgação da vigente Carta Magna que se imprimiu amplitude sem precedentes aos direitos individuais e sociais básicos do cidadão.

De forma efetiva, coube a *Lex Fundamentalis*, promulgada em 1988, incrementar o rol de garantias, em sede de processo-crime, com o explícito direito ao silêncio. Consigne-se que anteriormente à Constituição de 1934¹, o Código de Processo Penal de Minas Gerais impunha limitação ao juiz de, unicamente, fazer duas perguntas ao acusado: uma sobre os dados pessoais do interrogado e outra o convidando a fazer alguma alegação a bem da defesa (HADDAD, 2000, p. 52).

Ironicamente, na contramão do processo evolutivo da normatização garantista ao cidadão, o Código de Processo Penal de 1941 recrudescu o tratamento jurídico sobre o direito de calar-se em juízo. A disposição codificada previa, semelhantemente ao vigente Código de Processo Penal Militar, que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Tal disposição processual penal assim estabelecia, *in verbis*:

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Àquele tempo, a disposição processual conduzia à utilização do silêncio do acusado como presunção de culpabilidade, formatando-o em prejuízo da defesa.

Por essa razão, provectoros doutrinadores, antes mesmo da vigência da novel Carta, insurgiam-se contra essa sistemática processual à vista da presunção de tal prerrogativa reverter em desfavor do réu (FRANCO, 1960, p. 222-226).

As opiniões, no entanto, colidiam, pois outros juristas aduziam que:

¹ A partir da Constituição de 1934, a competência para legislar sobre processo penal tornou-se privativa da União.

[...] a decorrência do prejuízo pelo exercício do silêncio ensejaria apenas uma faculdade judicial, à vista de ter dispositivo legal mencionado que o seu silêncio apenas poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (ROSA, 1982, p. 298)

A Lei Fundamental de 1988, contudo, dissipou as divergências e estabeleceu um consenso doutrinário: a invocação e/ou o exercício do silêncio não acarreta presunção de interpretação desfavorável ao acusado/investigado. Assim, ninguém seria privado da defesa por calar em seu próprio benefício. Sintetiza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

[...] III. *Nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio. IV. Ordem concedida, para cassar a condenação².

A propósito, o Ministro Celso de Mello aduziu:

Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual *nemo tenetur se detegere*, nada mais fez senão consagrar desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o *Bill of Rights* norte-americano³.

Em decisão unânime da Segunda Turma da Suprema Corte, tomada na sessão de 23.6.2009, nos autos do *Habeas Corpus* n. 99.289, relatado pelo Ministro Celso de Mello, anulou-se decreto de prisão preventiva fundamentado na falta de colaboração da acusada, ré em ação penal referente a homicídio duplamente qualificado, que evocou seu direito constitu-

² STF, HC n. 84.517/SP, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19.10.2004, DJ de 19 nov. 2004.

³ STF, Decisão ref. medida cautelar no HC n. 80.530/PA, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17 nov. 2000, p. 0040.

cional de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si durante interrogatório.

Sobre a caracterização do silêncio na esfera penal, preleciona Tucci (2004, p. 368):

Com efeito, essa opção concedida ao preso, investigado ou indiciado, já no início da persecução penal, ou a partir da instauração da *informatio delicti*, e ao acusado, após a formulação da proposição acusatória, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica; e por outro, o reconhecimento de que ela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório.

3 O direito ao silêncio como meio de prova e de defesa

A doutrina mais balizada tem identificado o direito ao silêncio como um mecanismo de autodefesa e eventualmente como meio de prova. Dessa forma, o ápice do momento processual se dá no interrogatório, o primeiro ato de instrução criminal elevado a estandarte para o julgador, uma vez que, a partir daquele momento, são traçados os rumos que nortearão o processo penal. A autodefesa está marcadamente presente no fato de que o acusado não é obrigado a oferecer elementos probatórios que lhe sejam desfavoráveis. Por outro lado, é entendida como meio de prova, pois exsurgem das respostas do interrogado fundamentos de convencimento para o juiz proferir seu veredicto.

Para Nucci (2008, 5. ed., p. 422-423 e 432), o interrogatório é a oportunidade que tem o réu de apresentar a sua versão sobre a acusação. Sintetiza o autor: “O momento é de autodefesa, primordialmente. Em segundo plano, forma-se a prova, contra o réu ou em seu benefício, caso deseje falar”.

Nessa vertente, tem-se que o interrogatório foi inicialmente reconhecido como meio de prova, por ser o primeiro ato de instrução criminal. Entretanto, numa releitura contemporânea do instituto, prevalece sua expressiva natureza defensiva, apesar de, topologicamente, estar no início da instrução penal.

No rito dos processos submetidos ao Juizado Especial Criminal, com maior ênfase, o interrogatório é concebido como defesa, porquanto posto no final da instrução, após a coleta das provas testemunhais.

Acirrando o tratamento jurídico conferido ao interrogatório, o Supremo Tribunal Federal⁴ o concebe tanto como prova quanto como defesa, numa vertente mista, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça⁵, aliando-se à doutrina, empresta a este ato processual meio de defesa e fonte de prova, posição mais acurada com os postulados jurídicos.

Didaticamente, Mirabete (1999, p. 262) comentando o art. 185 do Código de Processo Penal aduz ser o interrogatório um ato de instrução, sob a presidência do juiz, no qual o réu é indagado sobre os fatos narrados na denúncia ou queixa, dando-lhe a oportunidade para defender-se. A lei considera-o, portanto, como meio de prova e, a doutrina, como meio de defesa.

4 O direito de mentir

Por certo, o exercício do direito ao silêncio pelo acusado não fica adstrito ao interrogatório. Nesse diapasão, perfeitamente aceitável que se alastre tal prerrogativa por todo *iter* processual, dentro

⁴ RTJ n. 73/758. STF, RHC n. 53.195, Primeira Turma, rel. Min. Antonio Nader, j. em 6.5.1975.

⁵ RT n. 731/542. STJ, REsp n. 62.515, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. em 4.12.1995, DJ de 11 mar. 1996.

dos parâmetros de um processo justo, no qual seja assegurado ao denunciado o pleno exercício das garantias peculiares ao Estado Democrático de Direito. Ele exercerá a garantia da ampla defesa se adotar uma postura ativa ou passiva, de modo a atender à conveniência de seus propósitos. Ativamente poderá exprimir suas manifestações por gestos ou palavras, utilizando-se, inclusive, do expediente da mentira. Ao revés, postar-se-á em uma postura passiva se recorrer à prerrogativa do silêncio.

Em singular abordagem acerca da matéria, o Ministro Sepúlveda Pertence sintetizou-a em ementa de julgado do STF:

Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito⁶.

Prado (2001, p. 653) enfaticamente preleciona sobre a situação do denunciado frente ao tipo legal do falso testemunho:

Ressalte-se, nessa trilha, que a condição de imputado exclui a de testemunha. Além de ser parte no processo penal, não tem ele a obrigação de dizer a verdade – limite da punibilidade de uma declaração falsa. No delito em foco a condição de testemunha – em sentido material – é elemento do tipo penal [falso testemunho]. E tal condição não possui o imputado, ainda que se declare como testemunha. Por conseguinte, é força concluir que há na hipótese ausência de tipicidade da ação. De igual modo, também

⁶ STF, HC n. 78.708/SP, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 9.3.1999, *DJ* de 16 abr. 1999.

não ocorre falso testemunho em se tratando de declaração mendaz do acusado relativa aos fatos atribuídos ao seu co-réu.

A seu turno, afirma Marques (2000, p. 389) que “O réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga”.

Semelhantemente, aduz Tourinho Filho (2007, p. 272):

[...] se o réu tem o direito ao silêncio (CF, art. 5, LXIII); [...] se não há lei que obrigue o réu a falar a verdade, é indubitoso que o interrogatório (melhor seria denominá-lo declaração) é meio de defesa e não de prova.

A mentira possui uma particularidade: mesmo se corolário de um discurso ativo do acusado está protegida pelo seu direito ao silêncio; isso se dá, por exemplo, quando é afirmado um fato falso tentando-se obscurecer ou encobrir algo acerca do que deseja calar.

A jurisprudência tem-se firmado no sentido de que “tem o sujeito o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não se auto-incriminar com as declarações prestadas”⁷.

Ratificando, pronuncia-se Nucci (2008, p. 262):

Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a auto-acusar-se. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de

⁷ STF, HC n. 75.257-8/RJ, Primeira Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. em 17.6.1997, *DJ* de 29 ago. 1997 (Observação: Este julgado refere-se ao caso de indivíduo que mente sobre haver assinado termo de declaração. Não configuração, *in casu*, do delito do art. 299 do CP. O STF entendeu tratar-se de um direito de não autoincriminação, derivado do direito ao silêncio).

No mesmo sentido:

STJ, HC n. 52.370/SP, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 9.5.2006, *DJ* de 5 jun. 2006.

STJ, REsp. n. 54.781/SP, Sexta Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 9.10.1995, *DJ* de 26 fev. 1996.

afirmar o réu algo que sabe ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido torna-se direito. [...]

No campo processual penal, quando o réu, para se defender, narra mentiras ao magistrado, sem incriminar ninguém, constitui seu direito de refutar a imputação. O contrário da mentira é a verdade. Por óbvio, o acusado está protegido pelo princípio de que não é obrigado a se auto-incriminar, razão pela qual pode declarar o que bem entender ao juiz. É, pois, um direito.

Por sua vez, forçar a quebra do silêncio deve ser entendido como tortura. Fere mortalmente os princípios estruturais do Estado Democrático de Direito. A propósito, o Marquês Cesare de Beccaria, em obra clássica *Dos delitos e das penas*, escrito por volta de 1764, sustentava:

Direi ainda, é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! (BECCARIA, 1874, p. 44)

Incontestemente a garantia do direito ao silêncio proteger o acusado, tendo por desiderato impedir que o réu facilite a própria condenação pela inquirição ou produção de provas contra si. Representa os princípios básicos de liberdade do ser humano. Preciosa síntese é fornecida por Moraes (2008, p. 66):

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio [para o acusado].

Saliente-se que o silêncio não há de ser encarado como forma de dificultar a apuração da conduta ou empecilho para punição, uma vez que a materialidade e a autoria do fato típico, ilícito e culpável carecem de comprovação por esforço do Estado, e não do réu.

5 Ordenamento jurídico hierarquizado – supremacia constitucional

A propósito, o Pacto de São José da Costa Rica⁸ estabelece o direito do cidadão em não incorrer na autoincriminação. É o que pode ser confirmado na dicção de Rangel (2002, p. 784-785) abaixo:

De acordo com o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, g), toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada e, portanto, não está o indiciado obrigado a fornecer os escritos à autoridade policial. O ônus da prova, no processo penal moderno, pertence todo ao Ministério Público, não sendo admissível que o indiciado tenha que suportar o encargo de municiar o órgão de acusação para que este ofereça denúncia contra aquele.

Internalizado na ordem jurídica nacional pelo Decreto n. 678, 6 de novembro de 1992, vigora na positividade com o *status* de norma supra legal.

Ora, inadmite-se na positividade confrontos ou distorções entre os diversos dispositivos legais existentes. O direito processual há de estar intimamente alinhado aos ditames da Lei Maior, dando azo à existência de um direito processual constitucional⁹.

⁸ O Pacto de São José da Costa Rica foi aprovado pelo Congresso Nacional em 1992, por intermédio do Decreto Legislativo n. 27/1992 e com cumprimento integral determinado pelo Decreto n. 678/1992.

⁹ No magistério de Cintra, Grinover e Dinamarco (1992, p. 72-74):

“É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. [...]”

Isto porque o arcabouço jurídico-normativo deriva de um

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências [...].

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. [...]

Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios. [...]

O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular. [...]

Mas a tutela constitucional do processo é matéria atinente à teoria geral do processo, pelo que passamos a examiná-la em sua dúplice configuração: a) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); b) direito ao processo (ou garantias do devido processo legal).

O antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo é o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões: ‘nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país’.

sistema hierarquizado e deve primar pela unidade. Caso ocorram situações de confronto de disposições legais, mesmo que no âmbito principiológico, existem ferramentas adequadas para sanar as antinomias, pois o ordenamento jurídico sustenta-se, tão somente, sobre bases harmônicas¹⁰.

Cláusula semelhante, já empregando a expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III; do direito inglês passou para o norte-americano, chegando à Constituição como V Emenda.

A análise da Constituição brasileira em vigor aponta vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo.

Nota-se, inicialmente, que a própria Constituição se incumbem de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.”

¹⁰ Acerca da matéria, esclarece Bobbio (1989, p. 59-114)

“Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem.

Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro. [...]

A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontravam os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia. A tese de que o ordenamento jurídico constitui um sistema no terceiro sentido exposto pode-se exprimir também dizendo que o Direito não tolera antinomias. Em nossa tradição romanística o problema das antinomias já foi posto com muita clareza nas duas célebres constituições de Justiniano, e com ele se abre o Digesto; aqui Justiniano afirma imperiosamente que no Digesto não há normas incompatíveis e usa a palavra antinomia. [...]

As regras fundamentais para a solução das antinomias são três:

- a) o critério cronológico;
- b) o critério hierárquico;
- c) o critério da especialidade.

Destarte, com o fito de ajustar-se à Carta Magna, o Código de Processo Penal comum foi alterado em seu art. 186 pela Lei n. 10.792/2003, cuja redação preceitua:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. [...] Textualmente: ‘As leis não são revogadas a não ser por incompatibilidades entre as novas disposições e as precedentes’.

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. [...]

O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. [...] lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species do genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. [...]

[...] Quando se aplica o critério cronológico ou o hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas. Diferentemente dos relacionamentos cronológico e hierárquico, que não suscitam necessariamente situações antinômicas, o relacionamento de especialidade é necessariamente antinômico. [...]

Uma regra que se refere às normas de um ordenamento jurídico, como o é a proibição de antinomias, pode ser dirigida apenas àqueles que têm relação com a produção e aplicação das normas, em particular ao legislador, que é o produtor por excelência, e ao juiz, que é o aplicador por excelência. Dirigida aos produtores de normas, a proibição soa assim: ‘Não deveis criar normas que sejam incompatíveis com outras normas do sistema’. Dirigida aos aplicadores, a proibição assume esta outra forma: ‘Se vocês esbarrarem em antinomias, devem eliminá-las’. Trata-se agora de ver se e em quais situações existem uma ou outra dessas duas normas, ou ambas.”

Acertadamente firmou a *ratio legis*, em sua literalidade, o direito ao silêncio com uma garantia inarredável ao acusado, dantes sedimentado em sede jurisprudencial¹¹.

Em boa hora, a Lei n. 10.792/2003 foi sancionada reformulando a disposição processual penal ordinária¹², pois não deve o silêncio do interrogado ser encarado como obstáculo para a *persecutio criminis*. Ao revés, o Estado deve valer-se de sua estrutura e dos mecanismos jurídicos cabíveis para comprovar a materialidade e a autoria da imputação delituosa.

Nesse diapasão, o julgado do STF, *in litteris*:

A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. [...] Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar sua inocência, o direito de defender-se [...]. A própria exigência de processo judicial representa pode-

¹¹ Vide: RT n. 709/313: “[...] não mais prevalece a advertência final do art. 186 do CPP, pois não será lícito ao Juiz considerar culpado o réu, simplesmente porque permaneceu silente. À acusação é que cumpre produzir a prova da culpabilidade *lato sensu* do acusado.”

¹² Esposando entendimento idêntico, Tourinho Filho (2007, p. 280).

roso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coação do Estado¹³.

Assim, o ajuste operado na codificação processual penal comum buscou a adequação pertinente ao postulado constitucional. Isto porque o ordenamento jurídico é um conjunto de normas hierarquicamente estruturadas, conferindo a *Lex Magna* o fundamento de validade para todas as espécies normativas vigentes no sistema jurídico.

Preleciona Bonavides (2002, p. 409):

A relação [...] estabelecida entre a Constituição e a lei é a relação dispositiva, estipulativa ou de vinculação. A norma mais alta regula o ato, mediante o qual se produz a norma inferior, e não só define o procedimento de produção da norma mais baixa senão que determina também eventualmente o conteúdo da norma a ser produzida.

Concernente ao art. 305 do CPPM, antagônico à Carta de 1988, de indiscutível relevância para adentrar-se no mérito da discussão, o fenômeno da recepção das normas infraconstitucionais. Sabido que, sendo a lei material e formalmente compatível com a Constituição, será ela recepcionada pela nova ordem jurídica. Todavia, verificando-se a desconformidade hierárquica do dispositivo legal pretérito, configura-se o fenômeno da revogação, acorde o brocardo *lex posterior derogat priori*, uma vez ser inidônea a ação direta de inconstitucionalidade para atos normativos pretéritos. O juízo negativo de recepção dá ensejo à revogação de norma materialmente desconforme ao ordenamento constitucional superveniente, em substituição ao fenômeno da “não recepção” de outrora, conforme assentado pelo STF¹⁴. Tal como colocado pela

¹³ STF, HC n. 73.338/RJ, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13.8.1996, DJ de 19 dez. 1996.

¹⁴ A propósito, a decisão da Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 74-8/RN, que respalda a “revogação” acima explicitada.

Suprema Corte, a incompatibilidade entre a lei infraconstitucional anterior em face da Constituição posterior se resolve pela revogação da primeira e não por sua inconstitucionalidade¹⁵.

“Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88. Inconstitucionalidade superveniente. Inocorrência. Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção. Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato. Ação direta não conhecida.

A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato.

A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado.

O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95/993 – 99/544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.

A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.

O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 74-8/RN, Pleno do STF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 7.2.1992, DJ de 25 set. 1992). RTJ 143/355.

¹⁵ Deste teor o Acórdão proferido em sede da ADIn n. 2-1/DF, cuja ementa segue transcrita:

“CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei

Por pertinente, a lição de Brossard (1992, p. 127), para quem:

[...] as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.

Exige-se, então, relação de contemporaneidade entre a edição da lei e a vigência da Constituição com o desiderato de propiciar a fiscalização da verticalidade fundamentadora.

6 Conclusão

Nesse diapasão, considerando a incompatibilidade material do art. 305 do Código de Processo Penal Militar com os ditames constitucionais em vigor *ex vi* do art. 5º, LXIII, sua revogação pela Carta da República é medida que se impõe ao magistrado militar, incidentalmente, no curso do processo penal, uma vez que o silêncio do acusado não pode, em nenhuma hipótese, ser interpretado em seu prejuízo. A efetiva atuação do Judiciário na defesa das garantias e direitos assecuratórios do cidadão, mormente o do devido processo legal, projeta o futuro da democracia enquanto expressão, síntese e substância das quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade necessitam do aparelho judiciário. Afinal, conforme afirmou Ruy Barbosa, “quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende”.

fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.”

(Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2-1/DF, Pleno do STF, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 6.2.1992, *DJ* de 21 nov. 1997).

Referências

- BECCARIA, Cesare de. *Del Delitti e Delle Pene*. Torino: Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1874. v. único.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos; Revisão técnica de João Ferreira. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- BROSSARD, Paulo. *A Constituição e as leis a ela anteriores*. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- HADDAD, Henrique Bortido. *Interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. v. II.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Alexandre de. A evolução do direito ao silêncio. *Revista Jurídica Consulex* – Ano XII – n. 281, de 30.9.2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

Desconstruindo a ordem pública e reconstruindo a prisão preventiva

Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo*

Desconstruindo a ordem pública

Quando se reflete sobre a “ordem pública” como hipótese de cabimento da prisão preventiva (CPP, art. 312), o estudioso do assunto defronta-se com um sério problema hermenêutico, entre tantos outros. Tal problema refere-se à melhor conceituação que se pode atribuir a tal expressão. E quando se reflete sobre o ato de conceituar é preciso lembrar que todo conceito é uma metáfora, uma vez que é sempre a generalização de um evento singular e irreptível (NIETZSCHE, 2007, p. 9).

Aliás, entre o evento e a linguagem há sempre uma generalização ao quadrado. Há sempre dois abismos gnosiológicos entre o evento e o conceito (ADEODATO, 2009b, p. 212). O primeiro encontra-se entre o evento e o pensamento que este desperta no observador. E o segundo reside entre o pensamento e o uso da linguagem, que, como se sabe, se vale do uso de conceitos. Os conceitos, por sua vez, são metáforas da realidade que foi experimentada por meio do arsenal sensorial humano, com base nas quais se constitui a memória. Ah, a memória, esse arquivo de metáforas, cárcere do aprendizado (BRICMONT; SOKAL, 2006, p. 56) e depósito de culpas!

* Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo é Professor de direito penal da Universidade Salvador (UNIFACS), Professor de processo penal da Universidade Católica de Salvador e Analista Previdenciário da Procuradoria Federal Especializada do INSS.

Diante disso, é possível concluir que não há uma identificação entre conceitos e eventos (CÍCERO, 2005, p. 33). Conceitos são como máscaras; ao mesmo tempo em que escondem a individualidade do ator, auxiliam na representação de um personagem (FOUCAULT, 1992, p. 45). A individualidade do ator é a atuação do ser humano no teatro de sua existência. O personagem é um papel da peça da vida (LUHMANN, 2002, p. 23), escrita por um único roteirista, a linguagem (BLUMENBERG, 1999, p. 102), uma criança levada que joga dados com os signos, que brinca com o silêncio, que se vale dos gestos e abusa da imagem. Eis o que é a razão moderna, um milagre derivado da fé humana na linguagem (ADEODATO, 2009a, p. 27), a mais sofisticada das formas de controle. E, como ensina Ferraz Júnior (2002, p. 21), poder é controle.

Ciente desses esclarecimentos, a primeira recomendação que é cabível quanto ao uso da expressão *ordem pública* é que seja entoado pela doutrina o réquiem à ingenuidade. Não convém discutir qual seria, em tese, a melhor definição de tal expressão, uma vez que todo significante tem o seu significado determinado pelo intérprete diante das peculiaridades de cada caso e segundo os valores determinantes (ROSS, 1976, p. 31). Em suma, se o significante é semântico e sintático, todo significado é pragmático. Logo, discutir se a expressão *ordem pública* deve ser entendida como clamor público ou como prática de um crime de relevante gravidade (LOPES JÚNIOR, 2010, p. 251), por exemplo, é inútil. Tal discussão só tem algum sentido para os adoradores da legalidade e os beatos da segurança jurídica, mas é preciso adverti-los: a credulidade é irmã da ingenuidade (NIETZSCHE, 2009, p. 24).

Ademais, é preciso anotar que a linguagem não é o produto de uma convenção racional humana em torno do emprego de alguns signos. Isso porque, se assim fosse, forçoso seria admitir que a razão

precede a linguagem, o que é, por óbvio, um absurdo lógico. Afinal, como é possível haver razão sem uma linguagem prévia que a constitua? Sendo assim, a origem da linguagem não se encontra em uma convenção, mas no instinto humano. E aqui, uma vez mais, é preciso invocar Nietzsche (2002, p. 44) e lembrar que o instinto humano é uma finalidade criada pelo próprio homem de forma inconsciente. Essa finalidade não é outra, senão a de sobrevivência. Em uma só palavra, a origem da linguagem se confunde com a necessidade de sobreviver do homem. Logo, a linguagem é tentativa inconsciente do homem de sobreviver em um mundo que lhe é inóspito e ao qual não se encontra adaptado.

A linguagem esconde consigo muitos outros mistérios (BLUMENBERG, 1999, p. 86). Um deles é a sua relação intrínseca com o tempo. De um lado, somos levados a pensar que o tempo é um produto da linguagem, uma vez que se trata de uma convenção racional humana. Entrementes, o ser humano, em um dado momento da história, não se sabe exatamente qual nem em que lugar, começou a constituir uma linguagem. Em outros termos, a linguagem é um acontecimento histórico, mas, por outro lado, a história é produto da linguagem (NIETZSCHE, 2007, p. 22). A linguagem surgiu no tempo, e o próprio tempo levou o homem a se esquecer da origem dela. Eis a teia na qual o bicho homem se encontra envolvido. Não sabe do que fala nem quando começou a falar, só sabe que fala e que precisa falar, ainda que não saiba, exatamente, se fala do mundo que o cerca ou, apenas e o tempo todo, de si próprio (BRICMONT; SOKAL, 2006, p. 62).

Esclarecida a natureza metafórica peculiar a todo conceito, logo se percebe que o conceito *ordem pública* pode ser desconstruído. Desconstruir não é destruir conceitos, mas reconstruí-los (DERRIDA, 2010, p. 37) de acordo com a singularidade do caso e dos valores envolvidos. Afinal, todo conceito é uma caricatura da

percepção (WITTGENSTEIN, 2005, p. 148). E a percepção, esse fenômeno que o processo penal nomina como prova, é sempre limitada. Como limitada é a compreensão humana sobre a singularidade do evento, pois o todo é demais para o ser humano (COUTINHO, 2002, p. 65). E o ser humano, em tempos de modernidade tardia (ou pós-modernidade), não é o super-herói racionalista de Descartes, mas o ser carente de Blumenberg (2004, p. 201). Assim falou Zaratrusta (NIETZSCHE, 2008, *passim*)!

Logo, o art. 312 não é uma norma, mas um texto de lei (SOBOTA, 1996, p. 129). E o texto de lei não se confunde com a norma, antes colabora de forma parcial com a sua produção. A norma é o fruto da relação dialética entre texto de lei, caso e valor (ADEODATO, 2009b, p. 214). Enquanto a lei é genérica, a norma é concreta. Enquanto a lei é declarada, a norma é construída. E, enquanto existir um seminarista doutrinado pela Escola de Exegese, haverá o desejo de que o processo penal busque uma verdade (real, formal, processual, ou seja, lá qual for...) e de que o intérprete alcance o espírito da norma, como se o processo hermenêutico fosse uma “lipoaspiração epistemológica” (STRECK, 2000, p. 152). Pobres fiéis!

Reconstruindo a prisão preventiva

Ora, se a expressão “ordem pública” não é norma, e se a norma não é uma entidade fantasmagórica errante possuída por um espírito obsessivo que precisa ser exorcizado pelo sacerdote intérprete, então, é possível reconstruí-la. Eis o ponto, é preciso reconstruir, em tempos de sociedade do espetáculo (DEBORD, 1997, p. 41), o conceito de “ordem pública”, de sorte a ajustá-lo à realidade social contemporânea (bem diferente daquela existente nos idos da década de 1940, quando o Código de Processo Penal vigente foi gestado) e a harmonizá-lo à

natureza cautelar da prisão preventiva. Em suma, reconstruir a “ordem pública” é salvaguardar a tão combatida presunção de inocência. Sempre tão proplada, nunca antes pela *média* tão questionada!

Reconstruir a “ordem pública” implica compreendê-la com os olhos de Orwell (2009, *passim*) e com a advertência de Foucault (2007, p. 89) inspirada em Bentham (2008, *passim*). Se é o “clamor publicado” que importa “ordem pública”, então, é a partir da lógica do *reality show* que esta expressão precisa ser reconstruída pelo processo penal contemporâneo. Isso porque, na sociedade do espetáculo, *a eloquência das imagens substituiu a sonolência das palavras. As relações sociais tornaram-se representações cênicas e os indivíduos foram substituídos por pessoas. E, como se sabe, ser pessoa é atuar* (HOBBS, 2003, p. 48) *segundo o enredo da cultura de massa estabelecido pelas modernas condições de produção. Em suma, quando o mundo real se tornou uma “república das imagens”, o processo penal se tornou um game show, e a sentença, uma mercadoria fast food* (BAUDRILLARD, 2008, p. 123), *os meios de comunicação de massa se transformaram em máquinas de alienação do indivíduo* (RAMONET, 2007, p. 46).

Ora, quando os meios de comunicação de massa foram alçados a tal condição, a média se tornou o “grande irmão” que tudo vê e a todos vigia. E, nesse instante, foi reconstruído o significado da expressão “ordem pública”. O clamor público, que antes justificava a decretação da prisão preventiva, tonar-se, então, motivo de manutenção da liberdade do acusado durante o curso do processo. Afinal, para que prender alguém que se encontra vigiado? Quando o inquérito policial se transformou em chamada de abertura do telejornal que vai ao “ar” em rede nacional, o modelo do panóptico foi reinventado, e o acusado, de desconhecido, se tornou celebridade. Para que prender alguém que já perdeu a liberdade?

Por conseguinte, quando as relações sociais se tornaram mais complexas, as instâncias informais de controle (a exemplo, a reli-

gião) se diluíram e o Direito experimentou uma “sobrecarga ética” (ADEODATO, 2009a, p. 31), o processo penal se viu obrigado a se adaptar a essa nova realidade. E, nesse contexto, a expressão “ordem pública” tornou-se *motivo de manutenção ou concessão da liberdade ao acusado* (CPP, art. 310, parágrafo único). Em outras palavras, a “ordem pública” transformou-se em hipótese de revogação da prisão preventiva, por ausência de qualquer “cautelaridade” (inexiste o *periculum libertatis*) e em respeito à preservação da presunção de inocência (princípio que determina a subsidiariedade do instituto da prisão provisória). Afinal, qual é a possibilidade de fuga para o acusado quando este tem o seu rosto mostrado, repetidas vezes, em todo o território nacional? Qual é o perigo que a “liberdade” do acusado traz ao processo, se ele já se encontra vigiado pelas câmeras e encarcerado pelos holofotes?

Se a expressão “ordem pública” não é um disfarce hermenêutico (DE MAN, 1996, p. 26) para transformar a prisão preventiva em medida de antecipação de pena, então, forçoso é convir que assista razão à tese aqui sufragada. Quando o processo penal se tornou a novela diária do “tele-espectador” alienado, o acusado se tornou o Cristo a ser crucificado. E ao acusado resta rogar aos céus e repetir as palavras do Messias dos cristãos: “Pai, perdoa-lhes, porque não sabem o que fazem” (BÍBLIA SAGRADA, 1987, p. 289)!

Referências

ADEODATO, João Maurício. *A retórica constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2009a.

_____. *Ética e retórica: para uma teoria da dogmática jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2009b.

AZEVÊDO, Bernardo Montalvão Varjão de. *O ato de decisão judicial: uma irracionalidade disfarçada*. [S.l.]: Lumen Juris, 2011.

- BAUDRILLARD, Jean. *A sociedade do consumo*. Lisboa: Edições 70, 2008.
- BENTHAM, Jeremy. *O panóptico*. Tradução de Tomza Tadeu da Silva. São Paulo: Autêntica, 2008.
- BÍBLIA SAGRADA (Antigo Testamento. Novo Testamento. Evangelhos. Atos dos Apóstolos). Tradução de Antônio Pereira de Figueiredo. Notas de José Alberto de Castro Pinto. Rio de Janeiro: Encyclopaedia Britannica, 1987.
- BLUMENBERG, Hans. *Las realidades em que vivimos*. Madrid: Paidós, 1999.
- _____. *El mito y el concepto de realidad*. Madrid: Herder, 2004.
- BRICMONT, Jean; SOKAL, Alan D. *Imposturas intelectuais: o abuso da ciência pelos filósofos pós-modernos*. São Paulo: Record, 2006.
- CÍCERO, Marco Tulio. *Retórica à Herênio*. São Paulo: Hedra, 2005.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do direito. In: *Anuário Ibero-Americano de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- CUNHA, Tito Cardoso. *Silêncio e comunicação: ensaio sobre uma retórica do não-dito*. Lisboa: Livros Horizonte, 2005.
- DE MAN, Paul. *Alegorias da leitura – Linguagem figurada em Rousseau, Nietzsche, Rilke e Proust*. Rio de Janeiro: Imago, 1996.
- DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo – Comentários sobre a sociedade do espetáculo*. São Paulo: Contraponto, 1997.
- DERRIDA, Jacques. *Força de lei*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Estudos de filosofia do direito – Reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. São Paulo: Atlas, 2002.

- FOUCAULT, Michel. *O que é um autor?* Lisboa: Veja, 1992.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – História da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. v. 2.
- LUHMANN, Niklas. *A realidade dos meios de comunicação*. Tradução de Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2002.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Retórica*. Tradução de Tito Cardoso Cunha. Lisboa: Vega, 2002.
- _____. *Sobre a verdade e a mentira*. Tradução de Fernando de Moraes Barros. São Paulo: Hedra, 2007.
- _____. *Assim falava Zaratustra*. Tradução de Mario Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2008.
- _____. *A genealogia da moral*. Tradução de Mario Ferreira dos Santos. Petrópolis: Vozes, 2009.
- ORWELL, George. *1984*. Tradução de Heloisa Jahn e Alexandre Hubner. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- RAMONET, Ignacio. *A tirania da comunicação*. Petrópolis: Vozes, 2007.
- ROSS, Alf. *Tú-Tu*. Tradução de Genaro Carrió. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1976.
- SOBOTA, Katharina. Não mencione a norma! Tradução de João Maurício Adeodato. In: *Anuário dos Cursos de Pós-graduação em Direito*, n. 7. Recife: Universitária da UFPE, 1996.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações filosóficas*. Petrópolis: Vozes, 2005.

