

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**A PROTEÇÃO DO DIREITO À PAISAGEM URBANA
PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS
HUMANOS**

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

ANELISE BARBOZA BARRIOS

**Santa Maria, RS, Brasil
2015**

A PROTEÇÃO DO DIREITO À PAISAGEM URBANA PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

POR

Anelise Barboza Barrios

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direitos Emergentes na Sociedade Global, da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Direito.**

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Giuliana Redin

**Santa Maria, RS, Brasil
2015**

Ficha catalográfica elaborada através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Central da UFSM, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

Barboza Barrios, Anelise

A proteção do direito à paisagem urbana pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos / Anelise Barboza Barrios.-2015.

129 p.; 30cm

Orientador: Giuliana Redin

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Maria, Centro de Ciências Sociais e Humanas, Programa de Pós-Graduação em Direito, RS, 2015

1. Sistema Interamericano de Direitos Humanos 2. Paisagem Urbana
3. Direitos Humanos I. Redin, Giuliana II. Título.

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Programa de Pós-Graduação em Direito**

**A Comissão Examinadora, abaixo assinada,
aprova a Dissertação de Mestrado**

**A PROTEÇÃO DO DIREITO À PAISAGEM URBANA PELO SISTEMA
INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS**

Elaborado por:
Anelise Barboza Barrios

Como requisito parcial para obtenção do grau de **Mestre em Direito**

**Prof.^a Dr.^a Giuliana Redin
Orientadora (UFSM)**

**Prof.^a Dr.^a Maria Beatriz Oliveira da Silva
(UFSM)**

**Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin
(UNIJUI)**

Santa Maria, 27 de março de 2015.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha mãe por sempre acreditar em meus projetos profissionais e pessoais apoiando-me incondicionalmente e ao meu pai por ser meu “porto seguro”.

Agradeço à minha orientadora, professora Giuliana Redin por despertar em mim a inquietude e a curiosidade desde o primeiro dia de aula, por respeitar minha preferência pela pesquisa na esfera urbanística e lindamente ilustrar nossas áreas de estudo com presente tema.

Agradeço a Professora “Bia” por ter ministrado sua disciplina com maestria dando-me liberdade para escrever e expressar minhas opiniões, auxiliando e induzindo os alunos a realizarem sempre uma pesquisa motivada pela paixão.

Agradeço ao Professor Gilmar Bedin, por ter aceitado o convite, assim como, pela atenção dedicada a mim com o envio de obras e leitura do texto.

Agradeço a professora Isabel de Gregori, por ser uma amiga que sempre acreditou em mim nos momentos desafiadores.

Agradeço à colega e amiga Ana Paula especialmente, belíssimo ser humano com o qual tive a honra de conviver durante o curso.

A utopia está no horizonte. Aproximo-me dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte se distancia dez passos mais além. Para que serve a utopia?

Serve para isso: para caminhar.

Eduardo Galeano

RESUMO

Trabalho de Conclusão
Programa de Pós-Graduação em Direito
Universidade Federal de Santa Maria

A PROTEÇÃO DO DIREITO À PAISAGEM URBANA PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

AUTORA: ANELISE BARBOZA BARRIOS

ORIENTADORA: PROF.^a DR.^a GIULIANA REDIN

Local e Data da Defesa: Santa Maria, 27 de março de 2015.

O presente estudo objetiva o delinear estratégias de inserção para proteção (pela via reflexiva) do direito à paisagem urbana pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especialmente através das recomendações e sentenças. Isso porque, configuram precedentes passíveis de ocasionar uma possível evolução legislativa em âmbito interno o que poderá possibilitar uma tutela efetiva deste direito no Brasil. Para tanto, propõe-se responder a seguinte pergunta: considerando a omissão do Estado brasileiro em prever e regulamentar instrumentos legais suficientes à tutela efetiva da paisagem urbana no Brasil, é possível delinear uma estratégia de inserção litigiosa deste direito no Sistema Interamericano de Direitos Humanos? O método de abordagem utilizado foi o dedutivo, porque parte de pressupostos já consolidados e, somando-se a técnica de procedimento na qual se destaca uma análise dos casos diante do Sistema assim como, uma exposição de leis que tratam acerca da paisagem no Brasil, a presente pesquisa descritiva emerge de duas vertentes. Inicialmente explora-se a evolução da agenda temática do Sistema Interamericano de Direitos Humanos que passa a demandar dos Estados Partes um papel ativo na produção de equilíbrios sociais. Após, estuda-se estrategicamente o direito à paisagem urbana, buscando desvelá-la como um direito humano e ratificá-la no rol de direitos fundamentais, localizando-a nos conceitos de meio ambiente, cultura, espaço, verificando a subjetividade que engloba o tema sob a ótica de Milton Santos. Conclui-se pela possibilidade de inserção indireta da temática no Sistema e diante a alegação de possíveis violações aos direitos civis e políticos previstos na Convenção Americana como a tutela judicial efetiva, o devido processo legal, integridade psíquica e o acesso à informação que poderão garantir uma tutela reflexiva à paisagem urbana no âmbito do Sistema podendo induzir em uma evolução do tema no cenário legislativo do Brasil.

Palavras-chave: Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Paisagem Urbana.

ABSTRACT

Master's thesis
Post Graduation in Law program
Federal University of Santa Maria

A PROTEÇÃO DO DIREITO À PAISAGEM URBANA PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

AUTHOR: ANELISE BARBOZA BARRIOS

ADVISER PROFESSOR: GIULIANA REDIN

Date and place: 27th of March, 2015. Santa Maria.

The following study, tries to show and to explain strategies for the right of urban landscaping through the system of the Inter-American Court of Human Rights, specially through advice and law sentences. That's because precedent could occasionatean a possible legislative developments in the domestic sphere which may enable an effective protection of this right in Brazil. Therefore, it is proposed to answer the following question: considering the failure of the Brazilian State to provide sufficient legal and regulatory instruments to the effective protection of the urban landscape in Brazil, is it possible to outline a contentious insertion strategy this right for Inter-American Human Rights? The approach method was deductive, because part of assumptions already consolidated and, adding to the procedure technique which stresses highlights an analysis of the cases before the system as well as an exhibition of laws dealing about the landscape in Brazil, this descriptive research emerges from two sides. Initially explores the evolution of the thematic agenda of the Inter-American Human Rights passing of the States Parties to demand an active role in the production of social equilibrium. After , studying strategically the right to urban landscape , seeking unveil it as a human right and ratify it in the list of fundamental rights, locating it on the concepts of environment, culture, space, checking the subjectivity that encompasses the theme from the perspective of Milton Santos . The results confirmed the possibility of indirect insertion of the theme in the system by asserting possible violations of civil and political rights under the American Convention as effective judicial protection, due process, mental integrity and access to information that may ensure protection reflective urban landscape within the system and may lead to an evolution of the theme in the legislative environment in Brazil.

Keywords: Inter-American Human Rights. Townscape.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO 1 - O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DESCAs.....	14
1.1 Desenvolvimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: funcionamento, competências e abrangência como mecanismo de monitoramento e decisório	14
1.2 A tutela aos direitos ambientais e culturais na Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma análise a partir dos Casos Yanomami v. Brasil e Mayana (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua.....	34
1.3 O Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Instrumento Político de Reivindicação de Direitos.....	54
CAPÍTULO 2 - O DIREITO À PAISAGEM URBANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO: ASPECTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO À INSTRUMENTALIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.....	62
2.1 O direito a paisagem urbana como direito fundamental e humano: um direito de complexa definição e categorização jurídica	62
2.2. Instrumentos político-jurídicos de tutela do direito à paisagem urbana no sistema jurídico brasileiro: o problema da sua ineficácia.....	78
CAPÍTULO 3 – A EFICÁCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO PARA REIVINDICAÇÃO DO DIREITO À PAISAGEM URBANA	106
3.1 Potencialidades para reivindicação do direito à paisagem urbana pela via reflexiva no Sistema Interamericano de Direitos Humanos.....	106
CONCLUSÃO.....	120
REFERÊNCIAS.....	124

INTRODUÇÃO

Na última década, houve uma evolução na agenda temática do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Assim, especialmente os relatórios temáticos, opiniões consultivas, sentenças e recomendações, atualmente abrangem temas relativos ao funcionamento dos sistemas de administração da justiça, preservação da esfera pública e demandas de igualdade de grupos e coletividades no âmbito interno dos Estados Partes.

Além disso, o Sistema Interamericano também modifica sua compreensão da ideia de igualdade, adotando-a como uma garantia de proteção a grupos subordinados, demandando do Estado um papel ativo na produção de equilíbrios sociais. Conjuntamente, ocorre uma evolução na jurisprudência do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a qual é gradualmente aplicada nas decisões dos tribunais e cortes supremas nacionais, assim como na formulação de determinadas políticas públicas estatais. Ilustra-se aí o grande desafio do Sistema que é auxiliar na evolução das condições estruturais que garantam a efetividade dos direitos humanos no âmbito interno dos Estados-Partes.

Diante disso, movimentos sociais e ONGs encontram, no Sistema, um palco para a reivindicação de criação e modificação de políticas públicas e leis no interior dos Estados Partes. Essa reivindicação ocorre através da influência das organizações perante a sociedade civil, somada à utilização de instrumentos midiáticos que pressionam os Estados na adoção das medidas determinadas pelo Sistema, auxiliando no monitoramento e cumprimento das mesmas.

Tendo por base essa evolução, estrategicamente, estuda-se a paisagem urbana, buscando desvelá-la como um direito humano e ratificá-la no rol de direitos fundamentais, localizando-a nos conceitos de meio ambiente, cultura e espaço, este último sob a ótica de Milton Santos. Desse modo, identifica-se a subjetividade e a dialética estabelecida entre o espaço e a sociedade, que se trata do impacto humano ocasionado ao ver a paisagem. Assim, notamos que o direito à paisagem urbana permeia e se entrelaça aos direitos, como o acesso à cultura, ao meio ambiente sadio e à integridade psíquica, sendo, então, inquestionável como um direito humano e fundamental.

Diante da importância que possui a paisagem urbana perante o homem, realiza-se um estudo dos instrumentos de proteção paisagística no Brasil e conclui-se por sua insuficiência e ineficácia. Isso porque não consideram em seu bojo a subjetividade do espaço, não concedendo soberania às decisões populares nesses assuntos, o que deveria ser feito por tratarem-se, os seres humanos cidadãos, dos principais afetados diante da supressão da paisagem urbana bela e saudável pelo Poder Público. Destaca-se, também, que há carência conceitual específica referente à paisagem urbana no Brasil, o que influi na garantia de efetividade de sua tutela, tanto pelo viés administrativo como judicial.

Assim é que a presente pesquisa propõe-se a responder a seguinte pergunta: considerando a omissão do Estado brasileiro em prever e regulamentar instrumentos legais suficientes à tutela efetiva da paisagem urbana no Brasil, é possível delinear uma estratégia de inserção litigiosa deste direito no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Para respondê-la, unem-se a necessidade de tutela paisagística efetiva em âmbito interno aos atuais objetivos do Sistema (influência, agenda temática e a obrigatoriedade de cumprimento das sentenças da Corte Interamericana no Brasil), traçando-se estratégias de litígio pelo Sistema Interamericano para possíveis casos que envolvam questões de violação do direito à paisagem urbana pelo Estado brasileiro. Utiliza-se para tanto, como exemplo, na ilustração das estratégias, o caso da Ação Civil Pública oposta contra o Corte das Árvores da Avenida Beira Rio em Porto Alegre - RS, pois se tratou de um caso de supressão paisagística a contra gosto da comunidade cidadina, que protestou na época, dessa maneira a referida Ação Civil Pública não logrou êxito em evitar o corte das árvores diante da insuficiência de instrumentos de tutela que considerem a opinião popular nestes casos, de forma soberana.

Diante desse contexto, justifica-se a presente pesquisa e este estudo se destaca não apenas por sua importância social, mas também por seu ineditismo, considerando-se que não há pesquisas sobre o tema. A inserção de casos que respeitem à violação de direito à paisagem urbana pela via do Sistema não poderá ser direta (considerando que esse direito não está expressamente previsto na Convenção e demais instrumentos do Sistema), e sim em conformidade com as estratégias de inserção de causas que tratam da violação de direitos ambientais e culturais, de acordo com o exposto na análise dos casos Yanomami v. Brasil e Mayana (Sumo) Awás Tingni v. Nicarágua. Tais estratégias consistem em alegar possíveis violações aos direitos civis e políticos previstos na Convenção, como à tutela judicial efetiva, devido processo legal, integridade psíquica e acesso à informação.

Caso concretizadas e, tendo sucesso em algum caso específico no futuro, o ingresso de causas que tratem sobre a paisagem urbana no Sistema poderiam estabelecer uma tutela reflexiva desse direito no âmbito interno, seja através da adoção de políticas públicas claras que visem sua proteção, necessidade de estudos prévios sobre a paisagem para elaboração dos Planos Diretores e, principalmente, soberania da participação popular nas audiências públicas em âmbito de Ação Civil Pública, Estudo de Impacto de Vizinhança e Plano Diretor.

Para o desenvolvimento da pesquisa, o método de abordagem utilizado é o dedutivo. Esta pesquisa parte de pressupostos consolidados acerca do Sistema

Interamericano de Direitos Humanos e do direito à paisagem urbana, no âmbito interno. Ademais, atualmente o Sistema já possui jurisprudência na qual se vislumbra a proteção aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, políticos e civis estreitamente vinculados à proteção ambiental, havendo já a proteção do meio ambiente pela via reflexiva e, logo, sendo possível verificar uma proteção e inserção do tema paisagem urbana no Sistema.

A técnica de procedimento utilizada, para além dos fichamentos, abrange o estudo dos casos Yanomami v. Brasil e Mayana (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, análise jurisprudencial e legislativa diante do sistema jurídico brasileiro, assim como exemplos ilustrativos das estratégias que partem do caso concreto, referente à Ação Civil Pública, processo de número 001/1.13.0072972-5, que tramita ainda junto à 10ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre - RS, na qual se buscou interagir o mesmo com as estratégias abordadas no estudo.

Partindo do método de abordagem dedutivo, da técnica de procedimento em que se destaca a análise de casos e jurisprudência, a presente pesquisa descritiva está dividida em três partes. O primeiro capítulo parte da análise da evolução, do funcionamento, influência política e estudo dos casos Yanomami v. Brasil e Mayana (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, diante Sistema Interamericano de Direitos Humanos, em que se nota a possibilidade de proteção de causas ambientais e culturais quando conectadas a direitos civis e políticos, ou seja, uma tutela ambiental e cultural pela via reflexa, tal como a influência de ONGs e movimentos sociais sobre o Sistema.

Já o segundo capítulo, reflete a problematização quando, após a contextualização do Direito à paisagem urbana (que traz estudo doutrinário e legislativo acerca das facetas que ocupa a paisagem urbana, diante do ser humano e do Estado, como sendo um direito humano e fundamental), observa-se a insuficiência e inefetividade da legislação nacional que trata sobre o tema. Por fim, no terceiro capítulo verificam-se as estratégias de inserção da temática no Sistema Interamericano, visualizando a possibilidade de sua tutela pela via reflexiva.

Dessa forma, a temática proposta alinha-se com a área de concentração do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria – Mestrado em Direito, e com a linha de pesquisa “Direitos da sociobiodiversidade e sustentabilidade”.

CAPÍTULO 1 – O SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E A PROTEÇÃO DOS DESCAs

1.1. Desenvolvimento do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos: funcionamento, competências e abrangência como mecanismo de monitoramento e decisório

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos vem, ao longo da história, modificando sua forma de funcionamento, diante dos cenários políticos dos Estados-Parte (ABRAMOVICH, 2009, p. 6). Durante os últimos dez anos, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (Sistema) evoluiu e a sua jurisprudência tem sido gradualmente aplicada nas decisões dos tribunais e cortes supremas nacionais, bem como na formulação de determinadas políticas públicas estatais (ABRAMOVICH, 2009, p.7). Países como o México e o Brasil passaram a aceitar a competência da Corte Interamericana para atuar na tutela aos direitos humanos, além de concederem à Convenção Americana hierarquia constitucional ou superior às leis ordinárias de seus sistemas jurídicos (ABRAMOVICH, 2009, p. 6).

Esse processo de incidência do direito internacional que busca tutelar os direitos humanos no âmbito interno dos Estados e ocasiona mudanças institucionais relevantes no Sistema Interamericano, o qual, atualmente, depara-se com um período de fortes debates, que buscam a definição de prioridades temáticas, além do estabelecimento de uma lógica de intervenção diante do cenário peculiar latino americano de democracias excludentes e frágeis (ABRAMOVICH, 2009, p. 6). Tal evolução, porém, não se trata de um processo linear. Sobre o tema, Victor Abramovich (2009, p. 8) afirma que:

Não há dúvida de que o papel dos órgãos do sistema, tanto da Comissão como da Corte, modificou-se à luz das mudanças dos cenários políticos que ocorreram no continente americano. Em seu início, o SIDH teve de enfrentar violações sistemáticas e em massa cometidas sob sistemas de terrorismo de estado ou no marco de violentos conflitos armados internos. Seu papel foi, em síntese, o de um último recurso de justiça para as vítimas dessas violações, que não podiam buscar auxílio nos sistemas de justiça internos devastados ou manipulados.

Diante desse cenário inicial, os relatórios emitidos pela Comissão Interamericana, basicamente, tinham a função de documentar determinadas situações, legitimar as denúncias das vítimas e suas organizações, além de expor de forma negativa a imagem dos ditadores, no âmbito local e internacional (ABRAMOVICH, 2009, p. 9).

Durante a década de 80 até o início da década de 90, período marcado pela transição pós-ditatorial, o Sistema já possuía atuação mais ampla, considerando que acompanhou os processos políticos dirigidos ao tratamento daquele passado autoritário, assim como as sequelas nas instituições democráticas (ABRAMOVICH, 2009, p. 9). De acordo com Victor Abramovich (2009, p. 9):

Nesse período, o SIDH começou a delinear os princípios fundamentais sobre o direito à justiça, à verdade e à reparação de graves violações, em massa e sistemáticas, de direitos humanos. Fixou os limites das leis de anistia. Estabeleceu as bases para a proteção estrita da liberdade de expressão e a proibição de censura prévia. Invalidou os tribunais militares para julgar civis e casos de direitos humanos, limitando um espaço de ação das forças militares, que ainda eram atores de oposição nas transições e buscavam impunidade pelos crimes do passado. Protegeu o habeas corpus, as garantias processuais, a ordem constitucional democrática e a divisão dos poderes estatais ante a possibilidade, ainda latente na época, de retrocessos autoritários e de abusos dos estados de exceção.

Não obstante a complexidade do cenário regional naquela época, o atual é, sem dúvida, mais complexo. Isso porque muitos países da região, após a transição de seus regimes ditatoriais, ainda não conseguiram consolidar seu sistema democrático. Suas democracias coexistem com altos níveis de desigualdade e de exclusão, os quais ocasionam constantemente um clima de instabilidade política:

Nesse novo cenário, os órgãos do SIDH procuram não apenas reparar as vítimas nos casos particulares, mas também fixar um conjunto de princípios e parâmetros, com o propósito de incidir na qualidade dos processos democráticos e no fortalecimento dos principais mecanismos domésticos de proteção dos direitos (ABRAMOVICH, 2009, p. 10).

Trata-se do grande desafio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: “melhorar as condições estruturais que garantem a efetividade dos direitos em nível nacional” (ABRAMOVICH, 2009, p. 10).

Diante do novo cenário político, é possível analisar, para além de uma mudança de enfoque, uma variação na agenda temática. Como se denota, na etapa das transições, o Sistema contribuiu para alguns debates institucionais, cujos temas estavam diretamente vinculados ao tratamento das violações daquele passado autoritário: “Na etapa posterior às transições, a agenda institucional se amplia consideravelmente pelo tipo de assunto que chega ao conhecimento do SIDH” (ABRAMOVICH, 2009, p. 11). O lugar central na nova agenda do Sistema é ocupado pelos temas relativos ao funcionamento dos sistemas de administração da justiça, preservação da esfera pública e demandas de igualdade de grupos e coletividades.

O Sistema passa a versar sobre “diferentes questões relacionadas à ampla proteção convencional do devido processo e do direito à proteção judicial, inclusive em relação à tutela judicial dos direitos sociais” (ABRAMOVICH, 2009, p. 11). Do mesmo modo como, no que toca aos temas vinculados à preservação da esfera pública democrática nos países da região, passa a abordar temas relativos à liberdade de expressão, acesso à informação pública, liberdade de manifestação, dentre outros.

No que diz respeito às demandas por igualdade de grupos e coletividades, é aspecto prioritário, na agenda do Sistema, tratar os temas que “abrangem situações de setores excluídos que são afetados nos seus direitos de participação e expressão, sofrem padrões de violência institucional ou social, ou obstáculos ao acesso à esfera pública, ao sistema político, ou à proteção social ou judicial.” (ABRAMOVICH, 2009, p.11-12). A mudança gradual do papel do Sistema neste novo cenário político traz uma “agenda vinculada aos problemas derivados da desigualdade e exclusão social”. (ABRAMOVICH, 2009, p.16). Isso ocorre em decorrência dos processos de transição da ditadura para as democracias latino americanas, que, atualmente, encontram-se sob ameaça diante do contínuo aumento das diferenças sociais e da exclusão de “amplios setores da população dos sistemas políticos e dos benefícios do desenvolvimento, o que impõe limites estruturais ao exercício dos direitos sociais, políticos, culturais e civis.” (ABRAMOVICH, 2009, p. 17). Tratam-se de Estados que têm suas autoridades eleitas de forma legítima, mas que ainda não são capazes de reverter ou impedir práticas arbitrárias advindas de seus agentes e “de assegurar mecanismos de

responsabilidade efetiva por seus atos, como consequência do seu precário funcionamento de seus sistemas legais.” (ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

De acordo com Victor Abramovich, 2009, p. 17:

Daí que uma das principais contribuições e ao mesmo tempo um dos principais desafios do SIDH, em relação aos problemas regionais originados na exclusão e degradação institucional, reside na capacidade de guiar com parâmetros e princípios a atuação dos Estados democráticos nas situações concretas, tanto a jurisprudência dos tribunais, a fim de determinar o alcance dos direitos, como os processos de formulação de políticas públicas, contribuindo desse modo para o fortalecimento das garantias institucionais e sociais desses direitos nos diversos espaços nacionais.

Diante desse papel fundamental, na indução e no incentivo aos Estados Partes, a se comportarem, no plano interno, de forma compatível com seus princípios e (TEIXEIRA, 2001, p. 35) a sua jurisprudência da Corte Interamericana passa a ter grande impacto nos tribunais nacionais. Já que as decisões tomadas no âmbito do Sistema possuem grande valor para os Estados Partes, quando da interpretação de seus tratados. Então, os Estados se utilizam das decisões como guias para interpretá-los. Trata-se de uma forma de cuidado dos mesmos para que não corram o risco de serem expostos a condenações em âmbito internacional (ABRAMOVICH, 2009, p.12).

Nesse sentido, a atuação do Sistema ainda vai além desse impacto jurisprudencial em âmbito interno, passando pela obrigatoriedade das sentenças da Corte, as recomendações da Comissão, as soluções amistosas diante dos casos individuais, os relatórios temáticos da Comissão e os pareceres consultivos da Corte. Através desses instrumentos e com o auxílio de ativistas como ONGs, por exemplo, o Sistema passa a influenciar na orientação geral de algumas políticas públicas e nos processos de formulação, implementação, avaliação e fiscalização das mesmas (ABRAMOVICH, 2009, p. 12).

Trata-se de determinar que os Estados-Partes cumpram obrigações positivas em geral, ou seja, se há falta ou insuficiência de políticas públicas em determinado tema (objeto de análise pela Comissão ou pela Corte), essa omissão poderá resultar em recomendações ou sentenças que sugiram ou determinem suas criações ou modificações, de forma participativa e considerando a voz dos afetados.¹ (ABRAMOVICH, 2009, p. 13).

Partindo do estudo de suas decisões e recomendações (o item 1.2 explora essa afirmação), nota-se que o Sistema amplia o foco buscando situar os fatos específicos em padrões estruturais de discriminação e violência em face de determinados grupos ou setores sociais. Para tanto, o Sistema se baseia em uma concepção do princípio de igualdade, que permite a abordagem de temas sociais, a partir da reinterpretação “do alcance dos direitos civis e políticos estabelecidos na Convenção Americana”(ABRAMOVICH, 2009, p. 17).

De acordo com Victor Abramovich (2009, p. 18), “se avança de uma ideia de igualdade como não discriminação a uma ideia de igualdade como proteção de grupos subordinados”, ou seja, “se evolui de uma noção clássica de igualdade, que indica a eliminação de privilégios ou diferenças injustas ou arbitrárias, que busca gerar regras iguais para todos e demanda do Estado uma forma de neutralidade ou “cegueira” frente à diferença” e “desloca-se para uma noção de igualdade substantiva, que demanda do Estado um papel ativo para produzir equilíbrios sociais, a proteção especial de determinados grupos que sofrem processos históricos ou estruturais de discriminação” (ABRAMOVICH, 2009, p. 18). Portanto, partindo-se da noção de igualdade substantiva, deve o Estado abandonar sua neutralidade e contar com ferramentas de mapeamento da situação social a fim de buscar os grupos ou setores da sociedade que requerem, em determinados momentos históricos, medidas urgentes e especiais de tutela. Dessa forma, cabe ao Estado garantir não apenas os direitos, “mas também a possibilidade efetiva de exercê-los” (ABRAMOVICH, 2009, p. 18).

¹Neste sentido, no âmbito dos casos individuais, as soluções amistosas ou negociações promovidas entre petionários e os Estado, especialmente junto a Comissão tem ocasionado o compromisso dos Estados na implementação de reformas institucionais ou criação de mecanismos de consulta que busquem uma definição de políticas junto a sociedade civil. Os Estados, via de regra se demonstram mais simpáticos às soluções amistosas e cumprem seus compromissos ainda mais do que as próprias sentenças da Corte (ABRAMOVICH, 2009, p. 23).

Essa nova noção de igualdade substantiva reflete-se na forma como o Sistema passa a fazer uma releitura das obrigações dos Estados em matéria dos direitos civis e políticos, diante de contextos sociais diversificados (ABRAMOVICH, 2009, p. 19). Como se verá adiante, essa releitura das obrigações dos Estados proporciona ao ser humano possibilidades de requerer tutela a direitos difusos e coletivos como a cultura, o meio ambiente e até mesmo a paisagem urbana (mesmo que não expressamente). Alega, para isso, a violação de direitos civis e políticos, como a integridade física, psíquica e o direito à tutela judicial efetiva, que passam a ser adaptados ao cenário latino americano, tanto pelos petionários, quanto pelo próprio Sistema, buscando a garantia da tutela efetiva de direitos humanos no âmbito interno.

Com isso, o enfoque dado pelo Sistema vai para além da tutela da vítima individual e projeta-se na avaliação da situação de discriminação de grupos sociais específicos. Exemplo dessa afirmação são os grupos indígenas, que requerem uma especial proteção, por se tratarem de um grupo marginalizado e vulnerável diante de arbitrariedades do estado e de particulares.

Contudo, inobstante ter o propósito maior de “incidir na qualidade dos processos democráticos e no fortalecimento dos principais mecanismos domésticos de proteção dos direitos”, visando à melhoria das condições estruturais que possam garantir a efetividade dos direitos no âmbito interno dos Estados, deve-se ressaltar o “caráter subsidiário dos mecanismos de proteção internacional em relação as garantias desses direitos nos próprios estados”, os quais reconhecem, claramente, “os limites da supervisão internacional”, resguardando a margem de autonomia dos processos políticos no âmbito nacional (ABRAMOVICH, 2009, p. 10).

Dessa forma, destacam-se como limitadores desta autonomia estatal, com relação às “intervenções” do Sistema, a exigência do prévio esgotamento dos recursos internos², em sede de análise de admissibilidade do caso, perante a Comissão e, após, perante a Corte. Tal exigência vem para “remediar a situação e a regra da “quarta instância”, em virtude da qual o SIDH se abstém de revisar a correção ou equívoco das decisões dos tribunais nacionais em matérias não disciplinadas diretamente pela Convenção, caso sejam respeitadas as garantias do processo (ABRAMOVICH, 2009, p. 10).”³

Para aprofundar, analisaremos tecnicamente o funcionamento do Sistema, destacando que, a fim de concretizar tais objetivos e desafios, há quatro instrumentos que estruturam o Sistema Interamericano ou um conjunto de tratados, que formam uma espécie de rede de proteção e monitoramento de políticas, as quais buscam a garantia de direitos humanos entre o Estados - Membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) (TEIXEIRA; MAZZUOLI, 2013, p. 164).

Tratam-se dos quatro pilares fundamentais que preveem e regulamentam a forma como se dará a tutela aos direitos humanos: a carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) ou Carta de Bogotá de 1948, que é o primeiro dos quatro instrumentos que estruturam o Sistema; a Declaração Americana de direitos e deveres do homem de 1948; a Convenção Americana sobre direitos humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica; e o Protocolo adicional à Convenção Americana em matéria de direitos econômicos sociais, culturais e ambientais de 1988, também conhecido como Protocolo de San Salvador.

² “A primeira regra, do “prévio esgotamento de recursos internos”, embora tenha natureza processual, funciona como um elemento chave para compreender a dinâmica de funcionamento de todo o sistema interamericano e em especial sua função subsidiária. Ao obrigar a apresentar e esgotar o sistema de ações e recursos disponíveis no sistema judicial do Estado nacional, oferece-se a cada Estado a possibilidade de solucionar o conflito e reparar as violações antes que o assunto seja examinado na esfera internacional. O alcance dessa regra na jurisprudência dos órgãos do SIDH define o grau de intervenção que o mecanismo internacional está disposto a exercer nas diferentes situações, com base na idoneidade e eficácia do sistema de justiça nacional” (ABRAMOVICH, 2009, p. 10).

³ “A quarta instância” funciona como uma espécie de margem de deferência aos sistemas judiciais nacionais, pois reconhece sua ampla margem de autonomia para atuar na interpretação das normas locais e na decisão dos casos concretos, sob a única condição de que sejam respeitadas as garantias processuais estabelecidas na Convenção (ABRAMOVICH, 2009, p. 10).

A carta da OEA é o primeiro dos quatro instrumentos que estruturam o Sistema Interamericano. Também chamada Carta de Bogotá, firmou-se no dia 30 de abril de 1948, durante a Nona Conferência Internacional Americana, com a assinatura de 21 Estados⁴ e entrou em vigor em 13 de dezembro de 1951.⁵

A Declaração Americana de Direitos Humanos de 1948, por sua vez, é o segundo dos quatro instrumentos que estruturam o Sistema Interamericano, que apenas foi consolidado em 1969, a partir do Pacto de São José da Costa Rica ou Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual entrou em vigor em 1978.

A Convenção Americana é o terceiro e o principal dos quatro instrumentos que estruturam o Sistema Interamericano⁶. Enumera diversos deveres dos Estados Partes, elenca um rol de direitos humanos situados, basicamente, entre os direitos civis e políticos, além de estabelecer “a competência de dois órgãos responsáveis pelo monitoramento, apuração e repressão pela violação de direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos” (REDIN, 2011, p. 188). É instrumento de fundamental importância na consecução dos objetivos do Sistema, considerando que tutela os direitos civis e políticos e busca proteger os direitos referentes à liberdade de associação, proteção à família, proteção à criança e propriedade privada, assim como faz referência aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

⁴ Os 21 Estados são: Argentina, Bolívia, Brasil, Chile, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, Estados Unidos, Uruguai, Venezuela.

⁵ É composta pela Assembleia Geral; a Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores; os Conselhos Permanente e Conselho Interamericano de Desenvolvimento Integral; a Comissão Jurídica Interamericana; a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; e a Secretaria Geral Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm#ch1>. Acesso em: 10 dez. 2014.

⁶ Da totalidade de 34 Estados que assinaram a Convenção Americana, 25 a ratificaram. O Brasil ratificou a Convenção em 1992 através do Decreto 678/1992 e em 1998, através do Decreto Legislativo nº 89/1998 aprovou a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Comissão Interamericana em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos sobre fatos ocorridos a partir do seu reconhecimento. Também, em 2002, através do Decreto Presidencial nº 4.463/2002 o Brasil promulgou a Declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Quase 20 anos após o nascimento da Convenção Americana, passa a vigorar o quarto instrumento: o Protocolo Adicional de San Salvador de 1988 amplia o rol de garantias do Sistema, ao tratar sobre temas como direito do trabalho, direito sindical, direito à saúde, meio ambiente, alimentação, cultura, educação, proteção à família, crianças, idosos, deficientes e direito à previdência (REDIN, 2011, p. 188).

Especialmente no que toca aos instrumentos Comissão Interamericana e Corte Interamericana e, considerando sua importância, passa-se aos seus estudos. A Comissão Interamericana originou-se da Resolução VIII da V Reunião de Consulta dos Ministros Exteriores de Santiago em 1959, na esteira da Declaração Americana de 1948 e não da Convenção Americana, como parece (TRINDADE apud REDIN, 2011, p. 188).

Trindade (apud REDIN, 2011, p. 188) afirma que em 1965 por intermédio da Resolução XXII, a Comissão passa a receber comunicações e petições contendo denúncias sobre violação de direitos humanos, com possibilidade de exame de tais comunicações, visitas aos Estados, mediante sua concordância, e preparo de estudos e seminários, aproximando-se do formato determinado pela Convenção Americana. A Convenção Americana, assim, estabelece suas competências, regulamenta seu funcionamento e é seu principal aparato normativo na busca pela tutela aos direitos humanos, vigorando com relação aos Estados que a ratificaram. A Comissão também poderá atuar com relação aos Estados que não a ratificaram, desde que dentro dos limites de seu Estatuto e considerando as possíveis violações à Declaração Americana.

Logo, a Comissão é regulamentada tanto por seu Estatuto, atuando como órgão da OEA, com relação aos Estados-Partes que não ratificaram a Convenção, e, também, como órgão da Convenção Americana, para os Estados que a ratificaram, funcionando ora como órgão geral⁷, ora como órgão processual⁸ da OEA, respectivamente (TEIXEIRA; MAZZUOLI, 2013, p. 165).

⁷ Como órgão geral do Sistema interamericano, ao publicar seus informes em seu Relatório Anual, a Comissão acaba por apresentá-los à Assembleia Geral da OEA, que dentre suas atribuições, tem a de impor sanções aos Estados violadores de direitos fundamentais protegidos pela sua carta e por sua Declaração de Direitos e Deveres (TEIXEIRA, 2001, p. 88).

⁸ Em relação aos Estados-Partes da Convenção Americana que reconhecem a competência contenciosa da Corte Interamericana, a Comissão atua como órgão processual, à medida que encaminha casos de violação dos dispositivos da Convenção à Corte Interamericana de Direitos Humanos” (TEIXEIRA, 2001, p. 165).

O Sistema pode ser ativado de diversas formas e será através da Comissão, por meio das apresentações de petições individuais ou comunicações dos Estados. Nos casos urgentes e graves, pode-se também recorrer a Comissão através do requerimento de medidas cautelares. Caso haja violações de direitos com temas especiais em algum Estado ou mesmo com temáticas especiais, a Comissão, mediante solicitação, pode realizar visitas *in loco*, audiências extraordinárias e relatórios especiais. Além disso, anualmente, confecciona um relatório para a Assembleia Geral da OEA, no qual avalia a situação regional dos direitos humanos.(COSTA, 2010, p. 21). Contudo, para que a Comissão admita um caso específico, o mesmo deve preencher requisitos de admissibilidade.

Sobre os requisitos de admissibilidade de um caso perante a Comissão, os autores Quiroga e Rojas dividem seu exame em duas partes, sendo a primeira a análise dos requisitos da competência (como a legitimidade ativa e passiva, o lugar, o tempo e a matéria) e a segunda, um exame de admissibilidade, que analisará o esgotamento dos recursos internos, o cumprimento do prazo de apresentação da comunicação, se a matéria não está sendo ou foi tratada diante de outro organismo internacional e os requisitos formais da petição (QUIROGA; ROJAS, 2007, p. 54).

De acordo com Redin (2011), porém, tratam-se de pressupostos de admissibilidade, que serão enfrentados na Comissão e, depois, voltam a ser analisados na Corte diante da competência desta. Ao definir esses pressupostos, a autora afirma que preencher o requisito da competência *ratione materiae* significa que “um Estado apenas pode ser denunciado por violação das garantias da Convenção e do núcleo *jus cogens* ligado a ela de proteção americana de direitos humanos”. Já sobre a competência *ratione personae*, declara que “o Estado é o sujeito do sistema interamericano, por ser parte na Convenção Americana e, no caso da Corte, ter declarado expressamente o reconhecimento da respectiva competência” (REDIN, 2011, p. 190).No que concerne à competência *ratione temporis*, trata-se da não consideração de “violações de direitos humanos a partir da ratificação ou adesão da Convenção e, no caso da Corte, sustenta-se que essas violações tenham sido perpetradas após o reconhecimento da jurisdição dela, o que inclui violações sistemáticas ou iniciadas até mesmo antes da ratificação ou adesão.” (REDIN, 2011, p. 190).

A legitimidade ativa também é requisito de admissibilidade e será analisada. Abrange o conceito de “qualquer pessoa”, “grupo de pessoas” ou “entidade não governamental” sendo limitada pelos seguintes fatores:

peessoa é todo ser humano, ou seja, pessoas jurídicas como empresas ou ONGs não podem ser vítimas de violações, embora seus integrantes possam; b) somente os estados podem ser declarados responsáveis pelas ações ou omissões de outros entes violadores de direitos humanos; c) petionários e vítimas devem ser necessariamente individualizados, sob pena da petição em nome de grupos difusos de pessoas ou de maneira abstrata implicar na sua inadmissibilidade e encerramento do processo perante a Comissão; d) assim caso não seja possível identificar a vítima, deve-se ao menos indicar a possibilidade de fazê-lo (TEIXEIRA; MAZZUOLI, 2012, p. 176).

Possibilitar que terceiras pessoas, distintas da vítima, possam atuar diante da Comissão, ativando o procedimento e o conduzindo, sem a intervenção da própria vítima, diz respeito a *actio populari*, termo proposto por Rojas e Quiroga (2007, p. 55), ao caso.⁹De acordo com os autores, é situação que se adapta às características de violações massivas e sistemáticas, nas quais, em muitos casos, a vítima não tem possibilidade de recorrer a órgãos de proteção internos ou internacionais (ROJAS; QUIROGA, 2007, p. 55).

Nesse viés, observa-se que, atualmente, o Sistema Interamericano tem se tornado um cenário de ativismo transnacional, em que as organizações sociais e ONGs se valem desse palco, buscando não apenas denunciar as violações aos direitos humanos, mas também trazer visibilidade às diversas práticas estatais questionáveis e atingir posições privilegiadas de diálogo com seus governos, buscando “reverter relações de força e alterar a dinâmica de alguns processos políticos.”(o item 1.3 explora esta afirmação) (ABRAMOVICH, 2009, p. 14).

⁹ Ressalta-se diante desta análise que, para que haja a tutela do indivíduo a violação deve ser verificável diante de uma pessoa identificada ou identificável. Podem ser também protegidos grupos de pessoas, sempre que seus membros forem identificados ou possa identificá-los. Assim a identificação das vítimas trata-se de requisito para admissibilidade de uma petição considerando-se que os instrumentos de tutela aos direitos humanos pela via do Sistema tutelam prioritariamente os indivíduos possuindo suas ações judiciais voltadas à proteção individual (WAGNER, 2010, p. 120).

Dessa maneira, no que toca especificamente aos peticionários– para além das pessoas ou grupo de pessoas – para que as ONGs tenham a legitimidade ad causam, devem ser reconhecidas pelo Estado Membro da OEA, sendo possível, contudo, uma análise, por parte da Comissão, de uma petição advinda de uma ONG não reconhecida pelo Estado Membro da OEA. Isso porque se considera o fato de compreender-se no conceito de “grupo de pessoas” e, logo, legitimada (QUIROGA; ROJAS, 2007, p. 57).

No exame de admissibilidade pela Comissão, esta verificará também se houve esgotamento de recursos internos, sobre o cumprimento do prazo para interposição da denúncia, da não duplicidade de procedimentos e da compatibilidade da petição.¹⁰ Tratam-se de requisitos formais que influem diretamente na declaração de admissibilidade ou inadmissibilidade de casos junto à Comissão. Assim, mesmo que se esteja diante de um caso que preenche todos os requisitos de competência, se não preencher os requisitos de admissibilidade, a petição será objeto de uma declaração de inadmissibilidade.¹¹

¹⁰No que toca ao requisito de admissibilidade relativo ao prazo para interposição da denúncia junto à Comissão, do próprio artigo 46 b. citado acima extrai-se é de seis meses, iniciando sua contagem na data da notificação do peticionário da decisão definitiva dentro do ordenamento jurídico interno de seu Estado. Sobre a não duplicidade de procedimentos, o artigo 46.1.c da Convenção impossibilita que a Comissão admita uma petição cuja matéria já foi objeto de outro procedimento internacional, assim como no artigo 47.d que uma petição cujo teor seja substancialmente uma reprodução de uma petição ou comunicação já objeto de exame por parte da Comissão ou outro organismo internacional. O requisito da compatibilidade da petição se refere à comissão apenas analisar petições que expõem atos que caracterizem uma violação dos direitos a que se refere o artigo 27 do regulamento e artigo 34 “a” e “b” do Regulamento.

¹¹Artigo 28. Requisitos para a consideração de petições As petições dirigidas à Comissão deverão conter a seguinte informação: a. o nome, a nacionalidade e a assinatura do denunciante ou denunciante ou, no caso de o peticionário ser uma entidade não-governamental, o nome e a assinatura de seu representante ou seus representantes legais; b. se o peticionário deseja que sua identidade seja mantida em reserva frente ao Estado; c. o endereço para o recebimento de correspondência da Comissão e, se for o caso, número de telefone e fax e endereço de correio eletrônico; d. uma relação do fato ou situação denunciada, com especificação do lugar e data das violações alegadas; e. se possível, o nome da vítima, bem como de qualquer autoridade pública que tenha tomado conhecimento do fato ou situação denunciada; f. a indicação do Estado que o peticionário considera responsável, por ação ou omissão, pela violação de algum dos direitos humanos consagrados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos aplicáveis, embora não se faça referência específica ao artigo supostamente violado; g. o cumprimento do prazo previsto no artigo 32 deste Regulamento; h. as providências tomadas para esgotar os recursos da jurisdição interna ou a impossibilidade de fazê-lo de acordo com o artigo 31 deste Regulamento; i. a indicação de se a denúncia foi submetida a outro procedimento internacional de solução de controvérsias de acordo com o artigo 33 deste Regulamento (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009, s.p.).

No que toca ao esgotamento de recursos internos, já citado acima, este é regra de direito internacional, que permite ao Estado a reparação de suposta violação de suas obrigações internacionais, antes de o caso ser levado até a instância internacional (QUIROGA; ROJAS, 2007, p. 63). A análise do esgotamento ou eficácia dos recursos disponíveis na jurisdição interna é de suma importância, à medida que incentiva o funcionamento e os debates em torno da eficiência e do aperfeiçoamento dos sistemas nacionais. O artigo 46 da Convenção Americana estabelece na letra "a" sobre o esgotamento dos recursos internos e no seu item 2, estabelece as exceções ao cumprimento desse requisito:

Artigo 46 - Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário:

a) que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos;

b) que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva;

2. As disposições das alíneas "a" e "b" do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando:

a) não existir, na legislação interna do Estado de que se tratar, o devido processo legal para a proteção do direito ou direitos que se alegue tenham sido violados;

b) não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e

c) houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, s.p.).

Após tais análises, a Comissão irá declarar a admissibilidade ou inadmissibilidade de forma expressa, considerando que seus atos são públicos. De acordo com o Regulamento Interno da Comissão¹², somente após a admissão é que a petição será registrada como um caso, dando início ao procedimento de análise do caso na sua profundidade (QUIROGA; ROJAS, 2007, p. 69).

¹²Artigo 37. Procedimento sobre o mérito: 1. Com a abertura do caso, a Comissão fixará o prazo de três meses para que os peticionários apresentem suas observações adicionais quanto ao mérito. As partes pertinentes dessas observações serão transmitidas ao Estado em questão, para que este apresente suas observações no prazo de três meses. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2009, s.p.)

Cecília Medina Quiroga e Claudio Nasch Rojas (2007, p. 75) observam que a única diferença procedimental existente até então, aplicada aos Estados que não são parte da Convenção – e, logo, não reconhecem a competência da Corte Interamericana –, é que o caso não poderá ser remetido ao tribunal.

Em resumo, as autoras Ventura e Cetra expõem sobre o procedimento diante da Comissão:

Resumidamente, quatro são as fases do procedimento para petições perante aCmIDH: admissibilidade, conciliação, primeiro relatório, e segundo relatório ou encaminhamento do caso à CrIDH. Assim, a CmIDH analisa a denúncia e, se for admitida, requer informações ao Estado e ao peticionário. Recebidas as informações do governo, ou transcorrido o prazo sem que as tenha recebido, a CmIDH verifica se existem ou se subsistem os motivos da petição ou comunicação: em caso afirmativo, examina, e, se necessário, investiga o assunto; caso contrário, procede ao arquivamento. Se a investigação revela procedente a denúncia, busca uma solução amigável. Fracassada a conciliação, remete o primeiro relatório ao Estado, que deve cumprir suas recomendações em três meses. Na ausência de cumprimento, a CmIDH pode levar o caso à CrIDH, ou elaborar o seu segundo relatório (VENTURA; CETRA, 2012, p. 13).

O segundo relatório, após elaborado, conclui o procedimento não judicial do Sistema Interamericano. “Isso implica dizer que as recomendações dos relatórios da Comissão não são exigíveis aos Estados e tampouco ensejam-lhes sanções internacionais” (TEIXEIRA; MAZZUOLI, 2012, p. 89).

Assim, para que a Corte Interamericana conheça um caso:

Este debe ser presentado, ya sea por la Comisión o por un Estado dentro del plazo de três meses a contar de la remisión al Estado del informe del artículo 50. Esto implica naturalmente, que la Corte sólo conocerá de casos respecto de los cuales se haya terminado el procedimiento ante la Comisión (QUIROGA; ROJAS, 2007, p. 79).

Passando-se a análise procedimental diante da Corte Interamericana, no que toca ao exame da legitimidade, percebe-se que apenas os Estados Partes da Convenção e a Comissão Interamericana têm legitimidade ativa para apresentar um caso junto à Corte e, para que a Corte conheça um caso, o Estado deve ter aceito sua competência (QUIROGA; ROJAS, 2007, p. 79).No caso do Brasil, apenas em 2002, através do Decreto Presidencial nº 4.463/2002, promulgou-se a Declaração de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando, então, as sentenças da Corte passam a ser obrigatórias.

Sobre a competência *rationae materie* da Corte, esta limita-se basicamente à Convenção Americana, que é o direito essencial que a Corte deve aplicar.¹³ Já no que toca a competência *rationae temporis*, diante da Corte faz-se referência a duas situações diferentes. Na primeira situação, refere-se ao prazo para apresentar um caso diante da Corte, já observado anteriormente. A segunda situação, por sua vez, refere-se ao fato de a Convenção aplicar-se aos Estados a partir do momento em que estes a ratificam e aceitam, não incidindo sobre casos anteriores a sua ratificação (QUIROGA; ROJAS, 2007, p.83).

Salienta-se que um caso diante da Corte pode encerrar-se na desistência do Estado, ao reconhecer as pretensões do demandante, pela via da solução amistosa, ou pode encerrar-se através de sentença (QUIROGA; ROJAS, 2007, p.91). Assim, o Sistema Interamericano, como um mecanismo decisório¹⁴, basicamente tem seu procedimento encerrado pela via de sentença a qual será inapelável e é obrigatória.¹⁵

A Corte, portanto, é órgão judicial do Sistema. Como tal, impõe aos Estados Partes a reparação da violação a direitos humanos e o faz “não apenas em relação à

¹³A Corte também possui competência para conhecer os casos em que se alegue violação dos direitos do parágrafo “a” do artigo 8º e artigo 13 do Protocolo Adicional a Convenção em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, etc. - Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección. Cecilia Medina Quiroga e Claudio Nasch Rojas. Abril 2007. Universidad de Chile Facultad de Derecho Centro de Derechos Humanos.

¹⁴ Sobre o assunto, afirma Redin (2011, p. 195) que: “A obrigatoriedade da sentença da Corte, conforme estabelece o artigo 68, 1, da Convenção Americana de Direitos Humanos, reside exatamente na compreensão desse órgão como instância originária internacional. Isso decorre do fato de que a proteção dos direitos humanos está para além da estrutura do Estado. A instância internacional de proteção dos direitos humanos pressupõe a possibilidade do Estado ser responsabilizado pela atuação de quaisquer de seus poderes institucionalizados”.

¹⁵Artigo 67- A sentença da Corte será definitiva e inapelável. Em caso de divergência sobre o sentido ou alcance da sentença, a Corte interpretá-la-á, a pedido de qualquer das partes, desde que o pedido seja apresentado dentro de noventa dias a partir da data da notificação da sentença. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969,s.p.)

vítima, mas pela determinação de implementação de políticas públicas específicas, bem como de adequação legislativa, no caso de se constatar que leis internas são inibidoras ou restringem o pleno exercício dos direitos humanos” (REDIN, 2011, p. 190-191).

Assim, ratifica-se que, para além de atuações pontuais, o objetivo do Sistema é amplo e busca influir na adoção de medidas de concretização de direitos humanos, em âmbito interno, de diversas formas. Para tanto, o faz não unicamente através de sentenças e recomendações, mas também estabelece obrigações positivas aos estados, mediante a promoção de soluções amistosas ou negociações entre os petionários, relatórios temáticos e opiniões consultivas.¹⁶

Sobre as soluções amistosas, na esfera dos casos individuais do Sistema, “especialmente a Comissão, promove processos de solução amistosa ou negociações entre os petionários e os Estados, nos quais os Estados muitas vezes se comprometem a implementar reformas institucionais ou criar mecanismos de consulta para a definição de políticas com a sociedade civil” (ABRAMOVICH, 2009, p. 13).

Soma-se a isso que as recomendações sobre políticas públicas são realizadas pela Comissão, também nos relatórios. Fernanda Doz Costa afirma que a Comissão deve “entregar um relatório anual à Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos no qual sejam descritas as suas atividades, assim como a situação de direitos humanos no continente” (COSTA, 2010, p. 41). Tal relatório “deve incluir o resumo das decisões da Comissão, incorporando-se aquelas relacionadas às medidas cautelares requeridas, as recomendações feitas aos Estados e os relatórios definitivos dos casos que lhe tenham sido submetidos” (COSTA, 2010, p. 41).

No mesmo sentido, “a Comissão pode também preparar relatórios ou estudos sobre a situação de direitos humanos de um país ou a respeito de uma temática determinada, segundo entenda conveniente” (COSTA, 2010, p. 41). Nos relatórios gerais por países, a Comissão “analisa situações concretas de violações e tece recomendações que orientam políticas estatais com base em parâmetros jurídicos” (ABRAMOVICH, 2009, p. 13). Os Relatórios Temáticos “que abrangem temas de interesse regional [...] tem enorme potencial para fixar padrões e princípios assim

¹⁶ De acordo com Abramovich (2009, p. 26) “o maior grau de cumprimento se dá nos processos de solução amistosa, quando o Estado de maneira autônoma assume compromissos dessa natureza.”

como revelar situações coletivas ou problemas estruturais que podem não estar devidamente refletidos na agenda dos casos individuais” (COSTA, 2010, p. 41). Ademais, possuem uma perspectiva promocional mais definida que nos relatórios por país, os quais costumam ser vistos como mecanismos de exposição dos Estados, perante a comunidade internacional e seus públicos locais.

Assim é que “devido à publicidade e atenção que recebem os relatórios, eles são um mecanismo importante para que a Comissão estude um tema de particular relevância para a efetiva proteção dos direitos humanos, seja num Estado ou em todo o continente.” Por isso, “trata-se de uma ferramenta que poderá ser usada estrategicamente pelas organizações para o desenvolvimento de certos temas associados a violações sistemáticas na região, por exemplo, aquelas derivadas de danos ambientais” (COSTA, 2010, p. 41).

O processo de elaboração dos relatórios temáticos, por sua vez,

permite a Comissão dialogar com atores sociais locais e internacionais relevantes para essa temática, obter opiniões de peritos, de agências de cooperação e instituições financeiras internacionais, de órgãos políticos e técnicos da OEA, e iniciar vínculos com os funcionários encarregados de promover as políticas nos campos analisados (ABRAMOVICH, 2009, p.13-4).

Dessa forma, através do envio de informação à Comissão para a elaboração dos relatórios,

pode-se instruí-la melhor sobre certas questões, ressaltar a importância destas e despertar o interesse para uma investigação maior a seu respeito. Ademais, uma vez publicadas as conclusões e recomendações, elas podem ser usadas para se trabalhar a matéria dentro dos Estados, desenhando-se estratégias de implementação do deliberado pela CIDH (COSTA, 2010, p. 41).

Além disso, as opiniões consultivas da Corte Interamericana “servem para examinar problemas concretos além dos casos contenciosos, e fixar o alcance das obrigações estatais que emanam da Convenção e de outros tratados de direitos humanos aplicáveis no âmbito regional [...]” (ABRAMOVICH, 2009, p. 14). Nota-se que nessas opiniões consultivas, por vezes, a Corte tentou fixar marcos jurídicos

para o desenvolvimento de políticas.¹⁷Ocorre que, mesmo com objetivos estabelecidos na nova agenda e diante de sua evolução, ainda não houve um avanço significativo nos mecanismos internos para implementação das decisões oriundas do Sistema.

De acordo com Abramovich (2009, p. 14):

isso particularmente se torna um obstáculo quando se trata da imposição de obrigações positivas. O trâmite de um caso internacional e o cumprimento das medidas de reparação fixadas exigem um alto grau de coordenação entre diferentes órgãos do governo, o que não se costuma alcançar. Isso dificulta sensivelmente o trâmite do caso, o trabalho dos órgãos do SIDH e o cumprimento das decisões.

Desse modo, pode-se afirmar que o Sistema ingressa em uma fase de “desenvolvimento de um modelo de litígio estrutural de proteção de grupos ou coletividades, sem ter aperfeiçoado e discutido com profundidade os limites ou potencialidades de suas regras processuais, seu sistema de garantias e seus mecanismos de seguimento e supervisão de decisões”(ABRAMOVICH, 2009, p. 28). Tem-se, então, que “o debate sobre a efetividade da supervisão internacional está relacionado diretamente a uma questão vital para a qualidade dos processos democráticos, que é a baixa atuação dos sistemas locais de justiça” (ABRAMOVICH, 2009, p. 28).

Nesse sentido, o aperfeiçoamento da resposta dos sistemas nacionais de administração e justiça constitui-se, na atualidade, por estratégia central na busca pela melhoria da efetividade do Sistema e, assim, necessária faz-se uma sistematização da jurisprudência, que pode servir como um marco na orientação de políticas de reforma judicial na região e melhorar a tutela dos direitos, diante dos sistemas judiciais locais (ABRAMOVICH, 2009, p. 29).

De acordo com Abramovich (2009, p. 29):

¹⁷Exemplo de opiniões consultivas: na Opinião Consultiva n. 18 procura definir uma série de princípios que devem orientar as políticas migratórias dos Estados, e em especial o reconhecimento de certos direitos sociais básicos aos imigrantes em situação irregular. Na Opinião Consultiva 17 procura orientar as políticas dirigidas à infância impondo limites às políticas criminais dirigidas às crianças (ABRAMOVICH, 2009, p. 14).

O seguimento dos sistemas judiciais nacionais ocupa um espaço prioritário da agenda de supervisão política da CIDH, o que se pode concluir a partir da temática e seus recentes relatórios e documentos. O desenvolvimento de obrigações de fazer no campo dos direitos humanos, assim como de direitos que podem apresentar uma dimensão coletiva, exige ao mesmo tempo determinar com maior precisão o que se deve entender por recursos idôneos e efetivos para protegê-los.

Continua o autor afirmando que

Um sistema adequado e acessível de ações coletivas, como amparos coletivos, mandados de segurança, ações de classe e de mecanismos de proteção cautelar urgente, pode promover um litígio local de interesse público que permita dirimir nos tribunais nacionais muitos dos conflitos que hoje se resolvem no cenário internacional. A promoção de mecanismos judiciais para o litígio local de interesse público, em temas de direitos humanos, é portanto também estratégica para o SIDH (ABRAMOVICH, 2009, p. 29).

Por fim, retoma-se que os sistemas democráticos dos países regionais ainda são deficientes¹⁸ e que houve uma mudança de enfoque da agenda do Sistema Interamericano, o qual passa a tutelar a coletividade e setores sociais que vivem em situação vulnerável, tendo dificuldades na participação política e nos processos decisórios o que, na maioria das vezes, afeta-lhes diretamente. Além disso, o Sistema busca a promoção de mecanismos judiciais que possibilitem a resolução de litígios locais de interesse público, em temas de direitos humanos. Tal mudança de enfoque passa a considerar também as peculiaridades culturais dos países regionais, chegando ao objetivo atual do Sistema Interamericano: conquistar, através da incorporação de seu padrão jurídico e princípios na evolução dos sistemas democráticos dos Estados Partes, a tutela efetiva aos direitos humanos no âmbito interno, com respeito à autonomia dos Estados.

¹⁸ As obrigações positivas se fixaram também no SIDH em relação ao exercício do direito à participação dos povos indígenas que envolvem, entre outras questões, a possibilidade de exercer seu direito à consulta prévia, livre e informada, a respeito das políticas que possam afetar seus territórios comunais, como explorações econômicas e de recursos naturais, e a dialogar com as instâncias do Estado e outros atores sociais por meio de suas próprias representações políticas (ABRAMOVICH, 2009, p.21).

1.2. A tutela aos direitos ambientais e culturais na Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos: Uma análise a partir dos Casos Yanomami v. Brasil e Mayana (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua

Pretende-se ilustrar, através da exposição dos casos Yanomami v. Brasil e Mayana (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, na Comissão Interamericana e Corte Interamericana de Direitos Humanos (compreendidas suas funções e competências), como se concretiza a expansão na agenda temática do Sistema Interamericano e se estabelecem seus objetivos. Destacar-se-á do estudo dos casos, também, sobre como o Sistema passou a determinar deveres positivos aos Estados e pôde, através daquelas decisões e relatórios, influir nas políticas públicas estatais. Antes disso, far-se-á uma abordagem sobre a forma como a Declaração Americana, a Convenção Americana e o Protocolo de San Salvador buscam tutelar os direitos ambientais e culturais, em seus textos normativos.

Assim, a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, trata acerca do direito aos benefícios da cultura nos seguintes dispositivos: artigo 13¹⁹, revelando direitos culturais, sociais e econômicos; artigo 22²⁰, ao tratar sobre o direito de associação; artigo 15²¹, ao abordar o direito ao descanso e seu aproveitamento; e preâmbulo²².

Referido instrumento, tal como a Declaração Universal de Direitos Humanos, não individualiza os direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais dos direitos políticos e civis, confirmando a importante noção do entrelaçamento desses direitos, que são interdependentes e indivisíveis (ABRAMOVICH; ROSSI, 2007, p. 35).

¹⁹Artigo 13. Toda pessoa tem o direito de tomar parte na vida cultural da coletividade, de gozar das artes e de desfrutar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas. Tem o direito, outrossim, de ser protegida em seus interesses morais e materiais no que se refere às invenções, obras literárias, científicas ou artísticas de sua autoria. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948, s.p.)

²⁰Artigo 22: Toda pessoa tem o direito de se associar com outras a fim de promover, exercer e proteger os seus interesses legítimos, de ordem política, econômica, religiosa, social, cultural, profissional, sindical ou de qualquer outra natureza (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948, s.p.)

²¹Artigo 15: Toda pessoa tem direito ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício de seu melhoramento espiritual, cultural e físico. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948, s.p.)

²²É dever do homem exercer, manter e estimular a cultura por todos os meios ao seu alcance, porque a cultura é a mais elevada expressão social e histórica do espírito (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1948, s.p.).

A Convenção Americana de Direitos Humanos, diferentemente da Declaração Americana, dedica um único artigo, no seu Capítulo III, para tratar sobre a proteção aos direitos econômicos sociais, culturais e ambientais; e, ainda, de forma genérica: o artigo 26. Contudo, mesmo que sejam esboçados pela Convenção Americana em capítulos separados, os “Direitos Cíveis e Políticos” e os “Direitos econômicos, sociais e culturais” são entrelaçados, ratificando em seu preâmbulo, novamente, a transversalidade de tais direitos:

de acordo com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como dos seus direitos cíveis e políticos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, s.p.).

Nesse sentido, é partindo da existência do artigo 26 que se pode afirmar que a Convenção Americana é um instrumento de suma importância na busca pela proteção aos direitos culturais e ambientais.²³

Artigo 26 - Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969, s.p.).

Somado à Convenção Americana o Protocolo de San Salvador, é instrumento fundamental na busca pela tutela aos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Trata-se de outro pilar de imensa importância na consecução dos objetivos do Sistema, contudo, é importante observar que, especialmente no que toca aos direitos ambientais e culturais, ainda não há uma tutela autônoma e direta, podendo ter sua tutela requerida, quando vinculados aos direitos cíveis e políticos.

²³A tutela ambiental vêm expressa no artigo 11 do Protocolo de San Salvador, contudo por se adotar a tese da indivisibilidade dos direitos humanos, assim como, por acreditar-se que a garantia a um meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é a base para concretização dos demais direitos, citar-se-á o direito ambiental também como direito tutelado pela Convenção Americana e, como se verá adiante, o é, pela via reflexiva.

O Protocolo de San Salvador, no seu preâmbulo, destaca a estreita relação existente entre os direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos que formam um todo indissolúvel, ratificando sempre a tese de que são indivisíveis e integrais, os direitos humanos.²⁴

No seu artigo primeiro afirma que:

Os Estados Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, s.p.).

O Protocolo de San Salvador insere, no rol da proteção da Convenção Americana, uma série de direitos sociais, como direito do trabalho, proteção à família, à criança, à educação e à cultura, vindo esta última elencada no seu artigo 14 e a ambiental, elencada no seu artigo 11, no seguinte sentido, respectivamente:

Artigo 14: Os Estados Partes neste Protocolo reconhecem o direito de toda pessoa a: a. Participar na vida cultural e artística da comunidade; b. Gozar dos benefícios do progresso científico e tecnológico; c. Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que lhe caibam em virtude das produções científicas, literárias ou artísticas de que for autora. 2. Entre as medidas que os Estados Partes neste Protocolo deverão adotar para assegurar o pleno exercício deste direito, figurarão as necessárias para a conservação, desenvolvimento e divulgação da ciência, da cultura e da arte; (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, s.p.).

Art. 11 Protocolo San Salvador: “Toda pessoa tem direito a viver em ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos. 2. Os Estados-Partes promoverão a proteção, preservação e melhoramento do meio ambiente” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, s.p.).

²⁴ Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, s.p.).

O mesmo instrumento, no seu artigo 19.1,²⁵ regula o acesso ao Sistema nos casos em que se busca a garantia ao direito de um meio ambiente sadio. Nesse caso, o controle realizado é através do envio à OEA pelos Estados-Partes de relatórios referentes às políticas que estabelecem sobre os temas citados.²⁶ Contudo, no que toca à efetivação desses direitos, principalmente dos culturais e ambientais, o Protocolo ainda é insuficiente para garantia da exigibilidade direta perante o Sistema, devendo os peticionários, assim como a Comissão e a Corte, adotarem medidas que garantam ao menos sua tutela reflexiva.

No artigo 19.6²⁷ do Protocolo, estabelecem-se limitações ao sistema de monitoramento por petições iniciais, o que fica claro quando afirma que, apenas aqueles casos que vêm expressos na alínea 'a' do artigo 8, ou seja, organização sindical e, no artigo 13, acesso à educação, poderão ser submetidos à Comissão ou à Corte pelo sistema de petições.

²⁵ OEA. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), 1988. Art. 19 Meios de proteção. 1. Os Estados Partes, neste Protocolo, comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto por este artigo e pelas normas pertinentes que a propósito deverão ser elaboradas pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, relatórios periódicos sobre as medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no mesmo Protocolo (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, s.p.).

²⁶ Adicionalmente aos relatórios temáticos ou que se refiram a situação de direitos humanos em determinado Estado antes referidos, “os Estados que tenham ratificado o Protocolo de São Salvador devem apresentar relatórios periódicos sobre as medidas adotadas para assegurar o progresso e o devido respeito aos direitos consagrados naquele instrumento. Tais relatórios são remetidos ao Conselho Interamericano para o Desenvolvimento Integral (CIDI), órgão sucessor do Conselho Interamericano Econômico e Social, bem como do Conselho Interamericano para a Educação, a Ciência e a Cultura, mencionados no Protocolo. O CIDI apresenta à Assembleia Geral da OEA um relatório anual com o resumo dos relatórios dos Estados. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos apesar de não participar da elaboração desses relatórios, recebe cópias e pode incluir alguns dos pontos neles enfocados dentro de seus próprios relatórios” (COSTA, 2010, p. 41).

²⁷ OEA. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), 1988. Art. 19.6 Caso os direitos estabelecidos na alínea a do artigo 8, e no artigo 13, forem violados por ação imputável diretamente a um Estado Parte deste Protocolo, essa situação poderia dar lugar, mediante participação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, quando cabível, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, à aplicação do sistema de petições individuais regulado pelos artigos 44 a 51 e 61 a 69 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, s.p.).

Tais afirmativas não significam desamparo aos demais artigos do Protocolo de San Salvador, quer dizer, os casos que envolvam dispositivos diversos dos indicados pelo artigo 19.6 – sindicato e educação. Para que sejam levados à Comissão ou à Corte, deverão, obrigatoriamente, estarem vinculados à necessidade de se proteger os direitos de organização sindical, de acesso à educação e\ou demais garantias da Declaração Americana de Direitos e Deveres e\ou da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (TEIXEIRA; MAZZUOLI, 2012, p. 167).

Ou seja, não é apenas quando algum artigo do protocolo de San Salvador é violado que a questão é levada à Comissão ou à Corte, porém também quando se violam artigos da Declaração e da Convenção, devendo haver uma vinculação estratégica daquele direito ambiental ou cultural violado a diversos direitos reconhecidos na convenção ou na Declaração. Em sentido semelhante explica Martin Wagner, ao tratar sobre a construção de estratégia para a submissão de casos ambientais pelo Sistema:

Para assuntos ambientais, como se mencionou, não se pode alegar de forma direta a violação do direito a um ambiente sadio. Nessas situações, deve-se evidenciar que a lesão ao ambiente fere também um ou vários direitos reconhecidos na Convenção ou na Declaração Americana. Considerando que o direito a um ambiente sadio – consagrado no Artigo 11, do Protocolo de São Salvador – não é de exigibilidade direta perante a Comissão e a Corte, devem ser usados mecanismos indiretos, argumentando-se com a violação daquele direito vinculada com a ofensa a outros direitos humanos de proteção direta (WAGNER 2010, p. 101).

Logo, apesar de não poder se invocar diretamente o artigo 8º, alínea “a”²⁸ e o artigo 13º²⁹, os demais artigos expressos no Protocolo, inclusive o 11º, que trata sobre a proteção ambiental, poderão ser utilizados como normas interpretativas com relação ao cumprimento da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Buscando melhor compreender a forma como se dá especialmente a tutela aos direitos culturais e ambientais, pela via do Sistema Interamericano, destaca-se em primeiro lugar o caso Yanomami v. Brasil, diante da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Posteriormente, considerando-se as diferenças procedimentais e competências da Comissão e da Corte Interamericana, analisar-se-á a forma como se desenvolveu, especialmente a proteção cultural e ambiental na Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, através do caso Mayana (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua.³⁰

Nesse viés, frisa-se que a tutela aos direitos ambientais e culturais, pela via reflexiva, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem seu desenvolvimento a partir das recomendações e apurações realizadas por esta e, por isso, afirma-se a importância do caso Yanomami v. Brasil. A Resolução 12/85 da Comissão Interamericana de 05 de março de 1985 é primeiro caso simbólico de temática ambiental no Sistema Interamericano (TEIXEIRA, 2001, p. 168).

Atenta-se para o fato de que a referida resolução data de 05/03/85, enquanto que o Protocolo de San Salvador – que vem tratar de forma contundente os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais – é de 1988. Ainda assim, através de uma abordagem indireta, a Comissão Interamericana tece suas recomendações tutelando o meio ambiente.

²⁸Os Estados Partes garantirão: a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, s.p.).

²⁹ Toda pessoa tem direito à educação. 2. Os Estados Partes neste Protocolo convêm em que a educação deverá orientar-se para o pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e deverá fortalecer o respeito pelos direitos humanos, pelo pluralismo ideológico, pelas liberdades fundamentais, pela justiça e pela paz. Convêm, também, em que a educação deve capacitar todas as pessoas para participar efetivamente de uma sociedade democrática e pluralista, conseguir uma subsistência digna, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades em prol da manutenção da paz. [...] (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1988, s.p.).

³⁰Observa-se que na seleção das informações e fatos trazidos neste item, utilizou-se além dos estudos de caso disponíveis, a obra TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. *O Greening no sistema interamericano de direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2001.

O caso Yanomami v. Brasil teve início nos anos 60, quando o governo brasileiro patrocinava uma política de ocupação da região amazônica, que resultou nas obras da Rodovia Perimetral Norte a BR-210 em 1973, a qual cortava o território de Roraima. Na época, foram descobertas grandes reservas de ouro e minerais na região, o que culminou na instalação local de inúmeras mineradoras e garimpeiros.(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, pars. 2-4)

Vastos trechos da BR-210 e áreas das jazidas minerais eram ocupadas tradicionalmente pelos índios Yanomamis.Com o avanço das obras da Rodovia Perimetral Norte e a busca pelo ouro, os indígenas passaram a fugir de suas terras originais, o que ocasionou, em 1982, após protestos de ONGs nacionais e internacionais de proteção indígena, o Decreto Ministerial GM/N 25 (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, pars. 2-4).

O referido Decreto, criava uma área de 7 mil hectares para estabelecimento de uma política de proteção a fauna, flora e recursos minerais da região, assim como assistência aos povos indígenas. No ano de 1984, o então presidente da Funai, Jurundi Marcos da Fonseca, apresentou ao governo uma proposta para criação de um Parque Indígena Yanomami, com área de 9 milhões de hectares, que abrangeeria praticamente a totalidade de aldeias e terras tradicionalmente ocupadas pelos Yanomamis. Contudo, nenhuma decisão fora estabelecida sobre o assunto (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, pars.2).

Enquanto se discutia sobre o Parque, os Yanomamis sofriam com epidemias de gripe, tuberculose e doenças venéreas, que passaram a assolar os mesmos diante do contato com milhares de pessoas frequentando aquela região. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, pars. 3). Nesse cenário, os índios que fugiam afastavam-se cada vez mais de sua cultura, costumes e tradição (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, pars. 3, alínea “a”).Diante da ineficácia do governo em garantir aos indígenas o acesso às suas terras e tradições, era perceptível que a continuidade daquela situação acarretaria na extinção dos Yanomamis (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985,cit., par. 3, alínea “c”).

Com essa situação, um grupo de ONGs apresentou uma petição à Comissão Interamericana no ano de 1980, na qual relacionaram diversos dispositivos do Direito interno brasileiro que estariam sendo violados, tais como: o artigo 198 da Emenda Constitucional 1/69, que trata sobre o direito dos índios ao território; os artigos 2º e 23 do Estatuto do Índio (Lei 6001/73), os quais garantem aos índios o direito de usufruir suas terras e o exercício de seus hábitos culturais e tradicionais; o artigo 6º do Código Civil, o qual determinava que a tutela dos índios caberia à Funai, que, no caso em tela, seria ineficaz na tentativa frustrada de proteger os Yanomamis (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, cit., par. 2, alínea “c”).

O grupo de ONGs peticionário relacionou também a violação das normas do direito interno com o descumprimento de dispositivos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, citando: violação ao artigo 1º, que se refere ao direito à vida, liberdade, integridade e segurança; violação ao artigo 2º, que garante o direito à igualdade perante à lei; artigo 3º, que trata do direito à liberdade religiosa e ao culto; violação ao artigo 11º, sobre o direito à preservação da saúde e do bem-estar; ao artigo 12º, sobre a educação; artigo 17º, de reconhecimento da personalidade jurídica e dos direitos civis; e, por fim, violação ao artigo 23º, que dispõe sobre o direito de propriedade (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, par. 1).

Em resposta às solicitações da Comissão, o governo brasileiro, dentre outras alegações, afirmou que os Yanomamis são tutelados pela Funai, diante da legislação interna, a qual não interfere no exercício de reunião, expressão e direito de ir e vir dos povos. Declarou que, no que toca à educação, a Funai tem mantido centros educacionais nas proximidades das comunidades indígenas e, no atinente à saúde, informou à Comissão que estava promovendo campanhas para vacinação e combate de epidemias (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, par.2, aliena “j”). Sobre a proteção das terras indígenas, concordou que houve um lapso no que se refere às discussões sobre a criação do Parque Yanomami, que acabou por extrapolar os prazos estabelecidos pelo Estatuto do Índio. Entretanto, afirmou que tais discussões já se encontravam em fase final de estudo realizado pela Funai. Observou que, enquanto o projeto do Parque não fosse aprovado, o Decreto Ministerial 1.817/E de 1985 proibia o trânsito de não índios e a atuação de empresas mineradoras na região (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, par.4, aliena “d”).

Especialmente no que toca à possibilidade de transferência de indígenas para outras áreas, o governo esclareceu à Comissão que o artigo 20 do Estatuto do índio, somado ao artigo 168 da Constituição Federal, garante à União o direito de desapropriar comunidades indígenas em casos excepcionais, como, por exemplo, para realização de obras públicas de desenvolvimento nacional e exploração dos recursos minerais e estratégicos, desde que haja aceitação da Funai (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, par.4, aliena “e”).

Diante das alegações das partes, a Comissão retomou, na época, o tema sobre os abusos cometidos contra os povos indígenas nas Américas, que acarretaram graves violações aos direitos humanos, principalmente porque, para esses grupos, o exercício dos meios de defesa do direito interno é difícil e complexo. Nos considerados⁷ e ⁸³¹ da Resolução, a Comissão destacou o dever de os Estados preservarem e fortalecerem a herança cultural de seus grupos étnicos assim como lutar contra a destruição de sua identidade cultural:

³¹8. Que sobre el tema de las poblaciones indígenas la Comisión ha señalado: Que la Comisión considera que la protección de las poblaciones indígenas constituye tanto por razones históricas como por principios morales y humanitarios, un sagrado compromiso de los estados;

7. Que el Derecho Internacional, en su estado actual y tal como se encuentra cristalizado en el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconoce a los grupos étnicos el derecho a una protección especial para el uso de su idioma, el ejercicio de su religión y, en general, de todas aquellas características necesarias para la preservación de su identidad cultural. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, considerando 7).

Enfim, a Comissão entendeu que o Brasil violou os dispositivos da Declaração Americana, relacionados ao direito à vida, liberdade e segurança (artigo 1º); direito de residência e de ir e vir (artigo 8º); e direito à saúde e bem-estar (artigo 9º), com o argumento de que, ao permitir a construção da BR-210 e a vinda das empresas mineradoras e dos garimpeiros até as áreas ocupadas pelos indígenas, o Brasil não teria tomado os cuidados esperados para evitar os problemas ocorridos e que vitimizaram os índios Yanomamis.³² Todavía, considerou também os esforços do Brasil em tentar proteger os Yanomamis e, dentro dos limites de sua competência, recomendou que as medidas de caráter preventivo e sanitário continuassem a ser adotadas.

No que tange ao Parque indígena Yanomami, recomendou que, nos termos do direito interno, seguisse a proposta apresentada pela Funai, segundo a qual deveria possuir área de 9.419 hectares e, por fim, que os programas de saúde, educação e integração social levassem em consideração a opinião da comunidade indígena e o posicionamento de cientistas, antropólogos e médicos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, resolução “2” e “3”).

Que en diversas oportunidades esta Comisión ha debido tomar conocimiento de casos en los cuales se ha comprobado que abusos de poder cometidos por funcionarios gubernamentales encargados de tareas de administración en relación con comunidades indígenas han ocasionado gravísima lesión a los derechos humanos de sus integrantes; Que estos agravios a los derechos humanos resultan tanto más reprobables si se atiende al hecho de provenir de agentes del poder público y de tomar por víctimas a personas o grupos para los cuales es particularmente difícil el ejercicio eficaz de los medios de defensa establecidos por las legislaciones de los respectivos Estados. Por ello recomendó que: 1. Todos los estados que dispensen muy particular interés a la adecuada capacitación de los funcionarios que deben ejercer sus tareas en contacto con las referidas poblaciones, despertando en ellos la conciencia de su deber de actuar con el mayor celo en defensa de los derechos humanos de los indígenas quienes no deben ser objeto de discriminación de especie alguna (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, considerando 8).

³²1. Declarar que existen suficientes antecedentes y evidencias para concluir de que en razón de la omisión del Gobierno de Brasil para adoptar oportunas y eficaces medidas en favor de los indios Yanomami se ha producido una situación que ha dado como resultado la violación, en perjuicio de éstos, de los siguientes derechos reconocidos en la Declaración Americana de los Deberes y Derechos del Hombre: Derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad (artículo 1); Derecho de residencia y tránsito (artículo 8); y Derecho a la preservación de la salud y bienestar (artículo 9). - Resolução 12/85, caso 7.615 (Brasil), cit., resolução “1” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1985, considerando 8).

Como é possível reparar, as violações alegadas respeitam a Declaração Americana e não a Convenção Americana³³, isso porque, em aquele período, o Brasil ainda não a havia ratificado. Por isso, para que fosse submetido à Comissão Interamericana, precisou conectar as violações a dispositivos do direito interno, à Declaração.

É importante ressaltar que, apesar de não haver reconhecido o direito de propriedade dos Yanomamis, este foi o primeiro grande caso do Sistema Interamericano, no qual é tratada a questão ambiental. O referido caso abrange a questão cultural, fazendo com que o direito ao meio ambiente sadio estivesse presente, ainda que de forma indireta, no Sistema Interamericano.

Além disso, deve-se aludir à importância das ONGs como sujeito ativo³⁴ no caso, buscando tutela para terceiros, e o posicionamento da Comissão Interamericana, que considerou as peculiaridades culturais dos países latino-americanos. Assim como denota-se das recomendações feitas, a função do Sistema, no que se refere ao aprimoramento dos sistemas democráticos dos Estados Partes, ao recomendar a consulta à população indígena afetada na condução dos programas de saúde, por exemplo. Trata-se, claramente, de proteção que não abrange apenas aquele caso e que gera um precedente, considerado, no estudo e análise de diversos casos, pela própria Comissão e pelos Estados, na condução de suas políticas públicas. Consolida, também, a recomendação de obrigações positivas ao Estado, e, não apenas proibições ou omissões (TEIXEIRA, 2001, p. 172).

O caso Mayana (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua, além de inédito, foi um grande marco no que toca à tutela dos direitos ambientais diante da Corte Interamericana, já que se tratou da primeira decisão da Corte em que houve vinculação das questões ambientais com a proteção de diversos dispositivos da Convenção Americana (TEIXEIRA, 2001, p. 229).

³³ O Brasil ratificou a Convenção em 1992 e só aceitou a competência contenciosa da Corte em 1998.

³⁴ Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos: Artigo 23. Apresentação de petições: Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização pode apresentar à Comissão petições em seu próprio nome ou no de terceiras pessoas [...] (ORGANIZAÇÃODOS ESTADOSAMERICANOS,2009, s.p.).

Diante da autorização advinda do estado da Nicarágua, para exploração de madeira em terras indígenas, sobreveio, em outubro de 1995, a petição do senhor Jaime Castillo Felipe, em representação à comunidade indígena Mayagna de Awas Tingni, enviada à Comissão Interamericana. Novas comunidades aderiram à petição e, em meio às audiências, solicitações de outorga de medidas cautelares e pedidos do Estado para prorrogação dos prazos para responder as solicitações feitas pela Comissão Interamericana, o governo nicaraguense, em campo interno, realizava diversos atos, que resultaram na concessão de exploração de madeira nas terras indígenas, para a empresa Sol Del Caribe S.A. (Solcarsa) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 7-18).

Inobstante a própria Corte Suprema de Justiça da Nicarágua declarar a inconstitucionalidade da concessão, por ter ocorrido sem aprovação do Conselho Regional da Região Autônoma do Atlântico Norte (Raán), na análise de um recurso de amparo, em abril do mesmo ano, a Comissão Interamericana foi informada pelos peticionários que o governo da Nicarágua não estava cumprindo a decisão da Corte Suprema interna e que não havia suspenso a concessão.

Em outubro de 2007, os peticionários informaram, novamente, que continuavam as atividades de extração de madeira nas terras indígenas e requisitaram uma *visita in loco* da Comissão Interamericana, que foi cancelada com três dias de antecedência pelo governo nicaraguense, sob o pretexto de que se fazia desnecessária, considerando-se que o relatório estava sendo preparado. No dia seguinte ao cancelamento da visita in loco, dia 31 de outubro de 2007, a Comissão solicitou que o governo nicaraguense adotasse, como medida cautelar, a suspensão da concessão de exploração de madeira, emitida à empresa Solcarsa. Diante da solicitação, o Estado comunicou que a Raán havia aprovado a concessão e, diante desse fato, o caso deveria ser encerrado (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 19-22). Assim, os peticionários informaram à Comissão que não houve qualquer consulta às comunidades indígenas afetadas, para a aprovação da concessão por parte do Conselho Regional da Raán.

Diversas ações judiciais foram interpostas, buscando a anulação da decisão do Conselho Regional da Raan e da execução da sentença da Corte Suprema de Justiça. Diante de tais impasses judiciais, o Estado alegou, perante a Comissão, que os recursos internos ainda não haviam se esgotado e, logo, o caso não poderia ser submetido ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 23-24). Portanto, a Comissão concluiu, em março de 1998, através do Informe 27/98, que o Estado da Nicarágua não havia demarcado as terras da comunidade Mayagna de Awas Tingni, nem de outros grupos indígenas. Concluiu, também, que as ações judiciais ocorridas em âmbito interno seriam o resultado do descumprimento do artigo 25, da Convenção Americana, que abrange a garantia de recursos efetivos, além da violação dos artigos 1, 2 e 21 da Convenção, pelo Estado não tomar as medidas de garantia do direito de propriedade dos grupos indígenas.

Após isso, a Comissão recomendou que deveriam ser estabelecidos procedimentos no ordenamento jurídico interno, voltados à demarcação de terras indígenas, devendo ser suspensas as atividades de concessão de exploração de madeira. Recomendou também que, no prazo de um mês, tivessem início as tratativas de acordo com a comunidade Awas Tingni (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 25).

Em resposta às recomendações da Comissão, o Estado da Nicarágua informou, em maio do ano de 1998, que havia iniciado os procedimentos que buscavam reconhecer e demarcar as terras indígenas, assim como que, em 16 de fevereiro do mesmo ano, já havia cancelado a concessão emitida à Solcarsa e que possuía vontade de começar as negociações e consultas relativas à aprovação do projeto de lei de propriedade comunal, junto às comunidades indígenas (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars.26-28).

Ocorre que, mesmo diante de tal manifestação, em junho de 1998, a Comissão Interamericana apresentou uma demanda contra o Estado da Nicarágua à Corte Interamericana, porque entendeu que o Estado havia violado os artigos 1º (que trata sobre a obrigação de respeitar os direitos estabelecidos na Convenção Americana), o artigo 2º (que trata sobre o dever de adotar disposições do direito interno), o artigo 21 da Convenção Americana (que trata sobre o direito a propriedade privada) e artigo 25 (que trata sobre a proteção judicial, da Convenção Americana) (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 26-28). Além disso, a Comissão entendeu pela confissão de violação dos artigos 1º, 2º e 25 da Convenção Americana.³⁵

A Comissão afirmou também que, na Constituição de 1986 do Estado da Nicarágua, havia um comprometimento quanto à regulação da garantia de propriedade comunal das terras indígenas. Contudo, após dez anos de tal compromisso, qualquer mecanismo efetivo de demarcação de terras indígenas fora apresentado (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 104, alienas “h” e “i”).

Em contra argumentação, o Estado da Nicarágua declarou que a Lei 15/1986, chamada “Reforma a La Ley de Reforma Agraria”, seria o marco legal para a futura demarcação das terras indígenas e que havia sido ignorada pelos petionários. Informou que os indígenas jamais pediram titulação de suas terras e, sim, apenas a suspensão da concessão florestal, que fora outorgada à Solcrasa. Somando-se a isso, o Estado se posicionou no sentido de não exercício do direito de petição de forma correta, considerando que, nos dias 17 até 19/05/95, qualquer representante da comunidade havia comparecido para apresentar objeções ao projeto de exploração madeireira, diante do chamamento do Ministério do Meio Ambiente.

³⁵ Entendeu pela confissão, diante da alegação do Estado da Nicarágua, que informou que a sentença da Corte Suprema de Justiça foi cumprida após um ano da decisão judicial que determinava a suspensão imediata das atividades de exploração de madeira nas terras indígenas e, que durante este lapso temporal de descumprimento do próprio direito interno a comunidade indígena sofreu com a omissão do Estado em impedir o uso de suas terras tradicionais por terceiros. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, par. 104, alienas “a”, “b” “e” a “g”)

O Estado colocou que a comunidade havia apresentado o recurso de amparo, desrespeitando o prazo legal, e que, ao recorrer da decisão que indeferiu o recurso de amparo, omitiu da Corte Suprema o pedido de suspensão do ato administrativo de outorga da concessão. Teria deixado de utilizar um recurso de inconstitucionalidade, buscando impugnar a concessão, sem demonstrar a ancestralidade ou a propriedade sobre as terras(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars.105).

No que tange às supostas violações ao direito de propriedade dos indígenas, o Estado afirmou que o grupo dos Mayagnas seria um grupo pequeno e que sua presença não era documentada, assim como estariam na posse de terras sem a natureza de ocupação ancestral. Alegou, também, que outras comunidades ocuparam aquelas terras antes dos Mayagna (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars.129).A Corte, ao analisar tais alegações, trouxe à tona os diversos pedidos de reconhecimento do direito de propriedade dos Mayagnas que não foram atendidos pelo governo da Nicarágua(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars.123).

Quanto à utilização dos recursos apropriados pelos petionários, a Corte salientou os diversos dispositivos constitucionais e de legislação infraconstitucional que preveem e reconhecem o direito dos povos indígenas à sua identidade, cultura, organização social e uso da propriedade comunal de suas terras tradicionais. Afirmou que a citada lei, que traria a propriedade comunal, estabelece, como critério de reconhecimento da posse e propriedade, o trabalho na terra, se for produtivo e eficiente. Para a Corte, o Estado não disporia de procedimentos específicos voltados para a efetivação da titulação da propriedade comunal, considerando que, mesmo diante das previsões citadas acima, nem sempre seriam aplicadas ao conceito de propriedade indígena (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 124-125).

Por isso, o recurso de amparo seria uma forma de buscar a proteção das comunidades indígenas diante da ausência de legislação específica aos direitos comunais dos povos tradicionais. No direito interno do Estado da Nicarágua, a Lei 49, disciplina o recurso de amparo, que deve ser utilizado afim de tutelar, de forma rápida e específica, direito fundamental e seu trâmite deveria se esgotar em 45 dias. Porém, a Corte observou que, no primeiro recurso de amparo, transcorreu-se mais de um ano e meio, e o segundo recurso de amparo, que tentava a anulação da aprovação da concessão pelo Conselho de Raan, perdurou por quase um ano até ser julgado (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 124-125).

Após considerações, concluiu que a falta de dispositivos específicos, que buscassem a demarcação e titulação de terras indígenas, aliados à demora injustificada na análise dos recursos de amparo interpostos, significa violações dos artigos 1º, 2º e 25 da Convenção Americana, que tocam ao impedimento de acesso à devida proteção judicial aos membros da comunidade Mayagna (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, pars. 135-139).

A Corte verificou ainda, ao analisar as questões de violação ao direito de propriedade, que o artigo 21 garante a toda pessoa o direito de usar e gozar de seus bens. Nesse sentido, examinando a concepção de “bens”, afirmou que bens podem ser formados tanto por elementos ou coisas materiais, como por elementos imateriais, citando o exemplo de um direito que pudesse formar parte do patrimônio de alguém. Destacou que o artigo 29, alínea b da Convenção Americana, que trata sobre a interpretação mais favorável, e citou a tradição existente entre os indígenas de forma comunal de propriedade coletiva da terra, no sentido de que a posse sobre a terra não se centraria no indivíduo, mas, sim, em sua comunidade, ou seja, a relação do indígena com a terra não seria uma questão de posse e produção, porém, elemento material e espiritual, que deveria ser usufruído como forma de manutenção de um legado cultural (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 149).

Nesse panorama, é imprescindível destacar o posicionamento da Corte diante da importância que assumiu esse conceito, como precedente:

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars.149).

Ademais, reforçou que o direito à propriedade comunal indígena é reconhecido pelo direito interno do Estado da Nicarágua, seja por intermédio da constituição ou leis infraconstitucionais. E alegou que, se a Convenção Americana garante o direito de propriedade a toda pessoa, veda qualquer interpretação restritiva e se o ordenamento jurídico da Nicarágua reconhece o direito de propriedade comunal dos Mayagna, o Estado haveria violado o artigo 21 da Convenção, por não demarcar as terras dos Mayagna de Awas Tingni e por autorizar que terceiros usassem e gozassem dessas terras(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars.153).

Devemos considerar também que, em suas alegações à Corte, a própria Comissão Interamericana relacionou a violação do direito de propriedade da comunidade Mayagna às violações aos artigos 1º (que trata do direito à vida), 11 (que se refere à proteção à honra e à dignidade), 12 (acerca da liberdade de consciência e religião), 16 (referente à liberdade de associação), 17 (acerca da proteção à família); 22 (sobre o direito de circulação e de residência) e 23 (direitos políticos). Mas, mesmo assim, a Corte Interamericana entendeu que configurava violação ao direito de proteção judicial e do direito de propriedade(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 157).

Assim, a Corte decidiu pela violação dos artigos 1,2,21 e 25da Convenção Americana e que se aplicaria o artigo 63.1, da mesma Convenção, o qual determina que, em sendo procedente, deve haver a reparação dos danos causados por violações da Convenção Americana. Diante disso, determinou, como reparação, que Estado deveria compensar a comunidade afetada, mediante investimentos em obras públicas, no valor de 50 mil dólares americanos(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars.167). Optou, portanto, por unanimidade, que o Estado deveria adotar medidas legislativas, administrativas ou de outro caráter, em seu direito interno, e que sejam necessárias afim de efetivar a delimitação, demarcação e titulação da propriedade da comunidade Mayagna, assim como de outras comunidades indígenas, conforme seu direito interno e de acordo com a concepção de propriedade comunal dos povos tradicionais. Decidiu que o Estado não deveria realizar ou permitir atos de terceiros, que afetem o uso e o gozo de bens situados naquela zona, onde os indígenas habitam, enquanto a delimitação e demarcação de suas terras não fosse concretizada. Definiu, também, que o Estado deveria enviar à Corte, a cada seis meses, um informe sobre o cumprimento da sentença. Por fim, declarou que aquela sentença constituía forma de reparação aos Mayagnas e que supervisionaria o cumprimento da mesma, por unanimidade (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars. 173).

A Corte declarou também, por sete votos a um, que o Estado da Nicarágua havia violado os direitos de propriedade e proteção judicial que vêm garantidos nos artigos 21 e 25 da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. O Estado deveria investir, no prazo de 12 meses, o valor de 50 mil dólares americanos, em obras e serviços de interesse coletivo, como forma de reparação aos danos imateriais à comunidade Mayagna, em comum acordo com seus membros e mediante supervisão da Comissão Interamericana. Além disso, o Estado deveria pagar aos membros da comunidade o valor de 30 mil dólares, decorrentes dos gastos com a submissão do caso à Corte Interamericana(ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2001, pars.173).

Importante observar que a tutela a direitos difusos e coletivos, como a cultura e o meio ambiente, diante da Comissão e da Corte Interamericanas, dá-se diante de estratégias interpretativas e vinculativas daquele direito violado (não tutelado diretamente na Convenção Americana) a dispositivos da Convenção Americana como, por exemplo, o artigo 21 relativo ao direito de propriedade (TEIXEIRA, 2001, p. 230). Nesse caso, percebe-se que o Sistema Interamericano busca influir no aperfeiçoamento da capacidade do Estado em tutelar grupos como o Mayagnas, que se encontram em estado de vulnerabilidade e, assim, necessitam de um Estado que tome medidas positivas na busca por uma tutela efetiva de direitos no âmbito interno.

Para tanto, a Corte em sua sentença determina ao Estado a adoção de medidas legislativas administrativas ou de outro caráter em seu direito interno e que sejam necessárias para efetivar a delimitação, demarcação e titulação da propriedade da comunidade Mayagna e outras, conforme seu direito interno e de acordo com a concepção de propriedade comunal dos povos tradicionais. Nesse sentido, a sua decisão refletirá, não apenas sobre o caso da comunidade Mayagna, mas sobre outras comunidades indígenas no âmbito interno daquele Estado.

A Corte ressalta que o direito à propriedade comunal indígena é reconhecido pelo direito interno do Estado da Nicarágua, seja pela Constituição ou Leis infraconstitucionais, mas que não havia dispositivos específicos que visassem à demarcação e titulação de terras indígenas, além da demora na análise dos recursos de amparo interpostos, o que concluiu por ser uma violação à devida proteção judicial. Inobstante a Lei trouxesse um conceito para propriedade comunal, não estabelecia procedimentos específicos voltados à efetivação da titulação da propriedade comunal. Tal entendimento denota problema relacionado ao funcionamento dos sistemas judiciais nacionais, que ocupa um lugar central nos temas das petições levadas a Comissão Interamericana (ABRAMOVICH, 2009, p. 28).

No que toca à conceitualização de propriedade comunal, a importância é indiscutível, considerando ser um precedente de suma importância na análise de casos posteriores. Outrossim, demonstra a adequação da agenda do Sistema Interamericano diante destes grupos vulneráveis e culturalmente peculiares. Dessa maneira, diante desse cenário de adaptação e evolução da agenda temática do Sistema, é fundamental destacar a forma como o ativismo transnacional torna o Sistema Interamericano palco de ativismo da sociedade civil.

1.3. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos como Instrumento Político de Reivindicação de Direitos

Atualmente, diversas organizações sociais e ONGs utilizam-se do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o propósito de denunciar violações e tornar visíveis certas práticas estatais questionadas e para alcançar posições privilegiadas de diálogo, com seus governos ou aliados no interior desses, para reverter as relações de força e alterar a dinâmica de alguns processos políticos (ABRAMOVICH, 2009, p. 14). De acordo com Victor Abramovich (2009, p. 14), “em algumas ocasiões, isso tem facilitado a abertura de espaços de participação e incidência social na formulação e implementação de políticas e no desenvolvimento de reformas institucionais”.

Tais organizações sociais e ONGs incorporam os padrões jurídicos que são determinados pelo Sistema e passam a avaliar e fiscalizar as ações políticas dos Estados. Isso resulta, em determinadas situações, na impugnação das mesmas, tanto perante os tribunais nacionais, como expondo as violações perante à opinião pública internacional (ABRAMOVICH, 2009, p. 14).

Na América Latina

muitas organizações de direitos humanos e outras organizações sociais que atuam com uma perspectiva de direitos - como organizações feministas, de controle cidadão, ambientais e defensoras de usuários e consumidores entre outras - além de fiscalizar as ações estatais, incorporaram novas estratégias de diálogo e negociação com os governos, a fim de incidir na orientação de suas políticas e conseguir transformações no funcionamento das instituições públicas (ABRAMOVICH, 2009, p. 14).

Nesse sentido, tal mudança de perspectiva busca levar aquele trabalho tradicional, de denúncia de violações, ação preventiva, que seja capaz de evitá-las.

O Sistema Interamericano faz parte do que Cecília Macdowell Santos denomina como judicialização global e litigância transnacional, sendo que o ativismo jurídico transnacional nasce da litigância internacional.

Assim, para a autora a

judicialização global surge através da criação de cortes internacionais ad hoc ou permanentes e tribunais arbitrais, bem como por intermédio do crescente recurso às instituições internacionais judiciais ou quase judiciais para lidar com disputas sobre questões comerciais e direitos humanos. A litigância transnacional engloba as disputas entre os Estados, entre indivíduos e Estados e entre indivíduos através de suas fronteiras nacionais (SANTOS, 2007, p. 27).

Desse modo é que

O ativismo transnacional surge em decorrência da litigância internacional, abrangendo casos de litígios entre Estados, entre indivíduos e Estados e entre indivíduos, além das fronteiras nas quais envolvam fatos, que originariamente só poderiam ser levados a jurisdição das cortes internas, porém que, devido a obrigações interestatais firmadas, poderão ser interpostas perante cortes internacionais, permitindo a transformação dos sistemas interno e internacional, em um sistema jurídico global, no qual os julgadores aplicarão normas de direito internacional e do direito interno ou então uma mistura dos dois (SANTOS, 2007, p. 30).

Então, percebe-se que o ativismo transnacional e o Sistema Interamericano são fundamentais, um perante o outro.

O Sistema Interamericano recebe, do ativismo transnacional, uma evidência de suas ações – diante dessa situação complexa, de democracias ambíguas e frágeis, e cujos Estados, muitas vezes, não recebem de maneira simpática as recomendações e decisões do Sistema – e o ativismo transnacional utiliza o Sistema Interamericano, através da Corte e da Comissão Interamericanas, como instrumento de reivindicação de direitos, por mudanças e melhorias quanto à garantia da efetivação dos direitos humanos, no domínio dos Estados e na busca pela evolução dos sistemas democráticos.

Portanto, o ativismo jurídico transnacional

É um tipo de ativismo focado na ação legal engajada, através das cortes internacionais ou instituições quase judiciais, em fortalecer as demandas dos movimentos sociais; realizar mudanças legais e políticas internas; reestruturar ou redefinir direitos; e/ou pressionar os Estados a cumprir as normas internacionais e internas de direitos humanos(SANTOS, 2007, p. 30).

Consequência dessa nova roupagem na reivindicação dos direitos humanos, no viés interno, pela via do Sistema, é o crescimento considerável na comunidade de usuários dele, tornando-o cada vez mais plural e complexo.

Assim, de acordo com Abramovich (2009, p. 15):

O SIDH começou a ser utilizado de maneira muito mais freqüente pelas organizações sociais locais, e já não mais apenas pelas tradicionais organizações internacionais que contribuíram para dar-lhe forma nos tempos iniciais, ou por aquelas organizações que se especializaram nos seus mecanismos.

Por isso, entende-se que ocorre uma especialização de muitas organizações locais³⁶ que, ao adquirirem experiência, passam a atuar de maneira independente no SIDH e a impulsionar alianças entre seus pares de outros países, gerando uma rede que luta pela garantia eficaz dos direitos humanos, por parte dos seus Estados. Tratam-se de assuntos comuns, problemas regionais (ABRAMOVICH, 2009, p.15).

Victor Abramovich (2009, p. 15) exemplifica:

³⁶Nos países onde o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é mais conhecido, como Argentina e Peru, por exemplo, advogados particulares incorporaram esse plano internacional como uma nova instância no litígio de diversos temas, como assuntos previdenciários relativos à demora dos processos e aplicação de leis de emergência ou garantias dos acusados em processos penais (ABRAMOVICH, 2009).

Assim, por exemplo, uma rede de organizações especializadas em questões de violência policial e sistema penal foi a causa para que a Comissão se envolvesse na preparação de um relatório temático sobre segurança cidadã e direitos humanos, fixando parâmetros definidos para orientar políticas democráticas de segurança em toda a região. Também foi resultado da intervenção de redes de organizações sociais o recente relatório sobre a situação dos defensores de direitos humanos elaborado pela Comissão e o processo de monitoramento de suas recomendações nos Estados. Uma rede de organizações não governamentais e meios comunitários de imprensa promoveram a adoção pela CIDH de uma série de princípios básicos para regulação da radiodifusão.

Além das organizações com perfil jurídico, há ações perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos que envolvem organizações de base ou comunitárias, que também integram redes ou alianças com aquelas e buscam impulsionar casos, audiências temáticas ou promover relatórios da Comissão (ABRAMOVICH, 2009, p.15). De acordo com Victor Abramovich (2009, p. 15):

O trabalho das Relatorias da CIDH sobre direitos dos povos indígenas e sobre discriminação racial ampliaram consideravelmente a utilização do SIDH por líderes de povos indígenas e de comunidades afro-americanas. Também aumentou a participação de sindicatos na parceria com organizações de direitos humanos, enfocando temas relativos à liberdade sindical e justiça trabalhista e previdenciária.

Revela-se aqui uma aliança entre os ideais da mobilização jurídica internacional e os movimentos sociais, na busca por tornar o direito um instrumento de emancipação social e, desse modo, possibilitar, em sede internacional, discussões, muitas vezes sufocadas pelo próprio Estado, agora, em âmbito internacional e pela via do Sistema Regional.

Esses movimentos sociais têm sua origem na fase em que ocorria a transição da ditadura para a democracia que temos hoje, havendo ainda um paradoxo, já que, mesmo após a superação de tantas barreiras na direção da democracia, ainda se percebem violações absurdas aos direitos humanos (SANTOS, 2007,p.33). Especialmente no Brasil, diversos movimentos sociais surgiram na década de setenta e a pressão desses movimentos, desde a época, já influíam na diminuição da repressão e isso, mais as divergências ocorridas entre líderes militares do período, auxiliou e originou a abertura política (SANTOS, 2007,p.33). A partir disso, pode-se perceber várias conquistas junto ao Sistema, no sentido de reconhecimento de direitos humanos, como a Lei de Anistia, dentro de sua proposta inicial, a qual dava anistia aos prisioneiros políticos, configurando-se importante marco na conquista de atenção política pela participação de ONGs no Sistema Interamericano (SANTOS, 2007,p.33).

No que toca especificamente ao Brasil, diversos movimentos sociais influenciaram no conteúdo da Constituição Federal de 1988, que, no seu artigo 5^a, expressa os direitos fundamentais, como a igualdade entre homens e mulheres quanto a direitos e obrigações, proibição à tortura, função social da propriedade e prevalência dos direitos humanos nas relações exteriores no seu artigo 4^o (SANTOS, 2007,p.34). Observa-se, contudo, que, comparado a outros países da América Latina, o Brasil tardou no reconhecimento das normas regionais de direitos humanos da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificando-a apenas em 1992, e aceitando a jurisdição da Corte em 1998, reconhecendo sua competência.

Somando-se a isso, de acordo com Cecília Macdowell Santos, há dificuldade na implementação de leis e programas no combate à exclusão social, racismo e sexismo no Brasil. Isso ocorreria em decorrência de larga concentração de poder nas mãos de elite corrupta e que coaduna com os problemas institucionais do sistema judiciário brasileiro. Para a autora, “as políticas neoliberais adotadas por todos os partidos no poder desde o fim da ditadura militar têm reduzido ainda mais a capacidade do Estado de implementar os programas de direitos humanos” (SANTOS, 2007, p.32).

Em esfera doméstica, diversas denúncias são feitas por ONGs locais e internacionais de direitos humanos, porém, nenhuma providência é tomada, já que grupos de poderosos e a própria polícia, muitas vezes, está envolvida na violação desses direitos, o que resulta em “modelo bumerangue” ou “estratégias de bumerangue”(SANTOS, 2007, p.35).De acordo com Santos (2007, p. 35)

Esse modelo ocorre quando um dado Estado evita corrigir as organizações dentro dele, induzindo assim a ativação de uma rede transnacional. Os membros dessa rede pressionam os seus próprios Estados e, caso seja relevante e necessário, uma terceira organização, a qual em contrapartida pressiona o Estado que se esquivou de reestruturar as organizações que dele fazem parte.

Victor complementa essa ideia ao aferir que o cenário político se torna o cenário ideal para a atuação dessas organizações, que optam por desenvolver estratégias inovadoras, para aproveitar, no âmbito nacional, a repercussão internacional dos casos e situações denunciadas, nas denominadas “estratégias de bumerangue” (ABRAMOVICH, 2009, p.14). Dessa forma, as ONGs brasileiras resolvem formar redes nacionais e internacionais para defesa dos direitos humanos, com a finalidade de pressionar o governo a criar políticas públicas e leis para proteção dos mesmos (SANTOS, 2007, p. 33). Desde meados dos anos noventa, essas redes têm aumentado seu engajamento no ativismo jurídico transnacional, mobilizando-se para assegurar o apoio de organizações internacionais, tais como o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SANTOS, 2007,p.37).

É também notável o aumento de número de denúncias realizadas na Comissão e de denúncias apresentadas contra o Brasil (SANTOS, 2007, p. 37). De acordo com Santos (2007, p. 37), “o aumento no número de denúncias pode ser atribuído a processos políticos nacional e internacional”.

Desde os anos oitenta, governos militares e outros regimes autoritários mantinham representantes na Comissão, dando pouco valor aos seus objetivos estabelecidos de promoção da democracia e respeito aos direitos humanos. Além de enfrentar a prática de tortura em larga escala, desaparecimentos e execução extrajudicial, o sistema interamericano de direitos humanos também teve de lidar com judiciários internos fracos, ineficientes e corruptos (SANTOS, 2007,p.39).

De acordo com a autora

O processo de democratização tem ajudado a fortalecer a OEA e seu sistema de direitos humanos. A globalização dos direitos humanos e a transnacionalização dos movimentos sociais têm também contribuído para a expansão do ativismo jurídico transnacional. Como resultado desses processos, a CIDH tem ganhado mais credibilidade entre as ONGs de direitos humanos e pressionado os Estados membros da OEA a reconhecer e cumprir as normas de direitos humanos (SANTOS, 2007, p. 37).

As ONGs locais originam-se de uma diversidade de lutas e movimentos sociais, as engajadas na busca pela concretização dos direitos humanos, dentre outras. O Gabinete de Assistência Jurídica Popular (GAJOP), o Movimento Nacional de Direitos Humanos (MNDH), o Grupo Tortura Nunca Mais (GTNM/RJ), e a Comissão de Familiares de Mortos e Desaparecidos Políticos de São Paulo (CFMDP/SP) são exemplos (SANTOS, 2007,p.39).A União de Mulheres de São Paulo é um exemplo de organização local feminista de base que tem usado a CIDH para promover a luta feminista contra a violência com base no gênero (SANTOS, 2007,p. 39).O Geledés - Instituto da Mulher Negra e o Instituto do Negro Padre Batista são exemplos de ONGs locais ligadas ao movimento dos direitos dos negros e das mulheres (SANTOS, 2007, p. 40).

Com exceção do GAJOP, que criou um programa especialmente para atuar na seara dos direitos humanos internacionalmente, a maioria das ONGs locais assinou apenas uma ou três petições, normalmente em parceria com ONGs internacionais, nacionais ou locais maiores (SANTOS, 2007,p.40). A GAJOP, em especial, tem apresentado, desde 1998, petições contra o Estado Brasileiro, na Corte Internacional de Direitos Humanos. As ONGs apelam à Corte Internacional de Direitos Humanos não apenas no intuito de encontrarem soluções para casos individuais, mas também para criar precedentes que impactem a legislação, a política e a sociedade brasileira (SANTOS, 2007,p.40).

Tal assunto é de suma importância para este estudo porque, aliando-se à possibilidade de pleitear-se, pela via do Sistema, a garantia do direito à paisagem urbana (mesmo que pela via reflexiva no Sistema), deve-se, de imediato, tal assunto ser parte integrante do cenário de reivindicações estratégicas junto a Corte Internacional de Direitos Humanos, afim de ter maior visibilidade política e social.

Ocorre que a estratégia das ONGs é fazer com que o caso seja um exemplo de mudança social, neste sentido, por exemplo, a ONG

Justiça Global prepara um relatório sobre a situação de conflitos agrários no Pará, Espírito Santo ou qualquer outro Estado onde há uma crise, sobre a brutalidade policial em São Paulo ou qualquer tema. O relatório é preparado em português e traduzido para o inglês. Ele é entregue a organizações internacionais, jornais, como o 'New York Times' e etc. Dessa maneira, a Justiça Global também usa esse espaço informal para pressionar o governo brasileiro a responder a suas demandas. A organização realiza isso ao mesmo tempo em que utiliza o sistema interamericano. A abordagem é holística, porque uma petição isoladamente considerada não transformará a realidade do Brasil. O ponto inicial é estratégico para qualquer ação no sistema interamericano.

Assim, utiliza-se o Sistema Interamericano como um recurso político na intenção de promoção de uma mudança social e na reconstrução das normas internacionais de direitos humanos. Isso acontece porque os órgãos internacionais aceitam com maior facilidade uma denúncia estruturada como sendo uma violação dos direitos políticos e sociais.

Dessa forma e partindo de tal evolução, seja da agenda temática ou pela possibilidade de configurar o Sistema um recurso político na busca pela mudança social, passa-se ao estudo estratégico da paisagem urbana. Para tanto, a partir do que foi exposto neste capítulo, lançam-se os conceitos e bases legais da paisagem urbana no Brasil que permitirão, posteriormente, o estudo das estratégias de inserção do tema no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, conforme exposto no capítulo 3.

CAPÍTULO 2 – O DIREITO À PAISAGEM URBANA COMO DIREITO FUNDAMENTAL E HUMANO: ASPECTOS POLÍTICO-JURÍDICOS DO RECONHECIMENTO À INSTRUMENTALIZAÇÃO NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1. O direito à paisagem urbana como direito fundamental e humano: um direito de complexa definição e categorização jurídica

A importância de entender a paisagem urbana como direito humano está no fato de que este se trata de tema que não possui conceito claro no âmbito da legislação interna brasileira. Assim como, não há instrumentos eficazes para protegê-la diretamente.

Importante destacar a diferença existente nas noções básicas de direito fundamental e direito humano, apenas a fim de localizar efetivamente a paisagem urbana nestes conceitos. Desse modo, não obstante alguns autores considerarem direitos humanos e fundamentais como sinônimos, há diferenciações técnicas que devem ser expostas.

Nesse sentido, em uma apertada e básica síntese, pode-se afirmar que os direitos humanos são os direitos declarados em instrumentos internacionais de proteção e tem pretensões de universalidade. Os direitos fundamentais tratam-se dos direitos os reconhecidos e positivados na Constituição Federal de um Estado.

A partir dessa noção básica, entende-se aqui que os direitos humanos não o são por serem “inerentes ao ser humano”, mas sim porque advêm de uma pauta cultural peculiar de reivindicações históricas que, considerando os momentos políticos de cada época, ocasionaram (e ocasionam) a construção contínua de uma rede internacional e regional de tratados que tutelam os direitos humanos. Tal redefaz parte do Sistema Interamericano que é o foco aqui pretendido.

Nesse sentido, a paisagem urbana, como se verá, localizada no conceito de meio ambiente, assim como ligada à cultura, à qualidade de vida e à integridade psíquica é parte intrínseca das reivindicações de movimentos sociais e ONGs que requisitaram. Ademais, ainda requerem (também diante do Sistema, atualmente como atores políticos como se nota no estudo do caso Yanomami v. Brasil, assim como conforme destacado no item 1.3.), garantias de efetividade da proteção ambiental e cultural no âmbito interno, construindo continuamente esta rede de tutela internacional aos direitos humanos.

Dessa maneira, importante se torna a proteção internacional da pessoa humana que ampara a natureza, o meio ambiente e a cultura. Nesse sentido, sendo o direito à paisagem urbana um direito humano e parte de uma compreensão filosófica e política, que permeia o respeito ao direito à cultura, abrangendo também o conceito de meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida, tem-se o desafio de delinear uma possível proteção por meio do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, pela via reflexiva através do amparo direto aos direitos civis e políticos.

O Direito à paisagem urbana entende-se, também, como um Direito Fundamental, considerando a previsão na Constituição Federal de 1988³⁷, da proteção ao patrimônio cultural e paisagístico, artigo 216 inciso V.³⁸

A fim de ratificar tais posicionamentos e esboçar uma possível tutela paisagística pela via do Sistema, necessário se faz analisar as diversas facetas que a paisagem ocupa. Para tanto, é preciso situá-la no universo conceitual do meio ambiente, do espaço geográfico e da cultura, expondo os tipos de paisagem descritos pela doutrina, sempre como resultado ou contrastando com os modelos de produção adotados pelo homem.³⁹

³⁸Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

³⁹O autor Antonio Carlos Brasil Pinto (2003) concretizou um completo estudo acerca do tema Direito Paisagístico, no Brasil em sua obra *O Direito Paisagístico e dos valores estéticos: efetividade e o dano moral coletivo* e será uma referência adotada para tratar a paisagem, em conjunto com o renomado autor e geógrafo Milton Santos em suas obras *A natureza do espaço* (2002) e *Metamorfoses do espaço habitado* (1988).

Inicialmente, o conceito de meio ambiente na legislação brasileira, encontra-se expresso no artigo 3º, inciso I da Lei que trata sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, Lei nº 6.938/81:

Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas;

Tal conceito trata apenas acerca do meio ambiente natural, sendo insuficiente. Nesse sentido, leciona José Afonso da Silva (2004, p.20) que o conceito deve ser “abrangente de toda a natureza, o artificial e original, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arquitetônico”.

Nessa perspectiva, o autor entende que o conceito de meio ambiente compreenderá três aspectos, quais sejam o meio ambiente natural que é constituído pelo solo, o ar, água, flora, o meio ambiente artificial que é aquele constituído pelo espaço urbano construído. E, por fim, o meio ambiente cultural que é integrado pelo patrimônio histórico, arqueológico, paisagístico, turístico o qual, embora artificial, de acordo com ele difere do meio ambiente artificial pelo sentido e valores que adquiriu ao longo do tempo (SILVA, 2004, p.20).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) trata acerca do meio ambiente, no seu artigo 225. Neste se entende abrangida a paisagem urbana quando afirma que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. Dessa maneira, a Constituição cria o bem ambiental, essencial a sadia qualidade de vida, estando incluso aí, então, o meio ambiente cultural, natural e artificial e logo a paisagem urbana.

Posteriormente, a fim de situar a paisagem no universo conceitual do espaço, cumpre afirmar que definição do espaço da geografia e o estabelecimento de seu objeto assim como seu limite, se tratam de um desafio.

Milton Santos (1998, p. 9) afirma que o

o espaço não é nem uma coisa, nem um sistema de coisas, senão uma realidade relacional: coisas e relações juntas [...] O espaço deve ser considerado com um conjunto indissociável de que participam, de um lado, certo arranjo de objetos geográficos, objetos naturais e objetos sociais, e, de outro a vida que os preenche e os anima, ou seja, a sociedade em movimento.

Com o advento da globalização, o espaço ganhou um novo significado, assumindo importância fundamental, porque a natureza se transforma em um todo produtivo. De acordo com Santos (1998, p. 11)

Quando todos os lugares foram atingidos de maneira direta ou indireta, pelas necessidades do processo produtivo, criam-se paralelamente, seletividades [...] e assim que cada "ponto do espaço, torna-se então importante, efetivamente ou potencialmente. Por exemplo, atualmente pode-se escolher à distância um lugar ideal para a fixação de uma empresa, estando os projetos locais subordinados a constrangimentos de natureza mundial.

Essa maneira de utilizar o território se trata de uma redescoberta da natureza trazendo uma revalorização total onde cada lugar, recebe um novo papel e ganha um novo valor. Assim, quanto mais ocorre a mundialização dos lugares (interferências da hegemonia cultural e globalização no local), mais se configuram lugares singulares e específicos, o que Santos (1998) define como lugares "únicos".

A modificação destes espaços ocorre tanto diante da utilização de técnicas usadas em toda parte, como nos sistemas locais que não consideram seus recursos naturais e humanos, permitindo a sobreposição destas técnicas mesmo diante de realidades econômicas e sociais diferentes. Nesse sentido, afirma Santos (1998, p. 12) que

os resultados, criadores de distorções e desigualdades em todos os lugares, impõem a cada local combinações particulares, que são outras tantas formas específicas de complexidade da vida social. O problema, portanto, consiste em reconhecer o efeito dessas superposições sobre a existência de cada sociedade.

E daí advém a importância da geografia no olhar de Milton Santos, como uma ciência do espaço do homem. A partir de tal posicionamento, ratifica-se a importância em tratar o espaço e a paisagem, em considerar as modificações impostas pelos ideais hegemônicos nas cidades e verificar suas consequências, ao afetar a preservação e tutela cultural ou ambiental. Há que se lançar olhares para esta situação.

Desse modo, percebe-se o dinamismo humano na transformação qualitativa e quantitativa do espaço habitado que se trata de uma consequência da aceleração da expansão demográfica ocorrida de forma cumulativa⁴⁰ ao longo do tempo, o que torna o espaço habitado heterogêneo, seja em termos de sua distribuição numérica entre continentes e países ou em termos de sua evolução. Segundo Santos (1998, p. 15), “[...] essas duas dimensões escondem e incluem outra: a enorme diversidade qualitativa sobre a superfície da terra, quanto a raças, culturas, credos, níveis de vida etc”.

Não obstante a consequência da Segunda Guerra Mundial, configurar-se em migrações maciças dos países “velhos” para os “países novos” (SANTOS, 1998, p. 15), a repartição geográfica da população igualmente se modifica. Regiões perdem população em proveito de outras, que se tornam mais dinâmicas que as demais, como no Brasil onde ocorreu uma perda substancial em termos demográficos do Nordeste em favor do Sudeste, sendo o fator essencial determinante deste movimento⁴¹, a urbanização.

⁴⁰ Entre a época neolítica, quando houve a grande revolução que gerou o homo sapiens, até os inícios da cristandade, um período que se conta em milênios, a população do Planeta apenas dobra, passando de cem ou cento e vinte milhões a duzentos e cinquenta milhões de habitantes. Para que a população dobrasse outra vez, foram necessários quase quinze séculos, entre a época romana e o reinado de Luís XIV, quando os efetivos humanos somavam quinhentos milhões, para alcançar quinhentos e quarenta e cinco milhões em 1750. A nova duplicação do estoque humano vai dar-se em apenas um século, pois em torno de 1850 havia entre um bilhão e cem milhões e um bilhão e duzentos milhões de homens. Desde a fase em que Bismarck e Cavour constroem a unidade da Alemanha e da Itália e o fim da Segunda Guerra, a população mundial se duplica de novo, chegando a dois bilhões e quatrocentos milhões em 1950. Daí para cá, a aceleração se torna prodigiosa. Quinze anos depois, em 1965, contamos três bilhões e meio de criaturas sobre a face da terra. Somos, hoje, quase cinco bilhões e se admite que na virada do século a sociedade humana esteja formada por quase seis bilhões e quinhentos milhões de viventes (SANTOS, 1998, p. 14).

⁴¹ Tomando o Planeta como um todo, a população considerada urbana representava apenas 1,7% do total nos inícios do século XIX; em 1950, tal percentual era de 21 % , percentagem que passa para 25% em 1960, 37,4% em 1970 e cerca de 41,5% em 1980(SANTOS, 1998, p. 15).

O fenômeno da urbanização no Brasil é estarrecedor. Nesse sentido, a população urbana é cinco vezes maior nos últimos trinta e cinco anos e a proliferação de grandes cidades foi avassaladora (SANTOS, 1998, p. 15). As mudanças são quantitativas e qualitativas.

Para Santos (1998, p. 16), “Se até mesmo nos inícios dos tempos modernos as cidades ainda contavam com jardins, isso vai tornando-se mais raro: o meio urbano é cada vez mais um meio artificial, fabricado com restos da natureza primitiva crescentemente encobertos pelas obras dos homens”. Assim, a paisagem cultural substitui a paisagem natural e os objetos e artefatos humanos tomam um lugar cada vez mais amplo. A urbanização ganha novo impulso e o espaço do homem, seja nas cidades ou no campo, torna-se, cada vez mais, um espaço “instrumentalizado, culturizado, tecnificado” sendo trabalhado segundo as regras científicas (SANTOS, 1998, p. 16).

De acordo com Milton Santos (1998, p. 16), o fenômeno da urbanização “se dá em um quadro de vida onde as condições ambientais são ultrajadas, com agravos à saúde física e mental das populações. Deixamos de entreter a natureza amiga e criamos a natureza hostil”.

O autor retrata com excelência a situação-limite na qual chegou o ser humano, além da qual pode se iniciar um processo destrutivo irreversível da própria espécie humana. Nesse sentido, afirma que o espaço habitado tornou-se um meio geográfico totalmente diferente daquele espaço do homem, anterior à Revolução Industrial. Foi com ela que a atuação tradicional e histórica da comunidade com o seu quadro orgânico natural foi substituída pela “anarquia mercantil” (SANTOS, 1998, p. 16).

De acordo com Santos

o fenômeno se agrava, na medida em que o uso do solo se torna especulativo e a determinação do seu valor vem de uma luta sem trégua entre os diversos tipos de capital que ocupam a cidade e o campo. O fenômeno se espalha por toda a face da terra e os efeitos diretos ou indiretos dessa nova composição atingem a totalidade da espécie (1998, p. 16).

Além disso, Milton Santos (1998, p. 18) afirma que o homem, como “Senhor do mundo, patrão da Natureza” [...] “se utiliza do saber científico e das invenções tecnológicas sem aquele senso de medida que caracterizará as suas primeiras relações com o entorno natural. O resultado, estamos vendo, é dramático.”

Diante do que se vê, o estudo do conceito de paisagem é fundamental e deve ter início expondo-se a diferença existente entre a paisagem e o espaço:

Paisagem e espaço não são sinônimos. A paisagem é o conjunto de formas que, num dado momento, exprimem as heranças que representam as sucessivas relações localizadas entre homem e natureza. O espaço são essas formas mais a vida que as anima (SANTOS, 2006, p. 66).

Nessa medida, a paisagem diz respeito a um conjunto de elementos naturais e artificiais que caracterizam determinada área até o limite onde é possível abarcar com a visão (SANTOS, 2006,p.66).Trata-se de um conjunto de objetos e é transtemporal, porque acumula os objetos passados e os objetos presentes, formando algo único.

Na visão de Santos (1998, p. 21), “tudo aquilo que nós vemos, o que nossa visão alcança, é a paisagem. Esta pode ser definida como o domínio do visível, aquilo que a vista abarca. Não é formada apenas de volumes, mas também de cores, movimentos, odores, sons, etc”.

Daí se extrai a ligação intrínseca que tem uma paisagem urbana sadia com a qualidade de vida, ora, se “a dimensão da paisagem é a dimensão da percepção, o que chega aos sentidos” (SANTOS, 1998, p, 21), terá influência direta na qualidade de vida do ser humano.

Outrossim, a paisagem é um sistema material, uma junção de objetos e pode-se dizer que é relativamente imutável (SANTOS, 2006,p. 67).Decorre, desse ponto, sua ligação com a cultura e tamanha importância de sua tutela. Refere-se a um constructo histórico, uma acumulação de objetos que tornam o espaço inigualável, merecedor de maior atenção por parte do Estado e organismos internacionais.

Além do mais, o espaço para além da paisagem (que se trata de objetos, materiais acumulados abrangíveis pela visão) possui um fator diferencial, a interação humana. Disso, emerge a importância de sopesar a paisagem e o espaço, não como excludentes um do outro, mas juntos (paisagem no espaço e espaço com paisagem), porque somente assim possuem valor, subjetividade e referem-se diretamente à qualidade de vida, à cultura e ao meio ambiente.

O espaço resulta da intrusão da sociedade nessas formas-objetos. Por isso, esses objetos não mudam de lugar, mas mudam de função, isto é, de significação, de valor sistêmico.” Assim, enquanto a paisagem se trata de um sistema material quase imutável, o espaço “é um sistema de valores que se transforma permanentemente (SANTOS, 2006, p. 67).

Nessa ótica, cumpre expor que os objetos mudam de função e significado, porque em cada momento histórico os modos de fazer e produzir são distintos, assim como o trabalho humano se torna mais complexo com o passar do tempo, exigindo mudanças correspondentes à tais inovações. Desse modo, é através das novas técnicas que se vê a substituição de uma forma de trabalho por outra e logo, de uma configuração territorial determinada por outra cada vez mais adaptada. Ou seja, o homem cria maneiras diferentes de fazer as mesmas coisas. Tratam-se de novos modos de produção os quais, ao longo da história, reúnem sistemas de objetos que vão se acumulando em cada período.

Esta inovação é que realiza a modificação da paisagem, que acumula os objetos dos momentos históricos passados e atuais. Afirma-se que a paisagem é quase imutável, na verdade, diz respeito ao resultado de adições e subtrações sucessivas que ocorrem com o passar do tempo.

Santos (2006, p. 69) afirma que “susceptível a mudanças irregulares ao longo do tempo, a paisagem é um conjunto de formas heterogêneas, de idades diferentes, pedaços de tempos históricos representativos das diversas maneiras de produzir as coisas, de construir o espaço”.

Destarte, os objetos técnicos, só por sua presença tem apenas um significado paisagístico, contudo, estão ali, à espera de um conteúdo social.⁴² Ratifica-se, desse modo, a expressão de Milton Santos (2006, p. 69, ao afirmar que “a paisagem é história congelada, mas participa da história viva. São as suas formas que realizam, no espaço, as funções sociais”.

Com isso, seria possível haver dialética⁴³ entre paisagem e sociedade? Milton Santos afirma não existir uma possível dialética entre paisagem e sociedade. Ou seja, quando a sociedade age sobre o espaço, ela não o faz sobre os objetos como realidade física (paisagem), mas como realidade social, formas-conteúdo, como objetos sociais já valorados, aos quais a sociedade busca impor um novo valor. Em resumo, a sociedade age sobre objetos, concedendo novos significados e novas utilidades ou até mesmo os abandona, por ser parte daquela interação. Nesse sentido, a sociedade só o faz porque impôs um valor, previamente, para o objeto e, nesse ponto, já houve interação humana. Portanto, é espaço, e não paisagem.

Ratifica Santos essa conclusão ao afirmar que “esses objetos da ação são, desse modo, dotados de uma presença humana e por ela qualificados”. Assim, “a dialética se dá entre ações novas e uma “velha” situação. A paisagem é apenas uma parte da situação. A situação como um todo é definida pela sociedade atual, enquanto sociedade e como espaço” (SANTOS, 2006, p. 71). A cada momento, em última análise, a sociedade está agindo sobre ela própria e jamais sobre, exclusivamente, a materialidade. A dialética, pois, não é entre sociedade e paisagem, porém, sim, entre sociedade e espaço.

⁴² Assim, deve-se colocar lado a lado “a natureza do espaço, formado, de um lado, pelo resultado material acumulado das ações humanas através do tempo, e, de outro lado, animado pelas ações atuais que hoje lhe atribuem um dinamismo e uma funcionalidade. Paisagem e sociedade são variáveis complementares cuja síntese, sempre por refazer, é dada pelo espaço humano”(SANTOS, 2006, p. 69).

⁴³ Em “A Natureza a Margem da Lei: a ecologia à prova do Direito”, François Ost, sobre dialética: “É no centro deste *continuum* paradoxal que se destaca a questão que nos interessa, na relação do homem com a natureza. Esta relação é também, apercebamo-nos agora, relação do próprio homem consigo próprio, sendo em cada termo, em boa dialética, “a sua própria mediação”. Assim não temos de um lado o homem e de outro a natureza; é no seio década entidade que passa, a partir de agora, a diferença :o homem é, simultaneamente, matéria, vida e sentido, capaz de reprodução e capaz de significação, natureza e cultura (FRANÇOIS OST, p. 293).

Por isso, deve-se pensar: o presente estudo volta-se à “paisagem urbana”, entretanto, para que se possa afirmar que a paisagem urbana respeita a qualidade de vida, cultura ou equilíbrio ambiental, tal afirmação requer, naturalmente, que haja interação humana com a paisagem, seja observar ou modificar. Contudo, como visto, a interação, a dialética, ocorre entre sociedade e espaço.

Desse modo, é fundamental se ter consciência de que, diante da teoria de Milton Santos sobre a paisagem e o espaço, está-se aqui tratando sobre a tutela da paisagem urbana como objetos materiais. Porém, essa paisagem influi na vida dos seres humanos, obrigando-nos a modificar o olhar que se tem da paisagem, o que requer tutela e percebê-la como o espaço (objetos materiais e interação humana). Assim, na verdade, objetiva-se traçar possibilidades de tutela de um espaço onde haja respeito à paisagem (objetos), quando da interação humana com esta. Quer dizer, objetiva-se a interação humana com respeito aos objetos ali presentes, a paisagem. Ademais, a evolução das técnicas, urbanização acelerada, aumento populacional, com respeito à paisagem e seu significado, que só tem sentido se percebida no espaço. Logo, pleitear a tutela da paisagem somente tem sentido porque há interação humana⁴⁴.

Entende-se, então, que não há como tratar sobre paisagem sem considerar o espaço. A tese aqui defendida prescinde de relação entre ser humano e objetos (paisagem). É preciso justificar o porquê da escolha pelo termo “paisagem urbana” e por que entende-se como sendo ela um direito humano a ser tutelado, mesmo após afirmá-la apenas como sendo um objeto que não considera a interação humana. O termo paisagem ou paisagem urbana, além de ser pouco explorado pela doutrina e legislação brasileira, carece de instrumentos de tutela eficazes. Desconsiderar a utilização dessa palavra e substituí-la por “espaço” seria dificultar a evolução a qual este trabalho se propõe.

⁴⁴ A interação humana se dá através dos sentidos, da modificação, supressão, é uma relação com a paisagem que assim é espaço.

Nesse sentido, conscientes e de acordo com as explicações de Milton Santos, seguiremos delineando possibilidades de tutela paisagística, considerando a interação humana e a paisagem urbana (espaço) como direitos humanos. Assim, quando se falar em paisagem urbana como direito humano, deve-se considerar o todo, o espaço, porque, para justificar a tutela aos objetos, utiliza-se da interação humana com os mesmos e suas consequências.

Além de explorar o conceito de paisagem no espaço geográfico, é importante defini-la e até mesmo estabelecer limites dessa com relação ao conceito de cultura, que é deveras complexo. De acordo com Linda Macdowel (1996, p. 159):

Cultura é um conjunto de ideias, hábitos e crenças que dá forma as ações das pessoas e à sua produção de artefatos materiais, incluindo a paisagem e o ambiente construído. A cultura é socialmente definida e socialmente determinada. Idéias culturais são expressas nas vidas de grupos sociais que articulam, expressam, e contestam esses conjuntos de ideias e valores, que são eles próprios específicos no tempo e no espaço.

Ou seja, a cultura inspira a criação da paisagem e é, muitas vezes, imposta por determinados grupos a outros, configurando relações de poder. Dessa maneira, as pessoas deixam suas marcas na paisagem de acordo com sua forma de produção e assentamentos que, como já visto, têm influência direta da cultura.

Antonio Carlos Brasil Pinto (2003, p. ciii) expõe com clareza sobre a relação entre paisagem e cultura, ao afirmar que:

A paisagem não é um dado bruto da natureza, mas uma construção mental firmemente assentada num feixe de ideias culturais convencionais, e em convenções cognitivas, a tal ponto que a sua investigação exploratória, sob a ótica jurídica, deverá partilhar em importância, lado a lado, vertentes culturais, plásticas e estéticas.

O autor alega que é possível comparar paisagem natural e paisagem cultural. Por esse motivo, a paisagem cultural apresentar-se-ia como uma unidade homogênea, resultado da combinação de diversos fatores (físicos, geológicos, climáticos, biológicos, entre outros). Em contrapartida, a paisagem natural pode ser tanto homogênea como heterogênea, mas será resultado da combinação de fatores humanos, econômicos, sociais, políticos e culturais (PINTO, 2003, p. cv).

Então, diante desses conceitos, a paisagem urbana será naturalmente uma paisagem cultural, urgindo pela tutela efetiva. Devemos considerar também que “qualquer intervenção humana na natureza envolve sua transformação em cultura, apesar dessa transformação não ser sempre visível” (PINTO, 2003, p. cv).

Cabe acrescentar que a dinâmica natural das paisagens depende diretamente da forma como se dará a interação humana depende da cultura de cada sociedade. Daí a importância de se desenvolver uma tutela paisagística de forma mais agressiva, levando em conta a participação da população nos procedimentos que envolvam sua tutela e concedendo a ela a importância que tem. De acordo com Pinto (2003, p. cviii):

Daí porque se constituir a superfície terrestre o verdadeiro laboratório, como inestimável banco de dados sobre a evolução das paisagens, nas diferentes variedades dos tipos regionais, cabendo à positividade jurídica o papel relevante de sistematizar seu valor, objetivando a sua preservação harmoniosa.

Isso se justifica uma vez que, atualmente, os interesses econômicos vêm predominando e produzindo espaços (o espaço-mercadoria) que contêm valor econômico. O que está em questão é, afinal, um processo de constante valorização e desvalorização dos espaços de acordo com os interesses mercadológicos. Assim, ao transformar esses recursos naturais, matérias-primas e a paisagem, produzindo bens culturais e de consumo, o homem cria o ambiente em que vive. Mas, qual é o limite dessa criação?

Não obstante as diferenças sociais que determinarão dentro da cidade as áreas mais belas e as mais feias, nas quais se tem melhor ou nenhuma qualidade de vida,

a questão de maior relevância no conjunto assim descrito é a prévia definição e seleção das premissas corretas, que venham contemplar de modo conjuntural os desdobramentos estéticos, culturais, sociais, econômicos e naturais da alteração da paisagem, sem que tal represente arbitrariedades na destinação espacial (PINTO, 2003, p. cxiv).

Sendo dessa forma, o que não se pode permitir são as arbitrariedades na destinação espacial, o que, na atualidade, pode ser considerado natural, diante do poder econômico de empresas construtoras e de interesses públicos.

Continuando, passa-se a análise das espécies de paisagem, em que será localizada a paisagem urbana. Conforme o que foi visto e considerando-se a possibilidade de mutação da paisagem, pode-se afirmar que ela é o resultado do esforço que o homem imprime no meio, em determinado tempo, sobre determinado espaço. Disso podemos concluir que existem tipos de paisagem que não são apenas a natural e crua, nunca tocada pelo homem. Nesse viés, Milton Santos (1988, p.23) defende que “a paisagem artificial é a paisagem transformada pelo homem, enquanto grosseiramente podemos dizer que a paisagem natural é aquela ainda não mudada pelo esforço humano.”

Pode-se inferir, com isso, que a paisagem urbana é paisagem artificial e também cultural. José Afonso da Silva (1995) conceitua a paisagem urbana como sendo a roupagem da cidade, ao se apresentar para seus habitantes.

A essência da paisagem urbana está nos elementos formais, não considerados individualmente e, sim, espelhados no conjunto das superfícies constituídas. Ou seja, tratam-se das ruas, praças, avenidas, praias, lagos, parques, jardins, viadutos, travessas, ladeiras, escadarias, entre outros.

O Decreto 33395/93 do Município de São Paulo, está dentre os poucos instrumentos normativos municipais que tratam sobre o conceito de paisagem urbana, no seu artigo 1º inciso I: “Art. 1º - Para efeitos deste decreto, considera-se: I - Paisagem Urbana - o que é visível no espaço urbano, inclusive a configuração exterior do espaço privado.” Desse modo, destaca-se a importância de haver maior atenção no âmbito jurídico e acadêmico com relação ao tema, tão importante e, ao mesmo tempo, passível de omissões estatais, que podem acarretar danos irreparáveis aos seres humanos cidadãos. Isso porque, como abordado, no contexto das cidades, a variação da paisagem está diretamente ligada ao modo de produção adotado ao longo do tempo, o que nem sempre é positivo, já que ocorre a dissolução das identidades espaciais e reconstituição em novas bases.⁴⁵

⁴⁵ Somando-se a isso Milton Santos (1988, p. 23) afirma que “A paisagem é uma herança de muitos momentos, já passados, [...] o que levou Lênin a dizer que a grande cidade é uma herança do capitalismo, e veio para ficar, devendo os planejadores do futuro levar em conta essa realidade.”

Para Pinto, no tempo presente, a própria paisagem urbana faz o mapeamento da oposição existente entre o mercado - denota a forma de produção atual - e os lugares, quer dizer, entre a força da economia, que desvincula as pessoas de instituições sociais estabelecidas, e as bases espaciais, que contêm uma identidade estável, sendo a transformação atual da paisagem “o maior exemplo de apropriação cultural de nosso tempo” (ZUKIN, 2000, p. 82-3). Nesse sentido, o grande desafio é não se permitir arbitrariedades na alteração da paisagem (PINTO, 2003), pois, como assegura Milton Santos (2006, p. 69), “a paisagem é história congelada, mas participa da história viva”.

Deve-se concluir e relembrar que o espaço, para além de objetos, trata-se de uma construção desenvolvida diante da interação do homem com o meio, marcada pela dimensão temporal e histórica, ou seja, possui tanto um processo de natureza espacial, quanto temporal. Cada relação espaço-temporal respeita uma divergente maneira de compreender, pensar e transformar a vida. Disso podemos compreender que a relação que têm os grupos indígenas com suas terras ancestrais, os quais materializam suas divergências valorativas em disputas espaciais que, inicialmente, parecem disputas meramente espaciais, com delimitações naturais, como uma montanha ou um rio e, no entanto, a partir do momento em que se chocam interesses e valores (aspecto subjetivo), o território (elemento objetivo) fraciona-se de forma que os limites se tornam fatos espaciais com efeitos sociológicos (EWALD; GONÇALVES; BRAVO, 2008).

Extraí-se também o aspecto subjetivo presente no espaço, que é pensado de antemão, e erroneamente, como um mero conjunto de objetos. Na mesma acepção, Santos aponta que se encontra o nexos entre espaço e subjetividade, ao deixar de lado os pré-juízos ou pré-conceitos que possam conduzir a redução moral e intelectual da nossa visão de mundo (SANTOS, 2001). Portanto, o espaço e a paisagem são demasiado complexos e valorados pelo ser humano e, para que haja uma tutela efetiva paisagística no âmbito interno, deve-se considerar elementos ainda não esboçados no cenário jurídico e político nacional.

Diante da complexidade e importância que toma o direito à paisagem na atualidade, o Estado deveria exercitar ações positivas, na esfera administrativa e judiciária, que garantissem a tutela efetiva. Tais ações deveriam prever, como foco central, a garantia de soberania na participação popular dos processos decisórios que tratassem da implantação de empreendimentos, ruas e publicidade, que pudessem afetar as comunidades locais.

Como se verá no próximo item, o que ocorre são previsões pontuais e embaraçadas de tutela paisagística, além de instrumentos processuais, como a Ação Civil Pública, que prevê, em seu bojo, a garantia de audiências públicas. Contudo, não vincula decisões judiciais a estas, ficando as comunidades locais à mercê da supressão paisagística, efetuada pelo Estado ou Particulares, e do funcionamento lento e ineficiente do judiciário.

A legislação que trata sobre o tema, no Brasil, ainda é genérica e busca resolver os impasses existentes entre proteção paisagística, uso e ocupação do solo urbano e seus limites. Todavia, ainda há omissão conceitual para o tema, e os instrumentos legais e administrativos que poderiam tutelá-la de forma eficaz (o Plano Diretor, o Estudo de Impacto de Vizinhança e Ação Civil Pública), levando em conta sua subjetividade, correm o risco de não cumprirem essa missão, perante a não obrigatoriedade de cumprimento dos resultados obtidos nas audiências públicas em seus procedimentos, como veremos a seguir.

Ressalta-se, desde já, as audiências públicas nos procedimentos de elaboração do Plano Diretor Municipal, Estudo de Impacto de Vizinhança e Ação Civil Pública, porque, em se tratando de um assunto de tamanha complexidade e afetação da vida cotidiana, que é a paisagem urbana, há que se considerar a participação popular soberana nos seus processos de tutela, para que seja efetiva.

2.2. Instrumentos político-jurídicos de tutela do direito à paisagem urbana no sistema jurídico brasileiro: o problema da sua ineficácia

A tutela paisagística no Brasil é tema objeto de legislações esparsas e que não trazem definições precisas. No que tange à paisagem urbana, o cenário é ainda mais omissivo, ponderando-se que não há um conceito na legislação competente, apenas algumas previsões que não abarcam sua complexidade e, menos ainda, a subjetividade da noção de espaço. Afinal, são previsões curtas, vazias e que não consideram o choque existente na relação homem e objetos(paisagem), carecendo de procedimentos efetivos, que garantam a eficácia na tutela paisagística.⁴⁶

Seguindo a mesma ideia, ao tentar a tutela do meio ambiente, no limite urbano e dos bens de valor cultural e paisagísticos, através das leis e procedimentos de que se dispõe, pretende o juiz (através de suas decisões) e o legislador (através de suas criações) proteger a paisagem urbana, em partes, sem considerar todo seu significado e complexidade.

A Lei 10.257, de 10 de julho de 2001, Estatuto da Cidade, é uma Lei Federal que regulou os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, os quais abarcam a Política Urbana, trouxe as diretrizes básicas para o planejamento urbano e expôs, inicialmente, normas de caráter geral, buscando maior amplitude para o tema planejamento urbano.

Já a Constituição Federal de 1988, prevê, como patrimônios, os valores estéticos, turísticos e paisagísticos no seu artigo 23, inciso III⁴⁷, artigo 24, incisos VII e VIII⁴⁸ e 216, inciso V⁴⁹, possibilitando, em seus artigos 182 e 183⁵⁰, a efetivação destes direitos, principalmente através do Planejamento Urbano. Os artigos 182 e 183, posteriormente, seriam regulamentados pela via de legislação infraconstitucional (Estatuto da Cidade).

⁴⁶Por exemplo, a Ação Civil Pública que é instrumento previsto para pleitear a tutela a direitos difusos e coletivos, prevê as audiências públicas em seu bojo, contudo a legislação brasileira não vincula a decisão judicial aos resultados das audiências, relegando à subsidiariedade a opinião popular dos maiores afetados com a supressão paisagística.

⁴⁷ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; (BRASIL, 1988)

⁴⁸ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

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

O Estatuto, a seu turno, em meio a referências expressas, define conceitos e aborda temas de proteção dos direitos elencados constitucionalmente (ou ao menos parte deles), conforme abaixo se transcreve:

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

[...]

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

Art. 26. O direito de preempção será exercido sempre que o Poder Público necessitar de áreas para:

[...]

VIII – proteção de áreas de interesse histórico, cultural ou paisagístico;

Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:

II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;

VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;(BRASIL,1988)

⁴⁹ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.(BRASIL,1988)

⁵⁰ 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.

§ 2º - A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 183. Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

§ 1º - O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.

§ 2º - Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.

§ 3º - Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião. (BRASIL,1988)

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

VII – paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Assim, o Estatuto da Cidade, no seu artigo 37, inciso VII, expressamente prevê o termo “paisagem urbana”. No entanto, não o aprofunda ou conceitua. Mesmo assim, no seu artigo 2º, inciso XII, revela a proteção dos valores paisagísticos, os quais constam como diretrizes gerais da lei, ou seja, de observância obrigatória na consecução da política urbana.

É oportuno destacar também, sobre o conceito de poluição, expresso na Lei 6938/91, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. No seu artigo 3º, inciso III, alínea *d*⁵¹, consta que poluição significa a degradação da qualidade ambiental, resultante de atividades que, direta ou indiretamente, afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente. Isso demonstra preocupação do legislador pátrio com as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente, que podem ser afetadas, também, pela poluição visual, excesso de publicidade nas cidades, o que, naturalmente, também fará parte da paisagem urbana e, logo, quando requerida a tutela partindo deste prisma (mediante Ação Civil Pública, por exemplo), estar-se-á tutelando a paisagem urbana em determinado pedaço.⁵²

⁵¹ Art. 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

III - poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente: d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;(BRASIL; Lei 6938/91)

⁵² Na cidade de Porto Alegre-RS, desde o ano de 2012, a exposição de veículos de divulgação dá mediante autorização prévia do Município, a fim de preservar a paisagem urbana, neste sentido “a matéria é disciplinada pela Lei Municipal nº 8.279/99 e regulamentada pelo Decreto Municipal nº 18.097/12, alterado pelo Decreto Municipal nº 18912/15. De acordo com seu artigo 1º: Este Decreto dispõe sobre o sistema especialista de licenciamento ambiental dos Veículos de Divulgação (VD) visualizados de logradouros públicos, estabelece procedimentos administrativos para o licenciamento dos veículos de divulgação presentes na paisagem urbana, compatibiliza os veículos de divulgação com os usos de solo adjacentes e com o visual ambiental do espaço físico onde se situem de modo a não criar condições adversas que decorram em prejuízo de ordem ambiental ou econômica à comunidade conforme previsto no “caput” do art. 22 da Lei nº 8.279, de 20 de janeiro de 1999, bem como estabelece regras distintas para a colocação de veículos, em face dos zoneamentos de uso instituídos pela lei do Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental (PDDUA), conforme previsto no § 2º do art. 22 da Lei nº 8.279, de 1999.

Retornando ao Estatuto da Cidade, Lei Federal, este veio ao ordenamento com o escopo de implementar uma ordenação da política urbana nacional, decorrendo, em termos de competência, das próprias disposições constitucionais.

O artigo 21, inciso XX⁵³, da Carta Magna, aponta que é da União a competência administrativa exclusiva para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, habitacional, sobre o saneamento básico e também transportes. Essa é, pois, a competência administrativa/executiva dada à União.

O artigo 24, inciso I⁵⁴, traz a competência concorrente conferida à União, aos Estados e ao Distrito Federal para legislar acerca do direito urbanístico. Nesse ponto, verifica-se que, no âmbito da competência concorrente, caberá à União a competência para elaborar normas gerais (como é o Estatuto da Cidade) e, aos Estados, a competência suplementar na elaboração de normas gerais. Por fim, aos Municípios caberá legislar sobre assuntos de interesse local, conforme o disposto no artigo 30, sendo exemplo disso o próprio Plano Diretor, Lei de Uso e Ocupação do Solo, dentre outros instrumentos normativos de ordem local.⁵⁵

Infere-se, portanto, que cabe ao Estatuto, em obediência à competência conferida à União em elaborar “regras gerais”, não sair desse limite e, por isso, além de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, o Estatuto contempla diretrizes e normas gerais relacionadas à política urbana. O Estatuto da Cidade, ao regulamentar as normas constitucionais, dando-lhes eficácia, busca direcionar o direito urbanístico, consolidando a necessidade da função social da propriedade urbana, bem como a busca por cidades sustentáveis, partindo do raciocínio de que, sem política urbana, o crescimento das cidades será desordenado.

⁵³ Art. 21. Compete à União:

XX – Instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitacional, saneamento básico e transportes urbanos.(BRASIL,1988)

⁵⁴ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
I- direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico;

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

§2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.(BRASIL, 1988)

⁵⁵ Art. 30. Compete aos Municípios: I- Legislar sobre assuntos de interesse local.(BRASIL, 1988)

Nesse contexto, convém citar parte do artigo 182 da Carta Magna, o qual dispõe que: “a política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei,”. O Estatuto, portanto, fixa as diretrizes do planejamento urbano que vêm expressas no seu artigo 2º. Tais diretrizes, devem ser, obrigatoriamente, observadas pelos Municípios, na condução do Planejamento Urbano.

Ademais, o Estatuto busca o fortalecimento da função social da propriedade, já elencada na Constituição com um propósito maior. A Constituição Federal menciona, no seu artigo 182⁵⁶, que um dos princípios da política urbana é, justamente, o cumprimento da função social da propriedade. No mesmo artigo, constatamos que a propriedade urbana só cumprirá sua função social ao atender os ditames do Plano Diretor, cuja competência de elaboração, finalmente, é dada ao Município⁵⁷.

É de suma importância aqui referir, diante da exaustiva pesquisa legislativa realizada, que, antes da Lei 10.257/2001, o elenco normativo nacional existente acerca do direito urbanístico era insuficiente para a resolução de problemas que, com o passar dos anos, tornaram-se praticamente irreversíveis, como as grandes cidades que cresciam de forma desordenada, sem nenhum regramento Estatal que visasse sua regulamentação na época.

Dessa forma, as cidades ganharam heranças urbanísticas drásticas, como o encarecimento do solo destinado à edificação, o aumento de áreas sem utilização, a ocupação descontrolada que degrada o meio ambiente, a ocupação de áreas de preservação permanente pela população de baixa renda, de forma ilegal e sem regulamentação, entre outras, mas que, em nenhum aspecto, têm como fim a busca pela função social. Tal herança é reflexo da história acumulada na paisagem urbana que hoje se averigua. O Estatuto almeja, aos poucos, modificar tal cenário de omissões legislativas.

⁵⁶ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes 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. §2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.(BRASIL,1988)

⁵⁷ Art. 30. Compete aos Municípios: I- Legislar sobre assuntos de interesse local;(BRASIL,1988)

No decorrer da Lei, encontramos inúmeros dispositivos que inovam na procura pela concretização de uma política urbana democrática, dentre os quais estão, voltados à paisagem urbana: a possibilidade de realização de audiências públicas, quando da implementação de empreendimentos potencialmente negativos no art. 2º, XIII⁵⁸; a contemplação do princípio da publicidade, a fim de possibilitar o controle democrático no art. 27, §2º⁵⁹; a realização de audiências públicas, para elaboração do plano diretor municipal no art. 40, §4º, I⁶⁰; e, no artigo 43, previstos instrumentos viabilizadores de participação popular, para garantia da gestão democrática da cidade⁶¹. Esses instrumentos traduzem a forma como a tutela paisagística urbana poderia ser efetiva, ao ocorrer de forma democrática. Entretanto, as audiências ali previstas não são vinculativas, assim como é raro haver estudos paisagísticos e tópicos de discussão sobre o assunto, na elaboração de planos diretores municipais, que possibilitem tornar a paisagem urbana objeto de audiências públicas, o que representa um problema na efetividade da tutela paisagística.

⁵⁸ Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

XIII – audiência do Poder Público municipal e da população interessada nos processos de implantação de empreendimentos ou atividades com efeitos potencialmente negativos sobre o meio ambiente natural ou construído, o conforto ou a segurança da população;(BRASIL, Lei 10.257/2001)

⁵⁹ Art. 27.O proprietário deverá notificar sua intenção de alienar o imóvel, para que o Município, no prazo máximo de trinta dias, manifeste por escrito seu interesse em comprá-lo.

§ 2º O Município fará publicar, em órgão oficial e em pelo menos um jornal local ou regional de grande circulação, edital de aviso da notificação recebida nos termos do caput e da intenção de aquisição do imóvel nas condições da proposta apresentada.(BRASIL, Lei 10.257/2001)

⁶⁰ Art. 40.O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;(BRASIL, Lei 10.257/2001)

⁶¹ Art. 43.Para garantir a gestão democrática da cidade, deverão ser utilizados, entre outros, os seguintes instrumentos:

I – órgãos colegiados de política urbana, nos níveis nacional, estadual e municipal;

II – debates, audiências e consultas públicas;

III – conferências sobre assuntos de interesse urbano, nos níveis nacional, estadual e municipal;

IV – iniciativa popular de projeto de lei e de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

[...] Art. 45. Os organismos gestores das regiões metropolitanas e aglomerações urbanas incluirão obrigatória e significativa participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, de modo a garantir o controle direto de suas atividades e o pleno exercício da cidadania. (BRASIL, Lei 10.257/2001)

No artigo 4^a do Estatuto da Cidade, estão previstos⁶² os mecanismos colocados à disposição do Poder Público municipal para concretização da política urbana, os quais tem influência direta sobre paisagem urbana, como veremos. Esse dispositivo possui caráter meramente exemplificativo, nada impedindo que outros instrumentos de política urbana, ali não expressos, possam vir a ser implementados, tanto por Estados⁶³, quanto por Municípios.⁶⁴ Isso porque a aplicação dos mesmos dependerá do contexto no qual cada localidade estará inserida.

No rol ali previsto, há diversos tipos de planejamentos, dentre os quais se encontram os que visam disciplinar os espaços urbanos, como plano diretor, zoneamento ambiental, planejamentos de ordem econômica (a exemplo dos planos plurianuais e orçamentos) e de ordem gestora (como os que definem áreas de atuação estatal, como coleta e destinação final de resíduos). Dentre eles, destaca-se o Plano Diretor, previsto no artigo 39 e seguintes do Estatuto da Cidade e na Constituição Federal.

De acordo com o Estatuto:

Art. 39. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor, assegurando o atendimento das necessidades dos cidadãos quanto à qualidade de vida, à justiça social e ao desenvolvimento das atividades econômicas, respeitadas as diretrizes previstas no art. 2^o desta Lei.

⁶²“Art. 4^o Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: [...] III – planejamento municipal, em especial: a) plano diretor; b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;c) zoneamento ambiental;[...] V – institutos jurídicos e políticos:a) desapropriação;b) servidão administrativa;c) limitações administrativas;d) tombamento de imóveis ou de mobiliário urbano;e) instituição de unidades de conservação;f) instituição de zonas especiais de interesse social; g) concessão de direito real de uso;h) concessão de uso especial para fins de moradia;i) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios;j) usucapião especial de imóvel urbano;l) direito de superfície;m) direito de preempção;n) outorga onerosa do direito de construir e de alteração de uso;o) transferência do direito de construir;p) operações urbanas consorciadas;q) regularização fundiária;r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos;s) referendo popular e plebiscito;t) demarcação urbanística para fins de regularização fundiária; VI – estudo prévio de impacto ambiental (EIA) e estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV).(BRASIL, Lei 10.257/2001)

⁶³ Artigo 24 da Constituição Federal de 1988: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;(BRASIL, 1988)

⁶⁴ Salienta-se, porém, que a competência legislativa municipal para tratar sobre o direito urbanístico não caminha no mesmo compasso da competência dada aos Estados. Estes, a seu turno, como já vislumbrado, limitam-se a legislar de forma suplementar às normas ditadas pela União. Já os Municípios, podem exercer sua competência de forma plena, uma vez que o artigo 30, inciso I, do texto Constitucional, define que caberá a elaboração legislativa municipal disciplinar assuntos de interesse local, dentre os quais, obviamente, está incluso o direito urbanístico.

Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Merece atenção, primeiro, porque está previsto constitucionalmente e, segundo, porque é capaz de abranger temas de crucial relevância na gestão urbanística da cidade. Nesse sentido:

Art. 42. O plano diretor deverá conter no mínimo:

I – a delimitação das áreas urbanas onde poderá ser aplicado o parcelamento, edificação ou utilização compulsórios, considerando a existência de infra-estrutura e de demanda para utilização, na forma do art. 5º desta Lei;

II – disposições requeridas pelos arts. 25, 28, 29, 32 e 35 desta Lei;⁶⁵

III – sistema de acompanhamento e controle.

Sobressai-se, não somente como instrumento técnico de gestão da cidade, mas, também, como verdadeiro instrumento jurídico, que permite a busca pela efetivação da função social da propriedade.

O Plano Diretor pode ser instrumento de grande valia na busca pela tutela efetiva da paisagem urbana (mesmo que a efetividade da tutela ocorra em longo prazo, em virtude da ampla participação popular nos processos de elaboração e revisão do Plano), já que se configura como instrumento de elaboração e revisão participativa, através de audiências e consultas públicas⁶⁶, cabendo ao Município estabelecer, no rol de itens a serem discutidos na elaboração ou revisão do plano, a paisagem urbana como sendo um deles, podendo, inclusive, propor discussão acerca de seu conceito e abrangência, junto à comunidade local.⁶⁷

⁶⁵ Art. 25. O direito de preempção confere ao Poder Público municipal preferência para aquisição de imóvel urbano objeto de alienação onerosa entre particulares.; Art. 28. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais o direito de construir poderá ser exercido acima do coeficiente de aproveitamento básico adotado, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.; rt. 29. O plano diretor poderá fixar áreas nas quais poderá ser permitida alteração de uso do solo, mediante contrapartida a ser prestada pelo beneficiário.Art. 35. Lei municipal, baseada no plano diretor, poderá autorizar o proprietário de imóvel urbano, privado ou público, a exercer em outro local, ou alienar, mediante escritura pública, o direito de construir previsto no plano diretor ou em legislação urbanística dele decorrente, quando o referido imóvel for considerado necessário para fins de:II – preservação, quando o imóvel for considerado de interesse histórico, ambiental, paisagístico, social ou cultural;(BRASIL, Lei 10.257/2001)

⁶⁶ Art. 40.O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana.

Desse modo, pensada junto às demais questões da cidade e debatida com setores da comunidade, pode ser que o Plano Diretor abranja a paisagem urbana e, principalmente, o espaço na sua complexidade e subjetividade.

Porém, não há previsão em Lei Federal que obrigue os Municípios a realizarem tais debates ou incluírem a paisagem urbana em seus Planos Diretores, ficando a critério de cada Município. Assim, a omissão permanece ao passo que, a depender da localidade onde os eventos danosos à paisagem urbana ocorrem e, se não possuírem qualquer limitação junto ao Plano Diretor, é possível recorrer à Ação Civil Pública na procura pela tutela da paisagem. Contudo, mesmo que a Ação Civil Pública preveja a ocorrência de Audiências Públicas, o seu resultado também não vincula a decisão do magistrado às decisões tomadas em audiência, junto à população.

Entende-se, então, que, por não haver Lei Federal que obrigue os Municípios a realizarem debates e estudos sobre a paisagem urbana, junto à população local, e a incluí-la na elaboração e revisão do Plano Diretor, nem vinculação diante das decisões tomadas em audiência pública, tanto na elaboração e revisão do Plano, quanto na Ação Civil Pública, a omissão permanece e o ser humano continua à mercê da carência legislativa, conceitual, e da ausência de soberania de sua vontade nesses casos, nos quais deveria ser soberano, considerando a complexidade e subjetividade do conceito de paisagem e espaço.

§ 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão:

I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade;

⁶⁷ Exemplo disso ocorreu na cidade Curitiba no Estado do Paraná, onde “a Câmara Municipal debateu, na sexta audiência pública para a revisão do Plano Diretor (PD) de Curitiba, como aliar o planejamento da paisagem urbana, uso dos espaços públicos e acessibilidade à qualidade de vida da população.” Assim, nas palestras que são ministradas antes das audiências, onde se busca conscientizar a população presente a cerca do tema a ser debatido defendeu-se que o Plano Diretor deve contemplar “temas como áreas de preservação permanente, arborização viária, capacidade de carga de espaços como o Parque Barigüi, restauração de habitats de predadores de animais nocivos ao homem, despoluição visual, Fonte: alternativas para aumentar a permeabilidade do solo e calçadas.” (CÂMARA MUNICIPAL DE CURITIBA, 2015).

Ainda em função do tema, salienta-se que, na França, diversamente do que ocorre no Brasil, desde 1993, com a promulgação da Lei da Paisagem, os políticos consideram a paisagem na elaboração de documentos do Urbanismo. Dessa forma, realizam estudos paisagísticos específicos, que dão origem a plantas de referência para elaboração do Plano, fazendo, após, proposição de ocupação do solo, considerando aquele estudo, conforme o trecho:

Na França, com a promulgação da Lei Paisagem de 8 de janeiro de 1993, os políticos passaram a ter de considerar a paisagem quando da elaboração de documentos de urbanismo. A revisão e/ou elaboração de um plano diretor é um momento privilegiado por meio do qual o Município questiona os problemas de fundo concernentes à gestão de sua paisagem e ao futuro de seus espaços. Neste contexto, a cidade de Vaulnaveys-Le-Haut realizou a revisão de seu plano diretor. Próxima à Grenoble, a cidade observava sua paisagem se transformar progressivamente em zonas peri-urbanas florestais sob o efeito do abandono das terras cultivadas e a chegada de novos habitantes. Um estudo paisagístico específico foi realizado, baseado na análise sensível, visual e concreta da paisagem atual e evolutiva. Este estudo enunciou objetivos paisagísticos que foram traduzidos em uma planta de referência para os políticos quando da elaboração do plano diretor. O plano diretor possui instrumentos capazes de garantir a proteção das paisagens. Assim, a partir do projeto de paisagem uma proposição de ocupação de solo considerando somente os critérios paisagísticos foi elaborada para a cidade de Vaulnaveys-Le-Haut (FELLIPE, 2002, p. 136).

Como consta, esse modelo não existe no sistema jurídico brasileiro. Em acréscimo à análise legislativa, o artigo 4º do Estatuto, no seu inciso VI, contempla também dois fundamentais instrumentos, cujo propósito é o de “assegurar o equilíbrio do ambiente urbano”, quais sejam, o Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA) e o Estudo Prévio de Impacto de Vizinhança (EIV).

Sobre o EIA, afirma-se que sua fonte normativa primeira é a própria Constituição, a teor do artigo 225, §1º, inciso IV⁶⁸. O EIA é instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, disciplinada pela Lei 6938/81, a qual, no artigo 9º, inciso III⁶⁹ faz as devidas considerações sobre a espécie normativa. Está previsto também nos artigos 36 e 37 do Estatuto da Cidade⁷⁰, que afirmam:

Art. 36. Lei municipal definirá os empreendimentos e atividades privados ou públicos em área urbana que dependerão de elaboração de estudo prévio de impacto de vizinhança (EIV) para obter as licenças ou autorizações de construção, ampliação ou funcionamento a cargo do Poder Público municipal.

Art. 37. O EIV será executado de forma a contemplar os efeitos positivos e negativos do empreendimento ou atividade quanto à qualidade de vida da população residente na área e suas proximidades, incluindo a análise, no mínimo, das seguintes questões:

- I - adensamento populacional;
- II - equipamentos urbanos e comunitários;
- III - uso e ocupação do solo;
- IV - valorização imobiliária;
- V - geração de tráfego e demanda por transporte público;
- VI - ventilação e iluminação;
- VII - paisagem urbana e patrimônio natural e cultural.

Parágrafo único. Dar-se-á publicidade aos documentos integrantes do EIV, que ficarão disponíveis para consulta, no órgão competente do Poder Público municipal, por qualquer interessado.

Art. 38. A elaboração do EIV não substitui a elaboração e a aprovação de estudo prévio de impacto ambiental (EIA), requeridas nos termos da legislação ambiental.

⁶⁸Art. 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.

§ 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (BRASIL, 1988)

⁶⁹Artigo 9º, inciso III da Lei 6938/81: Art 9º - São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente: III – a avaliação dos impactos ambientais.(BRASIL, Lei 6938/81)

O EIV é de suma importância, porque é o único instrumento de planejamento urbano que prevê, expressamente, a obrigatoriedade de análise das “questões de paisagem urbana”, a fim de demonstrar os efeitos positivos e negativos que podem gerar um empreendimento ou determinada atividade, levando-se em consideração a qualidade de vida da população. Ocorre antes da expedição da licença para construção de algum empreendimento e deve conter elementos suficientes para demonstração de todos os possíveis efeitos que a execução de um empreendimento, por exemplo, poderá causar à população que habita ou circula no entorno daquele espaço.

Trata-se de instrumento de gestão que depende da regulamentação do Município, podendo, assim, não ser regulamentado, a critério deste, recaindo, novamente, na questão da omissão debatida acima. Caso regulamentado, observa-se que é importante a participação popular no processo decisório. Não obstante haver omissão da previsão de obrigatoriedade de audiências públicas para o EIV no Estatuto da Cidade, os Municípios podem e devem prever tal hipótese na regulamentação do Estudo, identificando aquelas atividades e empreendimentos sujeitos ao Estudo e revendo audiência pública.

Para exemplo dessa possibilidade, temos prevista, no Município de Porto Alegre-RS, através da Lei Complementar 695/12, que instituiu o Estudo de Impacto de Vizinhança, no seu artigo 13º, a necessidade de audiência pública para conhecimento, esclarecimento de dúvidas e recebimento de considerações da população local sobre o Estudo e o empreendimento (PORTO ALEGRE, s.p.):

Art. 13. A SPM promoverá a realização de audiência pública para conhecimento e debate sobre o EIV, a fim de esclarecer dúvidas e receber considerações da população sobre o empreendimento ou as atividades propostos.

§ 1º A audiência pública será realizada na Região de Gestão de Planejamento, ou no bairro em que se insira o empreendimento ou a atividade.

§ 2º O edital da audiência pública sobre o EIV será publicado, no mínimo, no Diário Oficial Eletrônico de Porto Alegre (DOPA-e), com pelo menos 15 (quinze) dias de antecedência à sua realização, contendo a hora, a data, o local e a identificação do empreendimento objeto do EIV.

§ 3º Os documentos integrantes do EIV e o respectivo TR ficarão disponibilizados para consulta na SPM, a partir da publicação do edital da audiência pública.

§ 4º As considerações apresentadas em audiência pública serão analisadas e subsidiarão a tomada de decisão sobre a implementação do empreendimento.

Como se observa do artigo vislumbrado acima, as decisões tomadas em audiência não são vinculativas, mesmo diante de Estudos de Impacto de Vizinhança.

Além das considerações expressas no Estatuto da Cidade, o Código Florestal prevê a tutela paisagística, determinando que poderá o Poder Público declarar imune ao corte qualquer árvore que represente ao meio ambiente, por motivo de sua localização, raridade, beleza ou condição de porta - semente⁷¹. José Afonso da Silva (2004, p. 247)expõe que as áreas verdes são elementos urbanísticos vitais, com regime jurídico especial, o qual poderá incidir tanto sobre a propriedade pública, quanto sobre a propriedade privada, que as distingue dos demais espaços livres.

Devemos atentar para o fato de que a árvore tem importante papel na organização da cidade. São visíveis e sentidos os benefícios que uma área arborizada pode trazer à região em que se situa. Sombreamento, purificação do ar, redução dos ruídos sonoros e diminuição da temperatura local são apenas alguns que se destacam.

Somando-se a isso, de acordo com a Lei 6513/77, há também a possibilidade de serem instituídas Áreas Especiais e de Locais de interesse turístico. Isso se dá diante da necessidade de facilitar e estimular a prática do prazer turístico⁷².

A prática do turismo alivia as tensões que são inerentes à vida urbana. Visa, por sua vez, preservar as manifestações culturais e belezas da flora e fauna, buscando, sobretudo, o uso sustentável desses bens.

Isso demonstra a ocupação do solo de interesse paisagístico, a qual, através da Lei, possui instrumentos legais de natureza urbanística e administrativa, que restringem a propriedade em prol do uso coletivo e sustentável.

⁷¹Artigo 7º do Código Florestal: Qualquer árvore poderá ser declarada imune de corte, mediante ato do Poder Público, por motivo de sua localização, raridade, beleza ou condição de porta-sementes.

⁷² Dispõe o artigo 1º da mencionada Lei:

“Art. 1º. Considera-se de interesse turístico as Áreas Especiais e os locais instituídos na forma da presente lei, assim como os bens de valor cultural, protegidos por legislação específica e especialmente:

I- Os bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico;

[...]

V- As paisagens notáveis.”

Ao debater acerca dos instrumentos que buscam realizar a tutela paisagística, é imprescindível versar sobre o parcelamento do solo urbano. O artigo 13º, inciso I e XIV, da Lei 6766/79, define que:

Art. 13. Aos Estados caberá disciplinar a aprovação pelos Municípios de loteamentos e desmembramentos nas seguintes condições: I - quando localizados em áreas de interesse especial, tais como as de proteção aos mananciais ou ao patrimônio cultural, histórico, paisagístico e arqueológico, assim definidas por legislação estadual ou federal;

O artigo 14 continua, prevendo que: “Os Estados definirão, por decreto, as áreas de proteção especial, previstas no inciso I do artigo anterior.”

Assim, pode-se afirmar que o patrimônio cultural e paisagístico, integram o conceito de “áreas de proteção especial”, cabendo ao Estado definir, por decreto, quais são essas áreas. Dessa forma, os Municípios apenas poderão autorizar loteamentos e desmembramentos dentro do que disciplina o Estado sobre as áreas de proteção especial.

Em continuidade, após realizar-se um apontamento acerca do conceito de paisagem urbana, das leis que tratam sobre a tutela paisagística, abordando-se o direito ao meio ambiente, a cultura e a paisagem, depreende-se que o direito a paisagem urbana é de natureza difusa.

Nesse viés, a Constituição Federal, no artigo 216, inciso V, enaltece como sendo parte protegida do Patrimônio Brasileiro:

os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem [...] os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico (BRASIL, 1988).

Dessa afirmação, não pairam dúvidas acerca da difusidade do direito à paisagem. Paisagem então, como direito difuso, completa perfeitamente o binômio titularidade-objeto, posto que pertence a uma série indeterminada de sujeitos e seu objeto é sempre coletivo, insuscetível de divisão (a satisfação de um interessado, necessariamente, a de todos, e a lesão a um, indica a lesão a todos).

Nessa acepção, percebe-se que as leis que regulam a matéria repetem o conteúdo constitucional, afirmando a ideia acima transcrita. Os incisos III e IV, do artigo 1º, da Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/85⁷³ lecionam a proteção dada pela via da Ação Civil ao direito à paisagem, bem como destacam esta como sendo um, dentre tantos outros direitos difusos, protegidos pela norma. Assim se vê:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.

É necessário, a fim de constatar se houve lesão a um patrimônio de valor paisagístico e, portanto, de natureza difusa, tentar verificar qual a importância deste bem para a comunidade, se a afetará ou trará algum ônus diante do injusto a ele causado (PINTO, 2003). Ou seja, necessário verificar para além da paisagem urbana, o espaço aí compreendido na sua subjetividade.

Nesse sentido, pode-se perceber a possibilidade de lesão ao valor paisagístico de inúmeras formas, podendo o bem ameaçado representar valor turístico, valor histórico, valor arquitetônico, cultural etc.

Nessa ideia, à guisa de exemplo, a pichação de paredes das casas de uma cidade tombada pelo patrimônio histórico é uma forma de poluição visual, que prejudica este sítio histórico. Do mesmo modo, o desmatamento das florestas que abriga a nascente de um rio, cachoeira ou espaço natural, que é atração turística relevante em uma localidade. Por fim, a colocação de ou outdoors sem limites, atenta contra um valor paisagístico, na medida em que “esconde” das pessoas a existência de belas paisagens.

⁷³Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências.

Observa-se aqui, oportunamente, que o constituinte ao proteger a paisagem, enalteceu privilegiando a vida em todas as suas formas, sob o aspecto amplo, compondo o patrimônio natural, cultural e artificial. Razão esta do enquadramento de valores paisagísticos como defensáveis independentemente de declaração administrativa (PINTO, 2003). Ou seja, a paisagem urbana pode ser tutelada pela via de Ação Civil Pública independentemente de haver ou não sua previsão em Plano Diretor, Estudo de Impacto de Vizinhança, Lei Federal, entre outros.

Nesse sentido, não obstante ser de suma importância a previsão administrativa (que abrange a participação popular em seus processos de tomada de decisão) na busca pela tutela da paisagem urbana, compreendida em sua complexidade, a Ação Civil Pública que é instrumento processual de tutela paisagística e, também, não possui, em seu bojo, como obrigatórias, as decisões tomadas em audiências públicas. Com isso, recai, novamente, na questão da omissão, e não efetividade da tutela paisagística, já que não vincula o juiz aos valores trazidos pelos seres humanos cidadãos nas audiências públicas.

Outrossim, é reconhecido pela ordem jurídica o direito subjetivo à tutela ambiental. Nessa perspectiva, o patrimônio ambiental, pertence a todos e deve-se, pois, buscar – sempre que se está diante de alguma forma de agressão – pela via Judicial ou administrativa, a proteção deste direito (PINTO, 2003). Se o amparo ocorre ou não, é aí que está a questão da efetividade da tutela.

Nesse sentido, a preocupação com os valores coletivos é a tônica do pensamento deste século. Diante disso, os valores assim descritos foram integralmente acolhidos pela Constituição Brasileira de 1988, nos artigos 23, incisos III, IV e VI, 24, incisos VI, VII e VIII e 216, inciso V, bem como em relação à Ação Popular, no artigo 5º, inciso LXXIII⁷⁴.

⁷⁴ Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:
VI - florestas, caça, pesca fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;
VII - proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;
VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Aí se insere a salvaguarda dos valores paisagísticos e estéticos, recebendo regime jurídico dado aos direitos, garantias e liberdades públicas, ao passo que a sua preservação não possui como objeto os seus elementos de forma separada, mas a harmonia do conjunto como um todo. Assim, a harmonia estética paisagística incidirá não apropriável e de valor ambiental autônomo dos bens que o compõem.

Nessa medida, uma das formas de tutela deste bem não apropriável, é a ação civil pública. A Lei 7.347/85, surgiu da necessidade de se encontrar soluções pacíficas para os conflitos emergentes de direitos difusos, tutelados pelo ordenamento jurídico.

No seu artigo 1º, expõe:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: I - ao meio ambiente;[...] III – a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.[...]VI - à ordem urbanística.[...]VIII – ao patrimônio público e social.

Logo que foi implementada, diversos doutrinadores pátrios entenderam a Lei 7.347/85 como sendo de natureza condenatória. Contudo, analisando-se os dispositivos nela expressos e considerando-se a necessidade social de tutela dos direitos difusos, tornou-se plenamente possível a ação declaratória ou constitutiva, assim como a cumulação destas duas e a ação civil de cunho condenatório (PINTO, 2003).

Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Art. 5º, LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;(BRASIL,1988)

Ainda, merece adendo a expressão “outros interesses difusos e coletivos” que na redação original recebeu o veto, por, naquela ocasião, representar grave possibilidade de insegurança jurídica (PINTO, 2003). Todavia, tal justificativa perde a razão de ser com o advento da Constituição Federal de 1988, dando ao Ministério Público, no bojo do artigo 129, inciso III, a prerrogativa de proteger “outros interesses difusos e coletivos”.⁷⁵

Para complementar a normatividade da matéria, sobreveio a promulgação da Lei 8.078/91, que trouxe, ao ordenamento, o Código de Defesa do Consumidor, legitimando o Ministério Público e todos os colegitimados para a Ação Civil Pública afim de que pudessem postular em juízo contra qualquer lesão ou ameaça de lesão a qualquer interesse coletivo ou difuso.⁷⁶

Dessa forma, houve importante avanço na tutela dos interesses de massas, alargando-se, notadamente, a essência do instituto processual. Anteriormente, além de esta proteção só poder ser alcançada pela via individual, conduzindo milhares de pessoas aos tribunais em busca de dirimir seus danos, a natureza da tutela era, eminentemente, condenatória.

Atualmente, como visto, de acordo com a previsão que normatiza o tema, é possível a conquista de tutela em ação civil pública de natureza declaratória ou constitutiva, ou ainda as duas de maneira cumulada.

Hely Lopes Meirelles, sobre o tema, aponta que:

Se o fato arguido de lesivo ao meio ambiente foi praticado com licença, permissão ou autorização de autoridade competente deverá o autor da ação – Ministério Público ou pessoa jurídica – provar a ilegalidade de sua expedição, uma vez que todo ato administrativo traz presunção de legitimidade, só invalidável por prova em contrário (1986, p. 98).

⁷⁵ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;(BRASIL,1988)

⁷⁶ Art. 110. Acrescente-se o seguinte inciso IV ao art. 1º da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985: "IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo".(BRASIL, Lei 8.078/91)

Desse modo, é que, para além das ações condenatórias, na busca pela tutela ao patrimônio cultural e patrimônio paisagístico, inexistem empecilhos que inviabilizem a busca pela via da ação civil pública declaratória, “de decreto de nulidade de ato lesivo, de qualquer espécie, que macule tal patrimônio, assim como provimento que importe em anulação de atos danosos através de ação civil pública constitutiva-negativa” (PINTO, 2003, p. cdxlix).⁷⁷

No que toca à legitimação processual, para as ações que visam resguardar direitos difusos e coletivos, emerge grande controvérsia doutrinária. Isso porque há doutrinadores que entendem ser a legitimação expressa no artigo 5º, extraordinária e não ordinária.

Nesse sentido:

Art. 5º Têm legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar: I - o Ministério Público; II - a Defensoria Pública; III - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; IV - a autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista; V - a associação que, concomitantemente: a) esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano nos termos da lei civil; b) inclua, entre suas finalidades institucionais, a proteção ao patrimônio público e social, ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, aos direitos de grupos raciais, étnicos ou religiosos ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Afirma também, no artigo 6º e seguintes que:

Art. 6º Qualquer pessoa poderá e o servidor público deverá provocar a iniciativa do Ministério Público, ministrando-lhe informações sobre fatos que constituam objeto da ação civil e indicando-lhe os elementos de convicção. Art. 7º Se, no exercício de suas funções, os juízes e tribunais tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação civil, remeterão peças ao Ministério Público para as providências cabíveis.

Diante disso, é forçoso esclarecer a diferenciação básica existente entre a legitimação ordinária e a legitimação extraordinária, expressas no bojo do Código de Processo Civil Brasileiro, as quais intervêm diretamente nas condições da ação e de desenvolvimento válido do processo.

⁷⁷(...) “e após continua referindo que: “Logicamente que o emprego da ação constitutiva apresenta sólida vantagem de desde já combater efeitos atuais e futuros ao patrimônio público em sentido lato, eliminando, assim, a necessidade de ação de reparação de dano”.

Basicamente, pode-se afirmar que a tradicional forma de se pleitear, em juízo, o restabelecimento de um direito lesado se dá por meio da legitimação ordinária, na medida em que a própria parte defende direito seu, em seu próprio nome, emergindo tal determinação do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, depara-se com a possibilidade excepcional de se dar a legitimação extraordinária, nos casos em que alguém, em nome próprio, vem a juízo defender direito alheio. Tal possibilidade, como exceção que o é, decorre de previsões expressas ditadas pela lei, não se admitindo interpretação extensiva para tanto (PINTO, 2003). Dessa maneira, talvez mais adequada é a posição que defende a ocorrência de uma espécie de legitimação mista, ou seja, ordinária e extraordinária, concomitantemente.

Nessa ótica, dispõe o artigo 3º do Código de Processo Civil que para “para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade”, configurando, assim, a legitimação ordinária. Por outro lado, à luz do que dispõe o artigo 6º do mesmo diploma processual, tem-se que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, marcando a excepcionalidade expressa da legitimação extraordinária de pleitear em juízo em nome próprio interesse de outrem.

Tal raciocínio conduz, inevitavelmente, à conclusão de que, quando ocorre a busca pela tutela de direitos difusos e coletivos, mesmo havendo a presença indiscutível de interesse próprio, por menor que seja, dos colegitimados para a propositura da demanda, inevitavelmente, estarão estes pleiteando ainda em nome de terceiros, que sequer podem dimensionar a extensão dos reflexos da decisão. Assim, ao mesmo tempo em que ocorre a legitimação ordinária, pleiteando em nome próprio direito próprio, dá-se, conjuntamente, a extraordinária, postulando em nome próprio, direito alheio. Essa é, assim, a denominada legitimação mista, que vem sendo bem recebida pela doutrina e jurisprudência ao tratar-se sobre o tema (PINTO, 2003).

A ação civil pública é, amplamente, utilizada na tutela aos direitos paisagísticos e, mesmo que não trate expressamente do termo *paisagem urbana* em sua previsão legal, tutela o meio-ambiente, bens e direitos de valor paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem urbanística e o patrimônio público e social, o que, naturalmente, reflete na proteção à paisagem urbana.

Ainda sobre a ação civil pública é importante salientar que o inquérito civil⁷⁸ é destinado à coleta de elementos de informação e convicção, necessários à propositura da ação civil pública é gerido exclusivamente pelo Ministério Público, tendo, a seu turno, possibilidade de instauração facultativa.

Nesse sentido e corroborando tal afirmativa, a Lei n. 8.625/93, inciso IV, 3 parágrafo único, artigo 27, prevê que o Ministério Público poderá promover audiências públicas para melhor exercer as atribuições que lhe são impostas pelo ordenamento jurídico:

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Sendo assim, conclui-se que a paisagem merece ser protegida pelo seu conteúdo natural, histórico-temporal, beleza cênica (na disposição de um direito público subjetivo, concedido constitucionalmente). Ademais, deve-se considerar a complexidade e a subjetividade do espaço.

Para tanto, é insuficiente o cenário legislativo obscuro com o qual se depara. Além disso, mesmo diante da possibilidade de Ação Civil Pública ser instrumento para a tutela paisagística, em determinados casos, pode-se afirmar que não há tutela judicial efetiva.

⁷⁸ O inquérito civil está previsto no Art. 15, inciso I, II e IV da Lei Complementar Federal n.º 40/81.

Isso ocorre diante de fatores como: a não obrigatoriedade dos Municípios em prever instrumentos específicos de tutela paisagística que possam servir ao Ministério Público como argumentos na Ação Civil Pública (o que limita e dificulta a atuação do Ministério Público ante arbitrariedades do Estado na supressão paisagística); considerando a omissão na previsão legislativa, ainda assim não se considerar a opinião popular (nas audiências públicas) como vinculativa ou influenciável na decisão do juiz (considerando que sequer as audiências são citadas em acórdãos e decisões como fatores de influência) e não considerar as audiências públicas como obrigatórias e vinculativas na construção da Ação Civil Pública, Plano Diretor e Estudo de Impacto de Vizinhança (considerando que os dois últimos, mesmo sendo instrumentos administrativos de tutela, poderiam configurar aparato normativo de tutela paisagística disponível ao Ministério Público, assim como, a longo prazo, concretizariam, nas correções do traçado urbano uma tutela paisagística efetiva)

Para que se possa materializar o que é afirmado neste estudo, expõe-se a jurisprudência nacional que trata a matéria através da Ação Civil Pública.

Inicialmente, junto ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA DEFESA DO MEIO AMBIENTE. CONSTRUÇÃO DE PRÉDIO DE 25 ANDARES EM ÁREA DO ENTORNO DO PARQUE ESTADUAL DA ITAPEVA E PRÓXIMA AO PARQUE TURÍSTICO DA GUARITA, EM TORRES. NECESSIDADE DE ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL E RELATÓRIO DE IMPACTO SOBRE O MEIO AMBIENTE (EIA/RIMA). I - O agravo retido não merece provimento. O indeferimento das provas pretendidas não caracteriza cerceamento de defesa. A presente ação civil pública objetiva que não seja executado o empreendimento, enquanto não elaborado prévio Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), a fim de se verificar o impacto da obra de tamanho porte sobre o meio ambiente. Os documentos juntados aos autos são suficientes para apreciação da matéria, não se mostrando útil a prova testemunhal, já que muitas das questões objetadas são predominantemente de direito. Quanto à prova pericial, é dispensável sua realização, pois muitos dos quesitos apresentados dizem respeito ao próprio Estudo de Impacto Ambiental que o Ministério Público pretende que seja realizado. II - Rejeitam-se as preliminares de ausência de interesse processual e impossibilidade jurídica do pedido. **Ao propor a presente ação civil pública, está o Ministério Público agindo em defesa do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, o que deixa claro o interesse processual.** Já a exigência de prévio Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente está prevista em nosso ordenamento jurídico, sendo que, na presente ação, o que deve ser verificado é a sua necessidade ou não para o empreendimento em questão, o que se confunde com o mérito. III - **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. Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade. Art. 225, § 1º, IV, da Constituição Federal.** IV - **Para proteger o meio ambiente, medidas de precaução devem ser tomadas sempre que houver risco de danos graves ou irreversíveis, a fim de impedir a degradação ambiental.** No caso, tratando-se de construção de prédio de 25 andares em área próxima ao Parque Turístico da Guarita e ao Parque Estadual da Itapeva, necessário que se realize o Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto sobre o Meio Ambiente (EIA/RIMA) postulado pelo Ministério Público, **para que sejam afastadas quaisquer dúvidas quanto a alterações no meio ambiente ou, até mesmo, quanto a eventual degradação ambiental.** PRELIMINARES REJEITADAS. AGRAVO RETIDO E APEL 70032749566, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 17/11/2010).

Atente-se que o pano de fundo da referida decisão, para além da tutela ambiental é a proteção paisagística no meio urbano. Outrossim, percebe-se a tentativa do particular em “driblar” os instrumentos de tutela paisagística e ambiental, sendo de fundamental importância o Ministério Público no exercício da função fiscalizatória do Estado.

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. DANOS AMBIENTAIS E PAISAGÍSTICOS. CONSTRUÇÕES SUPERIORES A DOIS PAVIMENTOS NA ORLA MARÍTIMA. AUSÊNCIA DE PROVA. INDEFERIMENTO DE LIMINAR TENDENTE A SUSPENDER A CONCESSÃO DE ALVARÁ PARA NOVAS CONSTRUÇÕES. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos, protegido pela Constituição Federal, cujo art. 225 o considera bem de uso comum do povo. Impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as futuras gerações. **O uso e ocupação do espaço urbano constitui matéria privativa da competência ordenadora do Município por isso vem sendo objeto de Plano Diretor.** No caso dos autos, a **Lei Complementar n. 03/2004 do Município de Capão da Canoa autoriza a construção de prédios na orla marítima, com altura superior a dois pavimentos. Portanto, as construções com essas características erigem-se em direito subjetivo dos seus proprietários.** Por outro lado, **não há nos autos prova da existência de danos ambientais e paisagísticos que as construções que se pretende impedir possam acarretar ao meio ambiente e à paisagem do Município.** Ausente, por isso, o elemento vetor para a concessão de liminar tendente a proibir licença de construção de prédios, na orla marítima, com altura superior a dois pavimentos. Agravo desprovido. (Agravo de Instrumento Nº 70022666986, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 12/03/2008).

Nesse caso, o Poder Judiciário entendeu que, considerando-se previsão expressa no Plano Diretor Municipal da possibilidade de construção nesta hipótese, seria permitida a mesma. Observa-se aqui para a importância do Plano Diretor Municipal na organização do espaço urbano, que tem seu resultado expresso na paisagem.

Denota-se, como afirmado, a dificuldade que encontra o Ministério Público em responder aos anseios sociais de tutela paisagística e ambiental quando os instrumentos como o Plano Diretor (que já não possui estudos referentes à paisagem em seu bojo), autoriza diversas questões que podem prejudicar a paisagem urbana ao longo do tempo.

Disso, também, extrai-se a importância das audiências públicas na capacidade da ação civil pública que, sendo considerada na decisão judicial, pode evitar violação de direitos humanos e fundamentais no âmbito interno naquele dado momento.

Outro instrumento de tutela paisagística é a Ação Popular que se destaca no ordenamento jurídico brasileiro como sendo o primeiro instrumento processual hábil capaz de dar proteção aos interesses coletivos em sentido amplo. Prevista no artigo 5º, inciso LXXII, da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que

[...] qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

Sobre a legitimidade ativa, veja-se o que dispõe o artigo 1º, da Lei n.º 4.717/65, regulamentado pela Lei 6.517/77:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista, de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

§ 1º - Consideram-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico ou turístico.

Nesse sentido, claro está que tal ação só pode ser exercida pelo cidadão, não cabendo legitimidade para pessoas jurídicas ou por associações. Tal fato não impede a reunião litisconsorcial para o exercício da demanda. Diante do exposto, denota-se que há ineficácia da tutela paisagística no âmbito interno, tanto em decorrência da omissão legislativa como não consideração da opinião popular nos processos decisórios que tratam sobre o tema.

Observa-se, perante este contexto embaraçoso, tentativas de “driblar” a lei, tanto por parte de particulares assim como do próprio Estado. Isso será melhor explicado no próximo item, quando inicia o corte de árvores sem qualquer consulta popular, sem garantia da validade de suas licenças e sem considerar projetos pré-existentes de parques, por exemplo, para criação e condução de novos projetos.

Por fim, salienta-se que, para além da omissão de previsão de tutela específica, a paisagem urbana, no âmbito interno (que já configura uma violação ao direito humano decorrente da omissão do Estado que a prevê como direito fundamental, mas não estabelece claramente mecanismos de tutela eficaz), observa-se que, para inserção de uma causa paisagística no Sistema, é necessário que o Estado resista à pretensão do indivíduo em ver seu direito tutelado. Conforme, fora verificado nos estudos de caso, do item 1.2, quando, mesmo após inúmeras tentativas de tutela pela via interna, o Estado continuou violando direitos humanos.

Nesse sentido, dever-se-á analisar cada caso, sendo objeto da presente pesquisa o estudo de estratégias de inserção da paisagem urbana no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, configurando, então, a omissão legislativa uma violação ao direito da garantia da proteção judicial, devido processo legal acarretando na violação de direitos como integridade psíquica, conforme explanar-se-á a seguir.

CAPÍTULO 3 – A EFICÁCIA DO SISTEMA INTERAMERICANO PARA REIVINDICAÇÃO DO DIREITO À PAISAGEM URBANA

3.1. Potencialidades para reivindicação do direito à paisagem urbana pela via reflexiva no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

A paisagem urbana, entendida como direito fundamental e humano, estreitamente ligada ao direito ao acesso, à cultura e meio ambiente sadio e ecologicamente equilibrado, bem como, à qualidade de vida e à integridade psíquica, possui previsões esparsas e embaraçadas no cenário legislativo brasileiro.

Somando-se a isso, o fato de ser uma competência, especialmente, municipal a previsão de normas que possam tutelá-la (somada à ausência de previsões ou diretrizes de tutela em âmbito de Lei Federal). Isso ocasiona uma série de omissões ou previsões tão esparsas e desconectas que dificultam o controle dos limites do Estado por parte da população e o conhecimento de seus direitos na esfera municipal. Diante desse cenário, o que se percebe é uma vulnerabilidade do ser humano cidadão para pleitear a tutela de seu direito no âmbito interno o que poderá ocasionar uma série de violações perante as quais é vítima.

Além do mais, no âmbito de Ação Civil Pública, apesar de prever em seu bojo, a possibilidade de audiências públicas, está-se diante de um sistema democrático e processual que não vincula as decisões tomadas em audiências públicas ou sequer determina sua influência na decisão do julgador quando este exercita a tutela aos direitos difusos. Como por exemplo, a paisagem, cuja violação afeta diretamente a comunidade local.

O Ministério Público, então, que é legitimado para defender tais direitos, ao estar diante da carência de uma previsão clara de tutela paisagística (como por exemplo: normas limitadoras de supressão paisagística em um Plano Diretor baseado em estudos paisagísticos prévios e na participação popular, ou diretrizes

pré-estabelecidas em Lei Federal) ou um procedimento ágil⁷⁹, tenta buscar a proteção à paisagem urbana em conjunto com o meio ambiente e a cultura, alegando a nulidade de procedimentos administrativos que emitem licenças de instalação, por exemplo.

Para fins ilustrativos das afirmações acima expostas, assim como para que se possa delinear as possíveis estratégias do litígio de casos paisagísticos diante do Sistema de forma palpável, exemplifica-se a forma como se requer a tutela judicial da paisagem urbana no Brasil através do caso do Corte das Árvores da Avenida Beira Rio em Porto Alegre.

Nessa medida, releva expor que com a iminência da Copa do Mundo no Brasil e sendo escolhida como cidade para sediar diversos jogos a cidade de Porto Alegre/RS, no ano de dois mil e treze, pairou sobre um grande trecho da cidade o interesse na ampliação da Avenida Edvaldo Pereira Paiva, a qual ocorreu por iniciativa do referido Município.

Tal empreitada foi objeto de uma Ação Civil Pública interposta pelo Ministério Público considerando que, sem qualquer consulta à população, o Município vinha obstruindo árvores com base em uma licença ambiental. Esta licença, de acordo com alegações do Ministério Público, seria nula, pois desconsiderava a previsão no Plano Diretor Municipal da necessidade da construção de um parque em um trecho da obra pretendida, chamado *Parque do Corredor do Gasômetro*.

Diante disso, o Ministério Público, imediatamente, requisitou a paralisação das obras, a fim de que o Município determinasse, com exatidão, qual o trecho seria objeto do referido parque para que não fosse obstruída qualquer vegetação que ocasionasse a diminuição da dimensão deste.

O Ministério Público requisitou a suspensão dos efeitos de licença de instalação e também a concretização do *Parque do Corredor do Gasômetro*, considerando o esvaziamento do prazo para sua execução, expressa no Plano

⁷⁹ A importância de haver um procedimento ágil quando se trata de temas que relacionam interesses de construção viária, supressão da paisagem e proteção da paisagem e meio ambiente é que diante de procedimentos lentos fica o judiciário e mercê de pressões políticas, sendo a última vítima da lentidão judiciária, o próprio ser humano.

Diretor Municipal⁸⁰. Para tanto, alegou que considera a importância da ampliação da via para a mobilidade urbana em Porto Alegre/RS, mas que não se poderia ignorar a previsão legal de um parque no local, o que traria danos irremediáveis à qualidade de vida da população cidadina que ficaria privada de um local tradicional de dedicação à cultura, ao esporte e ao lazer (TJRS. Processo cível nº 001/1.13.0072972-5).

Ademais, alegou uma deficiência no que tange à participação da população na decisão tomada pelo Município, já que interfere diretamente na qualidade de vida do ser humano e, considerando-se que o Plano Diretor Municipal que faz menção ao parque, foi elaborado com ampla participação popular, qualquer revogação no que toca às suas determinações também deveria ser alvo de participação.

No mais, (abstendo-se aqui da exposição das alegações realizadas pelo Município que ao final restou exitoso na ampliação da via) observa-se, sobre uma das mais recentes decisões emanadas no processo de nº 001/1.13.0072972-5, no qual a julgadora, na mais apertada síntese, afirma que: por não haver delimitação expressa no Plano Diretor Municipal, que prevê o parque ou sobre a forma como o mesmo seria concretizado, contínuo ou não, apenas deveria se respeitar suas dimensões e logo as árvores remanescentes poderiam ser obstruídas (TJRS. Processo de nº 001/1.13.0072972-5). Assim, a via foi ampliada e, no dia 2 de maio de 2014, foi sancionado o projeto do Parque do Gasômetro.

Nesse viés, cumpre esclarecer que o projeto do parque foi elaborado ainda durante a discussão judicial que questionava suas dimensões e, após elaborado, foi levado ao processo (pelo Município), comprovando que as árvores que ainda estavam “sendo protegidas” poderiam ser suprimidas do local sem prejuízo ao parque. O projeto do parque acabou por dividi-lo em duas áreas e pretende estruturar espaços naturais e de preservação do patrimônio cultural (TERRA NOTÍCIAS, 2014).

Apesar de exaustivo processo (08 volumes) e longa discussão judicial que, aos poucos, foi permitindo a obstrução e transferência de árvores dos locais,

⁸⁰ Lei complementar 646 de 22 de julho de 2010 : Altera e inclui dispositivos, figuras e anexos na Lei Complementar nº 434, de 1º de dezembro de 1999 – Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano Ambiental de Porto Alegre (PDDUA) –, e alterações posteriores, e dá outras providências. Art. 154. Ficam estabelecidos os seguintes prazos e ações respectivas: [...]. XXI – 18 (dezoito) meses, contados da data de vigência desta Lei Complementar, para a instituição do Corredor Parque do Gasômetro, mediante lei específica.

apresentam-se aqui algumas opiniões retratadas em decisões que apoiaram inúmeras fundamentações no processo.

Assim, como as árvores foram plantadas pelo homem, lógico que podem ser suprimidas permitindo o desenvolvimento da cidade, que necessita do aumento da via em questão para possibilitar o trânsito no local e em toda a cidade, concedendo maior qualidade de vida aos cidadãos.

A cidade não pode ficar estática, sem evolução, sob o argumento de ofensa ao meio ambiente, que foi criado, no caso, convém fixar, pelo próprio homem e, por este motivo, pode modificá-lo com utilização das medidas de transplante e compensação, sem prejuízo à comunidade.

A proteção ao meio ambiente é importante, sem dúvida, mas não pode impedir, cumpre repetir, o desenvolvimento econômico e social, como no caso presente, não havendo justificativa para o entrave à implementação da política de desenvolvimento urbano, diante da evidente necessidade da qualificação de malha viária, com grande benefício à população, em especial tratando-se de área decorrente da obra humana.

A intervenção, aliás, também poderia ser permitida, mediante a devida cautela, se tratasse de área contendo árvores com maior valor ou raridade porque deve sempre haver a adequada escolha do bem mais relevante, observado o caso concreto.

Há, pois, necessidade de continuidade da obra, mediante a retomada do corte imediato das árvores, observados os termos da decisão recorrida, que deferiu parcialmente a tutela, razão pela qual revogo o efeito suspensivo ativo que concedi anteriormente (AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70054203187. 22ª CÂMARA CÍVEL DA COMARCA DE PORTO ALEGRE. VOTO DO DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO).

Traz-se, outrossim, o acórdão exposto pela julgadora de primeiro grau em sua última decisão, que culminou com a remoção das árvores remanescentes:

AGRAVO REGIMENTAL, CONHECIDO COMO AGRAVO INTERNO, EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ORDINÁRIA DE COBRANÇA MOVIDA PELO MUNICÍPIO DE SÃO LEOPOLDO CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. DIVISÃO DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL PELAS OBRAS DE EXTENSÃO DA LINHA UM DO TRENSURB. DECISÃO DA CÂMARA ESTADUAL DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL. ANÁLISE DO JUDICIÁRIO QUE DEVE SE LIMINAR À LEGALIDADE DO ATO. MÉRITO ADMINISTRATIVO. I. No ato administrativo comum, que não envolve Direitos e Garantias Fundamentais, o ente competente deve atuar no espaço concedido pela norma, o que revela a discricionariedade técnica da medida. Se a avaliação da municipalidade ocorrer mediante correto procedimento e for materialmente razoável, não pode ser reformada pelo Poder Judiciário, sob pena de indevida violação à competência constitucional dos Poderes da República. O controle judicial limita-se, enfim, à legalidade da atuação. II. Decisão sobre a divisão de compensação ambiental paga pelo Trensurb para a realização de obras de expansão dos serviços que foi tomada pelo órgão competente, técnico e sobre o qual não paira qualquer apontamento objetivo de suspeita, devendo ser mantida. E em casos assim, deve-se privilegiar tais aspectos, sob pena de emprestar

desmedida força ao subjetivismo, que travaria qualquer atividade administrativa pela simples existência de opiniões ou posições divergentes daquelas adotadas pelo órgão competente. AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO COMO AGRAVO INTERNO E DESPROVIDO (Agravo Regimental n.700568455399, 22ª Câmara Cível, Relatora Desembargadora Marilene Bonzanini).

Como se percebe, o acórdão justifica sua decisão, afirmando que não se trata no caso, de Direitos e Garantias fundamentais envolvidas no ato administrativo (licença) e que logo, por ser correta a ação do Município, não caberia ao Judiciário reformar suas decisões, pois o controle judicial deve-se limitar à legalidade da atuação.

Apenas observa-se, aqui, que, apesar de a julgadora entender que as licenças municipais estavam dentro das exigências legais, diante do caso em tela que indubitavelmente afeta a população como um todo (em direitos e garantias fundamentais), não haver previsão legal de audiências públicas vinculativas, tanto na decisão administrativa de remover ou não as árvores, quanto vinculativas (ou ao menos influentes) na decisão do juiz, torna o recurso ineficaz. Explica-se.

Está-se diante do direito à paisagem urbana, não sozinha como um objeto sem valor, mas perante a paisagem urbana entendida na subjetividade do espaço, ou seja, com o choque valorativo que estabelece o ser humano quando interage com ela. Tais questões não foram consideradas no processo, cuja julgadora afirma de forma intermitente que se limitaria a analisar o pedido do Ministério Público, o qual basicamente fora: na remoção das árvores, que haja o respeito à área do parque corredor do gasômetro, assim como requisitou a suspensão dos efeitos das licenças concedidas.

Somando-se à carência de um procedimento que não abarca suficientemente o direito difuso ali pleiteado, o questionamento que se faz é: o que mais poderia pedir o Ministério Público para tentar tutelar a paisagem e o meio ambiente no caso?

Considere-se que, para além do “Parque Corredor do Gasômetro” como uma área limitadora da supressão paisagística, não havia qualquer estudo prévio relativo à paisagem urbana no Plano Diretor do Município de Porto Alegre que pudesse dar ao representante do Ministério Público fundamentos objetivos suficientes para requerer a tutela daquele espaço como um todo, diante da importância que o lugar

assumiu, além do desejo da comunidade em ser ouvida contrária àquela atuação Municipal.

Tais fatos geraram, na época divulgada, manifestação popular, pois manifestantes dormiram em árvores por dias, até que mediante obtenção de uma Reintegração de Posse a polícia retirou os manifestantes e a Prefeitura obstruiu a vegetação local (CLICRBS, 2014).

Esta explanação, precocemente, permite concluir pela importância da iniciativa tomada pelo Ministério Público na intenção da Ação Civil Pública que, apesar de não surtir o efeito na preservação da vegetação pretendida, ao menos culminou em “pressão política” para elaboração do projeto já sancionado do *Corredor Parque do Gasômetro*.

O que se denota do referido processo é que, em momento algum, este se refere ao julgador, mas ao procedimento ao qual ele deve ser fiel que é ineficiente na tutela de direitos difusos e no caso da paisagem. Assim, agrava-se a situação diante da carência legislativa que não dá ao Ministério Público instrumentos argumentativos e requisitórios de sua tutela.

Diante da situação descrita e do estudo realizado até então, problematiza-se sobre a eficiência dos recursos e instrumentos de proteção à paisagem urbana em âmbito nacional. Esta omissão legal, assim como ineficácia procedimental, atinge, diretamente, a qualidade de vida do ser humano, afetando sua integridade psíquica, diante de possíveis danos causados pelo stress recorrente em ambientes urbanos, não disponibilização de parques para lazer, ambientes com poluição visual exagerada que podem inclusive acarretar em acidentes automobilísticos. Afinal, em muitos casos, dificultam a visualização da sinalização, entre outros.

Sabe-se, também, que a paisagem urbana é tema pouco debatido no âmbito acadêmico, assim como necessita do olhar do Estado, que não o faz. Tal situação torna difícil uma evolução no que toca a políticas públicas e na elaboração de legislação ou aprimoramento de procedimentos que torne eficaz a sua tutela judicial.

Frente a este cenário legislativo interno dificultoso e da importância que a paisagem assume a cada dia, somada aos objetivos atuais do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, depreende-se uma inserção do tema na nova agenda temática do Sistema. Ademais, cabe a sua inclusão diante dos seus

objetivos de influir na melhoria dos sistemas democráticos internos e do acesso à tutela judicial efetiva.

Nesse sentido, como já destacado, o Sistema influi através de seus relatórios temáticos, recomendações, opiniões consultivas assim como jurisprudências no âmbito interno. Inobstante a função fundamental destes instrumentos, não se pode ignorar a obrigatoriedade das sentenças da Corte perante o Brasil, o que justifica o delinear de estratégias possíveis para litigar casos de defesa da paisagem urbana no Sistema Interamericano.

Para tanto, destaca-se um estudo realizado pela Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente que resultou no *Guia de defesa Ambiental: Construindo Estratégia para o litígio de casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. Este será base teórica para construção, especialmente deste item, quando se fará uma interpretação abrangente à paisagem urbana e não limitada ao meio ambiente, como propõe a obra. Tal opção se deve a inexistência de um estudo no sentido proposto. Destaca-se que se partirá da premissa de violação a outros direitos e não ao direito paisagístico, considerando a inexistência de previsão do mesmo nos instrumentos do Sistema.

Para tanto, estudou-se a forma como se garante a tutela aos direitos culturais e ambientais pela via do Sistema, estrategicamente e vinculando-os as violações a direitos civis e políticos. Assim, neste item, avança-se e se tenta vislumbrar uma tutela ambiental e cultural estratégica voltada à paisagem urbana pela via do Sistema.

Christian Courtis (2010) sugere que as estratégias de litígio dirijam-se em dois sentidos, quais sejam: mediante alegação de violação de direitos e princípios aplicáveis a qualquer direito Estatal, como por exemplo, o direito à tutela judicial efetiva, o princípio da igualdade perante a lei, proibição de discriminação e o direito a informação, os quais inobstante serem vinculados aos direitos civis e políticos cabem perfeitamente na busca pela tutela aos direitos culturais, ambientais e paisagísticos; e através da já citada, interconexão com direitos civis e políticos. Hipóteses que serão instrumentalizadas a seguir.

O artigo 8.1 da Convenção Americana dispõe sobre a garantia do devido processo legal:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Destaca-se “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias, dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente [...] para que se determine seus direitos [...] de natureza civil [...] ou de qualquer outra natureza” (COURTIS, 2010, p. 70).

Naturalmente, a expressão “de qualquer outra natureza” inclui direitos e obrigações ambientais e porque não, paisagísticos. No estudo aqui proposto, trata-se da possibilidade de haver uma tutela indireta à paisagem urbana (conectada ao meio ambiente e a cultura, assim como aos direitos civis e políticos) explanando-se sobre o emprego das garantias do devido processo legal em âmbito interno, por parte do Estado.

Tal garantia pode ser violada com a restrição negativa ou turbação do direito de ser ouvido antes da adoção de decisões que possam gerar danos ambientais, do direito de submeter ao controle judicial determinadas decisões administrativas, do direito de solicitar informações prévias sobre potencial risco de uma obra e do direito a requisitar a suspensão da medida até que se cumpram os requisitos legais. Como, por exemplo, sobre um estudo de impacto ambiental que deveria ser preparado antes da adoção da medida, mas não o foi (COURTIS, 2010, p.73).

De acordo com Courtis (2010, p. 74), “o foco desta estratégia é a imputação de medidas governamentais que tenham sido adotadas sem cumprimento dos requisitos legalmente exigidos”.

A respeito disso, afirma o autor que:

A evolução da exegese do Artigo 8º, da Convenção, por parte da Corte IDH, favorece essa estratégia: a Corte tem ampliado essa interpretação para questões não penais (a teor do Artigo 8.1) e tem estendido ainda a sua aplicação a procedimentos administrativos e a outros casos em que direitos possam ser afetados (COURTIS, 2010, p.73).

Assim, o exposto no artigo 8.1 caberá tanto aos procedimentos judiciais como administrativos onde haja controvérsias sobre direitos de “qualquer outra natureza” como referido no artigo. As “garantias” ali citadas se tratam basicamente da garantia de audiência (direito a ser ouvido) e de ter proferida uma decisão que ponha fim à controvérsia num prazo razoável, etc (COURTIS, 2010, p.76).

Como citado no exemplo de caso prático, caso houvesse previsão de obrigatoriedade de participação popular na confecção da licença que se pretendia nulidade, poderia haver uma violação ao devido processo legal no âmbito interno. Outrossim, pode-se entender que houve uma violação a garantia do devido processo legal quando o Município de Porto Alegre, sem qualquer conscientização da população tenta suprimir as árvores locais não dando oportunidade para que a população fosse “ouvida” pelo tribunal competente, seja através do Ministério Público na Ação Civil Pública, ou Ação Popular.

Outra via estratégica de busca pela tutela ambiental e logo paisagística pela via do Sistema é mediante a invocação de violação ao direito à proteção judicial, que vem expressa no artigo 25 da Convenção Americana:

Artigo 25. Proteção judicial

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

Trata-se do direito da tutela judicial efetiva onde caberá ao litigante alegar e demonstrar a inexistência de “tutela judicial efetiva por parte dos tribunais domésticos contra a violação de direitos fundamentais de natureza ambiental”, ou no caso em tela, de natureza paisagística (COURTIS, 2010, p.75).

Como visto no artigo 25, as obrigações impostas aos Estados abrangem não apenas a tutela aos direitos estabelecidos na Convenção Americana, mas também a tutela aos direitos fundamentais reconhecidos nos Estados-Partes. Assim, se não houver disponibilidade de recursos simples, rápidos e efetivos que visem a defesa

daquele direito fundamental em âmbito interno, estar-se-á violando o artigo 25 da Convenção Americana (COURTIS, 2010, p.76).

Nesse sentido, retoma-se. A paisagem urbana é um direito fundamental e humano. Não há um recurso simples, rápido e efetivo no âmbito interno, isso porque o procedimento de que se dispõe não abrange a complexidade e a subjetividade dos conceitos de paisagem urbana e espaço, não considera o fator central de violação deste direito: a interação humana. Apenas considerando a opinião da população nos processos decisórios é que se poderia vislumbrar uma tutela judicial efetiva, o que não ocorre.

No delinear de estratégias para litígio do direito a paisagem urbana, a alegação de violação do direito ao acesso à informação, poderá ser cabível:

O tema é especialmente relevante em matéria ambiental já que, dentre outros aspectos, se generalizou na região o requisito de um estudo ou avaliação de impacto ambiental (em alguns casos, socioambiental) previamente à realização de obras ou à autorização de atividades que possam pôr em risco o ambiente. De maneira que se poderia sustentar a ofensa ao direito de acesso à informação quando o governo descumpra com o dever de exigir um estudo ou avaliação prévia de impacto ambiental, ou ainda quando, mesmo que o tenha requerido, se negue a torná-lo público (COURTIS, 2010, p.76).

Tal direito vem expresso no artigo 13.1, contudo, vem intitulado *Liberdade de Pensamento e de Expressão*:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.

Quem está sob a tutela da Convenção tem o direito de expressar seu pensamento e tem liberdade de buscar informações, assim como recebê-las, difundi-las a tal ponto que se torna o acesso a informação pública um componente necessário do direito de buscar e receber as informações ao passo que, depreende-se das expressões “informação [...] de toda índole” e “informação de que dispõem

outros” a própria informação pública, principalmente aquela relacionada com projetos que possam afetar o ambiente (COURTIS, 2010, p.79).

A fim de exemplificar superficialmente, através do caso do corte das árvores da avenida Beira Rio: pode ser considerada uma violação ao direito do ser humano, em receber a informação referente à derrubada das árvores, que ocasionou no caso, uma violação, também, do acesso ao devido processo legal.

No que toca à estratégia de litígio que realiza a interconexão de direitos civis e políticos e os direitos ambientais e culturais (compreendidos os paisagísticos) como estratégia na busca pela tutela paisagística, vale o aprofundamento, considerando que os direitos civis e políticos são de exigibilidade indubitável enquanto que os Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais, inobstante posicionamentos doutrinários que entendem serem passíveis de exigibilidade, na prática jurisprudencial do Sistema, não é o que se observa. Isso fora verificado nos estudos de caso do item 1.2.

As vinculações estratégicas dizem respeito, basicamente, ao direito à vida e à integridade psíquica. Neste sentido, o artigo 5º da Convenção Americana afirma que:

Artigo 5. Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Assim, o direito a integridade física e psíquica considerar-se-á violado quando “agentes do Estado agredem os indivíduos ou os expõem a tratos ofensivos à condição e à dignidade da pessoa humana.” Tal situação também pode ocorrer diante de omissões estatais (COURTIS, 2010, p.87).

Isso, também, pode ser afirmado com relação aquelas comunidades que se veem privadas de cuidados que garantiriam sua saúde, por exemplo. No que toca à tutela cultural e ambiental abrangente da paisagem urbana, pode-se conectar a violação da integridade psíquica e até mesmo física, aos riscos decorrentes, tanto da supressão de árvores na cidade, que são importantes para controle da poluição urbana; quanto dos riscos decorrentes do estresse cotidiano resultantes, muitas vezes da carência de espaços de lazer, resultantes da supressão de parques que

dão lugar a ruas e prédios, por exemplo, afetando a integridade mental(COURTIS, 2010).

A depender da gravidade das consequências desta supressão e da forma como impactaria na vida dos seres humanos cidadãos, poder-se-ia vislumbrar a possibilidade de alegar (a depender do caso concreto) também, violação do direito à vida. Nesse sentido, e considerando também a possibilidade de particulares agirem de forma a violadora:

[...] seria necessário, então, para aproveitar essa linha interpretativa, demonstrar que as medidas adotadas pelo Estado – ou a autorização, a tolerância ou ainda a indiferença estatal diante da condução de atividade lesiva por parte de sujeitos privados – são suscetíveis de pôr em risco a vida ou a integridade pessoal de um indivíduo (ou de um grupo de pessoas). A omissão estatal em adotar medidas que impeçam que seus próprios agentes afetem o meio ou que, por outro lado, sejam capazes de controlar as atividades particulares lesivas do ambiente, poderia se enquadrar nessa hipótese, em casos bastante graves (COURTIS, 2010, p. 86-7).

Desse modo, um exemplo de violação do direito à vida causado pela violação do direito à paisagem urbana seria, por exemplo, os outdoors que são distribuídos pela cidade de forma desordenada, causando poluição visual que poderá ocasionar acidentes de trânsito, diante da dificuldade em enxergar-se a sinalização.

Diante dessa situação, se a comunidade entende que está sendo violado seu direito à paisagem urbana, poderia recorrer ao Sistema (respeitando os requisitos de admissibilidade e as estratégias aqui propostas). E buscar a instauração de políticas públicas e até mesmo de um Decreto municipal que regulamentasse a exposição de propaganda em outdoors, buscando a preservação da vida e da integridade física dos cidadãos.

Observa-se, por fim, queo artigo 11 do Protocolo de San Salvador, é utilizado pela Corte com a função de realizar interpretações de obrigações de nascem da convenção. Nesse sentido

[...] ainda que não seja diretamente invocável como direito passível de controle jurisdicional, poderá ser trazido à colação, nas circunstâncias adequadas, como norma de interpretação do alcance das obrigações que emanam de outros direitos consagrados pela Convenção (COURTIS, 2010, p. 91).

Lembra-se que, para que um caso seja levado à Corte Interamericana, necessariamente, algum dos direitos humanos reconhecidos na Convenção Americana deve ser violado e, somando-se a isso, o caso deve preencher os requisitos de admissibilidade. Ou seja, deve ter havido o esgotamento dos recursos internos, a petição deve ser apresentada em prazo não superior a 6 meses contados da notificação da última decisão e não pode haver outro caso de litígio internacional pendente dentre os demais analisados.

Como analisado, no que toca à questão ambiental, paisagística ou cultural não se pode alegar uma violação de forma direta e, portanto, recorre-se às alegações de que a violação ao meio ambiente, por exemplo, fere também diversos outros dispositivos da Convenção e Declaração Americana. Dessa forma, utiliza-se de mecanismos indiretos argumentando-se “com a violação daquele direito, vinculada com a ofensa a outros direitos humanos de proteção direta. Assim, a determinação do mecanismo indireto a utilizar é essencial para fundamentar coerentemente as assertivas sobre violações” (COURTIS, 2010, p.102).

Além disso, antes de se submeter um caso ao Sistema Interamericano, deve-se vislumbrar os fatores políticos, econômicos e processuais em torno do assunto. Observa-se que a maioria dos casos inerentes à temática ambiental no Sistema Interamericano são atinentes às violações ao fundamental direito à vida das populações mais vulneráveis à expansão econômica sobre os recursos naturais que são os povos indígenas.

Partindo-se deste entendimento, poder-se-á vislumbrar a possibilidade de uma tutela à paisagem urbana, pela mesma via reflexiva, já que transpassa a cultura, a qualidade de vida e o meio ambiente.

Destaca-se, por fim que:

os resultados dependerão das condições específicas do caso, dos recursos disponíveis e do objetivo que as vítimas e os peticionários tenham em mente. Eis algumas vantagens de se apresentar um caso perante o Sistema Interamericano: possibilidades de proteção efetivas, ante a ineficácia da jurisdição interna; opções para negociação do problema apresentado; acesso e produção de certa informação em poder do Estado, relacionada com assuntos ambientais; relatório público da Comissão, a que se pode dar acompanhamento; possível modificação de normas que infrinjam direitos humanos (COURTIS, 2010, p. 108).

Nesse viés, denota-se que há a possibilidade de se pleitear pela via do Sistema Interamericano de Direitos Humanos a tutela paisagística, devendo-se considerar os diversos fatores citados no decorrer da pesquisa.

Frisa-se por fim que, conforme estudado no Capítulo 1, as ONGs exercem uma importante função dentro desta estratégia de inserção, porque além de atores políticos de pressão dos Estados no cumprimento das medidas provenientes do Sistema são legitimadas para atuar na busca pela garantia de direitos das vítimas. Ademais, nesse sentido, é que se vislumbra, especialmente, uma possibilidade de inserção através de ONGs da temática paisagística no Sistema. Desse modo, a presente pesquisa, diante da inovação de seu estudo busca, dentre seus objetivos também alertar para esta probabilidade.

Trata-se da utilização estratégica das ONGs na busca pela tutela efetiva de direitos humanos no âmbito interno, assim como para as ONGs se trata de utilizar o Sistema Interamericano como um instrumento político na reivindicação de direitos.

CONCLUSÃO

Portanto, percebe-se que a presente pesquisa cumpriu com o objetivo pretendido fazendo o delineamento de estratégias de inserção para a proteção (pela via reflexiva) do direito à paisagem urbana pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Respondeu também, sua pergunta basilar e o problema lançado, quais sejam: considerando a omissão do Estado brasileiro em prever e regulamentar instrumentos legais suficientes à tutela efetiva da paisagem urbana no Brasil, é possível delinear uma estratégia de inserção litigiosa deste direito no Sistema Interamericano de Direitos Humanos?

Para a análise do tema, a pesquisa foi dividida em três partes. Destas, depreende-se a emergência de duas vertentes, quais sejam: o Sistema Interamericano e a paisagem urbana que, ao final, unem-se demonstrando o que se propõe.

Dessa maneira, para vislumbrar e delinear possibilidades de inserção da temática paisagística no Sistema, foi necessário estudar seu funcionamento e, principalmente, a evolução temática que sofreu sua agenda nos últimos dez anos. Isso possibilita, atualmente, interpretações abrangentes por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, bem como por parte da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que refletem na tutela de direitos difusos e coletivos como o meio ambiente e a cultura, podendo refletir na proteção da paisagem urbana.

A fim de ilustrar as afirmações expostas, explanaram-se os casos Yanomami v. Brasil e Mayana (Sumo) Awas Tingni v. Nicarágua. Tais amostras ocorreram, especialmente, no que se refere ao objetivo do Sistema em auxiliar na melhoria dos sistemas democráticos dos Estados Partes e de verificar como se dá vinculação dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais aos direitos civis e políticos, passíveis de exigibilidade direta pelo Sistema.

Do estudo dos casos propostos se extraiu, também, a forma como o Sistema Interamericano se propõe a induzir os Estados Partes na melhoria de seus sistemas democráticos, por meio da participação dos grupos vulneráveis nos processos

decisórios que envolvam seus direitos humanos e fundamentais, considerando suas peculiaridades culturais.

Além do mais, destacou-se para a importância das ONGs, considerando que o caso Yanomami v. Brasil, um marco na proteção aos direitos de comunidades indígenas, que refletiram na tutela ambiental e cultural, o qual foi levado ao Sistema Interamericano pela via de uma ONG.

A partir da evolução do Sistema, destacou-se sobre a utilização, cada vez maior, do mesmo por movimentos sociais e ONGs como um instrumento político de reivindicação de direitos. Dentre eles, os direitos difusos e coletivos de grupos vulneráveis. Ademais, fora destacada a importância das ONGs para o próprio Sistema, que possui um fraco sistema de monitoramento decisório, contando com a atuação das ONGs diante dos Estados como instrumentos de pressão do cumprimento das medidas emanadas.

Assim, considerando o cenário exposto na pesquisa, do qual se extrai o importante instrumento que é o Sistema na busca pela garantia de efetividade de tutela de direitos humanos e fundamentais no âmbito interno, é que se passa ao estudo estratégico da paisagem urbana. O que a desvela como um direito humano por estar conectada ao meio ambiente, cultura, integridade psíquica e qualidade de vida, ratificando-a como um direito fundamental, previsto na Constituição Federal.

Outrossim, faz-se um importante estudo acerca da subjetividade do espaço e do impacto que há na relação entre o ser humano e o espaço que abrange a paisagem). Acontece que tal choque deveria ser considerado pelo poder público na elaboração e previsão dos instrumentos de proteção paisagística no âmbito interno, o que não ocorre.

Desse modo, a fim de expor a problemática da ineficácia dos instrumentos de tutela paisagística no Brasil, faz-se uma exposição dos mesmos. Com isso, depreende-se, por sua insuficiência, já que (apesar de estar previsto em alguns instrumentos como o Plano Diretor) o Estudo de Impacto de Vizinhança e a Ação Civil Pública, a possibilidade de audiências públicas, não as vincula a decisão do administrador na condução da política urbana ou a decisão do juiz.

Diante do embaraçoso cenário legal exposto, observou-se que o Ministério Público, muitas vezes, encontra-se com dificuldades de trazer dispositivos que

tutelem a paisagem urbana, mesmo quando a sua proteção está de acordo com a vontade da população, como se depreendeu do caso prático abordado no item 3.1 referente ao Corte das Árvores na Avenida Beira Rio em Porto Alegre - RS.

Posteriormente, unem-se os assuntos propostos e estudam-se as estratégias de inserção da temática no Sistema, dos quais se conclui pela possibilidade de requerimento da tutela paisagística pela via do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Para tanto, deve-se considerar diversos fatores, como cumprimento dos requisitos de admissibilidade, vinculação dos direitos violados a direitos civis e políticos e de exigibilidade direta previstos na Convenção Americana como a proteção judicial, garantia do devido processo legal, integridade psíquica e acesso à informação. Além disso, é necessária a análise de cada caso específico sobre as questões políticas que envolvam o tema para que não se corra o risco de, ao invés de gerar um precedente positivo, ocasionar um precedente negativo que dificulte ainda mais a evolução do tema no Brasil.

Por fim, destacou-se sobre as ONGs (na sua função de legitimadas para peticionar junto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos e como instrumento de pressão política), especialmente, como sendo ideal na tentativa de inserção de causas atinentes a paisagem urbana no Sistema Interamericano. Isso ocorre, tanto por sua especialidade quanto por sua força perante a sociedade civil, no cumprimento das medidas emanadas pelo Sistema.

Portanto, neste viés, é que se ratifica a importância assumida pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos como instrumento para tutela reflexiva da paisagem urbana, pois a partir de suas recomendações e sentenças, especialmente, mas também por meio de seus relatórios temáticos e opiniões consultivas, pode (em conjunto com a atuação de ONGs e movimentos sociais) influir na adoção de políticas públicas no âmbito interno, criação de leis e procedimentos. Estes, considerando a subjetividade da paisagem, garantem a participação da população local nos processos de tomada de decisão de forma que a vontade popular influencie nas decisões elegidas, seja em âmbito administrativo ou judicial.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor. **Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no sistema interamericano de direitos humanos.** **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos.** V.6, nº11.dez.2009, semestral edição em português – Rede Universitária de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.surjournal.org/conteudos/pdf/11/01.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2014.

ABRAMOVICH, Víctor; ROSSI, Julieta. **La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.** Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2354628>>. Acesso em: 5 dez. 2014.

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

_____. **Código de Processo Civil.** 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **LEI Nº 4.717, DE 29 DE JUNHO DE 1965.** Regula a ação popular. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4717.htm>. Acesso em: 10 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 6.001, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1973.** Dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm>. Acesso em: 11 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 6.513, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1977.** Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6513.htm>. Acesso em: 8 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 6.766, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1979.** Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm>. Acesso em: 11 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 7.347, DE 24 DE JULHO DE 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 8.078, DE 11 DE SETEMBRO DE 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 14 dez. 2014.

_____. **LEI Nº 8.625, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 16 dez. 2014.

_____. **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. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm>. Acesso em: 16 dez. 2014.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Convenção Americana.** Disponível em:
<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. **Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem** Disponível em:
<http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 10 nov. 2014.

_____. **Protocolo de San Salvador.** Disponível em:
<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.html>. Acesso em: 12 dez. 2014.

_____. **Regulamento da CIDH.** Disponível em:
<<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/reglamentoCIDH.asp>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

CORTEIDH. **Caso Comunidade Mayagna (Sumo) AwasTingni v. Nicarágua**, cit., par.149. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf>. Acesso em: 10 set. 2014.

COSTA, Fernanda Doz. O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: AIDA, Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a estratégia para o litígio de casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. [S.l.]: 2010. Disponível em: <http://www.aidaamericas.org/sites/default/files/GUIA%20AIDA%20PORTUGUESWBSITE_0.pdf>. Acesso em: 08 jul.2013.

COURTIS, Christian. Proteção do Ambiente por meio dos Direitos Consagrados na Convenção Americana. In: AIDA, Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a estratégia para o litígio de casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos**. [S.l.]: 2010. Disponível em: <http://www.aidaamericas.org/sites/default/files/GUIA%20AIDA%20PORTUGUESWBSITE_0.pdf>. Acesso em: 08 jul.2013.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da OEA**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A1_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm>. Acesso em: 22 jul. 2014.

_____. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.oas.org/pt/cidh/mandato/Basicos/convencion.asp>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

EWALD, Ariane Patrícia; GONÇALVES, Rafael Ramos; BRAVO, Camila Fernandes. O espaço enquanto lugar da Subjetividade In:**Revista Mal Estar e Subjetividade**.*versão impressa* ISSN 1518-6148 Rev. Mal-Estar Subj. v.8 n.3 Fortaleza set. 2008.

FELLIPE, Ana Paula. **Análise da Paisagem como premissa para elaboração de Plano Diretor**. Disponível em : <<http://www.revistas.usp.br/paam/article/view/40192/43058>>. Acesso em: 10 set. 2014.

MACDOWELL, Linda. A transformação da geografia cultural. In: GREGORY, Derek, MARTIN, Ron, SMITH, Graham (orgs.). **Geografia Humana, Sociedade, Espaço e Ciência Social**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1996, p.159-183.

MEIRELLES, Hely Lopes. Proteção ambiental e ação civil pública. In: **Justitia**, n. 135, p. 88-98, p. 98.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais** (Protocolo de San Salvador), 1988.

OST, François. **A natureza a margem da Lei, Ecologia à prova do Direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

PINTO, Antonio Carlos Brasil. **O Direito Paisagístico e dos Valores Estéticos: Efetividade e Dano Moral Coletivo**. 2003. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org/biblioteca-virtual/teses/o-direito-paisagistico-e-dos-valores-esteticos-efetividade-e-dano-moral-coletivo>>. Acesso em: 30 de jan. 2014.

PORTO ALEGRE. Disponível em: <<http://www2.portoalegre.rs.gov.br/cgi-bin/nphbrs?s1=000033118.DOCN.&l=20&u=/netahtml/sirel/simples.html&p=1&r=1&f=G&d=atos&SECT1=TEXT>>. Acesso em: 20 set.2014.

_____. **Lei Complementar Nº 695, de 1º de junho de 2012**. Institui, no município de Porto Alegre, o estudo de impacto de vizinhança (EIV). Disponível em: <<https://www.leismunicipais.com.br/a/rs/p/porto-alegre/lei-complementar/2012/70/695/lei-complementar-n-695-2012-institui-no-municipio-de-porto-alegre-o-estudo-de-impacto-de-vizinhanca-eiv>>. Acesso em: 20 jan. 2015.

QUIROGA, Cecilia Medina; ROJAS, Claudio Nasch. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección**. Abril 2007. Universidad de Chile Facultad de Derecho Centro de Derechos Humanos.

RAMIREZ, Giuliana. Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **La Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004**. San José, C.R.: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005.

REDIN, Giuliana. **O controle concentrado da constituição e o problema da eficácia frente às sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. In.: TRINDADE, André Karam; ESPINDOLA, Ângela Araujo da Silveira. **Direitos Fundamentais e Espaço Público**. Passo Fundo: Editora IMED, 2011.

RESCIA, Victor Rodrigues. Proteção do direito a um ambiente sadio na jurisprudência do sistema interamericano de direitos humanos. In: AIDA, Associação

Interamericana para a Defesa do Ambiente. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a estratégia para o litígio de casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** [S.l.]: 2010. Disponível em: <http://www.aidaamericas.org/sites/default/files/GUIA%20AIDA%20PORTUGUESW EBSITE_0.pdf>. Acesso em: 08 jul.2013.

SANTOS, Cecília Macdowell. **Ativismo jurídico transnacional e o Estado: reflexões sobre os casos apresentados contra o Brasil na Comissão Interamericana de Direitos Humanos.** Disponível em <http://www.dhnet.org.br/dados/revistas/sur/revista_sur_07.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2014.

SANTOS, Milton. **A Natureza do Espaço: Técnica e Tempo, Razão e Emoção.** São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2006.

_____. **Metamorfoses do Espaço Habitado, fundamentos Teórico e metodológico da geografia.** São Paulo: Hucitec, 1988.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro.** 2.ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p. 224, 421 p.

TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. **O Greening no sistema interamericano de direitos humanos.** Curitiba: Juruá, 2001.

TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito internacional do meio ambiente e o greening na Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoInternacional/13/art/art4.pdf>>. Acesso em: 30 jul. 2014.

VENTURA, Deisy; CETRA, Raísa Ortiz. **O Brasil e o Sistema Interamericano de Direitos Humanos: de Maria da Penha à Belo Monte.** Disponível em: <<http://www.conectas.org/arquivos/Ventura%20Cetra%20O%20Brasil%20e%20o%20SIDH%202012%20%282%29%281%29.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2014.

WAGNER, Martin. **Construindo Estratégia para a submissão de casos ambientais perante o SIDH.** In: AIDA, Associação Interamericana para a Defesa do Ambiente. **Guia de Defesa Ambiental: Construindo a estratégia para o litígio de casos diante do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.** [S.l.]: 2010. Disponível em:

<http://www.aidaamericas.org/sites/default/files/GUIA%20AIDA%20PORTUGUESW EBSITE_0.pdf>. Acesso em: 08 jul.2013.

ZUKIN, Sharon. **Paisagens urbanas pós-modernas: mapeando cultura e poder.** In: ARANTES, Antonio A. (org.). **O espaço da diferença.** Campinas, SP: Papyrus, 2000.