

TERCEIRA PARTE

LAUDOS SOBRE
IMPACTOS AMBIENTAIS E
PROJETOS DE DESENVOLVIMENTO



APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE: CONFLITOS ENTRE DIVERSIDADE E DESENVOLVIMENTO

Marcelo Veiga Beckhausen*

A proposta do presente artigo é efetivar uma análise sobre a possibilidade de resolução de conflitos jurídicos envolvendo os direitos à diversidade cultural e os chamados do desenvolvimento. Em síntese, trata-se de verificar, na realização de empreendimentos públicos que impliquem na violação de determinadas garantias constitucionais estabelecidas às minorias étnicas, qual a solução mais razoável. Pois bem, após o advento da Carta Constitucional de 1988, o direito à diversidade cultural adquiriu o status de direito fundamental, não podendo ser considerado de menor importância do que qualquer outro direito cujo texto também está esculpido na Constituição-Cidadã.

De fato, a matriz que nutre todos os direitos fundamentais está expressa no fundamento da República Federativa do Brasil: dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III). Por outro lado, o núcleo de eventual direito ao desenvolvimento (ou desenvolvimento sustentável) encontra-se no rol dos objetivos fundamentais da República brasileira: garantia do desenvolvimento nacional (artigo 3º, inciso II). Desta forma, ambos os dispositivos constitucionais possuem importância manifesta pelo legislador originário, não podendo se admitir, de forma

* Procurador do Ministério Público Federal, Procuradoria da República no Rio Grande do Sul.

genérica, qualquer hermenêutica que afirme a supremacia de um sobre o outro. Frise-se, entretanto, que tanto o desenvolvimento nacional está conectado com o respeito à pluralidade cultural quanto a dignidade da pessoa humana está ligada às políticas públicas de desenvolvimento. Tais princípios são interdependentes, conforme ressaltam as modernas teorias de direitos fundamentais⁸⁴.

Os conflitos entre estes dois direitos é que atraem nossa atenção, agora. O Judiciário tem sido constantemente instado a se posicionar em relação à colisão entre direitos fundamentais. E é a partir de casos concretos que vai se poder definir alguns horizontes na solução destes conflitos. Exemplificando: a construção de uma rodovia, essencial para o desenvolvimento de determinada região, quiçá com repercussão nacional, afeta um território considerado sagrado por determinado grupo étnico. Como resolver, à luz do Direito?

Vige em nosso ordenamento jurídico o princípio constitucional da proporcionalidade, da proibição do excesso. Retira sua “força” de outro princípio constitucional, que refere a razoabilidade como diretriz a ser obedecida pela Administração – ou seja, expressa que toda conduta administrativa deve ser adequada e racional.

O princípio da proporcionalidade, que possui sua matriz, como já salientado, na razoabilidade, refere que a conduta da administração pública só tem validade na medida em que suas atividades sejam exercidas, conforme leciona o preclaro Celso Antônio Bandeira de Mello, “na extensão e na intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas”⁸⁵.

O mesmo jurista refere que a atividade que transbordar das medidas necessárias para o cumprimento de determinada medida atinge o princípio da proporcionalidade, “sobremodo quando a Administração restringe situação jurídica dos administrados além do que caberia, por imprimir às medidas tomadas uma intensidade ou extensão supérfluas, prescindendas, ressalta a ilegalidade de sua conduta. É que ninguém deve estar obrigado a suportar constrições em sua

⁸⁴ Ver nesse sentido: Piovesan, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999.

⁸⁵ Bandeira De Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999. p. 67.

liberdade ou propriedade que não sejam indispensáveis à satisfação do interesse público⁸⁶.

Tal lição vem enquadrar-se como uma luva ao caso em tela. A atividade estatal, quando afetar diretamente a situação jurídica dos administrados, *in casu*, grupos étnicos, deverá ser objeto de estudos antropológicos que demonstrem a necessidade e adequação da obra pública em contraste com os direitos violados.

O ordenamento jurídico consagra a máxima da proporcionalidade, da razoabilidade. Refere o jurista Bonavides que tal princípio precisa ser respeitado: “A lesão ao princípio é indubitavelmente a mais grave das inconstitucionalidades porque sem princípio não há ordem constitucional e sem ordem constitucional não há garantia para as liberdades cujo exercício somente se faz possível fora do reino do arbítrio e dos poderes absolutos. Quem atropela um princípio constitucional, de grau hierárquico superior, atenta contra o fundamento de toda a ordem jurídica. A construção desta, partindo de vontade constituinte legítima, consagra a utilização consensual de uma competência soberana de primeiro grau⁸⁷.”

Além disso, o mesmo jurista reforça a idéia da positivação deste princípio: “O princípio da proporcionalidade é, por conseguinte, direito positivo em nosso ordenamento constitucional. Embora não haja sido ainda formulado como ‘norma jurídica global’, flui do espírito que anima em toda sua extensão e profundidade o §2º do art. 5º, o qual abrange a parte não-escrita ou não-expressa dos direitos e garantias da Constituição, a saber, aqueles direitos e garantias cujo fundamento decorre da natureza do regime, da essência impostergável do Estado de Direito e dos princípios que este consagra e que fazem inviolável a unidade da Constituição⁸⁸.”

O jurista alemão Robert Alexy refere que “los principios son mandatos de optimización con respecto a las posibilidades jurídicas y fácticas. La máxima de la proporcionalidad en sentido estricto, es decir, el mandato de ponderación, se sigue de la relativización con respecto a las posibilidades jurídicas. Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con uno

⁸⁶ Bandeira de Mello, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 1999. p. 68.

⁸⁷ Bonavides, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 396.

⁸⁸ Idem, *ibidem*. p. 396.

principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto. Para llegar a una decisión, es necesaria una ponderación en el sentido de la ley de colisión. Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran em colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de la proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental. De la máxima de proporcionalidad en sentido estricto se sigue que los principios son mandatos de optimización con relación a las posibilidades jurídicas. En cambio, las máximas de la necesidad y de la adecuación se siguen del carácter de los principios como mandatos de optimización con relación a las posibilidades fácticas⁸⁹.

Nesta mesma linha, o jurista português Canotilho afirma que a proporcionalidade, ou proibição de excesso, possui desdobramentos principiológicos da seguinte forma: princípio da conformidade ou adequação de meios, princípio da exigibilidade ou da necessidade, e princípio da proporcionalidade em sentido restrito.

O princípio da adequação dos meios refere que a medida adotada pelo poder público tem que ser apropriada para o fim exigido. Ou seja, “a exigência de conformidade pressupõe a investigação e a prova de que o acto do poder público é apto para e conforme os fins justificativos da sua adoção. (...) Trata-se, pois, de controlar a relação de adequação medida-fim⁹⁰. Ora, se o fim exigido pela autoridade governamental é de que a estrada seja construída para desenvolver determinada região ou país, existe propriedade para que tal política pública seja mantida.

Canotilho refere o princípio da exigibilidade ou da necessidade como sendo aquele em que o cidadão tem “direito à menor desvantagem possível⁹¹”.

⁸⁹ Alexy, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. pp. 112/113.

⁹⁰ Canotilho, J.J. Gomes. op.cit., p.382.

⁹¹ Canotilho, J.J. Gomes. op.cit., p.383.

Ora, em sendo de interesse público a construção de determinada estrada, deverá ser analisado se as desvantagens trazidas por este empreendimento para os grupos étnicos podem ser reparadas através de instrumentos indenizatórios, que sejam apontados por meio de elaboração de estudos antropológicos.

Sopesando os princípios acima referidos, em um formato *strictu sensu*, como propõe Canotilho, pode-se afirmar que os princípios constitucionais suscitados, como já apontei no início deste texto – diversidade cultural e desenvolvimento –, estão verificados.

Como bem salienta o ilustre magistrado federal dr. Roger Raupp Rios, ao decidir sobre conflitos de direitos fundamentais na Ação Ordinária nº2000.71.00.003540-7: “Neste caso concreto, como acima enunciei, apresenta-se uma situação colidente, que demanda uma solução conforme a máxima da proporcionalidade. O requisito da necessidade aponta para a solução constitucional que não vá além da estrita necessidade da restrição de um direito para a preservação de outro – ele avalia, portanto, possibilidades fáticas do convívio dos princípios constitucionais envolvidos. O requisito da adequação respeita à propriedade da via escolhida para os fins desejados: não há sentido em adotar-se uma medida restritiva de um direito que é inapropriada para atingir o fim perseguido – ele também se ocupa das possibilidades fáticas. O requisito da proporcionalidade em sentido estrito conecta-se, por sua vez, com as possibilidades jurídicas: os princípios jurídicos em causa, efetivamente, têm o significado e as conseqüências normativas invocadas pelas partes?”

Existe um meio fático menos gravoso para a construção da estrada e que acarrete, simultaneamente, menor desvantagem aos grupos étnicos atingidos pela obra?

Se a resposta a este quesito for positiva, a sua conseqüência é a vedação constitucional ao meio que provoca desvantagem, sem necessidade, aos grupos étnicos. Dito de outro modo: é inconstitucional a construção da estrada uma vez que existem meios menos gravosos, capazes de compatibilizar os princípios em questão. Se a resposta for negativa, a sua conseqüência é o apontamento, através de estudos antropológicos, de medidas indenizatórias e/ou reparatórias, aptas a garantir os direitos fundamentais dos grupos étnicos envolvidos. Cumpre salientar que é na Antropologia que o operador do Direito vai retirar o suporte de sua

análise, que terá de sua parte, no processo hermenêutico, claro, um certo grau de discricionariedade. Neste sentido encontra-se o posicionamento de Bartolomé Clavero. Para o ilustre jurista, os problemas envolvendo direitos indígenas, individuais e coletivos, no âmbito de uma cultura constitucionalista, só podem ser resolvidos através de uma análise antropológica. São suas palavras: “*Sigue siendo la Antropología quien nos aclara estas cosas*”⁹². E, no mesmo sentido, Aracy Lopes da Silva: “*A Antropologia é a única disciplina plenamente capacitada para a apreensão da realidade dos povos indígenas por havê-los escolhido como seu objeto por excelência, desde que se constituiu como disciplina*”⁹³.

Como visto, se pretende aqui sublinhar a necessidade de se construir políticas públicas adequadas à identidade e diversidade cultural de determinadas minorias étnicas. A hermenêutica utilizada deve valorar todos os princípios constitucionais de forma adequada e razoável.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. 607 p.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994. 539 p.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. 1228 p.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1996. 487 p.

⁹² Clavero, Bartolomé. *Derecho Indígena y cultura constitucional en América*. Madrid: Siglo Veintiuno, 1994. p.155.

⁹³ Silva, Aracy Lopes da. Há antropologia nos laudos antropológicos?. in *A pericia antropológica em processos judiciais*. Florianópolis: ABA, CPI/SP e UFSC, 1994. p.64.