

REVISTA ²⁰ JURÍDICA ¹⁷

SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

Sete Lagoas - Minas Gerais - BRASIL. Publicação Anual: jan./dez. 2018 / V.4 / N. 1 / ISSN 2448-2021



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

REVISTA²⁰ JURÍDICA¹⁷

SANTO AGOSTINHO DE SETE LAGOAS

Editores

Alvaro Augusto Fernandes da Cruz

Deilton Ribeiro Brasil

ISSN 2448-2021

REVISTA JURÍDICA SANTO AGOSTINHO
DE SETE LAGOAS

v. 3, n. 1 - Anual - Sete Lagoas, MG - 2017



EDITORES:

Prof. Me. Álvaro Augusto Fernandes da Cruz - E-mail: alvaro@fasa.edu.br

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil - E-mail: deilton.ribeiro@fasa.edu.br

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Dr. Benedito Cerezzo Pereira Filho, USP, São Paulo, Brasil

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz, UVV, Vitória, Brasil

Profa. Dra. Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, Yale, New Haven, Estados Unidos

Prof. Dr. Cláudio Lúcio de Carvalho Diniz, FASASETE/MG

Prof. Dr. Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, UEA, Manaus, Brasil

Prof. Dr. Fábio da Silva Veiga, UEM, Espanha

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa – FASASETE/MG

Profa. Dra. Flávia Piva Almeida Leite, UNESP, São Paulo, Brasil

Profa. Dra. Giulia Parola, UFF, Rio de Janeiro, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira S. de Melo Bandeira, IPCA, Barcelos, Portugal

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho, UFBA, Salvador, Brasil

Profa. Dra. Loiane Prado Verbicaro, CESUPA, Belém, Brasil.

Prof. Dr. Luis Gustavo Gonçalves Ribeiro, ESDHC, Belo Horizonte, Brasil

Prof. Dr. José Luis Quadros de Magalhães, PUCMinas, Belo Horizonte, Brasil

Prof. Dr. Lafayette Pozzoli, PUC/UNIVEM, São Paulo, Brasil

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago, UDF/IDP, Brasília, Brasil.

Prof. Dr. Mário Lúcio Quintão Soares, PUCMinas, Belo Horizonte, Brasil

Prof. Dr. Rubén Gonçalves Miranda, USC, Santiago de Compostela, Espanha

Prof. Dr. Sérgio Henriques Zandona Freitas, FUMEC, Belo Horizonte, Brasil

Prof. Dr. Thiago Santos Rocha, UO, Oviedo, Espanha

CONSELHO EXECUTIVO

Prof. Me. Alvaro Augusto Fernandes da Cruz, FASASETE/MG

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil, FASASETE/MG

PARECERISTAS AD HOC

Profa. Dra. Emília Agnes Assis de Lima, FASASETE, Sete Lagoas, Brasil

Prof. Dr. Fabrício Veiga Costa - FASASETE/MG

Profa. Dra. Gerlice Teixeira Rosa, FASASETE, Sete Lagoas, Brasil

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Moraes, UIT, Itaúna, Brasil

Profa. Dra. Nívea de Matos Lacerda, FASASETE, Brasil
Prof. Dr. Milton Vasques Thibau de Almeida, UIT, Itaúna, Brasil
Prof. Dra. Renata Mantovani de Lima, UIT, Itaúna, Brasil

DIAGRAMAÇÃO

Marcus Guilherme Menini

REVISÃO

Profa. Me. Amélia Maria Alves Rodrigues

Prof. Me. Thales Andrade Campos

EDITORIAL

Com fluxo contínuo e periodicidade anual, a Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas, ISSN 2448-2021, vol. 3, jan.-dez., 2017 é um projeto, sob a nova gestão dos Professores Álvaro Augusto Fernandes da Cruz e Deilton Ribeiro Brasilque tem como objetivo promover o diálogo interdisciplinar entre o Direito e as demais áreas das Ciências Sociais Aplicadas, seja por intermédio de artigos, ensaios, entrevistas ou resenhas.

Publicamos nesta nova edição 06 (seis) artigos, sendo o primeiro intitulado **“Lei nº 13.445/17: dignidade do migrante à luz das penalidades e infrações administrativas”** de autoria do Professor Doutor Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e do mestrando Aflaton Castanheira Maluf ambos da Escola de Ensino Superior Dom Helder de Belo Horizonte-ESDHC; o segundo trabalho com o verbete **“Indigenous peoples and multiculturalism”** do Professor Doutor Heron José de Santana Gordilho e do acadêmico em Direito Heron Gordilho Filho da Universidade Federal da Bahia-UFBA; o outro texto **“A justiça restaurativa para prevenir o cometimento de crimes pelos imigrantes venezuelanos no Estado de Roraima”** da lavra do mestrando Rogério de Oliveira Borges do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-UIT e do Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas do PPGD – Mestrado em Direito da FUMEC; o quarto artigo **“Poder moderador no pensamento constitucional brasileiro”** do Professor Doutor Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho e do Doutorando pela Universidade de Fortaleza Eriverton Resende Monte. O quinto artigo tem como tema central **“Constituição, cultura e direitos: o direito constitucional como fio condutor da hermenêutica da dignidade”** do Professor Doutor Carlos Alberto Simões Tomaz da Universidade de Vila Velha-UVV. Por último, trazemos à colação o texto intitulado **“O termo de ajustamento de conduta ambiental e ação civil pública”** de autoria da Mestra Júlia Alves Almeida Machado e do Professor Doutor Fabrício Veiga Costa da unidade de Sete Lagoas.

Ainda na edição desse número convidamos vários renomados Professores Doutores vinculados a diversas Instituições de Ensino Superior de vários Estados brasileiros e também de muitos países estrangeiros como Estados Unidos, Portugal e Espanha para compor o Conselho Editorial além de outros Professores para integrar o Corpo de Pareceristas *ad hoc*.

Agradecemos aos nossos autores e avaliadores pela colaboração e confiança e pelo excelente trabalho realizado. Sem o empenho e dedicação de vocês, esta edição não seria possível. Aqui também deixamos o nosso agradecimento pelo apoio constante e incondicional da Diretora Professora Amélia Maria Alves Rodrigues da Unidade de Ensino de Sete Lagoas.

Lembramos que as submissões para a Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas, volume 4, ano 2018 são permanentes e devem ser encaminhadas para o e-mail: deilton.ribeiro@fasa.edu.br

Aos leitores, uma boa leitura!

Álvaro Augusto Fernandes da Cruz

Deilton Ribeiro Brasil

Editores da Revista Jurídica Santo Agostinho de Sete Lagoas

Sumário

Clique nos títulos para ser direcionado

LEI Nº 13445/2017: DIGNIDADE DO MIGRANTE À LUZ DAS PENALIDADES E INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS	8
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro Aflaton Castanheira Maluf	
INDIGENOUS PEOPLES AND MULTICULTURALISM	22
Heron José de Santana Gordilho Heron Gordilho Filho	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA PREVENIR O COMETIMENTO DE CRIMES PELOS IMIGRANTES VENEZUELANOS NO ESTADO DE RORAIMA	50
Rogério de Oliveira Borges Sérgio Henriques Zandona Freitas	
PODER MODERADOR NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO.....	63
Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho Eriverton Resende Monte	
CONSTITUIÇÃO, CULTURA E DIREITOS: O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO FIO CONDUTOR DA HERMENÊUTICA DA DIGNIDADE	82
Carlos Alberto Simões de Tomaz	
O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA.....	103
Júlia Alves Almeida Machado Fabício Veiga Costa	

LEI Nº 13445/2017: DIGNIDADE DO MIGRANTE À LUZ DAS PENALIDADES E INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Pós-doutor pela Università Degli Studi di Messina-IT. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor do programa de graduação e pós-graduação em direito da Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC. Promotor de Justiça.

Aflaton Castanheira Maluf

Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

LEI Nº 13445/2017: DIGNIDADE DO MIGRANTE À LUZ DAS PENALIDADES E INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Pós-doutor pela Università Degli Studi di Messina-IT. Doutor e Mestre em Direito pela UFMG. Professor do programa de graduação e pós-graduação em direito da Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC. Promotor de Justiça.

Aflaton Castanheira Maluf

Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pela Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC.

RESUMO:

O texto tem por objeto a análise do nono e último capítulo da Lei 13445/2017, que versa sobre as penalidades e infrações administrativas. Sob a égide do método teórico-dogmático, revela-se que as infrações, ao preverem sanções àqueles que desrespeitarem o conteúdo legislado o qual consolidou a dignidade da pessoa do migrante, contribuem, embora alvo de críticas do governo eleito do Brasil, para tal finalidade, qual seja, a de afirmar essa dignidade em terras brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Lei 13445/2017; dignidade; infrações; penalidades administrativas.

LAW 13445/2017: DIGNITY OF THE MIGRANT UNDER THE PURPOSES OF ADMINISTRATIVE PENALTIES AND INFRINGEMENTS

ABSTRACT:

The purpose of the text is to analyze the ninth and last chapter of Law 13445/2017, which deals with administrative penalties and infractions. With the employment of the theoretical-dogmatic method, it is revealed that the infractions, in providing sanctions to those who disrespect the legislated content which has consolidated the dignity of the person of the migrant, contribute, although criticized by the Brazilian elected government, for such purpose, that is, to affirm this dignity in Brazilian lands

KEYWORDS: Law 13445/2017; dignity; infringements; administrative penalties.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Do sentido e da importância da Lei. 2 A finalidade da pena e as críticas políticas que colocam em xeque o futuro da Lei. 3 Das infrações e das penalidades administrativas na Lei 13445/2017. Considerações finais. Referências bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O texto que segue, à luz de uma metodologia teórico-dogmática, analisa a parte final da Lei 13445/2017, já conhecida como nova Lei de Migração, mais precisamente aquela intitulada “Das infrações e das penalidades administrativas”, isso em conformidade com as disposições concernentes do Decreto Federal nº 9.199, de 20 de novembro de 2017, que a regulamentou.

A importância da Lei no sentido da consolidação da temática humanitária do migrante não prescinde de regras claras pertinentes à aplicação das penas para o descumprimento do que nela se encontra preceituado, ponto esse abordado no artigo sob a ótica da finalidade da pena no âmbito penal.

Por isso, o artigo trata, de início, das considerações gerais que iluminaram o sentido da lei, o que, todavia, se fez de forma breve, posto que outros artigos, neste mesmo livro, versam sobre o tema. Num segundo momento, abordou-se a finalidade da pena no âmbito penal a fim de que, por analogia, se pudesse assegurar o sentido preventivo das referidas prescrições administrativas em prol do cumprimento da lei. No mesmo tópico, tão logo afirmada a importância das sanções para a tutela da dignidade do migrante, foi noticiada publicidade segundo a qual a novel lei foi criticada pelo Presidente eleito do Brasil, o que pode vir a ser indicativo de mudança legislativa futura e breve. No tópico derradeiro e porquanto explicada a importância das prescrições concernentes à pena e às infrações aos preceitos legais, teceu-se considerações aos artigos que compõem o nono e último capítulo da Lei, fazendo-se, um a um, os comentários pertinentes.

Ao final, concluiu-se pelo acerto da Lei no tocante às previsões sancionatórias, importantes que são para a afirmação e consolidação da dignidade da pessoa do migrante em território nacional.

1 DO SENTIDO E DA IMPORTÂNCIA DA LEI

A novel Lei 13445/2017 trouxe para o corpo jurídico nacional o reconhecimento, após amplo debate no parlamento, da dignidade da pessoa humana na temática das migrações.

Nesse sentido, destaca-se que, na doutrina de André de Carvalho Ramos,

o eixo central da nova lei é a proteção de direitos humanos na temática das migrações, intuída já na escolha da epígrafe: trata-se de uma lei de migração, aplicando-se ao migrante que vive no Brasil e, inclusive, ao brasileiro que vive no exterior. O reconhecimento da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos como princípio de regência da política migratória brasileira (artigo 3º, I) é decorrência da proteção da dignidade humana, vetor axiológico da Constituição (artigo 1º, III) e dos tratados de direitos humanos celebrados pelo Brasil (RAMOS, 2017, *online*).

A importância e a dignidade emprestadas à Lei foram, inclusive, reconhecidas no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal, posto que, em decisão proferida em abril de 2018, o Ministro Marco Aurélio entendeu aplicável a novel Lei ao determinar a soltura, no âmbito do pedido de Extradução 1517 formulado pelo governo da Espanha contra o cidadão espanhol Ruben Parra Alonso, porquanto excedido o prazo de 60 dias para a extradição do referido cidadão, que já havia sido determinada e não cumprida no referido prazo (BRASIL, STF, 2018, *online*)¹.

A par de quaisquer outras considerações que versem sobre o conteúdo da referida lei, cujos comentários já tiveram sede nos muitos artigos que também compõem esta obra coletiva, fato é que referida lei, de tamanha importância e envergadura no que diz respeito à consolidação da universalidade dos direitos humanos especificamente no tocante ao migrante em contraposição à revogada e autoritária Lei 6815/80, fato é que o capítulo que versa sobre as penalidades por descumprimento da Lei ganhou especial contorno de importância e garantia de efetividade.

Isso porque natural é acreditar que, à luz de um paralelo estabelecido com as teorias relativas ou preventivas acerca da finalidade da pena criminal, as sanções extrapenais, desde que efetivas e devidamente aplicadas, devem coibir violações ostensivas ou não ao texto de lei.

É que a sanção, em qualquer âmbito do direito, deve afirmar a segurança jurídica e, no caso específico da Lei em comento, as prescrições que garantem a dignidade do migrante.

De toda sorte, para fins de afirmação da importância do capítulo derradeiro da Lei, o tópico seguinte externa considerações sobre a finalidade da pena, o que se empresta à órbita administrativa sancionadora, mormente porque, embora seja sobre a égide do direito penal que a sanção ganha especial atenção, a natureza da norma sancionadora administrativa, embora mais indulgente, dela não muito difere.

¹ Segundo o site de notícias do STF:

“O ministro Marco Aurélio, do Supremo Tribunal Federal (STF), aplicou dispositivo da nova Lei de Migração (Lei 13.445/2017) que estabelece que o extraditando será solto caso ele não seja retirado do território nacional, pelo país que solicitou a extradição, no prazo de 60 dias da comunicação. A decisão foi tomada no pedido de Extradução (EXT) 1517, formulado pelo governo da Espanha, contra o cidadão espanhol Ruben Parra Alonso.

Ruben é acusado de praticar os crimes de apropriação indébita com o uso de documento falso, estelionato e furto. Em dezembro de 2017, a Primeira Turma da Corte analisou a solicitação e, por unanimidade, deferiu o pedido, ao considerar a possibilidade de entrega do extraditando, tendo em vista, entre outros motivos, a correspondência dos crimes nos dois países. [...] De acordo com o relator, ministro Marco Aurélio, a comunicação do trânsito em julgado do ato que tornou viável a entrega do extraditando ocorreu em 16 de fevereiro de 2018, “alcançando, na data de hoje, 63 dias”. Para ele, a situação revela que a exigência essencial ao prosseguimento da prisão não foi atendida, conforme estabelecem os artigos 92 e 93 da Lei nº 13.445/2017.

Esses dispositivos preveem que, julgada procedente a extradição e autorizada a entrega pelo órgão competente do Poder Executivo, o ato será comunicado por via diplomática ao Estado requerente, que, no prazo de 60 dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional. Se o Estado requerente não o fizer no prazo previsto, o extraditando será posto em liberdade, sem prejuízo de outras medidas aplicáveis.

Com a decisão, o ministro Marco Aurélio afastou a prisão preventiva para extradição imposta contra Ruben Parra Alonso e determinou a expedição de alvará de soltura a ser cumprido caso o estrangeiro não esteja preso por motivo diverso.” (BRASIL, STF, 2018, *online*).

2 A FINALIDADE DA PENA E AS CRÍTICAS POLÍTICAS QUE COLOCAM EM XEQUE O FUTURO DA LEI

Diversas são as acepções existentes sobre a finalidade da pena, desde aquelas que a concebem como retribuição, como herança das concepções absolutistas de Kant e Hegel segundo as quais elas seriam dotadas de um fim em si mesmo que é o castigo, até aquelas que a ela atribuem uma função utilitarista de prevenção às novas infrações. Nesse sentido, divide-se a doutrina em prevenção geral, segundo a qual a pena serviria como exemplo para os demais da sociedade não viessem a delinquir, ou mesmo prevenção especial, incidente sobre a própria pessoa do apenado, a fim de que este, pelo exemplo da pena, não voltasse a praticar infrações.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierageli (2013),

a retribuição deve devolver ao delinquente o mal que este causou socialmente, enquanto a reeducação e a ressocialização devem prepará-lo para que não volte a reincidir no delito. Ambas as posições costumam ser combinadas pelos autores, tratando de evitar suas consequências extremas, sendo comum em nossos dias a afirmação de que o fim da pena é a retribuição e o fim da execução da pena é a ressocialização (doutrina alemã contemporânea mais corrente) (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 90).

E continuam os autores, sustentando que

dentro do setor daqueles que entendem que a função do direito penal deve ser a segurança jurídica, alguns sustentam que o direito penal deve provê-la tutelando primordialmente bens jurídicos, enquanto outros afirmam que a tutela penal deve ser tutela de valores ético-sociais. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2013, p. 90-91).

No tocante à tutela de bens jurídicos - versão mais consagrada em doutrina para o trato da finalidade da pena e que perfeitamente se adéqua às sanções administrativas, aquelas que, no caso da Lei 13445, visam consagrar o bem jurídico que é a dignidade da pessoa humana, em especial, do migrante -, Jescheck (1981) assevera que a pena tem por móvel proteger os bens imprescindíveis para a vida em sociedade e que, ao serem incorporados à ordem jurídica, transformam-se em bens jurídicos (JESCHECK, 1981).

E é nessa perspectiva de tutela do bem jurídico que é sustentada a importância do capítulo que versa sobre as infrações e penalidades na Lei 13445, afinal a previsão normativa tem em vista o cumprimento da lei e, com isso, à luz da inteligência do exposto no primeiro tópico, a dignidade da pessoa do migrante. E essa dignidade deve ser compreendida no seu sentido mais amplo, tal como exposto por Staffen e Santos (2016), de emprestar a ela “[...] fonte de normatividade que permite uma abertura axiológica aliada à racionalidade e à democracia para a ativação de uma cidadania cosmopolita”. (STAFFEN; SANTOS, 2016, p. 265). Afinal, como mais adiante expõem:

o norte sinalizado pelo humanismo ao longo do curso da história ilustra um projeto comprometido com a elaboração de compreensões, de afinidades e diferenças, para além do juízo do melhor, que nutre os humanos em todos os espaços de existência; notadamente nos espaços redimensionados pela globalização, pois, afinal, não há como pensar em globalização sem mensurar suas consequências humanas. Ademais, inegavelmente, observa-se um ciclo - talvez tímido, é verdade - de globalização humana; veja-se, nesse aspecto, a tensão instalada pelos movimentos de migração. (STAFFEN; SANTOS, 2016, p. 269-270).

Todavia, embora se queira enaltecer o capítulo sobre o qual versará o tópico seguinte, muitas têm sido as críticas dirigidas à novel Lei pelo novo presidente eleito do Brasil, Jair Bolsonaro, o que se extrai de manchete veiculada no jornal português “Diário de Notícias”, na edição de 19 de novembro de 2018, abaixo transcrita:

Bolsonaro diz que atual lei migratória fez do Brasil ‘uma nação sem fronteiras’

O Presidente eleito do Brasil, Jair Bolsonaro, manifestou hoje, no Rio de Janeiro, a sua discordância com a atual lei da migração do país, por entender que esta transformou o Brasil numa nação sem fronteiras.

A atual lei da migração, que entrou em vigor em maio 2017, depois de sancionada pelo atual presidente do Brasil, Michel Temer, substituiu a legislação da época da ditadura militar (1964-1985), que tratava os imigrantes como uma ameaça, passando a dar-lhes praticamente os mesmos direitos que os nacionais.

‘Eu fui contra esta última lei da migração que transformou o nosso país num país sem fronteiras. Não podemos admitir a entrada indiscriminada de qualquer um, simplesmente porque alguém quer vir para cá’, disse Bolsonaro à imprensa.

Para o Presidente eleito, se essa lei continuar em vigor, qualquer pessoa que chegar ao país sul-americano ‘chega com mais direitos’ do que os próprios brasileiros.

Jair Bolsonaro manifestou-se sobre os regulamentos migratórios depois de relatar o telefonema de felicitações que recebeu do primeiro-Ministro húngaro, Viktor Orbán.

Tal como Bolsonaro, Orbán defende uma restrita política migratória e garante que a imigração, especialmente a muçulmana, ameaça destruir a essência cristã da Europa.

A lei da migração, aprovada pelo Senado, em última instância, em abril de 2017, contou com vinte vetos, apesar da pressão de grupos de direita e alguns legisladores, entre eles Bolsonaro, que se opuseram à medida, alegando que esta abre as portas do Brasil indiscriminadamente para os estrangeiros.

A lei atual garante aos imigrantes direitos e liberdades civis, culturais e econômicas, bem como acesso a serviços públicos de saúde, assistência social, educação e justiça.

Além de determinar os direitos e deveres dos imigrantes e visitantes, a lei regula a sua entrada e permanência no país, e estabelece princípios e diretrizes para a adoção de políticas públicas direcionadas para imigrantes.

A lei também reduz a burocracia exigida a quem procura refúgio ou residência no Brasil e institucionaliza a política adotada pelo país para fornecer abrigo humanitário às pessoas perseguidas ou que fogem de desastres nos seus países, o que favoreceu milhares de haitianos, sírios e venezuelanos. (PORTUGAL, DIÁRIO DE NOTÍCIAS, *online*).

Mas as críticas não pararam por aí, haja vista as declarações do futuro Chanceler do Itamaraty, Ernesto Araújo, no tocante ao eventual e futuro afastamento do Brasil quanto ao Pacto Global de Migração promovido pela ONU. Sobre o assunto, foi esta a reportagem do jornal espanhol El País, em edição eletrônica datada de 11 de dezembro de 2018:

Brasil assina pacto global de migração, mas chanceler de Bolsonaro anuncia retirada

165 Estados dos 193 que integram a ONU apoiam primeiro acordo sobre mobilidade internacional de pessoas. EUA boicotaram evento e pressionaram por não adesão

O chamado Pacto Global por uma Migração Segura, Ordenada e Regular foi adotado formalmente na manhã de segunda-feira em Marrakesh por consenso pela conferência intergovernamental da ONU. O encontro teve a participação de representantes de 165 países dos 193 que integram a ONU. O texto contém 23 objetivos não vinculantes aos Estados que o assinam. Pelo Brasil, esteve presente o chanceler Aloysio Nunes Ferreira, que exaltou o acordo e lembrou da nova lei de imigração brasileira, considerada positiva. Apesar de o documento não comprometer juridicamente nenhum Governo, só levou algumas horas para que o futuro chanceler do Governo Bolsonaro, Ernesto Araújo, fosse ao Twitter anunciar que o Governo brasileiro vai se dissociar do pacto no ano que vem. "(É) um instrumento inadequado para lidar com o problema. A imigração não deve ser tratada como questão global, mas sim de acordo com a realidade e a soberania de cada país", escreveu ele.

A desistência tão célere do Brasil foi mais uma vitória dos Estados Unidos, que se opuseram a pacto desde o começo e exerceram até o último momento notáveis pressões para que certos países não participem, como indicaram a esse jornal fontes diplomáticas, da sociedade civil e da organização. Em sua mensagem na rede social, Araújo, que prega uma aliança especial e acima de todos os demais aliados com os EUA, disse que 'a imigração deve estar a serviço dos interesses nacionais e da coesão de cada sociedade', e que vai acolher os refugiados venezuelanos, mas que 'o fundamental é trabalhar pela restauração da democracia na Venezuela'. Também na rede, o atual chanceler Nunes Ferreira reagiu: "Li com desalento os argumentos que parecem motivar o presidente eleito a querer dissociar-se do Pacto Global sobre Migrações. O pacto não é incompatível com a realidade brasileira. Somos um país multiétnico, formado por migrantes, de todos os quadrantes", disse ele, que também lembrou que o acordo afeta os milhares de brasileiros no exterior. (ESPANHA, El PAÍS, *online*). (grifos no original).

Feitas essas considerações, as quais têm por escopo apenas externar a razão de possíveis mudanças legislativas a serem encetadas pelo novo governo brasileiro e que colocam em xeque o futuro da Lei 13445/17, passa-se, a seguir, ao tópico em que será analisado o último capítulo da lei, justamente aquele que traz previsões de sanções à violação da lei e, por conseguinte, da dignidade da pessoa do migrante.

3 DAS INFRAÇÕES E DAS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS NA LEI N13445/2017

Seguem, abaixo, os artigos que compõem o capítulo IX da Lei 13445/2017, com os comentários direcionados a cada um deles.

Art. 106. Regulamento disporá sobre o procedimento de apuração das infrações administrativas e seu processamento e sobre a fixação e a atualização das multas, em observância ao disposto nesta Lei.

O Regulamento em testilha é o Decreto Federal nº 9.199, de 20 de novembro de 2017. Trata-se – o decreto regulamentar – de norma integradora à lei específica, ou seja, lei em sentido estrito. O fundamento constitucional que confere legitimidade, validade e eficácia a presente Lei

Federal (Lei nº 13.445/2017) e ao Decreto que a regulamenta (Decreto nº 9.199/2017) é o artigo 84, IV, da atual Constituição Nacional de 1988.

No caso, o órgão da Administração Pública Federal competente para esse fim, que vai materializar a apuração, processamento, fixação e atualização das multas, é o DPF – Departamento da Polícia Federal (CRFB/1988, artigo 144, I). Podem considerar-se como sujeitos ativos das penalidades administrativas, nos termos das normas de regência: o imigrante, o residente fronteiriço, o visitante, o apátrida e/ou o refugiado. Em algumas situações, a pessoa natural ou jurídica brasileira também poderão ser responsabilizados por infração administrativa (Artigo 109 V e VI, *infra*), o que ressaí da redação do artigo conforme análise que será empreendida alhures.

No plano supranacional, ressalte-se a CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos – de 22 de novembro de 1969, agregada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Federal nº 678 de 6 de novembro de 1992. Atente-se aqui, especialmente, ao artigo 8 (garantias judiciais), ao artigo 9 (princípio da legalidade e retroatividade) e ao artigo 29 (normas de interpretação) da Convenção Americana de Direitos Humanos. Segundo o STF – Supremo Tribunal Federal – referida norma supranacional possui natureza supralegal, devendo ser integrada à Lei e ao Decreto em testilha.

Art. 107. As infrações administrativas previstas neste Capítulo serão apuradas em processo administrativo próprio, assegurados o contraditório e a ampla defesa e observadas as disposições desta Lei.

§ 1º O cometimento simultâneo de duas ou mais infrações importará cumulação das sanções cabíveis, respeitados os limites estabelecidos nos incisos V e VI do art. 108.

§ 2º A multa atribuída por dia de atraso ou por excesso de permanência poderá ser convertida em redução equivalente do período de autorização de estada para o visto de visita, em caso de nova entrada no País.

Esse artigo é complementado pelo artigo 300 do Decreto nº 9.199/2017. O Decreto determina a aplicação, subsidiariamente, da Lei Federal nº 9784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. O contraditório e a ampla defesa são corolários constitucionais do devido processo legal (CRFB/1988, artigo 5º, LIV e LV). Anote-se que o novo CPC – Código de Processo Civil de 2015 – também destinou dispositivo para as questões procedimentais administrativas, no seu artigo 15, que assim dispõe: “Na ausência de normas que regulem processos [...] administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.”

O parágrafo 1º desse artigo indica a possibilidade de cumulação de sanções, não se podendo falar em *bis in idem*. O ‘teto’ das penalidades administrativas encontra-se no artigo seguinte, 108. O valor máximo será R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para pessoas físicas e R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para pessoas jurídicas. Todavia, em vista da histórica

instabilidade econômica, com trocas monetárias constantes, melhor seria indicar como parâmetro o salário-mínimo nacional (1/10 a mil salários-mínimos, por exemplo), no mesmo sentido do CPP – Código de Processo Penal –, mais precisamente nos artigos 265, 436 § 2º, 442 etc. O parágrafo 2º desse artigo confere o beneplácito da redução da sanção e/ou penalidade administrativa, que poderá ser auferido em caso de novo ingresso em território nacional.

Art. 108. O valor das multas tratadas neste Capítulo considerará:

I - as hipóteses individualizadas nesta Lei;

II - a condição econômica do infrator, a reincidência e a gravidade da infração;

III - a atualização periódica conforme estabelecido em regulamento;

IV - o valor mínimo individualizável de R\$ 100,00 (cem reais);

V - o valor mínimo de R\$ 100,00 (cem reais) e o máximo de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) para infrações cometidas por pessoa física;

VI - o valor mínimo de R\$ 1.000,00 (mil reais) e o máximo de R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais) para infrações cometidas por pessoa jurídica, por ato infracional.

Esse artigo é complementado pelos artigos 301-306 do Decreto nº 9.199/2017. O primeiro ponto a ser considerado reside na autoridade competente para aplicar as sanções com suas respectivas penalidades (multas), que, no caso, é o DPF – Departamento de Polícia Federal. Os critérios apresentados pela Lei e pelo Decreto regulamentar possuem grau de discricionariedade (margem de ação dentro do caso concreto ou real). O agente público deverá agir em vista da razoabilidade e proporcionalidade entre meios e fins.

Ressalte-se que essa margem de ação deve ser vista sob dois aspectos básicos: 1º. possibilidade de aferição econômica valorativa – pelo agente legitimado do DPF – tendo em vista o fato real apresentado (ação ou omissão do sujeito ativo); 2º. possibilidade de investigação dos critérios conectados à pessoa – natural ou jurídica – em vista da incidência infracional (ou reincidência) praticada. Logicamente, havendo abusos, incluindo nesse gênero desproporção e ausência de razoabilidade entre a conduta praticada e a pena cominada, haverá possibilidade de instalar o controle externo judicial (CRFB/1988, artigo 5º, XXXV).

Nesse sentido, decidiu o STF – Supremo Tribunal Federal:

Os atos administrativos que envolvem a aplicação de ‘conceitos indeterminados’ estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da administração. [RMS 24.699, rel. min. Eros Grau, j. 30-11-2004, 1ª T, DJ de 1º-7-2005.]

Embora o Judiciário não possa substituir-se à administração na punição do servidor, pode determinar a esta, em homenagem ao princípio da proporcionalidade, a aplicação de pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal. (BRASIL, STF, 2014, *online*).

Também o dispositivo da lei de migração assim regulamenta:

Art. 109. Constitui infração, sujeitando o infrator às seguintes sanções:

I - entrar em território nacional sem estar autorizado:

Sanção: deportação, caso não saia do País ou não regularize a situação migratória no prazo fixado;

- II - permanecer em território nacional depois de esgotado o prazo legal da documentação migratória;
Sanção: multa por dia de excesso e deportação, caso não saia do País ou não regularize a situação migratória no prazo fixado;
- III - deixar de se registrar, dentro do prazo de 90 (noventa) dias do ingresso no País, quando for obrigatória a identificação civil;
Sanção: multa;
- IV - deixar o imigrante de se registrar, para efeito de autorização de residência, dentro do prazo de 30 (trinta) dias, quando orientado a fazê-lo pelo órgão competente;
Sanção: multa por dia de atraso;
- V - transportar para o Brasil pessoa que esteja sem documentação migratória regular;
Sanção: multa por pessoa transportada;
- VI - deixar a empresa transportadora de atender a compromisso de manutenção da estada ou de promoção da saída do território nacional de quem tenha sido autorizado a ingresso condicional no Brasil por não possuir a devida documentação migratória;
Sanção: multa;
- VII - furtar-se ao controle migratório, na entrada ou saída do território nacional;
Sanção: multa.

Esse artigo é complementado pelos artigos 307 e 309 do Decreto nº 9.199 / 2017. A penalidade administrativa – nesse caso, multa – possui similaridade à penal. Em outras palavras, a pena possui três fases sequenciais: 1ª fase. cominação (previsão legal antecedente); 2ª fase. aplicação (pelo agente legitimado) e 3ª fase. execução (se não ocorrer o pagamento da multa, essa transformar-se-á em dívida ativa, com subsequente protesto extrajudicial e/ou execução fiscal).

Torna-se relevante a essa altura ventilar o artigo 232-A do Código Penal – promoção de migração ilegal – acrescido pela presente Lei Federal nº 13.445/2017, com a seguinte redação: “Promover, por qualquer meio, com o fim de obter vantagem econômica, a entrada ilegal de estrangeiro em território nacional ou de brasileiro em país estrangeiro.”

Portanto, é plenamente possível o sujeito ativo – estrangeiro ou nacional – praticar as condutas administrativas desse dispositivo, sendo suas ações cumuladas com a responsabilidade penal do artigo 232-A do Código Penal, seja como autor, coautor ou partícipe.

Importante salientar, quanto ao ponto, o que Osório discorre acerca do direito administrativo sancionador, de molde a deixar claro que

a garantia da tipicidade não pode ser interpretada em dissonância com o princípio da segurança jurídica, tendo em conta, sempre, a dinâmica interna do Direito Administrativo Sancionador, que é diferente do Direito Penal, mas guarda raízes comuns com a normativa que preside o Direito Público Punitivo. Essas peculiaridades do terreno administrativo admitem uma tipicidade proibitiva mais ampla, genérica, tendo por referência o comando legislativo, mas também exigem coberturas normativas que induzam à previsibilidade dos comportamentos proibidos. (OSÓRIO, 2005, p. 281-282).

E, mais adiante, continua o autor:

Conceitos ou termos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais serão instrumentos comumente utilizados no Direito Administrativo Sancionador, especialmente nos casos em que há relações de sujeição especial envolvendo agentes públicos, visto que nesses casos há peculiaridades ligadas à necessária tipicidade permissiva da conduta dos agentes públicos. Assim, uma norma proibitiva de comportamento de agente público resulta indissolúvelmente

ligada à norma permissiva, vale dizer, ao princípio da legalidade positiva, visto que o agente público somente pode atuar com suporte em comandos legais. Não é raro, portanto, que, em casos como esses, o legislador utilize tipos proibitivos bastante amplos, genéricos, sem vulnerar a garantia da tipicidade, da *lex certa*, porque o Direito Administrativo Sancionador pode apanhar relações de sujeição especial em que se encontrar envolvido um agente público. No terreno disciplinar, tais relações assomam em importância e intensidade, diante dos valores protegidos pelo Estado e da especialidade intensa das relações (OSÓRIO, p. 284-285).

Todavia, no caso da Lei 13445, observa-se que a redação dos tipos sancionadores são dotadas, malgrado se tratem de tipos administrativos, de determinabilidade e, por isso, não permitem extensão de forma a atingir pessoas que, por condutas similares, não se enquadrem nas condutas ali estabelecidas. De outro lado, os tipos administrativos ali expostos contemplam condutas comissivas e omissivas e levam em conta o descumprimento de regras estabelecidas no corpo da Lei.

Art. 110. As penalidades aplicadas serão objeto de pedido de reconsideração e de recurso, nos termos de regulamento.

Parágrafo único. Serão respeitados o contraditório, a ampla defesa e a garantia de recurso, assim como a situação de hipossuficiência do migrante ou do visitante.

Esse artigo é complementado pelos artigos 308 a 311 do Decreto nº 9.199/2017. Após autuação da infração, o autuado ou sujeito ativo possui o prazo de 10 dias para apresentar defesa. Compreende-se que esse prazo de 10 dias deve ser considerado em dias úteis, tendo em vista o atual Código de Processo Civil de 2015, mais precisamente os artigos 15, 212 e 219. O eventual recurso administrativo, por sua vez, deverá ser direcionado para a instância superior, considerada dentro da organização administrativa do DPF – Departamento da Polícia Federal.

A saída do estrangeiro do território nacional não interrompe o curso do processo administrativo. Vale repisar que, no caso concreto, ocorrendo nulidades ou inconsistências, será cabível controle externo pelo Poder Judiciário (CRFB/1988, artigo 5º, XXXV). Ressalte-se que a hipossuficiência econômica não impedirá a defesa dos infratores, especialmente pela Defensoria Pública da União (CRFB/1988, artigos 5º, LXXIV e 134).

Tem aplicação aqui a CADH – Convenção Americana de Direitos Humanos – artigo 25, que assim dispõe, acerca da proteção judicial:

Proteção Judicial 1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízos ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

De outro lado, embora a interpretação literal do artigo 5º, caput, c/c artigo 5º, XXXV, da CF/88 possa fazer crer que o acesso ao Poder Judiciário só estaria assegurado ao estrangeiro

residente no País, o Supremo Tribunal, em diversos arestos, consagrou o mesmo direito ao estrangeiro em passagem pelo País. Esse posicionamento pode ser extraído dos seguintes julgados:

EMENTA: Ao estrangeiro, residente no exterior, também é assegurado o direito de impetrar mandado de segurança, como decorre da interpretação sistemática dos artigos 153, caput, da Emenda Constitucional de 1969 e do 5º., LIX da Constituição atual. Recurso extraordinário não conhecido. (BRASIL, STF, 2001, *online*).

E, também, no voto proferido pelo Ministro Neri da Silveira no âmbito do RE 161243:

[...] No que concerne ao estrangeiro, quando a Constituição quis limitar-lhe o acesso a algum direito, expressamente estipulou. Assim, quando a própria Constituição estabelece que determinados cargos só podem ser providos por brasileiros natos, enquanto outros, por natos ou naturalizados, certo que estrangeiros, naturalizados brasileiros, nacionais brasileiros passam a ser. Quando a Constituição quis fazer essas discriminações, ela o fez. Mas, o princípio do nosso sistema é o da igualdade de tratamento. [...]” (BRASIL, STF, 1996, *online*).

Por fim, o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso no âmbito do HC 97147:

[...] em princípio, pareceria que a norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes no país, porém, numa análise mais detida, esta não seria a leitura mais adequada, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comportaria exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreenderia que, sem razão perceptível, o Estado deixasse de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas as quais, embora estrangeiras e sem domicílio no país, se encontrariam sobre o império de sua soberania. [...] (BRASIL, STF, 2009, *online*).

Portanto, de acordo com o próprio espírito da Lei ao consagrar, segundo a ordem brasileira, a dignidade da pessoa do estrangeiro, o capítulo derradeiro discorre sobre infrações, que podem ser perpetradas por estrangeiros, residentes ou não no País, bem como por brasileiros, sendo assegurados a todos, em igualdade de condições, o pleno acesso ao Poder Judiciário e os recursos inerentes ao devido processo legal, judicial ou administrativo. Há, portanto, também no capítulo derradeiro, a consagração da igualdade, porquanto razão nenhuma haveria para diferenciá-los, entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no País.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei 13445/2017, ao contrário do agora revogado Estatuto do Estrangeiro, consolidou a temática da dignidade da pessoa do migrante. Embora seja alvo de críticas do governo eleito do Brasil no sentido de ter afrouxado demais as fronteiras do País e aumentado, em muito, os direitos

dos migrantes, os dispositivos em vigor, na onda do Pacto Global de Migração, tratou o migrante com a dignidade necessária.

O texto, que teve por objeto a exposição do último capítulo da Lei, mais precisamente aquele que trata das infrações e penalidades administrativas, afirma o acerto do legislador quanto às previsões sancionadoras, seguras e determinadas que foram no sentido de resguardar o respeito ao texto legislado e, com isso, a afirmação e consolidação da dignidade da pessoa do migrante em território nacional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pedido de Extradicação (EXT) 1517. Relator: Ministro Marco Aurélio. **Notícias STF**, 30 abr. 2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=376950>> Acesso em: 30 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo - **HC 97 147**. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. j. 4 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=607672>> Acesso em: 30 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo - **RE 215.267**. Relator: Ministra Ellen Gracie. j. 24 abr. 2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28215267%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y7pdvy8c>> Acesso em: 29 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo – **RE 161243**. Relator: Ministro Carlos Veloso. j. 29 out. 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=213655>> Acesso em: 29 dez. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo – **RMS 24901**. Relator: Ministro Ayres Brito. j. 26 out. 2014. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2824901%29&pagina=2&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y8cfd8dm>> Acesso em: 26 dez. 2018.

ESPAÑA, **El País**. Brasil assina pacto global de migração, mas chanceler de Bolsonaro anuncia retirada. Madrid, 11 dez. 2018. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/10/internacional/1544438184_274731.html> Acesso em: 28 dez. 2018.

JESCHEK, Hans-Heinrich. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tradução para o espanhol de de Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona; Bosch, 1981, v. 1.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PORTUGAL, **Diário de Notícias**. Bolsonaro diz que atual lei migratória fez do Brasil ‘uma nação sem fronteiras’. Lisboa, 19 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.dn.pt/lusa/interior/bolsonaro-diz-que-atual-lei-migratoria-fez-do-brasil-uma-nacao-sem-fronteiras-10202202.html>> Acesso em: 28 dez. 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Direitos humanos são eixo central da nova Lei de Migração. **Revista Eletrônica Consultor Jurídico**, maio 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-mai-26/andre-ramos-direitos-humanos-sao-eixo-central-lei-migracao>.> Acesso em: 26 dez. 2018.

STAFFEN, Márcio Ricardo; SANTOS, Rafael Padilha dos. O fundamento cultural da dignidade da pessoa humana e sua convergência para o paradigma da sustentabilidade. **Revista Veredas do Direito**, v. 13, n. 26, p. 263-288, mai./ago. 2016. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/814/507>> Acesso em 30 dez. 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

INDIGENOUS PEOPLES AND MULTICULTURALISM

Heron José de Santana Gordilho

Pós-Doutorado em Direito pela Pace University Law School. Doutor em Direito pela UFPE. Professor do PPGD/UFBA e do PPGD/UCSAL. Orcid: 0000-0001-8485-3729. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9247033382457379>. E-mail: heron@ufba.br

Heron Gordilho Filho

Acadêmico de Direito da Faculdade Bahiana de Direito. Estagiário do Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail: heron_2011@live.com



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

INDIGENOUS PEOPLES AND MULTICULTURALISM

Heron José de Santana Gordilho

Pós-Doutorado em Direito pela Pace University Law School.
Doutor em Direito pela UFPE. Professor do PPGD/UFBA e do
PPGD/UCSAL. Orcid: 0000-0001-8485-3729. Lattes:
<http://lattes.cnpq.br/9247033382457379>. E-mail: heron@ufba.br

Heron Gordilho Filho

Acadêmico de Direito da Faculdade Bahiana de Direito.
Estagiário do Ministério Público do Estado da Bahia. E-mail:
heron_2011@live.com

ABSTRACT:

This study examines, from legal anthropology, the paradigm change in the constitutional recognition and guarantee of the rights of indigenous peoples in the MERCOSUR countries: Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay and Venezuela. Initially summarizes the two main anthropology schools - social evolutionism – ethnocentric character and totalizing – and functionalism cultural, relativistic and multiculturalistic character - to demonstrate that the process of colonization of the South American continent adopted evolutionary doctrines as the discovery and just war, that was included in this paradigm, sought to justify the physical and cultural destruction of indigenous peoples. Then, after analyzing the functionalist paradigm of authors such as Boas and Malinovsky, shows that from the process of democratization of the South American continent, and the support of the United Nations (ONU) through international documents as the Convention for the Protection of Diversity of Cultural Expressions of 2005 and the Universal Declaration of the Rights of Indigenous Peoples 2007, the constitutions of the MERCOSUR countries have come to recognize and guarantee indigenous peoples rights to minimum standards, such as non-discrimination, self-determination, cultural integrity, ownership, use, control and access to land, territories, resources, development, social welfare and political participation in the state.

SUMMARY: 1. Introduction – 2. Foundations of social evolution and the civilizing process – 3. Functionalist anthropology and cultural relativism - 4. The social evolutionism as a foundation for the genocide of indigenous peoples in South America – 5. International Documents on the Rights of Indigenous Peoples – 6. The rights of indigenous peoples in the constitutions of the MERCOSUR countries – 7. Beyond rights: Claims of Indigenous Peoples – 8. Conclusions - 9. Notes

1. Introduction

I have suggested that progress in science, or scientific discovery, depends on education and selection: a conservative element or traditional or historical, and revolutionary use of trial and error elimination by critics, including severe empirical tests and examinations; that is, attempts to frame, to the extent possible, the weaknesses of the theories, and tries to refute them. **Karl Popper**¹

Gilberto Freyre, in his classic *Casa grande e senzala* (House masters and the slaves), said that the contact of the settler or missionary to the native American populations was solvent and marked by degradation and extermination of these people, because in contact between people in different places, the winner imposes their moral culture as a whole, without compromise.²

Do not forget that for a long time European thought refused the status of humanity to the autochthonous of the Americas, considering them "natural" or "wild", deprived, therefore, of any moral or legal consideration.

Only in the eighteenth century, with the rise of Anthropology - a new scientific discipline with positivist pretensions that was opposed to the reflexive knowledge - European scientists began to study empirically the "primitive" man, that from then is seen as a human being endowed with thought, language, culture, etc..³

Indeed, Anthropology has meant a revolution for the social sciences, since its birth with the man - until then subject par excellence of scientific knowledge - has to be investigated as an object of study.

In this new kind of knowledge, at least two major schools were formed and still vie for hegemony between the social sciences: the evolution, of ethnocentric character and totalizing, and functionalism, multicultural and relativist.

From the analysis of these two schools, this paper is to identify the theoretical foundations of the process of colonial domination in South America, then to understand the theoretical framework of the constitutions of the member countries of the bloc of South American Common Market (MERCOSUR), demonstrating that these countries abandoned the evolutionary view, which sought to "integrate" indigenous peoples by destroying their identity in favor of a relativist view, more like the functionalist,

¹ Karl Popper, *Lógica das ciências sociais*, 59 (1999).

² Gilberto Freyre. *Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 109-110 (1995).

³ François Laplantine. *Aprender Antropologia*, 54 (2006).

recognizing the cultural diversity and the need to preserve the culture and ensure the rights of indigenous peoples.

2. Foundations of social evolution and the civilizing process

Among Europeans untravelled, fantasy prevailed for almost a century. All first prints of American Indians obsessively emphasized gruesome details of his supposedly widespread cannibalism (the illustrations were based on reports of the Coast Indians of central Brazil. The term 'cannibal', as the name of *Caliban* in Shakespeare's *The Tempest* derives from *carribales*, the name given by Columbus to the Caribbean. It seems unlikely that Columbus has found any American Indian to eat human flesh. From the beginning, the greedy European invaders treated the native Americans as less than human creatures, which they legitimated were regarded as objects of enslavement, exploitation and extermination. **Edmund Leach.**⁴

The social and cultural evolutionism of authors such as Edward Tylor and James Frazer part of a teleological philosophy of history, deterministic in nature, to say that there are passages required in the evolution of humanity, both in the economic field and in the political, religious or parental. In this paradigm the indigenous peoples are considered the ancestors of civilized peoples, why should be rescued from barbarism by a colonialist project.

It was in this paradigm foundation that developed the South America colonialist project, aimed at the acculturation of the indigenous element, which was seen in its transient toward national integration through a natural and inexorable evolutionary process.

For the victorian anthropologist Edward Tylor, all cultures go through the same stages of evolution and develop more or less uniform way, so that only the use of a comparative method would be possible to reconstruct the missing links between them.

This comparative method was used by the scottish James Frazer, a professor at Cambridge, who in 1890 published the classic *The Golden Bough*, which, based on reports from travelers, studied the religion and the divine sacrifice practiced by "primitive peoples".

⁴ Edmund Leach, *Anthropos*, **Enciclopédia Einaadi** 5, 19 (1985).

An evolutionary anthropology like James Frazer could only develop in a colonial atmosphere, and even his soul, due to its holistic approach that classifies non-Europeans as "barbarians" and "savage" carriers of "promiscuous" and "decadent" customs.⁵

Even among the Marxists, the unity of man is considered natural, while the diversity is cultural. Engels, for example, based on evolutionary studies of Lewis Morgan on the Iroquois, published in 1884, *The Origin of the Family, Private Property and the State*, which says that human progress always goes through predefined stages.

Thus, humanity would always by the following stages: a) a savagery that begins when men still lived in trees, through the consumption of fishes and ends with hunting and the invention of the bow and arrow, b) barbarism, which starts with the production of ceramics, crosses the domestication of animals and agriculture to the smelting of iron ore; and finally c) civilization, which began with the invention of alphabetic writing, industry and art.⁶

Among french thinkers was no difference, and by the early nineteenth century, Saint-Simmons defended the conservative idea that social classes depends on the success of all for survival, so that social development should be designed as a progression sequential of organic societies at different stages of knowledge.

This evolutionary system will become even more sophisticated when his old secretary, Auguste Comte, develops a theory that classifies societies in three stages: primitive, intermediate, or scientific, each one corresponding to different forms of knowledge: theological, metaphysical and positive, where the speed of each stage is proportional to the speed with which these skills are developed.

Comte divides the theological stage in three phases: a) a fetish, when members of the society attribute spiritual life to the elements, b) polytheistic, when they attribute spiritual life for many invisible beings; and c) the monotheistic, when together all the deities in only one.⁷

In the metaphysical stage, the man tries to understand his nature and destination from a set of speculative ideas, to reach the positive stage, when knowledge becomes

⁵ Roberto Da Matta, Repensando E. R. Leach, (1983)

⁶ Friedrich Engels, *A origem da família, da propriedade privada e do Estado*, 24 (197)9.

⁷ Augusto Comte, Curso de filosofia positivista, *Os Pensadores*, 5 (1991).

empirical and subordinated to observation technique, moving beyond the simple metaphysics.⁸

From this ethnocentric view, the evolutionism social takes the European society as model of civilization, so that the values and definitions of this society are to serve as a classification model for all other societies and cultures.

Importantly, the evolutionism of the Victorian social scientists differ greatly from the Darwinian theory of evolution of species by natural selection, since for Darwin the evolution is not necessarily progressive, but adaptative, walking randomly in multiple directions (multilinear evolution).

For Darwin, for example, differences in color, hair and features between the human races are likely to have a role in sexual selection and none of them had perished a direct order or useful to man.⁹

It is worth noting that just as Comte, the founding fathers of social and cultural evolutionism, Spencer and Tylor, also wrote and published their works before Darwin published *The Origin of Species*, so it is a mistake to believe that a relationship exists between these theories.

On the other hand, the first articulation of evolutionary biology was that of Spencer, who published in 1857, the book "Progress: its law and its cause," from Lamarck's evolutionary teachings, who believed that the use and disuse of a particular character would be the determining factor for the emergence of new species, and the changes resulting from this process could be transmitted hereditarily, this theory quite distinct from that which will be defended later by Charles Darwin.

Edward Tylor, for example, bases his theory on Charles Lyell's evolutionism and, after visiting Mexico in 1856, writing several articles to publish in 1871 his classic work "The primitive culture."¹⁰

Engel, as we saw above, to write in 1884, *"The Origin of the Family, Private Property and the State"*, is based on the book by Lewis Morgan, published in 1877, with self-

⁸ Id at 7.

⁹ Charles Darwin, **El origen del hombre: y la selección en relación al sexo**. 192,193 (2001).

¹⁰ Roberto Da Matta, Repensando E. R. Leach, **Grandes cientistas sociais**, 14 (1983).

explanatory title: *Ancient Society: Research on the line of human progress from savagery, through barbarism to the civilization.*¹¹

For Engels, however, the mental capacity of man is the same everywhere, and opposing the theory of natural corruption of primitive peoples, says that the difference between people is the level of education.¹²

From this perspective, primitive people are in the infancy of civilization, but as the culture and human thought are progressive, civilized people would be up to the role of accelerating the process of civilization of those peoples.

3. The social evolutionism as a foundation for the genocide of indigenous peoples in South America.

The ancient habitants of the land were, eventually, helpfully employees in mining, hunting, fishing, and mechanical trades in certain cattle-breeding. Hardly be accommodated, however, to work accurately and meticaais that requires the exploitation of sugar cane. His spontaneous tendency was to activity less sedentary and that could be exercise without regularly enforced and without supervision and inspection of strangers. Versatile in the extreme, were inaccessible to them certain notions of order, consistency and accuracy, that the european form as a second nature and seem fundamental requirements of social and civil existence. The result was that mutual misunderstandings of the indigenous, often took the form of a stubborn resistance, even when silent and passive, the impositions of the dominant race. **Sérgio Buarque de Holanda.**¹³

The colonial empires in the Americas set out from an evolutionary basis to support their racist thoughts and attitudes in varying degrees,¹⁴ in a time when even the unity of mankind was the subject of controversy.

Moreover, the alternative doctrine of *polygenesis* presented inicialmente by Paracelsus in 1520, which says that human races belong to different species, originating from different historical and psychological attributes, still exerts strong influence among those who, for political reasons, feel the need justify domestic slavery and colonial domination.¹⁵

¹¹ ENGELS, Friedrich Engels, **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**, 1 (1979).

¹² François Laplantine, **Aprender Antropologia**, 66 (2006).

¹³ Sérgio Buarque de Holanda, **Raízes do Brasil**, 48 (1995).

¹⁴ Roberto Da Matta, Repensando E. R. Leach, **Grandes cientistas sociais**, 14 (1983).

¹⁵ Edmund Leach. Anthropos, **Enciclopédia Einaadi** 5, 22 (1985).

In 1699, for example, the english anatomist Edward Tyson, after dissecting an orangutan, said the Pygmies constituted a link between ape and man, which theory that would later be endorsed by Linnaeus (1735) and even by Rousseau (1755).¹⁶

For the physical Anthropology of the german Johann Blumenbach the skull of a Botocudo was just a little larger than the skull of an orangutan, and in Brazil, in tune with social evolutionism, Karl von Martius and Francisco Adolfo Vernhagem assert that the indians living in childhood of the evolutionary scale, in a complete state of savagery and early degeneration, which is why they would never achieve on their own maturity.¹⁷

As the social evolutionists believed that societies pass through civilizational stages required, the indigenous peoples represented to them the cradle of cultures that needed to be restored.

In 1774, Cornelius de Pauw, publishes the book "Research on the Americans," which states that the american indians belong to an inferior and degenerate race, made up of stolid and brutish being by excessively humid climate of the region.¹⁸

Importantly, in South America, especially Brazil - unlike the United States, which were founded without the presence of an official religion - Church and State were so inextricably linked in the time of conquest that the colonization foundation event and ownership of land of indigenous peoples was often represented by a mass.¹⁹

Anyway, during that time, humanity of the indians was the subject of several academic disputes, such as occurred at the University of Salamanca, Spain, between 1550 and 1551, contrasting the lawyer Jean Gines de Sepulveda, who defined the indians as lazy and slow individuals, concrete example of the natural slave described by Aristotle, and the Dominican friar Bartolome de Las Casas, who claimed that the intellectual inferiority of these creatures do not they retained the conditions of God's children.²⁰

An important issue in the eyes of Europeans was whether the people of America deserve the status of humanity, and the first tentative answer came from the religious, who conjectured whether they would be endowed with the soul or, conversely, were still in the realm of animality.

¹⁶ Id at 23.

¹⁷Roberto Da Matta, Repensando E. R. Leach, **Grandes cientistas sociais**, 14 (1983).

¹⁸ François Laplantine, **Aprender Antropologia**, 43 (2006).

¹⁹Roberto DaMatta. **Tocquevilleanas – notícias da América: crônicas e observações sobre os Estados Unidos**, 391 (2005).

²⁰ François Laplantine, **Aprender Antropologia**, 39 (2006).

Although since 1532 the Vatican has acknowledged that the indians were endowed with a soul has long prevailed in Brazil the Manoel da Nobrega thought that these people do not deserve moral or legal status, and that the legitimacy of political power over them stemmed from the consent based on fear.

For more than five centuries the Doctrine of Discovery will justify the process of dehumanization and usurpation of rights of these people, arguments that can be found in several official documents. For the Doctrine of Discovery a Christian Monarch that find lands and territories or discover non-Christians had the right to claim the title of these lands, territories and resources.²¹

In Brazil, the Portuguese colonislist action will use this doctrine as the theoretical basis for their policies: a) Indian enslavement, which was to bring the indians of the interior to the nearby villages of Portugal, where they were civilized and evangelized by missionaries, and b) settlement, which Thomist assuming that the indians were free to sell even their own freedom, promoting its conversion through literacy and training of adults to work and to defend the village.²²

This colonialist project, which had the support of the Jesuits, had a catechism as a tool by which the missionaries and settlers, while seeking to "save the souls of the Indians free", enslaved those who resisted the process of acculturation, all based on theories of just war and redemption.²³

In the fourteenth century, Alvaro Pais will define the just war as that resulting from previous unjust act of the opponent or the pursuit of noble goals, other than greed and revenge, or simply the determination or an act of sovereign authority or ecclesiastical.²⁴

It was based on these theories in Brazil in just six years, the pioneers have killed more than 6,000 Indians to the creation of the State of São Paulo, since the settlers and missionaries believed that the refusal to conversion of the Indians prevented the

²¹ According to Tonya Gonnella Frinchner, The Preliminary Study on the Doctrine of Discovery, **Pace Environmental Law Review** 28, 342 (2010): "A Doutrina do Descobrimento estabelece que as terras não-cristãs são consideradas como não pertencentes a ninguém uma vez que nenhum cristão estava vivendo ali e nenhum monarca cristão ou senhor tenha ainda reivindicado o seu domínio, soberania e senhoria essas reivindicações eram transferíveis para outros sucessores políticos."

²² Rodrigo Bastos de Freitas. **Direitos dos índios e constituição**: Os princípios da autonomia e da tutela-proteção, UFBA 18 (2007).

²³ Id.

²⁴ Beatriz Perrone-Moisés. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). **História dos índios no Brasil**, 124 ().\

propagation of the Christian faith, while the breaking of covenants, slavery and cannibalism among themselves justified their genocide.²⁵

In the early twentieth century, Hermann von Ihering, director of the Museu Paulista, claimed to be legitimate Caingangue genocide of the Indians, who were considered a barrier to development and colonization of the region's hinterland.²⁶

Whatever, Spanish and Portuguese promoted an aggressive colonization of indigenous peoples in Latin America, in 1492 and since then, Christopher Columbus "discovered" America, we have witnessed the physical destruction and cultural well.

4. Funcionalist Anthropology and Cultural Relativism

It should be understood clearly, therefore, that when comparing similar cultural phenomena from around the world in order to discover the history of his uniform development, anthropological research assumes that the same ethnological phenomenon has been developed in all parts of same way. Here in lies the flaw in the argument of the new method, because such evidence can not be given. Even the most cursory examination shows that the same phenomena can be developed for a variety of ways. **Frans Boas**²⁷

The encounter between different cultures is often the cause of several conflicts in society, as the confrontation with otherness always requires answers to the question of legal status that "culturally different" must recognize each other.

Emerged in the nineteenth century, functionalism is the result of colonialism inserted in the Treaty of Berlin of 1885, which destroyed the sovereignty to establish the African division of the continent among European powers, from ideas of anthropologists who closely followed the settlers.²⁸

For the functionality, stability and integration into the social system arises from the satisfaction of the desires of certain pre-defined segments in the social structure, so that each institute or institution survives only as having a role to play.²⁹

Authors such as Bronislaw Malinowski, Radcliffe-Brown and Franz Boas argued that each culture should be understood within its own frame of reference and not judged by foreign researchers from the values of their own culture, as did the social evolutionists.

²⁵Ibid.

²⁶Everardo Rocha, O que é etnocentrismo. Coleção Primeiros Passos 124, 14 (1984).

²⁷Frans Boas As limitações do método comparativo da antropologia, **Antropologia cultural** 6, 30 (2010).

²⁸François Laplantine, **Aprender Antropologia**, 64 (2006)

²⁹Bronislaw Malinowski, Crimen y costumbre en la sociedad salvaje, 19 (1969).

Bronislaw Malinowski was a Polish immigrant in England, and defended his doctoral dissertation at the London School of Economics on Trobriand, a tribe in New Guinea with which lived between the years 1915 to 1918.

In this work Malinowski emphasized the importance of the anthropologist to learn the language and acquire the native point of view, promoting an approach quite different from the social evolutionists like James Frazer, which is said to have once asked if would have spoken with a "wild" promptly replied: "God forbid." ³⁰

Unlike Frazer, Malinowski lived for nearly four years with the Trobriand, and detail the culture of the people ended up making them immortal, even more important than the actual ethnographer. ³¹

Another feature of note was another immigrant, the German Franz Boas, professor at the American University of Columbia, which revolutionized the method of fieldwork from the analysis of texts and the local language, training native researchers so they could document their own culture, as occurred with the Indians of the Pacific Northwest U.S..

Even the conquistadors had different impressions of indigenous peoples. Amerigo Vespucci, for example, described the Indians of the Americas as beautiful, elegant, detached and naive and thought Christopher Columbus, the meek and peaceful. ³²

Montaigne, in his essay *Des Cannibal*, published in 1580, from information obtained from a simple man who had lived since 1540 by more than ten years in a French colony near the current Rio de Janeiro, said that the most significant feature of indigenous customs it's just a difference of European customs, and that barbarism is simply a matter of point of view. ³³

According to him, on the grounds of religious piety was common in European legal procedure to promote the tear, the torture, the slow-burning and the release of the remains of justices 'infidels' to eat dogs and pigs. ³⁴

Remember that relativize the functionalist perspective means realizing that the truths of life are much more a matter of position rather than essence, and that the meaning of

³⁰ Roberto Da Matta, Repensando E. R. Leach, **Grandes cientistas sociais**, 16 (1983).

³¹ Ibid.

³² François Laplantine, **Aprender Antropologia**, 47 (2006)

³³ Idem at 47

³⁴ Edmund Leach. Anthropos, **Enciclopédia Einaadi** 5, 20 (1985).

every human behavior must be seen in its proper context, allowing the scientist to admire the richness provides the difference, instead of turning it into a hierarchical structure that classifies cultures into upper and lower. ³⁵

For Boaz and his theory of historical particularism, no social institution, social or legal value enjoys immutability, since every idea and every culture changes follow their own paths through different historical events that faces an loads more approximate theory of multilinear evolution Darwin.

The colonial exploitation is characterized by the absence of equity, establishing double standards of government that recognized the equality between people of colonial nations or between colonial nations, but denied them those whose lands and cultures have been appropriated without consent. ³⁶

5. International Documents about Right of Indigenous People to Cultural Diversity

The foundation of international public law is fairness. The principle of equity is mandatory for all states. He is also a principle found in each of the legal traditions and enshrined in national legislation. Without balance it is injustice. Equality requires mutual respect and one of disposition, in good faith, work together to accommodate different views and interests. **Nicholas A. Robinson.**³⁷

International law has developed safeguards for certain categories or groups in misfortune or adversity - minorities, refugees, stateless persons, prisoners of war, indigenous populations. In the cultural and linguistic this protection is even more urgent as that participate in creating the culture of their own linguistic and cultural community requires an inventory of protection and assistance to these groups. ³⁸

³⁵ ROCHA, Everardo P.Guimarães. O que é etnocentrismo. **Coleção Primeiros Passos** n.124. São Paulo: Braziliense. 1984, p.20.

³⁶ ROBINSON, Nicholas A. `Minimum Standards: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Pace Environmental Law Review**. Volume 28/number 1/ Fall 2010, pp.349.

³⁷ ROBINSON, Nicholas A. `Minimum Standards: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Pace Environmental Law Review**. Volume 28/number 1/ Fall 2010, pp.346.

³⁸ CANÇADO TRINDADE, Antonio A. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris. 1993, pp.89-91.

A controversial issue in the debate on the constitutional recognition of indigenous peoples and their rights is the difficulty in identifying and defining this group, because while many understand that the term refers to the state prior to the conquest or colonization and common sense is more the issue trippin identity, international law seeks to determine whether these groups can be defined as peoples, minorities or people.

As a rule, public international law has used the term "peoples", such as the Convention No. 169, adopted in 1989 by the International Labour Organization (ILO), which defines the tribal peoples of the countries as independent groups "whose economic conditions, cultural and social distinguish them from other sectors of the national community and whose status is regulated wholly or partially by their own customs, traditions or by special laws and regulations." ³⁹

Indigenous peoples, in turn, are defined as "peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of his ascent of the population that inhabited a country or geographic region belonging to the country at the time of win, colonization or the establishment of present state boundaries and that, regardless of their legal status, retain some or all of their political, cultural, economic and social." ⁴⁰

The same has occurred with international tribunals, such as the Inter-American Court of Human Rights (IACHR), who used this terminology in the emblematic case of the People Saramaka against the State of Suriname. ⁴¹

In an international meeting organized by UNESCO in 1989, experts tried to identify distinctive features of the concept of indigenous peoples, we had reached the conclusion that they constitute a group of human beings who enjoy a common historical tradition, with ethnic or racial identity, cultural homogeneity, linguistic unity, religious or ideological affinity, territorial connection and common economic life.

³⁹ ILO Convention No.169: This Convention applies to: (a) tribal peoples in independent countries whose social, cultural and economic conditions distinguish them from other sections of the national community, and whose status is regulated wholly or partially by their own customs or traditions or by special laws or regulations;

⁴⁰ ILO Convention No.169: This Convention applies to: (b) peoples in independent countries who are regarded as indigenous on account of their descent from the populations which inhabited the country, or a geographical region to which the country belongs, at the time of conquest or colonisation or the establishment of present state boundaries and who, irrespective of their legal status, retain some or all of their own social, economic, cultural and political institutions.2. Self-identification as indigenous or tribal shall be regarded as a fundamental criterion for determining the groups to which the provisions of this Convention apply. Disponível em <http://ilo.org/ilolex/cgi/lex/convde.pl?C169>

⁴¹ InterAm.C.H.R. http://www.forestpeoples.org/documents/s_c_america/suriname_iachr_saramaca_judgment_nov07_eng.pdf

Another feature requires that the group is less than one micro-state and more than a mere association of individuals, who identify and are aware that they constitute a distinct people, with institutions and forms to express its own characteristics and the desire to identity.⁴²

For Martínez Cobo, communities, indigenous peoples and nations, have a historical continuity with societies pre-invasion and pre-colonial that developed on their territories and consider themselves as distinct from other sectors of society that now dominate these areas.⁴³

The World Commission on Environment and Development (Brundtland Commission) in 1987, has defended the UN General Assembly on the need for Indigenous and tribal peoples remains isolated, preserving their traditional ways of life in intimate harmony with the natural environment, avoiding as they become increasingly vulnerable in their contacts with the globalized world, which has led to marginalization, poverty, social discrimination and cultural barriers that contribute to these groups are victims of cultural genocide.

The Summit of the Ibero-American States, meeting in Madrid in 1992, signed an agreement establishing the Fund for the Development of Indigenous Peoples of Latin America and the Caribbean, aimed at recognizing the decision-making and representation of indigenous peoples in the region.

It is the public international law considers that such communities are repositories of a vast store of knowledge and experience traditional humanity reconnect with their ancestral origins, and their disappearance could mean a loss to society, which has a lot to learn from traditional techniques in a sustainable way of dealing with very complex ecological systems.

In fact, indigenous peoples are considered historically and spiritually linked to the land on which adopt a holistic and sustainable, focused on establishing a peaceful

⁴² UNESCO, International Meeting of Experts on Further Study of the Concept of the Rights of Peoples, Final Report and Recommendations, 22 February 1990, SHS-89/CONF.602/7. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images/0008/00085/085152eo.pdf>

⁴³ AGUILAR, Gonzalo et al. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America. In: **International Law Review Online Companion**. Pace University School of Law. Volume 2, Number 2, September, 2010. p. 50

coexistence with the spirituality of the planet Earth a long-term responsibility to future generations.⁴⁴

The starting point for a just and humane policy towards indigenous peoples should be the recognition and protection of their traditional rights to land and resources that support all these modes of life.

The Agenda 21, Rio 92, Article 26, establishes the necessity of meeting the basic human needs of vulnerable groups such as indigenous peoples, urban poor, the mentally ill, homeless, providing them food, health, adequate housing and education.⁴⁵

Another important document is the International Convention for the Protection of the Diversity of Cultural Expressions, proclaimed on 20 October 2005 by UNESCO, which recognizes the multiplicity of ways in which the cultures of groups and societies find expression, which are transmitted within and between groups and societies.⁴⁶

In this context, culture is conceived as a set of features spiritual, material, intellectual and emotional features of a particular social group, which includes, in addition to art and literature, lifestyles, ways of living together and value systems, beliefs and traditions.⁴⁷

The term "cultural diversity", as it designed by functionalists, goes beyond the coexistence of different cultural values in a given area, indicating the need for a harmonious coexistence of respect for the dignity of each particular cultural group.

⁴⁴ JOAGGQUISHO (Orien Lyons) . Symposium. Scano. In: Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Pace Environmental Law Review**. Volume 28/number 1/ Fall 2010, p.335

⁴⁵ UNITED NATIONS. http://www.un.org/esa/dsd/agenda21/res_agenda21_26.shtml. Capturado em 19 de Junho de 2011.

⁴⁶UNESCO. Universal Declaration of Cultural Diversity. Disponível em <http://unesdoc.unesco.org/images>. Acesso em 31/04/2011. Art. I . A idéia de diversidade cultural está encarnada na singularidade e pluralidade de identidades dos grupos e sociedades que compõem a humanidade. Art.II . Importância de assegurar uma interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais dinâmicas, plurais e variadas, assim como a vontade delas de viverem juntas. Art.IV. A defesa da diversidade cultural é um imperativo ético inseparável do respeito à dignidade humana. Isto implica no compromisso com os direitos humanos e liberdades fundamentais, em particular os direitos das pessoas pertencerem a minorias e aqueles dos povos indígenas. .Ninguém pode invocar a diversidade cultural para violar os direitos humanos garantidos pelo Direito Internacional ou para limitar o seu escopo

⁴⁷ According to Gonzalo Aguilar et al. The constitutional recognition of indigenous peoples in Latin America. In: **International Law Review online Companion**. Pace University School of Law. Volume 2,number 2,September 2010, p.56: “Não obstante, a primeira definição antropológica de cultura data de 1871, quando Edward Burnett Taylor sustentou que ela era o `o complexo total que inclui o conhecimento, crenças, artes, moral, leis, costumes e outras habilidades e hábitos adquiridos pelo homem como membro de uma sociedade.(tradução nossa).

Nevertheless, it was the adoption of the Universal Declaration of the Rights of Indigenous Peoples by the UN General Assembly on September 13, 2007, the most important historical moment so far for indigenous peoples, recognizing the need in your text to make OSHA justice people from a continuing debate about the equitable relations between them and members of the UN, which requires all governments to develop systems that recognize them and ensure "minimum standards" of rights.⁴⁸

In fact, the text seeks to inform and guide States in ensuring these people the collective right to protection against genocide and ethnic cleansing (survival and cultural survival), which includes rights of non-discrimination, self-determination, cultural integrity, ownership, use, control and access to lands, territories, resources, development, welfare and participation, which are the essential elements of the international model for the rights of indigenous peoples.⁴⁹

The protection of the settlements, livelihoods and economic activities as well as the right to autonomy in matters relating to their own *modus vivendi*, as well as the right to participate in health programs and housing, are key elements for the protection of indigenous peoples.

Furthermore, the right to protection against any action or conduct that could result in destruction, deterioration or pollution of their land, air, water, sea, animals and other resources without their free consent, and the right to revive and practice own identity and cultural traditions, passing them on to future generations.

One of the most important rights claimed by indigenous peoples has been the right of self-concept in international law, as well as a legal character, has a strong political character, which allows different interpretations.

For indigenous peoples, for example, it should be exactly as defined by the international community for human rights, which means ensuring an effective participation in the political sphere of the nation.

⁴⁸ ROBINSON, Nicholas A. `Minimum Standards: The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Pace Environmental Law Review**. Volume 28/number 1/ Fall 2010,p.347.

⁴⁹U.N. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,G.A. Res.61/295

Although the DRIP is a soft law document, apparently without the same legal force of international treaties, it embodies the general principles of international law and customs, direct sources of international law with the same hierarchy of treaties.⁵⁰

Thus, in his art. 3, the DRIP recognizes indigenous peoples right to self-determination, that can establish its own policy, from their own models of cultural development, social and economical, with freedom to create their own political and legal systems, and the right to be informed and actively participate in decision making on issues that affect them directly or indirectly.

In addition, Resolution 2625 of UN General Assembly recognizes the right of non-colonial peoples to exercise democracy and should have representatives in government to act as protectors of the rights of minority groups, including the right to vote and be voted see respect for their traditional forms of social organization.⁵¹

The Declaration of the Rights of Indigenous Peoples in its Art.14 recognizes the right of indigenous peoples to establish and control their own educational systems and institutions, promoting education in their own language, and states, in conjunction with indigenous peoples, take effective measures to ensure that indigenous children have access to their own culture in their own language.⁵²

It recognizes that indigenous peoples have the collective human rights for people, not just for individuals, and as Niclas Robinson warns, the fact that Indian nations are not members of the UN does not diminish the obligations of States.⁵³

6. The Indigenous People's right in MERCOSUR countries constitution

Every civilization tends to over estimate the objective aspect of his thought, that's why, so she is never absent. When we make the mistake of seeing the wild as exclusively governed by its organic or economic needs, not realizing

⁵⁰ROBINSON, Nicholas A. 'Minimum Standards:'The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Pace Environmental Law Review*. Volume 28/number 1/ Fall 2010, pp.353.

⁵¹ Nações Unidas. **Declaração Relativa aos Princípios dos Direitos Internacionais Referentes às Relações de Cooperação e Amizade entre os Estados Conforme a Carta das Nações Unidas**, G.A. Res.2625 (XXV). 24/10/1970.

⁵² UNITED .NATIONS. Declaration on the Rights of Indigenous Peoples.

⁵³ ROBINSON, Nicholas A. 'Minimum Standards:'The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Pace Environmental Law Review*. Volume 28/number 1/ Fall 2010, pp.346

that it runs in the same censorship and that for him, his own desire for knowledge seems better balanced than ours. **Lévi-Strauss**⁵⁴

The current constitutions of the member countries of MERCOSUR (Argentina, Brazil, Paraguay) and associates (Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, Peru and Venezuela) with the exception of Uruguay, which makes no reference to the rights of indigenous peoples, broke with the paradigm positivist-evolutionary integracionalista and its principle of protection, disability – which served both as to the Jesuits Rondon Marshall - and began adopting the paradigm of interaction, based on the principle of guardianship, protection, recognizing the collective rights of indigenous peoples and diffuse.

This new paradigm of interaction adopted recognizing the right to cultural diversity to include indigenous peoples in national political processes and respect their peculiarities and pressupõe um multiethnic state to ensure freedom of cultural expression of all groups that participated in the process of civilization in these nations.

The constitutions of Argentina, Brazil, Paraguay, although not adopt uniform standards, have peculiarities worthy of note, now talking about "Indians," "Indian lands", "natural resources" and so on.

The Brazilian Constitution of 1988 was the first to contain specific rules on the rights of indigenous peoples, establishing the right of these peoples to have recognized its social organization, customs, languages, beliefs and traditions as well as the right to protect and enforce all their property.

Nevertheless, it establishes different regimes for indigenous lands: one for the richness of the soil, rivers and lakes, which gives permanent possession and exclusive use of the richness, and another for the exploitation of water resources and minerals, such as building hydroelectric and prospecting and mining of ores, which allows the State, after consultation with Congress, to exploit them, since the affected community be heard and they are assured participation in the mining results.⁵⁵

⁵⁴LÉVI-STRAUSS, Claude. **O pensamento selvagem**. Trad. Tânia Pellegrini. Campinas, SP: Papyrus.1997.p.17 (tradução nossa)

⁵⁵BRASIL.Constituição Federal. Art. 231.São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer representar todos os seus bens.

The Argentine Constitution, in its art.75, 17, uses the concept of "indigenous peoples" and recognizes the juridical personality of their communities, and the possession and use of common lands they traditionally occupy.

The Paraguayan Constitution of 1992, in his art. 62, defines such people as cultural groups prior to the formation and organization of the state, and in his art.64 ensures they have the right to communal ownership of land, size and quality sufficient for the preservation and development of their own peculiarities of life.

Importantly, among the constitutions of Latin America, except Bolivia and Colombia, do not use the term "territory", because of fear that the end of the connection with the principle of self-determination and territorial integrity of the national.⁵⁶

The constitutions of Brazil and Paraguay, on the other hand, state that indigenous lands are inalienable, not available and that they are inalienable rights, though only the constitutions of Brazil (art.231) and Venezuela (art.119) impose the State's duty to demarcate those lands.

The Argentine Constitution (art.75.17), to ensure the welfare of indigenous peoples, ensures the possibility of having other types of land that are not considered traditional.

The Brazilian Constitution provides that the lands traditionally occupied by Indians belong to the Union (Article 20, XI), fixing the jurisdiction of federal courts for adjudication of disputes over indigenous rights, granting the Attorney General's assignment, along with the communities organizations and the indigenous people themselves, to defend those rights.⁵⁷

The Constitution of Venezuela, a country associated to MERCOSUR, recognizes the existence of indigenous peoples and communities, its economic, political and social, their cultures, customs, languages and religions, as well as their habitat and native rights over ancestral lands, both those traditionally occupied as necessary for development and guarantee their livelihoods, forcing the national executive to demarcate and guarantee the right to collective ownership of their lands, which are inalienable, indefeasible,

⁵⁶AGUILAR, Gonzalo et al. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America. In: **International Law Review Online Companion**. Pace University School of Law. Volume 2, Number 2, September, 2010, p.76.

⁵⁷BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm . Acesso em 31/04/2018.

unseizable and non-transferable, according to the that is established in the Venezuelan Constitution and laws.⁵⁸

Yet his same Constitution will establish in its art. 126 indigenous peoples are part of the Nation and the State shall safeguard the integrity and national sovereignty, since the Venezuelan people is unique, sovereign and indivisible, so that it clearly expresses that the term "people" should not be interpreted with the same sense of international law.⁵⁹

The only MERCOSUR member country to recognize the right to self-determination of indigenous peoples is Paraguay, though he did not do as the Constitution explicitly mexicana – no member of MERCOSUR – which in its art. 143.2 grants indigenous peoples the right to elect, in accordance with its own rules, officials and representatives, to exercise their own form of self-government, and elect, in municipalities with indigenous populations, representatives and legislative chambers yet they all require the preservation of national unity.⁶⁰

As we have seen, from the paradigm of assimilation, indigenous languages, were forbidden to be taught in schools lationo American countries, which contributed to the extinction of hundreds.

For the international community linguistic rights form the right to self-determination of indigenous peoples, which can be considered independent and complementary human rights and include the right to be educated in their mother tongue and not be discriminated against on grounds of language.⁶¹

The constitutions of Brazil, Paraguay and Venezuela have specific articles about the indigenous languages, while Article 1 of the Constitution of Bolivia says the character-

⁵⁸Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 30 de decembro de 1999, art.119. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html . Acesso em 31/04/2018.

⁵⁹Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela de 30 de decembro de 1999, art.126. https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ven/sp_ven-int-const.html . Acesso em 31/04/2018.

⁶⁰MÉXICO. **Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos**. Art. 2. A. “ Esta contitución roconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a lalibre determinación y, en consecuencia, a la autonomia para: III – Eligir de acuerdo com sus normas, procedimientos y prácticas tradicionales, a las autoridades e representantes para elexercicio de sus formas propias degobierno interno,garantizandola participación de las mujeres en condiciones de equidad frente a los varones, en un marco que respete el pacto federal y la soberania de los Estados. Disponível em <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>. Acesso em 31/04/2018.

⁶¹ OIT . Convenção 169.Art.28.3 afirma a : “necessidade de adotar quadros visando preservar as línguas dos povos indígenas interessados e promover o desenvolvimento e a prática delas.

linguistic pluralism of their State, and recognizes each of the 36 indigenous languages as official languages, along side Spanish. ⁶²

While the constitutions of Peru and Venezuela require that indigenous languages are preserved only in Brazil and Paraguay recognize existências como part of their national heritage.

7. More than the rights: the claims os Indigenous People

The first thing is that indigenous peoples share the experience of having been invaded by those who treat us mercilessly because we consider less than human or nonhuman. Dehumanization leads to a second thing that we as Indigenous Peoples we have in common: to be treated based on a belief that those who invider our territories have the right to dominion and control over our existence and therefore have the right to enjoy, use and dispose of our lands, territories and resources without our permission or consent. **Tonya Gonnella Frincher.** ⁶³

While ethnocentrism has not been unique to a European continent that was this ideology that took an active character and colonizer, forging processes of conquest and destruction of the culture of indigenous peoples of America.

As a result, the intellectual ethnocentrism has represented the difficulty in thinking the difference, while the plan is presented as an emotional feeling of awkwardness, fear and hostility toward members of different types of society. ⁶⁴

You have to understand that everyone who comes across the different experiences a culture shock because if another garment in another way, living in different house style, believe in different gods, distributes the power of a seemingly incoherent, speaking at an unintelligible language and relate sexually in a strange way, it threatens the emotional security that offers our cultural identity.

Thus, to strengthen their own identity - as a set of practices, customs and beliefs of the group - there is a tendency to consider itself superior culture, perfect, great, evolved, civilized, so that those who share these cultural values tend to be considered the only ones deserving of the status of humanity.

⁶²BOLÍVIA. Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia. art.5.II. <http://www.sepdavi.gob.bo/cs/doc/159Bolivia%20Constitucion.pdf>. Acesso em 31/04/2018.

⁶³FRINCHNER, Tonya Gonnella. The 'Preliminary Study on the Doctrine of Discovery`. In: Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Pace Environmental Law Review**. Volume 28/number 1/ Fall 2010, pp.340

⁶⁴ROCHA, Everardo P.Guimarães. O que é etnocentrismo. **Coleção Primeiros Passos** n.124. São Paulo: Braziliense. 1984, p.

In fact, this kind of interest and understanding of another typically occurs through the metaphorical entrance on your skin (tentative identification), to then let the feeling of superiority to flourish, when it was Prora reaffirms the identity in the process of acculturation or harassment of another.

Do not forget that the notion of humanity without distinction of race or civilization is a very recent concept in human history, therefore subject to setbacks and mistakes, as has occurred in recent historical events.

For the structuralist theory in vogue in the '60s and '70s, the social structure has priority over social action, and from the model of structural linguistics of Saussure and the notion that language can be described from a basic set of rules that govern the combination of the sounds they make sense.

For Claude Levi-Strauss latent structures are mental categories by which we organize our world, categories that can be understood as binary oppositions such as high \ low, hot \ cold, etc..

Thus, unlike the functionalists, Levi-Strauss was more concerned with identifying mental universal categories, than with the details of holistic studies of specific societies.

Analyzing the classification systems of myths, seeks to reveal the hidden logic behind the ritual practices of the people, and "The Elementary Structures of Kinship" (1940) shows how the multiplicity of kinship structures can be reduced to two types: generalized exchange or restricted.

For structuralists, whatever the combination, the underlying elements of the structure remains constant, and combinations of variants is that they create different languages, systems of ideas and types of companies.

It turns out that indigenous peoples have been demanding more than the simple right to vote, but to take their own destiny by managing their lands, territories, natural resources, education, health and their own legal systems, political, economic and social.⁶⁵

From celebrations of the conquest of the Americas occurred in October 12, 1992 with the finest attention to what many call the renaissance of indigenous peoples of the

⁶⁵AGUILAR, Gonzalo e outros. The Constitutional Recognition of Indigenous Peoples in Latin America. In: **International Law Review Online Companion**. V. 2, N. 2. Pace University Law School. Setembro 2010.p.68.

Americas, a movement that, among other things, aims to rescue a word of Kichwa Pachakuti to define a movement that has as aim to end five centuries of humiliation and genocide.

Thus, the Latin word, coined in tribute to the navigator Amerigo Vespucci, is replaced by Abya Yala, used by the Kuna people of Panama to refer to the two hemispheres of the continent.

Is that the people of Yala Abya refuse the name given by indigenous Amerindians and Europeans, claiming the name "Yala Abya native nations," composed of hundreds of indigenous peoples who have managed to retain its name and language of their civilization, despite the violent process of acculturation promoted by colonialism.

Thus, in 2006, was formed IOTC (Coordination of Andean Indigenous Organizations), which brings together representatives of all countries of the Andean mountain range, along with Chile and Argentina, which is fighting for the revival of the native Mapuche people.

On July 17, 2006, the IOTC meeting in Lima to Cuzco Declaration fashioned that among other principles makes the following demands:

1. the struggle against global capitalism requires the adoption of each Andean country a new social contract that respects the autonomy and the ways of organization of native peoples;
2. a bilingual education and intercultural que favors models of life that allows the food self-sufficiency and fair trade;
3. creation of a confederation of peoples and nacionalities of Tiwantansuyo and Abya Yala;
4. recognition of the inviolability of the territories of indigenous peoples, the rebuilding of states Abya Yala and multinational states;
5. conducting meetings with representatives of constituents Ayllus (Assemblies Traditional) directly without going through the political parties;
6. The respect for international bodies, UN, IFIs, WTO, CAN, MERCOSUR, territorial rights, cultural heritage and autonomy of indigenous peoples.

Human rights can ensure both rights that are inherent to all human beings by virtue of its very existence, as well as human rights pertaining to the social conditions in which they are.

8. Conclusions

Five centuries ago, you came to our land immaculate, with great forests, plains, crystal clear lakes, streams and waters. Since then, we have suffered with their search for God, glory and gold. But we have survived. We can survive another five centuries of "sustainable development"? I think not. Therefore, the reality and natural law will prevail, the law of regeneration from seed and will prevail. We can still change our course, because it is so late. We have options. We need courage to change our values to the regeneration of our families, the life that surrounds us. Given this opportunity we may rise. We must join hands with the rest of creation and talk about common sense, responsibility, brotherhood and peace. We must understand that the right is the seed. Just as true partners we can survive. **Chief Oren Lyons.** (our traduction)

As we have seen, the social and cultural evolution of the Victorian social scientists do not suffer any major influence of evolutionism of Darwin, because they believed that societies must pass through the same stages until they reach the Modelo European civilization: the rational and monotheistic, while the theory of evolution is adptative multilinear and foremost, moving randomly in multiple directions.

For more than five centuries the Doctrine of Discovery will justify the process of dehumanization and usurpation of rights of these people, arguments that can be found in several official documents. For the Doctrine of Discovery to find a Christian Monarch lands and territories or discover non-Christians had the right to claim the titleof these lands, territories and resources.

Anyway, Spanish and Portuguese colonization promoted an aggressive indigenous peoples in Latin America, in 1492 and since Christopher Columbus "discovered" America, we have witnessed the physical destruction and cultural well.

For functionalists like Boaz and Malinowski any social institution, has legal or social value of immutability, since it changes every idea and every culture follows its own ways according to different historical events that faces an approximate theory loads more multilinear evolutionism of Darwin.

The DRIP, though a *soft law* document, without the same legal force of international treaties, recognizes in its art. 3, that indigenous peoples have the right to self-determination, and may establish its own policy, its own model of cultural, social and economic freedom to create their own political and legal systems, and the right to be informed and participate actively in the process decision-making on issues that affect them directly or indirectly.

The declaration recognizes the need to do justice to indigenous peoples, establishing an ongoing debate about the equitable relations between the UN member states and indigenous peoples, for it requires all governments to develop systems that recognize these people and ensure "minimum standards" rights.

The term "cultural diversity", as it designed by functionalists, goes beyond the coexistence of different cultural values in a given area, indicating the need for a harmonious coexistence of respect for the dignity of each particular cultural group.

The indigenous peoples are considered historically and spiritually united to the earth, and adopt a holistic view of life and environment that has served as a model for ecological theories such as deep ecology.

As noted, the constitutions of the MERCOSUR countries establish different legal on natural resources on indigenous lands, Brazil recognizes the right to use and enjoy the richness of the soil, rivers and lakes existing on their land, but allows, like Venezuela, State exploitation of water resources and minerals.

Argentina establishes the right of indigenous peoples to participate in the use of natural resources in indigenous peoples' lands.

9. References

ABERCROMBIE, Nicholas et al. **Dictionary of Sociology**. London : Pinguin Boocks.1988.

AGUILAR, Gonzalo et al. The constitucional recognition of indigenous peoples in Latin America. In: **International Law Review Online Companion**. Pace University School of Law. Volume 2, number 2, September, 2010.

BOAS, Frans. As limitações do método comparativo da antropologia. Em: **Antropologia cultural**. Trad. Celso castro. 6. Ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

- BOUDON, Raymond et al. **Doctionnaire de la Sociologie**. Paris : Larousse.1993.
- CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. **Direitos humanos e meio-ambiente :** paralelo dos sistemas de proteção internacional. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris editor.1993.
- CARBONIER, Jean. As hipóteses fundamentais da sociologia jurídica teórica. In : SOUTO, Cláudio e FALCÃO, Joaquim. **Sociologia e Direito**. São Paulo:Pioneira. 1999, ps. 45-57.
- CHIEF OREN LYONS. Voices of indigenous peoples: Native people address the United Nations. New York: Alexander Ewen Ed.. 1994.
- CUNHA, Manuela Carneiro da. Política indigenista no século XIX. In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). **História dos índios no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras. 2002, p.133-154.
- DAMATTA, Roberto. Repensando E. R. Leach. In : Edmund Ronald Leach. Roberto Da Matta (org). **Grandes Cientistas Sociais** n. 38. São Paulo :Ática.1983, ps. 7-54.
- _____. **Tocquevilleanas – notícias da América:** crônicas e observações sobre os Estados Unidos. Rio de Janeiro:Rocco. 2005
- DARWIN, Charles. **El origen del hombre: y la selección en relación al sexo**. Trad. Julián Aguirre. Madrid: EDASF. 2001.
- ENGELS, Friedrich. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. Trad.Leandro Konder. 5ª Ed.Rio de Janeiro:Civilização Brasileira. 1979.
- FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** Formação do patronato político brasileiro. São Paulo:Globo, 2001.
- FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 30º ed. Rio de Janeiro:Record.1995.
- FREITAS, Rodrigo Bastos de. Direitos dos índios e constituição: Os princípios da autonomia e da tutela-proteção. UFBA: Salvador. 2007 (Dissertação de mestrado).
- FRINCHNER, Tonya Gonnella. The 'Preliminary Study on the Doctrine of Discovery'. In: Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Pace Environmental Law Review**. Volume 28/number 1/ Fall 2010

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 26 ed. São Paulo: Companhia das Letras. 1995.

JOAGGQUISHO (Orion Lyons) . Symposium. Scano. In: Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Pace Environmental Law Review**. Volume 28/number 1/ Fall 2010.

JONAS, Friedrich. **Histoire de la Sociologie** : des lumières à la théorie du social. Paris : Larousse : 1991

LAPLANTINE, François. **Aprender Antropologia**. Trad. Marie-Agnès Chauvel. São Paulo: Brasiliense. 2006.

LEACH, Edmund. Anthropos. In: **Enciclopédia Einaadi**, vol. 5. Lisboa: Imprensa nacional – Casa da Moeda. 1985.

MALINOWSKI, Bronislaw. Crimen y costumbre en la sociedad salvaje. Trad. O. Pérez-Vitoria. Barcelona: Ariel

MARSHALL, Gordon (Ed). **The Concise Oxford Dictionary of Sociology**. New York : Oxford University Press. 1994.

NOSKE, Barbara. Grandes primatas como objeto da Antropologia: desconstruindo o antropocentrismo. **Revista Brasileira de Direito Animal**. ano 7. v.10, jan/jun 2012. Disponível em www.animallaw.info/#international. Acesso em 23.06.2012.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro (org.). **História dos índios no Brasil**, p.115-132.

POPPER, Karl. **Lógica das ciências sociais**. Trad. Estevão de Rezende Martins. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 2ª ed. 1999.

RABENHORST, Eduardo R. **Dignidade humana e moralidade democrática**. Brasília: Brasília Jurídica. 2001.

ROBINSON, Nicholas A. `Minimum Standards:`The UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. Symposium on the prospects for the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. **Pace Environmental Law Review**. Volume 28/number 1/ Fall 2010.

ROCHA, Everardo P.Guimarães. O que é etnocentrismo. **Coleção Primeiros Passos**
n.124. São Paulo: Brazilien

A JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA PREVENIR O COMETIMENTO DE CRIMES PELOS IMIGRANTES VENEZUELANOS NO ESTADO DE RORAIMA

Rogério de Oliveira Borges

Mestrando do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNINTER; Pós-Graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá - Juiz de Fora. Graduado no Curso de Direito pelo Instituto Presidente Tancredo de Almeida Neves-IPTAN. Advogado. Email: oliveiraeborgesadv@gmail.com

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Doutor pela PUCMINAS. Professor do PPGD Mestrado em Direito da FUMEC.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

A JUSTIÇA RESTAURATIVA PARA PREVENIR O COMETIMENTO DE CRIMES PELOS IMIGRANTES VENEZUELANOS NO ESTADO DE RORAIMA

Rogério de Oliveira Borges

Mestrando do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG. Pós-Graduado em Direito Processual Civil pela UNINTER; Pós-Graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá - Juiz de Fora. Graduado no Curso de Direito pelo Instituto Presidente Tancredo de Almeida Neves-IPTAN. Advogado. Email: oliveiraeborgesadv@gmail.com

Sérgio Henriques Zandona Freitas

Pós-Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito (PPGD) da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS (São Leopoldo/RS). Doutor pela PUCMINAS. Professor do PPGD Mestrado em Direito da FUMEC.

RESUMO:

A Justiça Restaurativa consiste em uma alternativa de resolução de problemas e de futuras situações já diagnosticadas pela sociedade e pelo governo federal. Com a crise na Venezuela muitos imigrantes fugiram da ditadura de Nicolas Maduro para lutar pela sobrevivência no Brasil. Entretanto, a maioria dos países estrangeiros veem este país tropical como o país da impunidade e, da mesma forma, é a visão dos imigrantes venezuelanos tendo em vista que devido ao alto número de imigração o Estado de Roraima passou a ser o 2º mais violento do país. Assim, o objetivo deste artigo é debater como a Justiça Restaurativa pode auxiliar imigração venezuelana e na redução dos crimes no Estado de Roraima.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Restaurativa; Justiça Penal; Imigrante venezuelanos; Estado de Roraima.

THE RESTORING JUSTICE TO PREVENT THE COMBINATION OF CRIMES BY THE VENEZUELAN IMMIGRANTS IN THE STATE OF RORAIMA.

ABSTRACT:

Restorative Justice consists of an alternative solution to problems and future situations already diagnosed by society and the federal government. With the crisis in Venezuela, many immigrants fled the dictatorship of Nicolas Maduro to fight for survival in Brazil. However, most foreign countries see this tropical country as the country of impunity and, likewise, it is the vision of Venezuelan immigrants, given that due to the high number of immigration the State of Roraima became the 2nd most violent from the country. Thus, the objective of this article is to discuss how the Restorative Justice can help Venezuelan immigration and the reduction of crimes in the State of Roraima.

KEYWORDS: Restorative Justice; Criminal Justice; Immigrant Venezuelans; State of Roraima.

SUMÁRIO: Introdução. 2. Diretrizes do Conselho Nacional de Justiça. 3. A crise na Venezuela. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO:

Segundo Zehr (2012, p. 221), a Justiça Restaurativa iniciou-se com a tentativa de resolver os problemas dos crimes contra o patrimônio considerados de menor potencial ofensivo bem como os crimes maior ofensividade. A busca da Justiça Restaurativa é para proteger a vítima no intuito de sanar as suas necessidades, chamar o infrator para a realidade e fazê-lo entender as visões múltiplas da sua atitude e as consequências de suas ações, bem como chamar a sociedade para participar do processo restaurativo.

O estudioso Carvalho (2005) destaca que a Justiça Restaurativa é a forma de inclusão de justiça, conforme a sua modalidade regeneradora e reintegradora das relações sociais, e também é um caminho para a democratização do Poder Judiciário.

Noutro giro, a aceitação do estado na aplicação da Justiça Restaurativa, implica em uma mudança de ótica, tanto no entendimento e explicação quanto no encaminhamento dos casos e do curso da ação posterior - pois ela não é uma forma, nem tampouco é um desdobramento da justiça dominante, estritamente retributiva e desigual. Pelo contrário, trata-se de uma oposição de origem epistemológica e metodológica, ao invés de uma mera diferença procedimental (BRASIL, 2015).

2 DIRETRIZES DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA:

A prática restaurativa vem aumentando a sua atuação nos tribunais brasileiros, principalmente, após a publicação da Resolução do CNJ – Conselho Nacional de Justiça de nº. 225 de 31 maio de 2016 pelo seu então Presidente, no uso de suas atribuições legais e regimentais que dispôs: “sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências”.

Sustentando ainda as recomendações da Organização das Nações Unidas para fins de implantação da Justiça Restaurativa nos estados membros, expressas nas Resoluções 1999/26, 2000/14 e 2002/12, que estabelecem os seus princípios básicos.

Ainda, na citada resolução destaca o acesso à justiça resguardado na Carta Magna em seu artigo 5º, inc. XXXV bem como o acesso a resolução de conflitos de maneira pacífica e efetiva por procedimento de uma ordem justa, consensual e voluntária mais adequada para alcançar a pacificação.

Ressalta-se que a citada tem por base resolver conflitos individuais, coletivos, institucionais, sociais e comunitários dentro da própria justiça desde que os envolvidos tenham interesse em participar desta oportunidade de responsabilização do infrator para que este tome conhecimento da gravidade da sua atitude, ao mesmo tempo ampare e repare os danos, da vítima seja ela um civil ou, a própria sociedade com auxílio de pessoas treinadas e habilitadas, membros da sociedade, familiares da vítima e do infrator.

Nesta relação de diálogo, conhecimento das atitudes e suas consequências chega-se à conclusão que a punição não constitui uma real responsabilização tendo em vista o alto índice de reincidência nos países como verifica-se na matéria publicada pelo “Jornal Extra” de julho de 2018, o qual destaca que entraram no sistema prisional cerca de 45 mil pessoas e saíram aproximadamente 42 mil no mesmo período. Ressalta-se que parece exagero em aprisionar 2.800 pessoas por mês e colocar em liberdade cerca de 2.600.

É notória a superlotação do sistema carcerário brasileiro, pregar o encarceramento como alternativa de resolver problemas sociais e, ao mesmo tempo, fazer um discurso vazio do desencarceramento e misturar um problema administrativo com outro da execução penal.

É de extrema dificuldade mensurar e medir com uma régua de maneira confiável o índice de reincidência criminal no Brasil. Em uma simples busca pelo Google os índices variam e esbarram em números que vão de 24% a 90%.

Em outros países como o Reino Unido, segundo estatísticas do governo, a reincidência varia entre 28% e 42%, dependendo da idade do criminoso e se este for menor ou maior de idade. Já nos Estados Unidos da América – EUA – em uma pesquisa realizada pelo Instituto Nacional de Justiça dos EUA em 404 mil presos, coloca o índice de reincidência catastrófico no percentual de 76,7%.

Nesse caminho, é visível a crise do sistema prisional e do sistema judicial, diante deste e de outros argumentos surgiu a Justiça Restaurativa, sob uma nova forma de resolução de conflitos, focando-se em uma ética com base no diálogo, na responsabilidade e nas inclusões sociais, de forma que a vítima e a comunidade têm um papel fundamental na resolução do conflito. Destaca-se que a Justiça Restaurativa é uma maneira complementar na Justiça Tradicional porque seu funcionamento se dá em conformidade como Estado Democrático de Direito, nunca em contrário (BRANCHER

2013).

O objetivo fundamental da Justiça Restaurativa é a “efetividade da pacificação das relações sociais”, com o intuito reconhecida democracia ativa. Assim, todos os afetados na relação social bem como os seus familiares e a sociedade participarão caso tenham interesse das reuniões para sanar o conflito, reparar os danos e amparar a vítima (BRANCHER 2013).

Para melhor entendermos a Justiça restaurativa devemos compreender as suas propostas e noções básicas de resolução de conflito.

Trata-se como vantagem o fator de colocar frente a frente o agente e a vítima estando mutuamente em situação de igualdade, sendo de extrema importância a voluntariedade de todos os participantes, pois somente assim serão atingidas as finalidades desejadas. Leva-se em consideração não só o cometimento de um crime/delito, mas também qualquer ofensa aos valores comunitários levando-se em conta os prejuízos a comunidade. Neste diapasão, verifica-se neste processo a exposição das necessidades e sofrimentos de cada membro da relação restaurativa e o diálogo sobre os motivos daquela conduta bem como a reparação do dano, seja ele o agente desculpar-se, ou até mesmo, este aceitar as responsabilidades e obrigações dos seus atos bem como as consequências. Assim, a Justiça Restaurativa incentiva a colaboração e a reintegração, mais do que a coerção, o isolamento e o sofrimento. Pretende-se restabelecer ou estabelecer, a igualdade social e resolução da situação inicial com o conforto e amparo da vítima, reconhecimento da gravidade da conduta pelo infrator e recomposição da relação de todos os envolvidos (BRASIL, 2015).

Neste caminho, Robalo (2012, p. 82-83) denota-se maior celeridade na resposta da conduta do agente. Sendo assim, será mais rápida a solução e a resolução da problemática, ao contrário, do sistema judicial comum bem como a redução de custos e despesas processuais.

Neste sentido, para Pinto (2005, p. 33), deve-se observar todos os direitos e garantias constitucionais de todas as partes envolvidas no processo, respeitando-se o princípio da dignidade humana, da proporcionalidade, da razoabilidade, da adequação e do interesse público bem como os princípios do direito penal formal, como o da intervenção mínima, legalidade, humanidade, lesividade, culpabilidade, entre outros, também devem ser levados em consideração.

A Carta Magna vigente determina como princípio constitucional da eficiência – art. 37, afirmando a implementação da Justiça restaurativa como meio de prestação de

serviço eficiente enquanto facilitador responsável e capacitado com sensibilidade para conduzir seu trabalho, com respaldo nos princípios, procedimentos e valores do processo restaurativo, pois é uma garantia implícita dos participantes a um devido processo legal (BRASIL, 2015).

Segundo Oxhorn; Slakmon (2005, p. 196 e 200) defende-se que a iniciativa dos programas de Justiça Restaurativa tem um infinito potencial para redução de desigualdades sociais e estruturais, transformando a justiça em um meio mais democrático em termos de universalidade, acessibilidade, legalidade, justiça e, principalmente, de efetividade. Em momento algum, é interesse da Justiça Restaurativa substituir o sistema judiciário tradicional brasileiro, mas sim complementar as instituições legais e otimizar o resultado do processo de justiça aplicando-se razoavelmente uma resolução para todas as partes envolvidas.

A delegação pela Administração Pública de processos para a Justiça Restaurativa de acordo com cada caso em específico em conformidade com as diretrizes estabelecidas previamente em conformidade com a gravidade do caso. Assim, se beneficiaram com a descentralização, o Estado, os cidadãos envolvidos, a sociedade e a resolução e finalização da problemática. Ainda, a tomada de decisão acontece pelos membros do conflito inicial, tais como agente, vítima, e sociedade orientados pela comissão organizadora restaurativa. Ainda, ao encaminhar certas demandas para a justiça restaurativa liberta-se o sistema judiciário de diversos processos que irão abarcar as vias judiciais e causarão um caos na demora e ineficiência do estado tornando-o mais eficaz.

Neste caminho, Sócrates (2006) defende que, a Justiça Restaurativa possibilita um espaço para o diálogo, para a expressão de sentimento e emoções vivenciadas, das quais serão utilizadas para a construção de um acordo restaurativo, contemplando, a seu turno, a restauração das relações sociais e dos danos causados (BRASIL, 2015).

O objetivo principal da justiça é a satisfação das partes e a resolução do conflito. Desta feita, sanando todas as necessidades que foram violadas no delito. É notório que as vítimas têm sede de segurança, de justificativa, de empoderamento, de reparação bem como a sociedade para enfim, reestabelecer a ofensa vindicada, restauração da confiança e reparação (GIMENEZ, 2012, p. 6068-6069).

Assim, a Justiça Restaurativa incentiva a transformação positiva do ofensor e a responsabilização por meio da compreensão das razões e consequências de seus atos. A imputação da pena deixa de ser vista como compensação do dano. Dessa forma, a

prática restaurativa passa pela capacidade de o agressor entender o ocorrido, de se conscientizar dos danos e assumir a responsabilidade pela sua conduta. Nesses termos, não é só garantido a reparação do dano sofrido pela vítima, mas também a recomposição da comunidade em que ambos estão inseridos (BRASIL, 2015).

Contudo, a prática restaurativa reduz o procedimento de exclusão dos infratores ao oportunizar a humanização e a pacificação das relações envolvidas em uma demanda, eis em contrapartida do judiciário brasileiro, que não deseja entender os motivos e razões daquele ato e suas consequências, o que incentiva, ainda mais, as desigualdades sociais, mas oferece uma forma de contribuição entre os envolvidos no delito, acarretando a resolução do problema, a desconstrução da reação em cadeia daquela violência, e o processo de criminalização (COSTA; COLET, 2011, p. 97-98).

3 A CRISE NA VENEZUELA

Com a morte do ex-presidente Hugo Chávez, um político populista que auxiliava na melhoria de vida dos venezuelanos, principalmente, das classes menos favorecidas. Com o seu falecimento chegou ao poder o atual Presidente Nicolás Maduro, que buscou aplicar em seu governo a mesma política de Hugo Chávez. Entretanto, as condições governamentais estavam bem diferentes de quando o falecido presidente assumiu, o preço do petróleo, base da economia da Venezuela, baixou. As medidas próprias da época de Hugo Chavez de controle estatal se mostraram inviáveis em um contexto a crise política e econômica.

A situação venezuelana está complicada os mercados faltam alimentos, remédios, produtos de limpeza e de higiene. A inflação encontra-se acima de 800% ao ano, o aumento excessivo de insumos básicos, quando conseguem ser encontrados é uma questão divina.

Os preços de alimentos na Venezuela estão valendo ouro, como por exemplo um quilo de carne está R\$ 200,00 (duzentos reais); cinco quilos de arroz está R\$ 100,00 (cem reais). O povo está insatisfeito com o atual Presidente e vai as ruas manifestar a sua oposição radical ao governo, ao mesmo tempo, outros lutam pela vida.

Para Branco (1990), a luta pela vida deve ser sempre com:

determinação, abrace a vida com paixão, perca com classe

evença com ousadia, porque o mundo pertence a quem se atreve e a vida é muito para ser insignificante.

Neste sentido, Assis, destaca que “A vida sem luta é um mar morto no centro do organismo universal”.

Neste contexto, muitos venezuelanos decidiram fugir da ditadura, da miséria e da fome e fugiram para o Brasil.

Vale destacar que o Brasil é visto no exterior, como o - país da impunidade - não só pela Venezuela mas para todos os demais países. Muitos imigrantes estão fugindo da Venezuela e vindo para o Brasil – a pé - andam aproximadamente 500 km a 800 km para fugir do governo de Nicolas Maduro e na esperança de conseguir um trabalho, comida e uma vida digna.

É visível que após o alto índice de imigração venezuelana o índice crimes aumentou, entretanto, não se pode colocar a culpa somente nos imigrantes, mas também no estado de Roraima que deveria ter investido mais em Segurança Pública e do Governo Federal que deveria controlar as fronteiras e esclarecer aos ingressantes o que é permitido ou não no Brasil.

A realidade que é vivida e vista na Venezuela é que o Brasil é o país da impunidade, logo se eu não tenho o que comer no Brasil vou pegar de outra pessoa.

Com isso, vale destacar o que afirma Janaine Voltolini de Oliveira (2017),

No Brasil, tem-se avigorado cada vez mais uma sociedade civil que judicializa a vida social, clama por justiça e segurança pública; contraditoriamente, parte desta mesma sociedade descredita no sistema de justiça e tenta solucionar o problema da criminalidade violenta à sua maneira. Assim, repentinamente, a partir do visível e do momentâneo, julga e condena, fortalecendo a cultura do linchamento. Em nome de uma justiça idealizada por muitos, se autoriza nas ruas o espancamento, o assassinato, a intimidação, a tortura e tantas outras formas de violência que se puder lançar mão.

E, como o índice de criminalidade é alarmante no estado de Roraima, visualiza-se a oportunidade de estudar meios para reduzir esta criminalidade ou mesmo de diminuir a participação de venezuelanos nesta seara.

Assim, foi aplicado um questionário aos venezuelanos que estão imigrando para o Brasil questionando se estes tiveram algum tipo de orientação referente as regras

aplicadas no Brasil e a resposta deles é que não tiveram orientação nenhuma.

É neste ponto que entra a Justiça Restaurativa para prevenir o ingresso dos Venezuelanos no mundo do crime, ou até mesmo, para não permitir que estes cometam pequenos e grandes delitos.

Isto ainda, significa orientar os imigrantes da realidade do Brasil e fornecer a estes o que se pode e o que não é permitido fazer neste país, pois para os mesmos a visão inicial é da impunidade.

Vale destacar o método apresentado por Pranis (2010, p. 15) que estabelece a metodologia chamada de “círculos” que consiste na modalidade de juntar as pessoas, chegar ao entendimento comum, fortificar relacionamentos e solucionar problemas do grupo comuns. Sua origem é arcaica e inspira na tradição norte-americana indígena utilizada através do “bastão de fala”, que é passado de pessoa para pessoa dentro do grupo, e que confere ao seu possuidor o direito de relatar o seu ponto de vista enquanto os outros ouvem. Essa arcaica tradição democrática resolve-se problemas desde os tempos antigos até a atualidade (BRASIL, 2017).

Neste sentido, sugere-se que se tenha antes da liberação da documentação para os imigrantes que roda de círculos Pranis (2010, p.15) para se orientar e esclarecer as regras e penalidades que os venezuelanos estão sujeitos para que com isso possa-se reduzir o índice de criminalidade no estado de Roraima.

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Contudo, é importante observar que a Justiça Restaurativa é um conjunto de princípios, que formam uma filosofia, uma maneira alternativa de perguntas que levam a estruturação de um consentimento e resolução da ofensa fazendo com que o infrator tome consciência do seu erro e repare a ofensa produzida, não voltando a delinquir. A vítima terá uma resposta do estado.

O termo “Justiça Restaurativa” é um conjunto de princípios, uma filosofia, uma série alternativa de perguntas paradigmáticas. Oferece uma estrutura alternativa para pensar as ofensas (BRASIL, 2017). Para Prudente (2011, p. 62), o ordenamento jurídico brasileiro não possui norma que ampare de maneira expressa a Justiça Restaurativa. Nota-se que existe resoluções normativas que podem ser utilizadas bem leis esparsas que podem ser utilizadas por analogia.

E, com a crise econômica e política os venezuelanos devido à fome e a miséria

se revoltaram com o governo de Nicolas Maduro na Venezuela, o que desencadeou diversas manifestações e paralisações nas ruas todas sem êxito.

Muitos venezuelanos para fugir da fome e da miséria decidiram imigrar para o Brasil, no entanto, grande parte deles tem o entendimento que este país tropical é a terra da impunidade o que aumentou em cerca de três anos o índice de criminalidade do Estado de Roraima colocando este estado como o segundo mais violento do Brasil.

Enfim, a Justiça Restaurativa é uma forma de cativar, envolver, orientar e prevenir para que os venezuelanos tomem conhecimento das leis brasileiras e não venham a delinquir em pequenos e grandes delitos.

Conforme Carvalho, 2010, p.252 os procedimentos da Justiça restaurativa podem ser utilizados para promoção ativa e orientação das partes visando potencializar as normas e dar conhecimento aos membros e seus beneficiários com interferência direta dos envolvidos para formulação coletiva das decisões e buscando o objetivo de construção do conhecimento.

Portanto, existe a possibilidade de se reduzir os índices de criminalidade no Estado de Roraima aplicando-se a Justiça Restaurativa com a finalidade de orientar, informar, construir caminhos de debates, enfrentamento de posicionamentos, desfazimentos de paradigmas de impunidade, e construção e estruturação de caminhos de alternativos salvo os da criminalidade.

Ainda, vale destacar que o governo brasileiro não tem conhecimento do que os imigrantes venezuelanos passaram no governo de Maduro, entretanto, os mesmos devem ter ciência das penalidades que eles irão sofrer caso cometam algum delito.

Enfim, o objetivo desta pesquisa é demonstrar como a Justiça restaurativa ajudará aos imigrantes ao entrarem no Brasil a entender as regras e normas brasileiras para que os novos imigrantes não venham a contribuir para o aumento do índice de criminalidade bem como tomem ciência das penalidades que estão sujeitos.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de. Justiça Restaurativa. In: Slakmon, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes [Org.] **O componente**

de mediação vítima-ofensor na Justiça Restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

BARROSO, Juliana Rocha. **Práticas comunitárias tradicionais de resolução de conflitos complementam os sistemas atuais de justiça.** Disponível em: <<http://www.setor3.com.br/jsp/default.jsp?tab=00002&Tab=00000&wsID=a899.htm&template=58.dwt&testeira=33&id=186&iamais=4340>>. Acesso em: 05 set. 2018.

BESTER, Gisela Maria. **Cultura de paz, justiça restaurativa e humanismo com vistas ao resgate psíquico da vítima e ao não encarceramento:** ainda uma ode à busca da paz social com dignidade - cuidando do antes para evitar o durante e o depois tradicionais. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, Lisboa/Portugal, ano 2, nº 7, páginas 6375-6433, mar.-2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral, volume 1. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 2004. 807 f.

BRANCHER, Leoberto; AGUINSKY, Beatriz. **Histórico de Implementação do Projeto Justiça para o Século 21.** Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=244&pg=0#Ug_fwNK1G-E>. Acesso em: 23 jan. 2019.

BRANCHER, Leoberto; KONSEN, Afonso; AGUINSKY, Beatriz. **Curso de Capacitação para Operadores do SINASE (UnB e SDH).** Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/data/files/EA/A5/8F/40/904B8310D9451883180808FF/MODULO_IX.pdf>. Acesso em 17/09/13.

CARVALHO, Luíza Maria S. dos Santos. Justiça Restaurativa. In: Slakmon, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes [Org.] **Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira.** Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena).** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COSTA, Marli Marlene M. da; COLET, Charlise Paula. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (Org.). **A aplicabilidade dos mecanismos restaurativos como forma de participação popular e efetivação da cidadania:** a solidificação das redes de cooperação e do capital social. Ijuí: Editora Ijuí, 2011.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet. A justiça restaurativa como instrumento de paz social e tratamento de conflitos. In: **Instituto do Direito Brasileiro**, ano I, nº 10, 2012.

ISOLDI, Ana Luiza Godoy; PENIDO, Egberto. Justiça restaurativa: a construção de uma nova maneira de se fazer Justiça. In: **MPMG Jurídico**. dez.05/jan.06, ano I, nº 3, 2006.org/10fulltext/scuro2. Acesso em 21 jan. 2019.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Justiça Restaurativa. In: Slakmon, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes [Org.] **Micro- justiça, desigualdade e cidadania democrática: a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil.** Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PAZ, Silvana Sandra; PAZ, Silvina Marcela. Justiça Restaurativa. In: Slakmon, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes [Org.] **Justiça restaurativa: processos possíveis.** Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Por caminhos da(s) reforma(s) da Justiça.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PINTO, Renato Sócrates Gomes Pinto. Justiça Restaurativa. In: Slakmon, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes [Org.] **Justiça restaurativa é possível no Brasil?** Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PORTUGAL. Ministério da Justiça. **Algumas notas sobre a justiça restaurativa: perspectiva comparada.** 2004. Disponível em: <http://www.dgpj.mj.pt/sections/politica-legislativa/anexos/mediacao-penal/mediacao-vitima-agressor/downloadFile/attachedFile_1_f0/perspectiva_comparada_25-06-2004.pdf?nocache=1170956404.66>. Acesso em: 31 ago. 2018.

PRANIS, Kay. **Processos circulares.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa e experiências brasileiras. In: SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (Org.). **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais.** Ijuí: Editora Ijuí, 2011.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa: mudança de paradigma na justiça criminal. In: GONZALES, Everaldo Tadeu Quilici; VELÁZQUEZ, Victor Hugo Tejerina (Org.). **O direito no Brasil: passado, presente e futuro.** Rio Claro/São Paulo: Biblioética, 2008.

PRUDENTE, Neemias Moretti; SABADELL, Ana Lucia. Mudança de paradigma: justiça restaurativa. In: **Revista Jurídica Cesumar** [Mestrado]. Maringá/PR, jan./jul., v. 8, nº 01, 2008.

SCURO NETO, Pedro; PEREIRA, Renato Tardelli. **A justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação?** 2000. Disponível em <http://www.restorativejustice>.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça**

criminal e gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SÓCRATES, Adriana. Práticas restaurativas como diferentes formas de lidar com o que comparece à Justiça. 2006. Disponível em <http://www.justiciarestaurativa.org/news/adriana>. Acesso em 21 jan. 2018.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa: teoria e prática**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2012.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**.

PODER MODERADOR NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: erivaldofilho@hotmail

Eriverton Resende Monte

Doutorando pela Universidade de Fortaleza, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, Pesquisador do Grupo Direito Privado na Constituição/UNIFOR e do GEDA - Grupo de Estudos em Direito de Águas do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da UEA, Procurador da Universidade do Estado do Amazonas e docente do Centro Universitário do Norte-Laureate. E-mail: eriverton.monte@gmail.com



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

PODER MODERADOR NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: erivaldofilho@hotmail.com

Eriverton Resende Monte

Doutorando pela Universidade de Fortaleza, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, Pesquisador do Grupo Direito Privado na Constituição/UNIFOR e do GEDA - Grupo de Estudos em Direito de Águas do Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da UEA, Procurador da Universidade do Estado do Amazonas e docente do Centro Universitário do Norte-Laureate. E-mail: eriverton.monte@gmail.com

RESUMO:

O processo de construção do Estado brasileiro, no decorrer do século XIX, envolveu uma série de fatores complexos, com inclusão de perspectivas diferentes sobre a qual deveria ser seu perfil institucional, optou-se pela monarquia constitucional. A Constituição de 1824 implementou a separação dos Poderes, considerando a divisão e harmonia dos poderes políticos como princípio conservador dos direitos dos cidadãos. Desse modo, a Constituição Imperial estabeleceu quatro poderes, a saber, o Poder Moderador, o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judicial. Contata-se a influência dos ensinamentos de Montesquieu (Legislativo, Executivo e Judiciário) e de Benjamin Constant (Poder Real/Neutro) no Poder Moderador. Destarte, surge o questionamento: há um pensamento constitucional brasileiro no Poder Moderador estabelecido na Constituição Política do Império do Brasil de 1824? Convém salientar que a pesquisa envolve o estudo acerca da separação dos Poderes, tendo por fulcro as teorias de Montesquieu e Benjamin Constant, o Poder Moderador no pensamento constitucional brasileiro, sua natureza, características e atribuições do imperante, e a pretensão da Constituição Imperial com o Poder Moderador na perspectiva de João Camillo. Com Abade Sieyès, período da Revolução Francesa, por meio da concepção do poder constituinte originário, as constituições passaram a ter um nível de importância ainda maior visando a sua aplicabilidade e produção de seus efeitos desejados, ou seja, seu pensamento influenciou o *status* de norma prevalente sobre as demais. No caso brasileiro, o Poder Moderador foi contemplado com o grau de superioridade em relação aos demais poderes, o qual proporciona nas mãos do imperador a iniciativa política, que ficou denominado como poder pessoal, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, identificado pela inviolabilidade, irresponsabilidade dos atos e várias atribuições ao imperador, este integrava dois poderes conjuntamente, na qualidade de Chefe do Executivo, delegado privativamente como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante. Outro órgão interligado ao Poder Moderador era o Conselho de Estado, composto por Conselheiros vitalícios, nomeados pelo Imperador, ouvido em todas as ocasiões em que o Imperador se proponha a exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, pelo menos em tese. Para se compreender o Estado imperial, indispensável saber o que se pretendia com o referido Poder. A ideia estava posta, um monarca que tinha o propósito de continuidade pela dinastia, sem fazer parte de grupos, classes, nem ligações regionais, sem dever seu poder a partidos, grupos econômicos, dentre outras situações de interdependência concedida ao imperante.

PALAVRAS-CHAVE: Separação dos Poderes; Poder Moderador; Pensamento constitucional brasileiro.

POWER MODERATOR IN CONSTITUTIONAL BRAZILIAN THOUGHT

ABSTRACT:

The Brazilian state-building process in the nineteenth century involved a number of complex factors, including different perspectives on what should be its institutional profile, we chose the constitutional monarchy. The Constitution of 1824 implemented the separation of powers, considering the division and balance of political powers as conservative principle of citizens' rights. Thus the Imperial Constitution established four powers, namely, Power Moderator, Legislative, Executive and Judiciary. Notes the influence of the teachings of Montesquieu (Legislative, Executive and Judiciary) and Benjamin Constant (Real Power / Neutral) in Power Moderator. Thus, the question arises: there is a Brazilian constitutional thought in Power Moderator established in the Constitution of the Empire of Brazil Politics 1824? It should be noted that the research involves the study of the separation of powers, based on the theories of Montesquieu and Benjamin Constant, the Moderator Power in the Brazilian constitutional thought, nature, characteristics and prevailing assignments, and the claim of the Imperial Constitution with Moderator power from the perspective of John Camillo. With Abbot Sieyes, during the French Revolution, through the design of the original constituent power, constitutions now have a higher level of importance aiming their applicability and production of its desired effects, their thinking influenced the prevalent standard status on the other. In Brazil, the Moderator Power was awarded the degree of superiority in relation to other powers, which provides the hands of the emperor the political initiative, which was termed as personal power is the supreme inspection of the nation's top law it has identified the inviolability of irresponsible acts and multiple assignments to the emperor, this integrated two powers jointly in Chief quality Executive delegate privately as Supreme Head of the Nation and its first representative. Another body linked to the moderating power was the Council of State, composed of lifelong Directors, appointed by the Emperor, heard on all occasions when the Emperor intends to exercise any of the attributions of moderating power, at least in theory. To understand the imperial state, essential to know what is meant with that power. The idea was set, a monarch who had the purpose of continuing the dynasty, without being part of groups, classes, or regional connections without needing to its power to political parties, economic groups, among others interdependence situations prevailing granted.

KEYWORDS: Separation of Powers; Moderator power; Brazilian constitutional thought.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Separação dos Poderes: Montesquieu (1689 – 1755) e Benjamin Constant (1767 - 1830). 2 Poder Moderador no pensamento constitucional brasileiro. 2.1 Poder Moderador: natureza, características e atribuições do imperante. 2.2 A pretensão da Constituição Imperial com o Poder Moderador na perspectiva de João Camillo. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O estudo posto refere-se à separação dos Poderes, ao Poder Moderador no pensamento constitucional brasileiro, sua natureza, características e atribuições do imperante, as teorias de Montesquieu e Benjamin Constant, e a pretensão da Constituição Imperial com o Poder Moderador na perspectiva de João Camillo.

Apresenta-se como objetivo geral analisar o Poder Moderador no pensamento constitucional brasileiro, e como objetivos específicos descrever a separação dos Poderes em conformidade com os ensinamentos de Montesquieu (1689 – 1755) e Benjamin Constant (1767 - 1830), estabelecer a natureza, características e atribuições do imperante referente ao Poder Moderador, e compreender a pretensão da Constituição Imperial com o Poder Moderador na perspectiva de João Camillo.

Considerando que há necessidade de identificar um pensamento constitucional genuinamente brasileiro, ou seja, que existe uma origem própria, visto que não se trata de uma

cópia ou mesmo simples reprodução de ideias da Europa e do Estados Unidos da América (EUA), justifica-se uma análise do Poder Moderador, um dos quatro poderes da Constituição Política do Império do Brasil, elaborada por um Conselho de Estado e outorgada pelo Imperador D. Pedro I em 25.03.1824, inserido na primeira constituição do Brasil, época do império, modalidade jamais repetida nas constituições posteriores, para que se possa responder ao questionamento que se segue: há um pensamento constitucional brasileiro no Poder Moderador estabelecido na Constituição Política do Império do Brasil de 1824?

O texto encontra-se desenvolvido num primeiro momento sobre a separação dos Poderes e, subsequentemente, o Poder Moderador no pensamento constitucional brasileiro com os dados suficientes para que se possa alcançar os objetivos propostos como sua natureza, características, atribuições e a perspectiva de João Camillo.

O poder uma vez depositado numa constituição disciplina assuntos os quais estão ligados à liberdade das pessoas, e, nesse aspecto, a separação dos Poderes com suas atribuições e limites proporciona o grau de liberdade da Nação, que fica ligada à vida de todos os sujeitos, daí a imprescindibilidade de conhecimento do que está regulamentado na carta maior ou, como normalmente designada, carta magna, esta que nem sempre teve o *status* de norma superior.

Oportuno advertir que será mantida a escrita própria da Constituição de 1824, norma esta obtida no sítio do planalto (<http://www.planalto.gov.br>), com o propósito de se manter a originalidade do texto.

1 SEPARAÇÃO DOS PODERES: MONTESQUIEU (1689 – 1755) E BENJAMIN CONSTANT (1767 - 1830)

Quando se escreve sobre Ciência Política no sentido de seu objeto de estudo, tem-se o poder como gênero e o poder do Estado como espécie, logo, não se deve descuidar das teorias políticas mais importantes da Era Moderna, a saber, o Poder Constituinte. Desta feita, o Estado Constitucional surge impulsionado pelas revoluções burguesas do século XVIII, na teoria de formação jurídica do Poder Constituinte de Emmanuel Sieyès (CRUZ, 2009, p. 57).

A separação dos Poderes faz parte nas diversas discussões de vários pensadores clássicos, por exemplo, John Locke, Montesquieu, Rousseau, Madison Hamilton e Benjamin Constant, com enfoque constitucional ou mesmo sem essa pretensão. Com Emmanuel Joseph

Sieyès (Abade Sieyès - período da Revolução Francesa¹), por meio da concepção do poder constituinte originário, as constituições passaram a ter o nível de importância ainda maior visando a sua aplicabilidade e produção de seus efeitos desejados, ou seja, influenciou no desenvolvimento do *status* de norma prevalente sobre as demais.

Abade Sieyès (2009, p. 55) defende que as leis constitucionais são fundamentais não no sentido de que possam tornar-se independentes da vontade nacional, mas porque os corpos que existem e agem por elas não podem tocá-las. Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação.

Com relação à natureza de cada governo, Montesquieu (1979, p. 31) diz que existem três espécies: o republicano, o monárquico e o despótico. O governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano, o monárquico é aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas, e governo despótico, um só, sem lei e regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos.

Sobre a liberdade, seus limites e situações de abuso de poder, Montesquieu aduz que:

Num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constringido a fazer o que não se deve desejar... **A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem**; se um cidadão pudesse fazer tudo o que elas proibem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder (...), mas a experiência eterna mostra que **todo homem que tem poder é tentado a abusar dele**; vai até onde encontra limites. Quem diria! A própria virtude tem necessidade de limites. Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, **o poder freie o poder**. Uma constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constringido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite (MONTESQUIEU, 1979, p. 147-148).

Nesse diapasão, há nítida ideia de que a constituição tem por obrigação estabelecer as funções, limites e, conseqüentemente, regular o que pode ser feito e o que não pode, para que se tenha parâmetros ao abuso de poder; por tais razões, torna-se indispensável a configuração de freios entre os poderes com base nos mesmos limites, com o propósito de evitar que cada

¹ É um dos acontecimentos mais importantes da história da humanidade, determinante nas mudanças profundas da sociedade moderna, desde a positivação dos direitos fundamentais e essencial para o constitucionalismo moderno e contemporâneo. Devido a uma série de fatores econômicos e políticos, o Rei Luis XVI resolveu convocar, no final de 1788, aos chamados Estados Gerais, a Assembleia Nacional que reuniu as três ordens ou três Estados: o clero, a nobreza e os comuns. Os Estados Gerais não eram convocados desde 1614, e sua convocação levou a que as três ordens organizassem as questões a serem discutidas nos chamados *cadernos de queixas*, que condensavam os desejos de reformas que antecedem a Revolução, já que esta era uma época marcada pela tentativa de reorganização e discussão dos problemas da sociedade francesa (GARCIA, Marcos Leite. As origens do Poder Constituinte na Revolução Francesa: dos Estados Gerais ao estabelecimento da Assembleia Nacional Constituinte em 1789. Disponível em < <http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 12 Dez 2018).

um execute o que bem entende, adentre nas atribuições dos outros, ferindo o compromisso da harmonia entre os poderes.

Defronte dessa concepção de freios entre os poderes, a divisão do Estado está contemplada em três poderes: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que emendem do direito das gentes e o poder daquelas que dependem do direito civil. No poder legislativo o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas; o poder executivo faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Por fim, o terceiro pune os crimes ou julga as querelas dos particulares, ou seja, o poder de julgar² (MONTESQUIEU, 1979, p. 148-149).

Além disso, correlaciona a liberdade e a separação dos poderes, onde inexistiria liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo, se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador, se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor, visto que rejeita quaisquer argumentos no sentido de reunir numa só pessoas os poderes (MONTESQUIEU, 1979, p. 149).

Denota-se que Montesquieu estabeleceu a tripartição de maneira específica e definida, tendo o legislativo a função de criação das leis, o executivo com o direito de executar e o judiciário para julgar, sem hierarquia, bem assim destacou o pensamento de freios entre tais os poderes, e se pode afirmar que não restam dúvidas de sua influência para o Direito Constitucional, inclusive no âmbito das constituições brasileiras desde de 1824.

Benjamin Constant (2005, p. 8), com relação à força, fala que somente há no mundo dois poderes, o poder ilegítimo ligado à força e o poder legítimo que é a vontade geral, mas, ao mesmo tempo que se reconhecem os direitos dessa vontade, isto é, a soberania do povo, é necessário, é urgente conceber corretamente sua natureza e determinar sua extensão. Ressalta, ainda, que se deve acusar é o grau de força, e não os depositários dessa força (monarquia, aristocracia, democracia, governos mistos, sistema representativo), é contra a arma e não contra o braço que convém ser severo.

Com base na Constituição francesa, Benjamin Constant (2005, p. 7) afirma que esta reconhece como sendo formalmente o princípio da soberania do povo, isto é, a supremacia da vontade geral sobre a vontade particular, não admitindo contestação. Ao comentar a Constituição Imperial relativa à soberania da Nação, Pimenta Bueno (1958, p. 25-26) explica

² Consolida seu entendimento: “Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos” (MONTESQUIEU, 1979, p. 149).

que: “A soberania é pois um atributo nacional, a propriedade que a nação tem de sua própria inteligência, força e poder coletivo e supremo; é o indispensável direito de determinar as formas, instituições, garantias fundamentais, o modo e condições da delegação do exercício dêsse mesmo poder”.

Pertinente à divisão dos poderes, nada adianta dividir os poderes se a soma total do poder é ilimitada, os poderes divididos só necessitam formar uma coalizão, e o despotismo é irremediável, o que importa é a vedação a violação de direitos seja estendida a todos os poderes (CONSTANT, 2005, p. 13).

Da responsabilidade dos agentes, os ministros são responsáveis, já a autoridade do monarca é inviolável, o que consagra claramente a separação entre o poder ministerial do poder real, embora aquele emane deste, tem uma existência efetivamente separada, e é essencial a diferença entre autoridade responsável e a autoridade investida de inviolabilidade. Ao fazer alusão dessa distinção essencial entre autoridade responsável e investida da inviolabilidade, afirma que: “Trata-se, de fato, a meu modo de ver, da chave mestra de toda organização política” (CONSTANT, 2005, p. 18-19).

Outrossim, Benjamin Constant (2005, p. 24-26) fala que o monarca hereditário dever ser irresponsável, é um ser à parte no topo do edifício, preservação da sua estirpe e não é nada de extraordinário declará-lo um homem inviolável, que entre um poder republicano não responsável e um ministério responsável, o segundo seria tudo e o primeiro não tardaria ser reconhecido como inútil, a não-responsabilidade força a não fazer nada que não seja por intermédio de seus ministros. Assim, numa monarquia o poder superior ao ministério tem a utilidade de impedir que outros tomem o poder supremo e estabeleçam um ponto inatacável; todavia, nada semelhante ocorre numa república, onde todos cidadãos podem chegar ao poder supremo. Desse modo, as repúblicas são forçadas a tornar responsável o poder supremo.

Esboça a separação dos poderes em cinco modalidades de forma única e que jamais fora estabelecida por outro pensador. Benjamin Constant (2005, p. 19) destaca o Poder real/neutro, que, na pessoa do Chefe de Estado, é um poder neutro, com aplicação quando as engrenagens do poder executivo, legislativo e judiciário, encontram-se desajustadas, se entrechocam e se travam mutuamente, utilizado com a força necessária que as reponham em seu devido lugar, com a ressalva de que tal poder deve está fora, neutro, para que sua ação se aplique necessariamente onde quer que seja necessário, sendo preservadora, reparadora, sem ser hostil, e que o verdadeiro interesse do chefe não é a derrubada entre os poderes, ao revés que todos se apoiem e atuem em colaboração, assim, fica no meio, mas acima dos demais, com autoridade superior e intermediária.

Soma-se ao poder real, o poder executivo confiado aos ministros e executa as leis, o poder representativo da duração que reside numa assembleia hereditária e para fazer leis, o poder representativo da opinião pública com uma assembleia eletiva e, também, faz leis, e, por fim, o poder judiciário referente aos tribunais e aplicação aos casos particulares (CONSTANT, 2005, p. 19).

João Camillo (1964, p. 80), ao comentar sobre a ideia de Benjamin Constant sobre o Poder Moderador, aborda que verdadeiramente a Teoria do Estado Imperial girava em torno de uma ideia central, a saber, a delegação ao imperante desse poder neutro, como a chave de toda a organização política, e por fim zelar pela harmonia, equilíbrio e independência dos demais poderes. Desta feita, na pessoa do Imperador concentrava as Razões Nacionais em sua plenitude, cabendo aos demais poderes representar os interesses seccionais e as paixões da hora.

A separação dos poderes posta nas constituições brasileiras, desde 1824, foram delimitadas para que se possa compreender as funções de cada um e os respectivos limites, quando for o caso. Pimenta Bueno (1958, p. 33) defende que o Poder Legislativo deve ser organizado de forma separada e distinta porque é essencial não acumular o poder que cria a lei com aqueles que a executam, por interesse geral ou coletivo, individual ou civil, do contrário, deixaria de ser alta autoridade reguladora e possível perda de sua imparcialidade.

No mesmo sentido, o Poder Executivo deve ser separado e distinto, que não possa ser incumbido de fazer leis, estas quem estabelecem as normas pelas quais ele deve dirigir, quem cria os direitos e obrigações deve respeitar, quem imprime e regula as condições legítimas dos interesses coletivos, quem resguarda os direitos individuais, bem como visto ser agente político da execução da vontade nacional e não da sua vontade pessoal. Pelas mesmas razões, com relação ao Poder Judiciário, o qual não está autorizado a invadir as raias dos outros poderes (BUENO, 1958, p. 33 e 35).

Cumprir destacar que a vigente Constituição Federal de 1988 (CF/88) estabeleceu a separação dos poderes em seu artigo 2º, divididos em três poderes com harmonia, independência, tendo funções típicas e atípicas, além de ser cláusula pétrea. Desse modo, artigo 2º, da CF/88, assim dispõe: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”; e o seu artigo 60 disciplina que: A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] III - a separação dos Poderes.

Na Constituição de 1824 havia delegações dos poderes, consoante regulamenta o seu artigo 12³, e assim Pimenta Bueno (1958, p. 26) esclarece que os poderes políticos desta Constituição são delegações do exercício grande poder nacional convenientemente divididas, sem constituir a própria soberania primitiva, e sim representações e faculdades delas, entidades correlatas com a ideia de sua origem e leis constitutivas.

2 PODER MODERADOR NO PENSAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

O processo de construção do Estado nacional no Brasil, no decorrer do século XIX, envolveu uma série de fatores complexos⁴, incluindo perspectivas diferentes sobre a qual deveria ser seu perfil institucional, a opção pela monarquia constitucional foi a derrota da república, mas sem que a elite política abdicasse da adoção de um governo representativo. O modelo de monarquia vinha da Europa, onde, a partir da experiência inglesa e da revolução francesa, estava associado à representação política dos diversos setores da sociedade através do parlamento (DOLHNIKOFF, 2008, p. 13).

Antes, porém, a busca de supremacia do poder régio, efetuada sob a coordenação do ministro Marquês de Pombal e a teoria jusnaturalista configurava a concepção de projetos de reforma administrativa, como aquele proposto em 1798, por D. Rodrigo de Souza Coutinho, Ministro da Marinha e Ultramar. O império era, neste projeto, um sistema político-administrativo que reunia todos os domínios ultramarinos, como províncias detentoras de iguais privilégios e o reino de Portugal. Nesse sentido, tem-se uma organização administrativa que se fundamenta no princípio da unidade, base da Monarquia portuguesa, e cujas províncias foram estabelecidas para mútua defesa desta mesma monarquia. As concepções de poder político, de sociedade e de Estado são assim formuladas em torno da noção de império civil, com a finalidade de legitimar a monarquia portuguesa e consubstanciar projetos de atuação política (OLIVEIRA, 2005, p. 49).

Miriam Dolhnikoff (2008, p. 13) ressalta que “a presença da escravidão, a fraude e a violência nas eleições, o Poder Moderador com sua atribuição de dissolver a Câmara dos

³ Artigo 12. Todos estes Poderes no Imperio do Brazil são delegações da Nação.

⁴ Foram vários momentos significativos nas primeiras décadas posteriores à separação de Portugal, parcela da narrativa historiográfica faz referência a um centro identificado com a Corte no Rio de Janeiro, em luta contra “separatismos” de caráter regional, marcado por conflitos em diferentes níveis de intensidade, todo o Primeiro Reinado (1822-31) e o intervalos das Regências (1831-40). A rigor, esses enfrentamentos somente desencadeariam numa solução definitiva, na forma de estabilização de um Estado monárquico unitário, na concentração de poderes político-administrativos no Rio, conforme boa parte dos estudiosos, nos últimos anos de 1840, com as sucessivas derrotas de insurreições armadas em São Paulo e Minas (1842), no Sul (1845) e Pernambuco (1848-9) (FERRAZ, 2012, p. 27-28).

Deputados, levaram os historiadores a desconfiarem da afirmação dos políticos oitocentistas de que estavam construindo um governo representativo”.

Em 25 de março de 1824 foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I a primeira constituição do Brasil (CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL), que implementou a separação dos poderes no Título 3º - Dos Poderes e Representação Nacional, considerando a divisão e harmonia dos Poderes Políticos como princípio conservador dos direitos dos cidadãos, nos termos do artigo 9⁵.

Extraí-se que não fora inserida a expressão “independência” entre os poderes, possivelmente porque havia um poder prevalente sobre os demais (Poder Moderador), o que inviabiliza tal característica presente na atual Constituição Federal/88.

Vale ressaltar o apontamento feito por Tobias Barreto (1977, p. 139) de que há uma contradição no texto da Constituição Imperial correspondente à independência dos poderes. Segundo o autor, o Poder Moderador, que é declarado no artigo 98 para velar sobre os demais poderes, não pode deixar de ser um poder de ordem superior aos outros. Ocorre que, se o mencionado poder é superior aos outros, esses outros não são independentes, pois aquele tem autoridade para resolver em última análise todas as pendências dos outros, e se esses poderes não possuem independência, a Constituição mentiu no artigo 9.

Por tais razões, compreende-se que a intenção do legislador constituinte se deu no sentido de que o Poder Moderador foi contemplado com o grau de superioridade e que os demais poderes (legislativo, executivo e judiciário) são, entre si, independentes.

A Constituição Imperial dividiu em quatro poderes expressados no seu artigo 10, com destaque ao Poder Moderador; desse modo, estabeleceu que “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”. Contata-se a influência dos ensinamentos de Montesquieu (Legislativo, Executivo e Judiciário) e de Benjamin Constant (Poder Real/Neutro) com relação ao Poder Moderador.

No que toca ao fim das normas da constituição de 1824, Pimenta Bueno (1958, p.44) relata ser uma ordem fixa, o bem de todos e de cada um, o desenvolvimento moral e intelectual, o progresso e felicidade geral, seus meios dirigem-se a impossibilitar o arbítrio, conter os poderes em raias limitadas, consagrar os direitos individuais e sociais, segurar a intervenção, o voto, ou participação nacional no governo do Estado.

⁵ Artigo 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o principio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece.

João Camillo (1964, p. 78) expõe que o Imperador era um representante da nação, das supremas razões nacionais, da ordem jurídica, a unidade de todos os brasileiros, além das variações de região, classe, partido, raça, enfim, representava a nação em sua totalidade unificada, no tempo e no espaço.

O imperador tinha a iniciativa política em suas mãos por meio do Poder Moderador, que ficou denominado como poder pessoal, falseando um governo representativo na medida em que nomeava livremente o ministério, sem compromisso com a maioria parlamentar e também dissolvia a Câmara dos Deputados (DOLHNIKOFF, 2008, p. 14).

A ideia introduzida na Carta Imperial com a criação do Poder Moderador, destinado a assegurar a harmonia e a independência entre os demais poderes, ocasionando a tetrapartição dos poderes, embora, não se possa atribuir a originalidade à elite política imperial Brasil, registra-se que a incorporação das ideias de Benjamin Constant ocorreu de forma pioneira no constitucionalismo brasileiro (MARIANO, 2011, p. 71).

Pimenta Bueno (1958, p. 30) salienta que o poder político quer dizer a delegação mais ou menos ampla da soberania nacional, a competência, a força inteligente criada, a autorizada para exercer as atribuições delegadas no fim da conservação e bem-ser social⁶, e os quatro poderes reconhecidos na Constituição de 1824 são expressões naturais e necessárias da Soberania Nacional.

Convém notar a crítica estipulada por Tobias Barreto (2000, p. 375) sobre a questão do Poder Moderador, no sentido de que se achavam reduzidos quase todos os problemas do direito público, servindo de alimento a ignorância e a covardia política, que ela existe somente para dar à posteridade a mais um testemunho, entre vários, que devem convencê-la da pobreza e do atraso. E assim exclama: “Não duvido que sejam sinceros os publicistas brasileiros em perscrutar, o que eles dão como natureza e fundamentos racionais do poder moderador; todavia não deixam de levar em seus escritos alguma coisa de fútil e mesquinho, como que terá de divertir-se a geração futura”.

E assim complementa sobre o que pensa e diria ao Imperador sobre seu governo:

(...) vós sois uma inteligência elevada, um soberano invejável, porém deveis refletir que estais causando mal ao país com o vosso modo de governo, constitui um gênero novo de humilhação; é adular com tanto empenho, que o beijo acaba pela mordedura; é balançar o turbulo com tanta força, que se acha a deitar brasas por cima da divindade (BARRETO, 2000, p. 376-377).

⁶ Cruz (2009, p. 58) diz que: “as transformações posteriores sofridas pelo Estado, quando do advento, por exemplo, do Estado do Bem-Estar, foram traduzidas em previsões constitucionais concebidas, principalmente no mundo ocidental, com base também na teoria do Poder Constituinte”.

Paulo Bonavides (2008, p. 19) é categórico ao afirmar que o constitucionalismo imperial inovou com ousadia por não ter seguido a doutrina de Montesquieu, mas a de Benjamin Constant, quando este instituiu a figura do quarto poder na distribuição de competência aos órgãos de soberania. Com efeito, proclama que:

Este poder, o célebre Poder Moderador; aparece em nossa Constituição imperial, a única do mundo que lhe deu acolhida, enquanto as demais Constituições das Américas se conservaram fiéis à clássica divisão dos três poderes elaborada por Montesquieu no “Espírito das Leis”, a saber, Executivo, Legislativo e Judiciário (BONAVIDES, 2008, p. 20).

Portanto, o Poder Moderador foi instituído pelo legislador constituinte de forma inédita, ou seja, a denominação elegida e a inserção em norma prevalente de nível constitucional, para caracterizar uma formulação intelectual brasileira original.

2.1 Poder Moderador: natureza, características e atribuições do imperante

O Poder Moderador, além de sua inserção no artigo 10, a Constituição de 1824 dispensou um Capítulo (Do Poder Moderador), nos artigos 98 a 101, para determinar sua regulamentação propriamente dita, conforme o artigo 98 dispõe sobre sua natureza, *in verbis*:

Artigo 98. O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos mais Poderes Políticos.

O Poder Moderador, cuja natureza encontra-se no dispositivo supra, é a suprema inspeção da nação, é o alto direito que ela tem, que não pode exercer por si mesma, de examinar os diversos poderes políticos, que ela criou e confiou a seus mandatários, faculdade que a mesma possui para fazer a conservação dos poderes, concorrendo em harmonia como outros para o fim social, o bem-estar nacional, com manutenção do equilíbrio, para impedir abusos, uma elevada força social, órgão político mais ativo e mais influente de todas as instituições fundamentais da nação (BUENO, 1958, p. 201).

Tobias Barreto (2000, p. 393) enfatiza que o legislador constituinte recebeu não somente as ideias de Benjamin Constant, como até suas próprias palavras, certamente com referência a expressão “chave de toda a organização política”.

Resta evidente que o Poder Moderador tem predomínio em relação aos demais poderes, pois lhe foi dada a chave de toda a organização política, para divergir, nesse aspecto pontual,

do modelo de Montesquieu, com determinada aproximação de John Locke⁷, autoridade concedida pela Constituição tendo em vista a impossibilidade do exercício direto pela nação.

Pimenta Bueno complementa:

Este poder, que alguns publicistas denominam poder real ou imperial, poder conservador, incontestavelmente existe na nação, pois que não é possível nem por um momento supor que ela não tenha direito de examinar e reconhecer como funcionam os poderes que ela instituiu para o seu serviço, ou que não tenha o direito de providenciar, de retificar sua direção, de neutralizar seus abusos.

Existe, e é distinto não só do poder executivo, como de todos os outros; não pode ser exercido, como já indicamos, pela nação em massa, precisa ser delegado. (BUENO, 1958, p. 201-202)

Entende-se, por tais argumentos, que o autor estava a defender que o Poder Moderador foi beneficiado como legítimo representante da nação, para protegê-la no âmbito da prestação de seus serviços, isto é, houve delegação de poderes desta para aquele.

O artigo 99, da Constituição Imperial, descreveu os atributos do Imperador (imperante), identificados pela inviolabilidade e irresponsabilidade por seus atos, como se pode perceber: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Tais atributos são inseparáveis da monarquia, dogmas políticos consagrados por interesse público, é um princípio de ordem e segurança nacional, também princípio quanto ao poder resguardado pela responsabilidade ministerial e quanto aos fatos individuais da alta posição, e que a majestade jamais possa vir a infringir as leis (BUENO, 1958, p. 203).

Os títulos concedidos são de Imperador Constitucional e Defensor Perpétuo, com tratamento de Majestade Imperial, nos termos do artigo 100, da Constituição de 1824, em razão da superioridade do Poder Moderador. Pimenta Bueno (1958, p. 203) diz que os títulos indicam que o imperante representa a soberania e majestade da nação, pois sustenta esse alto poder e sua ampla independência exterior.

No que se refere às atribuições do Imperador junto ao Poder Moderador, o artigo 101 trouxe um rol de nove atribuições, as quais demonstram o poder concedido ao imperante no exercício de suas funções constitucionais e configurando competência exclusiva, a seguir expostas:

⁷ John Locke (1998, p. 518) defende que não pode haver mais de um único poder supremo, e este é o poder legislativo, ao qual os demais estão subordinados, poder fiduciário para atingir certos fins, cabe ao povo um poder supremo para remover ou alterar o legislativo quando julgar que este atua contrário à confiança depositada. Desse modo, o autor entende que o poder legislativo é supremo, contudo a Constituição Imperial o fez com o Poder Moderador.

Artigo 101. O Imperador exerce o Poder Moderador

I. Nomeando os Senadores, na fôrma do Artigo 43. II. Convocando a Assembléa Geral extraordinariamente nos intervallos das Sessões, quando assim o pede o bem do Imperio. III. Sancionando os Decretos, e Resoluções da Assembléa Geral, para que tenham força de Lei: Artigo 62. IV. Approvando, e suspendendo interinamente as Resoluções dos Conselhos Provinciaes: Arts. 86, e 87. V. Prorogando, ou adiando a Assembléa Geral, e dissolvendo a Camara dos Deputados, nos casos, em que o exigir a salvação do Estado; convocando immediatamente outra, que a substitua. VI. Nomeando, e demittindo livremente os Ministros de Estado. VII. Suspendendo os Magistrados nos casos do Artigo 154. VIII. Perdoando, e moderando as penas impostas e os Réos condemnados por Sentença. IX. Concedendo Amnistia em caso urgente, e que assim aconselhem a humanidade, e bem do Estado.

Não se pretende analisar todas essas atribuições, pois o enfoque central é a sua descrição, conforme acima apresentada, sendo suficiente para perceber que o Poder Moderador, por intermédio do exercício do Imperador, possuía um alto grau de determinações como poder absoluto, tendo a possibilidade de nomear Senadores e Ministros de Estado, dissolver a Câmara dos Deputados, suspender Magistrados⁸, perdoar e moderar penas impostas, ou seja, atribuições ao Poder Moderador para atuar junto aos demais poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), medidas essas não concedidas a outro poder (separação dos poderes), o que corrobora como sendo um instituto jurídico de características peculiares (origem) de todas as constituições.

O Imperador integrava dois poderes conjuntamente, na qualidade de Chefe do Executivo (artigo 102, da Constituição de 1824) e por delegado privativamente como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante (artigo 98).

Outro órgão interligado ao Poder Moderador era o Conselho de Estado, composto por Conselheiros vitalícios, nomeados pelo Imperador, em número não excedente a dez e possuía os mesmos requisitos para ser Senador⁹, em harmonia com os artigos 137, 138 e 140, todos da Constituição Imperial.

Para Pimenta Bueno (1958, p. 280-281) o Conselho de Estado constituía uma importante instituição que atua no auxílio ao governo, por sua experiência, opiniões e pareceres, fiscal das competências administrativas, e coadjuvação nos assuntos da política e da administração, tanto interna como externa.

⁸ Assim determinava o artigo 154 a respeito da suspensão de magistrado: “O Imperador poderá suspendel-os por queixas contra elles feitas, precedendo audiencia dos mesmos Juizes, informação necessaria, e ouvido o Conselho de Estado. Os papeis, que lhes são concernentes, serão remetidos á Relação do respectivo Districto, para proceder na fôrma da Lei”.

⁹ Os requisitos para ser Senador estavam descritos no artigo 45: I. Que seja Cidadão Brasileiro, e que esteja no gozo dos seus Direitos Politicos. II. Que tenha de idade quarenta annos para cima. III. Que seja pessoa de saber, capacidade, e virtudes, com preferencia os que tiverem feito serviços á Patria. IV. Que tenha de rendimento annual por bens, industria, commercio, ou Empregos, a somma de oitocentos mil réis.

A Constituição de 1.824 (artigo 142) disciplinou que o Conselho de Estado deveria ser ouvido em todas as ocasiões em que o Imperador se proponha a exercer qualquer das atribuições próprias do Poder Moderador, pelo menos em tese, ou seja, aquelas retratadas nos artigos 101, exceto nas nomeações e demissões *ad nutum* dos Ministros de Estado. Posteriormente, o Conselho de Estado foi extinto pelo Ato Adicional de 1834 (Lei n. 16, de 12 de agosto de 1834), de acordo com o seu artigo 32.

2.2 A pretensão da Constituição Imperial com o Poder Moderador na perspectiva de João Camillo

Para se compreender o Estado imperial, importa saber o que se pretendia com o Poder Moderador. A ideia estava posta, um monarca que tinha o propósito de continuidade pela dinastia, sem fazer parte de grupos, classes, nem ligações regionais, sem dever seu poder a partidos, grupos econômicos, ausentes promessas eleitorais para cumprir, inexistência de preocupação com o futuro (o futuro da família estava garantido com a preservação da paz e da grandeza nacional), além de não está sujeito a tentação de fazer uso de uma rápida passagem pelo governo para proveito de benefícios e vantagens à custa da nação (TORRES, 1964, p. 80).

Percebe-se que João Camillo descreve um agente público investido de total independência política, livre de grupos econômicos ou quaisquer agentes, ou mesmo alguma restante situação durante sua vida monárquica, com custas ao poder público na integralidade, faz com que se implemente ideias com a intenção de perpetuidade no poder e, posteriormente, sua respectiva transmissão por meio da dinastia.

A Constituição Imperial em alguns de seus dispositivos deixa evidente a transmissão do poder de forma permanente e hereditária, haja vista o interesse de permanecer no poder¹⁰. Desse modo, João Camillo (1964, p. 80) manifesta que o escopo do monarca é a sucessão ao seu próprio filho.

¹⁰ Dispositivos da Constituição Imperial os quais tratam da dinastia: Artigo 4. A Dynastia Imperante é a do Senhor Dom Pedro I actual Imperador, e Defensor Perpetuo do Brazil. Artigo 15. E' da attribuição da Assembléa Geral VII. Escolher nova Dynastia, no caso da extincção da Imperante. Artigo 36. E' privativa da Camara dos Deputados a Iniciativa. III. Sobre a escolha da nova Dynastia, no caso da extincção da Imperante. Artigo 116. O Senhor D. Pedro I, por Unanime Acclamação dos Povos, actual Imperador Constittucional, e Defensor Perpetuo, Imperará sempre no Brazil. Artigo 117. Sua Descendencia legitima succederá no Throno, Segundo a ordem regular do primogenitura, e representação, preferindo sempre a linha anterior ás posteriores; na mesma linha, o gráo mais proximo ao mais remoto; no mesmo gráo, o sexo masculino ao feminino; no mesmo sexo, a pessoa mais velha á mais moça.

Tobias Barreto (1977, p. 130) explica que “Monarquia hereditária ou despótica é aquela em que o chefe do Estado herda o poder e o transmite, por sucessão, aos seus herdeiros descendentes”. Acrescenta que a nossa constituição, com alusão à de 1824, tendo instituído tal modalidade, não devia deixar de declarar qual a dinastia que garantisse a exigência da sucessão hereditária da coroa.

Aduz que o Imperador não era um soberano por direito divino, como ocorria no século XVII, mas um ministro da república, utilizando-se da fórmula de Suárez pelo instrumento da coisa pública, sobretudo, que a concepção de uma realeza, verdadeira monarquia, seria essencialmente e não por acidente, voltando-se, quase inconscientemente, à tradição portuguesa do suarismo político (TORRES, 1964, p. 81). Impõe-se, então, deduzir que a pretensão era a de romper a tradição da transferência de poder oriunda de Deus aos governos, e sim, como ministro da república, cessão oriunda da própria nação por aspectos hereditários.

João Camillo (1964, p. 78 e 81) revela que a teoria da delegação tem a sua importância e é mais ousada do que a translação de Suarez (a república transfere ao Príncipe o poder), pois surgira a doutrina de que a Constituição organizava o poder supremo como uma delegação da comunidade nacional.

Inobstante isso, Tobias Barreto (1977, p. 130) questiona a veracidade se todos os poderes políticos do Estado brasileiro são delegação nacional, para ele o Imperador, proclamado um poder à parte e irresponsável, não é mandatário da Nação, pois todo mandato pressupõe responsabilidade ao mandatário, que deve prestar contas, isto é, o Imperador privativo depositário do Poder Moderador, inviolável, sagrado, irresponsável, não pode ser mandatário e, por conseguinte, conclui que o mesmo é anterior à Constituição, que ficou independente e superior a ela, e em vez de ser ele a criação do Brasil, este é a criação dele.

Braz Florentino (1864, p. 26) aborda que o Poder Moderador é centro de unidade, o grande meio externo de que se serviu o legislador constituinte para realizar a independência, o equilíbrio e a harmonia dos demais, não haveria notável inconseqüência em delegá-lo a mais de uma pessoa física, regulamentar de forma diversa, cairia o legislador numa inconseqüência e, para não incorrer nisso, houve a delegação de forma privativamente ao Imperador.

À vista de tais razões, faz-se a leitura de que o Estado imperial teve a pretensão de implementação do Poder Moderador na Constituição, que se deu, na perspectiva de João Camillo, com o objetivo precípua de permanência no poder por delegação da comunidade nacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidencia-se que o princípio da separação dos poderes teve por fulcro Montesquieu (tripartição – Executivo, Legislativo e Judiciário) e Benjamin Constant (Poder Moderador) os quais proporcionaram forte influência no pensamento constitucional brasileiro.

Montesquieu estabeleceu a tripartição de separação dos poderes em poder legislativo quando o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou abroga as que estão feitas, o poder executivo para fazer a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões, e o poder judiciário que pune os crimes ou julga as querelas dos particulares, ou seja, o poder de julgar.

Para Benjamin Constant o Poder real/neutro, que, na pessoa do Chefe de Estado, é um poder neutro, com aplicação quando as engrenagens do poder executivo, legislativo e judiciário, encontram-se desajustadas, entrecrocadas e se travam mutuamente, utilizado com a força necessária que as reponham em seu devido lugar, com a ressalva de que tal poder deve quedar-se fora, neutro, apartado, para que sua ação se aplique necessariamente onde quer que seja necessário, sendo preservadora, reparadora, sem ser hostil, e que o verdadeiro interesse do chefe não a derrubada entre os poderes, ao revés que todos se apoiem e tenham atuação em colaboração; fica no meio, mas acima dos demais, com autoridade superior e intermediária.

A Constituição, à época do império, estabeleceu quatro poderes, dentre eles, o Poder Moderador, da seguinte maneira: “Os Poderes Políticos reconhecidos pela Constituição do Império do Brasil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”. Resta evidente a influência das teorias postas pelos pensadores Montesquieu e de Benjamin Constant.

Demonstrou-se que o Imperador D. Pedro I, na delegação e exercício do Poder Moderado tinha a iniciativa política em suas mãos por meio do Poder Moderador, falseando um governo representativo na medida em que nomeava livremente o ministério, sem compromisso com a maioria parlamentar, dissolvia a Câmara dos Deputados e foi contemplado com o grau de superioridade em relação aos demais poderes.

A Constituição de 1824 dispensou um Capítulo específico ao Poder Moderador para determinar sua regulamentação, além da divisão, harmonia e delegação da Nação, era a chave de toda a organização política, possuindo um órgão de auxílio que era o Conselho de Estado, os atributos do Imperador identificados pela inviolabilidade e irresponsabilidade, além de que integrava dois poderes conjuntamente, na qualidade de Chefe do Executivo e delegado privativamente como Chefe Supremo da Nação e seu primeiro representante.

Diversas atribuições foram postas expressamente no artigo 101, da Constituição de 1824, denotando-se que o mesmo possuía um alto grau de determinações, como a possibilidade de nomear Senadores e Ministro de Estado, dissolver a Câmara dos Deputados, suspender Magistrados, perdoar e moderar penas impostas, ou seja, atribuições ao Poder Moderador para atuar junto aos demais poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário), atribuições não concedidas a outro poder, o que corrobora como sendo um instituto jurídico de características peculiares, com um modelo em tempo/lugar algum positivado nas demais constituições.

Constatou-se que a pretensão da implementação do Poder Moderador pelo Estado imperial ocorreu, na perspectiva de João Camillo, com o objetivo precípua de permanência no poder.

Destarte, nota-se que a ideia da instituição do Poder Moderador remota à Benjamin Constant, o que, nesse aspecto, não se pode atribuir a originalidade à Constituição Imperial, para divergir do modelo de Montesquieu, porém, houve a inserção em norma prevalente, o modelo assentado na carta magna inovou com ousadia diante do absoluto predomínio em relação aos demais poderes, ampla autonomia, superioridade, independência, irresponsabilidade, ausência de limites comprometendo a vertente da representação e da delegação da Nação, diversas e novas atribuições, ou seja, lhe foi dada a chave de toda a organização política.

Ademais, considerando que foi a única do mundo que lhe deu acolhida, enquanto as demais Constituições das Américas se conservaram fiéis à clássica divisão dos três poderes, conclui-se que há um pensamento constitucional brasileiro no Poder Moderador estabelecido na Constituição Política do Império do Brasil de 1824.

REFERÊNCIAS

ATO ADICIONAL DE 1834 (LEI N. 16, DE 12 DE AGOSTO DE 1834). Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 15 dez 2018.

BARRETO, Tobias. **Estudos de Direito.** 1 ed. Campinas: Bookseller, 2000.

BARRETO, Tobias. **A Questão do Poder Moderador e outros ensaios brasileiros.** Seleção e coordenação de Hildon Rocha, introdução de Evaristo de Moraes Filho. Petrópolis: Vozes, 1977.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição do Império e as Nascentes do Constitucionalismo Brasileiro.** In: ROCHA, Cléa Carpi (Coordenação). As constituições brasileiras: notícias, história e análise crítica. Brasília: OAB Editora, 2008.

BUENO, José Antonio Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. São Paulo: Livraria do Advogado, 1958.

CONSTANT, Benjamin. **Escritos da Política**. Tradução de Eduardo Brandão e Introdução de Célia N. Galvão Quirino. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2005.

CONSTITUIÇÃO IMPERIAL DE 1824, CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

Disponível em < <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 12 Dez 2018.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, Poder, Ideologia & Estado Contemporâneo**. 3 ed. (ano 2002), 6ª tir. Curitiba: Juruá Editora, 2009.

DOLHNIKOFF, Miriam. **Império e Governo Representativo: uma releitura**. Caderno CRH, Salvador, v. 21, n 52, p. 13-23, Jan./Abr. 2008.

FERRAZ, Sérgio Eduardo. **O Império Revisitado: instabilidade ministerial, Câmara dos Deputados e o Poder Moderador (1840 – 1889)**. 2012. 355f. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo.

GARCIA, Marcos Leite. **As origens do Poder Constituinte na Revolução Francesa: dos Estados Gerais ao estabelecimento da Assembléia Nacional Constituinte em 1789**. Disponível em < <http://www.ambito-juridico.com.br>>. Acesso em 12 Dez 2018.

LOCKE, John. **Dois Tratados sobre o Governo**. Tradução Julio Fisher, Editora Martins Fontes: São Paulo, 1998.

MARIANO, Cynara Monteiro. **O debate sobre a separação de poderes no pensamento constitucional brasileiro**. In: LIMA, Martonio Mont`Alverne Barreto; SOARES, Ana Katarina Fonteneles; NUNES, Andrine Oliveira; CASTRO, Rodrigo Ferraz de. *Temas de Pensamento Constitucional Brasileiro*. Vol. II. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de la. **Do espírito das leis**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

OLIVEIRA, Eduardo Romero de. **A idéia de império e a fundação da monarquia constitucional no Brasil (Portugal-Brasil, 1772-1824)**. *Tempo*, vol. 9, no. 18, Niterói, Jan/Jun 2005.

SOUZA, Braz Florentino Henrique de. **Do Poder Moderador**. Recife: Typographia Universal, 1864.

SIEYÈS, Emmanuel Joseph. **A Constituição Burguesa. (Qu'est-ce que le Tiers Etat?)**. 5 ed. Organização e Introdução de Aurélio Wander Bastos, Tradução de Norma Azevedo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

TORRES, Joao Camillo de Oliveira. **A Democracia Coroada. Teoria Política do Império**. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 1964.

CONSTITUIÇÃO, CULTURA E DIREITOS: O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO FIO CONDUTOR DA HERMENÊUTICA DA DIGNIDADE

Carlos Alberto Simões de Tomáz

Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito (UNISINOS/RS). Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Professor da Universidade Vila Velha/ES - UVV. Magistrado.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

CONSTITUIÇÃO, CULTURA E DIREITOS: O DIREITO CONSTITUCIONAL COMO FIO CONDUTOR DA HERMENÊUTICA DA DIGNIDADE

Carlos Alberto Simões de Tomaz

Pós-Doutor em Filosofia do Direito (Universidade de Coimbra). Doutor em Direito (UNISINOS/RS). Mestre em Direito das Relações Internacionais (UNICEUB/DF). Professor da Universidade Vila Velha/ES – UVV. Magistrado.

RESUMO:

A consideração da experiência do Direito como ciência cultural é o ponto de partida para compreensão dos direitos fundamentais. Apostando nessa premissa, o artigo propõe, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva amparada em pesquisa bibliográfica, um exame da experiência jurídica a partir da consideração do contexto sócio-político-econômico de tal sorte que a se possa divisar na Constituição um elemento que para além de propiciar um acoplamento desses sistemas, viabilize respostas, no momento da *applicatio*, em defesa do princípio da dignidade da pessoa humana a ponto de ensejar, a partir daí, uma hermenêutica da dignidade que constitui, em suma, a missão do Direito Constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos fundamentais; Cultura; Constituição; Dignidade; Hermenêutica; Jurisdição

CONSTITUTION, CULTURE AND RIGHTS: THE CONSTITUTIONAL LAW AS THE GUIDING PRINCIPLE OF THE HERMENEUTICS OF DIGNITY

ABSTRACT:

The consideration of the experience of law as a cultural science is the starting point for understanding the fundamental rights. Relying on this premise, the article proposes an examination of legal experience from the consideration of context socio-political and economic in order to see the Constitution as an element able to provide a coupling of these systems, enabling right answers, in the adjudication, in defense of the human dignity principle.

KEYWORDS: fundamental rights; culture; Constitution; dignity; hermeneutics; jurisdiction

SUMÁRIO: Introdução. 2. Os pressupostos para uma hermenêutica da dignidade. 3. O fio condutor da hermenêutica da dignidade reclamada pelo Direito Constitucional. 4. Contextualizar na diversidade. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Instados a refletir sobre a função do Direito Constitucional, nossa preocupação, de plano, voltou-se para a questão dos direitos humanos. Não sem razão se considerarmos que a materialidade de uma constituição sempre esteve atrelada a um conjunto de normas voltadas para proclamar os direitos fundamentais e suas garantias (aí naturalmente incluídas as normas programáticas, enfim, as finalidades estabelecidas para a efetivação do núcleo de fundamentabilidade da vida humana) e a organização do Estado. E a pergunta que nos sobreveio pode assim ser formulada: como divisar no Direito Constitucional um caminho, um reforço, um guia, enfim, para a efetivação dos direitos humanos?

Nossa resposta, a partir de uma abordagem lógico-dedutiva amparada em pesquisa bibliográfica, constitui a reflexão que ora submetemos neste artigo e palmilha por considerar que a experiência jurídica deve ser alavancada sobre a consideração de que o Direito é uma ciência cultural e, como tal, exposta a interferências, transformações e condicionamentos culturais, de tal sorte que a busca por respostas corretamente justificadas, quando está em causa a interpretação das normas constitucionais, deve ter em consideração os contornos delineados não apenas pelo texto, mas e, sobretudo, pelo contexto sócio-político e econômico.

Esse contexto expõe o repositório de elementos culturais de uma comunidade e que são desvelados a partir da consideração de que somos vinculados aos efeitos da história, da finitude, da cotidianidade de onde emerge a vida, a existência concreta a determinar em toda situação hermenêutica singular a defesa do princípio da dignidade, tudo, enfim, sob o fio condutor de uma principiologia constitucional que o Direito Constitucional permite conhecer e manejar ao declarado escopo.

2 OS PRESSUPOSTOS PARA UMA HERMENÊUTICA DA DIGNIDADE

A consideração de que a nossa compreensão encontra-se vinculada aos efeitos da história, da cotidianidade e da finitude que limitam e condicionam qualquer decisão a partir de uma situação hermenêutica considerada conduz, sem dúvida alguma, à certeza de que as decisões judiciais devem ser contextualizadas. Efetivamente, se o direito é uma ciência cultural, a decisão judicial há de ser construída no contexto sócio-político-econômico, enfim, cultural, o que decorre da constatação de que o Estado constitucional se erige, precisa e depende de uma infra-estrutura sociocultural. Com efeito, a concepção do Estado, já ensinava Heller, não pode se dar a partir de uma compreensão sobre-humana nem infra-humana, tem que ser precisamente humana, pois, registrava ele, “só para a compreensão humana

“significam” alguma coisa essas formas psicofísicas da realidade que se chamam Estado ou cultura”.¹

A cultura vinha a ser concebida, assim, como a atribuição de sentidos aos objetos (a inserção de fins humanos na natureza), mas alertava Heller que o próprio homem – e não apenas o meio circundante – se torna fragmento da cultura transformando-se incessantemente, enquanto ser social. Significa dizer, portanto, que “a cultura não é, pois, de modo algum, uma criação da realidade, condicionada unicamente pelo poder do espírito humano, mas uma conformação da realidade sujeita às leis psíquicas e físicas do homem e do seu material. Devendo acrescentar-se que o conhecimento destas leis pelo homem, a maneira como são utilizadas, em suma, a sua ação social e a sua significação cultural, é algo que muda também com a história”². Essa significação da cultura como “mundo histórico-social” a partir de onde se processa a compreensão, pois, “para quem não quer compreender não existe a cultura”³, conduziu Heller a compreender a Teoria do Estado como ciência cultural.

No mesmo caminho palmilhou Radbruch quando proclamava que a cultura não é de modo algum um valor puro, “é uma mistura de humanidade e barbárie, de bom e de mau gosto, de verdade e de erro, mas sem que qualquer das suas manifestações (quer elas contrariem, quer favoreçam, quer atinjam quer não a realização dos valores) possa ser pensada sem referência a uma ideia de valor. Certamente, a Cultura não é o mesmo que a realização dos valores, mas é o conjunto dos dados que têm para nós a significação e o sentido de os pretenderem realizar.”⁴, para compreender, a partir daí, a ciência do direito como ciência cultural, porque “o direito é um facto ou fenómeno cultural, isto é, um facto referido a valores”⁵.

Häberle ressalta que o clima de todo o debate acerca da cultura teve reflexo nos trabalhos científicos de muitos outros autores, entre eles, Heidegger⁶. Relembramos, igualmente, que a cultura constitui-se elemento decisivo para a compreensão do pensamento de Gadamer a guisa de alavancar a experiência jurídica como experiência hermenêutica a partir de uma situação hermenêutica limitada pela consciência dos fatos históricos que impõe atenção à cotidianidade, que se refere ao modo de existência em que a presença se mantém, como “vive o seu dia”, ressalta Heidegger, que insiste em que a cotidianidade não significa a

¹ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 58.

² HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 56.

³ HELLER, Hermann. *Teoria do Estado*. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968, p. 58.

⁴ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 41-41.

⁵ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979, p. 45.

⁶ HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 67.

soma de todos os dias, mas o modo de existência que domina a pre-sença, que lançada enquanto *ser-no-mundo* existe *a partir da herança* que ela, enquanto lançada, *assume*.⁷

Assim, pois, os textos jurídicos carregam – ou pelo menos devem carregar – o peso da infra-estrutura cultural. Portanto, possuem e cobram seu próprio peso que deve ser aferido contextualmente. É exatamente por isso que Häberle concebe a interpretação, longe de se constituir um processo de passiva subsunção, como um processo aberto. Aberto porque enseja uma vinculação à contextualidade⁸ e não apenas ao texto, mas porque igualmente enseja a ampliação do elenco dos intérpretes que, em sentido amplo, colocaria todos aqueles que de alguma forma participassem da práxis numa sociedade aberta e não apenas os intérpretes oficiais do texto⁹.

Significa dizer, nessa linha, que a constituição deve ser entendida para além do texto, “en un entorno de requisitos de comprensión y precomprensión que tan solo se puede reconocer en toda su envergadura si se contempla desde la perspectiva de la Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura”¹⁰. É sob o manto desse especial aspecto de nossa compreensão (de se encontrar vinculada a uma pré-compreensão) que o conceito de cultura se apresenta imbricado ao direito quando se completa com as ideias cotidianas de fatos e definições sociológicos e antropológicos, que são aferidas recorrendo-se a aspectos ligados à tradição, mas também à transformação e à diversidade. Esses aspectos que compõem a definição de cultura são assim sintetizados por Häberle: “1) <<cultura>> es la mediación de lo que en un momento dado fue (aspecto tradicional); 2) <<cultura>> es el ulterior desarrollo de lo que ya fue en su momento, y que se aplica incluso a la transformación social (aspecto innovador); 3) <<cultura>> no es siempre sinónimo de <<cultura>>, lo cual significa que un mismo grupo humano puede desarrollar simultáneamente diferentes culturas (aspecto pluralista de la cultura)”¹¹. A partir daí, Häberle se mostra convencido da necessidade de se recorrer a esses parâmetros para resolver sem problemas a operatividade da constituição. Nas suas palavras:

⁷ HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. vol. II. Petrópolis: Vozes, 2005, p.173 e 189.

⁸ HÄBERLE, Peter.. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*. Madrid: Trota, 1998, p. 71.

⁹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 30 – 31.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 23.

¹¹ HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 26.

Aqui lo realmente relevante es comprender que toda cultura existente en un determinado grupo siempre ostentará de una forma más o menos destacada cada uno de los susodichos aspectos. Sólo mediante esta manera de comprender el <<concepto de cultura>> de forma tan diferenciada y disciplinada, que distingue entre los polos variables y los múltiples niveles existentes en función de cada uno de sus respectivos contextos jurídicos, se logrará cumplir con la << tarea >> propia del jurista y de la Ciencia jurídica, a saber, la de limitarse a crear mediante su correspondiente sistema normativo (que aquí por otra parte es uno de los componentes culturales), un marco coherente en donde pueda desarrollarse la cultura del respectivo grupo político. La cultura así entendida en un sentido mucho más amplio forma el *contexto de todo texto legal* y de toda acción relevante jurídicamente significativa dentro del Estado constitucional.¹² (os destaques são nossos).

Assim, o texto constitucional deixa de ser apenas um texto jurídico, que interessa apenas aos juristas, para ser compreendido como expressão de um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorrepresentação própria de todo o povo, espelho de seu legado cultural e fundamento de suas esperanças e desejos, uma constituição de *letra viva*, entendendo por letra viva aquela cujo resultado é obra de todos os intérpretes da sociedade aberta, prossegue Häberle, que inteiramente convencido de que o aspecto jurídico (o texto) representa apenas uma dimensão da constituição como cultura, registra que ele (o texto) não se constitui garantia de realização do Estado constitucional¹³, pelo que insiste em que os textos constitucionais necessitam ser literalmente “cultivados”¹⁴ para que desvelem a autêntica constituição, o que ocorre quando seus intérpretes “*codecidem* las cuestiones materiales o de fondo subyacentes a los textos jurídicos y a sus respectivos contextos siempre em su más profundo sentido, asumiendo y llevando así a la práctica los propios procesos del desarrollo constitucional, actualizar los elementos, factores, momentos y objetos realmente efetivos...”¹⁵

A consciência de que o direito é fator de expressão cultural assume papel decisivo no processo jurídico decisório. A todo instante os juristas são chamados a assumir e pôr em relevo as “cristalizações culturais subjacentes” que consubstanciam o repositório de configurações culturais, experiências, viveres, saberes, enfim, as raízes, o *ethos* pessoal e coletivo e sua íntima imbricação com as estruturas políticas, sociais e econômicas. É nessa

¹² HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 26.

¹³ Essa constatação tem sido plenamente mostrada quando se depara com respostas para as seguintes questões: Existe realmente consenso no nível da constituição? Existe realmente equivalência entre o texto escrito da constituição e a cultura política do respectivo povo? Os artigos da constituição especificamente identificados com a cultura gozam efetivamente de eficácia a ponto de permitir que o cidadão se sinta identificado com ela? (cfe. HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 35).

¹⁴ Häberle informa que o étimo, como substantivo, “cultura” procede do verbo latino *cultivare*.(HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 35).

¹⁵ Peter. *Teoría de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 39.

contextura que é alavancada a pré-compreensão que se vê limitada no tempo e no espaço por esse fundo material que compõe o contexto cultural subjacente a toda constituição. Daí porque Häberle se mostra convencido de que os intérpretes da constituição não podem desconsiderar as especificidades culturais que podem tingir ou colorir de maneira diferente o mesmo texto, do mesmo modo que toda modificação ou transformação cultural termina também por tingir a própria interpretação constitucional, de tal sorte que o desenvolvimento constitucional depende, com mais intensidade, das “cristalizações culturais” do que da própria hermenêutica constitucional.¹⁶

As *cristalizações culturais* tornam-se evidentes e relevantes quando se considera o debate em torno de interesses de uma variada gama de partícipes do processo cultural como partidos políticos, sindicatos, associações religiosas, culturais, científicas, etc, voltado para a salvaguarda de conteúdos materiais que revelam um complexo processo plural para vincular esses conteúdos aos elementos texto-estruturais da constituição. Esse processo vetoriza e coloca em dependência os elementos texto-estruturais e o contexto-cultural ensejando o desenvolvimento, a interpretação e a própria modificação da constituição. Nesse processo, Häberle destaca a atuação da ciência jurídica, especialmente a Teoria da Constituição que, “en sua calidad de asesora mediante sugerencias y propuestas de mejora y de desarrollo constituional, constituyéndose así en uno de los elementos culturales esenciales”, apresenta-se, como ciência cultural e também integracionista na medida em que “integra los distintos elementos filosóficos-sociales com los científicos-normativos”, não raro tão dicotomizados na experiência constitucional. E por isso ele preconiza que a constituição não se reduza a um mero ordenamento jurídico susceptível apenas de ser corretamente interpretados pelos juristas, mas que se constitua um fio condutor para uso de todo cidadão leigo, o que somente poderá acontecer se a constituição puder ser compreendida como “expresión viva de un *status quo* cultural ya logrado que se halla em permanente evolución, un médio por el que el pueblo pueda encontrarse a si mismo a través de su propia cultura; Constitución es, finalmente, fiel espejo de herencia cultural y fundamento de toda esperanza”¹⁷.

É, sem dúvida, no âmbito da experiência democrática, que uma verdade sem pretensão universal, mais erigida no espaço democrático da constituição aberta e sob a consciência da diversidade cultural, portanto contextual, que se viabiliza o rechaço de uma

¹⁶HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 45 – 47, *passim*.

¹⁷ HÄBERLE, Peter. *Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura*. Madrid: Editorial Tecnos, 2000, p. 51, 72, 145, *passim*.

pretensão fundamentalista de verdade universal do tipo “isto é porque é”. Atento a isso Häberle registra: “O *protótipo* do Estado constitucional, ou respectivamente, da democracia pluralista se apresenta hoje como o mais bem sucedido modelo antogônico (certamente ainda carente de reformas) ao Estado totalitário de qualquer couleur e a todas as pretensões fundamentalistas de verdade, aos monopólios de informação e às ideologias imutáveis. Assim ele se caracteriza exatamente pelo fato de *não* estar em posse de verdades eternas pré-constituídas, mas sim de ser predestinado apenas a uma mera *busca* da verdade. Ele se fundamenta sobre <<verdades>> provisórias, revidáveis, as quais ele, a princípio, acolhe no plural e não no singular e também não as <<decreta>>”.¹⁸.

Se estamos em busca de respostas corretas para o direito para assegurar eficácia ao princípio dignitário, as condições culturais da verdade devem inequivocamente ser consideradas. Elas revelam o *lucus* onde a verdade deve ser construída e projetam-se, segundo Häberle, sobre dois aspectos. O primeiro, material, que evoca a herança cultural da humanidade, que assegurando conteúdo às liberdades de manifestação (religião [crença], arte e ciência), cria razão ou razões para a condição humana dos indivíduos. O segundo, de natureza formal, revela, tal qual o primeiro, a importância do espaço democrático criado pelo Estado constitucional, e projeta-se para garantia dos direitos fundamentais, assegurando, dessa forma, uma relação mais próxima com aquelas liberdades de manifestação e exprimindo, desde aí, o sentido da constituição como cultura, e vai mais além para garantir que o Estado não seja uma verdade evidentemente pré-constituída ou domine todas as formas de conhecimento, de concepção de vida, enrijecendo a verdade como se se pudesse buscá-la num espaço originário da natureza ou num espaço sem cultura. São as chamadas cláusulas de pluralismo constituídas da vida política, social e econômica, registra, ainda naquele contexto, Häberle.¹⁹.

A herança cultural da humanidade vai servir de blindagem ao acontecer da verdade. Mesmo considerando-se como inerente ao Estado de Direito Democrático o princípio do pluralismo, o princípio da tolerância ou o princípio da diversidade, a verdade histórica não é, todavia, questão de opinião. Não se pode dizer que o holocausto ou a escravidão não existiram! Mas é preciso ter em mente que os fatos históricos, do mesmo modo que os textos jurídicos, apresentam-se carregados de sentido. E perguntar pelo sentido, a fim de perquirir a justificação de uma resposta, é se posicionar em direção à cultura, em direção à liberdade de

¹⁸ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 105.

¹⁹ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 111 e 126, *passim*.

cultura e à cultura da liberdade que exigem, a todo modo, atenção a limites (com)textuais na atuação do intérprete, como os vazados na garantia dos direitos fundamentais, como pontua Häberle²⁰ e na observância das cláusulas de pluralismo que impõem vedação de retrocessos, expurgação de excessos ou garantia de mínimo existencial assegurando suficiente e adequada proteção a bens jurídicos.

Enfim, é preciso ter redobrada atenção à propagada circunstância e lembrada por Häberle de que “a maioria não é prova de direito”, o que conclama um confronto entre maioria e verdade apontando para que “a obrigatoriedade normativa é causada pela maioria e não pela verdade”, o que, prossegue ele, “ignora a aplicação diferenciada do princípio da maioria no Estado constitucional nos diferentes âmbitos da vida humana como, por exemplo, através da proteção especial às minorias e do consenso fundamental proporcionado pelos direitos fundamentais”²¹.

3 O FIO CONDUTOR DA HERMENÊUTICA DA DIGNIDADE RECLAMADA PELO DIREITO CONSTITUCIONAL

Nessa linha de raciocínio, para o Estado Democrático de Direito a verdade é um valor cultural. Häberle está convencido de que isso não implica num relativismo universal, “pois a dignidade da pessoa humana, compreendida como uma <<premissa cultural antropológica>> do Estado constitucional, e a democracia liberal, interpretada como a sua <<consequência organizatória>>, têm valores fundamentais por base se as colocamos apenas no plano teórico-consensual de construções recíprocas...”. Esses valores fundamentais constituem toda uma principiologia da dignidade constituída de limites contra o autoritarismo (o Estado totalitário) e garantidora da continuidade da democracia que irradia efeitos vinculantes até mesmo ao legislador constituinte, como acertadamente admite Häberle²² e, portanto, reveladora da conformação que deve haver entre a constituição, o tempo e os direitos, que deveria servir de pano de fundo para o exame de questões controvertidas, mas que em defesa

²⁰ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 126.

²¹ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 114.

²² HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 106 – 107, *passim*.

de outros níveis de argumentação tem sido relevada tanto pelo constituinte derivado como pela jurisprudência²³.

Ser é tempo, lembra sempre Heidegger. A conformação dos direitos das pessoas com o direito deve projetar-se num certo tempo onde os conteúdos da constituição que apontam para ideais, objetivos, direções, sentidos, finalidades, etc, são passíveis de conformação política a fim de que se introjetem no cotidiano. Esse processo de conformação política da constituição viceja com bastante intensidade em Estados democráticos e pluralistas e requer a compreensão que dentro da constituição há espaços para se ocupar de diferentes formas, o que requer a atuação dos mais variados atores, não se limitando a atividade vinculada à chamada *política constitucional* à atuação do legislador, dos órgãos do executivo ou do judiciário, mas à dos partidos políticos, das instituições de classe (destaque na realidade brasileira para a Ordem dos Advogados do Brasil), das associações diversas, inclusive de natureza não governamental, sem falar na importância da atuação da doutrina no afã de divisar caminhos ao declarado escopo. É nessa contextura que Carbonell enfrenta o lugar da *política constitucional* chamando a atenção para o fenômeno da *constitucionalização do ordenamento jurídico*, pois, o implemento da política constitucional promove uma estreita relação da constituição com o resto do ordenamento jurídico e com os sujeitos encarregados de concretizá-los²⁴. Carbonell apoia-se na lição de Guastini para quem “um ordenamento jurídico constitucionalizado se caracteriza por uma Constituição extremamente invasora, intrometida, capaz de condicionar tanto a legislação como a jurisprudência e o estilo doutrinário; a ação dos atores políticos,

²³ Efetivamente, um rápido exame das emendas à Constituição brasileira revela, em sua maioria, que estão voltadas para suprimir direitos, sejam assegurados pelo texto originário, sejam aqueles que integram o patrimônio sócio-histórico-cultural dos indivíduos e constituem, no dizer de Häberle a “premissa cultural-antropológica” que imprime conteúdo material à dignidade da pessoa humana. Um bom exemplo disso pode ser verificado no angustiante problema da tributação dos proventos dos servidores inativos. A sinalização da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de reconhecer a inconstitucionalidade da tributação ensejou, de plano, a atuação do constituinte derivado para estabelecer o caráter atuarial do regime previdenciário dos servidores, com inclusão dos inativos, o que, de sua parte, propiciou o redirecionamento da racionalidade no âmbito do STF, para assegurar, inclusive, a tributação daqueles que já haviam se aposentado antes da edição da emenda constitucional, sob o argumento de que não prospera a invocação de direito adquirido em face da Constituição. E para os servidores ativos, preponderou, entre outros níveis de racionalidade, o apelo ao princípio da inexistência de direito adquirido a regime jurídico (ADI 2.010-2/DF, Rel. Min. Celso Mello e ADI 3.105-8/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, disponíveis em www.stf.jus.br) quando está em causa a supressão ou modificação de direitos tradicionalmente incorporados ao patrimônio histórico-cultural. A decisão da Suprema Corte palmilha o caminho de que há causa justa para a tributação dos servidores aposentados a fim de garantir o equilíbrio atuarial do regime previdenciário dos servidores, num apelo ao princípio da reserva do possível, quando não se poderia exigir do Estado o impossível, ou seja, custear as aposentadorias num sistema atuarial sem a devida contrapartida, sobremodo diante da situação deficitária apresentada pelo regime. Uma vez mais, o perecimento de direitos encontra causa na equação que se pretende impingir à relação *meios – fins*.

²⁴ CARBONELL, Miguel. A Constituição no Tempo: uma reflexão. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008, p.50.

assim como as relações sociais”²⁵, e convencido de que a abertura constitucional daí decorrente não enfraquece a força normativa da constituição, já que “a força do passado não pode ser tal que nos impeça de modificar o texto constitucional conforme as necessidades do presente”, adverte para um falseamento da realidade que adviria “se a Constituição for apresentada como uma ruptura entre o passado e o presente, como um divisor de águas fundacional, em que uma geração, partindo do zero, impõe as bases da convivência social (isto é, se se optar por uma ótica revolucionária, muito comumente observada nos discursos constitucionais oficiais na América Latina), ou, então, se a compreenderem como um seguimento das “leis naturais da história”, expressão do costume e do “ser” do “organismo social” (tal qual feito pelos movimentos conservadores do passado, principalmente durante o século XIX)... Um sistema constitucional não é, nem pode ser, na prática, somente revolução ou somente tradição, embora, às vezes, isso seja esquecido pelos defensores de um ou outro ponto de vista.”²⁶.

Häberle pondera, todavia, no sentido de que “a imposição jurídica desse limite só poderá vingar quando o Estado constitucional investir na *educação* de seus (jovens) cidadãos e quando ele possuir elementos de uma imagem da pessoa humana, os quais são compatíveis com o postulado da *busca* da verdade no contexto de seus valores básicos” ²⁷ (destaques do original). Com efeito, o conhecimento dos múltiplos aspectos da mundividência aparece como um dado relevante para o alcance da verdade. Significa dizer que se queremos respostas corretamente justificadas de nossos juízes, eles devem estar muito bem preparados para tanto. Não se está, aqui, a defender a clarividência de um juiz Hércules, mas que haja uma preparação razoável e adequada nas faculdades de direito e escolas da magistratura, o que exige de nós, enquanto cientistas teóricos do direito, uma séria reflexão quando considerarmos o baixo desempenho da jurisdição diante do dever democrático de fundamentar as decisões. Afinal, os juízes foram, são ou serão nossos alunos... É, de fato, se quisermos levar a sério uma hermenêutica da dignidade, o Direito Constitucional deve ser levado a sério...

Contudo, a decisão judicial advinda sob o enfoque de uma abertura contextual, na linha do que aqui restou exposto, não restaria carregada de um subjetivismo tamanho? Ou indagando de outro modo: o texto jurídico, como horizonte de sentido, ao ensejar a norma

²⁵ GUASTINI, Riccardo. *Estudios de la Teoria Constitucional*. México, DF: Fontamara, 2003, p. 153.

²⁶ CARBONELL, Miguel. A Constituição no Tempo: uma reflexão. In: *Revista de Direito do Estado – RDE*, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008, p. 46 – 47, *passim*.

²⁷ HÄBERLE, Peter. *Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008, p. 107.

como produto de sua interpretação erigida a partir de uma contextualidade sob o influxo da participação dos mais variados intérpretes, não faria emergir uma carga de relativismo a ponto de por em xeque a interpretação do direito que, como questiona Streck²⁸, não se veria reduzida a um *decisionalismo irracionalista* ou a um *direito alternativo tardio*?

É preciso levar a sério o texto em sua pretensão de verdade. Mas, convém não esquecer, a experiência hermenêutica é experiência da própria historicidade. Assim, o que o texto expressa não é somente aquilo que nele se tornou expresso, mas o que ele quer dizer sem se tornar expresso, aquilo que precisa ser desvelado, segundo Gadamer “o caráter de linguagem desse vir à palavra é o mesmo que o da experiência humana de mundo como tal”²⁹. Ele prossegue afirmando que “cada palavra faz ressoar o conjunto da língua a que pertence, e deixa aparecer o conjunto da concepção de mundo que lhe subjaz. Por isso, como acontecer de seu momento, cada palavra deixa que se torne presente também o não-dito, ao qual se refere respondendo e indicando”³⁰

É exatamente aí, nessa experiência de mundo que se dá por meio da linguagem, onde a articulação do *logos* permite que venha à fala o ente e sua verdade. Porém, noutro momento esclarece Gadamer, “a verdade contida no *logos* não é a verdade da mera recepção (*noein*), não consiste simplesmente em deixar o ser aparecer, mas coloca o ser sempre numa determinada perspectiva, reconhecendo e atribuindo-lhe *algo*, o que sustenta a verdade (e é claro também a não-verdade) não é a palavra (*onoma*) mas o *logos*”³¹.

Deveras, a atribuição de sentido faz com que as experiências que nós fazemos com a verdade estejam inseridas na nossa tradição, no dizer de Streck “na conversação anterior que nós realizamos constantemente com nós mesmos e com os outros”.³² E, aqueles que sustentam o relativismo de uma hermenêutica de conformação filosófica o fazem, como sustenta congruentemente Streck com apoio em Grondin³³, sob o pressuposto de que... poderia existir para os humanos uma verdade sem o horizonte dessa conversação, isto é, uma verdade absoluta ou desligada de nossos questionamentos. Como se alcança uma verdade

²⁸ STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, p. 132.

²⁹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 589.

³⁰ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 591.

³¹ GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método I. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003, p. 533.

³² STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, p. 134.

³³ GRONDIN, Jean. *Introdução à Hermenêutica Filosófica*. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

absoluta e não mais discutível? Isto nunca foi mostrado de forma satisfatória. No máximo, *ex-negativo*: essa verdade deveria ser não-finita, não-temporal, incondicional, insubstituível, etc. Nessas caracterizações chama a atenção a insistente negação da finitude. Com razão pode-se reconhecer nessa negação o movimento básico da metafísica, que é exatamente a superação da temporalidade. E Streck prossegue assentando que “numa palavra, e reafirmando o que foi dito anteriormente, Grondin deixa claro que a falta de uma verdade absoluta não significa que não haja verdade alguma”³⁴. E continua, depois, arrematando com absoluta propriedade:

Como mostram as experiências indubitáveis com a mentira e a falsidade, estamos exigindo constantemente a verdade, isto é, a coerência de um sentido que esteja em concordância com as coisas tal como podemos experimentá-las e para as que se podem mobilizar argumentos, provas, testemunhos e constatações. Negar isto seria uma extravagância sofista. Veja-se, no entanto, que as verdades nas quais podemos participar de fato e as que podemos defender legitimamente não são nem arbitrárias e nem estão asseguradas de maneira absoluta.³⁵

Há, com efeito, uma *verdade contextual* resultante da confrontação do texto com um horizonte humano, que afasta na experiência jurídica a pretensão de univocidade da argumentação matemática. Isso permite, na situação hermenêutica específica, o acontecer da verdade como pretensão de justiça, sim, porque com bastante propriedade lembra Gadamer que “o que é ‘justo’ é totalmente relativo à situação ética em que nos encontramos. Não se pode afirmar de um modo geral e abstrato quais ações são justas e quais não o são: não existem ações justas em si, independentemente da situação que as reclame”³⁶

É preciso, todavia, estarmos conscientes de que a busca da verdade contextual no processo jurídico-decisório projeta-se para além do exercício monopolítico da jurisdição, que cede espaço para a atuação de vários atores sociais, nos trilhos de uma análise neo-institucionalista do direito de matiz nitidamente (ainda) dirigente, ainda que sob a nova conformação pretendida por Canotilho sob o pálio da utilização de instrumentos de *direcção*³⁷. O direito passaria, como sustenta o mestre português, a dar centralidade regulativa aos sistemas de interação sociais (direito, política, economia) com atores individuais ou coletivos que atuam sob formas institucionalizadas de cooperação e de comunicação. Os instrumentos de *direcção* atuam como densificadores das normas de *direcção* constitucionais:

³⁴ STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, p. 134, *passim*.

³⁵ STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição. Separata do *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004, p. 134.

³⁶ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003, p. 52.

³⁷ Optamos por usar a grafia portuguesa para exprimir melhor o sentido.

guide-lines de boas práticas, mecanismos de *governance* e de *accountability*, *standards* possibilitadores de controle, etc. E Canotilho está convencido de que “se o direito constitucional quiser continuar a ser um instrumento de direcção e, ao mesmo tempo, reclamar a indeclinável função de ordenação material, só tem a ganhar se introduzir nos seus procedimentos metódicos de concretização os esquemas reguladores e de direcção oriundos de outros campos do saber (economia, teoria da regulação)”³⁸

4 CONTEXTUALIZAR NA DIVERSIDADE

Não se pode falar – sem que o façamos com extrema dificuldade e apoiando-se em ações e projetos de inclusão que, ainda que se apresentem válidos, não alcançam seja quantitativamente, seja qualitativamente, os resultados – de uma homogeneidade social relativa. A homogeneidade social relativa é – no atual estágio da humanidade – um ideal teórico que está longe de justificar uma verdade uníssona vazada na tese da (única) resposta certa. Decorre, desde aí, aliás, a dificuldade de validar a teoria do discurso habermasiana em Estados periféricos, o que, naturalmente, não a invalida como projeto teórico. Com efeito, o acordo de conteúdos vazados numa Constituição não possui o condão de tornar concernidos todos os indivíduos da comunidade a participar dialogicamente das tomadas de decisão. Isso por uma razão muito simples: é gritante o nível de exclusão e, portanto, de desigualdade e a igualdade dos concernidos é condição de validade para criação do espaço público a fim de ensejar o agir comunicativo pretendido por Habermas³⁹. Daí o acerto da opinião de Kozicki que não enxerga como a integridade como prática jurídica e política, tal qual proposta por Dworkin⁴⁰, possa combinar os objetivos comunais e os interesses individuais, ou o desacordo sobre princípios políticos e consenso necessário para a legitimação política, quando é certo que “o sentido da equidade como prática política, não é capaz de fornecer um ideário neutro

³⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”)*. In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm, p. 11, consulta realizada em 05/11/2018.

³⁹ Conferir HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, vol. 1, Madrid: Taurus Humanidades, 1999 e Ciências Sociais Reconstitutivas versus Ciências Sociais Compreensivas. In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

⁴⁰ Integridade e coerência são os critérios erigidos por Dworkin para sustentar a tese da (única) resposta certa para o direito, que se justificaria numa comunidade de princípios onde a igualdade fosse guiada à virtude soberana, pressupondo, portanto, homogeneidade relativa. Conferir in: DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002 e *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

acerca de como equacionar objetivos distintos, visões de mundo distintas, sem que se comprometa o consenso necessário para a existência da comunidade.”⁴¹

Longe do ideal da homogeneidade, vivem as experiências estatais periféricas sob o império da heterogeneidade social grassada não apenas pela concreta falta de *igualdade de bem-estar*, como pela ilusória *igualdade de recursos* (acessos e meios) a todos assegurada. As matrizes teóricas de cunho liberal-capitalista se contentam, com efeito, com uma distribuição igualitária amparada em igualdade de recursos. Nesse sentido, Dworkin sustenta que a igualdade de recursos “oferece uma definição da igualdade distributiva imediata e obviamente sensível ao caráter especial e à importância da liberdade. Ela faz com que a distribuição igualitária não dependa exclusivamente dos resultados que possam ser avaliados de maneira direta, como preferência-satisfação, mas em um processo de decisões coordenadas no qual as pessoas que assumem responsabilidades por suas próprias aspirações e projetos, e que aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, possam identificar o verdadeiro preço de seus planos para as outras pessoas e, assim, elaborar e reelaborar esses planos de modo que utilizem somente sua justa parcela dos recursos em princípio disponíveis para todos.”⁴².

É realmente ilusão pensar que aqueles mais afortunados, enquadrados nas classes dominantes e detentoras do poder e meios de produção, assumam a postura moralmente reflexiva sustentada por Dworkin a ponto de realinharem suas aspirações e seus projetos para que, limitando sua liberdade, se contentem em fazer uso de menos meios, de menos recursos dentre aqueles que estão disponíveis a todos. Na experiência brasileira, o que se vê é exatamente o contrário: pessoas irresignadas com limitação a direitos voltados para a satisfação básicas do bem-estar, como a educação, por exemplo, procuram tutela jurisdicional para, afastando o critério de limitação da liberdade em defesa da igualdade de recursos, assegurarem vagas em universidades públicas sob o argumento de que o fato de terem outras pessoas cursado o ensino fundamental e médio em escolas públicas não pode constituir critério de *discrímén* válido diante do princípio da igualdade.⁴³ Nesse mesmo sentido pode-se

⁴¹ KOZICKI, Katya. Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, vol. 24, n.º. 54. Porto Alegre: PGE, 2001, p. 53 – 54, *passim*.

⁴² DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 160.

⁴³ O acórdão seguinte revela um nível de argumentação sob o influxo de diretriz nitidamente liberal-capitalista para afastar a política de inclusão adotada pela universidade ao entendimento de que o *discrímén* não seria a desigualdade, mas a circunstância de que o ensino público é deficiente e que alunos obtêm bolsas para frequentar escolas privadas, o que invalidaria a política de cotas. Parece, efetivamente, que aquilo que o julgado chama de causa é, na verdade, consequência da desigualdade. De qualquer sorte, a decisão opta por validar políticas públicas deficitárias no âmbito da educação que revelam o insucesso e frustração das promessas constitucionais

referir aos fatos recentemente noticiados que empresas de transportes coletivos orientam os motoristas para não garantirem o direito dos idosos à passagem gratuita. Por certo o balizamento dessa ação passa pelo argumento de que está presente uma indevida ingerência do Estado na atividade econômica, impondo limitação indevida às aspirações e projetos de lucros. E por que não referir, ainda, ao desacerto entre idosos e planos de saúde privados quanto ao reajustamento dos preços e alteração de valor diante de mudança etária? São apenas alguns exemplos, dentre tantos.

Essas controvérsias estão a exigir de nós, juristas, sobretudo do Poder Judiciário, uma interpretação diferenciada – não como pretende Dworkin para quem as limitações da liberdade, nem sempre, proporcionam aumento de igualdade de recursos que estaria a depender “da adequação do processo de discussão e escolha que oferece para essa finalidade”, sendo “necessário um grau substancial de liberdade para que tal processo seja adequado”⁴⁴ – mas de uma interpretação lastreada numa ampla compreensão da consciência histórico-effectual que revela, isso sim, a heterogeneidade e a (des)contextualização das democracias modernas, sobretudo as periféricas que contemplam contextos sociais variados e díspares sobretudo nos planos econômico, cultural, educacional, algumas delas, notadamente as de grande extensão territorial, como o Brasil, com profundas diferenças regionais em decorrência. Não seria, sem dúvida, uma decisão contextualizada determinar que o Estado forneça remédio para dor abdominal a cidadãos residentes na Barra da Tijuca, no Rio de Janeiro, que podem facilmente diagnosticar a causa e dispor de meios e recursos para curá-la. Todavia, a condenação do Estado a ofertar medicamentos para dores abdominais às populações ribeirinhas do Amazonas, ressalta como decisão absolutamente erigida sob um

em detrimento de um direito. Vale conferir a ementa do julgado: “ADMINISTRATIVO. ENSINO SUPERIOR. PROGRAMA DE AÇÃO AFIRMATIVA DE INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - PAAES. 1. A consequência do acolhimento da tese de inconstitucionalidade do Programa de Ação Afirmativa de Ingresso no Ensino Superior da Universidade Federal de Uberlândia seria a extinção do PAAES, com a integração de suas vagas à ampla concorrência, e não a inclusão dos impetrantes, alunos de escola privada, no universo dos beneficiados pela questionada reserva de vagas em favor dos alunos de escolas públicas. 2. A reserva de vagas de ensino superior em favor de candidatos oriundos de escolas públicas tem como objetivo a mitigação da desigualdade de ensino em desfavor de alunos que, devido a suas condições econômicas, não puderam custear escola na rede particular. A triste premissa do sistema de cotas é a de que a rede pública de ensino fundamental e médio apresenta, em regra, nível de ensino mais fraco e, portanto, os alunos dela oriundos não têm condições de competir em igualdade com os provenientes da rede particular. Assim, o fator que justifica a discriminação em favor dos alunos da rede pública no vestibular não é, diretamente, a carência econômica, mas terem cursado o ensino médio e fundamental na rede pública. Se estudaram em escolas particulares, mesmo sem nada pagar, por terem conseguido bolsa integral, não se lhes aplica o motivo que levou à adoção do sistema de cotas. 3. Apelação da UFU e remessa providas.” (AC 2008.38.03.009701-5/MG, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 26/10/2009). A Suprema Corte validou o sistema de cotas adotado pelas universidades públicas imprimindo relevância ao princípio da igualdade.

⁴⁴ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 160 – 161, *passim*.

contexto que expressa a consciência histórico-efectual da situação hermenêutica a partir da qual foi deslanchada, diametralmente oposto àquele que ensejou a cogitada decisão na primeira hipótese.

É preciso perceber, ainda, que nas sociedades periféricas, os níveis de exclusão não permitem a criação do espaço público adequado para o desenvolvimento do processo de discussão e escolha que pressupõe, sem dúvida, igualdade. É que, a lição já foi tantas vezes proclamada: *só se é livre quando todos são livres*. Dito de uma maneira mais expressiva, o idealizado processo de adequação e escolha para aproximar uma sociedade desigual, rumo a uma sociedade mais igual, estaria a exigir antes da liberdade, tida como fundamental por Dworkin, um grau substancial de igualdade, isso sim.⁴⁵

A atenção à heterogeneidade social exige, ao contrário do que afirma Dworkin, que a distribuição igualitária esteja atenta, voltada para, e dependa dos resultados de satisfação almeçados pela igualdade de bem-estar e inteiramente voltados para a inclusão.

É aqui, sob o pálio de heterogeneidade, que a igualdade – não a igualdade virtuosa de uma homogeneidade comunitária ideal e portanto concretamente inexistente – pode servir de virtude para a verdade, não a inapropriada verdade unificante de uma (única) resposta certa que tem o direito como *pressuposto invariante*⁴⁶, mas a verdade contextual, como condição de possibilidade, que pode acontecer com a decisão judicial, que deverá ser enfrentada, sob esse prisma, num patamar contextual concretizador.

Realmente tem razão Streck quando assentando que é nos princípios que se institucionalizou a moral, compreendida como o “ideal de vida boa” da sociedade (demandando, por isso, um Estado que deixa de ser “inimigo”, para ser “amigo dos direitos

⁴⁵ Impende registrar, contudo, que não obstante tente afastar a pugna entre *liberdade x igualdade* sob o influxo da concepção da *igual consideração* que opta pela *igualdade de recursos* como o meio para imprimir norte às ações a serem tomadas no processo de adequação e escolha, Dworkin valida o caminho das ações afirmativas ao declarado escopo e insiste em várias oportunidades sobre a validade do sistema de cotas (DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 424 e segs; DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 437 e segs; DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 343 e segs; e DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 543 e segs). Todavia, e isso raramente tem se percebido, ao fazê-lo, na linha de coerência de seu pensamento, busca justificação decisiva na liberdade e não na igualdade, pois o regime de cotas apenas se valida se passar pelo processo de decisões coordenadas no qual as pessoas assumem responsabilidades por suas próprias aspirações e projetos, e aceitam, como parte dessa responsabilidade, que pertencem a uma comunidade de igual consideração, ainda que essa constatação seja aferida pelo exercício da jurisdição, quando, então, os juízes não teriam autoridade para emitir seus próprios juízos políticos estratégicos desconsiderando o saber coletivo dos especialistas, bem como não teriam, igualmente, autoridade para empregar a Constituição para proteger esses juízos estratégicos contra todas as refutações (DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 579, ver, inclusive, nota de rodapé nº 33).

⁴⁶ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Epistemologia das Ciências Culturais*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009, p. 27.

fundamentais”), registra que “falar de princípios significa: o direito passa a cuidar do mundo prático; a faticidade penetra no território jurídico antes inacessível face às barreiras opostas pelo positivismo. (...) E a moral deixa de ser autônoma-corretiva, para se tornar co-originária ao (e com o) direito.” Ela se institucionaliza, assim, por meio da faticidade, “mas sem servir de instrumento para legitimar a busca de valores escondidos debaixo dos textos jurídicos” ou dizendo de outra maneira, essa institucionalização ocorre não sob o obséquio de um elemento formal, traduzível por regras de argumentação, por exemplo, como se fosse um caminho para algo, antes ela acontece na dimensão pré-compreensiva do mundo prático, que “ocorre em uma totalidade de nossa realidade, a partir da conjunção de múltiplos aspectos existenciais, que fazem parte de nossa experiência (faticidade, modo-de-ser-no-mundo) e são, portanto, elementos a que temos acesso mediante o esforço fenomenológico da explicitação”⁴⁷

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Recordando Ortega quando afirmava que não existe uma realidade “enquanto tal”, nem um “ser enquanto ser”, e que o ser emerge como uma resposta ao homem que pergunta por ele, Saldanha registra com bastante precisão que “a ordem se torna inteligível a partir do modo como os homens a vêem, quer se trate da ordem ‘natural’, quer das formas de ordem social.” Por isso, o jus-filósofo pernambucano conclama para “a responsabilidade dos pensadores e estudiosos que analisam as estruturas da história, as do poder, as do direito.”⁴⁸. E Saldanha prossegue em sua reflexão registrando, com enorme convicção, que “como o ser “é ser” em função do pensar que o afirma, assim ocorre com a ordem: só que a ordem é um problema da vida, não apenas um objeto do pensar.”⁴⁹. A ordem jurídica, como um plano ou faixa da ordem social “se conexas com a história das formas assumidas pela organização exterior da convivência humana”⁵⁰. Daí porque não pode ser reduzida à prescrição de comandos, ou seja, apenas ao texto legal, mas compreendida na iteratividade desse com as estruturas de vida onde o homem desenvolve os mais variados papéis.

A lição de Saldanha volta-se para mostrar que se em um primeiro nível a ordem, enquanto texto que diz algo, encontra-se carregada de significados e o seu cumprimento [ou violação] confirma suas significações, mas, por outro lado, divisar tais significações comporta

⁴⁷STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009, p. 172 – 177, *passim*.

⁴⁸ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, *in nota* à segunda edição.

⁴⁹ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 103.

⁵⁰ SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 241.

uma atitude compreensível do que se mostra inteligível no plano concreto e por isso o sistema jurídico constitui uma ordem, tal qual o sistema político e econômico, na medida em que é compreensível e interpretável em direção ao concreto; isto é, a uma aplicação, que nem sempre coincide com os seus significados.

O que estamos sustentando com as reflexões submetidas neste artigo é que o Direito Constitucional não pode ser compreendido, ensinado, aprendido, trabalhado apenas como ordem jurídica. Uma constituição, com efeito, constitui um texto carregado de significações. Apenas um viés hermenêutico, com feição nitidamente filosófica, mostra-se capaz de desvelar a compreensão desses significados a partir de uma pré-compreensão alçada na condição de que somos seres lançados num contexto sócio-político e econômico onde a consciência dos efeitos da história a partir da faticidade, da cotidianidade, da singularidade da situação concreta, pode descortinar o horizonte de sentido capaz de permitir que o texto se torne compreensivo ensejando o acontecer de uma verdade contextual vazada em respostas corretamente justificadas.

Por esse caminho, a Constituição, enquanto ordem jurídica, deve ser compreendida e, mais que isso, pré-compreendida a partir de uma contextualização divisada na singularidade da situação hermenêutica concreta onde o princípio dignitário deve sempre servir de norte em busca de respostas corretamente justificadas, e o Direito Constitucional se apresenta como fio condutor da hermenêutica da dignidade, ou seja, de uma hermenêutica voltada para garantia da principiologia constitucional que guarnece o princípio da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. **Epistemologia das Ciências Culturais**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 1ª Região – TRF1. AC 2008.38.03.009701-5/MG**, Rel. Desembargadora Federal Maria Isabel Gallotti Rodrigues, DJ de 26/10/2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **O Direito Constitucional como Ciência de Direcção**: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da sociabilidade (Contributo para reabilitação da força normativa da “constituição social”). In: www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao022/Jose_Canotilho.htm. Acesso em: 09 fev. 2019.

CARBONELL, Miguel. A Constituição no Tempo: uma reflexão. In: **Revista de Direito do Estado – RDE**, ano 3, nº. 12. Rio de Janeiro: Renovar, out./dez. 2008.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método I**. Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. Petrópolis, RJ: Vozes, 2003.

GADAMER, *Hans-Georg*. **O problema da consciência histórica**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2003.

GRONDIN, Jean. **Introdução à Hermenêutica Filosófica**. Trad. e Apres. de Benno Dischinger. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

GUASTINI, Riccardo. **Estudios de la Teoria Constitucional**. México, DF: Fontamara, 2003.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional. A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição**: Contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HÄBERLE, Peter. **Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madrid: Trota, 1998.

HÄBERLE, Peter. **Teoria de la Constitución como Ciencia de la Cultura**. Madrid: Editorial Tecnos, 2000.

HÄBERLE, Peter. **Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.

HELLER, Hermann. **Teoria do Estado**. São Paulo: Editora Mestre Jou, 1968.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. vol. II. Petrópolis: Vozes, 2005.

KOZICKI, Katya. Existe uma resposta certa para o direito e a democracia? Repensando as relações entre o direito e a política a partir da teoria de Ronald Dworkin. In: **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, vol. 24, nº. 54. Porto Alegre: PGE, 2001.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1979.

SALDANHA, Nelson. **Ordem e Hermenêutica**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. Bem Jurídico e Constituição. Separata do **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, vol. LXXX, Coimbra: Universidade de Coimbra, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em Direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Júlia Alves Almeida Machado

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna-MG. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Advogada. E-mail: juliama-chado.adv@gmail.com

Fabício Veiga Costa

Pós-doutor em Educação pela UFMG. Doutor em Direito Processual pela PUC - MG. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Especialista em Direito Processual pela PUC-MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: fvcufu@uol.com.br



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA AMBIENTAL E AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Júlia Alves Almeida Machado

Mestre em Proteção dos Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna-MG. Graduada em Direito pela Faculdade de Pará de Minas. Advogada. E-mail: juliamachado.adv@gmail.com

Fabrizio Veiga Costa

Pós-doutor em Educação pela UFMG. Doutor em Direito Processual pela PUC - MG. Mestre em Direito Processual pela PUC-MG. Especialista em Direito Processual pela PUC-MG. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. E-mail: fvcufu@uol.com.br

RESUMO: O objetivo deste artigo é a afirmação do Termo de Ajustamento de Conduta como alternativa à Ação Civil Pública, defendendo sua viabilidade por meio de procedimento pautado na isonomia, contraditório e devido processo legal. Esse salto epistemológico supera a interpretação que lhe é dada como procedimento imposto ao legitimado passivo, sem qualquer critério de razoabilidade e sem segurança técnica, imprimindo-lhe condão de realizar conciliação em sede de direitos coletivos, sobretudo, em matéria de direito ambiental. A justificativa do tema decorre da sua atualidade e relevância jurídica, sendo que o método indutivo foi utilizado para delimitar o objeto da pesquisa, com apoio na busca teórico-bibliográfica-documental, possibilitando a conclusão que afirma o modelo procedimental constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Termo de Ajustamento de Conduta; Medida Alternativa; Ação Civil Pública; Processo Coletivo; Direito Ambiental.

THE TERM OF ADJUSTMENT OF ENVIRONMENTAL CONDUCT AND CIVIL CLASS ACTION

ABSTRACT: The purpose of this paper is the affirmation of the Term of Adjustment of Conduct as an alternative to the Civil Class Action, defending its viability through a procedure based on isonomy, contradictory and due process of law. This epistemological leap surpasses the interpretation given to it as a procedure imposed on the legitimized liability, without any criterion of reasonableness and without technical security, implying to it a condemnation of conciliation in collective rights, above all, in matters of environmental law. The justification of the them estems from its relevance and legal relevance, and the inductive method was used to delimit the object of the research, with support in the theoretical-bibliographic-documentary search, making possible the conclusion affirmed by the constitutional procedural model.

KEYWORDS Conduct adjustment Term; Alternative Measures; Related searches Collective Process; Environmental Law.

SUMÁRIO: Introdução. 2. O papel do Ministério Público na defesa de interesses coletivos. 2.1 Atuação do Ministério Público na defesa extrajudicial de direitos transindividuais e o Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de atuação. 3. Termo de ajustamento de conduta: estrutura, legitimidade e a participação do advogado. 4. Possibilidade de utilização do termo de ajustamento de conduta como medida alternativa à ação civil pública e a aplicação no direito ambiental.

INTRODUÇÃO

Revela-se como ponto principal da presente pesquisa a revisitação do Termo de Ajustamento de Conduta, instrumento utilizado pelo Ministério Público para a defesa de interesses transindividuais. Visa dar a tal procedimento o status de medida alternativa à propositura de ações civis públicas, bem como contrapor o entendimento do Ministério Público de que é impossível transformar o termo de ajustamento de conduta em medida alternativa à solução de conflitos de natureza coletiva, principalmente quando se tratar de matéria ambiental e, ao mesmo tempo, sustentar o entendimento de que, se tal procedimento for realizado respeitando critérios objetivos, assegurando ao legitimado todas as garantias legais, inclusive, condicionando a realização do acordo à presença de um advogado, seria possível convencionar sobre direitos coletivos, uma vez que traria um efeito mais satisfatório e resultados práticos à demanda.

Para a análise do tema-problema, qual seja, a possibilidade de transformar os ajustamentos de conduta em medidas alternativas para a solução de conflitos que envolvam direitos transindividuais, principalmente o direito ambiental; num primeiro momento foi realizada a revisitação do atual papel do Ministério Público frente à defesa desse direito coletivo, bem como se discutiu a atuação do Ministério Público na defesa extrajudicial de direitos transindividuais e o Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de atuação e, por fim, apresentou-se a possibilidade de tratar os termos de ajustamento de conduta realizados em sede de matéria ambiental, como instrumentos hábeis a convencionar sobre tais direitos difusos.

É que o compromisso de ajustamento de conduta consubstancia na tutela extrajudicial de direitos transindividuais, possuindo importante papel a ser desempenhado no Estado Democrático de Direito, devendo operar-se dentro da observância de princípios e valores que serão tratados no decorrer desta pesquisa.

A pergunta problema objeto da presente pesquisa é a seguinte: é juridicamente possível proceduralizar o termo de ajustamento de conduta como instrumento processual hábil a prevenir a propositura de ação civil pública ambiental, assegurando-se às partes os princípios constitucionais do processo?

A escolha do tema se justifica em razão de sua relevância prática e teórica, haja vista que a proposta de proceduralização do termo de ajustamento de conduta é um meio hábil a desjudicializar demandas ambientais e, ao mesmo tempo, assegurar a efetividade processual.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, mediante consultas a autores que debatem criticamente o tema na perspectiva crítico-comparativa. A delimitação do objeto da pesquisa ocorreu mediante a utilização do método dedutivo, partindo-se de uma concepção macroanalítica, qual seja, o estudo do processo coletivo democrático, delimitando-se seu objeto de análise no estudo do termo de ajustamento de conduta como medida hábil a prevenção de ações civis públicas ambientais.

2 O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DE INTERESSES COLETIVOS

O principal órgão que atua na defesa de interesses coletivos atualmente é o Ministério Público, por meio de uma legitimação extraordinária, na qual representa os interessados difusos e coletivos na ação coletiva.

Trata-se instituição que possui várias atribuições, com importantes garantias institucionais e pessoais, atuando em juízo nas esferas cível e penal e, especificamente na esfera ambiental, ponto principal da presente pesquisa, atua na defesa de interesses coletivos ou transindividuais, podendo se valer tanto de mecanismos de investigação, qual seja, o inquérito civil, quanto de mecanismos extrajudiciais de defesa de interesses difusos, podendo-se citar os ajustamentos de condutas.

É a própria Constituição Federal que atribuiu ao Ministério Público as funções institucionais de promover inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme o artigo 129, inciso III do texto constitucional. Funções estas também previstas pelo inciso IV do artigo 25 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e também pelo Estatuto do Ministério Público da União. Leis especiais também preveem formas de atuação do Ministério Público, e essa atuação deve ser compreendida de maneira irrestrita e mais ampla possível, “em limites suficientes e necessários para obtenção da tutela jurisdicional completa e compatível com a natureza e a magnitude da lesão ou da ameaça a bens e valores tutelados.” (ZAVASCKI, 2014, p. 127).

A proteção dos direitos difusos, principalmente no que tange ao direito ambiental, demanda uma nova postura do Ministério Público. Ajuizar ações quando se tem a possibilidade de resolver o conflito de maneira extrajudicial seria uma conduta que certamente desafogaria o judiciário de ações que nunca se ultimam pela via da jurisdição

tradicional, dando respostas muitas vezes ineficazes e inadequadas aos conflitos de natureza coletiva.

2.1 Atuação do Ministério Público na defesa extrajudicial de direitos transindividuais e o Termo de Ajustamento de Conduta como instrumento de atuação

O rol de atribuições do Ministério Público atinge tanto a esfera judicial quanto a esfera extrajudicial. Na esfera extrajudicial, além das atribuições institucionais que retratam o cotidiano dos membros do Ministério Público, tais como “a elaboração de requisições de informações a respeito de fatos investigados [...], o recebimento de representações orais e escritas sobre fatos que, em tese, configurem violação de direitos transindividuais” (RODRIGUES, 2011, p.73), além da “oitiva de depoimentos para instruir as investigações, o recebimento de advogados, partes e interessados, a realização de reuniões com representantes do Poder Público” (RODRIGUES, 2011, p.73), possui a atribuição de instaurar o inquérito civil, realizar recomendação, criar instrumentos de promoção de políticas públicas, realizar atividades de mediação, audiências públicas e termos de ajustamento de condutas.

A atribuição de instaurar o inquérito civil e de realizar os termos de ajustamento de condutas são os mecanismos mais relevantes para a realização de atividades extrajudiciais pelo Ministério Público na defesa dos direitos difusos. Enquanto o inquérito civil visa à colheita de elementos de informação que servirão para fundamentar a propositura de uma ação civil pública, sendo verdadeiro instrumento investigatório, o termo de ajustamento de conduta é uma espécie de acordo, em que o Ministério Público cria uma obrigação para ser cumprida pelo legitimado passivo, transformando o acordo em título executivo extrajudicial.

Os termos de ajustamento de condutas são realizados, na maioria das vezes, para compensar e prevenir danos ao patrimônio público, principalmente, no que tange ao dano ambiental, sendo o principal mecanismo de proteção deste direito difuso, e repressão daquele causador do dano, uma vez que vincula o legitimado passivo no cumprimento da obrigação, consubstanciada em título executivo passível de exigibilidade.

Todavia, a crítica que se faz à realização dos termos de ajustamento de condutas reside no fato de que aquele que institui a obrigação muitas vezes não possui conhecimento técnico hábil a quantificar o tamanho da responsabilidade que atrai, agindo de forma infundada.

A realização destes termos de ajustamento de condutas faz renascer a antiga ideia de Estado opressor, pois o Ministério Público obriga de maneira excessivamente onerosa o

causador do dano ambiental. Tecnicamente temos a imposição de conduta, o que levaria à nomenclatura mais adequada sendo “Termo de Imposição de Conduta”.

É a preservação de condutas inquisitoriais que leva aos membros do Ministério Público entenderem que podem compelir cidadãos à vontades próprias. Existe uma quebra da isonomia na realização deste procedimento, e uma grande relação de hipossuficiência entre aquele que está assinando o ajustamento (cidadão) e aquele que está impondo (Ministério Público).

A revisitação da procedimentalização do termo de ajustamento de conduta faz-se necessária, uma vez que se trata de um importante mecanismo de proteção de direitos difusos, mas deve ser realizado pautado na razoabilidade e assegurar a todas as partes o direito de construir o acordo, devidamente realizado na presença de um advogado, apto a esclarecer quaisquer dúvidas àquele que se submete ao acordo, legitimando, desta forma, sua execução, em caso de descumprimento.

3 TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: ESTRUTURA, LEGITIMIDADE E A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO

O Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), ou compromisso de ajustamento de conduta, passou a fazer parte do ordenamento jurídico brasileiro na década de 1990, quando o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90) em seu artigo 211, bem como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em seu artigo 113, trouxeram a possibilidade do causador do dano a interesses difusos e coletivos firmarem compromissos junto ao Ministério Público, principal legitimado à propositura da ação civil pública, no intuito de adequar suas condutas à exigência das leis, prevenindo cominações previamente ajustadas, uma vez que o ajustamento passaria a constituir título executivo. (MAZZILLI, 2003, p.1).

O objetivo do TAC é prevenir e ajustar condutas do agente, submetendo-o a uma obrigação de fazer que, quando assinado, torna-se título executivo. Seu objeto pode ser meio ambiente, direito do consumidor, ordem urbanística, econômica, cultural, interesses de crianças e adolescentes e quaisquer outros interesses difusos ou que sejam objeto de ação civil pública.

Não existe forma pré-determinada para a celebração de um TAC. O que é regulamentado de forma específica é apenas a legitimação para sua propositura, que é diferente daqueles legitimados para a propositura da ação civil pública. O TAC pode ser

proposto pelo Ministério Público, pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, enquanto órgãos públicos.

Uma sensibilidade que tal procedimento carrega, é justamente sua forma de realização. Como não existe forma prevista por lei, ou requisitos mínimos para a celebração, o detentor da legitimidade de propor um TAC, o Ministério Público, principalmente, acaba por celebrar ajustamentos impositivos, sem qualquer critério ou razoabilidade, e decide, de forma totalmente unilateral, quais são as cláusulas que deverão ser respeitadas e cumpridas pelo legitimado passivo, o qual, muitas vezes, não detém o conhecimento técnico necessário para compreender as consequências, jurídicas e de ordem pecuniária, que podem acarretar caso haja o descumprimento.

Existe, portanto, uma relação de hipossuficiência entre o legitimado passivo frente ao representante do Ministério Público, uma vez que o último detém maiores conhecimentos técnicos e sua própria figura de órgão repressor e impositivo gera um certo tipo de temor, que o leva o agente a aceitar o acordo para simplesmente se ver livre da situação que gerou a necessidade do TAC.

Não raro, em celebração de termos de ajustamento de conduta, principalmente em matéria de direito ambiental, o Ministério Público, ao impor a conduta do agente, seja ela consubstanciada em formalizar reservas legais, em promover a manutenção de áreas de preservação permanente, evitando construções, ou até mesmo impondo quaisquer das formas de reparação ambiental, seja ela específica, compensatória ou indenizatória, fixa multas pelo descumprimento em valores excessivamente onerosos àquele que se submete ao acordo, sem qualquer possibilidade de questionar se o valor da sanção respeita os critérios da razoabilidade.

No caso do Direito Ambiental, em que pese a responsabilidade civil em relação ao dano ambiental ser sempre objetiva, até mesmo em virtude da teoria do risco integral e pelo próprio princípio do poluidor-pagador, na qual se o agente que, por intermédio de sua conduta, criou o risco de produzir dano, tem o dever de repará-lo, mesmo que não haja a presença de culpa, essa reparação deve ser realizada de maneira razoável, atentando-se a prioridade para a reparação específica e integral do dano ambiental (restituir, dentro do possível, o estado anterior do meio ambiente à conduta danosa), o que muitas vezes não ocorre quando da celebração dos ajustamentos de condutas. O que ocorre é a preferência pela compensação ambiental, ou até mesmo pela indenização, que é a forma mais clássica de reparação, por ser tecnicamente mais fácil de ser realizada, onerando de forma excessiva o agente, sem atingir o objetivo primordial, que é a verdadeira reparação do meio ambiente,

como forma de proteção a tal direito difuso, que se reporta à qualidade de vida que se configura como valor imaterial da coletividade. A reparação pela indenização, portanto é a pior forma de reparação do meio ambiente e, em tese, deveria ser realizada apenas em último caso, o que não ocorre na praxe.

É claro que a realização de termos de ajustamento de conduta para fins de reprimir condutas que lesem direitos difusos ou de sancionar aqueles que já causaram lesões a tais direitos, é uma forma extrajudicial eficaz de proteção de direitos coletivos.

No entanto, o que se questiona, é o *modus operandi* de realização destes ajustamentos. Não podem ser meros instrumentos impositivos, mas sim instrumentos eficazes que levem à uma solução razoável para ambas as partes celebrantes. Ressalte-se que é necessário que não apenas uma, mas as duas partes legitimadas entendam claramente sobre o que está sendo ajustado e, em se tratando de cidadãos leigos, a disparidade de conhecimentos técnicos pode ser sanada com a presença obrigatória de um advogado.

É o que está sendo proposto pelo Projeto de Lei nº 1.755/2011, que ainda está em tramitação na Câmara dos Deputados, aguardando a deliberação do recurso na Mesa Diretora da referida Câmara, de autoria de Ronaldo Benedet, que inclui dispositivos na Lei nº 8.906/94, altera dispositivo da Lei nº 7.347/85, altera dispositivo da Lei nº 8.069/90, e dá outras providências, com o objetivo de incluir os termos de ajustamento de conduta no rol das atividades privativas do advogado.

A justificativa¹ apresentada pelo idealizador do projeto é plausível, pautada na figura e no papel do advogado como sendo indispensável à administração da justiça e, portanto, sua

¹É de conhecimento de Vossas Excelências que, no atual panorama, instituições como o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, Ordem dos advogados do Brasil - OAB e Ministério Público apontam cada vez mais incentivos para a utilização de vias alternativas que evitem movimentar a máquina judiciária. Dentre os mecanismos disponíveis, o Ministério Público tem feito grande uso do conhecido Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), como medida extrajudicial de resolução de conflitos, tendo por objeto qualquer obrigação de fazer, ou de abstenção atinente ao zelo de quaisquer interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos, o que inclui, basicamente: a) o meio ambiente, b) o consumidor; c) a ordem urbanística; d) o patrimônio cultural; e) a ordem econômica e a economia popular; f) interesses de crianças e adolescentes; g) quaisquer outros interesses transindividuais. [...] Ocorre que, uma vez firmado o Termo de Ajustamento de Conduta entre a pessoa física, jurídica ou órgão governamental e o Ministério Público, este instrumento tem força de título executivo extrajudicial, podendo, em caso de descumprimento, ser executado judicialmente sem a análise de mérito pelo Poder Judiciário. Aliás, a jurisprudência já consagrou a validade do termo de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público como título executivo extrajudicial, bem como a desnecessidade da assinatura de testemunhas (artigo 585, inciso II, do Código de Processo Civil) para a validade do mesmo. [...] Nesse ínterim, destaca-se que a Lei, em nenhum momento, exige a presença de advogado para a lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta. No entanto, sendo o advogado, figura indispensável à administração da Justiça, acreditamos ser essencial a presença do mesmo durante o ajustamento de conduta, prestando a devida consultoria e assessoria jurídica nos termos do artigo 1º, II da Lei nº 8.906/94. Isso porque, sendo o TAC um instrumento de “acordo”, em que as partes assumem obrigações e renunciam direitos, indispensável é a presença do advogado, inclusive para evitar qualquer tipo de coação ou abuso de autoridade por parte dos órgãos legitimados, especialmente o Ministério Público. Na prática, o que se acompanha, é que muitas empresas e órgãos

participação durante o ajustamento de conduta seria essencial e indispensável, uma vez que, prestando a devida consultoria e assessoria jurídica, evitaria que as partes assumam obrigações e renunciem direitos de forma equivocada, tão somente para se verem livres da angústia e pressão feita pelo Ministério Público.

A presença do advogado evitaria, inclusive, qualquer tipo de coação e abuso de autoridade por parte dos órgãos legitimados, evitando que tal instrumento de resolução de conflito extrajudicial torne-se um mecanismo de iniquidade. Ou seja, pelo projeto proposto, os TAC's só serão válidos e eficazes como títulos executivos extrajudiciais se assinados por advogados, sob pena de nulidade.

Sendo tal procedimento um importante mecanismo de proteção extrajudicial de direitos difusos, poderia ele também ser utilizado como medida alternativa à Ação Civil Pública, a fim de evitar a judicialização dessas demandas, por meio de acordos realizados observando os critérios de razoabilidade e de isonomia, com a participação do advogado, resolvendo-se tais conflitos de maneira muito célere e eficaz.

4 POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDOTA COMO MEDIDA ALTERNATIVA À AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A APLICAÇÃO NO DIREITO AMBIENTAL

Conforme sobejamente demonstrado, o Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento, formalizado por meio de documento atermado, utilizado principalmente pelo Ministério Público para a defesa de interesses difusos, possuindo importante papel a ser desempenhado no Estado Democrático de Direito, uma vez que consubstancia em uma medida extrajudicial que firma condições e sanções a quem é acusado de causar danos a interesses difusos e coletivos, como ao meio ambiente, patrimônio cultural e direito do consumidor, por exemplo, transformando-se ainda em título executivo extrajudicial.

Conceituando o Termo de Ajustamento de Conduta, Edilene Lôbo pondera que o ajustamento de conduta é um

governamentais acabam firmando o TAC em um momento de angústia e por pressão do Ministério Público, mas ao analisarem detidamente o caso sob o enfoque jurídico, acabam mudando de opinião e tentando anular o ajuste em Juízo. Destarte, para se evitar que um instrumento extrajudicial de resolução de conflitos torne-se um mecanismo de iniquidade, é que se pede venia de Vossas Excelências, para a aprovação do presente Projeto de Lei, passando-se a exigir a presença do Advogado na lavratura do Termo de Ajustamento de Conduta, sob pena de nulidade. (PL 1755/2011).

[...] provimento final oriundo do devido processo administrativo, compartilhado pelos interessados que se apresentarem ao discurso de sua formação, viabilizando o acesso à justiça administrativa na reparação de danos coletivos por meio da conciliação.(LÓBO, 2015, p. 54).

Por ser medida extrajudicial, o TAC dispensa o processo de conhecimento pela Justiça, e ganha status de título executivo diretamente, tão logo assinado, ou seja, pode ser executado judicialmente sem a análise de mérito pelo Poder Judiciário. Ressalte-se que qualquer das partes pode entrar com ação de execução de um TAC para o cumprimento das medidas ali ajustadas, caso não sejam cumpridas as cláusulas do ajustamento por quaisquer delas, bem como pode ser executado por qualquer interessado difuso, e não somente pelas partes que participaram do ajustamento.

Destarte, em se tratando de procedimento apto a ajustar condutas a serem promovidas por pessoas que causaram danos a direitos difusos, a fim de repará-los, não há motivos para afastar a possibilidade de transformar tal procedimento em uma medida alternativa à propositura de ações civis públicas, uma vez que a própria celebração de um TAC pode suspender ou até mesmo evitar ações civis públicas.

Todavia, alguns doutrinadores entendem que não se trata de uma transação, uma vez que impossível convencionar sobre direitos coletivos, sob o argumento de que

O compromisso de ajustamento de conduta não é uma verdadeira e própria transação do Direito Privado, porque a transação importa poder de disponibilidade, e os órgãos públicos legitimados à ação civil pública ou coletiva, posto tenham poder de disponibilidade do conteúdo processual da lide (o que, de resto, é comum aos legitimados de ofício, como substitutos processuais que são), não detêm disponibilidade sobre o direito material controvertido. (MAZZILLI, 2003, p. 4).

Segundo o autor, os órgãos públicos legitimados à celebração de um TAC não podem dispensar direitos ou obrigações, nem mesmo renunciar a direitos, devendo limitar-se a firmar uma obrigação de fazer ou não fazer, relacionada com a defesa de direitos coletivos, ao causador do dano à coletividade, para que este dano seja reparado e a conduta seja adequada às exigências legais, sob pena de ser-lhe aplicada uma sanção, sendo impossível, portanto, falar em transigência efetiva de direitos. Entretanto, destaca o autor que

Embora o compromisso de ajustamento de conduta não importe renúncia de direitos por parte do órgão público que toma o compromisso, sem dúvida este co-legitimado à ação civil pública obriga-se implicitamente a não promover a respectiva ação de conhecimento que objetive tudo aquilo que já esteja solucionado pelo compromisso. O motivo é bem simples: faltar-lhe-ia interesse processual para propor uma ação de conhecimento com esse objeto, se já dispõe de título executivo pré-constituído, ainda que extrajudicial. (MAZZILLI, 2003, p. 5).

Portanto, caso seja celebrado um TAC sobre determinado objeto, este mesmo objeto não pode servir de fundamento para a propositura de uma ação civil pública, entre as mesmas partes, uma vez que já fora constituído título executivo que dispensa qualquer ação de conhecimento. Ademais, a reparação do dano via Termo de Ajustamento de Conduta afasta quaisquer fundamentos para a propositura de ação civil pública, principalmente em se tratando de reparação de dano ambiental, que é a situação mais corriqueira em termos de celebração de ajustamentos de conduta.

Este também é o posicionamento da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando julgou o Recurso Especial nº 299.400, onde o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tentou desconstituir a validade de uma transação celebrada entre o Município de Volta Redonda/RJ e a Companhia Siderúrgica Nacional (CSN), em sede de ação civil pública proposta, em 1993, pelo referido Município contra a CSN, na qual se objetivava a reparação de danos ambientais, em virtude da ação poluidora da indústria, na qual o Município teria renunciado valores em torno de 40 milhões de dólares.

É que foi realizada uma transação, motivada pela privatização da empresa, na qual esta, por meio de seus novos participantes, assumiria uma co-responsabilidade, junto ao o município, pela preservação do meio ambiente. Houve a homologação da transação pelo juízo de primeira instância, embora tenha considerado que o direito objeto da transação era indisponível, porque difuso, mas, em virtude da impossibilidade do retorno ao *status quo ante*, o acordo tornara razoável e viável. O Ministério Público apelou da decisão, sob o argumento de que não é possível transacionar sobre bens indisponíveis, no caso, o meio ambiente. A sentença foi ratificada e levada ao STJ pelo Ministério Público.

De acordo com a Segunda Turma, a regra geral aplicável é de não serem passíveis de transação os direitos difusos, sendo a admissibilidade de transação de direitos difusos exceção à regra, uma vez que quando se tratarem de direitos difusos que importem em obrigação de fazer ou não fazer, deve-se dar tratamento distinto, possibilitando dar à controvérsia a melhor solução na composição do dano, quando impossível o retorno ao *status quo ante*.

Portanto, a Turma deixou de acolher a tese da impossibilidade da transação em face do direito difuso, ao argumento de que “a melhor composição é a efetivada, e não aquela que não virá nunca, ou demorará mais de dez anos caso seja anulada a sentença, para então começar-se tudo novamente” (STJ). A ministra Eliana Calmon, ao proferir o seu voto-vista, entendeu que “dizer que os direitos difusos não são insusceptíveis de transação é dizer nada, na medida em

que já se sabe que, em matéria de dano ambiental, quase nunca se pode retornar ao *status quo ante*". (STJ).

Embora o Ministério Público firme o entendimento de que é impossível transacionar sobre direitos indisponíveis, sendo o caso dos direitos difusos e, especificamente analisado, o direito ao meio ambiente, percebe-se que o alcance do resultado prático da demanda por meio da celebração de transações, que não atinjam o direito material da coletividade, é perfeitamente possível, ainda que realizado em sede de ação civil pública, mesmo existindo vedação pela lei nº 7.347/85, dada à impossibilidade do retorno ao *status quo ante*. A reparação, ainda que parcial, é melhor e mais vantajosa que a não reparação.

É que, de fato, ao Ministério Público é proibida a prática de atos que importem em disposição de direito material. Todavia, não constitui concessão ou transigência admitir execução específica de providência que levem a resultados equivalentes ao que se obteria com o julgamento de procedência do pedido inicial, sendo perfeitamente possível homologar acordos em sede de ações civis públicas que tenham por objeto obrigações de fazer. (STJ).

O Ministério Público, no caso ora analisado, tentou afastar o acordo realizado entre o Município e a empresa CSN, sob o argumento que não pode ser realizado acordo em sede de ação civil pública, mas defendeu a possibilidade de ter sido firmado um termo de ajustamento de conduta antes do litígio se transformar em uma ação judicial.

Percebe-se o paradoxo no posicionamento do Ministério Público: se é possível realizar TAC sobre direitos indisponíveis, por qual motivo não seria possível transacionar em sede de ação civil pública? O Termo de Ajustamento de Conduta é um procedimento extrajudicial realizado longe da atuação jurisdicional e não necessita sequer de instrução processual, firmado sem qualquer formalidade prevista em lei, e permite convencionar sobre a reparação de danos a interesses coletivos. Já a ação civil pública é um procedimento extremamente complexo, realizado sob o crivo do contraditório e possui a atuação jurisdicional, ou seja, não há fundamento algum para impedir que a proposta que seria dada em sede de TAC seja dada na fase processual.

Todavia, como o objetivo é o de evitar a judicialização que envolva interesses coletivos, e já trazendo este argumento para a análise da possibilidade de transformar o TAC em uma medida alternativa à ação civil pública, sendo este o foco do tema-problema proposto, percebe-se que para a defesa dos interesses coletivos pelo Ministério Público, devem ser dadas possibilidades de transacionar sobre tais direitos, como forma de dar maior efetividade quanto à sua proteção.

Justificar a impossibilidade de transação, dado ao caráter de indisponibilidade de direitos coletivos, é colocar impedimento à efetivação da própria Constituição Federal, em relação à previsão dada pelo seu artigo 127². Deve ser entendido que tais interesses podem sim ser objeto de transação, a fim de dar maior celeridade à efetivação da proteção que deve ser dada. Ademais, se tal procedimento for realizado respeitando critérios objetivos, assegurando ao legitimado todas as garantias legais, inclusive, condicionando a realização do acordo à presença de um advogado, conforme acima explicado, seria possível convencionar sobre direitos coletivos, uma vez que traria um efeito mais satisfatório e resultados práticos à demanda, resguardando tanto os direitos da coletividade, quanto daquele que está assinando o acordo.

Na essência do ajustamento de conduta, possibilitando identificar seu ponto fulcral característico, está a realização de *combinações*, acordos, tratativas, para se amoldar a conduta ao desiderato. Essa amarração lógico-procedimental de atos afasta a mística da impossibilidade de transação em sede de direitos coletivos e conduz ao necessário iter para se formar. (LÔBO, 2015, p. 53).

Portanto, poderá ser admitida a transação quando se tratar de direitos e interesses difusos, até mesmo de forma extrajudicial, por meio dos ajustamentos de conduta, devendo, entretanto, ser preservada a integralidade da proteção inicialmente pleiteada, e condicionando a celebração à presença de um advogado, garantindo a paridade de armas (isonomia), e respeitando-se os princípios do contraditório, ampla defesa e devido processo legal. Portanto,

[...] é preciso, para adequação ao conceito proposto, que se ampare nos princípios da ampla argumentação jurídica dos interessados no provimento final (ampla defesa), dialética argumentativa do discurso (contraditório que revela tratamento parêlo e sem distinções entre órgãos públicos e outros interessados), devido processo legal administrativo (cadeia estruturada de atos cujo provimento final é o termo escrito capaz de ser executado como título), boa fé dos proponentes ao discurso (ausência de condições impostas ou propostas sem plausibilidade ou factualidade), convergindo para a máxima implementação dos direitos coletivos em debate no processo inquinado. (LÔBO, 2015, p. 55).

Ora, se um TAC pode suspender ou até mesmo evitar ações civis públicas, e transforma-se em verdadeiro impedimento à propositura dessas ações caso celebrado, em virtude da falta de interesse de agir, principalmente se o acordo ajustado for integralmente cumprido, não há impedimento legal nenhum na perspectiva de transformá-lo em medida alternativa à ação civil pública, de maneira formal. Objetivamente, o TAC já possui este papel, e o fato de que, se celebrado, impede a propositura de ação civil pública, afasta o

²Artigo 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. (BRASIL).

próprio entendimento do Ministério Público de que seria impossível transformá-lo em medida alternativa dada a impossibilidade de convencionar sobre direitos indisponíveis.

Ademais, conforme o próprio posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, excepcionalmente poderá ser feitas transações sobre direitos difusos. Se essas transações ocorrerem por meio de procedimentos extrajudiciais, tal qual é o termo de ajustamento de conduta, observando os critérios legais, a razoabilidade e condicionando a realização à assinatura do advogado, além de desafogar o judiciário com ações que podem ser resolvidas mais rapidamente, dará respostas muito mais céleres e satisfatórias aos interesses coletivos. Parafraseando a Ministra Eliana Calmon, “a melhor composição é a efetivada, e não aquela que não virá nunca”, ou demorará por tempos que sequer podem ser quantificados.

No atual cenário do Processo Civil, vem sendo cada dia mais incentivada a adoção de medidas alternativas de soluções de conflitos, na tentativa de desafogar o Poder Judiciário de demandas que podem ser resolvidas entre as partes, devidamente representadas. Para isso, foram criados os Centros de Solução de Conflitos e Cidadania, pela Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça, como instrumentos de difusão da cultura da autocomposição de litígios e pacificação social por meio de conciliação e da mediação. O Código de Processo Civil de 2015 é expreso ao prever em seu artigo 358 que o juiz tentará conciliar as partes, independentemente do emprego anterior de outros métodos de solução consensual de conflitos, como a mediação e a arbitragem. Trazer essa nova ideia da adoção de medidas alternativas de solução de conflitos para resolver conflitos que impliquem em proteção de direitos difusos, revela-se um grande avanço, tanto na forma de atuação dos órgãos responsáveis pela proteção desses interesses, quanto na forma de efetivação dessa proteção, sem a necessidade de levar tais conflitos ao Poder Judiciário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Termo de Ajustamento de Conduta é um verdadeiro instrumento de composição extrajudicial de conflitos que envolvem interesses difusos (ambientais), sendo um importante instrumento processual de prevenção de litígios.

Embora ainda falte autorização legal para transacionar sobre direitos difusos, dada a sua indisponibilidade, a jurisprudência tem mitigado a interpretação da lei, admitindo-se, excepcionalmente, transações sobre direitos coletivos, uma vez que as transações tornam mais eficaz a defesa desses interesses.

A transformação do Termo de Ajustamento de Conduta em medida alternativa de solução de conflitos deve ser incentivada, uma vez que evita a judicialização de inúmeras demandas, trazendo grande proveito para a coletividade, devido ao fato de que a resposta dada pela eficácia dos termos de ajustamento de conduta ocorrer de forma muito mais célere.

Destarte, há que ser observados os critérios de razoabilidade e isonomia, com a participação indispensável do advogado, que assegurará a celebração do TAC, preservando-se as garantias e os direitos do legitimado passivo.

Por outro lado, o Ministério Público tem um importante papel na efetivação e proteção dos direitos difusos e coletivos, possuindo mecanismos de proteção realmente eficazes, como é o caso do termo de ajustamento de conduta.

Deve ser incentivada a utilização deste instrumento extrajudicial como medida alternativa de solução de conflitos, evitando-se a propositura de ações civis públicas, abrindo espaço para a transação, hodiernamente incentivada em todos os procedimentos.

Embora ter como objeto direitos que, em tese, são indisponíveis, o tratamento do termo de ajustamento de conduta como medida alternativa não acarreta em disposição desses direitos, mas tão somente aprimoraria a forma de reparação do dano pelo seu causador, em benefício de ambas as partes.

É necessário desengessar a forma de atuação do Ministério Público, e apagar dele a imagem de órgão opressor e punitivo, trazendo a possibilidade de diálogo paritário na solução dos conflitos de natureza coletiva, incentivando a solução desses conflitos sem a necessidade de movimentar a máquina judiciária, trazendo como consequência, portanto, o desafogamento do Poder Judiciário de ações coletivas que podem ser resolvidas por meio destes ajustamentos de conduta.

Ressignificar procedimentalmente a forma de realizar o termo de ajustamento de conduta ambiental no Brasil é uma forma de garantir a isonomia processual. Busca-se assegurar ao agente o direito de ser assistido por advogado, exercendo amplamente o contraditório, ampla defesa, devido processo legal e, acima de tudo, a possibilidade de poder participar da construção dialógica dos termos fáticos e jurídico-legais do respectivo termo.

A prevenção de litígios e de judicialização da demanda também são considerados fatores relevante na releitura crítica do tema objeto da pesquisa. No momento em que o sujeito é coautor do provimento estatal que versa diretamente sobre seus interesses, a possibilidade de descumprimento diminui. Em contrapartida, a postura do Ministério Público em obrigar os agentes a aderir as condições impostas contribui sobremaneira para a judicialização da demanda ambiental.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 04 jul. 2018.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em 11 jul. 2018.

BRASIL. **Câmara dos Deputados obriga presença de advogados das partes para firmar TAC**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-ago-07/camara-obriga-presenca-advogados-firmar-tac>. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. **PL 1755/2011**. Ficha de tramitação disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=511090>. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. **PL 1755/2011**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=09C91426309D7CF0F3E11DA1255E8356.proposicoesWebExterno1?codteor=895902&filename=PL+1755/2011. Acesso em 10 jul. 2018.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. RESP 299.400-RJ. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7148746/recurso-especial-resp-299400-rj-2001-0003094-7/inteiro-teor-12866938>. Acesso em 10 jul. 2018.

LÔBO, Edilene; MARTINS, Sabrina Gomes. **A Idemocratibilidade do Termo de Ajustamento de Conduta sem a participação dos interessados pelo Devido Processo Administrativo**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Notas sobre o Compromisso de Ajustamento de Conduta**. Artigo publicado nos Anais do 7º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito, água e vida. vol. 1, BENJAMIN, Antônio Herman [Org.] São Paulo, Imprensa Oficial, 2003. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/NotassobreTAC.pdf>. Acesso em 06 jul. 2018.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta: teoria e prática**. 3. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo Coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
SETE LAGOAS • MG

CONTATO
Clique nos ícones

