

PPGD UNIRIO



DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Public Policy Law

Journal of the Graduate Program in Law
of the Federal University of the State of Rio de Janeiro

VOLUME 1 N. 2
JULHO – DEZEMBRO 2019
JULY – DECEMBER 2019

ISSN: 2675-1143

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

EXPEDIENTE - Revista Direito das Políticas Públicas, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Vol. 1, n. 2, jul./dez. 2019. ISSN 2675-1143

Reitor

Prof. Dr. Ricardo Silva Cardoso

Vice-Reitor

Prof. Dr. Benedito Fonseca e Souza Adeodato

Pró-Reitora de Pós-Graduação, Pesquisa e Inovação

Profa. Dra. Evelyn Goyannes Dill Orrico

Diretora da Biblioteca Central

Márcia Valéria da Silva de Brito Costa

Biblioteca Setorial do CCJP

Filomena Angelina Rocha de Melo

Lidia Oliveira de Seixas

Renata da Silva Falcão de Oliveira

Thalita Oliveira da Silva Gama

Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes

Coordenação do Curso de Mestrado em Direito

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

Editores

Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Prof. Dr. André Luiz Coelho Farias de Souza

Conselho Editorial

Prof. Dr. Ben Boer, Universidade Wuhan, China; Universidade de Sydney, Austrália

Prof. Dr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas - SP, Brasil

Prof. Dr. David Cassuto, Universidade Pace, Estados Unidos da América do Norte

Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira, Universidade Federal do Paraná, Brasil

Profa. Dra. Griselda Capaldo, Universidade de Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Julien Théron, Universidade Toulouse Capitole, França

Profa. Dra. Marie-Hélène Monserie-Bon, Universidade Paris II, França

Prof. Dr. Santiago Ripol Carulla, Universidade Pompeu Fabra, Espanha

Prof. Dr. Saulo Pinto Coelho, Universidade Federal de Goiás, Brasil

Prof. Dr. Talden Farias, Universidade Federal da Paraíba, Brasil

Prof. Dr. Tiago Duarte, Universidade Nova de Lisboa, Portugal

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Comissão Editorial

Prof. Dr. André Coelho

Profa. Dra. Claudia Gurgel

Prof. Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

Prof. Dr. José Gabriel Assis de Almeida

Prof. Dr. Leonardo Mattietto

Profa. Dra. Patrícia Serra Vieira

Prof. Dr. Paulo de Bessa Antunes

Profa. Dra. Rosalina Corrêa de Araújo

Comissão Assistente Editorial

Ms. Luciana Picanço de Oliveira Brandolin

Ms. Márcio Valério Ferreira Fernandes

Catarina Salles

Eliane Vieira Lacerda Almeida

Fabiana Lanke

Fabienne Oberlaender Gonini Novais

Juliana Mattos dos Santos Joaquim

Maida Pratis Pessanha Tejón

Milton Leonardo Jardim de Souza

Thuany de Moura C. Vargas Lopes

Vivian Nigri Queiroga Diniz da Paixão

Yasmin Sant´ana Ferreira Alves de Castro

Capa - Thuany de Moura C. Vargas Lopes Imagem – Canva.com

Bibliotecária: Thalita Gama – CRB 7/6618 - Biblioteca Setorial do Centro de Ciências Jurídicas e Políticas – CCJP/
UNIRIO, Rua Voluntários da Pátria, nº 107, Botafogo, Rio de Janeiro – RJ, CEP: 22.270-000.

Revista Direito das Políticas Públicas [recurso eletrônico] /

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNIRIO.

Vol.1, n. 2 (2019) - Rio de Janeiro, RJ: Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, 2019.

Acesso em: <http://www.seer.unirio.br/index.php/rdpp/index>

Semestral

ISSN: 2675-1143

1. Ciências Jurídicas - Periódicos. I. Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.

CDD: 340

SUMÁRIO - SUMMARY

EDITORIAL _____ **6**

EDITORIAL

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues

AS CIDADES INTELIGENTES E OS DESASTRES: como um modelo de urbanização sustentável pode minimizar os riscos ambientais _____ **7**

INTELLIGENT CITIES AND DISASTERS: how a model of sustainable urbanization can minimize environmental risks

Priscilla Linhares Albino

Ricardo Stanziola Vieira

VULNERABILIDADE CLIMÁTICA E O PAPEL DOS PLANOS DE BACIA HIDROGRÁFICA _ **32**

CLIMATE VULNERABILITY AND THE ROLE OF HYDROGRAPHIC BASIN PLANS

Délton Winter de Carvalho

FEDERALISMO E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: o papel do federalismo cooperativo _____ **59**

FEDERALISM AND ENVIRONMENTAL PROTECTION: the role of cooperative federalism

Paulo de Bessa Antunes

A JUSTIÇA COMUNITÁRIA PARA A EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE **92**

A COMMUNITY JUSTIÇE FOR THE EFFECTIVENESS OF ENVIRONMENTAL RIGHTS

Rubia Mara Barbosa Favali

Vilma de Fátima Machado

MEDIADOR COMUNITÁRIO: facilitador dos conflitos e instrumento de recuperação da cidadania no bairro João Goulart na cidade de Santo Ângelo/RS _____ **111**

COMMUNITY MEDIATOR: conflicts facilitator and citizenship recovery instrument in João Goulart district in Santo Ângelo city/RS

Janete Rosa Martins

Caroline Isabela Capelesso Ceni

**A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE
UMA NOVA DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA _____ 130**

MEDIATION AS PUBLIC POLICY AND ITS CONTRIBUTION TO BUILD A NEW
DIMENSION OF THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE

Alexandre Catharina

**DÍALOGOS INSTITUCIONAIS E PARTICIPAÇÃO SOCIAL: a legitimidade do Tribunal de
Contas no controle de políticas públicas _____ 148**

INSTITUTIONAL DIALOGUES AND SOCIAL PARTICIPATION: the Court of Accounts'
legitimacy for public policy control

Gabriel Heller

**LA LEY ARGENTINA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: régimen especial en contraste
con el Código Civil _____ 172**

STATE LIABILITY LAW IN ARGENTINA: a system apart from the Civil Code

Leonardo Mattietto

EDITORIAL

É com alegria e satisfação que publicamos este segundo número da Revista Direito das Políticas Públicas do PPGD/UNIRIO, completando, assim o Volume 1, referente ao ano de 2019. Agradeço inicialmente aos colegas editores de Revistas Jurídicas na pessoa do Professor Rogério Borba, que organiza nosso grupo de editores decorrente do Fórum de Editores do CONPEDI.

Neste grupo, além das orientações e trocas de informações sobre o processo editorial e uso das plataformas digitais, vivenciamos juntos as angústias e as vitórias da publicização da produção científica na área do Direito. Quando Governos não se ocupam com o planejamento e a organização da pesquisa acadêmica, as redes de comunicação, os fóruns e os debates são os principais espaços de ponderação e defesa da ciência; em especial das Ciências Sociais Aplicadas que, por sua natureza, resultam, na maioria das vezes, em reflexões sobre a Sociedade, seus processos e Instituições, e não em verdades provisórias como ocorre com as Exatas e Humanas.

Agradeço aos Avaliadores por seu trabalho sério e competente, aos Mestres e Mestrandos do PPGD/UNIRIO que auxiliam o processo de editoração e ao apoio da Coordenação do Mestrado, do PPGD e da Biblioteca.

Agradeço aos Autores por escolherem nosso veículo para compartilhar o resultado de suas pesquisas em Direito e Políticas Públicas. Podemos afirmar que os temas deste número versam sobre sustentabilidade em seu sentido mais amplo, sustentabilidade na urbanização através do tema das Cidades Inteligentes e riscos ambientais, na questão das Vulnerabilidade Climática e os Plano de Bacia Hidrográfica. A sustentabilidade também se faz presente na discussão do Federalismo Cooperativo e Proteção ao Meio Ambiente, bem como nos três trabalhos que apresentamos sobre Mediação, como meio de Efetivação de Proteção ao Meio Ambiente, como instrumento de Facilitação dos Conflitos e de Recuperação da Cidadania e Política Pública de Acesso à Justiça. Por fim, dois artigos que tratam da sustentabilidade com o foco na responsabilidade, seja pelo controle do Tribunal de Contas, seja pela Responsabilidade Civil do Estado.

Agradeço finalmente aos Leitores, sem os quais não haveria razão de ser das publicações científicas.

Eduardo Domingues – Editor

Submetido em 14/10/2019

Aprovado em 31/10/2019

AS CIDADES INTELIGENTES E OS DESASTRES: COMO UM MODELO DE URBANIZAÇÃO SUSTENTÁVEL PODE MINIMIZAR OS RISCOS AMBIENTAIS

INTELLIGENT CITIES AND DISASTERS: HOW A MODEL OF SUSTAINABLE URBANIZATION CAN MINIMIZE ENVIRONMENTAL RISKS

Priscilla Linhares Albino^I

Ricardo Stanziola Vieira^{II}

RESUMO

A pesquisa tem por objeto a análise das cidades inteligentes sob o viés dos desastres ambientais ocorridos em áreas urbanas, e sua interlocução com a ação ou inação do poder público e demais atores sociais. Para além disso, faz-se uma análise da sustentabilidade em sua tripla dimensão e sua inter-relação com a concentração demográfica, a pressão por serviços, os riscos, os desastres e a injustiça social e ambiental. Nesse contexto, o objetivo é investigar quais os desafios para humanizar a gestão das cidades e implementar políticas públicas diversificadas, aliadas à adequada

ABSTRACT

The research aims at the analysis of intelligent cities under the bias of environmental disasters in urban areas, and their interlocution with the action or inaction of the Public Power. In addition, an analysis of sustainability in its triple dimension and its interrelationship with demographic concentration, pressure for services, risks, disasters and social and environmental injustice. In this context, the objective is to investigate the challenges to humanize the management of cities and implement public environmental policies capable of avoiding or at least minimizing damages

^IGraduação em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (1998). Mestre em Saúde e Meio Ambiente pela Universidade da Região de Joinville (2009) e mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2014). Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Promotora de Justiça aposentada do Ministério Público do Estado de Santa Catarina.

^{II}Graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (1996). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1999) e Doutor em Ciências Humanas pela Universidade Federal de Santa Catarina (2004). Pós-doutorado no Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território (Crideau, Universidade de Limoges - França, 2007-2008). Professor pesquisador temporário nas Universidades de Napoli (Itália); Alicante (Espanha); Oxford (Reino Unido); Sherbrooke (Quebec-Canadá); Ottawa (Canadá), Universidade de São Paulo (USP) e Universidade Estadual da Paraíba (Brasil). Docente nos Cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica e no Curso de Mestrado em Gestão de Políticas Públicas - UNIVALI. Membro da Academia de Direito Ambiental da IUCN. Pesquisador convidado do Centro de Pesquisa Interdisciplinar em Direito Ambiental, Urbanismo e gestão do território (Crideau, Universidade de Limoges - França). Coordenador do projeto de pesquisa e extensão (Univali) - Laboratório de cidadania e sustentabilidade.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

fiscalização, capazes de evitar ou, ao menos, minimizar danos aos cidadãos residentes em áreas urbanas vulneráveis. Quanto à metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica.

to citizens residing in urban areas vulnerable. As for the methodology, the inductive logic base was used through bibliographic research.

PALAVRAS-CHAVE

Cidades inteligentes. Sustentabilidade. Desastres ambientais. Meio Ambiente. Políticas públicas.

KEYWORDS

Smart cities. Sustainability. Environmental disasters. Environment. Public Policy.

1 INTRODUÇÃO

Desde o primórdio dos tempos as questões socioeconômicas e ambientais estiveram interligadas. Atualmente, ainda mais, a conexão indissociável destes fatores faz parte da era pós-moderna e do viver das comunidades.

Com o advento do capitalismo, com seu modelo de consumo exacerbado e, posteriormente, da globalização e sua dissolução de limites geográficos e temporais, um novo modelo de cidades se descortinou para a sociedade.

Vislumbres de tempos prósperos, em que todos os desejos poderiam ser saciados e todos os bens quantificáveis, tornaram os indivíduos ávidos por novidades e, em diversos momentos, sem a ideal percepção da abrangência da vida sistêmica no Planeta.

As cidades, que deveriam ser espaços de integração social e cultural, tornaram-se, pouco a pouco, lugares de contrastes, riscos, separatismos e exclusões, reforçando e evidenciando a divisão entre ricos e pobres.

Outrossim, diversas pessoas foram excluídas em razão de não terem valor nem interesse para a busca de ganhos financeiros, motivo pelo qual se tornaram insignificantes sob a perspectiva tanto social, quanto econômica.

Este modelo desigual empurrou parcelas da sociedade para a pobreza, fazendo-as ocuparem áreas que não eram objeto de desejo das classes abastadas e, também, levando-as, inúmeras vezes, a ocupações ilegais nas áreas urbanas, como as Áreas de Preservação Permanente (APPs), aumentando, assim, a degradação ambiental.

A vulnerabilidade do meio gerada por esta forma de ocupação é altamente impactante para a população. Inúmeras são as violações de direitos humanos – e suas perniciosas e duradouras consequências – em razão dos eventos a que estão expostos os seus integrantes.

Aliado a isso, tem-se que as mudanças climáticas e o aumento populacional são fatores que contribuem para a ocorrência de desastres ambientais¹, eventos esses sempre marcantes no contexto humanitário, sejam eles naturais, objeto central deste artigo, ou induzidos por acidentes em atividades econômicas.

Contudo, políticas públicas bem delineadas, eficientes, eficazes e voltadas ao bem comum, conectadas aos setores técnicos fiscalizatórios responsáveis, podem mitigar os efeitos dessas ocorrências, senão impedi-las.

Nesse contexto, imprescindível a conexão entre a sociedade civil, o Poder Público e o setor privado em prol do bem comum, com o fito de integrar diferenças sociais e promover igualdade de condições entre desiguais.

Somente assim se atingirá a justiça social e, por via de consequência, a ambiental, posto que a sua subversão contribui sobremaneira para a incidência e a intensidade das catástrofes ambientais.

Quanto à metodologia, foi utilizada a base lógica indutiva por meio da pesquisa bibliográfica no desenvolvimento da pesquisa, compreendeu o método cartesiano quanto à coleta de dados e no relatório final o método indutivo com as técnicas do referente, dos conceitos operacionais da pesquisa bibliográfica e do fichamento. (PASOLD, 2015, p. 97-99)

2 OS ESPAÇOS URBANOS E A INSUSTENTABILIDADE: CONCENTRAÇÃO DEMOGRÁFICA, PRESSÃO POR SERVIÇOS, RISCOS, DESASTRES E INJUSTIÇA AMBIENTAL

Estima-se que até 2050 o número de pessoas residindo nas cidades atingirá 6,3 bilhões, fruto da maior onda de urbanização da história da humanidade. Os dados, lançados no relatório *The power of choice* (UNFPA, 2018), da *United Nations Population Fund*, são impactantes se considerarmos que vivemos em uma sociedade com elevada assimetria econômica, social e ambiental.

¹ Categoria referida segundo o aporte teórico reunido por Daniel A. Farber e Délton Winter de Carvalho (Orgs.) na obra *Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas*. Curitiba: Prismas, 2017.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

As megacidades², que em 1995 eram 14 (ONU-Habitat, 2016), em 2018 atingiram o patamar de 33, conforme dados do relatório *Megacities: Developing Country Domination*. São Paulo e Rio de Janeiro figuram como as únicas representantes do Brasil, que é o 5º país do mundo em número de megacidades. Nessa esteira, a perspectiva é de continuidade de crescimento urbano, que elevará para 39 o número desses aglomerados no ano de 2030. (EUROMONITOR INTERNACIONAL, 2018)

Mesmo com a previsão de decréscimo da população de algumas dessas cidades, a exemplo de Tóquio³, elas ainda continuarão imensas em termos populacionais e exercendo uma pressão crescente sobre os recursos naturais do Planeta.

O cenário urbano não apresenta previsão de melhoras a curto prazo, posto que diversas cidades dos países em desenvolvimento da Ásia, América Latina e África, crescem rapidamente e ascenderão a estes patamares em breve, segundo o relatório *Perspectivas da urbanização mundial*. (ONU, 2018)

E, em que pese esses países terem pouca responsabilidade nas mudanças climáticas, serão por ela afetados em razão dos poucos recursos e condições de adaptação. Para Morin (2013, p. 26), a crise demográfica se amplifica pelo somatório da superpopulação dos países pobres, da diminuição populacional dos países ricos e da intensificação dos fluxos migratórios engendrados pela miséria.

Entretanto, o crescimento massivo da população não pode ser apontado como o único responsável pela exploração e utilização desmedida dos recursos naturais. Apesar de haver um discreto decréscimo no aumento populacional atualmente, o consumo vem se expandindo e ocorre de maneira distinta em todo o mundo.

Nesse contexto, Días-Salazar, em sua obra *Desigualdades Internacionales: justicia ya! hacia un programa mundial de justicia global* (2011), aponta que há um abismo de desigualdade internacional fortemente consolidada entre os povos, que se reproduz

² Segundo o relatório *Cidades do Mundo* (2016), elaborado pelo Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos (ONU-Habitat), mega-cidades são consideradas aquelas que possuem 10 milhões de habitantes ou mais.

³ Considerada a maior cidade do mundo, Tóquio, no Japão, possuía aproximadamente 37.000.000 de habitantes em 2018. (ONU, 2018)

constantemente e aumenta a cada década, fato que impressiona porquanto aconteça quando estamos atravessando uma crise econômica mundial deveras profunda.

A acumulação de riqueza nas mãos de uma minoria da população que vive nos países do hemisfério Norte é muito grande e nem mesmo o surgimento de países do Sul como novas potências econômicas é capaz de romper a clara desigualdade existente no mundo. (DÍAS-SALAZAR, 2011, p. 12)

Neste cenário, surpreendem os dados que apontam que nos Estados Unidos e Japão vivem 6,6% dos habitantes do Planeta que, juntos, acumulam 35,26% do patrimônio líquido mundial. Por sua vez, nos países China, Brasil, Índia e México vivem 41,6% da população mundial que acumulam somente 16,53% da riqueza existente no globo. (DÍAS-SALAZAR, 2011, p. 12-13)

A Organização Não-Governamental britânica Oxfam publicou, em 2018, o relatório *Recompensem o trabalho, não a riqueza*, no qual apontou que 82% da riqueza mundial gerada em 2017 ficou com apenas 1% da população, enquanto a metade mais pobre – o equivalente a 3,7 bilhões de pessoas - não ficou com nada. (OXFAN, 2018)

No Brasil, os dados não se afastam dessa realidade, posto que 5 bilionários⁴ detêm mais dinheiro que a metade mais pobre do País. Ao todo, existem 42 bilionários brasileiros que acumulam US\$ 549 bilhões, que equivalem a 52% da riqueza do País, enquanto a metade mais pobre da população controla apenas 2% da riqueza nacional. (MACIEL, 2017)

Assim, não causa estranheza que a parcela que detém o maior valor tenha hábitos de consumo muito superiores quantitativamente em razão do seu poder aquisitivo.

Tal fato se reflete em aspectos continentais, conforme relata Días-Salazar (2011, p. 31), haja vista que, no início da década de 1990, 25% da população mundial que habitava os países ricos consumia 70% da energia mundial, 75% dos metais; 85% das madeiras; e 60% dos alimentos.

Em complemento, Huxley (2016, p. 117) aponta que a quantidade de capital planetário consumido pelos Estados Unidos (EUA) desde o fim da Primeira Guerra Mundial foi maior que todo o metal, combustíveis e minerais consumidos por toda a raça humana até então.

⁴ Paulo Lemann, Joseph Safra, Marcel Herrmann Telles, Carlos Alberto Sicupira e Eduardo Saverim tinham, juntos, a mesma quantia do que cerca de 100 milhões de pessoas. (EPOCA NEGOCIOS, 2018)

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Com o fito de sustentar a população mundial atual, seria necessário em torno de 500 quilos de aço por cabeça a cada ano; 11,5 quilos de cobre; 13 de chumbo; 3,5 toneladas de pedra, cascalho e areia; 250 quilos de cimento; 200 de argila; 100 de sal; 50 de fosfato – totalizando 20 toneladas; estimando-se que cada membro da população requer o equivalente a 8 toneladas de carvão para fornecer-lhe energia anualmente. (HUXLEY, 2016, p.117)

Alguns estudos indicam que, se todos os países mantivessem o mesmo padrão de vida dos EUA, seriam necessários quatro planetas Terra e meio para suportar tal intensidade de consumo. Afinal, aliada à cultura consumista, existe a intensa obsolescência programada ou planejada, segundo a qual os equipamentos eletrônicos tornam-se obsoletos (técnica ou psicologicamente) em um período muito rápido, aumentando a demanda por novos produtos e, conseqüentemente, por mais recursos que, por sua vez, produzem grande quantidade de lixo.

Organizações e entidades internacionais, a exemplo da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), afirmam que o planeta produz, atualmente, quantidade de recursos e alimentos suficientes para cerca de 9 bilhões de pessoas, o que, no entanto, não impede que quase 1 bilhão de habitantes sofram com o problema da fome e da miséria extrema, estando a maioria concentrada nos países subdesenvolvidos. (FAO, 2016)

O que se nota, portanto, não é a escassez de recursos, sobretudo alimentares, frente ao aumento do número de pessoas, mas a má e injusta distribuição, o desperdício (que ocorre até mesmo com o transporte do alimento) e a falta de acesso a esses, fruto das relações de desigualdade e pobreza acentuadas em várias partes do globo.

Com o advento da crise econômica, iniciada em 2008⁵, houve um acréscimo na deterioração da vida de muitos cidadãos, na pobreza, na desigualdade social e na exclusão, o que contribuiu para que inúmeros deles trocassem suas habitações em lugares centrais, ou mais próximas ao centro, por áreas precárias do ponto de vista da infraestrutura urbana e mais distantes em relação às melhores localizações da cidade.

⁵ Para aprofundamento do tema, ver a obra “O minotauro global”, de Yanis Varoufakis. Zed Books, Ltd., London, 2015.

Em análise a essa situação, o relatório *Cidades do Mundo* (ONU, 2016) concluiu que o atual modelo de urbanização global é insustentável, sendo necessário criar novos padrões para responder a desafios como a proliferação de favelas e as desigualdades sociais, especialmente nos países em desenvolvimento.

Para além disso, há uma desproporção alarmante entre países ricos e pobres sobre o consumo e a demanda por atividades e serviços por parte do Estado nas áreas urbanas, como água, energia, gás e saneamento. A pressão sobre esses se torna, a cada dia, mais intensa, exigindo atuação e estrutura compatíveis e integradas, assim como o uso da ciência, da tecnologia e de recursos financeiros para seguir em direção a um futuro sustentável.

Esse cenário desafiador favoreceu o aumento das moradias precárias nas periferias e favelas, situação que deve piorar especialmente nos países em desenvolvimento, segundo dados do *World Cities Report 2016*. (ONU-Habitat, 2016)

No Brasil, segundo o Censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), estima-se que existam cerca de 6.329 aglomerados subnormais – ou favelas –, número que engloba um total de 3.224.529 domicílios e 11.425.644 pessoas. (IBGE, 2010)

Com isso, são geradas relações sociais e espaciais mais complexas, que demandam a intervenção do Estado como regulador, coordenador e provedor de serviços. Há, também, demanda para os outros atores do tecido social – entidades privadas e civis, corporações e sociedade – que precisam assumir compromissos com a nova visão voltada à sustentabilidade global em sua tríplice dimensão.

Em meio a esses fatores, tem-se que o aumento da vulnerabilidade, não só ambiental, é resultado de processos deficientes no planejamento urbano, que deveriam incluir critérios de prevenção de riscos provenientes de fenômenos naturais e não o fazem. Da mesma forma, há que ser considerado naquele o avanço desmedido sobre os recursos naturais, a fim de promover o equilíbrio no processo de urbanização, visando ao desenvolvimento sustentável e que não contribua para a vulnerabilidade da população e do ambiente.

Inúmeras vezes, a logística desgastante e cansativa da vida daqueles que se dirigem das regiões do entorno da cidade para ela, aliados às desigualdades sociais e a má distribuição de renda, fazem com que o cidadão busque espaços urbanos com características

demográficas que em nada contribuem para a sua saúde e segurança e, também, dos seus familiares. Estes locais, por vezes frutos de invasões e não fiscalizados pelos órgãos públicos, são áreas de risco, perigosas e de grande fragilidade ambiental.

Na análise de Cavedon e Vieira (2011, p. 184), situações de perigo não se tornariam desastrosas se as vulnerabilidades fossem sanadas, sendo justamente esse fator que intensifica o perigo e contribui para a concretização dos riscos.

Notório que os impactos decorrentes das ações climáticas, geográficas e dos danos ambientais, como enchentes, deslizamentos, estiagem e outras catástrofes, tenham aumentado significativamente nos últimos tempos em todo o globo, e afetam com maior intensidade essas camadas mais pobres e vulneráveis da população. Isto não quer dizer, no entanto, que apenas as regiões objeto de ocupação irregular sejam atingidas pelos desastres. Segundo dados do *Perfil dos Municípios Brasileiros 2013*, efetuado pelo IBGE, os casos em que os desastres ocorreram em áreas de ocupação irregular respondem por 19,5% das áreas com enxurradas ou inundações bruscas e 20,9% das áreas com enchentes ou inundações graduais. (IBGE, 2014)

Nota-se, assim, tanto a ausência de uma análise acurada do histórico de ocupação desses espaços, revisão do mapeamento e classificação dos padrões, como de uma percepção global do entorno pela governança.

Certo é que as vítimas desses desastres poderão buscar compensação para os danos sofridos por meio de programas governamentais, seguros privados ou pelo sistema de responsabilidade civil. Contudo, inquestionável que este processo é lento e no mais das vezes não atende a real necessidade de urgência e/ou emergência de quem demanda.

Entretanto, o que se deduz da análise dos diversos eventos danosos ocorridos em todo o globo é que o homem não se dá conta da responsabilidade que lhe cabe. E isso não é característica apenas da modernidade.

Após o terremoto ocorrido em Lisboa no ano de 1755, Rousseau argumentou que a maioria dos nossos males físicos ainda são de nossa própria lavra. A natureza, ele lembrou a Voltaire, não construiu vinte mil prédios de seis a sete andares (em Lisboa). E prossegue advertindo que se os moradores dessa grande cidade estivessem mais espalhados e melhor alojados, o dano teria sido muito menor e talvez irrisório. (HUXLEY, 2016, p. 68)

Em que pese a frequência de tragédias naturais em todo o mundo, a gestão desse tipo de risco somente ganhou amplitude com as Resoluções da Assembleia Geral da ONU n. 43/202, de 20 de dezembro de 1988, e n. 44/236, de 22 de dezembro de 1989, que decretaram a década de 1990 como *Década Internacional para a redução das catástrofes naturais*. (AMADO, 2012, p. 1)

No Brasil, o meio ambiente passou a figurar na Constituição da República Federativa de 1988 (CRFB/88)⁶ como bem de uso comum do povo e, em seu artigo 21, XVIII, impôs à União o planejamento e a promoção da defesa permanente contra as calamidades públicas (denominação que abrange tanto as inundações quanto as secas).

Por sua vez, no ano de 2012, em meio a eventos de calamidade no país, foi sancionada a lei que instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), que determinou como dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre. (BRASIL, 2012)

Segundo o contido na referida legislação, compete aos municípios executar a PNPDEC em âmbito local, incorporar as ações de proteção e defesa civil no planejamento municipal e também identificar e mapear as áreas de risco de desastres. Ademais, delineou o Plano Nacional de Gestão de Risco e Resposta a Desastres Naturais, que apontou diretrizes e articulou uma série de iniciativas regionais e locais.

Em razão disso, nos últimos anos, vários municípios em todo o país redigiram seus planos de contingência e aderiram ao *Programa de Cidades Resilientes* da Organização das Nações Unidas, mudando paradigmas e fortalecendo a prevenção voltada ao planejamento estratégico na redução do risco de desastres.

Contudo, o projeto de redução desses riscos está diretamente relacionado à transparência governamental, à responsabilização política e ao direito de participação da população na tomada de decisões administrativas. (VERCHICK, 2017, p. 93)

A imprescindibilidade de projetos com comprometimento desta monta resta evidenciada perante os dados de uma pesquisa feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que compreendeu os anos de 2008 a 2013, na qual se constatou que 40,9% dos

⁶ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

municípios brasileiros sofreram, no período, pelo menos um desastre natural, sendo 2.276 cidades atingidas por inundações graduais, enxurradas bruscas e/ou deslizamentos de encostas. Apenas as enchentes graduais deixaram 1.406.713 pessoas desabrigadas (definitivamente sem casa) ou desalojadas (temporariamente sem moradia). As inundações bruscas, como as que arrasaram o Morro do Baú, em Santa Catarina, no ano de 2008, e a região Serrana do Rio de Janeiro, em janeiro de 2011, foram o tipo de desastre que mais ocorreu no País. Ao todo, 1.574 municípios registraram 13.244 ocorrências desse gênero, que deixaram 777.546 pessoas desabrigadas e desalojadas. Em segundo lugar, ficaram as enchentes graduais em 1.543 municípios, com 8.942 casos, seguidas dos municípios atingidos por deslizamentos de encostas (895). (IBGE, 2014)

O estudo ainda aponta que o Estado com maior número de deslizamentos foi Minas Gerais, com 225 casos, seguida por São Paulo, com 121, Santa Catarina, com 118, Rio de Janeiro, com 70, e Espírito Santo, com 48. (IBGE, 2014)

Mesmo sem ter números oficiais, a mídia relata a continuidade destes desastres, ano após ano, até a atualidade, como ocorrido no Rio de Janeiro em fevereiro de 2019, oportunidade em que um forte temporal atingiu a capital do Estado e causou a morte de ao menos 6 pessoas, vitimando especialmente as favelas da Rocinha e do Vidigal. (REVISTA G1, 2019)

Constata-se, portanto, que as chuvas, principalmente nas regiões Sudeste e Sul, costumam, sucessivamente, ser as grandes causadoras de acidentes naturais. Contudo, esses graves fatos não se revestem de motivo suficiente para que verbas públicas destinadas às políticas voltadas à cobertura desses eventos não sejam objeto de bloqueio, havendo, até mesmo, em 2019, corte de 100% do valor para realizações de estudos, projetos e obras para contenção ou amortecimento de erosões marinhas e fluviais na ordem de 32 milhões de reais. (CONTAS ABERTAS, 2019)

Diante deste cenário, ao invés de medidas de contenção, não deveria o Poder Público agir proativamente visando impedir construções em áreas de risco, a fim de evitar desastres, como inundações e deslizamentos, que deixam diversos desabrigados e outros tantos mortos, ano após ano, em todo o mundo e, especificamente para este estudo, em nosso país, consoante demonstrado acima? Como assentir que, em pleno século XXI, governantes ainda ajam com descaso e irresponsabilidade para com aqueles que, em razão

de sua condição social, residem em áreas consideradas de risco, não por escolha independente, mas por simples falta de opção?

A sociedade moderna, intitulada de *sociedade de risco* por Beck (2011), e a sua nova forma de capitalismo (de economia, de ordem global, de sociedade e vida pessoal), gerou consequências de alta gravidade para o meio ambiente e para a saúde humana, haja vista o aumento significativo da desigualdade social. Há que se computar, ainda, a potencialização dos riscos com sistemas de controle e fiscalizações estatais precários.

Contudo, o fato de vivermos em uma sociedade de risco não significa que devemos nos submeter passivamente a esses, que afrontam o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e que violam sistematicamente o direito à sadia qualidade de vida.

O Poder Público, sabe-se, não é o único responsável pela proteção ambiental. Além da regulamentação e fiscalização efetiva e eficaz proveniente desse, mudanças de comportamento individual, tais como se afastar das áreas vulneráveis, exercer maior vigilância e protagonismo social, contribuem para a diminuição dos riscos de desastres ambientais.

Para tanto, é necessário que o Poder Público enfrente os erros cometidos no passado, reduza as desigualdades sociais, adapte-se ao crescimento presente e reparta com a iniciativa privada, a sociedade civil e Organizações Não-Governamentais as inúmeras e imprescindíveis tarefas.

Diante deste contexto, a pergunta que surge é: a alguém interessa esta situação de injustiça dos desastres?

3 A CIDADE INTELIGENTE NO SÉCULO XXI: CENÁRIOS E ALTERNATIVAS EM UMA PERSPECTIVA DE POLÍTICAS PÚBLICAS E RESPOSTAS INSTITUCIONAIS VOLTADAS AO BEM COMUM NO CONTEXTO DOS DESASTRES

Com os olhos voltados para a necessária reversão de três séculos de elevados impactos ambientais – o carvão no século XIX e o petróleo nos séculos XX e XXI – a sociedade atual prossegue a discussão em busca de alternativas iniciada pelas Organizações das Nações Unidas (ONU) no início dos anos 1970.

Desde então, diversos foram os países em todo o mundo que incorporaram em suas agendas as questões ambientais, aliando projetos e ações com o fito de reduzir passivos ambientais e buscar a sustentabilidade.

Em que pese a longa trajetória, ainda há muitas perspectivas que demandam análises criteriosas, inúmeros são os países, regiões e cidades em que os governantes continuam conectados a modelos tradicionais e poluidores, e ainda muito distantes daqueles modernos e comprometidos com a utilização de recursos naturais voltados à economia e ao desenvolvimento.

A urbanização desenfreada, aliada a outros fatores, continua produzindo modelos complexos de cidades, repletas de injustiças sociais e ambientais e também desafios diários de difícil solução, como a ausência de esgotamento sanitário, distribuição precária de água e poluição de mares e rios, tal qual se constata em diversas cidades do Norte e Nordeste brasileiro.

Por outro lado, há diversos aglomerados urbanos que estão comprometidos com as presentes e futuras gerações, buscando a superação dos entraves à modernidade e à sustentabilidade. Há, até mesmo, cidades especialmente construídas sob os moldes da inteligência e sustentabilidade, a exemplo de Masdar, cidade dos Emirados Árabes, que empregará apenas energias renováveis e reutilizará todo o lixo produzido.

Essas últimas, também conhecidas como *Smart Cities*, são um misto de capital humano e tecnologia que tem por objetivo uma melhoria no desenvolvimento de uma cidade de forma sustentável e, também, estão à procura de resolver problemas públicos através de tecnologias desenvolvidas e implementadas numa base multi-stakeholder de parcerias (EUROPIAN PARLIAMENT, 2014)

Nesse cenário, as tecnologias são utilizadas para viabilizar o crescimento econômico e a melhoria na qualidade de vida, assim como uma boa gestão de recursos naturais e energéticos, com participação do Estado.

Esses espaços urbanos perseguem o meio ideal para atingir um alto Índice de Desenvolvimento Humano (IDH)⁷ buscando dar respostas às necessidades sociais e

⁷ Índice de Desenvolvimento Humano é “o objetivo da criação do Índice de Desenvolvimento Humano foi o de oferecer um contraponto a outro indicador muito utilizado, o Produto Interno Bruto (PIB) per capita, que considera apenas a dimensão econômica do desenvolvimento. Criado por Mahbub ul Haq com a colaboração do economista indiano Amartya Sen, ganhador do Prêmio

econômicas da sociedade. Para tanto, não visam apenas o incentivo à economia, mas valorizam, acima de tudo, fluxos de interação nas cidades, onde são priorizados o uso estratégico de informação e de comunicação, de serviços, de infraestrutura, com planejamento e gestão urbana.

O grau de inteligência de uma cidade é medido por dez dimensões - governança, administração pública, planejamento urbano, tecnologia, meio-ambiente, conexões internacionais, coesão social, capital humano e economia - segundo o *Índice IESE Cities in Motion*, da Universidade espanhola de Navarra. (IESE, 2019)

Entretanto, em que pese os critérios acima servirem para mensurar a inteligência dos aglomerados urbanos, a conectividade com o todo é imprescindível, não sendo interessante para a sociedade e seus gestores uma cidade ambientalmente sustentável, mas com alta incidência de crime e desemprego, por exemplo, a ponto de ninguém desejar habitá-la.

Ademais, a cidade inteligente requer, além de boa gestão, boa regulação, governança e articulação, não bastando apenas contar com diversos seguimentos integrados para se auto intitular como tal.

Buscando este Norte, a Cúpula das Nações Unidas, reunida com a sociedade civil, os governos e outros parceiros, instituiu os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)⁸ no ano de 2015, delineando, assim, uma ambiciosa agenda de desenvolvimento mundial, com o fito de aprimorar os caminhos e melhorar, em diversos segmentos, a vida da população.

Especificamente, o Objetivo 11 se voltou para a urbanização enquanto ferramenta para o desenvolvimento quando impôs, como meta, tornar as cidades e os assentamentos humanos

Nobel de Economia de 1998, o IDH pretende ser uma medida geral, sintética, do desenvolvimento humano. Apesar de ampliar a perspectiva sobre o desenvolvimento humano, o IDH não abrange todos os aspectos de desenvolvimento e não é uma representação da "felicidade" das pessoas, nem indica "o melhor lugar no mundo para se viver". Democracia, participação, equidade, sustentabilidade são outros dos muitos aspectos do desenvolvimento humano que não são contemplados no IDH." (PNUD Brasil. Disponível em: <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/conceitos/o-que-e-o-idh.html> Acesso em 20 de maio de 2019.

⁸ Os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) formam uma agenda mundial, que foi adotada durante a Cúpula das Nações Unidas sobre o Desenvolvimento Sustentável, em setembro de 2015, e é composta por 17 objetivos e 169 metas a serem atingidos até 2030. Disponível em: http://www.estrategiaods.org.br/wp-content/uploads/2015/09/ODS_oficial.pdf Acesso em: 24 nov. 2018.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

inclusivos, seguros, resilientes e sustentáveis. Mas não é só. Os subitens⁹ detalharam inúmeras ações referentes aos mais diversos aspectos urbanos, como habitação, transporte, segurança, redução dos riscos de desastres e perspectivas ambientais, a serem desencadeadas até 2030.

Imbuídos desses estímulos, muitos gestores públicos e privados buscaram, e ainda buscam, implantar essas diretrizes em suas cidades com a finalidade de combater as desigualdades e a injustiça.

Exemplos disso são cidades como Nova York, Londres e Paris, que figuram no topo do ranking das 10 cidades mais inteligentes do mundo¹⁰, porquanto atingem boa pontuação em quase todos os critérios utilizados no índice do IESE.

⁹ 11.1 Até 2030, garantir o acesso de todos à habitação segura, adequada e a preço acessível, e aos serviços básicos e urbanizar as favelas

11.2 Até 2030, proporcionar o acesso a sistemas de transporte seguros, acessíveis, sustentáveis e a preço acessível para todos, melhorando a segurança rodoviária por meio da expansão dos transportes públicos, com especial atenção para as necessidades das pessoas em situação de vulnerabilidade, mulheres, crianças, pessoas com deficiência e idosos

11.3 Até 2030, aumentar a urbanização inclusiva e sustentável, e as capacidades para o planejamento e gestão de assentamentos humanos participativos, integrados e sustentáveis, em todos os países

11.4 Fortalecer esforços para proteger e salvaguardar o patrimônio cultural e natural do mundo

11.5 Até 2030, reduzir significativamente o número de mortes e o número de pessoas afetadas por catástrofes e substancialmente diminuir as perdas econômicas diretas causadas por elas em relação ao produto interno bruto global, incluindo os desastres relacionados à água, com o foco em proteger os pobres e as pessoas em situação de vulnerabilidade

11.6 Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros

11.7 Até 2030, proporcionar o acesso universal a espaços públicos seguros, inclusivos, acessíveis e verdes, particularmente para as mulheres e crianças, pessoas idosas e pessoas com deficiência

11.a Apoiar relações econômicas, sociais e ambientais positivas entre áreas urbanas, periurbanas e rurais, reforçando o planejamento nacional e regional de desenvolvimento

11.b Até 2020, aumentar substancialmente o número de cidades e assentamentos humanos adotando e implementando políticas e planos integrados para a inclusão, a eficiência dos recursos, mitigação e adaptação às mudanças climáticas, a resiliência a desastres; e desenvolver e implementar, de acordo com o Marco de Sendai para a Redução do Risco de Desastres 2015-2030, o gerenciamento holístico do risco de desastres em todos os níveis

11.c Apoiar os países menos desenvolvidos, inclusive por meio de assistência técnica e financeira, para construções sustentáveis e resilientes, utilizando materiais locais

¹⁰ O ranking é preparado pelo Centro de Globalização e Estratégia do IESE Business School, na Espanha.

Contando com pioneirismo como o centro econômico mais importante do mundo, aliado ao melhor planejamento urbano, a capital americana conseguiu, entre outros feitos, converter sistemas telefônicos públicos antigos em uma fonte de internet para todos os seus residentes.

A cidade de Tóquio, capital do Japão, da mesma forma, por seus setores público e privado, investe em medidas que ajudam a controlar os gastos com energia em casas e edifícios comerciais, através de um gerenciamento inteligente da eletricidade utilizada por esses locais.¹¹

Ao confrontarmos esses dois exemplos de cidades, uma do Oriente e outra do Ocidente, o questionamento que surge é: as cidades são inteligentes e sustentáveis apenas porque tudo está integrado? Qual a perspectiva desses dois adjetivos ao analisarmos algumas cidades italianas e espanholas e seus pactos de descanso (*siesta*) após o horário do almoço e talvez ainda bem distantes da hiperintegração?

Nesta medida, o capital humano, por se tratar do pilar social da sustentabilidade, deve ser considerado, inquestionavelmente, em conexão com as outras duas dimensões – ambiental e econômica, a fim de fazer frente ao desenvolvimento nos moldes de uma cidade inteligente.

E não em menor medida, tem-se que a economia deve ser submetida à ecologia. E isto porque, segundo Acosta (2015, p. 121),

a natureza estabelece os limites e alcances da sustentabilidade e a capacidade de renovação que possuem os sistemas para se autorrenovar. Disso dependem as atividades produtivas. Ou seja: se se destrói a Natureza destroem-se as bases da própria economia.

Desta forma, o planejamento integrado de políticas voltadas para a *urbes*, com foco nos desastres ambientais, precisa considerar, então, não somente as mudanças climáticas e a incidência das chuvas em meio ao crescimento das cidades. Deverão propor, para além disso, políticas públicas e respostas institucionais que considerem as dimensões

¹¹ Um bom exemplo foi o bairro ecológico construído pela Panasonic onde ficava localizada a sua antiga fábrica. As casas desse bairro são baseadas no uso de energia renovável e aparelhos ultra eficientes, que conseguem inclusive determinar o melhor horário para lavar roupa, utilizando informações da previsão do tempo. Disponível em: <https://www.ibahia.com/transformacao-digital/detalhe/noticia/conheca-algumas-das-cidades-mais-inteligentes-do-mundo/> Acesso em: 18 maio 2019.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

ambiental, econômica e coletiva, posto que imprescindíveis a fim de reverter a problemática, atentando-se para a relação entre pobreza, degradação ambiental e desastres, consoante apontado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) (2008).¹²

No Município de São Paulo, por exemplo, dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística para o ano de 2010, apontaram a existência de 290 mil imóveis vazios na cidade, muito além do necessário a fim de abrigar a população paulistana de 130 mil famílias que atualmente vivem em áreas de risco (IBGE, 2010), deixando antever que a ausência de gestão estratégica integrada causa exclusão e contribui para a injustiça social e ambiental.

Este é o resultado histórico de uma política urbana que conferiu enorme liberdade ao mercado em detrimento de um controle rigoroso do uso do solo e da propriedade por parte do Estado. O preço a ser pago por essa “opção” inclui também uma intensa degradação ambiental, uma vez que grande parte das moradias informais da população pobre é edificada em beiras de córregos, margens de mananciais de abastecimento público e encostas de morros, contribuindo para a ocorrência de desastres que ceifam centenas ou até milhares de vidas periodicamente. (TRINDADE, 2012, p. 148)

Embora a urbanização esteja acontecendo globalmente num nível sem precedentes, o relatório *Global Environment Outlook 2019* (ONU, 2019) aponta que o fenômeno pode significar uma oportunidade para aumentar o bem-estar dos cidadãos, ao mesmo tempo em que diminui a pegada ambiental deles por meio de uma governança aprimorada, planejamento do uso da terra e infraestrutura verde. Além disso, o investimento estratégico em áreas rurais reduziria a pressão para que as pessoas migrem para os aglomerados urbanos.

A preservação do meio ambiente, assim como a reavaliação do avanço desmedido nos recursos naturais, é aspecto incontornável diante do alarmante fato de que um dos impactos

¹² Segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (Pnuma) (2008, p. 5), “os pobres são os mais vulneráveis aos desastres porque eles são frequentemente forçados a se estabelecer nas áreas marginais e têm menos acesso à prevenção, preparo e pronta advertência. Além disso, os pobres são os menos resilientes na recuperação dos desastres porque eles não dispõem de redes de suporte, seguros e opções alternativas de subsistência.”

mais dramáticos da mudança climática é o aumento na incidência de desastres. (Kaswan, 2017, p. 113)

Nesse contexto, entrelaçado ao Objetivo 11 dos ODS, o 13 aponta como uma de suas metas tomar medidas urgentes para combater a mudança climática e seus impactos. Para além disso, os subitens especificam questões de extrema relevância, como riscos e catástrofes, políticas e estratégias públicas, educação ambiental e planejamento.¹³

Imprescindível, ademais, a atuação preventiva e proativa dos gestores, os quais, cada vez mais, em virtude da frequência das catástrofes que ocorrem na atualidade, precisam adotar medidas voltadas à prevenção dos desastres, como sistemas de alerta e monitoramento e também das suas consequências.

No entanto, a população, aliada ao Poder Público deve ser conscientizada e educada em prol da construção da verdadeira cidadania ambiental, mormente em relação aos desastres, comprometendo-se com a resolução dos problemas, buscando soluções e se tornando consciente da sua responsabilidade intergeracional.

Notório que não há como impedir ou programar as chuvas, tempestades e inundações, mas é possível ao Poder Público e aos demais atores sociais, por meio de normativas e ações estratégicas, mitigarem os efeitos e, quiçá, evitarem as tragédias humanas decorrentes.

Não é noutra sentido a lição de Farber (2017, p. 33), para quem os desastres são frequentemente o resultado de falhas a longo prazo de regulamentações ambientais.

¹³ 13.1 Reforçar a resiliência e a capacidade de adaptação a riscos relacionados ao clima e às catástrofes naturais em todos os países

13.2 Integrar medidas da mudança do clima nas políticas, estratégias e planejamentos nacionais

13.3 Melhorar a educação, aumentar a conscientização e a capacidade humana e institucional sobre mitigação, adaptação, redução de impacto e alerta precoce da mudança do clima

13.a Implementar o compromisso assumido pelos países desenvolvidos partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima [UNFCCC] para a meta de mobilizar conjuntamente US\$ 100 bilhões por ano a partir de 2020, de todas as fontes, para atender às necessidades dos países em desenvolvimento, no contexto das ações de mitigação significativas e transparência na implementação; e operacionalizar plenamente o Fundo Verde para o Clima por meio de sua capitalização o mais cedo possível

13.b Promover mecanismos para a criação de capacidades para o planejamento relacionado à mudança do clima e à gestão eficaz, nos países menos desenvolvidos, inclusive com foco em mulheres, jovens, comunidades locais e marginalizada.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Da análise de alguns eventos fatídicos se deduz que os governantes não compreendem o problema que causam, por exemplo, com uma decisão adiada, tampouco medem a extensão dos impactos que afetam diferentes segmentos da sociedade de forma muito desigual, fato que retrata uma visão fragmentada, cartesiana e egoísta.

A injustiça social contribui sobremaneira para a incidência e intensidade das catástrofes naturais, o que leva a crer que a busca contínua pela diminuição das desigualdades deve fazer parte de todas as plataformas governamentais.

E isto porque é preciso, segundo Verchick (2017, p. 61),

compreender as implicações políticas e morais de uma sociedade que permite o crescimento despercebido de uma 'classe inferior' (formada por vítimas de desastres) em uma nação comprometida com a liberdade e a democracia.

Mais do que isto. É preciso que se reflita sobre quais medidas devem ser adotadas para a prevenção e a resolução deste alarmante problema.

Na medida em que compreendermos a finitude do ambiente e, assim, reduzirmos o impacto sobre ele, tornando-o mesmo que minimamente mais sustentável, estaremos voltados a práticas igualitárias e que possibilitem a justiça social e, conseqüentemente, a justiça ambiental - que está ligada de maneira inquestionável à sustentabilidade.

Em meio a esse cenário, há hoje, em diversas cidades do mundo, soluções criativas e inovadoras para os problemas causados pelo fenômeno da urbanização intensa.

Sim, em um momento de grande efervescência criativa, em todos os locais do globo e em todas as nações, acontecem iniciativas locais visando a uma regeneração econômica, ou social, ou política, ou cognitiva, ou educacional, ou ética ou existencial. (MORIN, 2013, p. 41)

Entretanto, essas iniciativas, compartimentadas e desconexas, desconhecem umas às outras, fato que não facilita em nada os novos caminhos para o bem viver presente e futuro, os quais ambicionam a justiça global.

Segundo Morin (2013, p. 41), devem elas ser reconhecidas, enumeradas, examinadas e repertoriadas para que as múltiplas vias reformadoras sejam abertas e desenvolvidas, formando, assim, a nova via.

Atente-se, porém, ao fato de que diversos exemplos e alternativas sustentáveis encontrados nas cidades atualmente são privados e não destinados à coletividade e à proteção do bem comum.

Contudo, a única forma de revertermos a crise ambiental vivenciada globalmente é, segundo Ruschel (2018, p. 123), reconhecer o meio ambiente como um bem comum planetário, de impossível divisão e que deva ser preservado em sua integralidade.

Por ser assim, a transformação de nosso excludente e perverso modelo de desenvolvimento urbano não passa apenas pela aprovação de boas leis, mas também por uma profunda transformação sociocultural e política, o que só pode ser construído a longo prazo, com a intensificação gradual das lutas sociais. (TRINDADE, p. 161)

Com o fito de auxiliar neste processo, o Grupo de Lideranças Climática de Cidades (C40)¹⁴, desencadeiam ações para que municípios, estados e países possam definir o futuro da humanidade de forma mais sustentável e com poderes e conhecimento para enfrentar as mudanças climáticas e, por via de regra, os desastres ambientais delas decorrentes.

Assim, diversos projetos foram desencadeados com esse propósito, tais como a competição *Reinventando as Cidades*, na qual uma rede de prefeitos focada em encontrar soluções para a mudança climática, solicitou aos arquitetos que reinventassem novos usos para espaços vagos e abandonados em algumas cidades, e, ainda, *Sete planos de ação climática para cumprir o Acordo de Paris*, o qual aponta sete cidades com planos de ação climática que colocam a cidade em vias de se tornar neutra até 2050 e mais resiliente aos impactos da mudança climática.

Nessa linha, o grande desafio, no dizeres de Petermann e Cruz (2017, p. 40), é conceber a comunidade política de maneira que compatibilize o equilíbrio social e ambiental, o que implica em advogar, ao mesmo tempo, por justiça social e preservação do meio ambiente, por meio da construção da ideia substantiva do bem comum.

¹⁴ Grupo que reúne 40 cidades ao redor do mundo em prol do clima no planeta. Maiores informações disponíveis em: <https://www.c40.org> Acesso em 25 maio 2019.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca pelo desenvolvimento e implantação de modelos urbanos sustentáveis e inteligentes se intensificou nas últimas décadas em todo o mundo, assim como a ocorrência de desastres naturais.

Nesse contexto, o presente artigo buscou investigar alguns dos desafios para humanizar a gestão das cidades, sob a perspectiva das catástrofes ambientais que, além de desalojados e desabrigados, produz inúmeros mortos e feridos.

Compreendeu-se a imprescindibilidade da implementação de políticas públicas diversificadas, aliadas à adequada e regular fiscalização, com o fito de evitar ou, ao menos, minimizar danos aos cidadãos residentes em áreas urbanas, especialmente naquelas consideradas ambientalmente vulneráveis.

O modelo constitucional brasileiro erigiu a solidariedade ao ordenamento jurídico, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de proteção ao meio ambiente em prol das presentes e futuras gerações.

Desta forma, repensar o uso dos espaços urbanos e desenvolver uma percepção ecológica da sociedade, onde um modelo de urbanização sustentável possa minimizar os riscos ambientais é um dos grandes desafios deste século que deve ser repartido entre todos os atores do mosaico social.

Para além disso, deve-se perseguir o desenvolvimento da cultura democrática, a qual trilha, invariavelmente, o caminho da redução das desigualdades e, de igual modo, a redução da vulnerabilidade ambiental gerada pela pobreza.

Nesta perspectiva, impõe-se repensar a estrutura dos aglomerados urbanos diante da dimensão coletiva, onde a sociedade seja aperfeiçoada para enfrentar riscos e evitar desastres, conectando as melhores práticas para mais inovação, sustentabilidade e equidade urbanas.

Somente a conexão entre igualdade social e preservação ambiental pode levar ao desenvolvimento humano e tornar mais palpável a possibilidade de ser atingida a justiça global em situações que envolvam os desastres ecológicos.

5 REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. Tradução de Tadeu Breda. São Paulo: Autonomia Literária, 2015.

AMADO GOMES, Carla. A gestão do risco de catástrofe natural: uma introdução na perspectiva do Direito Internacional. In: **Direito(s) das Catástrofes Naturais**, Coimbra, Almedina, 2012.

BAUMAN, Zygmunt. **Confiança e medo na cidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011. Título original: *Risikogesellschaft: auf dem Weg in eine andere Moderne*.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)**. Texto consolidado até a EC. 91/2016. Portal do Senado Federal: Legislação. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em 10 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 12.608, de 10 de abril de 2012**. Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis n.ºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112608.htm. Acesso em: 27 abr. 2019.

CAVEDON, Fernanda de Salles; VIEIRA, Ricardo Stanzola. **Conexões entre desastres ecológicos, vulnerabilidade ambiental e direitos humanos: novas perspectivas**. Revista Direito Econômico Socioambiental, v. 2, n. 1, jan/jun. 2011, p. 179-206, Curitiba.

CONTAS ABERTAS. Associação. Estudo feito para o jornal **Estado de São Paulo/Broadcast**. Publicado em 19 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.contasabertas.com.br> Acesso em 20 maio 2019.

DÍAS-SALAZAR, Rafael. **Desigualdades Internacionales: justicia ya!: hacia un programa mundial de justicia global**. Icaria editorial: Barcelona, 2011.

EBC. Empresa Brasileira de Comunicações. **Relembre os principais desastres ambientais ocorridos no Brasil 2015**. Portal EBC. 25/11/15. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/meio-ambiente/2015/11/conheca-os-principais-desastres-ambientais-ocorridos-no-brasil> Acesso em: 18 maio 2019.

EUROMONITOR INTERNACIONAL. **Relatório Megacities: Developing Country Domination**. Disponível em: <https://go.euromonitor.com/strategy-briefing-cities-2018-megacities.html> Acesso em 3 abr. 2019.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

EUROPIAN PARLIAMENT. **Mapping Smart Cities in the EU**. 2014. Disponível em: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE_ET\(2014\)507480_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/507480/IPOL-ITRE_ET(2014)507480_EN.pdf) Acesso em 20 maio 2019.

FAO. Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura. **Adopting a territorial approach to food security and nutrition policy**. 2016. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/urban-rural-and-regional-development/adopting-a-territorial-approach-to-food-security-and-nutrition-policy_9789264257108-en#page1 Acesso em 26 mar. 2019.

FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton W. (org.) **Estudos aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas**. Curitiba: Prismas, 2017.

FELDMANN, Fabio. Meio Ambiente. In: **Brasil: o futuro que queremos**. São Paulo: Contexto, 2018.

HUXLEY, Aldoux. **A situação humana**. 2. ed. São Paulo: Biblioteca Azul, 2016.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Perfil dos Estados e Municípios Brasileiros 2014**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=294541> Acesso em 21 maio 2019.

IBGE. Censo 2010. Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br> Acesso em 23 maio 2019.

IESE CITIES IN MOTION. **Índice IESE Cities in Motions**. 2019. Business School University of Navara, Espanha. Disponível em: https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0509.pdf?_ga=2.192054442.1425459479.1558391915-23073704.1558391915 Acesso em 19 maio 2019.

KASWAN, Alice. Sete princípios para uma adaptação equitativa aos efeitos das mudanças climáticas. In: **Estudos aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas**. Curitiba: Prismas, 2017, p. 113-148.

LÉNA, Philippe; NASCIMENTO, Elimar Pinheiro (org.). **Enfrentando os limites do crescimento: sustentabilidade, decrescimento e prosperidade**. Rio de Janeiro: Garamond, 2012.

MACIEL, Camila. Revista Valor Econômico. 22/01/2018. **Em 2017, 82% da riqueza mundial ficaram nas mãos do 1% mais rico**. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5272165/em-2017-82-da-riqueza-mundial-ficaram-nas-maos-do-1-mais-rico> Acesso em 10 jan. 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório: Perspectivas da urbanização mundial. Revisão 2018**. Disponível em: <https://www.unric.org/pt/actualidade/31537-relatorio-da-onu-mostra-populacao-mundial-cada-vez-mais-urbanizada-mais-de-metade-vive-em-zonas-urbanizadas-ao-que-se-podem-juntar-25-mil-milhoes-em-2050> Acesso em 13 out. 2018.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório Cidades do Mundo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/atuual-modelo-de-urbanizacao-e-insustentavel-onu-habitat-relatorio/> Acesso em: 13 abr. 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Relatório Global Environment Outlook 2019**. Disponível em: <https://www.unenvironment.org/resources/global-environment-outlook-6> Acesso em 22 maio 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. **Até 2028, Nova Deli ultrapassará Tóquio e se tornará a maior cidade do mundo**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ate-2028-nova-deli-ultrapassara-toquio-e-se-tornara-maior-cidade-do-mundo/> Acesso em 18 abr. 2019.

ONU-Habitat. Programa das Nações Unidas para os Assentamentos Humanos. **World Cities Report 2016**. Disponível em: <http://wcr.unhabitat.org/>. Acesso em 12 de jan. 2019.

OXFAM. Organização Não Governamental. 2018. **Recompensem o trabalho, não a riqueza**. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/justica-social-e-economica> Acesso em: 12 abr. 2019.

PENA, Rodolfo F. Alves. **Crescimento demográfico e escassez de recursos naturais; Brasil Escola**. Disponível em: <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/crescimento-demografico-escassez-recursos-naturais.htm> Acesso em 16 fev. de 2019.

PETERMANN, Vânia; CRUZ, Paulo Márcio. **(Des) Igualdade e sustentabilidade social: do patrimônio ambiental todos são herdeiros**. In: Justiça do Direito v.31, n.1, p. 24-44, jan./abr. 2017.

REVISTA G1 online. Globo.com. 7/2/2019. **Rio tem 6 mortes e quase 200 quedas de árvore após temporal**. Disponível em: <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2019/02/07/rio-tem-previsao-de-novos-temporais-para-esta-quinta-feira-municipio-segue-em-estagio-de-crise.ghtml> Acesso em 21 maio 2019.

REVISTA ÉPOCA NEGOCIOS online. 6/3/2018. **Brasil tem 42 bilionários, segundo a Forbes**. Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Dinheiro/noticia/2018/03/brasil-tem-42-bilionarios.html>. Acesso em: 14 fev. 2019.

REVISTA FORBES online. 18/7/2018. **10 cidades mais inteligentes do mundo em 2018**. Disponível em: <https://forbes.uol.com.br/listas/2018/07/10-cidades-mais-inteligentes-do-mundo-em-2018/> Acesso em 21 maio 2019.

RUSCHEL, Caroline Vieira. **Os limites do Direito Ambiental na preservação dos recursos naturais comuns: epistemologia da sustentabilidade e estudos de caso**. Tese. Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

TRINDADE, Thiago Aparecido. **Direito e cidadania: reflexões sobre o direito à cidade**. Lua Nova [on line]. 2012, n. 87, pp. 139-165.

UNFPA. United Nations Population Fund. Relatório **The power of choice**. Disponível em: <https://www.unfpa.org/swop-2018>. Acesso em 4 abr. 2019.

VAROUFAKIS, Yanis. **O minotauro global**. Zed Books, Ltd., London, 2015.

VERCHICK, Robert R. M. (In)Justiça dos Desastres: a geografia da capacidade humana. In: FARBER, Daniel A.; CARVALHO, Délton Winter de (Orgs). **Estudos aprofundados em Direito dos Desastres: interfaces comparadas**. Curitiba: Prismas, 2017, p. 59-111.

Submetido em 13/11/2019

Aprovado em 27/02/2020

VULNERABILIDADE CLIMÁTICA E O PAPEL DOS PLANOS DE BACIA HIDROGRÁFICA

CLIMATE VULNERABILITY AND THE ROLE OF HYDROGRAPHIC BASIN PLANS

Délton Winter de Carvalho¹

RESUMO

Apesar de sua inegável relevância para a gestão e planejamento das cidades em um processo de aumento de eventos climáticos extremos e dos múltiplos prejuízos destes decorrentes, mostra-se necessário evidenciar a força normativa dos Planos de Bacia Hidrográfica. Sobretudo, para enfrentamento dos riscos de desastres em áreas urbanas dotadas de vulnerabilidade física e social, potencializadas em tempos de mudanças climáticas. Destarte, a problemática consiste em perquirir qual o papel dos Planos de Bacia Hidrográfica para auxiliar na resiliência e reduzir a vulnerabilidade em áreas urbanas que estão ou serão afetadas com as mudanças no clima. Para tanto, se utiliza como matriz teórica a Teoria do Direito dos Desastres para compreender os Planos Setoriais, que são instrumentos de planejamento para auxiliar no cenário de vulnerabilidades em áreas urbanas, destacando, ao final, a importância de uma maior integração e influência recíproca entre os Planos de Bacia Hidrográfica (Lei nº 9.433/1997), os Planos Diretores Urbanísticos (Lei nº

ABSTRACT

Despite its undeniable relevance for the management and planning of cities in a process of increasing extreme weather events and the multiple losses resulting from them, it is necessary to show the normative strength of the Hydrographic Basin Plans. Above all, to face the risks of disasters in urban areas endowed with physical and social vulnerability, enhanced in times of climate change. Thus, the problem consists of investigating the role of the River Basin Plans to assist in resilience and reduce vulnerability in urban areas that are or will be affected by climate change. Therefore, the Disaster Law Theory is used as a theoretical matrix to understand the Sectoral Plans, which are planning instruments to assist in the scenario of vulnerabilities in urban areas, highlighting, in the end, the importance of greater integration and reciprocal influence between the River Basin Plans (Law No. 9,433 / 1997), the Urban Master Plans (Law No. 10,257 / 2001) and the Emergency or Contingency Plans (Law No. 12,608 / 2012).

¹ Pós-Doutor em Direito Ambiental e dos Desastres, University of California, Berkeley, EUA. Doutor e Mestre em Direito UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, nível Mestrado e Doutorado. Advogado, Parecerista e Consultor jurídico. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS. Diretor Nacional de Ensino da UBAA – União Brasileira da Advocacia Ambiental. Sócio fundador do Délton Carvalho Direito Ambiental. E-mail: delton@deltoncarvalho.com.br.

10.257/2001) e os Planos de Emergência ou Contingência (Lei nº 12.608/2012).

PALAVRAS-CHAVE

Direito dos Desastres. Vulnerabilidade Climática. Planos de Bacia Hidrográfica. Planos Diretores Urbanísticos. Planos de Emergência ou Contingência.

KEYWORDS

Disaster Law. Climate Vulnerability. River Basin Plans. Urban Master Plans. Emergency or Contingency Plans.

“O Direito nunca será construído em um dia e, com sorte, nunca será terminado.”

Roger J. Traynor

1 INTRODUÇÃO

O presente texto tem por objeto de investigação uma reflexão acerca da força normativa dos Planos de Bacia Hidrográfica, em especial os efeitos irradiados por estes sobre decisões de ordenação territorial e planejamento urbanístico. Para tal enfrentamento, especial importância recai sobre áreas dotadas de vulnerabilidade física e social, propensas aos riscos de desastres em áreas urbanas.

Cumprido destacar que a ausência, na doutrina jurídica brasileira, de maiores aprofundamentos sobre a temática, apesar de sua inegável relevância para a gestão e planejamento das cidades em um processo de aumento de eventos climáticos extremos e dos prejuízos (patrimoniais, pessoais e ambientais) destes decorrentes. As mudanças climáticas terão grande impacto nas zonas urbanas, exigindo do Direito o devido equilíbrio entre regulações coletivas e o exercício da propriedade e das liberdades. É nesta tensão que o presente texto encontra seu problema central: os limites e possibilidades dos Planos de Bacia Hidrográficas servirem de instrumento para fomentar a resiliência das cidades ante as mudanças climáticas.

Assim, a construção de cidades resilientes importa numa necessária atenção a estas vulnerabilidades, onde a concepção político-jurídica das cidades tome em consideração instrumentos de planejamento sustentável, apresentando estes, simultaneamente, conteúdo científico, uso político, eficiência econômica e vinculação jurídica. Nesse sentido, tem-se como problemática, a partir da Teoria do Direito dos Desastres, perquirir qual o papel normativo dos Planos de Bacia Hidrográfica para auxiliar na resiliência e reduzir a vulnerabilidade em áreas urbanas passíveis de desastres climáticos.

A escolha metodológica pela Teoria do Direito dos Desastres justifica-se pelo fato de se observar os desastres ambientais como resultado da combinação híbrida de fatores naturais e antropogênicos, tendo como consequência o comprometimento da ordem ecossistêmica e social. Dentre estes instrumentos de planejamento para auxiliar no

cenário de vulnerabilidades em áreas urbanas aqui proposto, destacam-se os Planos Setoriais, cujo conteúdo específico envolve diagnósticos, metas e programas acerca de determinadas funções e competências atribuídas legalmente.

Destarte, o presente trabalho destaca a importância de uma maior integração e influência recíproca entre os Planos de Bacia Hidrográfica (Lei nº 9.433/1997), os Planos Diretores Urbanísticos (Lei nº 10.257/2001) e os Planos de Emergência ou Contingência (Lei nº 12.608/2012).

2 PLANOS DIRETORES SETORIAIS COMO INSTRUMENTOS DE PLANEJAMENTO JURIDICAMENTE VINCULANTES

Uma matéria pouco debatida na doutrina jurídica consiste na necessária integração, nos efeitos correlatos e nos conflitos inerentes às assimetrias existentes entre uma possível gama de Planos Setoriais existentes em simultaneidade num mesmo ambiente regional e territorial. Etimologicamente, plano trata-se de uma exposição ordenada dos objetos a serem enfrentados em uma determinada temática. Este decorre do verbo *planejar*, cujo significado consiste em programar, projetar, determinar objetivos e metas de um empreendimento, como também define a coordenação de meios e recursos para atingi-los.¹ Assim, os planos estimulam, construtivamente, a reflexão antecipada, o planejamento preventivo e a escolha estratégica sobre o desenvolvimento desejado. Tais planos tem a função de prevenir, isto é, evitar eventos indesejados previsíveis.

Os planos setoriais, por esta razão, consistem em instrumentos cuja finalidade consiste em planejar as ações em curto, médio e longo prazo, a partir de diagnósticos e cenários pré-determinados, apresentando, necessariamente, um caráter dinâmico para o acompanhamento procedimental do desenvolvimento de um dado setor. Como exemplos de planos setoriais tem-se o Plano Diretor Urbanístico (previsto na Lei n. 10.257/2001), Plano Diretor de Bacia Hidrográfica (Lei n. 9.433/1997), Plano de Contingência de Proteção e Defesa Civil (Lei n. 12.608/2012), dentre vários outros exemplos possíveis.

¹ WEISZFLÖG, Walter. **Michaelis**: Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998. p. 1.635-1.636.

Os planos setoriais devem ser democraticamente elaborados, consistem em um pacto e, por tal razão tem o dever de serem cumpridos.² Qualquer plano setorial deve ter como indissociáveis o conhecimento técnico e o envolvimento participativo da coletividade que será alvo do plano.³ Em linhas gerais, tais planos são constituídos procedimentalmente nas seguintes fases: i) preparatória, ii) de diagnóstico, iii) de prognóstico e iv) de formulação de metas, programas e ações.

Na fase preparatória há o levantamento de dados e a formulação de um plano de trabalho. Posteriormente, deve haver a elaboração de um diagnóstico, estruturado com dados e informações acerca do perfil da localidade ou das atividades objeto da planificação, tendo este um enfoque eminentemente técnico. Da mesma forma, os planos devem realizar, por meio de estudos técnicos, a construção de prognósticos por cenários futuros (*scenario planning*), descrevendo hipóteses de situações em possíveis, prováveis, imagináveis ou desejáveis. Tais cenários permitirão a reflexão sobre alternativas futuras, fornecendo referencial para planejamento futuro e a análises de riscos envolvidos.

Finalmente, deve haver a formalização e o estabelecimento das metas. Sendo que, dentre as metas estipuladas, haverá aquelas a serem priorizadas, bem como hierarquização de intervenções desejadas. Para tanto, deve haver a esquematização da implementação do plano, com previsão de critérios para seu monitoramento, avaliação e revisão. Tradicionalmente, é nesta fase (definição de metas, programas e ações) que deve haver um especial resguardo para a participação dos grupos de interesse. Contudo, nada impede que, na fase de diagnóstico, após a coleta de dados e informações, estes possam vir a ser objeto de publicização para que seja assegurada a participação da coletividade.

Os planos setoriais são instrumentos dotados de um caráter multifacetado, pois apresentam, simultaneamente, conteúdo técnico-científico, servem de orientação para decisões na política, assim como, apresentam força normativa.⁴ Tais planos, apesar de

² GRAZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas**: disciplina jurídica das águas doces. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 142.

³ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Planos de Gestão de Resíduos Sólidos**: manual de orientação. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente; ICLEI-Brasil, 2012. p. 31-46. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/manual_de_residuos_solidos3003_182.pdf>. Acesso em 04 abr. 2020.

⁴ Neste sentido vide CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 65.

deterem uma necessária dinâmica para atualização de seus diagnósticos, metas e objetivos, apresentam um relevante caráter limitador da discricionariedade administrativa.

3 VULNERABILIDADE CLIMÁTICA E INTEGRAÇÃO ENTRE PLANOS DE BACIA E DEMAIS PLANOS DIRETORES

O perfil de desastres denominados naturais⁵ no Brasil encontram destacada relação com a ocorrência de precipitações de grande intensidade, ocasionando inundações e deslizamentos de massa⁶. Empresas de seguro, por exemplo, já destacam o cenário de incremento das ocorrências de desastres naturais no contexto brasileiro, ao afirmar:

As probabilidades demonstram o incremento da frequência de ocorrência dos desastres naturais e o aumento dos custos destes em termos de vidas humanas e despesas governamentais.(...) O Brasil, tradicionalmente, tem tido muito pouca exposição aos desastres naturais, mas nos últimos 5 anos, a frequência destes eventos, tais como chuvas intensas, enchentes e avalanches, tem aumentado.⁷

⁵ Relevante aqui a lição de Daniel Farber no que diz respeito ao termo desastres naturais. Para o autor, atualmente, estes eventos decorrem, de forma cada vez mais frequente, das alterações climáticas, estas provocadas antropogenicamente (isto é, pela humanidade). De tal forma, o autor propõe a superação da tradicional terminologia desastres naturais para desastres climáticos, estando abrangido neste termo um caráter de maior sensibilidade às vulnerabilidades produzidas socialmente e, por isto, uma maior aptidão para descrições causais complexas. FARBER, Daniel A. Disaster Law in the Anthropocene. *In*: PEEL, Jacqueline; FISHER, David (Eds.). **The Role of International Environmental Law in Disaster Risk Reduction**. Boston: Brill Nijhoff, 2016.

⁶ Em números, o cenário de danos humanos é revelador, sendo que, entre 1991 a 2010, de um total de 96.220.879 (noventa e seis milhões, duzentos e vinte mil e oitocentos e setenta e nove) pessoas afetadas, a estiagem e a seca é o desastre que mais afeta a população no país, sendo a mais recorrente (50,34%). Contudo, são as inundações bruscas, com 29,56% das vítimas, que causam maior número de mortes (43,19%). UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC; CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE DESASTRES - CEPED. **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais 1991 a 2010**: Volume Brasil. Florianópolis: CEPED UFSC, 2012. p. 28-29.

⁷ Conforme declaração do diretor de soluções corporativas da Swiss Re, Fabio Corrias: “Natural disaster will likely become more frequent in Brazil and also more costly in terms of human lives and government expenditures (...). Brazil has traditionally had a very low exposure to natural disaster, but during the last five years the frequency of events such as heavy rains, floods and avalanches has increased (...).” RINDEBRO, U. **Natural Disasters Likely to Become More Frequent**. Costly – Swiss Re – Brazil. Business News Americas. 2011. Disponível em: <<http://www.bnamericas.com/news/insurance/natural-disasters-likely-to-become-more-frequent-costly-swiss-re>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

Tais fenômenos mostram-se ainda mais graves e impactantes, quando sua incidência tem lugar em zonas urbanas, ocasionando as chamadas inundações urbanas. Não obstante as persistentes incertezas científicas, as mudanças climáticas (i) parecem exercer um destacado papel neste cenário, juntamente com outros fatores de amplificação dos riscos e custos de desastres, tais como (ii) as condições econômicas modernas; (iii) o crescimento populacional e a tendência demográfica; (iv) as decisões acerca da ocupação do solo; (v) a infraestrutura verde e construída.⁸

Dentre os diversos fatores responsáveis pela produção de inundações urbanas destacam-se, para o presente trabalho, a existência de Planos Diretores Urbanos que não consideram devidamente os aspectos de drenagem de uma bacia hidrográfica, sendo, frequentemente, incompatíveis com a hidrologia e a hidráulica das bacias urbanas. Além disso, há, muitas vezes, uma definição imprópria da área de abrangência de projetos de drenagem, acarretando um fenômeno de transferência de inundações de uma cidade para outra.⁹ Tais eventos mostram uma constante irradiação de eventos sinérgicos por toda uma região, não se limitando a um dado município.

O diagnóstico crescente de eventos climáticos extremos e dos prejuízos patrimoniais, humanos e ambientais correlatos, bem como uma possível contribuição por fatores humanos (decisões políticas, atividades econômicas, políticas públicas equivocadas) vem expandindo e alargando a noção de vizinhança para fins de permitir pedidos de responsabilização civil por danos ou mesmo a adoção de medidas preventivas (obrigações de fazer ou não fazer de cunho antecipatório), quando demonstrada a ação contributiva para o desastre.¹⁰ A noção de vizinhança para fins de possível conflituosidade jurídica e atribuição de responsabilidades, antes orientada apenas para pessoas com residências ladeadas, hoje encontra um alargamento, permitindo conflitos entre comunidades, intermunicipais ou mesmo entre regiões, em face de feixes causais mais complexos.

⁸ Acerca dos fatores de amplificação dos riscos e custos de desastres, ver: FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert; SUN, Lisa Grow. **Disaster Law and Policy**. New York: Aspen Publishers, 2010. p. 09-73.

⁹ BARROS, Mario Thadeu Leme de. Drenagem Urbana: Bases Conceituais e Planejamento. In: PHILIPPI JR., Arlindo (ed.). **Saneamento, Saúde e Ambiente: Fundamentos para um desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Manole, 2005. p. 231.

¹⁰ VERCHICK, Robert R. M. **Facing Catastrophe: environmental action for a post-Katrina World**. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 92.

Dentre uma série de motivos, um aspecto fundamental à análise da ocupação de áreas de risco e sujeitas a inundações, observa-se um estímulo econômico indesejado para a ocupação destas áreas em detrimento dos serviços ecossistêmicos por estas produzidos. Isso ocorre pelo fato de não serem os serviços ambientais tomados em consideração nos valores da propriedade constituída por áreas prestadoras de importantes serviços ambientais, tais como de drenagem, os benefícios transindividuais oriundos destes serviços.¹¹ Assim, acaba ocorrendo uma subvaloração mercadológica destas áreas. Este processo de subvaloração econômica destas áreas e seus ecossistemas, estimula a sua ocupação em detrimento de sua manutenção ou usos compatíveis com o resguardo de seus serviços ambientais (de prevenção de desastres).

Áreas alagáveis tendem a ter um valor imobiliário baixo, em virtude de uma tradição mercadológica de não valorar os benefícios difusos produzidos pelos serviços ecossistêmicos inerentes a uma dada propriedade. Além disso, muitas vezes, tais áreas ganham uma atribuição legal de espaço territorial especialmente protegido “*lato sensu*”, gerando para o seu proprietário restrições significativas ao uso econômico (justificável em virtude dos ganhos ambientais difusos), porém, sem qualquer contraprestação ao proprietário (pagamento por serviços ambientais, isenções tributárias, transferência do direito de construir por exemplo). Este cenário, acaba por gerar um estímulo à ocupação do imóvel para funções diversas da sua tutela ambiental.

Em virtude deste processo de subvaloração dos serviços ecossistêmicos, sobretudo aqueles vinculados à prevenção de desastres decorrentes de inundações, estas áreas acabam sendo objeto de um processo de estímulo mercadológico para sua destinação para outras finalidades diversas da manutenção dos seus serviços ecossistêmicos preventivos, ante uma maior expectativa de lucro. Este processo decorre da subavaliação destas áreas (contabilizando negativamente as restrições legais e não atribuindo uma valoração positiva para os benefícios socioambientais difusos) acaba, por seu turno, produzindo expectativa de lucros altos para usos de transformação do ambiente destas áreas (diversos da manutenção dos serviços ecossistêmicos). Neste cenário, muito comum em áreas

¹¹ FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert; SUN, Lisa Grow. **Disaster Law and Policy**. New York: Aspen Publishers, 2010. p. 33.

alagáveis, os incorporadores tendem a ter a expectativa de superar margens normais de lucro imobiliário, urbanizando áreas impróprias para ocupação urbanística.¹²

Como já observado em contextos internacionais, em casos como estes, as futuras consequências negativas que irão atingir a propriedade (tais como, danos por inundação e deterioração dos recursos) acabam sendo transferidos para terceiros na comunidade (adquirentes) ou futuras gerações de contribuintes¹³ (muitas vezes com a responsabilização civil das municipalidades pelos danos reiterados provocados pela omissão em permitir a urbanização de tais áreas ou em falhar em conter tais danos¹⁴). Desta forma, os lucros com a ocupação destas áreas são privatizados e os custos são transferidos à terceiros e, muitas vezes, inclusive, socializados com uma determinada comunidade (municipal, estadual ou federal, dependendo do tamanho do desastre).

Este cenário centraliza a produção normativa em matéria de Direito dos Desastres, principalmente com o núcleo regulatório previsto na Lei de Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - LPNPDC (Lei nº 12.608/2012). Conforme já referimos em outros momentos¹⁵, este marco regulatório mostra-se centralizado em estratégias preventivas de ordenação do solo, com o escopo de centrar a ênfase de uma “primeira geração” de Direito dos Desastres (deveres de prevenção a desastres) no Brasil em instrumentos tendentes ao controle de fenômenos descritos como “deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos”.¹⁶

¹² FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert; SUN, Lisa Grow. **Disaster Law and Policy**. New York: Aspen Publishers, 2010. p. 26-39.

¹³ ASS'N OF STATE FLOODPLAIN MANAGERS. **Floodplain Management 2050: A Report of the 2007 Assembly of the Gilbert F. White National Flood Policy Forum**. Washington, DC: ASFPM, 2007. p. 09.

¹⁴ Para a temática da responsabilidade civil por desastres, vide CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 131-176.

¹⁵ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 131-176.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁶ Conforme previsto a título exemplificativo no art. 3º-A da Lei nº 12.340/10, este inserido pela Lei nº 12.608/12.

Em virtude da relação direta entre os danos decorrentes destes fenômenos climáticos e a ocupação de áreas de risco, a estratégia do Direito brasileiro vem se dando no sentido de enfatizar, pelo menos neste primeiro momento de constituição do Direito dos Desastres nacional, em instrumentos e estratégias de ordenação territorial. No caso das inundações, especial destaque deve-se dar às áreas alagáveis e à drenagem urbana.

Digno de destaque que os planos setoriais aqui trabalhados¹⁷ encontram-se entrelaçados para a gestão preventiva dos desastres integrando a estrutura estratégica da LPNPDC. Não por outra razão, deve haver a integração dos Planos Setoriais. Neste sentido, digno de destaque a referência feita pela legislação no sentido de “adoção da bacia hidrográfica como unidade de análise das ações de prevenção de desastres relacionados a corpos d’água.”¹⁸ Tal previsão decorre do fato de que os Planos de Bacia Hidrográfica apresentam uma abordagem específica aos recursos hídricos, bem como abrangem uma dimensão regional, diferentemente do Plano Diretor Urbano, cujo âmbito é o ente municipal.

4 EFEITOS RESTRITIVOS URBANÍSTICOS E AMBIENTAIS DECORRENTES DOS PLANOS DE BACIA HIDROGRÁFICA

Em virtude do perfil de desastres existente do país, com grande incidência de inundações, sobretudo existentes em zonas urbanas das cidades e regiões metropolitanas, ganha destaque a interface e possíveis conflitos decorrentes da contradição existente entre os Planos Diretores Urbanísticos e os Planos de Recursos Hídricos.

É fundamental que os Planos Diretores Urbanísticos, Planos de Recursos Hídricos e outros planos setoriais devem ser compatíveis, integrados e complementares.¹⁹ Como visto anteriormente, a abrangência dos Planos de Bacia recai sobre as múltiplas dimensões correlatas à questão hídrica, envolvendo diagnósticos, metas e objetivos referentes às áreas territorial, hídrica e ambiental compreendida por uma bacia. Em face da própria dimensão territorial dos Planos de Bacia, natural a ocorrência de conflitos entre Planos

¹⁷ Plano de Recursos Hídricos (art. 4º, IV, Lei nº 12.608/12), Plano Diretor Urbanístico (art. 42-A e 42-B, da Lei nº 10.257/10) e Plano de Contingência (arts. 6º, VIII e §1º; 7º, III; 8º, XI, todos da Lei nº 12.608/12).

¹⁸ Conforme art. 4º, inciso IV, da Lei nº 12.608/12.

¹⁹ BARROS, Mario Thadeu Leme de. Drenagem Urbana: Bases Conceituais e Planejamento. *In*: PHILIPPI JR., Arlindo (ed.). **Saneamento, Saúde e Ambiente**: Fundamentos para um desenvolvimento sustentável. São Paulo: Manole, 2005. p. 247.

Diretores e os Planos de Recursos Hídricos, ante a ocorrência de possíveis contradições, omissões e incongruências recíprocas.

Inegavelmente, a gestão urbana e a ordenação do solo municipal tem um protagonismo no ente municipal que, a partir do Plano Diretor, exerce sua competência e atribuição constitucional de “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo.”²⁰

No entanto, tal competência e atribuição não é absoluta, uma vez que a competência para legislar é exclusiva em assuntos de interesse local, sendo suplementar em casos pertinentes a Direito Urbanístico. Em outras palavras, não obstante o município ser o executor da política de desenvolvimento urbano²¹, realizando o seu planejamento por meio do Plano Diretor Urbanístico, este deve observar as diretrizes gerais fixadas em lei, sendo estas produzidas de forma concorrente pela União e Estados, nos termos do art. 24, inciso I (Direito Urbanístico), inciso VI (florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição) e inciso VII (proteção do patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico) da Constituição Federal/1988, por exemplo. São exemplos destas diretrizes gerais, normas infraconstitucionais urbanísticas como o Estatuto das Cidades (Lei nº10.257/2001) ou ambientais como o Código Florestal Federal (Lei nº12.651/2012).

Administrativamente, uma vez mais, há a necessidade de interface entre os entes municipais, os Estaduais e a União, uma vez que a ação de administrativa municipal de elaboração dos Planos Diretores deve ser realizada observando os zoneamentos ambientais (conforme art. 9º, IX, da Lei Complementar nº 140/2011), estes confeccionados geralmente por Estados e a União.

Assim, os Planos Diretores Urbanísticos e os Municípios sujeitos à sua obrigatoriedade apresentam uma função direta e imediata de ordenação territorial e estabelecimento dos usos do solo. Contudo, como visto, esta autonomia municipal não se faz absoluta,

²⁰ Conforme art. 30, inciso VIII, da Constituição Federal de 1988.

²¹ Dispõe a Constituição Federal de 1988: “art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. §1º. O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.”

podendo sofrer restrições e limitações indiretas e mediatas, mesmo em matéria territorial e de usos da propriedade.

Por tal razão, é fundamental a delimitação dos efeitos de ordenação territorial irradiados pelo Plano de Recursos Hídricos em casos de conflitos territoriais destes com os Planos Diretores sob pena de uma indesejada insegurança jurídica nos processos de ordenação do solo. Conforme analisado previamente, a competência legislativa e administrativa para ordenação territorial é do ente municipal, desde que observadas as diretrizes gerais previstas pela legislação estadual e federal bem como os zoneamentos ambientais.

Os instrumentos de planificação territorial inegavelmente assumem uma importante função de gestão dos riscos na medida em que podem impor, de forma direta e imediata, limitações ao uso dos solos e à sua transformação. Desta maneira, estes instrumentos adquirem a finalidade de evitar o aumento da vulnerabilidade e riscos já existentes.²² As diretivas de planejamento urbanístico orientam as opções planificadoras concretas.²³

Assim, os riscos e vulnerabilidades de inundações podem ser descritos cartograficamente, podendo compor mapas de riscos, planos de drenagem urbana ou mesmo Planos de Bacia Hidrográfica. O conhecimento de tais riscos pelos municípios, quer por diretrizes gerais ou mesmo zoneamentos confeccionados regionalmente, geram um dever de prevenção de tais riscos, quer em ordem urbanística ou outra qualquer. Este dever exige que o município que tenha em sua área zonas de risco ou áreas que possam ocasionar desastres em outros municípios (áreas de drenagem, zonas de inundação, etc.) tenham a obrigação de “introduzir medidas de proteção contra cheias nos planos municipais.”²⁴ Contudo, de ser destacado que, a despeito do dever do município em adotar medidas de proteção contra riscos de cheias, em nível de ordenação territorial, a determinação concreta de quais sejam essas medidas, cabe em exclusivo, no âmbito do poder discricionário municipal.²⁵ Serve, portanto, tais informações de limite a esta discricionariedade, quer por obrigar os

²² PAULA OLIVEIRA, Fernanda; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. *In*: GOMES, Carla Amado (coord.). **Direito(s) das Catástrofes Naturais**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 178.

²³ PAULA OLIVEIRA, Fernanda; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. *In*: GOMES, Carla Amado (coord.). **Direito(s) das Catástrofes Naturais**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 179.

²⁴ PAULA OLIVEIRA, Fernanda; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. *In*: GOMES, Carla Amado (coord.). **Direito(s) das Catástrofes Naturais**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 180.

²⁵ PAULA OLIVEIRA, Fernanda; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. *In*: GOMES, Carla Amado (coord.). **Direito(s) das Catástrofes Naturais**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 180.

municípios a considerar e ponderar os riscos de cheia nas decisões de planejamento da sua responsabilidade quer por identificar, em muitos casos, as medidas a serem adotadas.

4.1 A limitação da discricionariedade urbanística municipal em virtude das informações técnicas decorrentes do plano de bacia hidrográfica

Neste sentir, deve-se analisar a capacidade de Planos de Bacia Hidrográfica imporem restrições urbanísticas, apesar destes não consistirem em Planos Diretores Urbanísticos. Cumpre, por ora, enfrentarmos a matéria de qual instrumento deve preponderar em caso de conflito entre o Plano Diretor Urbanístico de um município, que a título exemplificativo pretende a expansão territorial ou a ocupação de áreas de riscos de desastres, e diagnósticos ambientais existentes em Plano de Bacia Hidrográfica. A matéria é pouco enfrentada pela doutrina, bem como sua solução não encontra solução sedimentada.

A solução para esta questão deve iniciar a ser dirimida dúvida pela análise do grau de vinculação da administração municipal a tais informações técnicas constantes em mapas de riscos ou mesmo Planos de Bacia Hidrográfica no que tange a existência de riscos de desastres ambientais. Neste sentido, existem duas posições juridicamente coerentes. De um lado, o entendimento de que os planos setoriais seriam meramente elementos de instrução a serem avaliados no processo de confecção de Planos Diretores Urbanísticos, gerando efeitos urbanísticos apenas após a sua integração no planejamento urbanístico. De outro, a defesa de que instrumentos tais como Planos de Bacia Hidrográfica geram efeitos restritivos sobre os Planos Diretores Urbanísticos, vinculando a administração municipal na condição de diretrizes gerais ou zoneamentos ambientais, dependendo do caso.²⁶

Inegável, em favor do primeiro entendimento, o fato dos Planos Urbanísticos serem instrumentos específicos para ordenação territorial. No entanto, a recente legislação brasileira adota um sistema em que os Planos de Bacia devem exercer uma irradiação de efeitos sobre os Planos Diretores e a ordenação territorial exercida pela municipalidade (art. 42-A, §2º, Lei nº 10.257/2010). Esta influência dos Planos de Bacia sobre os Planos Diretores Urbanísticos, por evidente, exerce uma significativa limitação da

²⁶ PAULA OLIVEIRA, Fernanda; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. *In*: GOMES, Carla Amado (coord.). **Direito(s) das Catástrofes Naturais**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 183.

discricionariiedade do ente legislativo municipal. Apesar de permanecer uma margem de discricionariiedade municipal, atinente à questão de como o município irá proteger e utilizar tais áreas, há a exigência (vinculação) de haver uma necessária ponderação sobre a existência de riscos de desastres correlatos à expansão da urbanização e a adoção de limitações urbanísticas proporcionais pelo município. Cumpre esclarecer que, apesar destes deveres municipais de ter que considerar e ponderar os riscos de inundações nas decisões de planejamento territorial de sua responsabilidade, estes tratam-se de obrigação de meio e não de resultados.²⁷ Isso significa dizer que as medidas adotadas devem demonstrar a utilização das melhores técnicas disponíveis no estado da arte, sem contudo, haver uma necessidade de garantia absoluta de prevenção de desastres, algo que seria demasiadamente exigente para casos de desastres, em face de sua constante complexidade, incertezas correlatas e baixas probabilidades.

Atestando a adoção da necessária influência dos Planos de Bacia sobre a ordenação territorial prevista nos Planos Diretores pelo Direito brasileiro, tem-se a previsão normativa constante no art. 42-A, §2º, Lei nº 10.257/2010.²⁸ Como prevê a legislação brasileira, a existência de áreas de risco deve ser objeto de mapas de risco, devendo as restrições urbanísticas e territoriais nestes previstas serem internalizadas nos Plano Diretores Urbanísticos. Da mesma forma, Planos de Setoriais, tais como de Bacia Hidrográfica ou mesmo de Drenagem, podem gerar efeitos indiretos sobre o ordenamento territorial municipal, impondo deveres de alterar Planos Diretores.

Uma primeira conclusão remete à necessária observação de que os Planos de Bacias recaem sobre a área territorial de uma bacia, não apenas sobre os recursos hídricos, sendo assim é provável que um planejamento hídrico contenha diagnósticos de áreas especialmente sensíveis a ocorrência de desastres ambientais (áreas de drenagem urbana, áreas de preservação permanente, zona de alagamento), sob uma perspectiva regional.

²⁷ PAULA OLIVEIRA, Fernanda; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. *In*: GOMES, Carla Amado (coord.). **Direito(s) das Catástrofes Naturais**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 180.

²⁸ Dispõe a Lei nº 10.257/2010: “Art. 42-A. Além do conteúdo previsto no art. 42, o plano diretor dos Municípios incluídos no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos deverá conter: (...) § 2º O conteúdo do plano diretor deverá ser compatível com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos, formulados consoante a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997”.

4.2 Deveres de compatibilização do plano diretor ao plano de bacia hidrográfica ante a ausência de regulamentação normativa dos cadastros de municípios suscetíveis a desastres

Cumpra analisar de maneira mais detalhada se, e em que medida, a discricionariedade administrativa do município é afetada pela existência de restrições urbanísticas e territoriais previstas no Plano de Bacia Hidrográfica, em razão da existência de áreas de risco de desastres.

O modelo adotado pela legislação brasileira estabelece a necessidade, em casos de riscos de desastres (especialmente no que diz respeito a ocorrências de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos), dos municípios confeccionarem mapas de riscos.²⁹ Tais restrições devem ser absorvidas pelo Plano Diretor Urbanístico, considerando ser este o instrumento urbanístico de eficácia direta e imediata sobre o ordenamento territorial do município.³⁰ Note-se, também, que a legislação de proteção civil também designou relevo da bacia hidrográfica e, conseqüentemente, aos seus Planos de Bacia sempre que os riscos de desastres estiverem relacionados a corpos d'água. Assim, tanto a cartografia que sustenta a confecção dos mapas de risco, como os diagnósticos ambientais existentes em Planos de Bacia e suas restrições urbanísticas devem exercer uma influência sobre os Planos Diretores Urbanísticos, mediante uma redução considerável da discricionariedade administrativa do município na elaboração destes Planos Urbanísticos.

Portanto, as informações trazidas pelos Planos de Bacia, via de regra posteriores à confecção dos Planos Diretores vigentes, devem gerar processos de alteração destes. Não por outro motivo, o Estatuto das Cidades, alterado pelo art. 26 da Lei nº 12.608/2012, no §1º, do art. 42-A, prevê que “o conteúdo do plano diretor deverá ser compatível com as disposições insertas nos planos de recursos hídricos.” Trata-se, portanto, de obrigação de meio e não de resultado, atribuindo à municipalidade um dever de ponderar sobre as informações constantes em Planos de Recursos Hídricos e mapas de riscos e adotar as melhores opções urbanísticas para prevenção de desastres.

Tal sistema, contudo, merece uma ressalva. Uma atenta análise interpretativa ao conteúdo das orientações urbanísticas trazidas pela Lei nº 12.608/2012 e que alteram,

²⁹ Art. 3-A, §2º, inciso I, da Lei nº 12.340/10.

³⁰ Art. 42-A, inciso II, da Lei nº 10.257/01.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

principalmente, as Leis nº 12.340/2010 e 10.257/2001, demonstra que tais restrições atingem aqueles municípios que aderiram ou foram incluídos no chamado cadastro de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.

Contudo, este sistema normativo encontra-se em verdadeiro risco quanto à sua plena eficácia e normatividade, uma vez que o referido cadastro ainda não foi regulamentado pelo governo federal, havendo assim a impossibilidade de aplicação plena das restrições urbanísticas previstas na sistemática trazida pela LPNPDC.

Uma vez mais, faz-se necessário a análise aprofundada, neste momento, sobre este déficit regulamentar. O texto normativo é cristalino ao determinar que “o governo federal instituirá cadastro..., conforme regulamento.”³¹ Cadastro este que deve ser instituído por meio de Decreto, a partir do poder regulamentar atribuído pela Constituição Federal ao Poder Executivo, nos termos do art. 84, IV.³² Para casos como este, a doutrina jurídica brasileira tem entendido que em casos de leis que tenham a previsão de serem regulamentadas para sua aplicação não são exequíveis até que o ato regulamentar seja expedido.³³

A omissão em regulamentar consiste em descumprimento de um dever jurídico, cabendo a impetração de mandado de injunção nos termos do art. 5º, LXXI, da Constituição

³¹ Art. 3-A, *caput*, da Lei nº 12.340/10, com alteração trazida pela Lei nº 12.608/12, *in verbis*: “Art. 3º-A: O Governo Federal instituirá cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos, conforme regulamento.”

³² Dispõe a Constituição Federal de 1988: “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: (...) IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”.

³³ Entendimento este, bem representado nas tintas de Hely Lopes Meirelles: “As leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é *conditio juris* da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo.” MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 144-145.

O mesmo entendimento é acompanhado por Celso Antônio Bandeira de Mello, acrescentando este que “se uma lei depende de regulamentação para sua operatividade, o Chefe do Executivo não pode paralisar-lhe a eficácia, omitindo-se em expedir as medidas gerais indispensáveis para tanto. Admitir que dispõe de liberdade para frustrar-lhe a aplicação implicaria admitir que o Executivo tem titulação jurídica para sobrepor-se às decisões do Poder Legislativo.” MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 348.

Federal de 1988. A exceção emanada da jurisprudência, acerca da ineficácia de lei que preveja necessidade de regulamentação não expedida pelo Chefe do Governo, limita-se a casos referentes à obtenção do FGTS³⁴ e direito à greve³⁵, por estarem vinculados a norma constitucional de eficácia direta que prevê o direito dos trabalhadores. Para os demais casos, a regra geral é de que a lei não regulamentada permanece com seus efeitos pendentes no que pertine suas previsões dependentes de regulamentação.

Destarte, apesar do sistema legislativo pátrio ter adotado um modelo em que os Planos de Bacia vinculam as administrações locais em sua atribuição constitucional de ordenação do solo urbano, devendo haver a compatibilização dos Planos Diretores Urbanísticos às informações e diagnósticos constantes nos Planos de Bacia e Mapas de Risco, a falta de regulamentação do cadastro de municípios suscetíveis a desastres específicos acarreta na manutenção do sistema num modelo mais conservador. Inegável que a omissão regulamentar à criação deste cadastro acarreta numa grave ausência de critérios para determinação dos municípios suscetíveis a desastres, bem como para a formação de um sistema integrado para tratamento global na direção de um urbanismo sustentável (construção sustentável, mobilidade sustentável e a prevenção de desastres)³⁶, mediante

³⁴ “Recurso extraordinário. Direito do Trabalho. Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Cobrança de valores não pagos. Prazo prescricional. Prescrição quinquenal. Art. 7º, XXIX, da Constituição. Superação de entendimento anterior sobre prescrição trintenária. Inconstitucionalidade dos arts. 23, § 5º, da lei 8.036/90 e 55 do Regulamento do FGTS aprovado pelo decreto 99.684/90. **Segurança jurídica. Necessidade de modulação dos efeitos da decisão. Art. 27 da lei 9.868/99. Declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex nunc*.** Recurso extraordinário a que se nega provimento.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ARE nº 709.212/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2014. (Grifo nosso).

³⁵ “(...) **GARANTIA FUNDAMENTAL** (CF, ART. 5º, INCISO LXXI). DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS (CF, ART. 37, INCISO VII). EVOLUÇÃO DO TEMA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL(...)”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 670ES**, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011). (Grifos nossos).

³⁶ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Sustentabilidade Urbana: impactos do desenvolvimento econômico e suas consequências sobre o processo de urbanização em países emergentes: textos para as discussões da Rio+20**. NUNES, Tarcísio; ROSA, Júnia Santa; MORAES, Rayne Ferreti (orgs.). Vol. 3 - Habitação social e sustentabilidade urbana. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2015. Disponível em: < <https://www.mma.gov.br/publicacoes/desenvolvimento-sustent%C3%A1vel/category/155-publica%C3%A7%C3%B5es-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel-sustentabilidade-urbana.html?download=1159:sustentabilidade-urbana-impactos-do-desenvolvimento-econ%C3%B4mico-e-suas-consequ%C3%Aancias-sobre-o-processo-de-urbaniza%C3%A7%C3%A3o-em-pa%C3%ADses-emergentes-textos-para-as-discuss%C3%B5es-da-rio-20-2012>>. Acesso em: 04 abr. 2020. p. 06.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

a inserção do horizonte futuro na ordenação e planejamento do solo.³⁷ Há, portanto, para um urbanismo sustentável, a necessidade dos riscos de desastres serem levados à sério no planejamento urbanístico.³⁸

Neste cenário atual, desregulamentado, os Planos acabam servindo apenas de elementos de instrução a serem avaliados no processo de confecção de Planos Diretores Urbanísticos, gerando efeitos urbanísticos apenas após a sua integração no planejamento urbanístico. Em termos práticos, a ausência de regulamentação acarreta na sobreposição do Plano Diretor sobre as informações dos Planos de Bacia em termos urbanísticos, sendo que, no caso da futura expedição da regulamentação e instituição do cadastro, haverá um dever das municipalidades em internalizarem as informações urbanísticas e de áreas de riscos de desastres constantes nos Planos de Bacia e Mapas de Risco. Em qualquer dos cenários, havendo o conhecimento do risco de desastres e a omissão estatal, tem-se a possibilidade de responsabilização civil do Estado por omissão.

Num cenário pós-regulamentação do cadastro de municípios suscetíveis a desastres, haverá uma sadia plenitude de eficácia às orientações urbanísticas do novo sistema de proteção e defesa civil. Um modelo regulamentado estabelecerá o dever imediato de incorporação cogente de medidas para a prevenção, mitigação e redução de riscos naturais no planejamento territorial. Este dever de incorporação acarretará num saudável afastamento da noção do Plano Urbanístico “como instrumento de exclusiva racionalização dos fenômenos de crescimento urbano e de reorganização das estruturas urbanísticas e territoriais, desatendo aos riscos a que expõe os destinatários das normas urbanísticas.”³⁹ A superação de uma matriz urbanística centrada apenas a partir de um viés mercadológico (colocando o retorno financeiro na frente dos princípios básicos da boa urbanidade⁴⁰) e de uma circunvisão limitada territorialmente ao município é o nítido

³⁷ CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica**: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 78-79.

³⁸ SUN, Lisa Grow. Smart Growth in Dumb Places: Sustainability, Disaster, and the Future of the American City. **BYU Law Review**, Provo (USA), Vol. 2011, Issue 6, p. 2157-2201, 2011. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2011/iss6/9>>. Acesso em: 06 abr. 2020.

³⁹ PAULA OLIVEIRA, Fernanda; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. In: GOMES, Carla Amado (coord.). **Direito(s) das Catástrofes Naturais**. Coimbra: Almedina, 2012. p. 176.

⁴⁰ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Sustentabilidade Urbana**: impactos do desenvolvimento econômico e suas consequências sobre o processo de urbanização em países emergentes: textos para as discussões da Rio+20. NUNES, Tarcísio; ROSA, Júnia Santa; MORAES, Rayne Ferreti (orgs.). Vol. 3 - Habitação social e sustentabilidade urbana. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2015. Disponível

objeto dos deveres impostos pela Política Nacional de Proteção e Defesa Civil. Os Planos de Recursos Hídricos, neste cenário, têm a função de inserir uma dimensão regional, um modelo mais amplo de gestão e de governança na ordenação territorial.

No cenário regulamentado, há o dever de estreita compatibilização dos Planos Diretores aos resultados e orientações dos Planos de Recursos Hídricos, sendo que a omissão a este dever de absorção pode gerar responsabilidades pessoais dos gestores bem como, por evidente, do ente estatal municipal por omissão que tenha redundado em prejuízos e perdas por desastres.

A atual ausência de regulamentação tem efeito direto e imediato de estabelecer uma insegurança jurídica e imprecisão acerca do perfil do que seriam “áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos.” Lembre-se que o cadastro a ser regulamentado consiste no pressuposto para incidência de todos os artigos que trazem efeitos urbanísticos diretos pela Lei nº 12.608/2012. Como consequência, apesar destes eventos extremos serem passíveis de descrição e conhecidos, uma regulamentação teria a função de padronizar a incidência dos deveres de prevenção bem como de criar critérios bem definidos para a determinação da intensidade ou frequência necessárias para estes eventos serem considerados desastres no escopo de produzir restrições urbanísticas.

Ainda, a ausência de regulamentação repercute na manutenção de uma indesejável e desnecessária discricionariedade, no que toca o dever de compatibilizar o Plano Diretor com o Plano de Bacia Hidrográfica. Num sistema regulamentado, a ausência de integração de um Plano Diretor pelo legislativo municipal poderia redundar em demanda judicial com tal finalidade (alteração do Plano Diretor por ordem judicial). No sistema desregulamentado, contudo, inexistente esta possibilidade, cabendo apenas a proibição de emissões de licenças ambientais ou urbanísticas⁴¹ pelos órgãos da administração pública

em: <<https://www.mma.gov.br/publicacoes/desenvolvimento-sustent%C3%A1vel/category/155-publica%C3%A7%C3%B5es-desenvolvimento-sustent%C3%A1vel-sustentabilidade-urbana.html?download=1159:sustentabilidade-urbana-impactos-do-desenvolvimento-econ%C3%B4mico-e-suas-consequ%C3%Aancias-sobre-o-processo-de-urbaniza%C3%A7%C3%A3o-em-pa%C3%ADses-emergentes-textos-para-as-discuss%C3%B5es-da-rio-20-2012>>. Acesso em: 04 abr. 2020. p. 39.

⁴¹ Como bem adverte Paulo Affonso Leme Machado: “Aprovado o Plano de Recursos Hídricos, ele deverá ser respeitado no momento do licenciamento ambiental, desde que não contrarie expressamente a legislação

para atividades a serem desenvolvidas em áreas de risco (descritas por Planos de Bacia ou mapas de risco) bem como a possibilidade de responsabilização civil do município por omissão em caso de ocorrência de um desastre. Em ambos os casos, o fator preponderante para tais limitações urbanísticas é o conhecimento antecipado do risco, este trazido por diagnósticos que permeiam quer Planos de Bacia quer mapas de risco de desastres.

De outro lado, ante a inexistência atual de um cadastro formalmente regulamentado pelo órgão competente, todos os textos e inovações de cunho urbanísticos trazidos pela Política Nacional de Proteção e Defesa Civil ficam com sua plenitude eficaz suspensa.

Não obstante a desregulamentação, segue vigendo de forma plena o dever geral imposto no art. 8º, IV e V da Lei nº 12.608/2012⁴², determinando um dever direcionado aos municípios para que estes mapeiem seus riscos e evitem novas ocupações em áreas de riscos (deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos). Note-se que a incidência deste artigo não depende da regulamentação dos cadastros acima explicitada. Destarte, apesar dos artigos que operacionalizam este dever (com deveres mais específicos) não estarem regulamentados e, por isto, encontrarem-se em suspenso, este dever geral segue com eficácia plena.

Quanto à magnitude de um evento para justificar a imposição de restrições, estes devem ser avaliados a partir de históricos locais ou regionais, principalmente pela frequência de ocorrências e sua intensidade. Ainda, o conhecimento do risco, capaz de gerar deveres de prevenção, pode decorrer do conhecimento científico dos riscos, em virtude de sua previsão em medidas não estruturais (Planos de Bacia Hidrográfica, mapas de risco, Estudos de Impacto Ambiental – EIA, entre outros). De tal sorte, áreas suscetíveis a tais eventos geram o dever de serem mapeadas (art. 8º, IV, Lei nº 12.608/2012), assim como a municipalidade tem o dever geral de fiscalizar e vedar novas ocupações (art. 8º, V, Lei nº 12.608/2012). A desobediência a estes deveres gera a possibilidade de medidas judiciais ou administrativas preventivas bem como ações compensatórias por danos.

ambiental a ser aplicada pelos órgãos licenciadores.” MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 540.

⁴² Dispõe a Lei nº 12.608/2012: “Art. 8º Compete aos Municípios: (...) IV - identificar e mapear as áreas de risco de desastres”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho parte de uma premissa bem definida de que os Planos Diretores em geral (no caso deste texto, em especial, Urbanísticos, de Recursos Hídricos e de Contingência) apresentam um caráter multifacetado. Tais instrumentos apresentam um conteúdo científico, descrevendo diagnósticos, cenários, metas, restrições e programas. Estes instrumentos de planejamento apresentam, ainda, uma função de uso político, exercendo um papel fundamental na gestão pública. Não bastassem tais funções, estes instrumentos de planejamento adquirem força jurídica, restringindo a amplitude das decisões disponíveis pelo Poder Público (poder discricionário), em virtude de sua previsão legal e do império do Direito na garantia da boa governança (*good governance*) da coisa pública.

O cenário de intensificação de eventos climáticos extremos enaltece a necessidade de maior atenção a estes instrumentos, face ao seu conteúdo de antecipação e planejamento setorial. No caso brasileiro, os eventos climáticos que causam maiores perdas humanas e patrimoniais consistem nas inundações, merecendo um destaque da legislação a necessária compatibilização entre os Planos Diretores Urbanísticos e os Planos de Bacia Hidrográfica.

Primeiramente, enquanto o cerne dos Planos Diretores Urbanísticos é a gestão territorial municipal, os Planos de Bacia centram suas análises na gestão dos recursos hídricos. Contudo, não raras vezes há uma influência determinante das formas de ocupação e uso do solo sobre a qualidade dos recursos hídricos, inclusive no que toca o incremento da vulnerabilidade, física ou social, de comunidades a riscos de desastres (em especial, inundações, deslizamentos de massa, ventos fortes, acidentes industriais).

Não por outra razão, a recente Política Nacional de Proteção e Defesa Civil realizou a alteração de diversos dispositivos legais de conteúdo urbanístico e gestão territorial em outros diplomas legais (tais como, o Estatuto das Cidades e Lei de Parcelamento do Solo Urbano).

Numa conclusão preliminar, nota-se a existência de um dever de proteção que estabelece ser competência dos municípios em identificar e mapear as áreas de risco, devendo ser fiscalizadas e vedadas novas ocupações. Deve-se chamar a atenção para o fato deste dever estar em sua plenitude eficaz, não havendo qualquer restrição para sua aplicabilidade. Infelizmente, o mesmo não pode ser constatado para os deveres secundários, mais

delimitados para fins urbanísticos e de planejamento territorial, face à sua dependência legal de regulamentação pelo Poder Público Federal, o que não ocorreu até o presente momento.

Por evidente, tal situação retira a plena exequibilidade de todos os dispositivos que façam menção ao Cadastro Nacional de Municípios com Áreas Suscetíveis à Ocorrência de Deslizamentos de Grande Impacto, Inundações Bruscas ou Processos Geológicos ou Hidrológicos como *conditio juris* da plenitude eficaz normativa destes textos legais. Até lá, permanece suspensa a eficácia de tais dispositivos normativos, os quais em grande parte operacionalizam o dever geral de mapeamento e da fiscalização de áreas de risco cabíveis ao município (exigidos em dever geral no art. 8º, IV e V, Lei nº 12.608/2012).

O principal aspecto da regulamentação de lei consiste em definir a estruturação do cadastro referido pela lei, especialmente delimitando perfis, padrões e critérios para a caracterização de eventos que tornem os municípios suscetíveis aos deveres impostos de forma mais específica para cumprimento do dever geral.

Assim, apenas para demonstrar a relevância da necessária regulamentação, destacam-se alguns dos deveres específicos impostos e hoje condicionados a esta: i) elaborar o mapeamento nas áreas suscetíveis a tais riscos a partir de cartas geotécnicas; ii) elaborar Plano de Contingência; iii) criar mecanismos de controle e fiscalização para evitar a edificação em áreas suscetíveis a tais desastres; iv) identificadas áreas de risco, adotar providências para sua redução, dentre as quais a execução do plano de contingência e de obras de segurança e, quando necessário, remoção de edificações e reassentamento; v) exigir plano diretor independentemente do número de habitantes.

A questão aqui colocada é juridicamente delicada, pois as restrições impostas pelo sistema urbanístico determinado após a promulgação da Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (especialmente nas alterações realizadas por esta na Lei nº 10.257/2001, Lei nº 12.340/2010 e Lei nº 6.766/1979) encontram-se condicionadas à regulamentação do referido cadastro nacional. Considerando a importância dos deveres específicos impostos aos municípios e atualmente suspensos em virtude de seu condicionamento à regulamentação de cadastro nacional, tem-se que esta é uma omissão regulamentar grave, cabendo mandado de injunção.

Apenas para se ter uma dimensão, destaca-se mais alguns destes deveres específicos suspensos pela ausência de regulamentação do cadastro nacional: i) a necessidade de

tomada de consideração do conteúdo dos mapas de risco nos Planos Diretores; ii) adoção de medidas de drenagem urbana necessária urbana necessárias à prevenção e à mitigação de impactos de desastres; iii) compatibilização dos Planos Diretores Urbanísticos às disposições do Plano de Recursos Hídricos; iv) necessidade de condicionamento da ampliação de perímetro urbano à apresentação de projeto específico que contenha, dentre outros fatores, a delimitação dos trechos com restrição à urbanização e dos trechos sujeitos a controle especial em função de ameaça de desastres naturais; v) vinculação da aprovação de projetos de loteamento e desmembramento ao atendimento dos requisitos apresentados pelas cartas geotécnicas.

Por evidente, tais tarefas podem e devem ser exercidas pelo município, porém, não há um caráter potestativo específico para tais deveres, nem mesmo para sua necessária internalização no Plano Diretor Urbanístico, até que haja a regulamentação do referido cadastro nacional. Uma das principais lacunas num cenário desregulamentado é exatamente a delimitação de quais municípios deveriam estar sujeitos a tais restrições, cabendo o questionamento de qual seria a intensidade e/ou frequência necessária na ocorrência de um desastre para gerar o dever de inserção de um município no referido cadastro e sua consequente submissão ao seu regime.

Contudo, a ocorrência frequente de eventos extremos e suas respectivas perdas, indubitavelmente, deve gerar deveres de prevenção, mesmo em um cenário desregulamentado. Em especial, como visto no presente trabalho, este conhecimento histórico do risco gera o dever geral de mapeamento dos riscos (que podem estar previstos em diversos instrumentos, inclusive em um Plano de Bacia Hidrográfica), gerando este conhecimento o dever de preveni-los. Aqui nota-se, por evidente, uma ampla discricionariedade do Poder Público Municipal para a escolha de quais medidas deverão ser adotadas para este processo de prevenção de eventos futuros. Num cenário regulamentado, esta discricionariedade é reduzida sensivelmente.

Por evidente, os efeitos urbanísticos do Plano Diretor são diretos e imediatos, enquanto os efeitos urbanísticos e na gestão do solo decorrentes dos diagnósticos dos Planos de Bacia Hidrográfica são indiretos e, necessariamente, dependem da mediação ou internalização pelos primeiros. Os deveres acima descritos delimitam especificamente como os municípios devem agir na ordenação do solo para prevenção de desastres. Porém, a ausência de regulação prejudica a força normativa destes dispositivos. Considerando o

fato de que o risco de prejuízos extremos decorrentes da expansão urbana para áreas vulneráveis, as restrições urbanísticas previstas na legislação dependem da regulamentação do chamado Cadastro Nacional de Municípios com Áreas Suscetíveis à Ocorrência de Deslizamentos de Grande Impacto, Inundações Bruscas ou Processos Geológicos ou Hidrológicos.

Apesar da ausência de regulação, há persistência de deveres gerais relevantes, tais como o dever de identificar e mapear os riscos de desastres, bem como promover a fiscalização e vedar novas ocupações nestas áreas. Da mesma forma, persiste a proibição na concessão de licença ou alvará de construção em áreas de risco indicadas como não edificáveis no Plano Diretor ou legislação dele derivada.

Assim, a ausência de regulamentação aumenta uma indesejável insegurança jurídica, uma vez que não esclarece os múltiplos critérios possíveis a serem utilizados para delimitar quais são os municípios sujeitos a tais restrições. Contudo, não se pode olvidar que os dados e diagnósticos existentes nos Planos de Bacia ou outros documentos podem suprir esta função, por fornecerem o conhecimento do risco de desastres a que está sujeito um município. A partir desta constatação (pela incidência histórica de inundações por exemplo), os textos normativos não regulamentados e, portanto, suspensos, podem servir de parâmetro, porém, com sua normatividade suspensa. Mesmo num cenário desregulamentado, os planos setoriais devem ser tomados em consideração para a gestão territorial, enquanto, após a regulamentação, as consequências legais já estão atribuídas para o caso dos municípios inclusos no cadastro.

Uma diferença central num cenário de ausência de regulamentação é a grave suspensão do dever direto de compatibilização do Plano Diretor ao conteúdo dos Planos de Bacia, permitindo uma maior discricionariedade no planejamento territorial municipal. Contudo, cumpre esclarecer que o conhecimento do risco pelo município indica não apenas o dever de identificação de riscos como a vedação de ocupação de novas áreas que se encontrem nesta condição de vulnerabilidade, sob pena de possível responsabilização civil do município por omissão, caso este não adote medidas cabíveis para a prevenção de desastres.

6 REFERÊNCIAS

ASS'N OF STATE FLOODPLAIN MANAGERS. **Floodplain Management 2050: A Report of the 2007 Assembly of the Gilbert F. White National Flood Policy Forum.** Washington, DC: ASFPM, 2007.

BARROS, Mario Thadeu Leme de. Drenagem Urbana: Bases Conceituais e Planejamento. *In*: PHILIPPI JR., Arlindo (ed.). **Saneamento, Saúde e Ambiente: Fundamentos para um desenvolvimento sustentável.** São Paulo: Manole, 2005.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 9 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001.** Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.340, de 1º de dezembro de 2010.** Dispõe sobre as transferências de recursos da União aos órgãos e entidades dos Estados, Distrito Federal e Municípios para a execução de ações de prevenção em áreas de risco de desastres e de resposta e de recuperação em áreas atingidas por desastres e sobre o Fundo Nacional para Calamidades Públicas, Proteção e Defesa Civil; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2010. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12340compilado.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.608, de 10 de abril de 2012.** Institui a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil - PNPDEC; dispõe sobre o Sistema Nacional de Proteção e Defesa Civil - SINPDEC e o Conselho Nacional de Proteção e Defesa Civil - CONPDEC; autoriza a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres; altera as Leis nºs 12.340, de 1º de dezembro de 2010, 10.257, de 10 de julho de 2001, 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.239, de 4 de outubro de 1991, e 9.394, de 20 de dezembro de 1996; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Planos de Gestão de Resíduos Sólidos:** manual de orientação. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente; ICLEI-Brasil, 2012. p. 31-46. Disponível em: <https://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/manual_de_residuos_solidos3003_182.pdf>. Acesso em 04 abr. 2020.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Sustentabilidade Urbana:** impactos do desenvolvimento econômico e suas consequências sobre o processo de urbanização em países emergentes: textos para as discussões da Rio+20. NUNES, Tarcísio; ROSA, Júnia

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Santa; MORAES, Rayne Ferreti (orgs.). Vol. 3 - Habitação social e sustentabilidade urbana. Brasília, DF: Ministério do Meio Ambiente, 2015. Disponível em: <<https://www.mma.gov.br/publicacoes/desenvolvimento-sustent%3%A1vel/category/155-publica%C3%A7%C3%B5es-desenvolvimento-sustent%3%A1vel-sustentabilidade-urbana.html?download=1159:sustentabilidade-urbana-impactos-do-desenvolvimento-econ%C3%B4mico-e-suas-consequ%C3%Aancias-sobre-o-processo-de-urbaniza%C3%A7%C3%A3o-em-pa%C3%ADses-emergentes-textos-para-as-discuss%C3%B5es-da-rio-20-2012>>. Acesso em: 04 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ARE nº 709.212/DF**, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 13.11.2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MI 670ES**, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008 EMENT VOL-02339-01 PP-00001 RTJ VOL-00207-01 PP-00011).

CARVALHO, Délton Winter de. **Desastres Ambientais e sua Regulação Jurídica: deveres de prevenção, resposta e compensação ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de; DAMACENA, Fernanda Dalla Libera. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

FARBER, Daniel A. Disaster Law in the Anthropocene. In: PEEL, Jacqueline; FISHER, David (Eds.). **The Role of International Environmental Law in Disaster Risk Reduction**. Boston: Brill Nijhoff, 2016.

FARBER, Daniel; CHEN, Jim; VERCHICK, Robert; SUN, Lisa Grow. **Disaster Law and Policy**. New York: Aspen Publishers, 2010.

GRAZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito de Águas: disciplina jurídica das águas doces**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 41 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PAULA OLIVEIRA, Fernanda; LOPES, Dulce. Catástrofes naturais e Direito do Urbanismo. In: GOMES, Carla Amado (coord.). **Direito(s) das Catástrofes Naturais**. Coimbra: Almedina, 2012.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

RINDEBRO, U. **Natural Disasters Likely to Become More Frequent.** Costly – Swiss Re – Brazil. Business News Americas. 2011. Disponível em: <<http://www.bnamericas.com/news/insurance/natural-disasters-likely-to-become-more-frequent-costly-swiss-re>>. Acesso em: 06 abr. 2013.

SUN, Lisa Grow. Smart Growth in Dumb Places: Sustainability, Disaster, and the Future of the American City. **BYU Law Review**, Provo (USA), Vol. 2011, Issue 6, p. 2157-2201, 2011. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.byu.edu/lawreview/vol2011/iss6/9>>. Acesso em: 06 abr. 2020.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC; CENTRO UNIVERSITÁRIO DE ESTUDOS E PESQUISAS SOBRE DESASTRES - CEPED. **Atlas Brasileiro de Desastres Naturais 1991 a 2010: Volume Brasil.** Florianópolis: CEPED UFSC, 2012.

VERCHICK, Robert R. M. **Facing Catastrophe:** environmental action for a post-Katrina World. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

WEISZFLÖG, Walter. **Michaelis:** Moderno Dicionário da Língua Portuguesa. São Paulo: Companhia Melhoramentos, 1998.

Submetido a convite

FEDERALISMO E PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE: O PAPEL DO FEDERALISMO COOPERATIVO

FEDERALISM AND ENVIRONMENTAL PROTECTION: THE ROLE OF COOPERATIVE FEDERALISM

Paulo de Bessa Antunes¹

RESUMO

Este artigo tem objetivo examinar as dificuldades políticas e jurídicas da proteção do meio ambiente em regimes federais. O federalismo clássico (dual) é um modelo que não encontra mais lugar nos dias modernos, tendo sido substituído pelo chamado federalismo cooperativo que, na prática, é um fortalecimento do poder central em detrimento dos poderes locais. O artigo demonstra que os federalismos são tantos quanto os Estados que os adotam, não se podendo mais conceber modelos federativos rígidos. O Brasil adota o modelo de federalismo cooperativo de três níveis, haja vista que os municípios são parte integrante de nossa federação. O federalismo ambiental brasileiro é centrípeto, com predominância da União sobre os entes federados, em especial se forem considerados os bens de propriedade da União e o seu extenso rol de competências privativas.

PALAVRAS-CHAVE

Política. Direito Constitucional. Direito Ambiental. Federalismo. Proteção do meio ambiente.

ABSTRACT

This article aims to examine the political and legal difficulties of the environmental protection in federal regimes. Classic (dual) federalism is a model that no longer finds a place in modern day, having been replaced by the so-called cooperative federalism that, in practice, is a strengthening of central power to the detriment of local powers. The article demonstrates that federalisms are as many as the States that adopt them, and it is no longer possible to conceive rigid federative models. Brazil adopts the three-level cooperative federalism model, given that municipalities are an integral part of our federation. Brazilian environmental federalism is centripetal, with a predominance of the Union over the federated entities, especially if considering the property owned by the Union and its extensive list of private powers.

KEYWORDS

Policy. Constitutional Law. Environmental Law. Federalism. Environmental Protection.

¹ Professor Associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Doutor em Direito (UERJ). 2019 Elisabeth Haub Environmental Law Visiting Scholar na Pace University.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo realizar breve estudo sobre as tendências do moderno federalismo no que tange à proteção do meio ambiente. Com esta finalidade serão examinados alguns modelos de estado federal existentes no continente americano. Como se espera poder demonstrar, o federalismo clássico, organizado em duas esferas de poder político e com as competências rigidamente distribuídas não existe mais. Em verdade, os modelos federais são muitos e, praticamente, a cada estado federal corresponde um modelo federativo. No entanto, a tendência predominante é a do chamado *federalismo cooperativo*, ou seja, um modelo que atribui à federação as competências mais relevantes em diversas matérias, inclusive na relacionada à defesa do meio ambiente.

O Brasil é um país organizado sob a forma federativa, mas não é federalista. O modelo federal brasileiro foi importando acriticamente dos Estados Unidos da América, conforme deixa claro a nossa primeira Constituição republicana que, inclusive mimetizou o nome do estado brasileiro que, à época, era denominado como Estados Unidos do Brasil. Era um nome artificial que refletia uma federação artificial. O federalismo, como se sabe, é uma acomodação política pela qual duas ou mais comunidades autogovernadas dividem o mesmo espaço político. Daí decorre um modelo político que se caracteriza pelo compartilhamento dos poderes sobre uma base territorial ou geográfica mais do que por uma função. O federalismo se caracteriza pela união de esforços por comunidades que originariamente estavam separadas, mas que, no entanto, entendem que a sua cooperação possa resultar em melhorias para todos. Ele se caracteriza por uma tensão constante entre forças centrífugas e centrípetas, com a prevalência de umas sobre as outras conforme as circunstâncias políticas, sociais e econômicas variem. A divisão da autoridade entre duas ou mais ordens de governo, busca assegurar representação para as diferenças territoriais, religiosas, linguísticas ou étnicas no processo de tomada de decisão pelas estruturas do estado.

O modelo federativo brasileiro passa por dificuldades que são por todos conhecidas. O estado do Rio de Janeiro, ora sob o regime de recuperação fiscal para o ajuste de suas contas é um exemplo eloquente de tais dificuldades. No campo da proteção ambiental, a

federação brasileira é centrípeta, com uma forte prevalência da União sobre os entes federados que, na prática, são pouco mais do que autarquias territoriais.

Este artigo pretende ser uma breve análise do regime federal e alguns de seus diferentes matizes, como forma de contribuir para o aprimoramento de nosso modelo federal e, em especial, de suas interfaces com a proteção do meio ambiente.

2 ORIGENS DO FEDERALISMO MODERNO

A origem do moderno federalismo se encontra nos Estados Unidos. Logo após a proclamação da independência, as treze colônias originais precisaram estabelecer laços mais profundos entre si, sobretudo em razão das relações internacionais pois, destituídas da condição de colônias britânicas, necessitavam se apresentar unidas no cenário internacional. A formação do país se deu a partir da união de colônias autônomas em relação a seus assuntos internos, ficando a União incumbida de agir em nome da coletividade, especialmente em matéria de suas relações internacionais e quando as ações dos estados-membros pudessem perturbar a harmonia do todo (ENGDAHL, 2001, p. 7). As colônias possuíam tal grau de organização interna que a guerra pela independência não foi capaz de desestruturá-las. Todas eram dotadas governos locais e respeitavam um direito comum que não se modificara com a independência e, também, possuíam casas legislativas que permaneceram em funcionamento (COOLEY, 2002, p. 22).

No contexto pós-independência, buscou-se estabelecer um governo central que fosse suficientemente forte para manter as conquistas advindas da independência e que, ao mesmo tempo, fosse limitado em suas atribuições para não esvaziar o poder político dos Estados. Os poderes que não fossem expressamente deferidos à União permaneciam com os Estados, era, portanto, um arranjo que se baseava na posição coordenada e independente de diferentes centros de governo (SCHWARTZ, 1985, p. 9).

A Federação tinha poderes enumerados e explícitos, sendo a expressão de uma delegação feita pelos Estados ao poder federal. Os Estados, teoricamente, detinham todos os poderes remanescentes. O Estado criado foi, seguramente, o de mais complexa administração (ZIMMERMANN, 2005, p. 37). A federação norte-americana foi, em sua época, um modelo de estado inteiramente diferente daqueles usualmente adotados pelos principais

países europeus, que eram basicamente estados unitários, isto é, aqueles cujo poder está centralizado e se estende por todo o território e sobre toda a população e controla todas as coletividades regionais e locais, ainda que o Estado Unitário possa ter um certo grau de descentralização administrativa e política (SILVA, 2005, p. 33).

O sistema político federal é complexo, pois constantemente submetido à tensão entre tendências separatistas e descentralizadoras e as tendências centralizadoras e unitaristas. Os exemplos mais marcantes sobre o tema são os plebiscitos (*referendum*) de: (1) Quebec¹, (2) Escócia², (3) Catalunha³ e o chamado (4) Brexit⁴. Vale observar que o *referendum* catalão tem sido amplamente contestado pela Espanha e resultou na prisão de seus organizadores. A saída do Reino Unido da União Europeia não é exatamente o rompimento com uma federação, muito embora os traços federativos ou confederativos da União Europeia sejam marcantes.

2.1 Diferentes modelos de federalismo

O federalismo clássico é hoje uma reminiscência histórica, pois os modelos federativos são praticamente tão variados quanto o número de federações existentes no mundo. Entretanto, é possível apresentar os principais tipos federativos que atualmente estão em funcionamento.

Em primeiro lugar temos o chamado (1) *federalismo cooperativo* um modelo no qual a repartição de poderes entre os entes federados e a federação não é evidente. Nos países

¹ Dois plebiscitos foram realizados no Canadá para decidir sobre a permanência de Québec no estado canadense. O primeiro em 20 de maio 1980, quando 60% dos votantes optaram pela continuidade da federação com o Canadá e o segundo em 30 de outubro de 1995, a permanência da província no Canadá foi decidida por 54 mil votos, ou 50,6% dos eleitores. Disponível em: < <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/referendum> > Acesso em: 24/02/2020.

² Em setembro de 2014 foi realizado um plebiscite na Escócia sobre a independência do país em relação ao Reino Unido. O resultado foi de 55% dos eleitores contra a independência. Disponível em: < <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/second-referendum-scottish-independence> > Acesso em: 24/02/2020

³ Em outubro de 2017, a Catalunha realizou um plebiscito, não reconhecido pela Espanha, com vistas a declarar a sua independência do estado espanhol. Houve o comparecimento de 42% dos eleitores inscritos, com resultados superiores a 90% para a independência. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2017/10/02/internacional/1506898063_586836.html > Acesso em: 24/02/2020.

⁴ A saída do Reino Unido da União Europeia foi decidida em plebiscito realizado em 23 de junho de 2016 quando os eleitores britânicos decidiram, por maioria, 52%, que o país deveria se retirar do bloco europeu. Disponível em: < <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-46335938> > Acesso em 24/02/2020.

que o adotam as suas Constituições definem um sistema de repartição de competências entre os entes políticos que formam o estado nacional, de molde a permitir que eles possam agir dentro de determinadas esferas político administrativas relativamente definidas, sendo certo que, em não raras oportunidades, as Constituições se utilizam de fórmulas gerais e ambíguas, como é o caso brasileiro. Logo, em diversas oportunidades surgem conflitos intra-federativos que, na maioria das vezes, são decididos por cortes judiciais. No federalismo cooperativo é usual a delegação de competências dos entes maiores para os menores. Como se sabe, as competências que, de fato, asseguram a autonomia dos entes federados são as de possuir rendas próprias e arrecadação de tributos e a de auto-organização. Sem elas, não se pode falar em federação.

As competências delegadas, normalmente se fazem acompanhar da transferência de recursos técnicos, econômicos, financeiros e administrativos. De forma que a atividade delegada possa ser realizada local ou regionalmente. Logicamente, a contrapartida é a ampliação do poder político daquele que delega a atividade, visto que controla os recursos postos à disposição do delegatário. Efetivamente, o federalismo cooperativo expressa tendência centralizadora que se consolidou como resposta aos desafios lançados pela Primeira Guerra Mundial ao governo dos Estados Unidos e que se espalhou por diversos países, por inspiração da Constituição de Weimar⁵.

O *federalismo (2) em três níveis* é uma construção mais recente que exprime a aceitação do poder local (municipal), ou mesmo de comunidades culturalmente diferenciadas da sociedade nacional como ente federado. No caso do Canadá, por exemplo, as comunidades indígenas (*first nations*) são reconhecidas como uma fonte legítima de poder político (KNOPF; SAYERS, 2005, p. 104-144) com *status* de ente federado. Vários países, dentre os quais se inclui o Brasil, têm adotado a opção político-constitucional de reconhecer aos municípios como integrantes da federação.

Trata-se de um importante avanço no sentido da descentralização político-administrativa. Entretanto, a matéria, do ponto de vista prático, tem se revelado bastante complexa e com enormes dificuldades de implementação. O primeiro ponto a ser considerado é que os municípios e as comunidades locais são extremamente diversos e dotados de recursos técnicos, econômicos e financeiros muito desiguais, e nem sempre atribuir-lhes

⁵ Constituição alemã vigente entre os anos 1919 e 1933. Disponível em: < http://germanhistorydocs.ghi-dc.org/pdf/eng/ghi_wr_weimarconstitution_Eng.pdf > Acesso em: 24/02/2020

competências é suficiente para solucionar questões graves. Na Bélgica, chega-se a ter na comunidade linguística uma esfera de poder político integrante do modelo federativo.

Há o reconhecimento, também do chamado (3) *federalismo assimétrico* que se encontra presente nos principais estudos sobre federações como Canadá, Alemanha, Bélgica e Índia (BURGESS, 2013, p. 207). Entre nós, a Constituição de 1934 (BRASIL, 1934) determinava que o poder público, periodicamente, verifica o “padrão de vida nas várias regiões do País”,⁶ indicando claramente a consciência em relação à assimetria federal. A federação se constitui, basicamente, porque entidades diferentes buscam uma forma de convivência em um regime político que seja capaz de, reconhecendo as diferenças, manter um padrão de unidade entre as suas partes constituintes. Assim, a assimetria é uma característica básica do regime federal. O federalismo assimétrico, no entanto, é o sistema no qual as diferenças entre os entes federados são reconhecidas e a federação busca abrandá-las mediante a adoção de políticas públicas específicas.

Um dos conceitos básicos do federalismo é a igualdade política entre os diferentes entes federativos. Contudo, em não raras vezes, o Estado federal expressamente reconhece a desigualdade entre os entes federados. É o caso do Brasil. A Constituição Brasileira, por quatro vezes, se utiliza da expressão *desigualdade(s)*, conforme os arts. 3º, III; 43; 165, § 7º e 170, VII, dentro de um contexto político-administrativo da federação. Todavia, o reconhecimento das assimetrias entre os diferentes membros da federação não é feito de forma explícita e não significa que os membros da federação sejam dotados de poderes diferentes, considerando-se a situação de cada um deles. Quando se trata de municípios a questão se torna mais aguda. Com efeito, embora os municípios sejam entes federados, a realidade é que parcela significativa é destituída de rendas próprias, sendo incapazes de se autofinanciar, sobrevivendo com recursos federais e/ou estaduais⁷

⁶ Artigo 115, parágrafo único. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm > Acesso em: 24/02/2020

⁷ Disponível em: < <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,um-terco-dos-municipios-do-pais-nao-gera-receita-nem-para-pagar-salario-do-prefeito,70002473456> > Acesso em: 28/02/2020

3 FEDERALISMO E COMPETÊNCIAS AMBIENTAIS

3.1 Estados Unidos

A ideia fundadora do modelo federativo dos Estados Unidos é que o governo federal não possui poderes ilimitados, devendo agir dentro de uma esfera limitada de poderes que lhes são outorgados pelos estados. Tal limitação é dada pela Constituição ao definir as competências da União de forma explícita. Aqui está a essência da república: um governo de leis e não de homens. No federalismo os entes federados e a própria federação têm as suas competências limitadas e definidas pelo pacto fundador da União. O federalismo e o controle de constitucionalidade, juntamente com os direitos individuais e o sistema de freios e contrapesos, formam a base do sistema constitucional estadunidense. Em tal sistema, os funcionários públicos são responsáveis pelas pessoas e também devem ostentar uma posição na qual possam impedir o poder dos grupos de interesse, atuando em favor do interesse público (SUNSTEIN, 2009, p. 1).

Mesmo não estando contemplado na Constituição americana, o meio ambiente tem servido de base para muitas discussões constitucionais que, em geral, estão baseadas na chamada cláusula de comércio⁸ pela qual o Congresso regulamenta o comércio entre os Estados, impedindo que uns imponham barreiras comerciais sobre os outros. Com base em tal disposição constitucional, o Congresso tem legislado sobre temas ambientais, sob o argumento básico de que normas estaduais fixando parâmetros ambientais diferentes para cada Estado podem afetar negativamente à atividade comercial.

A Suprema Corte dos Estados Unidos⁹ tem entendido que a existência de padrões ambientais nacionalmente uniformes pode ser um importante elemento para que se evitem as barreiras comerciais entre Estados (FINDLEY e FARBER, 1990, p. 202). Contudo, o chamado processo de globalização tem dado base à geração de um conjunto de medidas, tanto internas como externas, com tendência a exigir a elevação de padrões de controle ambiental, tornando-os mais estritos. Esse fenômeno é conhecido como *Efeito*

⁸ Seção 8 – 1. Será da competência do Congresso: Lançar e arrecadar taxas, direitos, impostos e tributos, pagar dívidas e prover a defesa comum e o bem-estar geral dos Estados Unidos; mas todos os direitos, impostos e tributos serão uniformes em todos os Estados Unidos; [...] 3. Regular o comércio com as nações estrangeiras, entre os diversos estados, e com as tribos indígenas. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 16 dez. 2013.

⁹ Uma boa relação dos casos ambientais perante a Suprema Corte dos Estados Unidos pode ser encontrada em OYEZ. Disponível em: <<https://www.oyez.org/issues/292>> Acesso em: 28/02/2020

Califórnia,¹⁰ na feliz expressão de David VOGEL (1995). Uma consequência que dele pode advir é, em médio prazo, aumentar os níveis de proteção exigidos pelos demais integrantes da federação, dependendo do peso econômico que o membro federativo que primeiro adotou os padrões mais elevados desempenhe na federação.

Em matéria ambiental as graves questões têm se aprofundado, visto que elas estão pressionadas por outras que não são diretamente constitucionais, que se vinculam a temas tais como: “sobrevivência da humanidade”, “futuro do mundo”, “gerações futuras” e muitos outros, fundados, em muitos casos, sobre questões especulativas, muitas vezes sem uma base científica precisa e confiável. Em matéria ambiental, diante da forte influência de concepções fundadas no medo (SUNSTEIN, 2005), muitas vezes os limites das competências tendem a ser ultrapassados e, não com pouca frequência, a ultrapassagem é reivindicada por grupos de pressão específicos. Os desastres são utilizados como elemento de mobilização da população e, atualmente, são um dos lados do debate político. Os casos Love Canal, Chernobyl, Three Miles Island são usados amplamente por quem busca controles regulatórios mais estritos. (SUNSTEIN, 2009, p. 223).

É bastante comum que, dependendo de interesses circunstanciais, existam pressões por federalização de determinadas condutas e políticas públicas – quando as ações estaduais são julgadas débeis pelos grupos de pressão –, ou a estadualização, nas hipóteses em que a ação federal não se faça presente, ou seja, tida como inadequada por outros grupos de pressão. Esta tendência não guarda qualquer relação com a repartição constitucional de competências, mas, isto sim, é uma tática política *ad hoc*, com vistas a enfrentar situações concretas. É corriqueiro que os grupos de pressão ambientalistas afirmem que “[s]em o braço forte do governo federal, os programas ambientais nos Estados Unidos não seriam tão fortes como são hoje em dia.” (SCHEBERLE, 2004, p.1). É também considerada uma fonte constitucional das competências ambientais, a cláusula que permite ao Congresso legislar sobre o território ou outras propriedades dos Estados Unidos.¹¹ Assim, o poder

¹⁰ Disponível em: < <http://aei.pitt.edu/2367/1/003780.1.pdf> > Acesso em: 28/02/2020.

¹¹ Constituição dos Estados Unidos da América. “ARTIGO IV[...] Seção 3 [...] 2. O Congresso poderá dispor do território e de outras propriedades pertencentes ao governo dos Estados Unidos, e quanto a eles baixar leis e regulamentos. Nenhuma disposição desta Constituição se interpretará de modo a prejudicar os direitos dos Estados Unidos ou de qualquer dos Estados.” Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 20 dez. 2013.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

do Congresso sobre questões ambientais é praticamente ilimitado (FINDLEY e FARBER, 1990, p. 10-11). Esse poder, abrangente como é, é aumentado por outros amplos poderes para proteção da propriedade pública, para tratar dos assuntos de interesse internacional, e para gastar realizar despesas no interesse público.

O federalismo norte-americano tem sido considerado como “um sistema harmônico de frustração mútua” (SCHEBERLE, 2004, p. 8). Usualmente, as relações entre a União e os Estados seguem o seguinte padrão: (1) a existência de lei federal sobre determinada matéria, implicando em políticas e programas federais baseados em mecanismos de comando e controle¹² que tem preferência sobre as leis estaduais. Em seguida, a competência para a implementação das políticas e dos programas criados pela norma é delegada para as autoridades estaduais e locais, mediante condições, com vistas à sua implementação. Cada lei define as medidas a serem adotadas pelos Estados para torná-los aptos ao recebimento da delegação. Em geral define-se que a lei estadual referente à política em questão deve ser, no mínimo, equivalente à lei federal, relativamente às restrições ambientais: “o princípio da primazia [preempção] preserva o direito dos estados de aprovarem requisitos mais restritivos do que aqueles previstos em leis e regulamentos federais” (SCHEBERLE, 2004, p. 8). A aceitação pelos Estados dos programas e leis federais, em tese, não significa uma renúncia de suas próprias competências e atribuições. Registre-se, contudo, que a maioria dos Estados não produz legislação ambiental própria, preferindo utilizar as normas federais. A propósito, vale ser citada a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos [*Massachusetts v. Environmental Protection Agency*, 549 U.S. 497 (2007)]¹³ que determinou à Agência de Proteção Ambiental que fixasse padrões para a regulamentação dos gases de efeito estufa [GEE].

O federalismo cooperativo em matéria ambiental, como afirmado acima, teve início nas décadas de 70 e 80 do século XX, com a delegação de poderes federais para a implementação de políticas públicas voltadas para a proteção ambiental, com o repasse de verbas e auxílio técnico por parte da USEPA¹⁴. Ao longo de todos esses anos, os

¹² Há experiência de regulação baseada em mercados, com a emissão de “licenças para poluir” que podem ser comercializadas, especialmente quanto à emissão de SO_x e NO_x . Disponível em: < <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/1910849.pdf> > Acesso em 28/02/2020.

¹³ Disponível em: < <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/549/497/> > Acesso em: 28/02/2020

¹⁴ United States Environmental Protection Agency

Estados se transformaram nos principais agentes de implementação das leis ambientais e, atualmente, são responsáveis por cerca de 96% da implantação das leis federais ambientais.¹⁵

(2) Outra forma de delegação de competências ambientais é a determinação pelo Congresso, por meio de lei, no sentido de que os Estados desempenhem determinadas atividades com vistas à proteção do meio ambiente. Como exemplo pode ser citada a obrigação delegada aos Estados para realizar o monitoramento da qualidade da água potável, como resultado da revisão, em 1996, da Lei da Água Potável Segura (*Safe Drinking Water Act*).

(3) Cooperação voluntária entre estados e a União com o estabelecimento de incentivos federais para que os estados adiram aos programas. Teoricamente, a legislação federal se aplica em todo o território dos Estados Unidos, entretanto, a doutrina tem reconhecido que vários problemas podem surgir em função da amplíssima abrangência das normas federais. Um dos problemas mais relevantes é a implementação uniforme das normas em todo o país, visto que as condições ambientais são diferentes em cada estado, bem como as condições econômicas e culturais.

Assim, uma determinada norma pode ser muito liberal em determinado estado e excessivamente restritiva em outro (HOBAN; BROOKS, 1996, p. 13). Este, aliás, é um problema recorrente em todos os modelos federativos, vez que existe um legítimo temor de que se criem “subsídios ambientais” para a implantação de empreendimentos e indústrias em determinados estados em prejuízo de outros, tudo com base em maiores ou menores “facilidades” ambientais. Por outro lado, também não se pode deixar de registrar o fato de que a manutenção de padrões uniformes, ou meramente mais restritivos, exerce uma pressão pela concentração industrial em áreas que já são mais industrializadas e, conseqüentemente, amplia a poluição em áreas críticas.

3.2 Canadá

O Canadá é o país do “federalismo contestado” (BAKVIS, BAIER e BROWN, 2009). A federação canadense foi concebida como uma estrutura centralizada e, portanto, dependente da autoridade central. A escolha canadense por um modelo federativo indica

¹⁵ Disponível em: < <https://www.ecos.org/wp-content/uploads/2017/06/ECOS-Cooperative-Federalism-2.0-June-17-FINAL.pdf> > Acesso em: 25/02/2020

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

uma “preferência ideológica por algum tipo de equilíbrio entre concentração de poder em nível nacional (como em um sistema unitário) e dispersão de poder para as províncias (como em uma aliança confederada)” (BAKVIS, BAIER e BROWN, 2009, p. 2).

O federalismo canadense passou por diferentes fases desde os fins do século XIX, como forma de acomodar diferenças linguísticas e culturais em um único estado nacional. Durante a Segunda Guerra Mundial houve o predomínio do governo federal que, após o término do conflito, foi sendo substituído por um modelo cooperativo. Herman BAKVIS e Grace SKOGSTAD (2012, p. 6) sustentam que a competitividade é parte da dinâmica do federalismo canadense, uma vez que as bases econômicas, populacionais, geográficas e sociais da sociedade canadense são muito diversificadas, não havendo partidos nacionais. Por sua vez, desde a década de 1990, tem sido identificada uma tendência à adoção de um federalismo colaborativo que tem resultado na elaboração de políticas nacionais mais amplas, com os governos nacionais e provinciais atuando juntos como iguais (BAKVIS; SKOGSTAD, 2012, p. 7).

A organização política canadense é singular. Como se sabe, a formação do Canadá como unidade política foi uma reação à formação e ao crescimento econômico, político e militar dos Estados Unidos. Aos 29 de março de 1867 foi estabelecida a união do Canadá, Nova Escócia e New Brunswick sob a forma federativa como um Domínio¹⁶ sob a Coroa Britânica, com uma Constituição “similar em princípio àquela do Reino Unido”. O país foi constituído, originalmente, por quartas províncias: (a) Ontário; (b) Quebec; (c) Nova Escócia; e (d) New Brunswick. Cada uma das províncias é dotada de uma Constituição provincial a qual dispõe sobre: (1) o Poder Executivo; e (2) o Poder Legislativo.

A Constituição canadense é composta por dois documentos básicos: (1) A Lei Constitucional de 1867,¹⁷ reformada em 1871, 1886, 1907, 1915, 1930, 1940, 1960,

¹⁶ Com a Lei da América do Norte Britânica de 1867, o Canadá teve reconhecido o status de Domínio. Domínio em Direito Internacional é uma condição jurídica intermediária entre Colônia e País independente. Declaração Balfour de 1926 reconheceu os Domínios como comunidades autônomas no interior do Império Britânico.

¹⁷ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Canada/canada1867-1999.html>>. Acesso em: 25/02/2020

1964, 1965, 1974, 1975, 1982, 1983, 1985, 1998 e 1999; e (2) pela Lei Constitucional de 1982, conhecida como Carta Canadense de Direitos e Liberdades.¹⁸

O Parlamento canadense dispõe de amplas competências, cabendo às províncias outras tantas. No que tange às competências ambientais, a Constituição canadense estabelece em seu artigo 92 que as províncias têm competência legislativa exclusiva sobre: (1) a) exploração dos recursos naturais não renováveis na província; b) desenvolvimento, conservação e gestão dos recursos naturais não renováveis e recursos florestais na província, incluindo leis relativas à média de produção primária; c) desenvolvimento, conservação e gestão de sítios e facilidades na província para geração e produção de energia elétrica; e (2) exportação da província para outra parte do Canadá da produção primária de recursos naturais não renováveis e de recursos florestais na província e a produção de facilidades na província para geração de energia elétrica, mas tais leis não poderão autorizar ou prover discriminação em preços ou suprimentos exportados para outra região do Canadá. Entretanto, é necessário observar que, em caso de conflito entre leis provinciais e leis federais, a incompatibilidade será decidida em favor da federal.

A principal lei canadense de proteção ao meio ambiente é a Lei de Proteção Ambiental do Canadá¹⁹. A aplicação de tal lei, bem como do arcabouço jurídico ambiental no Canadá é complexa, assim como nos demais países. Desde 1970 tem havido forte crescimento da proteção legal do meio ambiente no Canadá, sendo certo que nos últimos trinta anos houve uma “tremenda proliferação e fortalecimento” da legislação em todos os níveis (BOYD, 2003, p. 213). Da mesma forma que ocorre em outras federações, também na federação canadense existem conflitos de competência entre as províncias e a União. As estruturas regulatórias foram amplamente confirmadas por decisões da Suprema Corte do Canadá ao afirmar que: “as realidades e complexidades de uma moderna sociedade industrial, casada com a real necessidade de proteger toda a sociedade e, em particular, seus membros vulneráveis, enfatizam a importância crítica das infrações regulatórias no Canadá de hoje. A nossa sociedade, simplesmente, não poderia funcionar sem uma

¹⁸ Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Canada/canada1982.html>>. Acesso em: 25/02/2020

¹⁹ Disponível em: < <https://www.canada.ca/en/environment-climate-change/services/canadian-environmental-protection-act-registry/related-documents.html> > Acesso em: 28/02/2020

legislação regulatória extensiva” (*R. v. Wholesale Travel Group Inc.* [1991] 3 S.C.R. 154).²⁰

A questão da repartição de competências tem sido debatida nos tribunais canadenses, sendo o leading case *R v Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213²¹, no qual a Suprema Corte do Canadá decidiu pela constitucionalidade da Lei de Proteção Ambiental do Canadá, embora editada pelo governo federal. O Tribunal entendeu que o meio ambiente não estava incluído entre as classes de bens e atribuições constantes do texto constitucional, no que tange à repartição de competências e, portanto, cuidava-se de uma “matéria difusa que poderia ser dividida entre dois governos.” O principal argumento da Corte foi que o objetivo básico da lei era a “proteção do meio ambiente e da vida e saúde humanas contra qualquer substância nociva mediante regulação.” A questão de fundo envolvia o lançamento de Bifenilas Policloradas [PCB] pela empresa no Rio São Lourenço. David R. BOYD (2003, p. 260) sustenta que a pouca clareza em matéria ambiental tem sido, com frequência, acusada de gerar insegurança sobre qual é o nível de governo primariamente responsável pela proteção ambiental. Este tipo de reclamação tem sido usual em outros modelos federativos, inclusive no Brasil.

3.3 Argentina

As federações latino-americanas, de maneira geral, são fortemente influenciadas pelo modelo norte-americano, sobretudo no que diz respeito à escolha do regime presidencialista. Todavia, tais modelos são muito mais centralizados do que o dos EUA, devido às tradições centralizadoras da formação colonial (HUEGLIN e FENNA, 2010, p. 77) da América Latina.

A Constituição Argentina²² é uma das mais antigas das Américas, tendo sido sancionada pelo Congresso Nacional Constituinte em 1º de maio de 1853 e experimentado várias reformas constitucionais importantes nos anos de 1856, 1898, 1957 e 1994. Em 1994, a Constituição foi modernizada e teve acrescido um importante artigo relacionado ao

²⁰ Disponível em: < https://casebrief.fandom.com/wiki/R_v_Wholesale_Travel_Group_Inc. > Acesso em: 28/02/2020

²¹ Disponível em: < <https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/item/1542/index.do> > Acesso em: 28/02/2020

²² Disponível em: < <http://www.oas.org/juridico/mla/sp/arg/index.html>>. Acesso em: 25/02/2020

Direito ao Meio Ambiente Sadio (artigo 41). Segundo os termos do artigo 41, corresponde à Nação ditar as normas que contenham os pressupostos mínimos de proteção, cabendo às províncias à elaboração das normas necessárias para complementá-las, sem que as normas federais alterem as jurisdições locais. Contudo, a própria Constituição Argentina, ao estabelecer as competências das províncias, dispõe em seu artigo 124 que corresponde às províncias “o domínio originário dos recursos naturais em seu território”. Não é difícil perceber que ambos os artigos (41 e 124) têm enorme potencial gerador de conflitos interpretativos acerca da repartição de poderes entre a federação e as províncias em matéria ambiental.

Há, como se vê, uma tendência centralizadora, visto que compete à nação fixar os *standards* ambientais mínimos, repetindo uma linha adotada em outros modelos federativos.

As primeiras decisões sobre a matéria que foram tomadas pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación* foram pouco mais do que uma repetição dos termos do artigo 41 da Constituição²³. A reforma de 1994 manteve uma tradição do Direito Constitucional Argentino que é a supremacia do direito federal sobre os provinciais. Raúl Enrique ROJO (1998, p.63) afirma que o princípio fundamental do estado federal argentino está no artigo 31 da Constituição que determina que a Constituição, as leis da nação emanadas do Congresso e os tratados com as potencias estrangeiras são a Lei Suprema da Nação e as autoridades de cada província devem a elas se sujeitar, não obstante qualquer disposição em contrário das Constituições ou leis provinciais, salvo para a província de Buenos Aires, os tratados ratificados depois do pacto de 11 de novembro de 1859.

A fixação dos padrões nacionais mínimos, da forma como tem sido observada na jurisprudência argentina, impede que as províncias possam estabelecer normas que, a pretexto de preservar o meio ambiente, interfiram de forma significativa no âmbito legislativo de atribuição exclusiva da Nação. Este é um modelo interpretativo que se assemelha ao que adotamos no Brasil. A

²³ “MEDIO AMBIENTE. El art. 41 de la Constitución Nacional atribuye a la Nación la facultad de dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección del ambiente, y a las provincias las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Mayoria: Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, Bossert, Vázquez. Abstención: Fayt, Boggiano, López.” (ARGENTINA, 2012, p. 13 e ss.).

competência complementar ambiental legitimamente se diminui quando tangencia setores que, particularizados, estejam submetidos às competências legais da Nação. Foi o caso de uma decisão da Corte Suprema Argentina versando sobre o conflito entre normas ambientais produzidas pela província de Corrientes e sua interface com a competência da nação para legislar sobre energia elétrica.²⁴

A jurisprudência mais recente tem sofrido modificações em relação às decisões mais antigas, afirmando um “*federalismo de concertación*”²⁵ que busca estabelecer maior equilíbrio entre as competências da Nação e as das províncias. Conforme decidido pela *Suprema Corte de Justicia de la Nación*,

“ [a] invocação em abstrato, por parte da província, da regra que estabelece o domínio originário de seus recursos naturais (artigo 124) com o objetivo de desvirtuar outra regra de igual hierarquia que estabelece o mandato ao Estado Nacional de ditar os pressupostos mínimos ambientais para toda a Nação (artigo 41) gera uma supérflua e desnecessária tensão entre duas cláusulas constitucionais. Em virtude disso, antes que buscar a confrontação de seus mandatos, os artigos 41 e 124 da Constituição Nacional devem ser interpretados buscando adaptar a gestão dos recursos naturais às diretivas da cláusula ambiental, para cumprir de forma mais fidedigna possível um mecanismo próprio do federalismo concertado que estabeleceu p constituinte reformador de 1994. Nesse marco, a tarefa de concertação federal é primariamente das autoridades políticas nacionais e provinciais, que devem conjugar interesses para potencializar o cumprimento do texto constitucional, sem esvaziar de conteúdo o modelo federal do Estado no projeto ambiental da Constituição.”

²⁴ “FACULTADES CONCURRENTES. ReF.: Nación. Provincias. Servicios públicos. Energía eléctrica. Electricidad. Poder de policia. Leyes nacionales. Leyes provinciales. Medio ambiente. Las disposiciones dictadas sobre la base del ejercicio del poder de policia que se atribuye la Provincia de Corrientes – referidas a la modificación de la traza aprobada por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y a la defensa del medio ambiente interfieren las facultades que corresponden al Estado Nacional para la concreción de un servicio público nacional regido por normas del mismo carácter, en tanto son demostración suficiente de que existe repugnancia efectiva entre los dos órdenes normativos. Mayoria: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petreocbi, Boggiano, Bossert, Vázquez. Abstención: López.” (ARGENTINA, 2012, p. 17 e ss.).

²⁵ Disponível em: < <https://sj.csjn.gov.ar/sj/suplementos.do?method=ver&data=ambiente2019> > Acesso em: 25/02/2020 Corte Suprema de Justicia de la Nación . AMBIENTE 4I. GLACIARES. Barrick Exploraciones Argentinas S.A. y otro c/ Estado Nacional s/acción declarativa de inconstitucionalidad Fecha: 4/6/2019 Fallos: 342:917.

4 FEDERALISMO AMBIENTAL BRASILEIRO

A Constituição Federal de 1988 [CF] é a primeira Constituição Brasileira²⁶ a dispor de capítulo próprio dedicado à proteção ambiental. No entanto, a defesa do meio ambiente podia ser exercida com base nas Constituições passadas. A Política Nacional do Meio Ambiente [PNMA]²⁷ foi editada sob a égide da Constituição de 1969²⁸ que atribuía à União a competência legislativa em matéria de (1) saúde pública; (2) jazidas, minas e outros recursos minerais, metalurgia, florestas, caça e pesca, assim como (3) águas e energia. À época, a PNMA²⁹ foi uma reação do governo federal ao crescente movimento dos estados com vistas a controlar a poluição em seus territórios.

O regime constitucional de 1988 estabeleceu um sistema complexo de repartição de competências que podem ser (1) *administrativas* ou (2) *legislativas*. No campo das competências administrativas existem dois grandes blocos, sendo o primeiro o das (1) competências *exclusivas* da União (CF, artigo 21) e o segundo o das (2) competências *comuns* entre a União, os Estados e os Municípios

²⁶ A Constituição Brasileira foi influenciada pelas Constituições Portuguesa e Espanhola.

Constituição Portuguesa: Artigo 66.º Ambiente e qualidade de vida. (Ambiente e qualidade de vida)1. Todos têm direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado e o dever de o defender.2. Incumbe ao Estado, por meio de organismos próprios e por apelo a iniciativas populares: a.Prevenir e controlar a poluição e os seus efeitos e as formas prejudiciais de erosão; b.Ordenar o espaço territorial de forma a construir paisagens biologicamente equilibradas; c) Criar e desenvolver reservas e parques naturais e de recreio, bem como classificar e proteger paisagens e sítios, de modo a garantir a conservação da natureza e a preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico;d) Promover o aproveitamento racional dos recursos naturais, salvaguardando a sua capacidade de renovação e a estabilidade ecológica.3. O cidadão ameaçado ou lesado no direito previsto no n.º 1 pode pedir, nos termos da lei, a cessação das causas de violação e a respectiva indemnização.4. O Estado deve promover a melhoria progressiva e acelerada da qualidade de vida de todos os portugueses (texto originário) Disponível em: < <https://www.parlamento.pt/Parlamento/Documents/CRP1976.pdf> > Acesso em 28/02/2020

Constituição Espanhola: Artículo 45 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado. (texto originário) Disponível em: < <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229> > Acesso em: 28/02/2020

²⁷ Lei nº6.938, de 31 de agosto de 1981

²⁸ Artigo 8º, XVII, c, h e i

²⁹ Sobre as origens da PNMA ver: Antunes, Paulo de Bessa. A Formação da Política Nacional de Meio Ambiente. Disponível em: < <http://www.seer.unirio.br/index.php/rdpp/article/view/9110/8185> > Acesso em: 28/02/2020

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

(CF, artigo 23). Quanto às competências legislativas constitucionais, estas também se bifurcam em dois grandes grupos, o das (1) competências *privativas* da União (CF, artigo 22) e o das (2) competências *concorrentes* entre a União e os Estados (CF, artigo 24). Assim como ocorre em outros modelos federativos, há potencialmente uma série de conflitos acerca do exercício concreto dos mencionados poderes por parte dos entes federados. Tais conflitos podem ser resolvidos pela (1) pela via administrativa ou pela (2) via judicial, neste último caso mediante a intervenção do Supremo Tribunal Federal [STF], por provocação das partes interessadas.³⁰

Entre as competências *privativas* estão arroladas uma série de temas que podem ser incluídos em conceito amplo de meio ambiente, e.g., (1) águas; (2) jazidas, (3) minas e outros recursos minerais. A *competência comum* entre a União, os Estados e os Municípios abrange (1) a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas, (2) a preservação das florestas, da flora e da fauna, assim como o (3) registro, o acompanhamento e a fiscalização da concessão de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios. A *competência concorrente* abrange as (1) florestas; a (2) caça; a (3) pesca; a (4) fauna; a (5) conservação da natureza; a (6) defesa do solo e dos recursos naturais; a (7) proteção do meio ambiente e controle da poluição; a (8) proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; a (9) responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Logo, há uma grande sobreposição de temas, dificultando a aplicação harmoniosa do texto constitucional.

Determina a CF que, no âmbito das competências concorrentes, compete à União legislar sobre normas gerais, cabendo aos Estados complementar tal legislação “para atender a suas peculiaridades” (CF, artigo 24, § 3º)³¹. Em não havendo norma federal geral sobre a matéria, os estados exercerão plenamente sua competência até que seja editada norma

³⁰ CF Art. 102, I, f. Os municípios, em princípio, não podem suscitar conflitos federativos perante o STF.

³¹ STF. A possibilidade de complementação da legislação federal para o atendimento de interesse regional (art. 24, § 2º, da CF) não permite que Estado-Membro dispense a exigência de licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, como pretendido pelo art. 10 da Lei 2.713/2013 do Estado do Tocantins. O desenvolvimento de atividades agrossilvipastoris pode acarretar uma relevante intervenção sobre o meio ambiente, pelo que não se justifica a flexibilização dos instrumentos de proteção ambiental, sem que haja um controle e fiscalização prévios da atividade. [ADI 5.312, rel. min. Alexandre de Moraes, j. 25-10-2018, P, DJE de 11-2-2019.]

geral federal. Caso sobrevenha a norma geral, a legislação estadual perderá a eficácia quando incompatível com a norma federal (CF, artigo 24, § 4º).

A competência *comum* é uma imposição constitucional para que os membros da federação *atuem em cooperação administrativa recíproca*, visando a resguardar os bens ambientais. A cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional (CF, artigo, 23, parágrafo único)^{32 e33}.

Os diferentes problemas relativos à repartição de competências constitucionais precisam ser enfrentados de forma pragmática e prática. Como foi visto nos itens precedentes, há uma característica comum nos modelos federativos analisados que é a de atribuir às federações a competência para legislar em termos gerais, fixando os “pressupostos mínimos” aplicáveis à proteção ambiental em todo território de um determinado país. Por outro lado, os entes locais e regionais são

³² STF: O artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal reservou à lei complementar a disciplina da cooperação interfederativa, mas não veda que União, Estados, Municípios e Distrito Federal recorram à utilização de instrumentos negociais para a salutar racionalização e coordenação das suas atividades, em conformidade com a perspectiva consensual e pragmática da Administração Pública contemporânea em sua vertente gerencial. A competência para instituir normas uniformizadoras da cooperação interfederativa não se confunde com a competência para que os entes federados celebrem acordos entre si, exercendo sua prerrogativa de autoadministração, dentro dos limites constitucionalmente delineados. O modelo federativo constitucionalmente adotado não autoriza a hierarquização das vontades dos entes políticos, nem permite transposição unilateral das atribuições constitucionais de um ente federado a outro, porquanto a autonomia insculpida no art. 18 da Constituição Federal é corolário da ideia de forma federativa de Estado; sem ela, existirá mera descentralização administrativa, sem a correspondente multiplicação de centros de poder que perfaz uma real federação. *In casu*, o *caput* do artigo 280 da Constituição do Estado do Espírito Santo impõe, ao Estado, a prévia celebração de convênios com os Municípios para consecução de obras públicas nas áreas que cita, ao passo que o seu parágrafo único assina prazo para que as Prefeituras Municipais manifestem sua aquiescência e confere ao silêncio da Administração Pública local efeitos de concordância tácita. A redução da esfera volitiva do administrador local à mera chancela das decisões estaduais foge a toda lógica constitucional e viola o princípio federativo. Igualmente, é incompatível com a moldura normativa da Constituição a ideia de convênios com os Municípios como meio único e inescapável para o exercício das competências estaduais em saúde, educação e transporte. [ADI 3.499, rel. min. Luiz Fux, j. 30-8-2019, P, DJE de 5-12-2019.]

Tese: "O artigo 23, parágrafo único, da Constituição Federal reservou à lei complementar a disciplina da cooperação interfederativa, mas não veda que União, Estados, Municípios e Distrito Federal recorram à utilização de instrumentos negociais para a salutar racionalização e coordenação das suas atividades, em conformidade com a perspectiva consensual e pragmática da Administração Pública contemporânea em sua vertente gerencial." Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/constituicao.asp#276> > Acesso em: 28/02/2020

³³ Em matéria ambiental existe a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

aqueles que, devido à maior proximidade com os problemas ambientais em concreto, podem agir mais eficientemente na sua gestão.

A ubiquidade ambiental em nossa Constituição, contudo, tem gerado dificuldades interpretativas que têm sido resolvidas com os olhos voltados para o passado. Em raras vezes a interpretação dos temas ambientais – por todos os poderes da República – tem sido feita com as vistas em direção ao futuro. Recorre-se a esquemas interpretativos que foram aplicados na vigência de ordens constitucionais pretéritas, e toda a matéria ambiental contida na Constituição, do ponto de vista prático, fica submetida a uma interpretação tradicional das competências. Em sua essência, trata-se da aplicação do federalismo cooperativo e da sua vocação centralizadora. Qualquer dúvida interpretativa é resolvida com a valorização da competência federal. A moderna tendência europeia de aplicação do princípio da subsidiariedade,³⁴ por exemplo, é muito pouco aplicada.

As competências legislativas em matéria ambiental estão bastante repartidas pela Constituição Federal, de forma que a União, os Estados e os Municípios, de alguma forma, nominal, estão dotados de parcelas delas. A repartição de competências legislativas, ainda que elaborada sob a inspiração de um movimento descentralizador, não atingiu seus objetivos. O Estado Federal delineado pela Constituição de 1988, não se desprende do modelo centralizador inaugurado pela Emenda Constitucional de 1926 à Constituição de 1891 (ABREU, 2004, p. 79).

³⁴ O princípio da subsidiariedade visa determinar o nível de intervenção mais pertinente nos domínios de competências partilhadas entre a UE e os Estados-membros. Pode ser uma ação a nível europeu, nacional ou local. Em todo o caso, a UE só pode intervir se estiver em condições de agir de forma mais eficaz do que os Estados-membros. O Protocolo relativo à aplicação dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade menciona três critérios que visam confirmar ou não a oportunidade de uma intervenção a nível europeu: (i) a ação contém aspectos transnacionais que não podem ser solucionados pelos Estados-membros? (ii) uma ação nacional ou a ausência de ação seriam contrárias às exigências do Tratado? (iii) a ação a nível europeu traduz-se em benefícios óbvios? O princípio da subsidiariedade visa igualmente aproximar a UE dos seus cidadãos, assegurando que uma ação seja executada a nível europeu quando necessário. No entanto, o princípio da subsidiariedade não significa que uma ação deve ser sempre executada a um nível mais próximo do cidadão. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/lisbon_treaty/ai0017_pt.htm>.

Acesso em: 28/02/2020

4.1 Federalismo Ambiental perante o Supremo Tribunal Federal

A seguir, passa-se a fazer uma rápida amostra sobre a evolução do entendimento do STF em relação ao exercício das competências constitucionais em matéria de proteção ao meio ambiente.

4.1.1 Competência legislativa dos Estados

O Supremo Tribunal Federal [STF], desde a entrada em vigor da Constituição de 1988 vem enfrentando questões relativas à repartição de competências constitucionais e, em especial, aquelas relativas às competências ambientais. Um dos primeiros e mais relevantes casos foi o relacionado à competência legislativa em relação aos meios de transporte coletivos e à inclusão de pessoas portadoras de deficiência física.

O estado de Minas Gerais editou a Lei nº 10.820/1992 relativa ao acesso dos deficientes físicos ao transporte público intermunicipal que foi objeto de impugnação de sua constitucionalidade perante o STF³⁵. Em julgamento de medida cautelar, a Corte entendeu que as competências concorrentes expressam um sistema de *condomínio legislativo* que, na ausência de legislação federal, autoriza que os Estados-membros e o Distrito Federal legislem enquanto não sobrevier a norma geral federal. Contudo, no espaço de sete anos entre o julgamento da medida cautelar e o da ação principal, adveio o Decreto Federal 6.949/2009 que internalizou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, em seguida, a Lei nº 10.098/2000, levando a Corte³⁶, por unanimidade, a julgar sem objeto a ação por superveniência da legislação federal.

É, também, digna de nota a decisão proferida na ADI 2.334³⁷, na qual ficou assentado que “quanto à Lei Estadual nº 3.438, de 7 de julho de 2000, não se afigura procedente a alegação de usurpação de competência legislativa da União na espécie (CF, art. 22, incisos I, IV e XII). Nos termos do art. 24 da Constituição, compete ao Estado regular de forma específica aquilo que a União houver regulado de forma geral.”

³⁵ ADI 903 MC/MG. Julgamento: 14-10-1993. Pleno. DJU 24-10-1997 p. 54.155.

³⁶ ADI 903/MG. Julgamento: 22-5-2013. Tribunal Pleno. DJ 026, publicação: 7-2-2014.

³⁷ ADI 2334/DF, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJU 30-5-2003

4.1.2 O amianto perante o Supremo Tribunal Federal

A análise que se fará em relação às decisões do STF sobre a constitucionalidade, ou não, da utilização no Brasil do amianto crisotila não questiona os aspectos de saúde pública envolvidos na matéria, pois foge ao tema do presente. Aqui serão examinados apenas os aspectos jurídicos e a perplexidade causada pelo conjunto de decisões.

No Brasil, há uma boa quantidade de leis estaduais e municipais que determinam o banimento de qualquer tipo de amianto³⁸. Não há dúvida que tal conjunto de leis reflete uma aversão à utilização do produto. É importante consignar que perante o STF tramitam, ou tramitaram, 11 (onze) ações constitucionais de controle de constitucionalidade sobre tais leis³⁹.

O Brasil, antes de ter uma lei regulando o uso, buscou regulamentar a utilização do amianto por meio de normas administrativas cuja base jurídica era muito frágil. Em seguida, a situação legal se modificou com a adesão do Brasil à Convenção nº 162 da Organização Internacional do Trabalho [OIT]. A foi ratificada pelo Brasil pelo Decreto nº 126, de 22 de maio de 1991⁴⁰. Entretanto, foi somente com a Lei Federal nº 9.055/1995 que o tema foi pacificado, aparentemente.

4.1.2.1 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

As duas principais leis estaduais que tiveram as suas constitucionalidades apreciadas pelo Supremo Tribunal Federal foram a Lei nº 10.813, de 24 de maio de 2001 (ADI 2.656-9⁴¹), do Estado de São Paulo e a Lei nº 2.210, de 5 de janeiro

³⁸ Disponível em: < <https://abrea.org.br/legisla%C3%A7%C3%A3o/estadual-e-municipal.html> > Acesso em: 28/02/2020

³⁹ Disponível em: < <https://abrea.org.br/legisla%C3%A7%C3%A3o/a%C3%A7%C3%B5es-no-stf.html> > Acesso em: 28/02/2020

⁴⁰ O Decreto nº 10.088, de 5 de novembro de 2019 consolidou as Convenções da OIT ratificadas pelo Brasil.

⁴¹ 1. Lei editada pelo Governo do Estado de São Paulo. Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Governador do Estado de Goiás. Amianto crisotila. Restrições à sua comercialização imposta pela legislação paulista, com evidentes reflexos na economia de Goiás, Estado onde está localizada a maior reserva natural do minério. Legitimidade ativa do Governador de Goiás para iniciar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e pertinência temática. 2. Comercialização e extração de amianto. Vedação prevista na legislação do Estado de São Paulo. Comércio exterior, minas e recursos minerais. Legislação. Matéria de competência da União (CF, artigo 22, VIII e XIII). Invasão de competência legislativa pelo Estado-membro. Inconstitucionalidade. 3. Produção e consumo de produtos que utilizam amianto crisotila. Competência concorrente dos entes federados. Existência de norma federal em vigor a regulamentar o tema (Lei 9055/95). Consequência. Vício formal da lei paulista, por ser apenas de natureza supletiva (CF, artigo 24, §§ 1º e 4º) a competência estadual para editar normas gerais

de 2001 (ADI MC 2396 -9), do Estado do Mato Grosso do Sul, ambas proibiam o amianto crisotila. A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em relação à lei do Estado do Mato Grosso do Sul, julgou parcialmente procedente a ADI-MC, entendendo inconstitucional boa parte da norma impugnada.⁴² Vários outros exemplos podem ser apresentados, tais como a declaração de inconstitucionalidade de leis proibitivas de uso ou transporte de amianto dos Estado de Santa Catarina⁴³.

sobre a matéria. 4. Proteção e defesa da saúde pública e meio ambiente. Questão de interesse nacional. Legitimidade da regulamentação geral fixada no âmbito federal. Ausência de justificativa para tratamento particular e diferenciado pelo Estado de São Paulo. 5. Rotulagem com informações preventivas a respeito dos produtos que contenham amianto. Competência da União para legislar sobre comércio interestadual (CF, artigo 22, VIII). Extrapolação da competência concorrente prevista no inciso V do artigo 24 da Carta da República, por haver norma federal regulando a questão.” (Ministro Maurício Corrêa).

⁴² *Não cabe a esta Corte dar a última palavra a respeito das propriedades técnico-científicas do elemento em questão e dos riscos de sua utilização para a saúde da população.* Os estudos nesta seara prosseguem e suas conclusões deverão nortear as ações das autoridades sanitárias. Competência do Supremo Tribunal Federal circunscrita à verificação da ocorrência de contraste inadmissível entre a lei em exame e o parâmetro constitucional. Sendo possível a este Supremo Tribunal, pelos fatos narrados na inicial, verificar a ocorrência de agressão a outros dispositivos constitucionais que não os indicados na inicial, verifica-se que ao determinar a proibição de fabricação, ingresso, comercialização e estocagem de amianto ou de produtos à base de amianto, destinados à construção civil, o Estado do Mato Grosso do Sul excedeu a margem de competência concorrente que lhe é assegurada para legislar sobre produção e consumo (art. 24, V); proteção do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI); e proteção e defesa da saúde (art. 24, XII). *A Lei nº 9.055/95 dispôs extensamente sobre todos os aspectos que dizem respeito à produção e aproveitamento industrial, transporte e comercialização do amianto crisotila. A legislação impugnada foge, e muito, do que corresponde à legislação suplementar, da qual se espera que preencha vazios ou lacunas deixados pela legislação federal, não que venha a dispor em diametral objeção a esta. Compreensão que o Supremo Tribunal tem manifestado quando se defronta com hipóteses de competência legislativa concorrente.* Precedentes: ADI 903/MG-MC e ADI 1.980/PR-MC, ambas de relatoria do eminente Ministro Celso de Mello. Ação direta de inconstitucionalidade cujo pedido se julga parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade do artigo 1º e de seus §§ 1º, 2º e 3º, do art. 2º, do art. 3º e §§ 1º e 2º e do parágrafo único do art. 5º, todos da Lei nº 2.210/01, do Estado do Mato Grosso do Sul. Disponível em: <
<https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:supremo.tribunal.federal:plenario:acordao:adi:2003-05-08:2396-1900150> > Acesso em: 28/02/2020

⁴³ STF ADI 3852/SC, Relator Ministro Dias Toffoli, julgamento 07/10/2015, Pleno. DJe 249, pub. 11/12/2015. Ação direta de inconstitucionalidade. Lei estadual (SC) nº 13.922/07. Restrições ao comércio de produtos agrícolas importados no Estado. Competência privativa da União para legislar sobre comércio exterior e interestadual (CF, art. 22, inciso VIII). 1. É formalmente inconstitucional a lei estadual que cria restrições à comercialização, à estocagem e ao trânsito de produtos agrícolas importados no Estado, ainda que tenha por objetivo a proteção da saúde dos consumidores diante do possível uso indevido de agrotóxicos por outros países. A matéria é predominantemente de comércio exterior e interestadual, sendo, portanto, de competência privativa da União (CF, art. 22, inciso VIII). 2. É firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido da inconstitucionalidade das leis estaduais que constituam entraves ao ingresso de produtos nos estados da Federação ou sua saída deles, provenham esses do exterior ou não (cf. ADI

Quanto à constitucionalidade da lei paulista que proibia o transporte de amianto no estado de São Paulo, é importante considerar o voto do Ministro Marco Aurélio na ADPF 234 MC:

Causa perplexidade a convivência, no ordenamento jurídico, da proibição local para a comercialização de amianto da variedade crisotila – art. 1º da Lei estadual 12.684/2007 – com a permissão, abrangente, para o exercício de tal atividade – art. 2º da Lei 9.055, de 1º-1-1995, regulamentada pelo Decreto 2.350, de 15-10-1997. Em outras palavras, em âmbito nacional, a comercialização daquele tipo de amianto é admitida, mas proibida no Estado de São Paulo. O problema relatado pela arguente é que parte da produção do amianto tem de trafegar pelo Estado de São Paulo para chegar ao destino, ato que vem sendo embaraçado por autoridades que – embora aplicando a lei estadual – ignoram a autorização contida na lei federal. (...) Observem caber à União legislar privativamente sobre transporte – e, a meu ver, aí se encontra inserido o transporte de cargas perigosas, como o amianto – e sobre comércio interestadual e internacional. Reparem inexistir lei complementar delegando aos Estados a disciplina do tema, como se poderia cogitar ante a redação do parágrafo único do art. 22 da Lei Maior. (...) A regulação do comércio interestadual é inequivocamente de alcance amplo e geral. Se cada Estado impuser restrições ao comércio, ora vedando o acesso aos próprios mercados, ora impedindo a exportação por meio das regiões de fronteiras internacionais, será o fim da Federação. Daí o constituinte ter atribuído à União tais temas. (...) Ante o quadro, defiro a medida acauteladora, em parte, para determinar a suspensão da eficácia das interdições ao transporte praticado pelas empresas associadas arguente, quando fundamentadas em descumprimento da norma proibitiva contida no art. 1º da Lei 12.684/2007 do Estado de São Paulo, reconhecendo-lhes o direito de efetuar o transporte interestadual e internacional de cargas, inclusive as de amianto da variedade crisotila observadas as disposições legais e regulamentares editadas pela União. [ADPF 234 MC, voto do rel. min. Marco Aurélio, j. 28-9-2011, P, *DJE* de 6-2-2012.] Vide ADI 280, rel. min. Francisco Rezek, j. 13-4-1994, P, *DJ* de 17-6-1994.

Após as decisões acima apresentadas, novas medidas contra as leis estaduais relativas ao amianto foram ajuizadas, notadamente a ADI 3.973/SP e a ADI 3.357/RS. O julgamento de ambas as ações foi suspenso aos 28/11/2012. O julgamento das medidas judiciais teve prosseguimento em 2017 com resultados surpreendentes, tendo em vista a jurisprudência consolidada sobre o tema e a existência de lei federal, até então era julgada constitucional pelo STF. Nos autos

3.813/RS, Rel. Min. Dias Toffoli, DJ e de 20/04/2015; ADI nº 280, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 17/6/1994; e ADI nº 3.035, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ de 14/10/2005). 3. Ação direta julgada procedente

da ADI 3.973/SP, o Ministro Marco Aurélio proferiu voto, destacando-se o seguinte:

Pois bem. A questão a ser enfrentada pelo Supremo é a seguinte: o artigo 2º, cabeça e parágrafo único, da Lei nº 9.055/1995 mostra-se compatível com os princípios constitucionais da proteção à saúde (artigo 196), da proteção progressiva à saúde do trabalhador (inciso XXII do artigo 7º) e da proteção ao meio ambiente (artigo 225)? Rechaço, desde logo, a evocação de princípios como os da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho (artigos 1º, incisos III e IV, e 170, cabeça e inciso VI), porquanto inseridos na argumentação relativa aos específicos já citados, que encontram incidência no caso concreto. No outro lado da equação, estão os princípios da separação dos Poderes e da democracia, os quais impõem deferência às escolhas legislativas, especialmente em contextos de incerteza científica, assim como a busca pelo desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República, consoante o artigo 3º, inciso II, da Carta Federal. Essa é a delimitação que faço da controvérsia.

O Ministro Marco Aurélio acrescentou relevante ponto, em relação à questão das relações interfederativas:

No mais, a proibição do comércio pode ensejar um novo capítulo de guerra federativa, que consiste no embate dos entes políticos em busca de incremento arrecadatório, com prejuízo ao interesse público, considerado o país como um todo. Existe a possibilidade de que Estados e Municípios, pretendendo fomentar a indústria local, acabem inviabilizando a entrada de produtos que são produzidos e gerem renda a outros Estados da Federação (o crisotila, por exemplo, vem do Estado de Goiás). É sintomático que leis dos Estados do Sudeste, ou seja, os maiores mercados consumidores de amianto na construção civil, tenham sido as primeiras a banir o produto. Não que esteja estabelecendo uma relação definitiva de causa e efeito, mas o Supremo deve agir de modo a evitar que venha à baila outro capítulo da crise federativa vivenciada em razão dos tributos.⁴⁴

⁴⁴ Outros trechos relevantes do voto: Deve-se afastar, ainda, a ideia lançada pelo Procurador-Geral da República, de prevalência da norma que for mais favorável ao meio ambiente, à saúde, ao trabalhador, ao consumidor, etc. Esse critério não pode ser acolhido, porquanto representa inequívoca subversão do condomínio legislativo erigido pelo constituinte originário. Descabe reconhecer como correto um princípio que implique alocação dinâmica da competência legislativa, sob pena de instaurar-se a mais completa insegurança jurídica. [...] Na mesma linha, o artigo 3º, 2, da Convenção prevê que a legislação nacional deverá passar por revisão periódica, mas essa obrigação obviamente se dirige aos órgãos técnico-burocráticos e ao legislador, não ao Supremo. Isso porque não basta que tecnologias existam e sejam menos perigosas, há que se fazer um juízo de viabilidade da substituição do amianto por outros produtos, fenômeno que só pode ser político. [...] O argumento do risco à saúde decorrente do uso do amianto há de ser visto sob duas ópticas

A solução da controvérsia veio com a decisão proferida na ADI 3470/RJ⁴⁵ ajuizada como impugnação da constitucionalidade da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio

distintas, conforme sinalizei à época da audiência pública. Na da saúde pública, presente a possibilidade de aspersão do amianto em áreas públicas tanto em razão de acidentes – em transporte ou em construções – quanto no momento da destinação final do produto. O dispositivo em jogo é o artigo 196 da Carta Federal. Na audiência pública, expositores trouxeram fotos de artesanato derivado de produtos de amianto, resultantes do reaproveitamento de telhas e caixas d'água construídas com o material. O amianto também traria riscos à saúde dos trabalhadores, aspecto a atrair a questão da saúde ocupacional. No tocante a esse argumento, está em questão o artigo 7º, inciso XXII, da Lei Maior. [...] Devo assentar que me parece equivocada a interpretação do princípio da precaução que nele enxerga a exigência de paralisação de qualquer atividade que gere risco potencial à coletividade. É preciso ter presente a advertência de Paulo de Bessa Antunes: A única aplicação juridicamente legítima que se pode fazer do princípio da precaução é aquela que leve em consideração as leis existentes no País e que determine a avaliação dos impactos ambientais de uma certa atividade, conforme a legalidade infraconstitucional existente (Direito ambiental, 2012, p. 39) [...] O caso envolvendo o amianto é um desses em que os contextos não se harmonizam. Inequivocamente, a substância possui enorme potencial cancerígeno, que já provocou tragédia humanitária em diversos países. A despeito da cifra negra, creio que os fundamentos jurídicos, econômicos e científicos apresentados ao longo do voto não permitem chegar à conclusão de que a permissão, contida em lei federal, de uso e comércio balizados do amianto seja material ou formalmente inconstitucional. Insisto: rever a proibição do amianto requer manifestação democrática, que seja capaz inclusive de avaliar adequadamente a adoção do produto e dos possíveis substitutos.

⁴⁵ STF ADI 3470 / RJ - RIO DE JANEIRO. Relatora Min. ROSA WEBER. Julgamento: 29/11/2017. Tribunal Pleno. DJe-019, publicação 01-02-2019. [...] 1. Legitimidade ativa *ad causam* da Confederação Nacional dos Trabalhadores na Indústria - CNTI (art. 103, IX, da Constituição da República). Reconhecimento da pertinência temática com o objeto da demanda, em se tratando de confederação sindical representativa, em âmbito nacional, dos interesses dos trabalhadores atuantes em diversas etapas da cadeia produtiva do amianto. 2. Alegação de inconstitucionalidade formal por usurpação da competência da União. Competência legislativa concorrente (art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da CF). A Lei nº 3.579/2001, do Rio de Janeiro, que dispõe sobre a progressiva substituição da produção e do uso do asbesto/amianto no âmbito do Estado, veicula normas incidentes sobre produção e consumo, proteção do meio ambiente, controle da poluição e proteção e defesa da saúde, matérias a respeito das quais, a teor do art. 24, V, VI e XII, da CF, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente. 3. No modelo federativo brasileiro, estabelecidas pela União as normas gerais para disciplinar a extração, a industrialização, a utilização, a comercialização e o transporte do amianto e dos produtos que o contêm, aos Estados compete, além da supressão de eventuais lacunas, a previsão de normas destinadas a complementar a norma geral e a atender as peculiaridades locais, respeitados os critérios da preponderância do interesse local, do exaurimento dos efeitos dentro dos respectivos limites territoriais e da vedação da proteção insuficiente. Ao assegurar nível mínimo de proteção a ser necessariamente observado em todos os Estados da Federação, a Lei nº 9.055/1995, na condição de norma geral, não se impõe como obstáculo à maximização dessa proteção pelos Estados, ausente eficácia preemptiva da sua atuação legislativa, no exercício da competência concorrente. A Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro não excede dos limites da competência concorrente complementar dos Estados, consentânea a proibição progressiva nela encartada com a diretriz norteadora da Lei nº 9.055/1995 (norma geral), incorrente afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 2º, 3º e 4º, da CF. 4. Alegação de inconstitucionalidade formal dos arts. 7º e 8º da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro por usurpação da competência privativa da União (arts. 21, XXIV, e 22, I e VIII, da CF). A despeito da nomenclatura, preceito normativo estadual definidor de limites de tolerância à exposição a fibras de amianto no ambiente de trabalho não expressa norma trabalhista em sentido estrito, e sim norma de proteção do meio ambiente (no que abrange o meio ambiente do trabalho), controle de poluição e proteção e defesa da saúde (art. 24, VIII e XII, da Lei Maior), incorrente ofensa aos arts. 21, XXIV, e 22, I, da Constituição da República. A disciplina da rotulagem de produto quando no

de Janeiro, em tal julgamento o Plenário do STF entendeu por declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade do artigo 2º da Lei Federal nº 9.055/1995 que, até então, não havia sofrido nenhuma crítica consistente por parte do STF no que diz respeito à sua constitucionalidade. Julgou-se que a norma federal tinha o vício de “proteção insuficiente”. Em seguida a tal decisão, as leis estaduais que estavam sendo impugnadas quanto às suas constitucionalidades foram declaradas constitucionais pelo STF⁴⁶.

4.2 Competência legislativa municipal em matéria ambiental

O Brasil é uma federação de três níveis ou camadas de governo, o que torna a sua administração complexa. O *status* constitucional de ente federado atribuído aos Municípios é novidade em relação às Constituições anteriores. No que se refere à proteção ambiental, as competências municipais desafiam a clareza que se espera de um texto constitucional. Conforme o art. 23 da CF, os Municípios têm

território do Estado não configura legislação sobre comércio interestadual, incólume o art. 22, VIII, da CF. 5. Alegação de inconstitucionalidade formal do art. 7º, XII, XIII e XIV, da Lei nº 3.579/2001 do Estado do Rio de Janeiro, por vício de iniciativa (art. 84, II e VI, “a”, da CF). Não se expõe ao controle de constitucionalidade em sede abstrata preceito normativo cujos efeitos já se exauriram. 6. À mesma conclusão de ausência de inconstitucionalidade formal conduz o entendimento de que inconstitucional, e em consequência nulo e ineficaz, o art. 2º da Lei nº 9.055/1995, a atrair por si só a incidência do art. 24, § 3º, da Lei Maior, segundo o qual “inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena”. Afastada, também por esse fundamento, a invocada afronta ao art. 24, V, VI e XII, e §§ 1º a 4º, da CF. 7. Constitucionalidade material da Lei fluminense nº 3.579/2001. À luz do conhecimento científico acumulado sobre a extensão dos efeitos nocivos do amianto para a saúde e o meio ambiente e à evidência da ineficácia das medidas de controle nela contempladas, a tolerância ao uso do amianto crisotila, tal como positivada no art. 2º da Lei nº 9.055/1995, não protege adequada e suficientemente os direitos fundamentais à saúde e ao meio ambiente equilibrado (arts. 6º, 7º, XXII, 196, e 225 da CF), tampouco se alinha aos compromissos internacionais de caráter supralegal assumidos pelo Brasil e que moldaram o conteúdo desses direitos, especialmente as Convenções nºs 139 e 162 da OIT e a Convenção de Basileia. Inconstitucionalidade da proteção insuficiente. Validade das iniciativas legislativas relativas à sua regulação, em qualquer nível federativo, ainda que resultem no banimento de todo e qualquer uso do amianto. 8. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente, com declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 2º da Lei nº 9.055/1995 a que se atribui efeitos vinculante e erga omnes.

⁴⁶ (1) ADI 3356 / PE Relator: Min. EROS GRAU Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI. Julgamento: 30/11/2017, Tribunal Pleno, DJe-019, publicação 01-02-2019, (2) ADI 3357 / RS. Relator: Min. AYRES BRITTO Relator p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI, . Julgamento: 30/11/2017 , Tribunal Pleno, DJe-019, publicação 01-02-2019, (3) ADPF 109 / SP. Relator: Min. EDSON FACHIN Julgamento: 30/11/2017 . Tribunal Pleno, DJe-019, publicação 01-02-2019 (4) ADI 3937 / SP, , Relator: Min. MARCO AURÉLIO Relator(a) p/ Acórdão: Min. DIAS TOFFOLI Julgamento: 24/08/2017, Tribunal Pleno, DJe-019, publicação 01-02-2019, (5) ADI 4066 / DF - Relato(a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 24/08/2017 . Tribunal Pleno. DJe-043, publicação 07-

competência administrativa (comum) para defender o meio ambiente e combater a poluição, sendo certo que *não estão* arrolados entre os entes competentes para *legislar* sobre meio ambiente. No entanto, seria incorreto e insensato dizer-se que os Municípios não têm competência legislativa em matéria ambiental, visto que teriam que renunciar à sua autonomia constitucional para cumprir os próprios mandamentos constitucionais de proteger o meio ambiente e combater a poluição. A aplicação pelos municípios dos complexos instrumentos normativos estaduais e municipais é sempre difícil e nem sempre atendem às necessidades locais, motivos pelos quais os Municípios acabam por estabelecer normas ambientais próprias, como a prática tem demonstrado. Por sua vez, o art. 30 da Constituição Federal atribui aos Municípios competência para legislar sobre: assuntos de interesse local; suplementar a legislação federal e estadual no que couber; promover adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano; promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observadas a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

As competências municipais em matéria ambiental estão arroladas no artigo 23 da CF, sendo, portanto, *comuns* ou *administrativas*. Entretanto, é praticamente impossível que um ente federado exerça a competência administrativa, sem que possa editar leis próprias. Dado que o federalismo brasileiro é estruturado em três esferas de poder, há que se considerar o conteúdo do artigo 30, I da Constituição que estabelece a competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local. Ora, meio ambiente *também* é matéria de interesse local. Assim, tem-se por lógica a possibilidade de legislação ambiental municipal. Este entendimento tem sido acatado pelo STF que, no particular admite tranquilamente a competência legislativa municipal em matéria de tutela do ambiente.⁴⁷

⁴⁷Os Municípios podem legislar sobre direito ambiental, desde que o façam fundamentadamente. (...) A Turma afirmou que os Municípios podem adotar legislação ambiental mais restritiva em relação aos Estados-membros e à União. No entanto, é necessário que a norma tenha a devida motivação. [**ARE 748.206 AgR**, rel. min. Celso de Mello, j. 14-3-2017, 2ª T, *Informativo 857*.]

O Município é competente para legislar sobre meio ambiente com União e Estado, no limite de seu interesse local e desde que tal regramento seja e harmônico com a disciplina estabelecida pelos demais entes federados (art. 24, VI, c/c 30, I e II, da CRFB). [**RE 586.224**, rel. min. Luiz Fux, j. 5-3-2015, P, *DJE* de 8-5-2015, Tema 145.]

Entretanto, persistem questões inconclusas tais como a relação entre os Planos Diretores municipais e normas gerais sobre proteção ambiental. A aplicação pelos municípios de normas próprias sobre áreas de preservação permanente [APP], sem dúvida, é o principal ponto de atrito. Com efeito, o Novo Código Florestal (Lei Federal nº 12.651/2012, ao estabelecer as APPs, estabeleceu várias metragens ao redor de cursos d'água como um de seus elementos caracterizadores. Há enorme controvérsia sobre a possibilidade de os municípios estabelecerem valores diferentes para as APPs. Na prática, os valores definidos pela Lei Federal têm sido considerados como os *mínimos* a serem respeitados.

5 LEGISLAÇÃO FEDERAL E GESTÃO DESCENTRALIZADA

A repartição de competências em matéria ambiental é tema complexo e, até mesmo, confuso. Os regimes federativos têm encontrado dificuldades muito semelhantes no que se refere às repartições de competência e, não raras vezes, o federalismo cooperativo se transforma em *competitivo*. A jurisprudência apresentada ao longo do texto demonstra que as Cortes Constitucionais tendem a privilegiar a legislação federal, transformando-a em *standard* aplicável em todo o território nacional. Na prática, aos Estados resta pouco espaço legislativo. No caso específico brasileiro, há verdadeiro contorcionismo hermenêutico para negar ou admitir o exercício das competências ambientais pelos entes federados. O julgamento efetivado pelo STF em relação à legalidade da utilização do Amianto é emblemático.

Diante de tudo o que foi desenvolvido, parece-nos razoável entender que a melhor opção para uma gestão pública sustentável do meio ambiente seja a adoção de legislação centralizada na União, com a descentralização da gestão. As verdadeiras ginásticas interpretativas que têm sido realizadas por nossas cortes de justiça, em não raras vezes, ultrapassam os limites do possível, extraíndo do texto algo que nele não se contém. Como se sabe, “as palavras têm uma abrangência de significados limitada e nenhuma interpretação que vá além desses limites é permissível” (SCALIA, 1997, p. 24).

Interpretação da Lei municipal paulista 14.223/2006. Competência municipal para legislar sobre assuntos de interesse local. (...) O acórdão recorrido assentou que a Lei municipal 14.223/2006 – denominada “Lei Cidade Limpa” – trata de assuntos de interesse local, entre os quais, a ordenação dos elementos que compõem a paisagem urbana, com vistas a evitar a poluição visual e bem cuidar do meio ambiente e do patrimônio da cidade. [**AI 799.690 AgR**, rel. min. Rosa Weber, j. 10-12-2013, 1ª T, DJE de 3-2-2014.]

No caso da interpretação constitucional, tal tarefa é muito mais complexa e demanda um nível de atenção às realidades “metajurídicas” muito elevado. Na grave questão do federalismo brasileiro, parece-me que há uma subestimação das possibilidades interpretativas que o Texto Constitucional nos oferece. Penso que, em realidade, a centralização da federação brasileira, diante do Texto de 1988, é muito mais uma obra da interpretação constitucional do que uma realidade que se apresenta clara ante à redação da norma. Certamente, a Constituição poderia ter sido menos ambígua, e o próprio Congresso Nacional poderia ter avançado mais no sentido da construção de um modelo federativo mais aberto. O mesmo poderia ter sido feito pelo Poder Judiciário, designadamente pelo Supremo Tribunal Federal. Conforme nos lembra Luís Roberto BARROSO (2010, p. 287), “[o]s métodos de atuação e de argumentação dos órgãos judiciais são essencialmente jurídicos, mas a natureza de sua função, notadamente quando envolva a jurisdição constitucional, é inegavelmente política. [...] Melhor do que negar o aspecto político da jurisdição constitucional é explicitá-lo, para dar-lhe transparência e controlabilidade”. No particular, convém retornar às palavras de Ronald Dworkin (2000, p. ix):

Os juízes devem impor apenas convicções políticas que acreditam, de boa-fé, poder figurar numa interpretação geral da cultura jurídica e política da comunidade. Naturalmente, os juristas podem, razoavelmente, discordar sobre quando essa condição é satisfeita, e convicções muito diferentes, até mesmo contraditórias, podem passar pelo teste. Mas algumas não. Um juiz que aceita esse limite e cujas convicções são marxistas ou anarquistas, ou tiradas de alguma tradição religiosa excêntrica, não pode impor essas convicções à comunidade com o título de Direito, por mais nobres ou iluminadas que acredite que sejam, pois elas não se podem prestar à interpretação geral coerente de que ele necessita.

Isto é, a nossa Constituição, adotando-se as normas e os princípios nela esculpidos, seguramente, admite uma interpretação mais descentralizadora e liberal do modelo federativo do que aquela que vem prevalecendo e que tem causado inúmeros problemas para a autonomia dos Estados e para o próprio funcionamento do regime democrático. No caso da proteção ambiental, temos gastado recursos demais e obtido proteção de menos.

É importante observar, contudo, que não se cuida da volta a modelo superado historicamente, qual seja, o federalismo dual em sua pureza teórica que, aliás, nunca se fez presente na prática diuturna das administrações, limitando-se a frequentar os bancos acadêmicos. Muito menos, como se pode perceber de toda a argumentação que vem sendo desenvolvida no presente trabalho, da manutenção de um federalismo que, teoricamente, cooperativo não conseguiu realizar as necessárias e desejadas ações de cooperação. Faz-se necessário que o modelo teórico constante da Constituição se transforme em uma prática e para tal, o Judiciário, se devidamente aberto às necessidades concretas da descentralização, pode ser um importante agente com vistas ao melhor aproveitamento dos recursos nacionais. O que se espera é que o Poder Judiciário, como legítimo intérprete da norma Constitucional, cinzele a institucionalização possível nos marcos da atual Carta, com vistas a valorizar as iniciativas locais e a descentralização do Poder. A decisão final no caso do Amianto, ainda que surpreendente, é um avanço em tal direção. Ela, contudo, denuncia a falta de uma norma constitucional que, aprioristicamente, defina claramente como deverão ser solucionadas as colisões de sentido.

6 CONCLUSÃO

O federalismo clássico não existe mais, tendo sido substituído pelo chamado federalismo cooperativo que tem como uma de suas principais características a maior concentração de poderes no governo central ou federal. As diferentes federações que foram objeto do presente estudo praticam o federalismo cooperativo. Os tribunais, quando chamados a decidir conflitos federativos relacionados à repartição de competência, quase que à unanimidade, têm sustentado a prevalência das normas federais sobre as locais, como forma de fixar um *pressuposto ambiental mínimo* aplicável em todo o estado federal. Esse pressuposto mínimo, tende a ser o padrão geral adotado, não sendo usual que entes federados fixem *standards* “mais restritivos”, haja vista que eles acabem exercendo o papel de incentivo negativo para a atividade industrial que buscará se localizar em regiões cujos padrões sejam mais tolerantes.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

A fixação de *standards* mais restritivos só é economicamente viável em regiões (estados) que se destaquem pela pujança econômica e que, em função disso, tenham capacidade de puxar para cima os padrões dos competidores. É o caso do chamado “efeito Califórnia”.

Sabemos que, em não poucas oportunidades, as normas estaduais e municipais são feitas sob pressão local e muitas das leis que outorgam atribuições aos estados e municípios são produzidas com vistas ao enfraquecimento de atividades fiscalizatórias, dado o baixíssimo nível institucional da maioria de nossos estados e municípios e, aproveitando-se de tal situação, objetivando oferecer “subsídios ambientais”, ou seja, controles menos efetivos e *standards* mais permissivos. Tal situação seria resolvida com a introdução de um sistema de acompanhamento das atividades de licenciamento ou autorização, conforme a tipologia a ser desenvolvida, por estruturas mais profissionalizadas e tecnicamente capacitadas. Contudo, ainda há muita dificuldade na capacitação das autoridades locais para o desempenho de tarefas que, no nível local, terão menos custos e serão desempenhadas de forma mais eficiente e rápida. Não há dúvida de que o poder local – se devidamente capacitado e empenhado na tarefa – pode com muito mais eficiência proteger um patrimônio que se encontra no solo municipal do que um administrador em uma distante capital.

7 REFERÊNCIAS

ABREU, César. **Sistema federativo brasileiro: degeneração e reestruturação**. Florianópolis: Obra Jurídica, 2004.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Federalismo e Competências Ambientais no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. **Derecho Ambiental**. Buenos Aires: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2012.

BAKVIS, Herman; BAIER, Gerald; BROWN, Douglas. **Contested federalism**. Ontario: Oxford University Press, 2009.

BAKVIS, Herman; SKOGSTAD, Grace. **Canadian federalism**. Ontario: Oxford University Press, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOYD, David. R. **Unnatural law: rethinking canadian environmental law and policy**. Vancouver: The University of British Columbia Press, 2003.

COOLEY, Thomas M. **Princípios gerais do Direito Constitucional dos Estados Unidos da América**. Tradução de Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: Russel, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGDAHL, David E. **Constitutional federalism in a nutshell**. 4. ed. St. Paul: West, 2001.

FINDLEY, Roger W; FARBER, Daniel A. **Environmental law in a nutshell**. 2. ed. St. Paul: West Publishing, 1990.

HOBAN, Thomas More; BROOKS, Richard Oliver. **Green justice: the environment and the courts**. 2. ed. Boulder: Westview Press, 1996.

HUEGLIN, Thomas O.; FENNA, Alan. **Comparative federalism: a systematic inquiry**. Ontário: University of Toronto Press, 2010.

KNOPFF, Rainer; SAYERS, Anthony. Canada. In: KINCAID, John; TARR, G. Allen (Ed.). **A global dialogue on federalism: constitutional origins, structure and change in federal countries**. Montreal: McGill; Queen's University Press, 2005.

ROJO, Raúl Enrique. El sistema político argentino. In: TAVARES, José Antônio Giusti; ROJO, Raúl Enrique (Org.). **Instituições políticas comparadas dos países do Mercosul**. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1998.

SCALIA, Antonin. **A matter of interpretation: federal courts and the law**. Princeton: Princeton University Press, 1997.

SCHEBERLE, Denise. **Federalism and environmental policy: trust and the politics of implementation**. 2. ed. Washington: Georgetown University Press, 2004.

SCHWARTZ, Bernard. **O federalismo norte-americano atual**. Tradução de Élcio Cerqueira. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1985.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **Laws of fear: beyond the precautionary principle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

SUNSTEIN, Cass R. **A constituição parcial**. Tradução de Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

VOGEL, David. **Trading up: consumer and environmental regulation in a global economy**. Cambridge: Harvard University Press, 1995.

ZIMMERMANN, Augusto. **Teoria geral do federalismo democrático**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Submetido em 13/11/2019

Aprovado em 27/02/2020

A JUSTIÇA COMUNITÁRIA PARA A EFETIVAÇÃO DA PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

A COMMUNITY JUSTICE FOR THE EFFECTIVENESS OF ENVIRONMENTAL RIGHTS

Rubia Mara Barbosa Favali^I

Vilma de Fátima Machado^{II}

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a análise dos instrumentos jurídicos apresentados pelo novo constitucionalismo latino-americano para a efetivação do direito humano ao meio ambiente. Busca-se a compreensão da referida questão partindo, a princípio, do ordenamento jurídico brasileiro e dos institutos correlatos, para, em um segundo momento, empreender-se uma breve incursão no direito comparado, a fim de verificar a eficácia da denominada “Justiça Comunitária”, adotada em países como o Peru e Colômbia. Com vistas à melhor compreensão do tema, o trabalho será dividido em três seções. A primeira delas tratará do novo constitucionalismo latino-americano, apontando o surgimento deste movimento, suas principais perspectivas e orientações, em especial no que se refere ao pluralismo jurídico, como modelo de organização e solução de conflitos a ser adotado. Num segundo momento, será analisada a consagração do direito fundamental ao meio ambiente, no plano interno e internacional, bem como

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the legal instruments presented by the new Latin American constitutionalism for the realization of the human right to the environment. The aim is to understand this question starting from the Brazilian legal system and related institutes, in order to, in a second moment, undertake a brief incursion into comparative law, in order to verify the effectiveness of the so-called "Community Justice", adopted in countries such as Mexico and Colombia. In order to better understand the theme, the work will be divided into three sections. The first one will deal with the new Latin American constitutionalism, pointing out the emergence of this movement, its main perspectives and orientations, especially in what concerns to legal pluralism, as a model of organization and solution of conflicts to be adopted. In a second moment, it will be analyzed the consecration of the fundamental right to the environment, at the domestic and international level, as well as the main existing legal instruments

^IFormada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Especialização em Direito do Estado (Direito Constitucional e Administrativo). Mestranda em Direito Agrário, pela Universidade Federal de Goiás - UFG. Professora e Advogada.

^{II}Doutora em Desenvolvimento Sustentável, área de concentração em Política e Gestão Ambiental. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

os principais instrumentos jurídicos existentes para a efetivação de tal direito. Por fim, será analisado o sistema de justiça brasileiro, no sentido de verificar a sua aptidão para garantir a todos a concretização do direito ao meio ambiente, em especial no que se refere aos povos tradicionais, quais sejam, índios, negros, quilombolas, camponeses, dentre outros. Ainda nesta última seção, pretende-se analisar o modelo de justiça comunitária, implantado em alguns países na América Latina e suas principais conformações, como uma possível alternativa a ser adotada, em contraposição ao modelo estatal e centralizador de justiça existente no Brasil, excludente pela sua própria natureza. Emprega metodologia de revisão bibliográfica.

for the realization of this right. Finally, the Brazilian justice system will be analyzed in order to verify its suitability to guarantee the realization of the right to the environment, especially with regard to traditional peoples, namely, Indians, Blacks, Quilombolas, Peasants, among others. Also in this last section, we intend to analyze the model of community justice, implemented in some countries in Latin America and its main conformations, as a possible alternative to be adopted, as opposed to the state model and centralizing justice in Brazil, excluding by its own nature.

PALAVRAS-CHAVE

Novo Constitucionalismo Latino-Americano. Pluralismo Jurídico. Meio Ambiente. Justiça Comunitária.

KEYWORDS

New Latin American Constitutionalism; Legal Pluralism; Environment; Community Justice.

1 INTRODUÇÃO

Os ordenamentos jurídicos ocidentais têm na Constituição Federal a norma máxima do sistema normativo. Desde o surgimento das primeiras constituições, em 1787, nos Estados Unidos, até os dias atuais, o constitucionalismo passou por diversos ciclos. Especialmente na América Latina, em razão de movimentos sociais na década de 1980, surge um fenômeno, denominado “novo constitucionalismo latino-americano”, o qual propõe a fundação de um novo modelo de Estado, denominado “Estado Plurinacional”, com o resgate e inclusão de todas as classes sociais e grupos de pessoas. Fato é que o constitucionalismo não nasceu democrático. Ao contrário, surge liberal, evolui para o Estado Social e, após a 2ª Guerra Mundial, consagra o princípio da dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito.

Dentro desta última perspectiva, pode-se afirmar que uma das preocupações do novo constitucionalismo latino-americano refere-se à proteção do meio ambiente, o qual passou a ser caracterizado como direito fundamental por diversos textos constitucionais, a exemplo do Brasil, conforme consta do artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

Neste sentido é a proposta do presente trabalho apresentar a “Justiça Comunitária”, utilizada em países andinos, como oposição ao monismo tradicional, como um possível instrumento capaz de atuar na efetivação do direito difuso ao meio ambiente.

Resta salientar que o presente trabalho não tem a pretensão de apresentar uma verdade incontestável acerca do assunto, e, menos ainda, colocar fim à discussão. O que se espera aqui é contribuir para o debate e compreensão da realidade atual, no que se refere à matéria ora tratada. O trabalho emprega metodologia de revisão bibliográfica.

2 O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO – PRINCIPAIS PERSPECTIVAS

O novo constitucionalismo latino-americano trata-se de um fenômeno que parte inicialmente da constatação da existência de uma crise do Estado e de seu modelo uniformizador de direito, provocada, dentre outros motivos, pelo desprezo à diversidade social existente. (TARREGA et al; 2016; p.9)

Diante de tal situação, iniciou-se um processo de reorganização política e um movimento de revisão dos modelos democráticos, chamado “Novo Constitucionalismo Democrático

Latino-Americano”, pautado pelo pluralismo político, jurídico e epistemológico. O objetivo é romper com o paradigma da modernidade, caracterizado pela ideia de uniformização, abstração e negação da diversidade. (TARREGA et al; 2016; p.14)

Imbuído desse espírito de mudança, vários países elaboraram novas constituições ou realizaram reformas constitucionais substanciais, a exemplo da Colômbia, Bolívia, Venezuela e Equador, trazendo uma nova formatação de Estado, muitos deles apresentando mudanças estruturais, as quais refletem na forma de organização do poder do Estado, na participação popular quando da tomada de decisões e na busca de um novo conceito de sociedade e seu papel no Estado. Há que se ressaltar que esse novo modelo de Estado é, em boa parte, fruto de reivindicações sociais de parcelas historicamente invisibilizadas e afastadas dos processos decisórios nesses países, a exemplo dos indígenas, negros e mulheres, dentre outros. Como resultado, essas novas constituições se comprometem com as reivindicações desses grupos discriminados e contra hegemônicos. (WOLKMER; FAGUNDES; 2011; p.377)

Segundo Cesar Augusto Baldi, as principais características do novo constitucionalismo latino-americano são: a ruptura com o sistema constitucional anterior; maior importância dos princípios, em detrimento das regras; busca de instrumentos que recomponham a relação entre soberania e governo; extensa carta de direitos fundamentais, com a incorporação de tratados internacionais e inclusão de setores marginalizados; integração de povos e recursos naturais. (2011)

Neste sentido, pode-se dizer que o novo constitucionalismo latino-americano está voltado à transformação social. Dentre as principais inovações apresentadas, destaca-se o reconhecimento, proteção e valorização da biodiversidade; o pluralismo e multiculturalismo que caracterizam o corpo social; as sociedades multifacetadas e multiétnicas, que em alguns casos constituem os Estados plurinacionais. A discussão trava-se entre a teoria constitucional moderna, uniformizadora por excelência e a teoria constitucional plurinacional, a qual reconhece as diversidades. Neste particular, o Estado deixa de ser a representação de uma só nação.

Um dos pontos fulcrais de diferenciação do constitucionalismo até então reinante e o novo constitucionalismo latino-americano é o paradigma de atuação estatal. No primeiro, de matriz europeia, de caráter essencialmente patrimonialista, e que coloca o ser humano como o centro do ordenamento jurídico, mais que isso, do universo. Já pelo segundo, dá-

se um passo adiante, e prioriza-se o biocentrismo, ou seja, a vida, em todas as suas formas. Muda-se o caráter antropocêntrico do constitucionalismo, evoluindo para o biocentrismo. Além disso, as cosmovisões indígenas tiveram uma repercussão muito importante nesse novo processo, destacando-se o Sumak Kawsay, que é o “bem viver”, Pachamama, os direitos da mãe terra, mais uma vez rompendo com as perspectivas do constitucionalismo tradicional. (MARÉS, 2016)

Quanto à Constituição Federal do Brasil de 1988, segundo Antônio Carlos Wolkmer, não obstante manter ainda certo perfil republicano liberal, analítico e monocultural, pode-se destacar que esta anuncia uma nova era constitucional e uma possível interpretação que leva ao rompimento dessa modernidade uniformizadora. Percebe-se que a Carta Constitucional reconhece o direito à diferença como direito individual e coletivo, assegurando direitos aos povos indígenas originários e quilombolas, construindo um espaço de diversidade individual e coletivo que se acelera a partir do século XXI.

Neste particular, afirma o supracitado autor:

Assim, a chamada “Constituição Cidadã” consagra o Pluralismo, agregando a ele o adjetivo “político”, num sentido muito mais abrangente. Trata-se do art. 1º, inciso V, da Constituição Federal, que proclama, como um de seus eixos fundamentais, o princípio do pluralismo político pautado na convivência e interdependência de diversos grupos sociais (minorias especiais, movimentos sociais, organizações não governamentais, etc.), não obstante suas diferenças e suas diversidades quanto a crenças, valores e práticas. (2011, p.151)

Ainda segundo Wolkmer, o texto constitucional de 1988 reconhece direitos emergentes ou novos direitos, a exemplo dos direitos da criança e do adolescente, do idoso e do meio ambiente, os quais resultam de demandas coletivas. Mais que isso, a norma constitucional, no seu artigo 131, deixa claro seu entendimento nitidamente pluralista e multicultural, no qual “são reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens”. (2011; p.152)

E assim, ainda que de forma tímida, se comparada a outros países na América-Latina, a exemplo dos já mencionados em linhas passadas, a Carta Política de 1988 contribui para

superar uma tradição publicista liberal-individualista, transformando-se num importante instrumento propulsor para um novo constitucionalismo, de tipo pluralista e multicultural.

Para o trabalho que ora se apresenta, destacam-se duas perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano, quais sejam: a expansão do rol de direitos humanos e de direitos fundamentais, consagrados pelas constituições, não só alargando os bens jurídicos protegidos, como também os sujeitos tutelados e a incorporação de novas garantias e instrumentos de controle, jurisdicionais e administrativos e de participação popular. Dentre os novos bens jurídicos protegidos, destaca-se a preocupação com o meio ambiente, o qual será objeto de análise mais detida a seguir.

3 O MEIO AMBIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SUA RE(CONFIGURAÇÃO)

O ordenamento jurídico dos países, na ordem mundial, nem sempre dispensou aos recursos naturais a necessária proteção, dado que, por muito tempo, o Homem os encarou como inesgotáveis. No entanto, o decorrer da História demonstrou ser errada essa concepção, uma vez que a natureza começou a dar alertas, materializados, por exemplo, no efeito estufa, no aquecimento global, na morte de rios e no derretimento de geleiras, ou seja, o Homem precisava adotar, em relação a ela, outro comportamento, sob pena de ameaçar a existência da própria vida humana na Terra.

A partir da década de 1970, a humanidade foi tomando consciência de que existia uma crise ambiental planetária. Segundo Édis Milaré, do ponto de vista ambiental, o Planeta chegou quase ao ponto de não retorno. “Se fosse uma empresa estaria à beira da falência, pois dilapida seu capital, que são os recursos naturais, como se eles fossem eternos”. (MILARÉ, 2009, pág.85)

Sobre o assunto, assim se manifestou Graziano Neto (1985, p.82):

A Natureza tem reagido às agressões recebidas e, ao lado de conquistas brilhantes da sociedade, assistimos atualmente a graves ameaças à sobrevivência humana, como a poluição do ar nas grandes cidades, os alimentos contaminados, as alterações climáticas, os solos destruídos, as doenças da civilização (como o câncer) etc.

Oficialmente, foi a partir da Conferência de Estocolmo (Conferência das Nações Unidas sobre o meio Ambiente Humano e seu futuro), em 1972, que surgiu a preocupação em legislar segundo diretrizes que atuassem no sentido de preservar o meio ambiente, visando o seu uso pelas presentes e futuras gerações. Até então, a temática ambiental era vista como impeditivo do crescimento e desenvolvimento econômico dos países, num antagonismo representado pelo conflito meio ambiente X desenvolvimento.

Porém, o governo brasileiro, na Conferência de 1972, liderou o bloco de países em desenvolvimento que tinham posição de resistência ao reconhecimento da importância da problemática ambiental. A posição do Brasil, na época sob o governo militar, era a de "desenvolver primeiro e pagar os custos da poluição mais tarde", como declarou o Ministro Costa Cavalcanti, na ocasião Ministro do Interior.

No entanto, de certa forma pressionados pela comunidade internacional, os países que elaboraram suas Constituições após a realização da Conferência de Estocolmo, trouxeram em seus textos dispositivos concernentes à proteção ambiental. É o caso do Chile (1972), Panamá (1972), Iugoslávia (1974), Grécia (1975), Portugal (1976), Polônia (1976), Argélia (1976), China (1978), (1980), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Peru (1987), Brasil (1988), Argentina (1994), dentre outros.

No Brasil, vencida a resistência inicial, instituiu-se, no artigo 186, inciso II, da Constituição Federal de 1988, que um dos requisitos atinentes ao cumprimento da função social do imóvel rural se refere à "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente", cuja inobservância pode desaguar na desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária. Isto se dá pelo fato de que não se pode desconsiderar o "inseparável liame existente entre a atividade agrária e o meio ambiente". Dai a importância da função socioambiental, quando do desenvolvimento de qualquer atividade no meio rural. (OLIVEIRA, 2011, p.174)

A defesa do meio ambiente também se apresenta como um dos princípios que regem a ordem econômica brasileira, elencado no artigo 170 da Constituição Federal vigente. Por meio de tal preceito, a exploração econômica deve se pautar pela promoção do desenvolvimento, porém aliado à proteção ambiental, convergência esta denominada comumente de desenvolvimento sustentável.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Ademais, o artigo 225 do texto constitucional assegura a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo este bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Trata-se, a higidez ambiental, de direito fundamental do cidadão.

Ainda sobre o assunto, assim se posiciona José Afonso da Silva:

A qualidade do meio ambiente transforma-se num patrimônio da coletividade, cuja preservação tornou-se um dever imperativo do Poder Público, a quem compete assegurar níveis satisfatórios de bem-estar no homem e seu desenvolvimento. (1995, p.6)

No Brasil, várias foram as leis criadas em atenção à proteção ambiental. Dentre elas, podemos citar: a Lei nº 6.938/81, que embora anterior à Constituição, fora por esta recepcionada e que trata da Política Nacional do Meio Ambiente; a Lei 9.433/1997, que institui a Política e o Sistema Nacional de Recursos Hídricos; a Lei nº 9.605/98, que trata dos crimes ambientais e respectiva responsabilização civil; a Lei 9.985/2000, a qual institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza; a Lei 12.305/2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) e altera a Lei 9.605/1998; o Código Florestal, representado pela Lei nº 12.651/2012, dentre várias outras.

Com a constitucionalização do direito ao meio ambiente, aponta Herman Benjamin que a classificação como direito fundamental decorre, em especial, pela estrutura normativa do artigo (“Todos têm direito...”); pela força do § 2º, do art. 5º da Constituição Federal (o rol dos direitos fundamentais constantes do art.5º não é exaustivo) e pela extensão material do direito à vida (“o direito ao meio ambiente caracteriza-se como corolário do direito à vida”). (2011. p.122-123)

Nas palavras de Milaré, citado por José Afonso da Silva:

A Constituição (...). Toma consciência de que a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seu desenvolvimento. (...) As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações, como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. (...) a proteção ao meio ambiente é pressuposto para o atendimento de outro valor fundamental – o direito à vida - (...).

O capítulo constitucional do meio ambiente é tido pela doutrina como um dos mais avançados, se comparado a constituições de outros países no mundo. Entretanto, em que pese o Brasil ter uma legislação moderna, fato é que as interpretações que são feitas, relacionadas ao meio ambiente, ainda tem forte influência antropocêntrica, diferentemente daquilo que está ocorrendo nos países vizinhos, a exemplo da Bolívia e Equador.

Ora, em que pese a importância da vida humana, o mais elementar dos direitos fundamentais, e até mesmo para sua adequada proteção, faz-se necessário uma mudança de paradigma, no sentido de entender o ser humano como parte da natureza, numa relação de simbiose e interdependência junto aos demais seres vivos e os ecossistemas que os compreendem. Passa-se então de uma visão antropocêntrica, pela qual a natureza tem que servir ao homem, satisfazendo seus anseios e vontades, para uma visão biocêntrica, com o respeito de todos os ecossistemas existentes no planeta.

Assim, por meio desta mudança de paradigma, consolida-se uma nova ética valorativa, segundo a qual todos os seres vivos têm sua importância, não levando em conta qual sua espécie. É, segundo alguns estudiosos, a migração da ecologia rasa para a ecologia profunda. Referida mudança pode ser percebida, de maneira mais evidente, na Carta Constitucional do Equador, promulgada em 2008 e na Constituição da Bolívia, de 2009, que alude ao direito dos seres vivos humanos e não humanos. (WILLEMANN, 2013)

A Constituição do Equador de 2008 supera o antropocentrismo através da consagração dos *derechos de la naturaleza* e do *buen vivir (Sumak Kawsai)*, ao passo que a Constituição da Bolívia, de 2009, o faz com fundamento na *Suma Qamaña* (princípio ético-moral da sociedade plural do país), sendo a Constituição da Bolívia complementada, em 2012, pela promulgação da *Ley de La Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien*, a qual estabelece princípios, orientações, objetivos e organização político-administrativa e judicial, para o alcance da harmonia e equilíbrio entre a natureza e o ecossistema. (WOLKMER, 2014)

Mais que isso, a garantia dos direitos que envolvem a natureza é uma forma de identificação dos povos e suas culturas com a Constituição.

Segundo trabalho de Antônio Carlos Wolkmer e Maria de Fatima Wolkmer:

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Para uma melhor contextualização, o novo Constitucionalismo latino-americano passa a ser representado pelas recentes e vanguardistas Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009). Para alguns publicistas, tais textos políticos expressariam um Constitucionalismo Plurinacional Comunitário, identificado com outro paradigma não universal e único de Estado de Direito, coexistente com experiências dos “saberes tradicionais” de sociedades plurinacionais, com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional e, finalmente, com o reconhecimento de direitos coletivos vinculados a bens comuns da natureza. (2014)

Assim, da análise dos novos textos constitucionais, percebe-se que o novo modelo de Estado que se propõe atribui um valor fundamental à biodiversidade e à sociodiversidade, reconhecidas constitucionalmente como bens coletivos, e representa um desafio significativo para a definição do rumo das políticas públicas a serem implementadas, a partir de então.

4 SISTEMAS DE JUSTIÇA: JUSTIÇA ESTATAL E JUSTIÇA COMUNITÁRIA

O monismo jurídico, consolidado ao longo da modernidade, caracteriza-se pela ideia de que o Estado é o centro único do poder e detentor do monopólio de produção de normas jurídicas. Funda-se na tese da autossuficiência do ordenamento jurídico, descolado de referência a valores morais, sociais ou políticos. Como resultado, tem-se que as normas constituem uma realidade autônoma e abstrata. (CARVALHO, 2013)

Neste sentido, Antônio Carlos Wolkmer e Boaventura de Sousa Santos, dentre outros, defendem a insuficiência de uma concepção unitária e centralizadora do Direito, o já mencionado “monismo jurídico” e a necessidade de reformulações, neste particular. Assim, especificamente na América Latina, marcada por grande desigualdade e pluralidade de etnias inferiorizadas socialmente, as teses pluralistas surgem como uma necessidade de se alcançar a justiça social, de modo a apresentar alternativas à lógica do Direito dominante, salvaguardando os direitos das diversas formações comunitárias e seus costumes. (WOLKMER, 2013. p. 26)

No que se refere ao direito fundamental ao meio ambiente, objeto de análise no presente trabalho, há que se considerar ainda os ensinamentos de Henri Acselrad e suas teorias sobre justiça ambiental, no sentido de que não se pode ignorar as desigualdades sociais

por detrás dos problemas ambientais e que as soluções destes não asseguram igual proteção ambiental para todos. Segundo o autor, tem-se claro que o discurso de produção de divisas e crescimento econômico continua determinando as dinâmicas territoriais e produzindo injustiças ambientais por todos os cantos do país e do mundo, penalizando sobretudo camponeses e povos indígenas, aos quais não tem sido garantido o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre vários outros direitos negados a esses grupos, ao longo da história. Ainda segundo Acsehrad, para superar a chantagem econômica é preciso uma mobilização forte e centrada em direitos universais, bem como instrumentos ou mecanismos de controle popular. Afinal, “enquanto os males ambientais puderem ser transferidos para os mais pobres, a pressão geral sobre o ambiente não cessará” (ACSELRAD et al., 2009).

Assim sendo, Wolkmer defende a “ineficácia instrumental” do Poder Judiciário, como legitimado a dirimir determinados tipos de conflitos, a exemplo daqueles que envolvem o direito ao meio ambiente, típico direito transindividual, os quais muitas vezes referem-se a grupos específicos de pessoas, com uma identidade específica, que não se conforma ao modelo uniforme ditado pelo Estado. Segundo o autor, tanto a legislação, como o Poder Judiciário, refletem os interesses políticos-ideológicos de uma estrutura de poder consolidada, e que exclui, por exemplo, grande parte das pessoas que vivem no campo, como índios, negros, quilombolas e camponeses, sendo estes os mais prejudicados com a negação de seus direitos. (WOLKMER. 2001, p. 97/98)

Neste particular, também oportunas são as palavras de Fernando Antônio de Carvalho Dantas e Caroline Barbosa Contente Nogueira, para quem:

Na tutela destes direitos diferenciados, os sistemas jurídicos baseados no individualismo falham, porque positivam direitos coletivos, mas não possibilitam a instrumentalização dos mesmos. Souza Filho (1999) afirma que os instrumentos processualísticos são baseados no individualismo e universalismo do direito monista, e conclui que é necessário um novo Estado, com aparatos intersubjetivos diferenciados aptos a englobar questões coletivas, tanto no seu âmbito judiciário quanto administrativo, apontando suas falhas e possíveis soluções. (2012. p.27)

Como dito acima, além da positivação dos direitos transindividuais no âmbito interno, desde 1972, com a preocupação ambiental crescente, os Estados tem aderido a tratados internacionais sobre o assunto, com um ideal de desenvolvimento sustentável, o qual nem sempre se concretiza, em face da ausência de instrumentos adequados para tanto.

É exatamente neste contexto que se insere as perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano, em que alguns instrumentos para concretização dos direitos socioambientais se apresentam.

Como exemplo, podemos mencionar a própria filosofia do *buen vivir*, introduzida pela Constituição do Equador, em 2008, que parte da relação dos povos indígenas com a natureza (Pachamama). Também na Bolívia, em 2009, referida concepção passa a integrar o texto constitucional. Essa concepção do *buen vivir* apresenta-se como uma mudança do paradigma da modernidade, que difundiu a dissociação entre natureza e ser humano; a individualidade em detrimento das coletividades; a propriedade privada em lugar das propriedades coletivas. Ambas as Constituições trazem novos sujeitos e institucionalidades. Dentre estes, pode-se destacar a consolidação da subjetividade jurídica da natureza. (DANTAS, NOGUEIRA, 2012. p.35/36)

Ainda neste particular:

Isso significa aceitar a lógica da diversidade cultural, étnica e social de visões sobre o meio ambiente e sobre o desenvolvimento, incorporando, contudo, o ideal do *buen vivir*, com a finalidade de mitigar as desigualdades sociais e os danos que o sistema hegemônico vem trazendo para a vida no planeta. Com isso, as institucionalidades e o Direito passam a incorporar os saberes tradicionais, aliando-se à busca do bem comum, para produção de um novo modelo de desenvolvimento, que se distancie da exclusão social e das desigualdades econômicas que se observa hoje. (DANTAS, NOGUEIRA, 2012. p.35/36)

E assim, o *buen vivir* se apresenta como princípio constitucional, que direciona as políticas do Estado para consolidação e efetivação dos direitos socioambientais.

Igualmente importante para a concretização dos direitos socioambientais, na vertente do novo constitucionalismo latino-americano, é a instituição dos Estados Plurinacionais, os quais priorizam alguns temas, tais como: pluralismo jurídico, reconhecimento dos povos originários, direito à identidade e à diversidade cultural e defesa do meio ambiente. Referidos Estados se apresentam como oposição à homogeneização política e jurídica plasmada pela modernidade europeia, e difundida para todo o mundo, conforme já dito.

É o modelo de Estado adotado pelo Equador (2008) e Bolívia (2009), cujos países, segundo estudiosos, expressariam um constitucionalismo plurinacional comunitário, identificado por um paradigma não universal e único de Direito, ao contrário, que parte

da coexistência das experiências dos “saberes tradicionais” de sociedades diversas (indígenas, comunais, urbanas e camponesas), com práticas de pluralismo igualitário jurisdicional (convivência de instâncias legais diversas em igual hierarquia: jurisdição ordinária estatal e jurisdição indígena/camponesa). (WOLKMER; FAGUNDES. 2011. p. 403/404)

Neste particular, correlato ao assunto, o autor apresenta a justiça comunitária, utilizada, por exemplo, no Peru e Colômbia, como alternativa a ser adotada, em oposição aos mecanismos tradicionais, que se aplicam a realidades abstratas. Sobre o assunto:

As formas de justiça comunitária genuinamente local, não apenas observam o caráter da cultura, como também pugnam por meios igualitários (materiais) no sentido que venha beneficiar ambos os sujeitos envolvidos, diferentemente dos mecanismos tradicionais que se aplicam as realidades abstratas. Nos casos de justiça comunitária é observada a realidade concreta em que todos estão submersos e, não ignorando esta, parte-se para princípios de igualdade em sentido antiformalista. Deste intercâmbio participativo e plural, nascem às condições para emancipação social das comunidades oprimidas, rompendo com o caráter individualista, abstrato e homogeneizador da legalidade estatal. (WOLKMER. 2001, p. 201)

Ainda sobre o assunto, e segundo Edgar Ardila Amaya, citado por Jackson da Silva Leal e Lucas Machado Fagundes:

Concluimos, entonces, que se entiende por justicia comunitaria a un conjunto de instancias y procedimientos mediante los cuales, para situaciones de controversia, se regulan los comportamientos legítimos a partir de normas propias de una comunidad o contexto cultural específico. Es administración de justicia desde la comunidad, a partir de sus propias reglas y principios. [...] Es comunitaria en tanto su capacidad regulatoria deriva de dinámicas de identidad y pertenencia a lo mismo. La existencia de ese sentimiento de pertenencia es el puente que permite que los actos procedimentales y decisorios de estas instituciones de justicia interpelen de manera presente o diferida a los miembros de una comunidad. Tal sentimiento puede ser ocasionado por afectos o tradición. (ARDILA AMAYA, 2010, p. 82)

Segundo acima exposto, a justiça comunitária nada mais é do que a administração da justiça pela própria comunidade, a partir de suas próprias regras e princípios. Alguns autores, a exemplo de Santamaria, citado por Lucas Machado Fagundes, defendem que o termo “justiça comunitária” seria uma espécie de gênero, dentro do qual várias juridicidades se apresentam, a exemplo da justiça indígena, informal ou costumeira. De

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

modo geral, a ideia é descentralizar a administração da justiça, retirando o monopólio estatal neste particular, para dividir com a comunidade tal responsabilidade. (FAGUNDES. 2011)

As principais características da justiça comunitária andina são a sua aptidão para gerar identidade e sentimento de pertença à realidade comunitária. Um exemplo concreto diz respeito às “rondas campesinas e os comuneros no Peru”, comunidades campesinas e indígenas, legalmente reconhecidas pelo Estado. As rondas campesinas são organizações de grupos para a proteção das terras de uso comum contra roubos, furtos e outros tipos de violência, ao passo que os comuneros são uma designação que explica o sujeito participativo na vida da comunidade. A atuação dos comuneros visa à autonomia e à emancipação das comunidades em termos de organização política e autonomia jurídica, com seus estatutos comunitários e consciência de prática solidária e comunal no uso dos pastos e das terras. (FAGUNDES. 2011)

Para tais comunidades, faz-se necessária a resolução de eventual conflito pela via democrático-participativa, recompondo, ademais, os laços possivelmente desfeitos pela contenda. (FAGUNDES. 2011)

Outro exemplo de justiça comunitária refere-se aos “jueces de paz e justicia em equidade”, existentes na Colômbia. O objetivo com tal modelo de justiça era, de início, descongestionar a jurisdição estatal. A conciliação em equidade é desenvolvida nas comunidades periféricas por líderes comunitários democraticamente eleitos e/ou escolhidos para exercer tal função. Este modelo se propõe a resolver questões locais, por pessoas da própria comunidade em que estejam os interesses na resolução para harmonia social. (FAGUNDES. 2011)

Também os juízes de paz, na Colômbia, configuram um caráter democrático de participação política da comunidade, no sentido de que o sujeito escolhido para exercitar tal atividade deve estar apto e ter legitimidade dos moradores da localidade. Podem proferir decisões quando do julgamento de um caso concreto, as quais tem força de coisa julgada. (FAGUNDES. 2011)

Ambas as figuras representam novos paradigmas de acesso à justiça, com fulcro comunitário participativo. (FAGUNDES. 2011)

No Brasil, há um programa denominado “Justiça Comunitária”, que estimula a comunidade a desenvolver mecanismos próprios de resolução de conflitos, por meio do diálogo, participação social e efetivação dos direitos humanos. Neste caso, os agentes comunitários de justiça, voluntários capacitados, atuam para que a sua comunidade conheça seus direitos e recursos, mantenha espaços de diálogo e consiga se articular para a resolução de suas demandas coletivas. Referido Programa foi o vencedor da 2ª edição do Prêmio Innovare em 2005, na categoria Tribunal de Justiça e tem sido apontado como referência nacional pelo Ministério da Justiça, tendo início com um projeto-piloto implantado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em 2004. (Site Ministério Justiça)

Em face da sua importância, a prática da Justiça Comunitária foi elevada pelo Ministério da Justiça ao status de política pública com investimentos permanentes, no âmbito do Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania - Pronasci, e coordenada pela Secretaria de Reforma do Judiciário – SRJ, sendo difundida por todas as regiões do país. (Site Ministério Justiça)

Nesse contexto, o programa apoia projetos, por meio de convênios com defensorias públicas, governos estaduais, municipais, ministérios públicos, tribunais de Justiça e sociedade civil, que possuam como foco e objetivo o desenvolvimento de formas negociadas de resolução de conflitos e dos direitos do cidadão (Site Ministério Justiça).

Em suma, é programa de política pública que busca ampliar o acesso à Justiça, em áreas de vulnerabilidade social, por meio da implantação de núcleos nos quais é oferecida instrução sobre direitos e é realizada mediação de disputas. A Ação tem como objetivo estimular comunidades carentes a construir e escolher vias alternativas para a realização da Justiça, de forma pacífica e solidária (Site Ministério Justiça).

Sem sombra de dúvidas, trata-se de uma iniciativa importante para a inclusão da sociedade na resolução de seus problemas, mas que peca, mais uma vez, pela aplicação do Direito uniformizador e pela sujeição à observância de métodos e procedimentos oficiais, a serem ditados pelas instituições estatais. Embora com o mesmo nome, esta prática de justiça comunitária brasileira pouco coincide com a justiça comunitária anteriormente mencionada, utilizada no Peru e Colômbia.

5 CONCLUSÃO

No plano legislativo constitucional, no Brasil, as Constituições anteriores a de 1988 não tiveram uma preocupação específica com a crise ambiental que assolava o planeta, apresentando-se como uma real ameaça à sobrevivência dos seres humanos, mais que isso, talvez de toda a biosfera. Em 1988, já dentro das perspectivas do novo Constitucionalismo Latino-Americano, ocorre a constitucionalização da proteção ao meio ambiente, com a vigente Constituição, denominada por alguns de “Constituição Verde”, a qual tratou com prioridade a problemática ambiental, chegando ao ponto de incluir o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como direito fundamental do homem.

Entretanto, o modo de produção disseminado pela economia capitalista prioriza sobremaneira a questão econômica, em detrimento das questões ambientais, as quais parecem estar relegadas a um segundo plano. Discursos que invocam desde a sustentação da economia, necessidade de geração de emprego e renda, crescimento do país, aumento do PIB, dentre outros, tem servido para legitimar, é o que nos parece, a produção a qualquer custo, resultando na invisibilidade do direito ao meio ambiente, principalmente quando os grupos mais afetados são a população indígena, quilombola e pequenos camponeses.

No Brasil, nem mesmo alguns instrumentos jurídicos previstos na legislação, a exemplo das áreas de proteção ambiental, estudos de impacto ambiental, licenciamento ambiental, audiências públicas, ação civil pública, têm sido suficientes para garantir, a todos, o direito fundamental ao meio ambiente, sendo crescente o número de conflitos ambientais no país. Tais conflitos, em regra, estão associados à expansão agrícola voltada à produção de *commodities*, construção de hidrelétricas, exploração de petróleo, dentre outros projetos e afetam, mais diretamente, as populações tradicionais, a exemplo de indígenas, quilombolas, pescadores tradicionais e comunidades rurais, os quais estão no centro das disputas sobre a terra e os recursos naturais, numa clara demonstração de injustiça ambiental.

Reafirmamos, em que pese todo o aparato jurídico para garantia do direito ao meio ambiente, na prática, este nem sempre se realiza, e isto se dá, em grande parte, além dos motivos econômicos acima expostos, em razão do monismo jurídico e do modelo de justiça estatal reinante não apenas no Brasil, como também em boa parte dos países no ocidente.

Neste particular, e dentro das perspectivas do novo constitucionalismo latino-americano, alguns instrumentos podem ser apontados como aptos a contribuir para a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente, a exemplo da filosofia do *buen vivir*, apregoada pela Constituição do Equador, e da Pachamama, apresentada pela Bolívia, as quais rompem com a visão antropocêntrica de mundo e voltam a conceber o ser humano como parte indissociável da natureza, a qual merece ser protegida, por si mesmo.

Além dessa nova forma de enxergar o homem e a natureza na qual ele está inserido, também o pluralismo jurídico, que em alguns países avançou a ponto de criar os “Estados Plurinacionais”, a exemplo, mais uma vez, dos países supracitados, que caracteriza-se como potencial colaborador para a concretização do direito ao meio ambiente.

Por fim, no que se refere aos sistemas de justiça, pode-se apontar a justiça comunitária, utilizada no Peru e Colômbia, como a mais adequada para fazer frente às adversidades e garantir, a todos os povos, os direitos fundamentais, dentre eles, o direito humano ao meio ambiente.

Trata-se de um modelo de jurisdição não estatal, caracterizando-se como uma expressão do pluralismo jurídico, que não advoga a ideia da supressão do Direito e do sistema de justiça oficial, mas que reivindica a coexistência entre este e as diversas práticas legitimadas democraticamente, nas mais diversas culturas territoriais de um Estado.

6 REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Ricardo. **Paradigmas do capitalismo agrário em questão**. 3. ed. São Paulo: Edusp, 2007.

ACSELRAD, Henri et al. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond. 2009.

BALDI, César Augusto. **Novo constitucionalismo latino-americano**. Estado de Direito. n.º 32. Porto Alegre, nov. 2011. Disponível em: <http://www.estadodedireito.com.br/2011/11/08/novo-constitucionalismo-latino-americano>. Acesso em 07/06/19.

BENJAMIN, Antônio Herman. **Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira**. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

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

BRASIL. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. **Política Nacional do Meio Ambiente**. Brasília-DF: Senado Federal, 1981.

BRASIL. Lei 12.651/2012 de 25 de maio de 2012: **Código Florestal Brasileiro**. Brasília-DF: Senado Federal, 2012.

FAGUNDES, Lucas Machado. **Pluralismo Jurídico e Justiça Comunitária na América Latina: perspectivas de emancipação social**. Programa de Pós-graduação em Direito. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis. 2011.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Atividade Agrária e Proteção Ambiental: Simbiose Possível**. São Paulo: Cultural Paulista, 1997.

LEAL, Jackson da Silva; FAGUNDES, Lucas Machado. **Pluralismo Jurídico e Justiça Comunitária: Contribuindo para Juridicidade Alternativa**. Espaço Jurídico Joaçaba, v. 12, n. 1, p. 113-136, jan./junho. 2011.

MANIGLIA, Elisabete. **As interfaces do Direito Agrário e dos direitos humanos e a segurança alimentar**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009.

MARÉS, Carlos Frederico. **A função social da terra**. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 2003.

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

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Ministério da Justiça - Secretaria de Reforma do Judiciário. **Programa Justiça Comunitária no Distrito Federal**. 2008. Disponível em <https://www.justica.gov.br/>. Acesso em 15/07/19.

SILVA, José Afonso da. **Fundamentos Constitucionais da proteção do meio ambiente**. Belo Horizonte: Fórum, n. 19, ano 5, mai. 2003. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/BID/bidConteudoShow>. Acesso em: 01/11/18.

TARREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; SANTAMARIA, Rosembert Ariza; FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza; CALEIRO, Manuel. **Estados e povos na América-Latina plural**. Goiânia. Editora da PUC Goiás. 2016.

WILLEMANN, Ana Cristina. O direito fundamental ao meio ambiente no novo constitucionalismo latino-americano: Bolívia e Equador. AREL FAAR, Ariqueemes, RO, v. 1, n. 3, p. 44-76, nov. 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos, et al (orgs). **Pluralismo Jurídico: os novos caminhos da contemporaneidade**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

WOLKMER, Antônio Carlos, FAGUNDES, Lucas Machado. **Tendências contemporâneas do constitucionalismo latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico**. Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina**. Academia Brasileira de Direito Constitucional. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. **R. Inter. Interdisc. INTERthesis**, Florianópolis, v.9, n.1, p. 51-69, Jan./Jul. 2012.

WOLKMER, Antônio Carlos; Wolkmer, Maria de Fatima S. **Repensando a natureza e o meio ambiente na teoria constitucional da América Latina**. Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica, Vol. 19 - n. 3 - set-dez 2014.

Submetido em 10/12/2019

Aprovado em 17/02/2020

MEDIADOR COMUNITÁRIO: FACILITADOR DOS CONFLITOS E INSTRUMENTO DE RECUPERAÇÃO DA CIDADANIA NO BAIRRO JOÃO GOULART NA CIDADE DE SANTO ÂNGELO/RS

COMMUNITY MEDIATOR: CONFLICTS FACILITATOR AND CITIZENSHIP RECOVERY INSTRUMENT IN JOÃO GOULART DISTRICT IN SANTO ÂNGELO CITY/RS

Janete Rosa Martins^I

Caroline Isabela Capelesso Ceni^{II}

RESUMO

A sociedade contemporânea apresenta impasses e desafios em face da efetividade da cidadania, as relações humanas se transformaram a partir da globalização que aliada aos avanços da tecnologia acoplou aos indivíduos o seu isolamento. Esse individualismo afastou-os da comunidade e fortaleceu os conflitos. Nessa perspectiva, se apresenta a mediação comunitária como fonte de resolução e transformação dos conflitos no bairro João Goulart na cidade de Santo Ângelo/RS, que pautada na figura do mediador proporciona a comunidade por meio do diálogo o resgate da cidadania. A partir do exposto, o presente estudo tem por objetivo, utilizando o método dedutivo, baseado na terapia do reencontro mediado de Luiz Alberto Warat, pesquisas empíricas e fontes bibliográficas relativos ao assunto,

ABSTRACT

Contemporary society presents impasses and challenges in the face of the effectiveness of citizenship, human relations have been transformed from the globalization that allied with the advances of technology coupled the individuals with their isolation. This individualism away them from the community and strengthened the conflicts. From this perspective, community mediation is presented as a source of resolution and transformation of conflicts in the neighborhood of João Goulart in the city of Santo Ângelo/RS, which is based on the mediator's role and provides the community through dialogue to rescue citizenship. Therefore, the present study has as objective, using the deductive method, based on the therapy of the mediated reunion of Luiz Alberto Warat and of empirical researches and

^I Doutora em Ciências Sociais pela UNISINOS – São Leopoldo/RS, Mestre em Direito pela UNISC – Santa Cruz do Sul/RS e Especialista em Direito Público e Bacharel em Direito pela UNIJUI – Ijuí/RS, Professora da Pós-graduação *Stricto Sensu* em Direito – Mestrado e Doutorado e da Graduação em Direito, Editora da Revista *Direito e Justiça: Reflexões Sociojurídicas*, **Pertencente ao Grupo de pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos**, vinculado a Linha de Pesquisa II – Políticas de Cidadania e Resolução de Conflitos, pesquisadora em Mediação URI – Universidade regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – campus de Santo Ângelo/RS. E-mail: janete@san.uri.br.

^{II} Mestranda em Direito pela Universidade Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *Campus* de Santo Ângelo. Especialista em Mediação, Conciliação e Arbitragem pela Universidade Regional do Alto do Uruguai e das Missões – URI, *Campus* de Erechim. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI, *Campus* de Erechim. E-mail: caroline.ceni@hotmail.com.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

destacar o mediador comunitário como ferramenta de transformação e resolução de conflitos e fonte para a reconstrução de laços afetivos e sociais rompidos e ampliação da cidadania.

bibliographical sources, related to the subject, highlighting the community mediator as a tool for transformation and resolution of conflicts and source for the reconstruction of broken social and affective bonds and expansion of citizenship.

PALAVRAS-CHAVE

Mediador Comunitário. Conflitos Sociais. Terapia do Reencontro Mediado. Diálogo.

KEYWORDS

Community Mediator. Social Conflicts. Mediated Reunion Therapy. Dialogue.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira encontra-se mergulhada num fenômeno complexo em face da intensidade e multiplicidade dos conflitos vivenciados pelo modo de interagir das pessoas. As relações humanas se transformaram em decorrência do consumismo, com o desejo de apropriar-se do máximo possível de coisas, aliado a globalização que trouxe a instantaneidade da comunicação e informação, se explicita o isolamento das pessoas.

A competitividade, a hostilidade, a indiferença e até a agressão vem a partir do momento em que o receptor e comunicador não conseguem um entendimento básico sobre determinadas questões de enfrentamento. Na medida em que o comportamento do outro confronta valores particulares, torna-se fonte de desprezo e perigo, instaurando-se graves perturbações e conflitos.

Para que ocorra a reversão desse cenário, utilizamos da mediação comunitária, como um condão para auxiliar as pessoas a resolver os seus conflitos de forma participativa e democrática. Conflitos esses, oriundos de questões familiares, escolares, trabalhistas, de vizinhança, dentre tantos outros.

O presente trabalho tem por objetivo estudar a mediação comunitária pautada na figura do mediador, como fonte de transformação dos conflitos e resgate da cidadania. No intuito de se verificar uma resposta ao tema proposto questiona-se: De que forma o mediador comunitário poderá contribuir para a transformação dos conflitos, com vista à reconstrução de laços afetivos e sociais rompidos a partir do reconhecimento das diferenças no bairro João Goulart na cidade de Santo Ângelo/RS?

Este estudo se justifica pela atualidade do debate em torno da prática da mediação comunitária no Brasil, no entanto, muito se tem discutido sobre a mediação em si, deixando-se de lado a figura do mediador, o qual desenvolve um papel fundamental na resolução do conflito. O método é o dedutivo, a partir da terapia do reencontro mediado de Luis Alberto Warat e pesquisas empíricas no bairro João Goulart na cidade de Santo Ângelo/RS.

Para cumprir com o objetivo referido, a escrita se divide em três partes e apresenta na primeira delas um traçado sobre os conflitos sociais, onde se demonstrará os conflitos da

modernidade. Posteriormente, a discussão versa sobre a mediação comunitária, fundada na sensibilidade e na outriedade, como fonte de resgate do exercício da cidadania.

Por fim, será abordado o mediador comunitário, um personagem de grande importância para o sucesso da mediação, ou seja, aquele que com sensibilidade, prestígio e valores éticos, que conhece e compartilha a realidade dos conflitantes, facilita o diálogo com vistas à reconstrução de laços afetivos e sociais, promovendo e ampliando a cidadania a partir do reconhecimento das diferenças, além de servir como uma ferramenta de acesso à justiça no espaço local.

2 OS CONFLITOS SOCIAIS DA MODERNIDADE E AS RELAÇÕES HUMANAS

Com o crescimento da evolução tecnológica, as relações humanas assumiram novas características, por um lado representa conforto, facilidade, poder e capacidade de controle, no entanto, por outro, as relações humanas estão sendo deterioradas, pelo consumo, pela competitividade, pela indiferença, pela hostilidade e até mesmo pela agressão, instaurando-se intensos conflitos.

Sabe-se que em regra, o conflito é inerente às relações humanas, por isso ele está presente em qualquer contexto das relações interpessoais e sociais, porém com a liquefação da sociedade pelas transformações nas relações humanas da contemporaneidade, fruto da tecnologia, abriu-se portas para o rompimento do diálogo e da interação física, ocasionando o isolamento das pessoas com a comunidade, ascendendo assim o individualismo.

A partir dessa dissociação entre o indivíduo e a comunidade se gera a incapacidade de nos relacionarmos com o outro considerando sua diferença, e com isso, acaba por diluir os vínculos afetivos e sociais, uma vez que a *internet* permite a comunicação direta com pessoas de qualquer parte do planeta e está presente nos lares, na escola, no trabalho e nas relações de amizade e amorosas.

Frente a essa nova realidade social complexa e contraditória baseada na integração em rede, ocorre o enfraquecimento das relações humanas em sociedade e o fortalecimento dos conflitos, o contato pessoal entre as pessoas vem diminuindo drasticamente, as pessoas estão deixando de interagir com a comunidade, isolando-se, ruindo a

compreensão da realidade social e prejudicando as relações entre os indivíduos, afetando a saúde e tendo consequências trágicas. “Qualquer questionamento sobre a vida ou atos pode ser motivo para graves crimes” (SALES, 2004, p. 134).

Neste cenário social fragmentado se consolidam os desencontros, indiferenças, intolerâncias, competitividade e os sentimentos de angústia e tristeza, “se constitui numa dinâmica de forças intercambiadas que passam por repetidos espaços, formando uma espiral ascendente, [...] esse ciclo vai da guerra à paz e da paz à guerra” (SERPA, 1999, p. 28).

E com base nessas premissas as relações sociais acontecem, e embora os conflitos existam desde os primórdios da humanidade, as divergências se intensificam na contemporaneidade, comprometendo a estabilidade das relações. De modo que “O excesso de informação impede o acesso a sabedoria. A existência fecha-se às ideias. Um espírito carregado de conceitos perde as asas para voar e as raízes que possam lhe outorgar a identidade” (WARAT, 2001, p. 23).

Com a globalização o ser humano passou a ser dominado pelo desejo do consumo, que aliado a evolução da comunicação digital, cada vez mais parcelas da população se comunicam por meio da internet, partindo dessa constatação, os conflitos sociais se desenvolvem em alta potencialidade, entrelaçando “um processo dinâmico de interação humana e confronto de poder onde uma parte influencia e qualifica o movimento da outra” (SERPA, 1999, p. 25).

O consumismo de hoje não diz mais respeito à satisfação das necessidades, nem mesmo as mais sublimes (BAUMAN, 2001, p. 88), a atividade de consumo passou a atender os anseios individuais e com isso acaba por diluir os vínculos comunitários e afetivos, passando a serem conduzidos pelo mercado e pela tecnologia.

Nesse contexto, com o intuito de reverter essa situação apresenta-se a mediação comunitária como uma ferramenta pacífica para a resolução de conflitos, que tem por finalidade não o mero acordo e sim um reencontro com o outro, religando o que está desconexo através do diálogo participativo e democrático, visando à criação e reparação de laços afetivos e sociais, de maneira que ao se falar em mediação, deve-se compreender como uma nova perspectiva de acesso à justiça no espaço local e cidadania.

3 MEDIAÇÃO COMUNITÁRIA: FONTE TRANSFORMADORA DE CONFLITOS E RESGATE DA CIDADANIA

A partir da análise das relações sociais e as formas de resolução de conflitos da contemporaneidade, destaca-se a mediação comunitária, a qual tem um papel social de extrema importância, de modo que contribui para a construção do exercício de cidadania com base no diálogo, sendo possível construir decisões racionais e justas, além de ser importante fonte de transformação de conflitos e resgate da cidadania.

Na mediação se trabalha a resolução do conflito visando à transformação do mesmo, alterando-se a forma de agir e pensar em coletividade, instituindo uma “proposta ecológica de resolução de conflitos sociais, na qual o intuito da satisfação do desejo substitui a aplicação de uma sanção legal” (WARAT, 1999, p. 5).

A partir da mediação reaparece a possibilidade de uma melhor qualidade de vida aos indivíduos, firma uma nova regulação da conduta humana, vez que, “uma sociedade de cidadania se sustenta a partir do reconhecimento das diferenças e da diversidade que caracteriza em nossos dias a cartografia humana” (BERTASO, 2009, p. 18).

A vista disso, a mediação que aqui se trata, apresenta-se como fonte de resgate da sensibilidade, da outridade e da cidadania, por meio da oportunidade de uma intercomunicação humana, pautada no reconhecimento do outro, de maneira que o ponto de intersecção seja a manutenção e o restabelecimento dos vínculos afetivos e sociais.

Para Bertaso e Prado (2016, p. 53) “A ideia de mediação comunitária, de viés emancipatório, passa necessariamente pelo diálogo como condição de possibilidades de um novo modo de se realizar as interações e os conviveres sustentáveis interculturais, e de reconhecimento do outro nas sociedades atuais”.

A mediação, em suas diferentes variantes, é geradora de autonomia, ou seja, viabiliza a comunicação horizontal e seus genes carregam aspectos dialógicos, por meio dos quais abrem espaços restaurativos de vínculos socioafetivos rompidos. Vínculos que se rompem de diferentes formas e intensidades, e pelos diferentes conflitos, já que as intolerâncias e as segregações pululam das interações humanas. (2016, p. 54)

A mediação comunitária é a base essencial para o resgate da cidadania no sentido que propicia aos envolvidos resolver os conflitos com base no consenso e no diálogo,

colocando um no lugar do outro, para a busca da restauração dos laços rompidos. Conforme Habermas (1989, p.45) compreender o outro exige participação a partir do momento que juízos de valor se mostram nos sentimentos de consciência dos envolvidos em um conflito.

Como bem corrobora Rosenberg, “a partir do momento em que as pessoas começam a conversar sobre o que precisam, em vez de falarem do que está errado com as outras, a possibilidade de encontrar maneiras de atender às necessidades de todos aumenta enormemente” (2006, p. 86).

A mediação tem como propósito recuperar o respeito e o reconhecimento dos espaços de privacidade do outro, promovendo à democratização do acesso à justiça, de maneira a restituir aos indivíduos a gestão e resolução de seus próprios conflitos, de forma participativa e autônoma, operando-se uma justiça justa na e para a comunidade.

Além de facilitar o acesso a uma justiça justa, a mediação assenta-se em reconstruir vínculos afetivos e sociais, sua estrutura ocorre em um espaço de integração da coletividade, como um clube ou uma associação de moradores, ou seja, um espaço neutro, imparcial e de compartilhamento de todos, é pautada no diálogo participativo a partir de termos e expressões próprias da comunidade em que se concentram os envolvidos no conflito. Sustenta Sales que:

A mediação comunitária possui como objetivo desenvolver entre a população valores, conhecimentos, crenças, atitudes e comportamentos conducentes ao fortalecimento de uma cultura político-democrática e uma cultura de paz. Busca ainda enfatizar a relação entre os valores e as práticas democráticas e a convivência pacífica e contribuir para um melhor entendimento de respeito e tolerância e para um tratamento adequado daqueles problemas que, no âmbito da comunidade, perturbam a paz. (2003, p.135).

Nesse ínterim, o mecanismo da mediação deve servir de ajuda aos indivíduos para que conjuntamente possam restabelecer laços rompidos, transformando suas atitudes a partir do resgate da sensibilidade e da outridade. Dessa forma, a mediação ajuda não só a resolver os conflitos, mas também a preveni-los, de modo que:

[...] o principal valor da mediação está na possibilidade que oferece às partes de se darem conta do que realmente querem ou precisam e porque, que são capazes de enfrentar os seus problemas, compreenderem-se mutuamente reconhecendo as necessidades e problemas da outra parte, apesar de suas diferenças. (WARAT, 1999, p. 100).

Compreendendo essa relação, a mediação é a oportunidade para os indivíduos aprenderem e também transformarem a dinâmica de suas relações, é o caminho para mudanças significativas, é a construção do “entre-nós”, de Warat (1999, p.101) na intenção de novos contextos de cidadania. Pela mediação os indivíduos descobrem a simplicidade da realidade que compartilham desfazendo-se dos sentimentos que tendem a dramatização as relações, passando a introduzir os afetos como forma e condição de vida.

As relações interpessoais, especificamente nas camadas sociais menos favorecidas, são privadas dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal Brasileira, tais como os direitos à saúde, à educação, à alimentação, à moradia e ao acesso à justiça. Há, na verdade, uma exclusão social na qual alguns vivem totalmente marginalizados.

A falta de diálogo e de compreensão entre as pessoas tem provocado o distanciamento entre elas e o fortalecimento do pensamento individualista, onde há uma preocupação exclusivamente com o seu próprio bem-estar. Qualquer desavença, por mais simples que seja, pode dar ensejo à prática de um crime. Essa intolerância e falta de respeito ao outro também advém dessa ausência de comunicação. É nesse contexto que nasce a mediação comunitária como meio de resolução de conflitos.

A contribuição da mediação, enquanto meio democrático, participativo e inclusivo na resolução de conflitos, para a cidadania e para a dignidade humana implica em relacionar as características de sua prática (inclusão social, valorização do ser humano, empatia) e os seus efeitos (conscientização dos direitos e deveres, prevenção à má administração dos conflitos, pacificação social).

Deste modo, a mediação pode ser compreendida como a melhor forma de realização da cidadania, isto, na medida em que educa, facilita e ajuda a reduzir diferenças, podendo “ajudar a recuperar os sentimentos que fazem o que somos; a desfazer-nos das camadas

superficiais para sermos muito mais íntegros nos confrontos com o outro” (WARAT, 2004, p. 28).

Pelo exposto, “a mediação deve ser encarada como atitude geral diante da vida, como uma visão de mundo, um paradigma ecológico e um critério epistêmico de sentido” (WARAT, 2004, p. 66), gerando com a sua prática estratégias de cidadania a todos os indivíduos, partindo de uma perspectiva social. Quando o indivíduo se reconhece e se identifica com o conteúdo e a cultura expostos ele entende as premissas que o interlocutor lhe propõe.

Nesta dinâmica, “trabalhando juntos, encontramos maneiras de expressar solicitações numa linguagem de ação positiva” (ROSENBERG, 2006, p. 106). Desse modo, a mediação é a melhor fórmula para legitimar os indivíduos a reconhecer e considerar a diferença do outro, viabilizando o respeito, o cuidado e potencializando a dignidade.

Nesse sentido a mediação comunitária realizada e aqui demonstrada no bairro João Goulart, localizado na periferia da cidade de Santo Ângelo/RS, tem o intuito de propiciar à comunidade a conscientização de seus direitos e deveres, além da resolução e prevenção de conflitos em busca da paz social. O projeto esteve presente por dois anos. Nesse período foram resolvidos alguns casos, outros tiveram de ser encaminhados para a justiça e outras situações permaneceram como estavam, em estado conflitivo. Inicialmente os conflitos foram mapeados e a partir disso, conversado com o Presidente do Bairro, que dispunha de uma sensibilidade e respeitabilidade ímpar junto à comunidade. Nas palavras de Warat “o discípulo é aquele que se torna parceiro nessa dança. O encontro com um mestre é sempre um momento de intimidade”. (2004, p.34)

A mediação permite a criação de laços entre os envolvidos, incentivando a participação ativa dos membros daquela comunidade na vida social, ensinando-os a pensarem coletivamente e não mais individualmente.

A participação cidadã é um processo transformativo aberto em que se leva a cabo uma política específica orientada à capacitação e ao empoderamento da cidadania e ao impulso do seu papel no fortalecimento do desenvolvimento comunitário.

Um caso de mediação comunitário foi o fato de duas amigas e vizinhas frequentarem durante um tempo terreiro de umbanda, inclusive realização despachos juntas nas encruzilhadas próximas de suas casas. Uma delas teve um problema de saúde e tornou-se

evangélica. A partir desse dia não aceita mais sua vizinha fazer despachos na esquina de sua casa. Xingou, gritou, excomungou e ameaçou a outra de dar-lhe uma surra. A situação ficou insuportável. Nessa narrativa de caso real, entra o mediador comunitário para tentar resolver esse conflito amplo e demasiado entre as pessoas que eram amigas até alguns dias atrás. O mediador comunitário foi conversar com a evangélica e ver se havia possibilidade de entender o que estava acontecendo. A senhora que era evangélica disse que “gostaria de viver em paz e que a outra não fizesse mais seus despachos na esquina de sua casa”. O mediador conversou com a outra sobre a sua religião, e falou o que poderia ser feito. “A vizinha da umbanda disse que não ia deixar sua religião, mas que faria seus despachos em outros lugares. Mas que respeitava a decisão da vizinha”. Novamente o mediador comunitário agendou encontro entre as duas para uma conversa mais amena e constatou que o que incomodava era a religião de uma em relação a outra. Mas entenderam que deve haver respeito e se colocar no lugar do outro. A amizade terminou, mas o respeito ao menos permaneceu.

Na mediação comunitária, os mediadores são geralmente membros da própria comunidade, capacitados para realizar a mediação de conflitos e que voluntariamente decidiram dedicar parte de seu tempo para o bem-estar de toda a comunidade. Nesse caso, o mediador comunitário do João Goulart, foi o Presidente do Bairro que fez a transformação desse conflito de forma plena e precisa. Sem ter feito qualquer curso para essa habilitação. Como expressa Warat para ser mediador é necessário “usar toda a sabedoria para conseguir deixar o problema fervendo[...] ao ponto de ebulição, à transformação alquímica” (2004, p. 25).

Nesse sentido encontramos a cidadania “como possibilidade de construir o amor por nós mesmos; o direito de poder decidir os modos de querer-nos, de aprender a amarmos [...] são condições de relações de outriedade, de nossos vínculos com o outro” (WARAT, 2001, p. 193). Dessa forma, a participação cidadã se mostra fundamental na mediação comunitária, fortalecendo e impulsionando o desenvolvimento da comunidade local, além de edificar a cooperação entre os indivíduos, ocasionando a transformação dos conflitos. A cidadania são os direitos humanos garantidos na construção de uma sociedade mais justa e igualitária, onde os direitos do homem devem eliminar os componentes da desumanidade dos vínculos humanos.

4 MEDIADOR COMUNITÁRIO: O FACILITADOR E TRANSFORMADOR DOS CONFLITOS E FONTE PARA O RESGATE DA CIDADANIA

O mediador comunitário desempenha um papel fundamental juntamente aos indivíduos conflitivos, é ele que os auxilia a reconstruírem a relação a partir do diálogo participativo e democrático, abrindo a possibilidade para que os próprios envolvidos resolvam suas questões, estimulando a reconstrução dos laços afetivos e sociais rompidos, bem como ampliar a cidadania.

A figura do mediador é reconhecida como aquela pessoa de prestígio e valores éticos no âmbito da comunidade, que conhece e compartilha a realidade local, é formado a partir de sua sensibilidade e postura corporal, àquele que reside no princípio do consenso, que oferece compreensão do ser humano e suas relações, a partir de um dom natural, que o faz sentir, o que está acontecendo entre os indivíduos conflitivos.

Com essa postura, o mediador “é uma mão revestida de paciência, que acaricia, que toca sem ferir. São mãos que aprendem com a do outro”. (WARAT, 2004, p. 105-106). E, sob esse prisma, ajuda os conflitantes a incrementar uma nova visão de mundo, uma nova forma de pensar, de reconhecer a diferença do outro, uma nova forma de viver e conviver, de aprender a aceitar a realidade que compartilham.

A função do mediador começa a partir da facilitação da comunicação, pois é ele que de forma sutil propõe uma ruptura às condutas que tendem as práticas conflitivas, intervindo não no conflito, mas no sentimento dos indivíduos, renunciando qualquer interpretação, de modo que os envolvidos possam ter um outro olhar sobre a desavença, ajudando-os a desdramatizar o problema, “que os transformem para que só restem os sentimentos que acrescentem algo de bom à sua vitalidade interior” (WARAT, 2004, p. 33).

A seguir destacaremos 03 casos de mediação comunitária¹, referente às situações da vivência e do dia a dia da comunidade do bairro João Goulart. O primeiro caso a ser relatado, envolve direito de vizinhança. “João Antônio e Rodrigo Rafael, são residentes e domiciliados no bairro João Goulart. As suas residências ficam distantes em torno de 200m. João Antônio, é pedreiro, casado e pais de dois filhos, Leonardo e Leopoldo, gêmeos de 10 anos. Rodrigo Rafael é casado, garçom e pai de uma menina de 02 meses

¹ Os nomes dos envolvidos são fictícios, mas as situações reais.

de idade. Em determinada tarde, os meninos Leonardo e Leopoldo brincando de jogar futebol, na rua, acabaram discutindo sobre o gol que seu time tomara. Nessa discussão os ânimos se exaltaram e um deles de posse de uma pedra, foi jogar no outro, mas acertou no telhado da casa de Rodrigo Rafael, abrindo um buraco na telha. Ambos correram e foram embora. Na casa de Rodrigo Rafael só se encontrava a sua esposa com o bebê. No final da tarde ao retornar do trabalho, a esposa contou ao marido o que havia acontecido. Furioso, Rodrigo foi a casa de João Antônio cobrar satisfações, chegou bastante alterado e chamando para sair e resolver esse problema. João Antônio que estava tomando um caipirinha, já alterado, saiu com um facão para brigar. Houve uma discussão grande entre eles e até empurrões, os vizinhos se meteram e afastaram ambos, não deixando a situação se transformar em algo pior. Rafael disse que ia acionar a Justiça e cobrar o telhado inteiro da casa. João Antônio retrucou que não ia pagar e, lhe daria em surra em contrapartida”. Passados alguns dias e refletindo melhor, “Rafael procurou o Presidente do Bairro para que lhe ajudasse com o prejuízo em sua residência. O Presidente do Bairro conversou com ele, inteirou-se de todas as informações e condições e deslocou-se a casa de João Antônio para conversar sobre a situação”. João Antônio no início da conversa estava um pouco reticente, mas depois entendeu e se colocou no lugar de Rafael, disse ao mediador comunitário, ou seja, ao Presidente do Bairro, que pagaria o prejuízo causado pelos seus filhos na residência de Rodrigo. O Presidente do Bairro chamou os dois na sede do bairro, para conversar e desdramatizar esse conflito. A conversa foi pacífica e tranquila. No final até um aperto de mão foi dado.

O segundo caso a ser relatado trata-se do direito de vizinhança, em que um mercado da localidade construiu na parede que faz divisa com outro residente, uma câmara de resfriamento de carne, ocasionando umidade e infiltrações colocando em risos a estrutura do imóvel. O dono da casa procurou o dono do mercado em quatro oportunidade, para reclamar e resolver o problema. O Presidente do Bairro interveio tentando mediar o problema. Ocorre que nenhum dos envolvidos queria ceder e nem se colocar no lugar do outro para sanar as dificuldades que ali se instalaram. Diante do impasse, o caminho para sanar essa divergência, foi o de acesso às instituições do Poder Judiciário, para resolver a querela. Aos envolvidos restou o respeito pelas suas demandas e convívio pacífico, mas sem restauração de vínculos.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Isso mostra que em algumas situações a mediação não consegue intervir quando as pessoas não estejam abertas para ouvir, e se colocar no lugar do outro e entender o que é aquela situação para o outro, o que torna impossível a solução do conflito.

O terceiro caso diz respeito a negociação de um cheque emitido no valor R\$1.200,00 (um mil e duzentos reais), referente ao pagamento de pintura de automóvel (Fusca ano 1985) acidentado no trânsito da cidade, com serviço realizado pela oficina do bairro. O dono da oficina fez o orçamento e o repassou ao proprietário, que por sua vez solicitou o conserto e pagou à vista, com cheque no valor orçado. Quando o proprietário da oficina mecânica, foi descontar o cheque constatou que não havia saldo, então procurou o emitente e este disse que não dispunha da quantia, mas que dentro de 15 dias poderia novamente compensar o cheque. O cheque foi para compensação no prazo estabelecido e, novamente, não tinha saldo e por esta razão entrou com ação de cobrança contra o proprietário do Fusca. O dono da oficina procurou o proprietário do Fusca e acabaram discutindo e se ofendendo com palavras de baixo calão. O dono da oficina procurou o Presidente do Bairro para intervir nessa situação. “Conversou com o proprietário do Fusca que sondando se havia possibilidade de quitar o cheque. Esse prontamente concordou, explicou que não havia pagado antes por estar doente o que impediu de quitar o débito. Mas, reconhecia a dívida. Novamente se deslocou ao dono da oficina que disse: “porque não veio conversar comigo para ajeitar isso e não me deixar no vácuo”.(sic). A reunião de mediação foi realizada na oficina. O dono do Fusca disse que “dispunha de R\$ 800,00 e que o restante pagaria em 30 dias”. O dono da oficina mecânica disse que “aceitava e que assim a dívida estava terminada”. Os vínculos não foram restaurados, mas a cultura da paz, sim.

O mediador contribui para facilitar e transformar os conflitos, “a partir de uma perspectiva simultaneamente psicológica, sensível, generosa, educativa e comunitária” (WARAT, 2001, p. 50). Seu papel começa a partir da facilitação do diálogo, que de forma sutil intervém não no conflito, mas no sentimento dos indivíduos.

Entretanto, o mediador deve estar além das técnicas facilitadoras de comunicação, deve servir como um ponto de apoio para cada indivíduo do conflito, ele precisa ter sensibilidade e estar em estado mediado, autêntico, para “tentar recolocar o conflito no terreno das pulsões de vida. Ele tem que retirar o conflito do espaço negro das pulsões

destrutivas” (WARAT, 2004, p. 87). De modo que os envolvidos possam ter um outro olhar sobre a desavença.

A comunicação, como forma de troca de posicionamentos em clima democrático, parece capaz de permitir que os indivíduos possam construir decisões justas e legítimas, que sejam capazes de abraçar alternativas ao conflito e facilitar uma melhor compreensão sobre os fatos que desencadearam a disputa. A utilização do diálogo representa o uso de uma nova forma de se observar e resolver o conflito.

Esses foram alguns exemplos de situações resolvidas pela terapia do reencontro mediado, com o mediador comunitário no bairro João Goulart. A mediação é como uma ferramenta para a ação social, que visando entendimentos permite que os sujeitos se reconheçam reciprocamente em seus direitos e deveres, o que constituirá em uma convivência em meio às tensões ordinárias e como tal geradora de decisões obtidas em meio às regras do jogo. Nesse contexto, convém considerar que há movimentos na sociedade, na política, na economia de mercado, na mídia que desprezam e desfiguram tanto a ideia, quanto as práticas pertinentes ao sujeito de direitos.

O sujeito se forma na vontade de escapar às forças, às regras, aos poderes que nos impedem de sermos nós mesmos, que procuram reduzir-nos ao estado de componente de seu sistema e de seu controle sobre a atividade, as intenções e as interações de todos. Estas lutas contra o que nos rouba o sentido de nossa existência são sempre lutas desiguais contra um poder, contra uma ordem. Não há sujeito senão rebelde, dividido entre raiva e esperança. (TOURAINÉ, 2007, p. 119).

Hoje se podem localizar mudanças em curso como as manifestações de ampliação das práticas de conciliação mediada, o recrudescimento da cultura dos direitos humanos, o fomento à prevenção e resolução de conflitos e o avanço de estratégias de segurança. Neste rumo de realização do direito é possível vislumbrar um direcionamento à educação, abandonando a ênfase somente jurídica para adquirir condição de prática política, “que reivindica e evidencia a dimensão pedagógica dentro das práticas de administração da justiça”². Essa perspectiva impulsionou, segundo Borges (2010, p. 51), a conquista de espaços pela “mediação preventiva nas práticas jurídicas”, o que estimulou um exame

² Esta afirmação é destacada de maneira formidável por Borges (2010, p. 51) “tomar a mediação como instrumento eco-pedagógico-comunicacional de autocomposição de conflitos é tornar possível uma concepção de direito e de justiça muito mais próximos da realidade”.

crítico da função dos operadores do Direito em favor de uma nova leitura não excludente, viabilizando o ofício em práticas de ajuda e resolução não violenta dos conflitos”; ou seja, em uma educação para a paz que compreenda os conflitos de forma positiva, sem a violência estatal e os seus instrumentos policiais e judiciais. Além dos mecanismos de negociação igualmente relevante que os sujeitos sejam instados a lembrarem-se novamente o porquê de se ser um democrata quando se trata da gestão de conflitos intersubjetivos.

Esta lembrança mobiliza, ao mesmo tempo, a inovação da iluminação de um novo aspecto, mas também é necessária a reativação da ideia da razão de se ser um democrata constantemente. Isso não se dá simplesmente por uma troca de argumentos, mas pela recorrência de práticas políticas que indicam tal condição (MENDONÇA, 2010, p. 118).

Dessa forma, o diálogo e a comunicação constroem a democracia participativa proposta pela mediação, com o restabelecimento de canais de comunicação bloqueados e a reconstrução de vínculos sociais destruídos. Para tanto, a comunicação proporciona aos indivíduos compreender o conflito e assim construir acordos por meio da livre manifestação das partes e de decisões. Avritzer (2011, p. 20) afirma que “é possível chegar a um acordo com indivíduos com os quais estamos em conflito. A própria ideia habermasiana implica chegar a um acordo e não a um consenso tal como ela muitas vezes tem sido traduzida”. Nesse sentido, Habermas designa como intersubjetividade a inter-relação entre sujeito e sociedade, que ocorre por meio de estruturas linguísticas.

Os pressupostos da comunicação reorganizam as “coisas velhas” das teorias tradicionais, tornam as certezas antigas questionáveis, mas não se pode dizer que efetivamente tiraram de cena certos enunciados e preocupações antigas: a busca por um critério de “racionalidade” como garantia de legitimidade, é um desses pilares.

[...] não só (como Freud) no sentido de uma justificação ulterior de desejos e ações, mas também (como Max Weber) pensando na maneira de vida das pessoas e na forma de vida de grupos. Tais formas de vida compõem-se de práticas e de uma teia de tradições, instituições, costumes e competências que podem ser chamadas “racionais”, na medida em que *fomentam* a solução de problemas que aparece. Nesse sentido, formas de vida são, por certo, candidatas à expressão “racionais” – mas apenas no sentido indireto de que formas de vida constituem o pano de fundo mais ou menos “favorável” as instituições

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

de produções discursivas e ao desenvolvimento de capacidades reflexivas. Por essa via, elas podem fomentar a capacidade para a solução de problemas, as quais, por sua vez, possibilitam a formação de opiniões, ações e comunicações racionais (HABERMAS, 1989, p.127).

Pensando na mediação como caminho para o diálogo, pode-se afirmar que a subjetividade do indivíduo não é construída por um ato solitário de autorreflexão, mas, resultante de um processo de formação que se dá em uma complexa rede de reflexões. Portanto, a penetração da racionalidade instrumental no âmbito da ação humana interativa, ao produzir um esvaziamento da ação comunicativa e, ao reduzi-la, gerou nos atores a busca pelo individualismo, visando o isolamento e à competição como formas de agir e pensar, que são as bases dos problemas sociais.

A comunicação é capaz de permitir que os indivíduos possam construir decisões justas e legítimas, que sejam capazes contornar o conflito e facilitar uma compreensão sobre os fatos que desencadearam a disputa. E, a comunicação é capaz de permitir que os indivíduos possam construir decisões justas e legítimas, que sejam capazes de contornar o conflito e facilitar uma compreensão sobre os fatos que desencadearam a disputa.

O mediador desenvolve a linguagem da sensibilidade e do amor junto aos indivíduos, esvaziando-os de seus egos para brotar a transformação. Portanto, o mediador comunitário ajuda os conflitantes a construírem relações sociais afetuosas, perceberem as ambiguidades em suas vidas e auxilia-os a andarem pelas suas próprias margens, propondo a real cidadania.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O capitalismo possibilitou às pessoas experimentar a vivência de uma nova ordem social, especialmente no que concerne ao individualismo e aos avanços tecnológicos, que ofertaram novas formas de sociabilidade. Com essa dinâmica capitalista, mudou-se o perfil das relações sociais, familiares, afetivas, escolares, vizinhança, entre outras, reportando-se principalmente a obstrução do diálogo, aumentando as indiferenças, reproduzindo desigualdades, antagonismos e expressando uma cidadania alienada.

Vivem-se hoje tempos marcados pela intolerância e desrespeito com o outro, o que ganha contornos cada vez mais graves, complexos e inaceitáveis. As relações humanas se

transformaram a partir da globalização que, aliada aos avanços tecnológicos, afastou os indivíduos da sociedade, acoplando seu isolamento, sua insensibilidade e fortalecendo os conflitos.

Segundo Bauman (2004), vive-se em um tempo de transformações sociais aceleradas, nas quais as dissoluções dos laços afetivos e sociais são os centros das questões. A liquefação dos sólidos explicita um tempo de desapego e provisoriedade, uma suposta sensação de liberdade que traz em seu avesso a evidência do desamparo social em que se encontram os indivíduos modernos líquidos. Porém, tudo o que é sólido se desmancha no ar, ou o dinheiro é um vil metal por meio do qual se pode realizar o consumo de bens. Por isto Bauman (2004, p.98) ainda assegura: “numa sociedade de consumo, compartilhar a dependência de consumidor – a dependência universal das compras – é a condição ‘*sine qua non*’ de toda liberdade individual; acima de tudo da liberdade de ser diferente, de ‘ter identidade’”.

No presente trabalho a adoção da mediação no espaço comunitário é um elemento transformador para as relações sociais, pois propõe uma forma de entender e promover as relações humanas, possibilitando a construção de lugares sociais de cidadania. Para isso, é fundamental a figura do mediador comunitário, pois é ele que auxilia os indivíduos conflitivos a dialogar, facilitando a sua comunicação.

Esse mediador pode ser um líder da comunidade, um presidente da associação de moradores ou outro membro da comunidade que conhece e compartilha a realidade dos conflitantes, que detém consenso e sensibilidade, o que faz gerar a sensação aos indivíduos de serem tratados por alguém igual, o que não ocorre no judiciário, onde a figura do juiz perpassa a sensação de poder sobre os demais. Nos casos narrados, do bairro João Goulart, o mediador era o Presidente do Bairro, que agia como um líder que detém o respeito, tranquilidade e sensibilidade para intervir em todas as situações que ali se apresentavam

Por meio da mediação pautada na figura do mediador se oportuniza o resgate de seres humanos mais conectados e comprometidos com a realidade social e cultural, além de contribuir para a construção da cidadania e de uma sociedade mais harmoniosa e pacífica. Sem dúvida, a mediação pautada no mediador comunitário produz efeitos benéficos para a resolução conflitiva, fomentando a formação de indivíduos transformadores a partir do

resgate da cidadania, pois constitui como base o diálogo, a escuta, o respeito e a responsabilidade e, assim, educando para a paz social.

Portanto, o mediador auxilia a reconstrução de laços afetivos e sociais rompidos, bem como ajuda a resgatar e ampliar a cidadania, a partir da instituição de formas participativas e democráticas de resolução de conflitos na comunidade – mediação – pautada na resolução cordial das questões conflitivas. Assim, o mediador contribui para a reconstrução de laços rompidos, de maneira a promover e ampliar a cidadania a partir do reconhecimento das diferenças.

6 REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo. A qualidade da democracia e a questão da efetividade da participação: mapeando o debate. PIRES, Roberto R. C. (org.). **Efetividade das Instituições Participativas no Brasil: Estratégias de Avaliação**, Brasília: IPEA, 2011, p. 10-28.

BORGES, Rosa M. Z. A mediação comunitária como prática jurídica popular inovadora. **Entrevista a IHU Online**, n. 313, ano IX, 2010, p. 50-51.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, 2004.

BERTASO, João M. **Cidadania, Diversidade, Reconhecimento**. Santo Ângelo: Furi, 2009.

BERTASO, João M.; PRADO, Keila Sim do. **Aspectos da mediação comunitária, cidadania e democracia**. Disponível em: <www.univali.br/períodicos,2017>. Acesso em 08/12/2019.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede: A era da informação**. São Paulo: Saraiva, 2000.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro; Tempo Brasileiro, 1989.

MENDONÇA, Daniel. Para além da deliberação? Apontamentos sobre a normatividade da teoria pós-estruturalista da democracia radical. **Mediações - Revista das Ciências Sociais**. v. 15, n.2, 2010. Paraná: Uel, 2010.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: Técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. São Paulo: Ágora, 2006.

SALES, Lília Maia de Moraes. **Mediação de Conflitos**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

SALES, Lília Maia de Moraes. **Justiça e Mediação de Conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SERPA, Maria de N. **Teoria e Prática da Mediação de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

TOURAINÉ, Alain. Um novo paradigma para compreender o mundo de hoje. Petrópolis: Vozes, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Habitus, 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Boiteux, 2004.

Submetido em 14/02/2020

Aprovado em 19/03/2020

A MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA E SUA CONTRIBUIÇÃO PARA CONSTRUÇÃO DE UMA NOVA DIMENSÃO DO PRINCÍPIO DO ACESSO À JUSTIÇA^I

MEDIATION AS PUBLIC POLICY AND ITS CONTRIBUTION TO BUILD A NEW DIMENSION OF THE PRINCIPLE OF ACCESS TO JUSTICE

Alexandre Catharina^{II}

RESUMO

O objetivo do trabalho é refletir sobre o modo como foi estruturado no Brasil o paradigma epistemológico da mediação predominante, de matiz mais conservadora, que compreende os métodos adequados de resolução de conflitos como uma medida de segunda categoria, com pouca credibilidade no contexto das sociedades complexas, e utilizada, majoritariamente, como forma de reduzir a quantidade de processos judiciais que tramitam no Judiciário. Pretende-se, portanto, contribuir para a construção de um olhar mais holístico sobre a temática, sobretudo no que tange à dimensão política e sociológica da mediação. Dessa forma, serão analisadas as vantagens que a mediação pode trazer para as sociedades complexas e desiguais, como o Brasil, ressaltando sua dimensão facilitadora não só do acesso à ordem jurídica justa, de forma coexistencial, mas também como forma de estabelecer maior autonomia política e jurídica dos cidadãos

ABSTRACT

The objective of the work is to reflect on how the predominant mediation epistemological paradigm of more conservative hue was structured in Brazil, which understands alternative methods of conflict resolution as a second category measure, with little credibility in the context of complex societies, and used, mainly, as a way to reduce the amount of legal proceedings that are going through the Judiciary. It is intended, therefore, to contribute to the construction of a more holistic view of the theme, especially with regard to the political and sociological dimension of mediation. In this way, the advantages that mediation can bring to complex and unequal societies, such as Brazil, will be analyzed, highlighting its facilitating dimension not only in accessing the just legal order, in a coexistential way, but also as a way of establishing greater political and citizens who play a role in solving their own social and legal conflicts. Based on this premise,

^I Este trabalho trata dos resultados parciais das pesquisas realizadas no Observatório de Cultura Jurídica e Democratização do Processo, da Universidade Estácio de Sá, Campus Nova América, RJ. A pesquisa bibliográfica e a coleta de dados foram realizadas com o auxílio da pesquisadora Viviane Helbourn de Almeida, advogada e mediadora no Estado do Rio de Janeiro.

^{II} Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense. Doutor em Sociologia pelo IUPERJ. Professor de Direito Processual Civil (Graduação e Pós-graduação) da Universidade Estácio de Sá. Coordenador do Observatório de Cultura Jurídica e Democratização do Processo. Advogado.

que protagonizam as soluções de seus próprios conflitos sociais e jurídicos. Partindo desta premissa, se faz necessário estabelecer, de forma sistemática e continuada, a expansão dos métodos adequados de resolução de conflitos, em especial a mediação, como política pública, o que contribuirá para construção de um novo paradigma através do qual tais métodos serão apreendidos não somente como uma etapa do processo, mas, também, como uma política pública inclusiva capaz de contribuir para a emancipação social por meio da autonomia jurídica e política do cidadão. A metodologia empregada na pesquisa é de revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE

Mediação. Políticas públicas. Acesso à justiça.

it is necessary to establish, in a systematic and continuous way, the expansion of alternative methods of conflict resolution, especially mediation, as public policy, which will contribute to the construction of a new paradigm through which such methods will be apprehended not only as a stage in the process, but also as an inclusive public policy capable of contributing to social emancipation through the citizen's legal and political autonomy. The methodology used in the research is bibliographic review.

KEYWORDS

Mediation. Public policy. Access to justice.

1 INTRODUÇÃO

Os meios adequados de resolução de conflitos ganharam maior dimensão e visibilidade, sobretudo do ponto de vista normativo e conceitual, a partir da edição da Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei nº 13.140/2015. Entretanto, o movimento legislativo em torno dos meios adequados de resolução de conflitos não é recente. A Constituição Federal de 1988 tornou obrigatória a criação dos Juizados Especiais Cíveis Estaduais, nacionalizando a experiência e o aprendizado institucional adquiridos na vigência da Lei nº 7.244/1984 (Juizado de Pequenas Causas).

Nesta linha de análise, a Lei nº 9.099/1995 criou os Juizados Especiais Cíveis Estaduais, com ênfase na conciliação (art.3º, §3º) e permitindo, também, a realização de arbitragem (art. 21). Em 1998 tramitou na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 4.827-D/1998, que instituía a mediação como método de prevenção e solução consensual de conflitos¹. As Leis nº 10.259/2001 (Juizados Especiais Federais) e nº 12.153/2009 (Juizados Especiais da Fazenda Pública) ampliaram o escopo dos Juizados Especiais Cíveis para atender ao volume de demandas e estimular a resolução consensual de conflitos em todas as esferas do Estado.

Embora haja no Brasil um fortalecimento normativo dos meios adequados de solução de conflitos, o número de acordos ainda é insuficiente considerando o número de casos julgados. Aluísio Mendes e Larissa Pochmann (2018) sugerem, a partir de uma perspectiva histórica, que, no Brasil, o movimento de incentivo à utilização dos meios adequados de conflitos, sobretudo a conciliação, é sempre sazonal ou pendular, servindo apenas em determinados momentos em que se busca, por alguma razão, reduzir a quantidade de processos no acervo ou atender às metas do Poder Judiciário.

Estes métodos de solução de conflitos, historicamente, são pensados como política de redução de processos e administração da justiça. Nesta toada, a produção teórica e conceitual acerca dos meios adequados de resolução de conflitos tem como paradigma epistêmico a conflituosidade e práticas adequadas para sua resolução no campo

¹ O referido PL teve sua tramitação interrompida no Congresso.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

institucional. Propõe-se, com efeito, pensar a mediação e o acesso à justiça a partir da sociabilidade. A prática adequada da mediação pode contribuir no sentido de estimular maior autonomia dos cidadãos não só na solução dos conflitos, mas, principalmente, no exercício de seus direitos de cidadania.

Em outra perspectiva, em um país com extensão territorial continental como o Brasil, as desigualdades sociais e econômicas se manifestam em todas as estruturas e os conflitos de interesses se evidenciam de forma exacerbada em diversas esferas da vida social. Neste contexto, questões que envolvem rupturas com modelo tradicional de família, como direitos decorrentes de uniões homoafetivas, incentivo ao consumismo compulsivo, questões raciais, conflitos coletivos em relação à propriedade e a própria ampliação dos direitos de cidadania contribuíram de forma decisiva para o aumento dos conflitos judicializados.

Este cenário engendrou diversas reformas processuais com escopo de reduzir o volume de processos distribuídos ao Poder Judiciário, o que acelerou, em certa medida, o movimento legislativo em torno dos meios adequados de resolução de conflitos, mais especificamente a mediação, incluída como etapa obrigatória no procedimento comum (art. 334 do CPC).

Não há dúvidas acerca dos benefícios, processuais e materiais, dos métodos adequados de resolução de conflitos, principalmente no tocante a mediação, e estes não se limitam à redução da quantidade de processos no Poder Judiciário. Tratada e incentivada corretamente, a mediação pode se transformar em verdadeiro instrumento de irradiação de uma nova dimensão do princípio do acesso à justiça, uma vez que as partes são colocadas como protagonistas das soluções dos conflitos sociais, refletindo positivamente em dois aspectos: redução do solipsismo do juiz e fortalecimento de uma cultura do diálogo, contribuindo, de fato, para uma cultura de paz, se contrapondo à cultura de litígio existente atualmente. Analisar a mediação exclusivamente como forma de reduzir a quantidade de processos ou mesmo uma etapa desnecessária do processo judicial é reduzir consideravelmente seu alcance.

Partindo desta premissa, pretende-se analisar a mediação por um paradigma epistêmico interdisciplinar, onde a ênfase será dada à sociabilidade, o que possibilitará, num segundo momento, refletir sobre a mediação como política pública contribuindo para se fazer uma

nova leitura do princípio do acesso à justiça. A metodologia de pesquisa utilizada no trabalho será o levantamento bibliográfico, com abordagem dedutiva.

2 MÉTODOS CONSENSUAIS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E ACESSO À JUSTIÇA

Antes de abordar o conceito de acesso à justiça e sua relação com os métodos consensuais de resolução de conflitos se faz necessário fazer uma breve digressão histórica. Mesmo antes do surgimento do Estado já se buscava uma maneira adequada de solucionar os conflitos inerentes às relações dos indivíduos visando a paz social. Nas sociedades tradicionais, a maioria dos conflitos era resolvida através da autotutela, na qual preponderava a força física, onde o mais forte submetia o mais fraco, coercitivamente; uma parte impunha sua vontade a outra parte e, dessa forma, era determinada a justiça.

Neste contexto histórico a autotutela remonta à Lei de Talião, consagrada no Código de Hamurabi, que consistia no revidar na mesma medida da injustiça praticada (PINHO, 2017, p.45). Esta prática foi superada no período iluminista exatamente por exaltar a ideia de violência e ser entendida como vestígio da justiça privada. A autotutela era utilizada em razão da ausência do poder estatal, e consistia, não necessariamente no alcance da justiça, mas, como relatado anteriormente, tão somente na submissão do mais fraco ao mais forte. Dessa forma, como aponta Tartuce (2019, p.20) era um meio considerado precário de aleatório.

Além da autotutela, alguns conflitos também eram solucionados através da autocomposição, que pode ser compreendida como um entendimento entre as partes, no qual cada uma abre mão de toda a sua vontade ou de parte dela, de maneira que ambas saiam satisfeitas. Em linha gerais, a autocomposição pode se dar por três meios distintos, quais sejam, a desistência ou renúncia, a submissão e a transação. Segundo Petrônio Calmon (2008), ocorre renúncia quando uma das partes abre mão de seu direito unilateralmente; submissão, quando aceita a vontade da outra parte sem exigir nada em troca; e, transação, quando há concessões recíprocas, resultando em um acordo. Contemporaneamente, a autocomposição se dá através de métodos consensuais de resolução de conflitos como a negociação, a mediação e a conciliação. Na negociação não

há a participação de um terceiro e as partes podem conversar diretamente, expondo pontos convergentes e divergentes, decidindo como melhor lhes aprouver.

A mediação e a conciliação são formas consensuais de solução de conflitos em que um terceiro atua para auxiliar as partes a chegarem à autocomposição. A conciliação é adequada para os casos em que as pessoas envolvidas no conflitos não possuem vínculo afetivo ou social prévio (art. 165, §2º do CPC). A mediação será indicada sempre que as pessoas envolvidas no conflito possuírem vínculo prévio (art. 165, §3º do CPC)².

Embora se identifique com clareza o desenvolvimento normativo dos meios adequados de solução de conflitos há outro fenômeno correlato a considerar. Com o avanço da complexidade nas relações sociais, os indivíduos e grupos sociais passaram a encaminhar seus conflitos individuais e coletivos para o Poder Judiciário, o que foi determinante para a expansão do fenômeno da judicialização, bem apontado por Werneck Vianna *et al* (1999). É neste cenário que a heterocomposição se fortalece como forma preponderante de resolução de conflitos.

Para Tartuce (2019, p.57) “A heterocomposição é o meio de solução de conflitos em que um terceiro imparcial define a resposta com caráter impositivo em relação aos contendores”. Inicialmente, essa tarefa foi atribuída aos sacerdotes e aos anciãos e, mais tarde, apareceu a figura do árbitro. Posteriormente, a responsabilidade foi transferida para o Estado, tornando-se seu monopólio. Ainda segundo Tartuce (2019, p.146): “Ao exercerem a função jurisdicional, os magistrados encontram-se submetidos à lei, constituindo sua independência e sua imparcialidade garantias essenciais ao jurisdicionado”. Contudo, ainda após o surgimento e fortalecimento do Estado como detentor do poder-dever jurisdicional, tanto a autotutela quanto a autocomposição permaneceram na sociedade, bem como a arbitragem, sendo certo de que a primeira somente é permitida em casos excepcionais, como, por exemplo, na legítima defesa consagrada no Código Penal.³

² Há significativa diferença na atuação do terceiro. Na conciliação o terceiro intervém apresentando propostas de acordos e busca demonstrar as partes as diversas questões que envolve o litígio. Na mediação o terceiro atua como um facilitador do diálogo por meio da “escuta ativa”. Se faz necessário estabelecer um canal de diálogo em que as partes envolvidas encontrem, por elas mesmas, a solução do conflito.

³ “Art. 25. Entende-se por legítima defesa quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, seu ou de outrem”.

Além da heterocomposição estatal, por meio da adjudicação, a arbitragem se constitui como forma privada de heterocomposição. Este método de resolução de conflitos foi estruturado, inicialmente, através da Lei nº 9.507/96, com escopo de se viabilizar, por meio de convenção de arbitragem⁴, o julgamento da controvérsia por um árbitro escolhido pelas partes⁵. Considerando os custos e a possibilidade de julgamento célere da causa, a arbitragem é mais utilizada na área empresarial (fusão ou dissolução de empresas), geralmente, por grandes grupos econômicos que têm como objetivos afastar o gasto excessivo e a perda de tempo com processos judiciais.

É certo, portanto, que a arbitragem não foi assimilada como forma efetiva de resolução de controvérsias entre particulares, sobretudo para resolução das demandas de massa que sobrecarregam o Poder Judiciário⁶. Tal fato decorre de vários fatores, destacando-se dentre eles o aspecto econômico, em razão do alto valor deste procedimento, como também cultural, pois ainda há forte crença no sentido de que a sentença proferida por um juiz togado tem mais autoridade. A Lei nº 13.129/2015 alterou sensivelmente o escopo da Lei nº 9.507/1996 para admitir a arbitragem também às causas que envolvam a Fazenda Pública (art. 2º, §3º), o que pode contribuir, se aplicada de forma adequada, para reduzir o volume de demandas judicializadas em face do Poder Público.

A despeito do arcabouço normativo em torno dos meios adequados de solução de conflitos prevalece em nossa cultura jurídica processual a adjudicação como forma determinante de resolução de controvérsias. Para Pinho (2017, p.50) “a jurisdição apresenta como vantagens a imparcialidade, a defesa dos direitos da sociedade e a autoridade e capacidade de impor a decisão tomada”. Com efeito, a judicialização de conflitos de toda ordem, social, política e jurídica, vem contribuindo, sobremaneira para o congestionamento do Poder Judiciário. O volume de demandas inviabiliza a garantia da

⁴ A convenção de arbitragem é a opção pela resolução de conflitos por meio da arbitragem (art. 3º da Lei nº 9.307/96. A opção por esta forma de resolução for antes da controvérsia denomina-se cláusula compromissória. Já a escolha da arbitragem após o estabelecimento do conflitos de interesses será através de compromisso arbitral. Neste contexto, é admitido a opção pela arbitragem antes ou mesmo posterior ao conflito.

⁵ O Superior Tribunal de Justiça firmou importante precedente judicial no sentido de admitir a arbitragem nas relações de consumo mas vedou a sua aplicação de forma impositiva ou de forma abusiva em contrato de adesão (REsp. 1.541.830).

⁶ Podemos citar, como exemplo, os Juizados Especiais Cíveis Estaduais. Embora o art. 21 da Lei nº 9.099/95 admita a utilização da arbitragem neste microsistema não há notícia de sua aplicação na prática judiciária brasileira.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF/1988) e potencializa os riscos de decisões conflitantes sobre demandas seriais idênticas, o que é inadmissível do ponto de vista da segurança jurídica.

É nesta conjuntura que o Código de Processo Civil de 2015, deu destaque aos métodos adequados de resolução de conflitos como etapa prévia à própria litigiosidade da demanda, com o fim de descongestionar o judiciário e entregar às partes envolvidas uma resposta mais adequada à sua demanda, onde elas próprias possam restabelecer o diálogo e encontrarem a solução que atenda às necessidades de ambas.

Com efeito, a mediação e a conciliação foram revigoradas, do ponto de vista normativo, para serem compreendidas como forma de converter o processo judicial em instrumento inserido em seu contexto social. A própria Exposição de Motivos⁷ do Código de Processo Civil de 2015 é clara ao observar que:

Deu-se ênfase à possibilidade de as partes porem fim ao conflito pela via da mediação e da conciliação. Entendeu-se que a satisfação efetiva das partes pode dar-se de modo mais intenso se a solução é por ela criada e não imposta pelo juiz.

Há, conquanto, estreita relação entre acesso à justiça e os métodos consensuais de resolução de conflitos. Na década de 1980, Mauro Cappelletti e Bryant Garth (1988) coordenaram o denominado Projeto de Florença cujo propósito era compreender a dinâmica do acesso à justiça em diversos países e destacar os principais obstáculos. O relatório final da pesquisa apontou para três grandes barreiras ou obstáculos enfrentados em diversos países, inviabilizando o amplo acesso à justiça. O primeiro obstáculo decorre do alto valor das custas processuais e despesas correlatas. O segundo obstáculo está relacionado com a ausência ou insuficiência de instrumentos processuais para solução de conflitos coletivos. O terceiro e último grande obstáculo ao acesso à justiça apontado pelos autores diz respeito à insuficiência do processo judicial para solução de controvérsias e a necessidade de se ampliar a utilização dos métodos consensuais de resolução de conflitos em diversos países. As propostas apresentadas para superação destes obstáculos foram denominadas ondas renovatórias.

⁷ A Exposição de Motivos está disponível na versão do Código de Processo Civil de 2015 disponibilizada pelo Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/lei/113105.htm. Acesso em 16 mar. 2020.

Embora o trabalho de Cappelletti e Garth retrate, em boa medida, a perspectiva europeia do acesso à justiça, não há dúvidas de que o Projeto de Florença teve influxos no Brasil. Diversas reformas processuais foram realizadas com a finalidade de se aproximar, pelo menos do ponto de vista normativo, a prática judiciária brasileira às ondas renovatórias. A releitura de instrumentos processuais como a ação popular (Lei nº 4.717/1965); ação civil pública (Lei nº 7.347/1985); a criação dos Juizados Especiais Cíveis, gratuitos e com ênfase na conciliação, são emblemáticos neste sentido.

No horizonte constitucional, o acesso à justiça está disposto no art. 5º, inciso XXXV⁸, da Constituição Federal de 1988, elevando-o à categoria de garantia constitucional a ser observada tanto pelo legislador, em sua atividade legislativa, como também pelo Poder Judiciário, seja no sentido de evitar ameaça ou mesmo reparar lesão ao direito, de acordo com Tartuce (2019, p.119).

No campo teórico, a obra de Cappelletti e Garth (1988) estimulou profícuo debate sobre acesso à justiça no Brasil. O trabalho de Paulo Cezar Pinheiro Carneiro (2007) foi fundamental para se pensar o acesso à justiça a partir da realidade brasileira. A partir de estudo empírico realizado no âmbito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, sistematizou princípios que estruturam o acesso à justiça e destacou, nesta obra, que não se pode pensar esta temática sem observar o contexto sociocultural. O conceito de acesso à justiça é relativo e está relacionado à cultura jurídica em que está inserido.

Em outro ângulo, Kazuo Watanabe (2019, p. 82) pensa um conceito menos formal e mais substancial de acesso à justiça. Para este autor se faz necessário que o cidadão tenha acesso a uma ordem jurídica justa, que consiste em não somente poder ajuizar uma demanda, mas também em ter uma resposta justa para o conflito em tempo satisfatório, respeitando o princípio da duração razoável do processo. Este conceito nos permite pensar a mediação para além de sua dimensão conflitual e do âmbito institucional, mais voltado para a administração da justiça, e pensar numa dimensão mais qualitativa e, inclusive, extrajudicial.

⁸ “Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

3 POLÍTICAS PÚBLICAS: UM BREVE PANORAMA CONCEITUAL

À época da promulgação da Constituição Federal de 1988 ganhava destaque a expressão “Constituição onipotente”, derivada da ideia de que a realidade social brasileira poderia ser transformada quase que exclusivamente pelo Direito (ROSILHO, 2014, p. 18 e 19). Assim, foi dado ao Direito o poder de transformar a sociedade, gerando, por conseguinte, grandes expectativas. Ainda conforme o autor, as regras e os princípios fixados na Constituição tinham o objetivo de direcionar as ações governamentais. Após um período de governos ditatoriais, inserir direitos e garantias fundamentais no texto constitucional foi uma estratégia para evitar futuro autoritarismo do Poder Executivo,

Cabe ressaltar importante consideração realizada por Rosilho (2014)⁹

A Constituição, para além de ter disposto sobre a organização do Estado, criou metas que deveriam ser por ele perseguidas e, mais ainda, os meios que deveriam ser observados para implementá-las. A ANC, desse modo, acabou transferindo para o plano constitucional verdadeiras políticas públicas, elementos estranhos a textos constitucionais típicos, dotadas de alto grau de complexidade.

Em sentido similar, Maria Paula Dallari Bucci, em sua obra *Fundamentos para uma Teoria Jurídica das Políticas Públicas* (2013, p.25) declara que o destaque dado ao tema sobre políticas públicas nos anos 1990 se deu ao anseio pela quitação da dívida social, pela realização dos direitos sociais, deixados pelos governos ditatoriais anteriores, sendo assim, necessária mais que uma democracia política, mas, concomitantemente, uma democracia econômica e social.

O assunto de políticas públicas é demasiadamente amplo e complexo, não sendo possível estabelecer um conceito unívoco, razão pela qual se faz necessário articular conceitos para se obter uma definição, mais consensual no plano teórico, sobre política pública, sendo o Estado o agente diretamente ligado às políticas públicas, porém não o único, podendo haver a participação de outros atores tanto da esfera pública quanto privada (GIANEZINI ET AL, 2017). No entanto, para melhor entendimento do presente trabalho, nos filiaremos ao conceito de Bucci (2013, p.38 e 39), no qual “o núcleo de sentido (da

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. *Direito da regulação e políticas públicas*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 33

política pública) reside na ação governamental, isto é, o movimento que se dá à máquina pública, conjugando competências, objetivos e meios estatais a partir do impulso do governo”.

Em uma sociedade tão plural como a brasileira e com tamanha desigualdade social, as políticas públicas são de extrema importância porque visam melhorar o bem comum e a justiça social. Segundo Michael Howlett et al (2013), o Brasil avançou muito através de políticas públicas de promoção do crescimento com equidade, no entanto, ainda que seja uma grande conquista, ainda há muito o que realizar. Dessa forma, é importante que as políticas públicas ampliem direitos e garantem o desenvolvimento social (GIANEZINI ET AL, 2017).

Como foi dito acima, a mediação é pensada, por boa parte da produção teórica sobre a temática, como forma de se resolver um conflito. O conflito é a variável independente neste paradigma. Deslocar a reflexão sobre a mediação e o acesso à justiça a partir dos aportes teóricos das políticas públicas contribuirá, em alguma medida, para se compreender os limites e o alcance da mediação como meio adequado de solução de conflitos inserido no contexto social.

4 POR QUE MEDIAÇÃO COMO POLÍTICA PÚBLICA?

O volume de processos novos distribuídos diariamente no Brasil sugerem que está em curso uma crise estrutural do Poder Judiciário brasileiro, sobretudo no sentido de que o número de casos novos é consideravelmente superior aos casos julgados e baixados. Segundo Relatório Justiça em Números 2019, do Conselho Nacional de Justiça, que analisou dados de 2018, havia 64,6 milhões de processos em tramitação naquele ano¹⁰. Em outros termos, a cada 100.000 habitantes 11.796 ajuizaram demandas judiciais¹¹.

¹⁰ Relatório Justiça em Números 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. p.79> Acesso em: 17 mar. 2020.

¹¹ Relatório Justiça em Números 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/conteudo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf>. p.84> Acesso em: 17 mar. 2020.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Neste período, apenas 11,5% das sentenças proferidas foram homologatórias de acordo¹². Os dados apontam para congestionamento do próprio Poder Judiciário em razão do volume de processos e o baixo índice de acordos realizados.

Embora haja inovações no âmbito da gestão de processos, a insuficiência do quadro de juízes e servidores contribui para dificultar a administração do sistema de justiça. Nesta perspectiva, ainda que haja resultado favorável ao demandante ou aos jurisdicionados em geral, a demora excessiva amplia a insatisfação da população que recorre ao Poder Judiciário, o que afeta sua credibilidade enquanto serviço essencial do Estado.

É exatamente neste contexto que a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça se insere. A referida resolução dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Trata-se de importante marco regulatório no que tange à institucionalização de uma política judiciária que tem como principal escopo elevar os meios adequados de conflitos como medida de primeira categoria na solução de controvérsias. Ao objetivar estabelecer uma política pública permanente para o tratamento adequado dos problemas jurídicos a Resolução nº 125/2010 contribui para uma ressignificação no próprio conceito de administração da justiça.

Algumas medidas práticas foram efetivadas para dar eficácia à própria Resolução. Foram criadas as Semanas Nacionais pela Conciliação, que propiciam, nos diversos segmentos do Poder Judiciário, um espaço exclusivo para realização deste meio adequado de solução de conflitos. A criação do Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania foi medida essencial como política pública no âmbito judicial. Os CEJUSCs, como são conhecidos esses centros, têm como principal finalidade fortalecer e estruturar as unidades judiciárias destinadas à realização de conciliação e mediação. Nesta mesma linha foram criados os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – NUPEMEC. Em 2018 identificou-se 1.088 CEJUSCs em funcionamento no território nacional.

Apesar da importância da Resolução nº 125/2010, sobretudo em estabelecer como política pública os meios adequados de solução de conflitos, ela limita-se ao Poder Judiciário.

¹² Relatório Justiça em Números 2019. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/contendo/arquivo/2019/08/justica_em_numeros20190919.pdf> p.148> Acesso em: 17 mar. 2020.

Orienta e direciona os órgãos judiciários, em diversas esferas, a implementar políticas voltadas para dar tratamento adequado, por meio da mediação e conciliação, aos conflitos de interesse no “âmbito do Poder Judiciário”. O Poder Judiciário é considerado, ainda, como a arena ideal para resolução de controvérsias.

A difusão, ainda que embrionária no Brasil, do modelo multiportas de resolução de conflitos evidencia que a resolução de controvérsia pela via do Poder Judiciário é apenas uma forma. Há outras possibilidades de resolução de conflitos em outras instituições. Pensar a mediação como política pública fora do âmbito do Poder Judiciário requer um conceito substancial de acesso à justiça e um paradigma epistêmico alternativo sobre a mediação.

Kazuo Watanabe (2019, p.82) sustenta que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, consagrado no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988 e também no art. 3º do Código de Processo Civil de 2015, não significa um simples acesso formal ao Poder Judiciário, mas sim a possibilidade de o jurisdicionado obter uma tutela efetiva, tempestiva e adequada, ou seja, acesso a uma ordem jurídica justa. Nesta perspectiva de análise, acesso à ordem jurídica justa significa acesso efetivo aos direitos e garantias constitucionais, ainda que efetivados por meio de uma mediação extrajudicial.

Ainda segundo o autor, os problemas do Poder Judiciário devem ser analisados sob vários ângulos, recebendo destaque a falta de pesquisa sobre as causas da litigiosidade. Os conflitos são inerentes aos seres humanos, logo, não há sociedade sem conflitos, o que, conforme Fabiana Spengler (2019, p.21) não é algo propriamente negativo, mas sim uma experiência necessária ao desenvolvimento pessoal do indivíduo que, por causa da diversidade cultural e de pensamentos, acaba por se envolver em litígios que carecem de diálogo e soluções consensuais com vistas à pacificação social e valorização do ser humano.

A tutela jurisdicional estatal é insuficiente, como foi visto acima. Com efeito, instituir políticas públicas que estimulem a resolução extrajudiciais de conflitos de interesses é primordial para promoção da paz social por meio da educação jurídica de indivíduos e os incentivar a buscar soluções pacíficas para os seus conflitos seus, como preconiza o preâmbulo da Constituição Federal de 1988. A proposta inicial da Lei nº 9.099/95 era avançar neste sentido. Cidadãos promovendo, num ambiente informal, a conciliação entre indivíduos. Esta é a proposta de justiça coexistencial proposta por Cappelletti (2008).

A Lei 13.140/2015 estimula a mediação extrajudicial admitindo, com efeito, mediadores que não tenham formação na área jurídica (art.9º). Assim, a mediação poderá ocorrer em escolas estaduais e municipais, comunidades, associações, entre outros órgãos, por meio do estímulo do Poder Executivo. Se faz importante repensar a administração da justiça, de modo a aprimorar o modelo existente com propostas de novas soluções capazes de tratar eficazmente os conflitos que se multiplicam na sociedade (TARTUCE, p. 149) considerando o Poder Judiciário como uma das opções possíveis para a resolução da controvérsia, sendo estimulada, pelo Estado, a atuação dos cidadãos como protagonistas na composição dos conflitos.

Por outro lado, em uma sociedade cada vez mais marcada pela competitividade, individualismo e intolerância, é premente estimular uma política pública de tratamento dos conflitos, para além do Poder Judiciário, baseada em uma nova cultura cidadã, caracterizada pela valorização da pessoa humana e o pacto entre iguais, estimulando a cooperação, o entendimento e a justiça e paz sociais (SPENGLER et al, 2016, p. 19). A partir desta compreensão é importante pensar a mediação como política pública através de duas perspectivas distintas mais complementares.

Primeiro, pensar mediação para além do paradigma conservador, voltado exclusivamente para o conflito, limita seu alcance. A cultura da mediação traz em seu bojo a interiorização do outro e o próprio reconhecimento da intersubjetividade nas relações sociais. Compreender a resolução do litígio como uma dimensão moral da vida em sociedade contribui não só para solução do litígio posto como também prevenir outros. A resolução do conflito por um juiz afasta o contexto social em que o próprio conflito está inserido, contribuindo mais para a manutenção do mesmo, em diversos casos, do que para a restauração das relações sociais estabelecidas.

Habermas (2003) e Honneth (2003), em perspectivas distintas mas não excludentes, pensam a reconstrução da ordem jurídica a partir das relações sociais e da intersubjetividade que permeiam as relações sociais. O agir comunicativo, para Habermas, e a luta por reconhecimento, para Honneth, são categoriais essenciais que colocam os indivíduos como protagonista na conformação da ordem jurídica, fundamentalmente na dinâmica processual. Pensar a mediação por meio do paradigma epistêmico que dá ênfase ao conflito direciona os meios adequados de resolução de

controvérsias para o Poder Judiciário. Em outra dimensão, pensar a mediação como forma de estimular o protagonismo do indivíduo no encaminhamento de suas controvérsias contribui para ampliar a sociabilidade e a inclusão social.

A segunda perspectiva diz respeito ao papel do Poder Público no fortalecimento da mediação como política pública nos espaços institucionais fora do contexto do Poder Judiciário. Órgãos como o PROCON poderiam servir como um espaço permanente de estímulo ao diálogo. Considerando a necessidade de formação de mediadores extrajudiciais, seriam bem-vindas políticas públicas voltadas para formação de mediadores para resolução de conflitos no âmbito da rede pública de ensino em todos os níveis. Essas políticas públicas, dentre outras, podem colaborar para formar cidadãos com uma perspectiva mais coexistencial acerca da dissolução de conflitos onde o deslocamento para o Poder Judiciário será desnecessário.

Em paralelo, não se pode descuidar de dar especial atenção à mentalidade forjada nos cursos jurídicos e reforçada pela prática judiciária de que a melhor solução para os conflitos é a adjudicação. Há segmentos da própria advocacia que não são simpatizantes dos meios adequados de solução de conflitos pois partem do pressuposto de que perderão mercado de trabalho para outros profissionais envolvidos, como psicólogos, assistentes sociais, entre outros.

Deve-se, conquanto, pensar exatamente ao contrário. A ampliação dos meios adequados de resolução de conflitos estenderá o espectro de possibilidades de trabalho, uma vez que não se pretende a extinção da adjudicação, mas promover uma abordagem adequada para o conflito objetivando a sua melhor composição. Como ressalta Fernanda Tartuce (2019, p. 176 e 187) que não há a intenção de eliminar a atividade jurisdicional clássica nem tampouco sua substituição pelos métodos adequados, porém a coexistência de meios acessíveis integrando um sistema multiportas eficiente e adequado à composição de conflitos, sendo complementares.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho destacou-se que o arcabouço normativo dos meios adequados de resolução de conflitos, compostos pela Resolução nº 125/2010, do Conselho Nacional de Justiça, pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei nº 13.140/2015 contribuiu decisivamente para se elevar tais métodos à dimensão de primeira categoria. Também houve avanço no campo teórico, onde a mediação é categoria de análise essencial tanto para analisar a dogmática processual como também para se debater seu alcance e extensão no campo jurídico.

Como foi dito acima, a produção teórica levada a efeito no Brasil sobre a mediação considerou exclusivamente a dimensão conflitual. Por este ângulo, a ênfase é direcionada para sua importância como forma de reduzir o número de processos que tramitam no Poder Judiciário, de um lado, e, por outro, o desenvolvimento de estruturas judiciais, como a criação dos Centros Judiciários de Resolução de Conflitos e Cidadania, como política pública permanente, no âmbito judicial, em atenção à orientação da Resolução nº 125/2010. Este paradigma teórico foi e ainda é essencial para o desenvolvimento dos estudos e inovação das práticas de mediação.

Conquanto, pretendeu-se analisar a mediação por um paradigma de matiz sociológico. O deslocamento da resolução de conflitos para entidades da sociedade civil, órgãos públicos e associações, por meio de políticas públicas encaminhadas pelo Poder Executivo estimulará maior autonomia dos cidadãos tanto na solução de suas controvérsias como também em sua prevenção. Políticas públicas que estimulem a formação de mediadores extrajudiciais, agentes públicos com esta formação, além de políticas voltadas para realização de mediação extrajudicial nos órgãos permeados por conflitos de toda ordem, como rede pública de ensino, em todas as suas esferas, entre outras, estimulará a integração social por meio do redimensionamento moral das relações sociais como, indiretamente, reduzirá o número de processos que serão encaminhados ao Poder Judiciário.

A mediação, tanto judicial como extrajudicial, é um instrumento com grande poder de realizar uma profunda mudança na cultura da litigiosidade que permeia a sociedade brasileira. Estimulada e operada de forma adequada, com profissionais qualificados e com incentivos materiais e educacionais por parte do Poder Judiciário e do Poder Executivo.

A compreensão da mediação a partir do sistema multiportas, estimulando a mediação judicial e extrajudicial, redimensionará o próprio conceito de acesso à justiça.

O conceito de acesso à justiça como ingresso ao Poder Judiciário precisa ser redimensionado. Pensar acesso à justiça com base nos aportes teóricos de Kazuo Watanabe (2019), é compreender que acesso à ordem jurídica justa corresponde à efetivação de seus direitos, constitucionais e infraconstitucionais, seja através da resolução dos conflitos por meio da mediação extrajudicial, realizada em uma instituição pública de ensino, ou em razão mesmo de uma sentença de mérito proferido por um juiz togado. Essencialmente não há distinção.

A conjugação destas propostas, mediação como política pública e o acesso à ordem jurídica justa, pode contribuir para a resolução efetiva de conflitos como também promover, a um só tempo, maior integração e inclusão social por meio do pleno exercício dos direitos de cidadania.

6 REFERÊNCIAS

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CAPPELLETTI, Mauro. **Processo, ideologias e sociedade**. Trad. Elício de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2008.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Juizados Especiais Cíveis e Ação Civil Pública: uma sistematização da teoria geral do processo**. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

CATHARINA, Alexandre de Castro. A conciliação e a sua aplicabilidade como metodologia alternativa de solução de conflitos: um estudo de caso. In: Roberto Kant de Lima; Maria Stella Amorim. (Org.). **Administração de conflitos e cidadania: Problemas e perspectivas**. Ied. Rio de Janeiro: Autografia, 2017, v.1, p.530-548.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

COSTA, Wilsiene Ramos Gomes da. **Mediação de conflitos como instrumento de pacificação social: um enfoque do desenvolvimento local**. Disponível em <<https://site.ucdb.br/public/md-dissertacoes/13058-dissertacao-wilsiene-pagina.pdf>> Acesso em 10 set.2019.

GIANEZINI, Kelly et al. Políticas públicas: definições, processos e constructos no século XXI. **Revista de Políticas Públicas**. v.21, n. 2, p. 1065-1084. Disponível em <[www.periodicoseletronicos.ufma.br > rppublica > article > download](http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/rppublica/article/download)> Acesso em: 06 jan.2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. **Revista do Curso de Direito da Escola de Gestão e Direito da Universidade Metodista de São Paulo**. v.7, n.7, p.9-37, 2010. ISSN 2176-1094. Disponível em <<https://www.metodista.br/revistas/revistasims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969>> Acesso em: 30 jul.2019.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia: entre a facticidade e validade**. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: Editora 34, 2003.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M; PERL, Anthony. **Política Pública: seus ciclos e subsistemas: uma abordagem integral**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; DA SILVA, Larissa Clare Pochmann. Breves notas sobre a conciliação no Código de Processo Civil. **Revista Eletrônica de Direito Processual**. v. 19, n.3, p. 01-23, setembro a dezembro 2018. ISSN 1982-7636. Disponível em<<https://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/39170/27439>> Acesso em: 23 fev.2019.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo: teoria geral do processo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SPENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **Mediação, conciliação e arbitragem**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa: conceito atualizado de acesso à justiça, processos coletivos e outros estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Baumann. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro, Revan, 1999.

Submetido em 14/07/2019

Aprovado em 12/02/2020

DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS E PARTICIPAÇÃO SOCIAL: A LEGITIMIDADE DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

INSTITUTIONAL DIALOGUES AND SOCIAL PARTICIPATION: THE COURT OF ACCOUNTS' LEGITIMACY FOR PUBLIC POLICY CONTROL

Gabriel Heller¹

RESUMO

O artigo visa debater, através do método hipotético-dedutivo e com base em pesquisa documental e doutrinária, a aptidão do Tribunal de Contas para justificar e obter reconhecimento acerca de sua atuação no controle de políticas públicas. Na primeira parte, trata-se da legitimidade constitucional, resultante da definição pelo constituinte das competências do controle externo e do diálogo institucional que se instaura a partir das fiscalizações entre a Corte de Contas e os demais órgãos e Poderes estatais. Na segunda e última parte, analisa-se a legitimidade democrática do órgão, fundada no exercício do controle interorgânico, que se forma pela contribuição de seus trabalhos para o exercício da cidadania e pela participação social nos processos de seleção do objeto de fiscalização e de decisão do Tribunal de Contas. A pesquisa empreendida permite concluir que a legitimidade para o controle de políticas públicas concretiza-se através de fiscalizações e decisões que interferem no agir administrativo dos Poderes constituídos, mas que os consideram interlocutores cujas opiniões e competências representam, respectivamente, influxo e limite às ações

ABSTRACT

Proceeding through the hypothetico-deductive method, based on documental and doctrinal research, the paper aims to debate the aptitude of the Court of Accounts to justify and obtain acknowledgement regarding its performance in the control of public policy. The constitutional legitimacy comes from the definition by the constituent of the powers of external control and from the institutional dialogue established between the Court of Accounts and the other organs and branches. The democratic legitimacy of the organ, grounded on the exercise of interorganic control within the limits defined by the constituent power, results from the contribution of its work to the exercise of citizenship and from social participation in selecting the auditing subject and in decision-making. The research allows us to conclude that the legitimacy for the control of public policies is realized through inspections and decisions that interfere in the administrative action of the other branches, whilst consider them interlocutors whose opinions and competences represent, respectively, influence and limit to actions of control.

¹ Mestre em Direito (Uniceub). Auditor de Controle Externo do Tribunal de Contas do Distrito Federal (TCDF). Advogado. Colaborador da plataforma de mídia digital Estado da Arte, do jornal O Estado de São Paulo.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

de controle. Ainda, entende-se que a Corte se legitima democraticamente quando sua atuação contribui para o exercício da cidadania, seja ao longo do processo de controle externo, seja em função de seus resultados.

Furthermore, it is understood that the Court democratically legitimates itself by contributing to the exercise of citizenship, either through the procedure or through its results.

PALAVRAS-CHAVE

Tribunal de Contas. Legitimidade constitucional e democrática. Diálogos institucionais. Cidadania. Participação social.

KEYWORDS

Court of Accounts. Constitutional and democratic legitimacy. Institutional dialogues. Citizenship. Social participation.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, a construção das democracias começa pelo enfraquecimento de um poder absoluto concentrado nas mãos de um monarca ou ditador, que passa a compartilhar as prerrogativas e as funções estatais com um Poder Legislativo composto por representantes do povo ou de uma parte deste. Nasce, assim, um Parlamento que tem, em regra, duas competências basilares: legislar e controlar o Poder Executivo.

Essa separação é seguida pelo desenvolvimento de um Poder Judiciário independente e se aperfeiçoa quando as funções de governo e de execução se diferenciam, ainda que comandadas por um mesmo órgão, responsável pela condução política e administrativa do Estado (SOUZA JUNIOR, 2002). Dá-se, pois, a repartição do poder, seja sob o fundamento de garantia das liberdades públicas, seja como técnica de divisão do trabalho que permite a realização ótima das funções estatais. Em muitos países, prossegue-se tal partilha com a criação de cortes constitucionais, tribunais administrativos e cortes de contas, os quais herdam competências até então reservadas a algum dos três Poderes clássicos.

Em busca de uma redefinição da teoria da separação dos Poderes condizente com as mutações da sociedade e do Estado, desenvolve-se uma nova tripartição. Etribada funcional e não organicamente, distinguem-se as funções de determinação, execução e controle de políticas, que serão distribuídas aos diferentes órgãos conforme a configuração que cada constituição preveja (LOEWENSTEIN, 1986).

A partir daí a questão passa a ser se, na prática, a atuação dos distintos centros de poder corresponde às atribuições que lhes foram cometidas pela Constituição e se os cidadãos conseguem perceber-se como destinatários efetivos do poder e dos serviços públicos. Nas últimas décadas, o relativo fracasso dos governantes na satisfação dos anseios sociais e a controversa ocupação de espaços – antes reservados a representantes eleitos – por tribunais e órgãos burocráticos reacenderam o debate acerca da legitimidade das instituições estatais em geral e da necessidade de participação popular para a construção de democracias factuais.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Legislação, doutrina e sociedade concentraram-se nos mecanismos por meio dos quais os cidadãos pudessem influenciar a determinação de políticas públicas, isto é, as etapas de definição da agenda (inclusão do problema na lista de prioridades do poder público) e de formulação (especificação da alternativa de ação) (SARAVIA, 2006). Isso naturalmente conduziu o foco da interação sociedade-Estado para os Poderes Legislativo e Executivo, deixando à margem da discussão atores institucionais dotados de competências para colaborar para o alcance dos objetivos constitucionais, notadamente o Poder Judiciário, o Ministério Público e o Tribunal de Contas.

O presente artigo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, dedica-se ao último desses atores, o Tribunal de Contas, visando à explicitação e à justificação da legitimidade desse órgão para atuar no controle de políticas públicas, desde a definição da agenda até a fase de avaliação. Consigne-se que por legitimidade, aqui, entende-se a aptidão do órgão para justificar e obter reconhecimento acerca de sua atuação em uma determinada função.

Dessa forma, em sentido similar ao descrito por WILLEMAN (2017), advoga-se que a legitimidade do Tribunal de Contas no controle de políticas públicas tem natureza dúplice: de um lado, uma legitimidade constitucional, pela investidura, amparada na configuração que a Carta de 1988 deu à instituição e nas competências que lhe legou; de outro, uma legitimidade democrática, pelo exercício efetivo de sua função de controle em benefício e com a participação do povo.

Na primeira parte, trata-se do exercício da função administrativa em senso lato como objeto da fiscalização do Tribunal de Contas, abarcando, portanto, as políticas públicas levadas a efeito pelos governantes, bem como do peculiar diálogo institucional que se desenvolve entre o Tribunal de Contas e os Poderes constituídos na fiscalização de políticas públicas. Na segunda e última parte, defende-se que a legitimidade democrática da Corte de Contas se ampara na interação que constrói com a sociedade, isto é, na contribuição do órgão para que se desenvolva um governo pelo e para o povo e nas formas pelas quais o Tribunal funciona como instrumento de intervenção da cidadania na gestão pública.

2 DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O princípio da legalidade, compreendido em uma acepção ampla, para além da chamada legalidade estrita, implica a ideia de que todo e qualquer exercício de poder estatal há de se dar em conformidade com o ordenamento jurídico, isto é, com o conjunto das regras jurídicas vigentes (BONAVIDES, 2017). A noção de legalidade não se restringe, portanto, a limitar o arbítrio dos detentores do poder, mas também a predeterminar o conteúdo da atuação estatal (GRAU, 2014).

Essa observação vale indistintamente para todos os agentes e órgãos estatais, independentemente de sua função normativa, executiva ou controladora, os quais deverão orientar suas ações para o atendimento formal e material do que prevê a legislação, em especial, a Constituição Federal (CF/88). Ao conferir às instituições públicas determinadas atribuições, o poder constituinte originário conferiu-lhes uma legitimidade pela investidura para o desempenho dessas competências: trata-se do que aqui se denomina legitimidade constitucional.

No caso do Tribunal de Contas, faz-se mister investigar, primeiramente, se os contornos orgânicos e funcionais traçados pelo legislador constitucional autorizam sua fiscalização sobre as políticas públicas a cargo, precipuamente, dos Poderes Legislativo e Executivo. Sendo afirmativa a resposta a essa indagação, cumpre examinar a particular forma de diálogo institucional que a Corte estabelece com os órgãos jurisdicionados, tendo por desiderato imediato controlar a atuação estatal.

2.1 DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO OBJETO DO CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS

A doutrina clássica do Direito Administrativo definia a função administrativa como aplicação da lei de ofício (SEABRA FAGUNDES, 1984). Com tal noção, reservava-se à Administração Pública uma atuação quase mecânica e se obscurecia toda a complexidade envolvida nesse mister.

Mais condizente com a realidade é a definição dessa função como o agir estatal direto para concretização de tarefas técnicas e periódicas com vista à realização das promessas

estatais exteriorizadas nos textos constitucionais e legais (HESSE, 1998). Essas tarefas técnicas e periódicas constituem, o mais das vezes, políticas públicas, entendidas como fluxo de decisões públicas envolvendo ações ou omissões que visam atuar de maneira conservadora ou transformadora em face de uma dada realidade social (SARAVIA, 2006). Não à toa, há quem defenda que a implementação de políticas públicas seria em si uma nova função do Estado (GRAU, 2014).

As políticas públicas tornaram-se, pois, elemento nuclear do Direito Público (BUCCI, 2006), em especial pelo fato de serem instrumento da Administração para a promoção de direitos fundamentais (OLIVEIRA, 2010). Com vista ao atendimento de suas incumbências constitucionais, os gestores dispõem os recursos do Estado e põem em marcha a engrenagem do poder público, dando origem a um dever de prestação de contas alçado, pelo constituinte de 1988, à condição de princípio sensível (art. 34, VII, d).

No regime constitucional brasileiro, para garantir a observância desse princípio, o controle externo da Administração Pública foi atribuído ao Poder Legislativo e ao Tribunal de Contas (art. 70 e seguintes, CF/88), impondo-se a este a realização de fiscalizações de natureza contábil, orçamentária, financeira, patrimonial e operacional, em caráter ora autônomo, ora auxiliar. Em função de sua natureza eminentemente técnica e independente, pode-se caracterizar a Corte de Contas, na seara das políticas públicas, como um ator a um só tempo “burocrático”, por ter competências formais e responsabilidades atribuídas por lei, e “especialista”, por ser sua intervenção alicerçada nos conhecimentos especializados dos agentes públicos que o compõem (DENTE; SUBIRATS, 2014).

Destaca-se, por conseguinte, como característica atávica do corpo funcional desse órgão, a multidisciplinariedade, indispensável para empreender seu mister (IOCKEN, 2014). É que, a teor do referido art. 70 da Constituição, o controle externo da Administração Pública deve ter como parâmetros, além da legalidade, a legitimidade e a economicidade, não se afastando, a priori, nenhum ramo do agir administrativo de qualquer dos Poderes. A corroborar a necessária polivalência coletiva do Tribunal de Contas, requer-se que seus Ministros e Conselheiros sejam dotados de notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública (art. 73, III, e 75 da CF/88).

Tendo a função administrativa por desiderato oferecer respostas às demandas sociais (OLIVEIRA, 2010), o que se realiza, em geral, a partir de dispêndios sob a forma de

políticas públicas, há que se reconhecer que estas compõem o objeto de controle da Corte de Contas. Devendo realizar fiscalizações sob a perspectiva da legalidade, podendo assinar prazo para adoção de medidas específicas para cumprimento da lei (art. 71, IX, F/88), o Tribunal se transforma em um legítimo intérprete dos comandos jurídicos que guiam a Administração, precipuamente no que toca às políticas públicas.

Sabe-se que o que cada dispositivo legal – em sentido amplo – traz é o enunciado normativo, o texto, o qual se converte em norma jurídica apenas com a atividade de interpretação e aplicação (GRAU, 2017). Se o órgão está vinculado à Constituição e age conforme o procedimento nela estabelecido, sendo competente para a exarcação de decisões dotadas de força cogente em face do administrador, constata-se uma legitimação procedimental constitucional e uma função de partícipe no processo de interpretação e criação do Direito (HÄBERLE, 2012). O controle de juridicidade das políticas públicas operado pela Corte de Contas ratifica, pois, o papel do Direito na conformação e instrumentalização dessas ações estatais (COUTINHO, 2013).

O constituinte foi, porém, mais longe, conferindo ao Tribunal de Contas o dever-poder de analisar o mérito administrativo e os meios de que se serve a Administração para atender a sua função (BARBOSA, 2010). Assim se afirma porque incluiu, como critérios de apreciação, a legitimidade e a economicidade e porque determinou que se empreenda a fiscalização orçamentária, financeira, patrimonial, contábil e operacional, dicção que revela a abrangência dos objetos do controle: o orçamento público, as atividades de arrecadação e desembolso de recursos, a obtenção e a manutenção do patrimônio público, as demonstrações contábeis e, mais genericamente, as operações da Administração Pública, isto é, a gestão pública lato sensu.

Se a toda função – inclusive à de controle – corresponde o dever de buscar o atendimento de certa finalidade no interesse de outrem (BANDEIRA DE MELLO, 2016), podem-se verificar dois objetivos básicos a cargo da Corte de Contas: proteção do erário e promoção da boa administração pública. Como reflexo desses deveres do Tribunal de Contas e da Administração como um todo, exsurge um direito difuso dos cidadãos a uma gestão responsável que dê à coisa pública destinação apta a cumprir as promessas constitucionais, identificando-se no controle externo uma forma peculiar de tutela de direitos.

Fala-se em uma tutela sui generis de direitos porque a atuação da Corte de Contas, de regra, não leva à solução de conflitos de interesses pela concessão dos bens da vida

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

reclamados por qualquer das partes do processo (WILLEMANN, 2017). Ao órgão de controle compete realizar fiscalizações (art. 71, IV, CF/88) para avaliar a aderência dos atos administrativos ao disposto no ordenamento jurídico (auditorias de conformidade), bem como o desempenho de políticas públicas, planos e programas, sob critérios de economicidade, eficiência, eficácia e efetividade (auditorias operacionais) (INSTITUTO RUI BARBOSA, 2011).

Com isso, o Tribunal examina mais do que falhas pontuais na promoção de direitos. A constatação do problema, obviamente indispensável, é também o ponto de partida para a aferição de suas consequências e, mais importante, para a investigação de suas causas, as quais constituem, idealmente, o fundamento das medidas cuja adoção o Tribunal determinará ou recomendará ao gestor público (BRASIL, 2010). Tão importante quanto identificar o efetivo descumprimento de um fim legal ou constitucional é demonstrar sua origem, a qual pode estar na inexistência de uma ação estatal específica para combater um problema ou em defeitos de uma já existente.

Nessa senda, evidencia-se que o Tribunal de Contas pode e deve realizar suas fiscalizações em qualquer das fases da política pública. No tocante ao estabelecimento da agenda, a Corte pode ser o ator que leva ao conhecimento da Administração ou do Parlamento a existência de um problema, bem como pode contribuir para uma definição mais clara e precisa de uma situação indesejada. É igualmente possível que o órgão de controle constate, em uma ação pública já em andamento, falhas ou irregularidades em sua formulação, bem como a desconformidade da implementação ou da execução em relação à alternativa legalmente estabelecida. Por fim, também se justifica que os auditores de controle externo examinem se o acompanhamento, como supervisão concomitante, e a avaliação, realizada a posteriori, estão sendo realizados na forma exigida pela legislação e pelo inafastável dever de boa administração.

A função de controle externo é inconfundível com a função administrativa porque as decisões do Tribunal de Contas, ao contrário das decisões e dos atos administrativos, têm por objetivo imediato a conservação do Direito, e não o cumprimento de tarefas materiais postas constitucional ou legalmente (HELLER; SOUSA, 2019). Ao desenvolver esse mister, o órgão fiscalizador passa a integrar, com os Poderes constituídos, o complexo institucional responsável pela promoção do bem-estar social prometido pela Carta de

1988. Cumpre, pois, analisar as formas previstas pela Constituição para a interação do Tribunal de Contas com as demais instituições no âmbito das políticas públicas.

2.2 DA FUNÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NO DIÁLOGO INSTITUCIONAL SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS

Cada Constituição traça um desenho institucional cujos contornos serão preenchidos pelos deveres e poderes dos órgãos constitucionais, com vista ao atingimento dos objetivos também por ela firmados. A CF/88 manteve a tradição republicana brasileira, estabelecendo os três Poderes clássicos em seu art. 2º; a estes, somou dois órgãos autônomos: o Ministério Público, positivado como essencial ao cumprimento da função jurisdicional, e o Tribunal de Contas, ao qual atribuiu uma série de competências e formas de relacionamento com as demais instituições estatais.

Desse modo, considera-se a Corte de Contas inserida em um cenário de policentrismo institucional em que o poder do Estado é desdobrado em diversas funções de natureza política, viabilizando controles recíprocos de matriz constitucional (MOREIRA NETO, 2003). Conquanto o controle externo a cargo desse órgão seja preponderantemente técnico, sua capacidade de intervir sobre a atuação dos três Poderes coloca-o como ator *sui generis* que torna insuficiente, para a compreensão da dinâmica brasileira de freios e contrapesos, o rígido esquema legado por Montesquieu (TORRES, 1993).

Coloca-se o Tribunal, portanto, como partícipe de diálogos institucionais (ou constitucionais) (WILLEMANN, 2017), em que o sentido da Constituição é visto como resultado de uma complexa interação entre os órgãos estatais e entre estes e a sociedade, reconhecendo-se múltiplos pontos de observação com vista à produção de respostas mais consistentes ou aceitáveis para os diversos interlocutores (MENDONÇA, 2015). A inserção da Corte no modelo dialógico pode ser aferida no exercício de competências finalísticas (incisos I a VI do art. 71, CF/88) e instrumentais (incisos VII a XI do mesmo artigo) previstas explícita ou implicitamente na CF/88 (SCAPIN, 2019).

A primeira atribuição que a CF/88 confere diretamente ao órgão de controle externo é a apreciação das contas anuais prestadas pelo Chefe do Poder Executivo, a qual se materializa em um parecer prévio cujo destinatário é o Poder Legislativo, responsável por julgar essas contas. Exemplo típico de uma atuação ancilar, o parecer prévio – e sua

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

indispensabilidade – denotam a intenção do constituinte de que o julgamento das contas não fosse tido como um ato exclusivamente político. Assim, embora seja dado ao Parlamento divergir da conclusão da Corte, a opinião tecnicamente fundamentada cria para os representantes do povo um ônus argumentativo e uma exposição em face da sociedade que remete inexoravelmente a um diálogo.

O caráter dialógico do controle externo é, porém, ainda mais evidente quando se dá o julgamento de contas dos administradores públicos, a apreciação da legalidade dos atos de admissão de pessoal e concessão de aposentadorias, reformas e pensões e a realização de inspeções e auditorias de natureza financeira, orçamentária, patrimonial, contábil ou operacional (incisos II, III e IV, respectivamente). Essas formas de atuação finalística do Tribunal ganham efetividade quando conjugadas com seus deveres-poderes instrumentais, isto é, suas competências para aplicação de sanções, para assinar prazo para adoção de medidas específicas visando ao cumprimento da lei, para sustação de atos e para representação ao Poder competente em vista de irregularidades e abusos (respectivamente, incisos VII, VIII, IX e X).

Quando julga contas, a Corte tem, em regra, três opções de decisões de mérito: regularidade, regularidade com ressalvas ou irregularidade das contas; nesses processos, verificados atos que sujeitem as contas à rejeição, abre-se a oportunidade para o contraditório do gestor. Mais importante, em termos de políticas públicas, é o fato de que o julgamento pela irregularidade ou pela regularidade com ressalvas implica a indicação de falhas e irregularidades que devem ser evitadas ou sanadas, abrindo-se para os responsáveis atuais e futuros, bem como para os parlamentares, uma via de mudanças na Administração Pública.

Do mesmo modo se dá quando aprecia os chamados “atos de pessoal” e realiza fiscalizações in loco (auditorias e inspeções). Ao identificar violações a normas, a Corte tem competência para sustar os atos lesivos à ordem jurídica, mas não sem antes instaurar um diálogo com o jurisdicionado, assinando-lhe prazo para que adote sponte propria as providências necessárias ao exato cumprimento da lei – o que, na prática, corresponde à exarcação de determinações, as quais podem veicular um facere ou um non facere a cargo do gestor (art. 71, IX e X, CF/88) .

No âmbito das políticas públicas, pode ser simples constatar a ineficiência ou a inefetividade da ação estatal, mas é exponencialmente mais complexo evidenciar as

causas dessas falhas e as medidas específicas imprescindíveis a seu saneamento e ao atendimento da Constituição e da legislação que enformam o agir administrativo. Não as identificando, o Tribunal de Contas padece de competência para fazer mais do que recomendar ações ao órgão fiscalizado ou mesmo ao Parlamento (HELLER, 2019).

Conquanto desprovidas de cogência, as recomendações não devem ser entendidas como demérito ou expressão de fraqueza. Muito pelo contrário, são elas uma valorosa oportunidade para o estabelecimento de um diálogo institucional em que o provimento da Corte de Contas adquire um caráter provisório que pode ser contestado e revisto, assim como pode levar diretamente a transformações nas políticas públicas (WILLEMANN, 2017). Nada obsta, igualmente, que o órgão de controle, demonstrando a omissão do Poder Público ou a insuficiência de sua atuação para atender ao disposto no ordenamento jurídico, determine genericamente a adoção de providências para aperfeiçoar a ação estatal, abstendo-se de ordenar medidas específicas ou apenas as recomendando (BARCELLOS, 2007).

Outrossim, a competência para emissão de recomendações e determinações também levou à criação de dois instrumentos específicos de interlocução e compromisso entre a Administração Pública e o Tribunal de Contas, quais sejam, o plano de ação e o termo de ajustamento de gestão (TAG). O primeiro corresponde a um planejamento, elaborado pelo gestor responsável e aceito pela Corte, em que são explicitadas as medidas que serão adotadas para cumprimento das determinações e recomendações proferidas, contendo as ações a serem implementadas, os responsáveis por estas e os respectivos prazos. Já o TAG, inspirado no termo de ajustamento de conduta do Ministério Público e ainda não tão consolidado na praxe do controle externo, constitui uma espécie de contrato entre a Corte e o gestor, o qual se compromete a tomar providências para a melhoria do desempenho dos órgãos e programas sob fiscalização (REIS, 2015).

O instituto da “consulta”, criado pelo legislador infraconstitucional, configura outra moderna forma de interação que mitiga o risco de prática de ilícitos. Mais do que isso, viabiliza uma ação controladora que não paralisa a Administração ou amedronta gestores, mas sim dá “conforto jurídico” aos agentes públicos que “estejam por inovar, criar ou pretender trilhar sendas novas” (ATALIBA, 1986).

Mesmo quando limitações fáticas ou jurídicas impedem o órgão de controle de determinar as medidas que entende mais benéficas para o aperfeiçoamento do agir administrativo

objeto de exame, a fiscalização e a comprovação de que certos deveres da Administração não estão sendo cumpridos podem bastar para que haja uma quebra da inércia estatal e a instituição de um diálogo constitucional (IOCKEN, 2014). Não seria descabido imaginar situações em que a censura do Tribunal a um certo ato administrativo, com base na legislação vigente, leva o Poder Legislativo a inovar no ordenamento jurídico, por perceber ou entender que a postura do gestor deveria ser positivada como atitude correta, lícita e cogente. Nesses casos, a contrariedade do legislador em face da Corte representa uma forma de *backlash* (ARAÚJO, 2017) e corrobora a posição do órgão fiscalizador na teoria dos diálogos.

O fato de o controle externo da Administração ser compartilhado, na forma ditada pela CF/88, pelo Poder Legislativo e pelo Tribunal de Contas leva a uma vinculação indissolúvel entre estes (HELLER; SOUSA, 2019). Não por acaso, a Carta prescreve-lhes diversas hipóteses de interação, merecendo destaque a iniciativa compartilhada para realização de fiscalizações (art. 71, IV, CF/88), o dever da Corte de prestar as informações solicitadas pelo Parlamento sobre os resultados de auditorias e inspeções empreendidas (art. 71, VII, CF/88), a competência subsidiária do órgão de controle para sustação de contratos, em caso de silêncio da Casa legiferante (art. 71, §§ 1o e 2o, CF/88), e a atuação conjunta nos casos de execução de despesas não autorizadas (art. 72, caput e §§ 1o e 2o, CF/88).

Consciente de que o melhor controle é aquele capaz de incluir as diferentes técnicas de fiscalização (FREITAS, 2009) e de que não pode ser realizado de maneira isolada, a Constituição ainda incumbiu o Tribunal de representar ao órgão competente sobre irregularidades ou abusos apurados (art. 71, XI, CF/88), o que deve se dar tanto em face de atos específicos como de políticas públicas mais abrangentes. Nessa senda, entende-se presente um imperativo de contribuição efetiva e dialógica entre Corte de Contas, Ministério Público e Poder Judiciário, visando à maximização da efetividade dos direitos fundamentais (SARLET, 2009).

O processo de controle externo diferencia-se, em regra, do processo judicial pelo fato de não visar à atribuição direta do bem da vida reclamado pelo autor da ação. A atuação *ex officio* do Tribunal de Contas tem, portanto, orientação macro, de modo que os auditores de controle externo se debruçam quase integralmente sobre questões coletivas e se amparam em evidências técnicas para atacar a causa dos problemas verificados nas

políticas públicas. Seja diante de ações individuais, seja em face de demandas coletivas em que estão em jogo direitos coletivos (*lato sensu*), parece recomendável que, quando viável, o juiz se valha de elementos já colhidos e analisados pela Corte de Contas ou mesmo aguarde o término de fiscalização específica e tempestiva que esteja em curso (BARCELLOS, 2007). Como defende Ricardo Lobo Torres, em se tratando de direitos sociais e econômicos, “[a] pretensão do cidadão é à política pública, e não à adjudicação individual de bens públicos” (TORRES, 2010).

A extensão do papel do Tribunal de Contas no diálogo institucional sobre políticas públicas revela-se, caso a caso, a partir da identificação de espaços vazios deixados pelos Poderes majoritários (IOCKEN, 2014) e do grau de especificidade do dever cometido a estes pela Constituição e pelas leis (MENDONÇA, 2010). Deve curar, nesse sentido, para não incorrer no que a doutrina denomina *accountability overload*, uma sobrecarga de controle com potencial danoso para a institucionalidade e para a própria efetividade das ações estatais (WILLEMANN, 2017).

No exercício tanto de suas competências autônomas quanto de suas atribuições ancilares, o Tribunal de Contas busca assegurar que os agentes públicos atendam aos comandos do ordenamento jurídico com vista à proteção do erário e à promoção da boa administração, tendo, pois, uma função garantidora de direitos dos cidadãos. Sendo estes os destinatários de todo agir estatal – inclusive do agir controlador –, infere-se que a Corte de Contas só atuará de maneira plenamente legítima se suas ações representarem uma contribuição ao desenvolvimento da cidadania e à realização da democracia. Nessa vereda, o diálogo com os “Poderes com voto” aproxima a legitimidade constitucional e a legitimidade democrática do órgão de controle.

3 DA LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO TRIBUNAL DE CONTAS NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Os conceitos e as modalidades de democracia são objeto das mais diversas e antigas formulações práticas e teóricas. Para os fins deste trabalho, adere-se ao conceito mínimo de democracia de Joseph Schumpeter (1961), segundo o qual democracia significa que “as rédeas do governo devem ser entregues àqueles que contam com maior apoio do que outros indivíduos ou grupos concorrentes”, dando-se tal concorrência de forma livre.

Parte-se do conceito mínimo em função do entendimento de que essa caracterização comporta gradação, podendo-se falar em regimes mais ou menos democráticos, bem como em boas ou más democracias. Nessa escala, inevitavelmente imprecisa, defende-se que regimes democráticos trazem consigo uma “obrigação de meio” de maximizar a responsividade dos governantes às preferências de seus cidadãos, pressupondo-se, para isso, que se atribuam a estes oportunidades para formular suas preferências, expressar, individual ou coletivamente, suas preferências a seus concidadãos e ao governo e ter suas preferências igualmente consideradas na condução político-administrativa do Estado (DAHL, 2015).

A legitimidade democrática não advém, portanto, simples e exclusivamente do voto, mas se funda na ideia de participação potencial ou efetiva dos cidadãos na tomada de decisões de qualquer órgão que exerça uma parcela do poder estatal. De seu turno, a participação depende da atribuição aos cidadãos dos meios procedimentais e, na medida do possível, materiais para exporem suas opiniões e preferências e tê-las registradas e consideradas como parte do processo decisório. A legitimidade democrática das instituições públicas é, assim, verificada apenas no exercício de suas competências, momento em que se poderá aferir se conferem ao povo, de fato, oportunidades para interferirem na gestão do Estado.

Tratando-se do Tribunal de Contas, a legitimidade democrática pode dar-se em duas vertentes: na primeira, por meio de sua atuação finalística, a Corte contribui com subsídios materiais para o exercício da cidadania e, reflexamente, para um adensamento da prática democrática; na segunda, ao incluir os cidadãos em seus processos fiscalizatórios e decisórios, o órgão de controle externo converte-se em instrumento de participação social na gestão pública.

3.1 DA COLABORAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS PARA O EXERCÍCIO DA CIDADANIA

O reconhecimento de um direito a formular e expressar preferências é praticamente vazio, se desacompanhado de garantias que o enformem. Dessa forma, fala-se em um dever das instituições de tornar a deliberação ideal possível, conferindo aos cidadãos as condições para a formação e manifestação da vontade (COHEN, 1997).

O requisito mínimo para que pessoas desenvolvam racionalmente seus desejos é a disponibilização de informação, em quantidade e precisão tão elevadas quanto faticamente possível (AMARAL JÚNIOR, 2005; RODRIGUES, 2014). Assume-se que a autonomia pública pressupõe o direito às condições necessárias para participar do debate público (BARROSO, 2012).

Conquanto indispensável, a mera divulgação de informações acerca de políticas públicas pela Administração Pública costuma significar pouco quando desacompanhada de análise e interpretação (DENTE; SUBIRATS, 2014). Um procedimento democrático implica a ideia de que seus resultados só são razoáveis e justos quando se originam de um fluxo de informações e exames correspondentes que não sofrem obstrução de quem quer que seja (HABERMAS, 1998).

Se o crescimento das atribuições do Estado induz uma maior cobrança para que preste contas sobre dispêndios públicos e promova os direitos individuais e coletivos, revela-se fundamental possibilitar aos cidadãos o conhecimento das avaliações apartidárias empreendidas pelo Tribunal de Contas (FONTES, 2012). Para atendimento a contento dessa expectativa, a Corte de Contas deve primar pela máxima divulgação de sua atuação e pelo uso de linguagem e forma claras e objetivas, para que suas conclusões cheguem tempestivamente à sociedade e sejam por esta compreendidas (IOCKEN, 2014).

Trata-se de um dever de defender publicamente seus exames e decisões, permitindo o aprofundamento dos debates concernentes ao interesse público e aproximando a população da gestão pública (FONTES, 2012). Impõe-se, portanto, estimular a criação de canais de informação e de procedimentos de difusão, em articulação com outros órgãos estatais ou mesmo com entidades da sociedade civil, notadamente aqueles dedicados ao controle da Administração.

Também para os representantes do povo, o controle técnico há de ser visto como aliado da democracia. Como afirmado, os trabalhos do Tribunal podem servir para quebrar a inércia por parte do governo e de seus apoiadores no Parlamento e fora dele, não apenas como provocação, mas também pelo papel que a especialização científica desempenha para ajudar ou mesmo compelir o tomador de decisão a dar-se conta do sentido último de seus atos (WEBER, 2011).

Quiçá mais importante, porém, é o aporte que as fiscalizações trazem para o exercício de uma oposição consciente, responsável e propositiva. Nessa vereda, destaca-se a

oportunidade para que os minoritários, parcialmente derrotados na batalha eleitoral, participem de forma pertinente e, por meio de suas conexões formais e informais, movimentem a opinião pública (FREITAS, 2009). Não se mostra excessiva a advertência de que, “na ausência de elementos minimamente objetivos, a matéria-prima do debate público acaba por ser formada por acusações pessoais, promessas infactíveis, manipulações de dados e propaganda” (BARCELLOS, 2007). Configura-se, nessa senda, uma atuação a um só tempo informativa, pedagógica e colaborativa da Corte de Contas em prol da democracia.

Retomando-se a premissa de que a democracia comporta graus, evidencia-se um aprofundamento do regime democrático e do controle social quando os indivíduos são dotados de condições materiais equivalentes e suficientes para o bem viver, o que inclui saúde, educação, saneamento básico, entre outros (BARCELLOS, 2007). Quando realiza auditorias tendo por objeto políticas públicas destinadas a promover direitos fundamentais, notadamente na seara educacional, a qual reflete diretamente na capacidade crítica do cidadão, o órgão de controle reforça sua legitimidade como agente estatal da democracia.

Entende-se que a efetividade da intervenção de atores em uma política pública depende, entre outros fatores, de recursos cognitivos, isto é, da disponibilidade de informações ou de modelos interpretativos relevantes para a tomada de decisão (DENTE; SUBIRATS, 2014). Considerando a dialética que perpassa os processos de controle externo, com apresentação de razões de ordem pública que têm como destinatária última a população, vislumbra-se na Corte de Contas um apoio fundamental ao exercício da cidadania, pela conversão dos indivíduos em atores informados capazes de deliberar consciente e racionalmente no processo de ação pública.

É com esse fundamento que a doutrina vem defendendo uma ampliação substantiva da tarefa do Tribunal de Contas, incluindo em sua função orientativa a promoção de cursos e treinamentos para qualificar gestores e servidores dos órgãos jurisdicionados (FERRAZ, 2009). Não há, contudo, motivos para restringi-los a agentes públicos: igualmente oportunos se mostram seminários e eventos de capacitação com a participação de membros da própria comunidade, em especial aqueles que exercem funções representativas em entidades como os conselhos gestores de políticas públicas.

Há ainda uma colaboração do Tribunal de Contas para a democracia que se dá, paradoxalmente, a partir de uma relativa restrição ao direito político por excelência: o voto. Assim se afirma porque, ao regulamentar o art. 14, § 9º, da CF/88, o legislador estabeleceu a inelegibilidade daqueles que tiverem suas contas rejeitadas por decisão irrecorrível do órgão competente em função de irregularidade insanável que configure ato doloso de improbidade administrativa (Lei Complementar nº 64, art. 1º, I, g). Como, a teor do art. 71, II, CF/88, cabe à Corte julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, resta-lhe um poder indireto para tirar dos eleitores a opção de votar em gestores ímprobos (WILLEMANN, 2017).

As formas de interação entre o órgão de controle e a sociedade tratadas até aqui se limitaram a hipóteses em que os cidadãos são destinatários passivos das diversas formas de atuação do Tribunal. Contudo, a legitimidade democrática do Tribunal de Contas exsurge também da participação cidadã nos próprios trabalhos e decisões da Corte.

3.2 DO TRIBUNAL DE CONTAS COMO INSTRUMENTO DE PARTICIPAÇÃO SOCIAL NA GESTÃO PÚBLICA

O foco das discussões acadêmicas concernentes à participação social frequentemente restringe-se aos âmbitos legislativo e executivo, descurando-se do proveito prático e simbólico de trazer o cidadão para o debate acerca da aplicação contenciosa da lei e da interpretação acerca do atendimento ou não pelo Poder Público dos deveres que as normas lhe impõem. A valia do contributo dos indivíduos afetados pelas políticas públicas assoma em importância quando a eficiência e a efetividade destas são verificadas pelo Tribunal de Contas, afinal, o controle de legitimidade previsto no caput do art. 70 da CF/88 deve ser entendido como a aferição se o interesse público está sendo de fato visado pela ação administrativa.

O convívio do controle social com estruturas de controle como o Tribunal de Contas recebe da doutrina a alcunha de *accountability* diagonal, a qual visa “engajar a cidadania na atuação das instituições horizontais de controle (...), incrementando a efetividade da função *watchdog* da sociedade civil” (WILLEMANN, 2017). Vincula-se a essa possibilidade de interação o disposto no § 2º do art. 74, que atribui a qualquer cidadão,

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

partido político, associação ou sindicato a legitimidade para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas.

Embora se possa considerar tal previsão dispensável, em razão do direito geral de petição previsto no art. 5º, XXXIV, a, da CF/88, guarda ela um simbolismo por estabelecer uma relação específica entre a sociedade e o controle externo. Essa realidade deve ser identificada, assim, como representativa da nova cidadania emergente a partir do fim do século XX, em que o “cidadão-cliente”, consciente de sua posição jurídica em face do Estado, busca participar dos procedimentos passíveis de resultar em decisões estatais atinentes a direitos seus. Trata-se do reconhecimento de que o significado de interesse público deve ser definido de maneira compartilhada com a população (GODOY, 2011).

O estímulo à participação na provocação do controle influencia diretamente a agenda fiscalizatória do Tribunal de Contas e, reflexamente, a hierarquização das prioridades pela Administração Pública (FREITAS, 2009). Assim se dá principalmente quando se tem em conta que as deliberações da Corte em sede de políticas públicas não têm, de regra, caráter subjetivo, gerando consequências para toda a coletividade a partir de uma eventual reconfiguração dos fluxos de ações avaliados. Conquanto não exista um dever do órgão de controle de fiscalizar o objeto da denúncia, reconhece-se-lhe uma obrigação de considerá-la e, no mínimo, submetê-la a uma análise, junto a outros temas, que considere fatores como materialidade, relevância social, risco e indícios efetivos de irregularidades. Aqui, o Tribunal atua simultaneamente como um canal de acesso da população à Administração e como um filtro de suas demandas, conferindo-lhe um olhar técnico imparcial.

Mais além, ao longo do procedimento fiscalizatório, os auditores de controle externo podem colher informações e opiniões de especialistas e associações que tenham conhecimento e interesse específico na área, utilizando-os como subsídios para suas proposições ao corpo deliberativo da Corte. Assume-se, pois, que o exame não deixa de ser técnico por receber influxo de pontos de vista dos verdadeiros destinatários das políticas públicas; pelo contrário, a análise técnica ganha tanto em completude quanto em legitimidade quando se torna um procedimento participativo.

Por derradeiro, cumpre tecer comentários sobre a participação social no processo decisório do Tribunal de Contas, operada a partir da atuação de *amici curiae* nos feitos que tramitam no órgão (DISTRITO FEDERAL, 2017). Ao se admitir esse contributo para

a interpretação dos fatos e dos enunciados normativos, amplia-se o caráter deliberativo e democrático de seus provimentos, os quais têm consequências diretas e indiretas sobre a seleção e a construção de programas e estratégias de ação pública visando à realização de objetivos coletivos.

Instrumentos participativos colaboram para que o decisor emita provimentos mais acertados e mais justos (OLIVEIRA, 2010). Ademais, não faria sentido defender-se um aprofundamento da participação nas esferas legislativa e administrativa e recusar-se tal procedimento legitimador no âmbito do controle. Ao se abrirem, também no Tribunal de Contas, canais de comunicação para e com o cidadão, amplia-se seu interesse pela gestão da coisa pública, na medida em que passa a vislumbrar possibilidades reais de intervir na Administração, criando-se um ciclo virtuoso de participação e *accountability*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No constitucionalismo contemporâneo, destaca-se uma concepção juspolítica que atribui crescente relevância a interações dialógicas entre órgãos públicos e entre estes e a sociedade, visando à concretização das promessas feitas pelo poder constituinte. Em consequência, o poder estatal só logra justificar-se e receber reconhecimento geral se somar à legitimação que a Constituição lhe confere (legitimidade pela investidura) uma legitimação pelo exercício, isto é, pelo desempenho escorreito das competências legadas a cada plexo organizacional, que atenda satisfatoriamente ao previsto na Lei Maior e que oportunize a participação dos afetados pela ação pública.

Na primeira parte do trabalho, abordou-se o exercício da função administrativa em senso lato como objeto da fiscalização do Tribunal de Contas, englobando, portanto, as políticas públicas a cargo dos governantes, assim como o peculiar diálogo institucional que se desenvolve entre o Tribunal de Contas e os Poderes constituídos na fiscalização daquelas ações estatais. Na segunda e última parte, tratou-se da legitimidade democrática da Corte de Contas, fulcrada na interação construída com a sociedade, i.e., na contribuição da instituição para que se desenvolva um governo pelo e para o povo e nas formas pelas quais o Tribunal opera como meio de intervenção da cidadania na gestão pública.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

Tendo a Constituição Federal incluído o Tribunal de Contas como parte do ambiente institucional policêntrico que criou, atribuiu-lhe a função de proteger o erário e de promover a boa Administração Pública, por meio de amplo controle das ações estatais. Assim, reclama-se igualmente do órgão fiscalizador essa legitimação dupla, constitucional e democrática.

No que respeita à legitimidade constitucional para o controle de políticas públicas, conclui-se advir da amplitude do objeto e dos parâmetros de controle estabelecidos pela CF/88 para a Corte de Contas e concretizar-se por meio de fiscalizações e decisões que interferem no agir administrativo dos Poderes constituídos, mas que os consideram interlocutores cujas opiniões e competências representam, respectivamente, influxo e limite às ações de controle.

Complementarmente, entende-se que a Corte se legitima democraticamente quando sua atuação contribui para o exercício da cidadania, seja fornecendo subsídios para a formulação de preferências pelos indivíduos, seja intervindo em políticas públicas tendentes a conferir-lhes condições para uma participação democrática consciente e efetiva. Porém, tão importante quanto ver o cidadão como destinatário dos trabalhos do controle externo é reconhecer-lhe uma capacidade real de ter seus anseios e necessidades considerados na seleção dos objetos de fiscalização, nas análises dos auditores e nas conclusões do corpo deliberativo do Tribunal de Contas.

5 REFERÊNCIAS

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello. **O Poder Legislativo na democracia contemporânea: a função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea.** Revista de Informação Legislativa. Brasília, ano 42, n. 168, out./dez. 2005, p. 7-17.

ARAÚJO, Thiago Cardoso. **Função pedagógica na jurisprudência do TCU e retroalimentação legislativa.** Revista de contratos públicos. Belo Horizonte, ano 6, n. 11, março/agosto 2017, p. 175-197.

ATALIBA, Geraldo. **Propostas à constituinte sobre ação fiscalizadora dos Tribunais de Contas.** Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo. São Paulo, n. 54, jul. 1986, p. 87-106.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 33. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 92, de 12.7.2016. São Paulo: Malheiros, 2016.

BARBOSA, Raíssa Maria Rezende de Deus. **Os Tribunais de Contas e a moralidade administrativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. 'Aqui, lá e em todo lugar': a dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, ano 101, vol. 919, maio 2012, p. 127-196.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo I. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de Auditoria Operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

COHEN, Joshua. Deliberation and Democratic Legitimacy. In: BOHMAN, James; REHG, William (ed.). **Deliberative Democracy: Essays on Reason and Politics**. New York: MIT Press.

COUTINHO, Diogo R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAHL, Robert. **Poliarquia: participação e oposição**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2015.

DENTE, Bruno; SUBIRATS, Joan. **Decisiones públicas: análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas**. Barcelona: Ariel, 2014.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas do Distrito Federal. **Decisão nº 1.177/2017. Plenário. Jurisdicionada**: Secretaria de Estado de Saúde do Distrito Federal. Relator Conselheiro Paiva Martins. Brasília, 23 de março de 2017. Disponível em: <<https://www.tc.df.gov.br/4-consultas/consultas/>>. Acesso em: 24 nov. 2018

FERRAZ, Luciano. **Controle externo das licitações e contratos administrativos**. In: FREITAS, Ney José (coord.). **Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FONTES, Helenilson Cunha. Controle e avaliação dos gastos públicos. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; SUNDFELD, Carlos Ari (org.). **Controle da administração, processo administrativo e responsabilidade do Estado** (Coleção Doutrinas Essenciais: Direito Administrativo, v. 3). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FREITAS, Juarez. Princípio constitucional da democracia participativa, orçamento e responsabilidade fiscal. In: FREITAS, Ney José (coord.). **Tribunais de Contas: aspectos polêmicos: estudos em homenagem ao Conselheiro João Féder**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **Construção e desconstrução doutrinária do conceito de interesse público no direito brasileiro**. Revista da Advocacia-Geral da União. Brasília, v. 10, n. 28, abr./jun. 2011, p. 7-28.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2014.

GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes: a interpretação/aplicação do direito e os princípios**. 8. ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2017.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy**. Cambridge: MIT Press, 1998.

HELLER, Gabriel. **Controle externo e separação de Poderes na Constituição de 1988: fundamentos e eficácia jurídica das determinações e recomendações do Tribunal de Contas**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado e Doutorado em Direito, Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Brasília, 2019.

HELLER, Gabriel; SOUSA, Guilherme Carvalho e. **Função de controle externo e função administrativa: separação e colaboração na Constituição de 1988**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 278, n. 2, maio/ago. 2019, p. 71-96.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federativa da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

INSTITUTO RUI BARBOSA. **Normas de Auditoria Governamental**. Tocantins: IRB, 2011.

IOCKEN, Sabrina Nunes. **Políticas públicas: o controle pelo Tribunal de Contas. Florianópolis**: Conceito Editorial, 2014.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1986.

MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENDONÇA, Eduardo. Da faculdade de gastar ao dever de agir: o esvaziamento contramajoritário de políticas públicas. In: NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O parlamento e a sociedade como destinatários do trabalho dos Tribunais de Contas**. Revista Brasileira de Direito Público. Belo Horizonte, ano 1, n. 2, jul./set. 2003. Versão digital.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Direito administrativo democrático**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

REIS, Fernando Simões dos. **Novas perspectivas para o controle da discricionariedade administrativa pelo Tribunal de Contas da União em auditorias operacionais. Interesse Público**. Belo Horizonte, ano 17, n. 89, jan./fev. 2015.

RODRIGUES, João Gaspar. **Publicidade, transparência e abertura na administração pública**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, v. 266, maio/ago. 2014, p. 89-123.

SARAVIA, Enrique. Introdução à teoria da política pública. In: SARAVIA, Enrique; FERRAREZI, Elisabete (org.). **Políticas Públicas: coletânea**. Volume 1. Brasília: ENAP, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais e Estado Constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SCAPIN, Romano. **A expedição de provimentos provisórios pelos Tribunais de Contas: das “medidas cautelares” à técnica antecipatória no controle externo brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Rio de Janeiro: Editora Fundo de Cultura, 1961.

SEABRA FAGUNDES, Miguel. **O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário**. 6. ed. rev. e atualizada. São Paulo: Saraiva, 1984.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **O Tribunal Constitucional como Poder: uma nova teoria da divisão dos poderes**. São Paulo: Memória Jurídica, 2002

TORRES, Ricardo Lobo. **A legitimidade democrática e o Tribunal de Contas**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, n. 194, out./dez. 1993, p. 31-45.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

TUSHNET, Mark. **Weak courts, strong rights: Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law**. Princeton: Princeton University Press, 2009.

WEBER, Max. **Ciência e política: duas vocações**. 18. ed. São Paulo: Cultrix, 2011.

WILLEMANN, Marianna Montebello. **Accountability democrática e o desenho institucional dos tribunais de contas no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Submetido a convite

LA LEY ARGENTINA DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: RÉGIMEN ESPECIAL EN CONTRASTE CON EL CÓDIGO CIVIL

STATE LIABILITY LAW IN ARGENTINA: A SYSTEM APART FROM THE CIVIL CODE

Leonardo Mattietto¹

RESUMEN

Este artículo describe algunos aspectos de la responsabilidad de la administración pública en Argentina, derivados de la Ley n° 26.944, de 2014, que construyó un sistema más limitado, distinto de la responsabilidad general regulada por el Código Civil. La nueva ley argentina se presenta en texto bilingüe, incluyendo todo el contenido del original en castellano y su traducción al portugués.

ABSTRACT

This paper describes some aspects of the liability of public administration in Argentina, after the approval of Law 26.944, of 2014, that built a system, thus apart of the Civil Code, which makes the State responsible on a more limited basis. The new law is presented here in a bilingual version, including the full original text in Spanish and its translation to Portuguese.

PALABRAS CLAVE

Código Civil y Derecho Administrativo (Argentina). Responsabilidad del Estado. Reparación plena de daños.

KEYWORDS

Civil Code and Administrative Law (Argentina). State liability. Full compensation of damages.

¹ Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO), onde coordena o Curso de Mestrado em Direito. Professor na UCAM. Doutor em Direito pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: leonardo.mattietto@unirio.br.

1 ORÍGENES Y CONTEXTO

Ciento cincuenta y cinco años después de que surgiera el Código elaborado por Vélez Sarsfield (el Código Civil de la República Argentina de 1869), aparece el Código Civil y Comercial de la Nación de 2014.

En paralelo con la recodificación del derecho privado, también se instituyó una *ley especial* destinada a regular la responsabilidad civil del Estado. Se trata de la Ley n° 26.944, de 2014, que, sin embargo, no tuvo el mismo origen, como queda claro en la declaración del presidente de la Comisión responsable de la redacción del Anteproyecto del nuevo Código:

(...) los aspectos más controvertidos fueron los introducidos por el Poder Ejecutivo, que no fueron compartidos por la Comisión, y que se transformaron en la principal materia discutida en el trámite parlamentario.

La mayoría de esos temas terminó en proposiciones para que sean regulados por una ley especial, como por ejemplo la responsabilidad civil del Estado Nacional (ley 26.944), la regulación de los embriones no implantados, la propiedad indígena, o eliminadas, como es el caso de los derechos individuales homogéneos o el acceso al agua potable, o eliminadas parcialmente como ocurre con la sanción pecuniaria disuasiva, o aspectos de las sociedades comerciales. (LORENZETTI, 2014, p. 2)

El presente trabajo, con el debido respeto que se le tiene a las elecciones que el legislador argentino hizo, se escribió con el propósito de revelar algunas reflexiones sobre la Ley n° 26.944, desde el punto de vista de un abogado y profesor brasileño, que busca aprender con el derecho comparado la relatividad de su propio derecho nacional.

2 LOS NUEVOS CONTORNOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL ESTATAL ARGENTINA

La Ley n° 26.944, ya en el artículo 1°, afirma que “la responsabilidad del Estado es objetiva y directa”. En ese punto se tiene la orientación doctrinaria y jurisprudencial que prevalece en Argentina, como se puede deducir de las palabras siguientes:

La responsabilidad del Estado en su forma tradicional (...) se apoya en la existencia de una *actividad* estatal irregular, que acarrea una responsabilidad *directa* (y no refleja, a causa de la conducta del agente-dependiente) y *objetiva* (ajena a la consideración del dolo o negligencia del funcionario). En tiempos más recientes el sistema de responsabilidad estatal se consolida desde la óptica que propicia atender más a la protección de la víctima que al resguardo del patrimonio fiscal y, desde esa impronta, se afianza y desarrolla la idea de una responsabilidad derivada no sólo de la *mala praxis* activa sino también de la *pasividad* oficial, objetivamente considerada. (BOTASSI, 2006, p. 347-348)

No se vislumbra predominante en el nuevo diploma legal, no obstante, el ángulo de observación que antepone la protección de la víctima a la preservación del erario. Al contrario, la ley parece restrictiva, a veces demasiado, en varios tópicos:

- a) la sanción pecuniaria disuasiva¹ es apriorísticamente entendida como improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios (art. 1º);
- b) el daño necesita ser mensurable en dinero (arts. 3º, inc. a, y 4º, inc. a), con lo que posiblemente se pretende excluir el daño moral o extrapatrimonial²;
- c) se distingue la causalidad adecuada, en la configuración de la responsabilidad del Estado por acción u omisión ilegítima (art. 3º, inc. c) de la causalidad “directa, inmediata y exclusiva” (o sea, causalidad necesaria), en la apreciación de la responsabilidad estatal por acción u omisión legítima (art. 4º, inc. c). La ley evita las expresiones “ilícito” y “lícito”, y prefiere colocar la distinción en términos de *legitimidad* de la actuación o inacción estatal, un criterio más amplio y por ventura más vago;

¹ En la terminología argentina, la expresión “sanción pecuniaria disuasiva” nos remite a lo que en Brasil se entiende, por influencia del *common law* norteamericano, como *punitive damages*, o sea, el debatido carácter punitivo (o pedagógico) de la responsabilidad civil. La polémica en cuanto a la índole disuasiva también repercutió en el nuevo Código argentino, como informa Lorenzetti: “la responsabilidad civil es regulada como un sistema que admite tres funciones: preventiva, resarcitoria y disuasiva. Esta última ha sido restringida por una propuesta del Poder Ejecutivo, eliminándose la sanción pecuniaria disuasiva en su versión original e incluyendo la facultad judicial de reducirla (art. 1714)” (LORENZETTI, 2014, p. 7).

² Al reaccionar a la letra de la ley, ya se formula una doctrina que sustenta que no es posible interpretarla “en forma restrictiva y literal. Una hermenéutica que conduzca a la no indemnizabilidad del daño extrapatrimonial sufrido como consecuencia de la actividad ilícita del Estado, importaría un escandaloso retroceso en la evolución del derecho argentino, que agravaría los principios *pro persona* y de progresividad”. La lectura de la norma no se puede hacer dándole una prevalencia rigurosa a las palabras, en contraste con lo que “la inteligencia razonable y sistemática así lo requiere” (PARELLADA, 2015, p. 19-20).

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

d) se excluye el lucro cesante en la reparación de los daños causados por actividad estatal entendida como legítima. En ese campo, la indemnización se limita, por tanto, a la parte de los daños emergentes, comprendiendo solamente el valor objetivo del bien y los daños “que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas” (art. 5°);

e) se niega la responsabilidad subsidiaria del Estado por los actos de concesionarios o contratistas de servicios públicos (art. 6°);

f) se estipula en tres años el plazo de la prescripción de la pretensión de responsabilidad estatal (art. 7°)³.

La ley argentina de responsabilidad del Estado se distancia del principio de la reparación integral⁴ (o plena⁵), que le es tan caro a la cultura jurídica occidental, con raíces en las fuentes romanas y una amplia difusión en la época contemporánea⁶. El referido principio fue expresamente incorporado, no obstante, al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1740)⁷.

³ El Código Civil y Comercial de la Nación de 2014 estipula el plazo general de prescripción en cinco años (art. 2560), pero el de la reparación civil, en tres años (art. 2561), como ha sido reglamentado para la responsabilidad estatal.

⁴ En una definición clásica, la *restitutio in integrum* se le ve como la reposición de un estado jurídico anterior, fundada sobre la contraposición entre el *ius strictum* y la equidad, que es posible gracias a la actuación de los pretores romanos (SAVIGNY, 1896, p. 119). Sobre la creación del instituto, se nota la defensa de su nacimiento no en las relaciones entre los ciudadanos, sino en el ejercicio del *imperium* de los magistrados en las provincias y posteriormente del pretor peregrino en Roma (COSTA, 1995, p. 25-28).

⁵ Admitir la reparación plena no implica, sin embargo, dejar de acoger a las excluyentes de responsabilidad, no confundiéndolo así con el denominado riesgo integral. En el nuevo Código Civil argentino, se prevé la ruptura del nexo causal por hecho del damnificado (art. 1729), caso fortuito y fuerza mayor (art. 1730) y por hecho de un tercero (art. 1731). En la Ley n° 26.944, las excluyentes están positivadas en el art. 2°.

⁶ En la medida en que la noción de reparación civil, al pasar el tiempo, quedó más clara y refinada, se fue atenuando la situación de la víctima: “tales son los dos principios en los cuales parecen condensarse la serie de lentas transformaciones sufridas por nuestra legislación en esta materia” (DEMOGUE, 1898, p. 152). Para la evolución histórica, de la casuística romana a la generalización de la obligación de reparar el daño, formándose una cláusula general de responsabilidad civil en la era contemporánea, que abarca la noción de reparación integral (DEROUSSIN, 2007, p. 651).

⁷ El art. 1740 afirma que “la reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.”

Así como en Brasil y en tantos otros países⁸, el Estado era antes considerado como irresponsable. En Argentina, era preciso obtener una venia legislativa para procesar al poder público. En 1900, se editó la Ley n° 3.952, que eliminó la autorización legislativa pero que pasó a exigir la previa reclamación por vía administrativa. A partir de innumerables decisiones judiciales, como la del caso Tomás Devoto, juzgado por la Suprema Corte en 1933, el Estado pasó a responder como cualquier persona, de acuerdo con las normas del Código Civil derogado.

Con base en el art. 1° de la Ley n° 26.944, la aplicación del Código Civil, aunque fuere subsidiaria, ahora está expresamente excluida⁹. Teniendo en cuenta el federalismo existente en Argentina, las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires están “invitadas” a adherir al régimen de la ley nacional (art. 11).

De cierta forma, la ley puede ser vista como una vuelta al pasado, en la dirección de la irresponsabilidad estatal¹⁰, lo que podría comprometer significativamente su constitucionalidad¹¹.

⁸ En el Reino Unido, el postulado “*the King can do no wrong*” estuvo en vigor hasta el año 1947, cuando se aprobó el *Crown Proceedings Act*. En los Estados Unidos, la inmunidad (“*the State can do no wrong*”) permaneció hasta el *Federal Torts Claims Act* de 1946, pero la responsabilidad estatal todavía se enfrenta a innumerables obstáculos.

⁹ En un tono crítico, existen los que ven la ley como “una cuña mortal en el corazón del Código Civil”, diciendo que, “como una suerte de instigación a un golpe artero”, invita a los demás entes federados “a acompañar su régimen perverso” (CARRANZA LATRUBESSE, 2015, p. 1-2).

¹⁰ En el enfrentamiento político, ya se ha dicho que la nueva ley “no va a servir para hacer al Estado más responsable ni garantizar mejor los derechos de los ciudadanos. Para lo único que va a servir es para limitar inconstitucionalmente la responsabilidad del Estado y hacer irresponsables a los funcionarios que se equivocan gravemente en el desempeño de su tarea y que por negligencia, por culpa o por dolo provocan daños a los particulares. Es decir, el país ha dado un gran paso atrás” (TONELLI, 2014, p. 29).

¹¹ “De más que dudosa constitucionalidad”, en las palabras del respetado tratadista argentino, que señala graves fallas de justicia, equidad y razonabilidad. Añade: “Extender las ideas restrictivas de la indemnización expropiatoria a todos los casos de responsabilidad del Estado es una desproporción, sobre todo cuando no se contempla cómo efectivizarla, por ejemplo a través de la ejecutoriedad de las sentencias judiciales contra el Estado, una rémora del *Ancien Régime*. Habrá que esperar el desarrollo futuro de la jurisprudencia, que en buena medida dependerá del desarrollo económico y social del país” (GORDILLO, 2014, p. 681 y 740). En un sentido más moderado, se lee que: “La Ley n° 26.944 no es, en general, desatinada ni tiende a la absoluta irresponsabilidad del Estado. Tiene un par de normas que son controvertidas, sin duda; podría haber quedado mejor redactada, también; pero en el peor de los casos esas dos o tres normas se salvan a través de una interpretación inteligente, integradora, creativa de los jueces o, en el extremo, pueden ser declaradas inconstitucionales en el caso por la justicia, cuando ellas impidan una solución justa o modificadas por legisladores posteriores a los que la dictaron” (LÓPEZ MESA, 2015, p. 5-6)

Si un principio de responsabilidad¹², de matriz constitucional, seguramente persiste¹³, la lectura de las reglas legales nos lleva a creer en un Estado menos responsable. La huida del Código Civil es sintomática¹⁴.

3 ALGUNAS REFLEXIONES

Tener una ley, aunque sea criticable desde varias perspectivas, es mejor que no tener ninguna. La edición de una ley específica sobre la responsabilidad civil estatal no sería, en términos relativos, un mal en sí, al contrario. Pero no se olvide, sin embargo, del riesgo de que la ley positiva sea injusta, cuando va contra el *desideratum* del equilibrio entre la autoridad y la libertad¹⁵, o cuando no cumple el rol de contención del poder que se espera de un mecanismo conformador del Estado de Derecho¹⁶.

La reglamentación de la responsabilidad del Estado por ley especial, con rasgos de uniformidad que la doctrina tendría dificultad en ofertar y de estabilidad que la jurisprudencia tardaría en proporcionar, no es algo que se recomiende dejar de lado. No hay que subestimar la dignidad de la ley, aunque las elecciones del legislador argentino puedan parecer, en el contexto comparativo, acentuadamente restrictivas, en contraste con

¹² En busca de la *ratio* de la responsabilidad patrimonial del Estado, se nota el desplazamiento de la conmutatividad (que era el valor que inspiraba la responsabilidad contractual de los sujetos privados) en pro de la solidaridad: “su base jurídica ya no es el principio civilista de la conmutatividad, sino el principio publicista de la solidaridad, que prescribe el deber de todos a responder por los daños eventualmente causados en el desempeño de actividades públicas que a todos beneficien” (MOREIRA Neto, 2014, p. 648).

¹³ “Dentro de la línea de garantías formada por los principios que componen el Estado de Derecho el eje del fundamento constitucional se halla, a nuestro juicio, en el principio de igualdad ante las cargas públicas reconocido en el art. 16 de la C.N. lo que no es óbice para reconocer otros fundamentos concurrentes o complementarios como los que surgen del artículo 19 de la C.N. (*alterum non leadere*) o de la inviolabilidad de la propiedad” (CASSAGNE, 2014, p. 1).

¹⁴ El art. 1765 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación establece que “la responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

¹⁵ Como lo ha señalado el eminente profesor argentino, “consagrar (y si es posible explicar) la convivencia armoniosa entre el interés general (que no es por cierto el interés del grupo o partido gobernante) y el interés de cada individuo que compone la nación, constituye un preclaro objetivo de la ciencia jurídica” (BOTASSI, 2006, p. 36).

¹⁶ “La responsabilidad estatal en el campo del derecho público, por sus actos o hechos dañosos es, pues, una consecuencia lógica del complejo de principios propio del ‘Estado de Derecho’. No es concebible un Estado de Derecho irresponsable” (MARIENHOFF, 1997, p. 727).

la marcha creciente de reparación de daños que guía la historia de la responsabilidad civil y no sólo del Estado.

La responsabilidad del Estado toma una posición en la confluencia de la disciplina civilística de la responsabilidad civil, en general, con las construcciones propias del régimen publicístico, que se atienen a las funciones estatales, de autoría del derecho administrativo. Paradójicamente, frente a los hechos, tal vez el Código Civil pudiera servir mejor a los objetivos de limitación del poder y de preservación de la confianza de los ciudadanos en las instituciones republicanas, sea en función de la rica y robusta tradición de que se alimenta, o por mostrarse menos inestable bajo la presión de los movimientos políticos dominantes, que, al editar la Ley nº 26.944, modelaron un Estado nacional menos responsable.

En la composición de la nueva ley argentina, la dimensión político-económica tuvo un peso significativo, trayendo como resultado un perfil estatista, que necesitará supeditarse a la prueba indispensable de la constitucionalidad, mientras que lo característico de una concepción ortodoxa de la antigua supremacía del interés público, no siempre está abierta a la relación de proporcionalidad que debe existir entre la actuación del Estado y los sacrificios impuestos a los ciudadanos.

4 REFERENCIAS

BOTASSI, Carlos. **Ensayos de Derecho Administrativo**. La Plata: Librería Editora Platense, 2006.

CARRANZA LATRUBESSE, Gustavo. **Breves reflexiones sobre la (i)responsabilidad del Estado (según la Ley 26.944)**. Recuperado de <http://bicentenario.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/breves-reflexiones-sobre-la-i-responsabilidad-del-estado-segun-ley-26.944>. Fecha de consulta: 18.04.2015.

CASSAGNE, Juan Carlos. El fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado y su regulación por el Código Civil o por leyes administrativas. **Suplemento de Derecho Constitucional**, La Ley, Buenos Aires, maio 2014, p. 1-8.

COSTA, Moacyr Lobo da. **A revogação da sentença: gênese e genealogia**. São Paulo: Ícone; Edusp, 1995.

DEMOGUE, René. **De la réparation civile des délits**. Paris: Arthur Rousseau, 1898.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

DEROUSSIN, David. **Histoire du droit des obligations**. Paris: Economica, 2007.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014, t. 2.

LÓPEZ MESA, Marcelo J. **Algunas palabras sobre la Ley nº 26.944 y la responsabilidad del Estado**. Recuperado de http://www.buenosaires.gov.ar/sites/gcaba/files/art_lopez_mesa.docx. Fecha de consulta: 19.04.2015.

LORENZETTI, Ricardo L. Palabras preliminares. In: Parada, R. A.; Errecaborde, J. D.; Cañada, F. R. (orgs.). **Código Civil y Comercial de la Nación**. Buenos Aires: Errepar, 2014, p. 1-9.

MARIENHOFF, Miguel. **Tratado de Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1997, t. IV.

MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PARELLADA, Carlos. **Algunas inquietudes que suscita la ley 26.944 de responsabilidad del Estado**. Recuperado de <http://parellada.com.ar/bajando.php?id=729> **Algunas inquietudes que suscita la Ley 26944.docx**. Fecha de consulta: 19.04.2015.

SAVIGNY, F. C. von. **Sistema del Diritto Romano Attuale**. Torino: Unione Tipografico Editrice, 1896, v. 7.

TONELLI, Pablo G. Por ley, un Estado menos responsable. **La Nación**, Buenos Aires, 13 ago. 2014. Opinión, p. 29.

5. APÉNDICE: LEY Nº 26.944, DEL 2 DE JULIO DE 2014/LEI Nº 26.944, DE 2 DE JULHO DE 2014

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:	O Senado e a Câmara de Deputados da Nação Argentina reunidos em Congresso etc. sancionam com força de Lei:
ARTICULO 1º – Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.	Artigo 1º – Esta lei rege a responsabilidade do Estado pelos danos que sua atividade ou inatividade produza contra os bens ou direitos das pessoas.

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

<p>La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.</p> <p>Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.</p> <p>La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios.</p>	<p>A responsabilidade do Estado é objetiva e direta.</p> <p>As disposições do Código Civil não são aplicáveis à responsabilidade do Estado de maneira direta nem subsidiária.</p> <p>A sanção pecuniária dissuasiva é improcedente contra o Estado, seus agentes e funcionários.</p>
<p>ARTICULO 2° – Se exime de responsabilidad al Estado en los siguientes casos:</p> <p>a) Por los daños y perjuicios que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor, salvo que sean asumidos por el Estado expresamente por ley especial;</p> <p>b) Cuando el daño se produjo por el hecho de la víctima o de un tercero por quien el Estado no debe responder.</p>	<p>Artigo 2° – Exime-se a responsabilidade do Estado nos seguintes casos:</p> <p>a) pelos danos e prejuízos que derivem de casos fortuitos ou força maior, salvo tenham sido assumidos pelo Estado expressamente por lei especial;</p> <p>b) quando o dano se produziu por fato da vítima ou de um terceiro por quem o Estado não deve responder.</p>
<p>ARTICULO 3° – Son requisitos de la responsabilidad del Estado por actividad e inactividad ilegítima:</p> <p>a) Daño cierto debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;</p> <p>b) Imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal;</p> <p>c) Relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue;</p> <p>d) Falta de servicio consistente en una actuación u omisión irregular de parte del Estado; la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la</p>	<p>Artigo 3° – São requisitos da responsabilidade do Estado por atividade ou inatividade ilegítima:</p> <p>a) dano certo devidamente reconhecido por quem o invoca e mensurável em dinheiro;</p> <p>b) imputabilidade material da atividade ou inatividade a um órgão estatal;</p> <p>c) relação de causalidade adequada entre a atividade ou inatividade do órgão e o dano cuja reparação se persegue;</p> <p>d) falta do serviço consistente em uma atuação ou omissão irregular da parte do Estado; a omissão só gera responsabilidade quando se verifica a inobservância de um dever normativo de atuação expreso e determinado.</p>

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

<p>inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado.</p>	
<p>Artículo 4º – Son requisitos de la responsabilidad estatal por actividad legítima:</p> <p>a) Daño cierto y actual, debidamente acreditado por quien lo invoca y mensurable en dinero;</p> <p>b) Imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal;</p> <p>c) Relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva entre la actividad estatal y el daño;</p> <p>d) Ausencia de deber jurídico de soportar el daño;</p> <p>e) Sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido.</p>	<p>Artigo 4º – São requisitos da responsabilidade estatal por atividade legítima:</p> <p>a) dano certo e atual, devidamente reconhecido por quem o invoca e mensurável em dinheiro;</p> <p>b) imputabilidade material da atividade a um órgão estatal;</p> <p>c) relação de causalidade direta, imediata e exclusiva entre a atividade estatal e o dano;</p> <p>d) ausência de dever jurídico de suportar o dano;</p> <p>e) sacrifício especial da pessoa prejudicada, diferenciado do que sofre o restante da comunidade, configurado por ter-se afetado um direito adquirido.</p>
<p>Artículo 5º – La responsabilidad del Estado por actividad legítima es de carácter excepcional. En ningún caso procede la reparación del lucro cesante.</p> <p>La indemnización de la responsabilidad del Estado por actividad legítima comprende el valor objetivo del bien y los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la actividad desplegada por la autoridad pública, sin que se tomen en cuenta circunstancias de carácter personal, valores afectivos ni ganancias hipotéticas.</p> <p>Los daños causados por la actividad judicial legítima del Estado no generan derecho a indemnización.</p>	<p>Artigo 5º – A responsabilidade do Estado por atividade legítima é de caráter excepcional. Em nenhum caso procede a reparação do lucro cessante.</p> <p>A indenização da responsabilidade do Estado por atividade legítima compreende o valor objetivo do bem e os danos que sejam consequência direta e imediata da atividade adotada pela autoridade pública, sem que se tomem em conta circunstâncias de caráter pessoal, valores afetivos, nem ganhos hipotéticos.</p> <p>Os danos causados pela atividade judicial legítima do Estado não geram direito a indenização.</p>

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

<p>Artículo 6° – El Estado no debe responder, ni aun en forma subsidiaria, por los perjuicios ocasionados por los concesionarios o contratistas de los servicios públicos a los cuales se les atribuya o encomiende un cometido estatal, cuando la acción u omisión sea imputable a la función encomendada.</p>	<p>Artigo 6° – O Estado não deve responder, nem mesmo de forma subsidiária, pelos prejuízos ocasionados pelos concessionários ou empreiteiros de serviços públicos aos quais se atribua ou encomende uma tarefa estatal, quando a ação ou omissão seja imputável à função cometida.</p>
<p>Artículo 7° – El plazo para demandar al Estado en los supuestos de responsabilidad extracontractual es de tres (3) años computados a partir de la verificación del daño o desde que la acción de daños esté expedita.</p>	<p>Artigo 7° – O prazo para demandar o Estado nas hipóteses de responsabilidade extracontratual é de 3 (três) anos, computados a partir da verificação do dano ou desde que a ação de indenização esteja disponível.</p>
<p>Artículo 8° – El interesado puede deducir la acción indemnizatoria juntamente con la de nulidad de actos administrativos de alcance individual o general o la de inconstitucionalidad, o después de finalizado el proceso de anulación o de inconstitucionalidad que le sirve de fundamento.</p>	<p>Artigo 8° – O interessado pode deduzir a ação indenizatória juntamente com a de nulidade dos atos administrativos de alcance individual ou geral, ou a de inconstitucionalidade, ou depois de finalizado o processo de anulação ou de inconstitucionalidade que lhe serve de fundamento.</p>
<p>ARTICULO 9° – La actividad o inactividad de los funcionarios y agentes públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular, incurriendo en culpa o dolo, las obligaciones legales que les están impuestas, los hace responsables de los daños que causen.</p> <p>La pretensión resarcitoria contra funcionarios y agentes públicos prescribe a los tres (3) años.</p> <p>La acción de repetición del Estado contra los funcionarios o agentes causantes del daño</p>	<p>Artigo 9° – A atividade ou inatividade dos funcionários e agentes públicos no exercício de suas funções, por não cumprir senão de uma maneira irregular, incorrendo em culpa ou dolo, as obrigações legais que lhes são impostas, torna-os responsáveis pelos danos que causem.</p> <p>A pretensão ressarcitória contra funcionários e agentes públicos prescreve em 3 (três) anos.</p> <p>A ação de repetição do Estado contra os funcionários ou agentes causadores do dano prescreve em 3 (três) anos a contar da sentença definitiva que estabeleceu a indenização.</p>

DIREITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UNIRIO

<p>prescribe a los tres (3) años de la sentencia firme que estableció la indemnización.</p>	
<p>Artículo 10 – La responsabilidad contractual del Estado se rige por lo dispuesto en las normas específicas. En caso de ausencia de regulación, se aplica esta ley en forma supletoria.</p> <p>Las disposiciones de la presente ley no serán aplicadas al Estado en su carácter de empleador.</p>	<p>Artigo 10 – A responsabilidade contratual do Estado rege-se pelo disposto nas normas específicas. Em caso de ausência de regulação, aplica-se esta lei de forma supletiva.</p> <p>As disposições da presente lei não serão aplicadas ao Estado em seu caráter de empregador.</p>
<p>Artículo 11 – Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a los términos de esta ley para la regulación de la responsabilidad estatal en sus ámbitos respectivos.</p>	<p>Artigo 11 – Convidam-se as províncias e a Cidade Autônoma de Buenos Aires a aderir aos termos desta lei para a regulação da responsabilidade estatal em seus âmbitos respectivos.</p>
<p>Artículo 12 – Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.</p>	<p>Artigo 12 – Comunique-se ao Poder Executivo nacional.</p>