

TEMAS E PROBLEMAS DE DIREITOS HUMANOS, PROTEÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE NA SOCIEDADE GLOBALIZADA

DEILTON RIBEIRO BRASIL
LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO
SÉRGIO HENRIQUES ZANDONA FREITAS





Deilton Ribeiro Brasil
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro
Sérgio Henriques Zandona Freitas
(Organizadores)

**TEMAS E PROBLEMAS DE DIREITOS HUMANOS,
PROTEÇÃO AMBIENTAL E SUSTENTABILIDADE NA
SOCIEDADE GLOBALIZADA**

PRIMEIRA EDIÇÃO

IDM
EDITORA

MARINGÁ – PR

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

T278 Temas e problemas de direitos humanos,
proteção ambiental e sustentabilidade na
sociedade globalizada / organizadores,
Deilton Ribeiro Brasil, Luiz Gustavo
Gonçalves Ribeiro, Sérgio Henrique Zandona
Freitas. – 1. ed. – Maringá, Pr: IDDM,
2018.
659 p.

Modo de Acesso: World Wide Web:
<<https://www.uit.br/mestrado/>>
ISBN: 978-85-66789-74-4

1. Direitos humanos. 2. Direito ambiental. 3.
Bens culturais. 4. Inclusão. 5. Meio ambiente. I.
Título.

CDD 22.ed. 344.046

Rosimarizy Linaris Montanhano Astolphi – Bibliotecária CRB/9-1610

Todos os Direitos Reservados à

IDDM
E D I T O R A

Rua Joubert de Carvalho, 623 – Sala 804

CEP 87013-200 – Maringá – PR

www.iddmeducacional.com.br

iddmeditora@gmail.com

AGRADECIMENTOS

Agradecimento à Instituição de Fomento à Pesquisa Científica, FAPEMIG, em especial aos Programas de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* da Universidade de Itaúna-FUIT, Universidade FUMEC, Escola Superior Dom Helder Câmara-ESDHC, Universidade Federal do Espírito Santos-UFES, Universidade do Estado do Amazonas-UEA, Universidade Federal do Amazonas-UFAM, Centro Universitário do Pará-CESUPA, Universidade Federal da Bahia-UFBA, Universidade Nove de Julho-UNINOVE, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro-PUCRio, Universidade Estácio de Sá-UNESA/RJ, Universidade Estadual do Rio de Janeiro-UERJ, Universidade Federal Fluminense-UFF, Universidade Estadual Paulista-UNESP/FRANCA, Universidade Federal do Pará-UFPA, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais-PUCMinas, Faculdade de Direito Milton Campos-FDMC, Universidade Estadual de Campinas-UNICAMP.

O apoio diretamente realizado pela FAPEMIG – Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais decorre das pesquisas desenvolvidas pelo Professor Doutor Sérgio Henriques Zandona Freitas, integrante do Programa de Mestrado em Direito da Universidade FUMEC, com pesquisas em andamento com os mestrandos em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.



Fundação de Amparo à Pesquisa do
Estado de Minas Gerais

Copright 2018 by IDDM Editora Educacional Ltda.

CONSELHO EDITORIAL:

Prof. Dr. Alessandro Severino Valler Zenni, Professor da
Universidade Estadual de Maringá (UEM).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5969499799398310>

Prof. Dr. Alexandre Kehrig Veronese Aguiar, Professor Faculdade
de Direito da Universidade de Brasília (UnB).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2645812441653704>

Prof. Dr. José Francisco Dias, Professor da Universidade Estadual
do Oeste do Paraná, Campus Toledo.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9950007997056231>

Prof^a Dr^a Sônia Mari Shima Barroco, Professora da Universidade
Estadual de Maringá (UEM).

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0910185283511592>

Prof^a Dr^a Viviane Coelho de Sellos-Knoerr, Coordenadora do
Programa de Mestrado em Direito da Unicuritiba.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4609374374280294>

Prof^o Dr^o Fabrício Veiga Costa, Pós-Doutor em Educação.
Professor de Direito da PUC-MG

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7152642230889744>

APRESENTAÇÃO

Apresentar este livro **“Temas e Problemas de Direitos Humanos, Proteção Ambiental e Sustentabilidade na Sociedade Globalizada”**, organizado pelos Professores Pós-doutores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, da Escola Dom Helder de Direito; Deilton Ribeiro Brasil, da Universidade de Itaúna e Sérgio Henrique Zandona Freitas da Universidade Fumec é uma honra, pois, afinal, é obra que trata com riqueza de detalhes o desenvolvimento humano e a proteção ambiental em um mundo globalizado, e em crise.

A complexidade e a novidade desse trabalho são imprescindíveis nas mãos de todos aqueles entusiasmados pelos direitos humanos, ambiental e pelo desenvolvimento sustentável, que são discutidos em âmbitos nacional e internacional já que todos os caminhos do desenvolvimento humano levam ao consumo de recursos naturais. Ademais, não se pode esquecer de que todos os seres são consumidores de bens ambientais.

Fazendo uso de teorias estrangeiras, Ribeiro e Ferreira discorrem sobre a teoria alexyana acerca de princípios e regras para dialogar sobre o ativismo judicial no Brasil e seus desdobramentos no que concerne à concretização da proteção ambiental.

Ainda na vertente judicial, Lemos, Cruz e Freitas enfrentam o assunto sobre a judicialização das políticas públicas no sistema prisional brasileiro tendo por escopo uma decisão judicial que os apoia a desenvolver a matéria de forma muito mais eficiente, e aprofundam sobre a efetividade do cumprimento da pena privativa de liberdade.

E por falar em liberdade no mundo globalizado no qual vivemos, é fundamental que a informação, que é libertadora, seja sempre rápida, fidedigna e revertida em favor também da educação ambiental. Neste diapasão, Thomas e Pozzetti analisam as regras jurídicas que estabelecem o direito ao acesso à informação ambiental, verificam se o acesso é efetivo e se ele contribui para a educação do cidadão e a construção de um meio ambiente urbano sustentável. A informação passa a ser fundamental para vida humana para evitar tragédias, como foi o caso de “Bento Rodrigues” em Minas Gerais. Por isso, Paulo Velten, de forma filosófica, desenvolve o capítulo sobre a forma de desenvolvimento que adotamos, porque o progresso pode ser, na verdade, uma grande tempestade!

Por sua vez, Ana Beatriz e Loiane Prado desenvolvem o tema sobre direitos humanos, mais objetivamente sobre a cidadania universal e sua inadequação quando se trata de pessoas que romperam o vínculo com seu Estado. O capítulo aborda o assunto que tem sido muito sensível tanto na Europa como na América Latina, principalmente no que concerne aos refugiados ambientais.

De outro giro, e ratificando a transdisciplinaridade do livro, Pereira discorre sobre as licenças, os impactos ambientais e a flexibilização da proteção das patentes farmacêuticas tanto no México quanto na Argentina. Patentes diz respeito, portanto, a uma questão importante de saúde pública para os países envolvidos.

O olhar para este mundo globalizado revela que existem muitas crises instaladas. Não se pode pensar em crise pior do que a escassez de água, ou seja, a falta de água que nos mantém vivos. É

com este mote que Silva Filho e Artur Gomes debatem como se deve considerar a água: como um bem público ou como um bem econômico no direito internacional. No Brasil, de forma paradigmática, a Lei 9.433 de 1997 considerou a água um bem econômico e também um recurso esgotável. E não distante dessa problemática, Benacchio e Oliveira tratam da responsabilidade de empresas transnacionais e o impacto que provocam ao meio ambiente, sem considerar os direitos humanos envolvidos.

Sendo os direitos humanos um dos tripés deste livro, Marina F. Santos, de forma paradigmática, delinea os direitos das mulheres e sua visão crítica quanto à neutralidade do sistema jurídico brasileiro, realçando o que seja liberdade e igualdade entre seres humanos. Ainda na vertente dos direitos humanos, Gama faz questionamentos pertinentes e provocativos sobre a competência da Justiça Federal em julgamentos relacionados com as questões ambientais.

Camila Graça e Pedro Curvello, com originalidade, examinam perfunctoriamente um tema de importância fundamental para o Brasil: a proteção dos indígenas após a Constituição de 1988. Para esta análise os autores utilizam os principais marcos legais e julgados do Supremo Tribunal Federal.

Um tema também de grande relevância, e muitas vezes esquecido, mas que foi tratado neste livro é o que diz respeito ao direito de pessoas com problemas de mobilidade física para se locomoverem nas cidades. Atualmente os administradores das cidades devem, por meio de políticas urbanas, promover a acessibilidade; esta é a preocupação de Flávia Piva A. Leite.

Fazendo uma análise da evolução do direito ambiental no Brasil, Fabrício Costa demonstra se existe uma justiça intergeracional, ou seja, se as gerações existentes se preocupam realmente com a proteção do meio ambiente para as gerações futuras. Pensando também em proteção ambiental para futuras gerações, Verbicaro e Thury analisam a questão do consumo humanitário que está relacionada à compatibilização da proteção do consumidor e meio ambiente, porque são duas faces da mesma moeda, portanto indissociáveis.

Capítulo desenvolvido com muita relevância é de autoria de Cléber Almeida e Wânia Guimarães, que trata sobre a reforma trabalhista e o acesso à justiça, sendo um assunto pertinente porquanto importante e atual na vida de todos os brasileiros. Também com a mesma temática sobre acesso à justiça, Cruz e Brasil destacam a mediação como uma das formas de resolução de conflitos ambientais. A mediação, com certeza, será a forma mais rápida para resolução de causas ambientais que aliviará os tribunais brasileiros.

Finalizando este livro eclético, de temas importantes e fundamentais para a sociedade, Rafael Costa Freiria traz o tema interessante sobre a proteção da paisagem comparando Brasil e Espanha de forma doutrinária e legislativa.

Lançando mão de temas inovadores, os autores, com clareza, objetividade e profundidade ímpares, expõem uma série de matérias essenciais em direito ambiental e direitos humanos para alertar sobre a necessidade de proteger e conservar o meio ambiente e, ao mesmo tempo, despertar as consciências adormecidas pelos desenvolvimentos humano e econômico. Há

um verdadeiro convite à profunda mudança de paradigmas afim de alertar a humanidade das ações que possam ser inapropriadas.

Gostaria de parabenizar aos colegas Luiz Gustavo, Deilton Brasil e Sérgio Zandona pela organização e produção científica de nível nacional e internacional de forma rigorosa e competente. Este livro é de leitura obrigatória para todos da área do Direito, mormente porque motivará advogados e pesquisadores ao debate sobre os temas de fundamental importância para o desenvolvimento de uma justiça ambiental brasileira.

Beatriz Souza Costa

Doutora e Mestre pela UFMG em Direito Constitucional. Pós-doutorado pela Universidade de Castilla-La Mancha, Espanha. Pró-Reitora de Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professora da Pós-Graduação no Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da ESDHC. Líder do Grupo de Pesquisa Estratégico da Pan-Amazônia. Professora da Graduação na disciplina Direito Ambiental.

PREFÁCIO

Sinto-me embevecido pelo convite de prefaciar obra de tamanha envergadura, que trata de temas complexos e modernos relacionados à efetividade dos direitos humanos, à tutela do ambiente e à sustentabilidade. Compartilhamos, afinal, uma sociedade que, há muito, rompeu barreiras territoriais e espaciais e passou a vivenciar uma comunitária preocupação com a sobrevivência e com a dignidade das presentes e futuras gerações. Manifesto, assim, enorme júbilo pelo produto ora oferecido à comunidade jurídica nacional e internacional.

Os textos que compõem a obra e que são titularizados, na condição de autores ou coautores, por doutores e pós-doutores dos mais diversos Estados brasileiros, seja por serem ecléticos, pelo relevante conteúdo ou mesmo por constituírem uma plêiade de temas atuais e muito importantes, encontram-se engajados no maior e melhor propósito de sobrelevar a dignidade dos seres. Com igual relevância, foram tratados os direitos fundamentais ao meio ambiente e à sustentabilidade, entendida esta não apenas em sua já tradicional acepção de crescimento com justiça social e dignidade ambiental, mas também de respeito à cultura dos povos e ao espaço temporal e geográfico necessário para a confecção de políticas públicas consagradas, nacional e internacionalmente, do adequado desenvolvimento.

Diversos foram os programas de pós-graduação em direito que, por seus professores, colaboraram com a obra e frutificaram uma sinergia de interesses que revelam, ainda que num microcosmos da realidade da pesquisa em direito encetada no

Brasil e no exterior, a preocupação da academia com a dignidade dos seres e com a efetividade dos direitos metaindividuais necessários à sobrevivência e perpetuação das espécies.

E essa preocupação não se estabeleceu sem motivos, pois, afinal, os temas que compõem o livro são dignos de muitos investimentos em pesquisa, porquanto pródigos em importância na qualidade da vida no globo.

Como um grande desafio à assunção dos direitos humanos nos planos nacional e internacional, contempla-se a emancipação do ser humano e a abolição de todo e qualquer reducionismo que afete a sua dignidade. Nos dizeres de Cançado Trindade¹, o alcance de tais objetivos advém da própria consciência jurídica universal, aquela que tem como e por responsabilidade última a evolução de todo o direito na busca pela realização de Justiça.

Segundo o autor:

Embora as relações jurídicas reguladas pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos sejam sobretudo as que contrapõem os indivíduos como seres humanos ao poder público, nestas não se exaure a aplicação do mencionado corpus juris de proteção. Dada a diversificação das fontes (inclusive as não-

¹ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2018, p. 412.

identificadas) de violações dos direitos humanos - outro grande desafio contemporâneo, - o raio de ação do Direito Internacional dos Direitos Humanos se estende também à proteção contra terceiros (grupos clandestinos, paramilitares, grupos detentores do poder econômico, dentre outros) - configurando-se o *Drittwirkung*; nesta hipótese, pode-se comprometer a responsabilidade do Estado por omissão (a responsabilidade internacional objetiva)².

No tocante aos desafios impostos a todos, Estado e comunidades, quanto à tutela ambiental, o maior deles está na conscientização de que se trata de um bem jurídico difuso e universal e cuja expansão por tutela deve advir da compreensão de que sua realidade tradicionalmente abundante começa a manifestar sua finitude, em flagrante prejuízo à qualidade de vida dos seres, mormente diante da complexidade da sociedade que hoje partilhamos.

² TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/407-490%20cancado%20trindade%20OEA%20CJI%20%20.def.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2018, p. 412.

Segundo Figueiredo Dias,

assistimos ao advento de uma forma nova de sociedade, que assumiu o significado de uma ruptura epocal com um passado ainda recente, face à ameaça global causada por novos e grandes riscos, por riscos globais, que pesam sobre a humanidade: o risco atômico, a diminuição da camada de ozônio e o aquecimento global, a destruição dos ecossistemas, a engenharia e a manipulação genéticas, a produção maciça de produtos perigosos ou defeituosos, a criminalidade organizada dos senhores do crime, individuais e colectivos – que dominam à escala planetária o tráfico de armas e de droga, de órgãos e dos próprios seres humanos –, o terrorismo nacional, regional e internacional, o genocídio, os crimes contra a paz e a humanidade. Com isto, é um choque antropológico brutal que estamos a sofrer, devido ao colapso iminente dos instrumentos técnico-institucionais de segurança. Choque tornado ainda mais dramático porque talvez descortinemos os remédios radicais que a situação exige, mas não temos a coragem (ou a possibilidade...) nem de os usar, nem de requerer a sua aplicação aos níveis comunitários em que nos inserimos. Com tudo isto é, em definitivo, o valor da solidariedade que sofre inapelavelmente. Perante esta situação, ao pensamento, à ciência, à acção, exige-se que dêem passos radicais: trata-se de ganhar a

consciência, porventura dolorosa, de que a crença na razão técnico-instrumental calculadora morreu. De uma crença filha da racionalidade que nos iluminou durante três séculos, trouxe um progresso espiritual e material espantoso à humanidade e lhe deixou um legado irrenunciável de razão crítica, de secularização, de direitos humanos; mas que ao mesmo tempo a colocou nos becos sem saída do modelo do homo oeconomicus e da crença ingênua no progresso material ilimitado. Não é preciso indicar outros exemplos que o da terrível crise ecológica actual para oferecer base incontroversa a esta afirmação. Torna-se indispensável pois, neste tempo pós-moderno, uma nova ética, uma nova racionalidade, uma nova política. Porque em causa está a própria subsistência da vida no planeta e é preciso, se quisermos oferecer uma chance razoável às gerações vindouras, que a humanidade se torne em sujeito comum da responsabilidade pela vida³

No tocante à sustentabilidade, o desafio está em compreendê-la em homogênea sintonia entre economia, preservação ambiental e justiça social, de forma que essa axialidade proporcione no presente e projete para o futuro os maiores e

³ DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na protecção das gerações futuras**. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:http://www.defensocial.org/02/9.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2018, p. 45-46.

melhores frutos de diminuição de desigualdades e fraternidade de propósitos entre pujança econômica e consolidação dos direitos fundamentais. Afinal, como salientam Bacha, Santos e Shaun, com lastro em Al Gore, sobre a preocupação do capital com o meio ambiente e a justiça social,

o tema sustentabilidade tem apresentado crescente interesse entre pesquisadores acadêmicos. Sua importância se deve principalmente à atenção despertada face às mudanças climáticas causadas pela ação predatória do homem no meio ambiente causando uma emergência planetária. Finalmente se reconhece o preço de fatores como o meio ambiente, o impacto sobre as comunidades e a longevidade dos funcionários, o que pode significar uma visão mais ampla de sustentar a lucratividade da empresa ao longo do tempo⁴.

O livro é, pois, bastante rico, já que ricos e densos são os temas que aborda. Os textos, correspondem, com responsabilidade e desenvoltura, os anseios da comunidade acadêmica e dos profissionais do Direito.

Cumpriram os autores a grande missão que se requer daqueles que desejam passar ao leitor uma mensagem independente e educativa no sentido de que estejam todos

⁴ BACHA, Maria de Lourdes; SANTOS, Jorgina; SHAUN, Ângela.

Considerações teóricas sobre o conceito de sustentabilidade. Disponível em: <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos10/31_cons%20teor%20bacha.pdf>

Acesso em: 10 ago. 2018.

conscientes e engajados no propósito atual e futurista de aliar dignidade, preservação planetária e justiça social.

Brindados serão, dessarte, todos os leitores, a quem desejo uma frutífera e crítica leitura.

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Pós-doutor em Direito Constitucional pela Università degli Studi di Messina/IT. Doutor e Mestre em Ciências Penais pela UFMG. Professor de Direito Penal do curso de Graduação e de Direito Penal Ambiental do curso de Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da Escola Superior Dom Helder Câmara. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Membro do Conselho Científico e Acadêmico do Ministério Público. Examinador de Direito Penal e Direito Processual Penal (GT II) do LII, LIII e LIV Concursos para ingresso na carreira do Ministério Público de Minas Gerais. Membro Avaliador da Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, da Revista Brasileira de Ciências Criminais, da Revista de Direito Público IDP, da Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília e do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI. Editor Adjunto da Revista Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Autor de obras jurídicas de direito penal, processual penal, criminologia e direito ambiental.

SUMÁRIO

O ativismo judicial em demandas ambientais e o princípio da separação de poderes sob a ótica da teoria de princípios e regras de Robert Alexy.....22

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Leandro José Ferreira

Direitos humanos, desenvolvimento sustentável, execuções penais e inteligência artificial.....70

Magno Federici Gomes

Izadora Gabriele dos Santos Oliveira

Direitos culturais e epistemologia.....99

Marcelo Kokke

A judicialização de políticas públicas no sistema prisional brasileiro face ao princípio da separação dos poderes: uma análise do Recurso Especial nº 580.282/MS.....137

Lais Freire Lemos

Daniela Martins da Cruz

Sérgio Henriques Zandoná Freitas

O direito à informação ambiental na construção do desenvolvimento urbano sustentável.....164

Carla Thomas

Valmir César Pozzetti

Temporal de aço.....197

Paulo Velten

Vida nua, refugiados ambientais e a desmistificação do cidadão universal.....223

Ana Beatriz Silva de Sá

Loiane da Ponte Souza Prado Verbicaro

La dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico en las patentes farmacéuticas. La actualidad mexicana y argentina.....252

Marta Carolina Giménez Pereira

A crise mundial da água: uma análise sobre o cenário atual e os efeitos de sua gestão global.....285

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Artur Amaral Gomes

Responsabilidade social das companhias transnacionais enquanto paradigma de proteção da condição humana.....320

Marcelo Benacchio

Jeferson Sousa Oliveira

Direitos humanos das mulheres: críticas feministas à neutralidade do sistema jurídico.....350

Marina França Santos

Direitos humanos, Direito Ambiental e competência da Justiça Federal.....384

Guilherme Calmon Nogueira da Gama

Reflexões sobre a proteção jurídica dos indígenas 30 anos após a Constituição de 1988.....417

Camila Graça Camatta

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel

Cidades acessíveis como instrumento da sustentabilidade...458

Flávia Piva Almeida Leite

Justiça intergeracional: a efetividade das gerações atuais e futuras na busca pela reciprocidade e solidariedade na preservação do meio ambiente.....496

Carla Aliny Peres Dias

Fabício Veiga Costa

Consumo humanitário e sustentabilidade ambiental.....527

Dennis Verbicaro

Carolina Thury

A reforma trabalhista na perspectiva do direito humano de acesso à justiça e do direito a ter direitos.....557

Cléber Lúcio de Almeida

Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida

**A aplicabilidade da mediação em conflitos ambientais como
garantia de acesso à justiça.....592**

Daniela Martins da Cruz

Deilton Ribeiro Brasil

**Tutela da paisagem: perspectivas de proteção à luz do direito
ambiental brasileiro e espanhol.....626**

Rafael Costa Freiria

O ATIVISMO JUDICIAL EM DEMANDAS AMBIENTAIS E
O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES SOB A
ÓTICA DA TEORIA DE PRINCÍPIOS E REGRAS DE
ROBERT ALEXY

JUDICIAL ACTIVISM IN ENVIRONMENTAL DEMANDS
AND THE PRINCIPLE OF THE SEPARATION OF POWERS
UNDER THE OPTICS OF THE THEORY OF PRINCIPLES
AND RULES BY ROBERT ALEXY

*Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro*¹

*Leandro José Ferreira*²

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo trabalhar o fenômeno do ativismo judicial no Brasil, seus aspectos e desdobramentos no que tange à busca pela proteção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida. Na mesma linha, uma incursão sobre o princípio da separação de poderes será realizada e abordada como limitador ao citado

¹ Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Messina, Itália. Doutor e Mestre pela UFMG. Professor dos Cursos de Graduação e Mestrado em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável da ESDHC. Promotor de Justiça em Belo Horizonte-MG.

²Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Pós-Graduado em Direito Processual pelo IEC – Instituto de Educação Continuada da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestrando em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara – ESDHC. Pesquisador. Advogado sócio da CDG Consultoria Especializada Ltda.

ativismo judicial. Diante da colisão entre os direitos fundamentais apontados, uma incursão pela teoria de princípios e regras desenvolvida por Robert Alexy se fará necessária. Para tanto, foram utilizados, na realização desta pesquisa, o método vertente jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com técnica de pesquisa bibliográfica. Ao final da pesquisa, pode-se evidenciar que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida se apresenta como princípio de maior peso frente ao princípio da separação de poderes no que tange a aplicação da teoria de princípios e regras elaborada por Robert Alexy, pois a proteção ambiental deve ser devidamente desenvolvida e efetivada no Estado Democrático de Direito, de modo a objetivar e consubstanciar a efetivação dos direitos fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial; Direitos Fundamentais; Meio ambiente; Separação de poderes; Princípios e regras.

ABSTRACT: The present study aims to work on the phenomenon of judicial activism in Brazil, its aspects and consequences in relation to the search for protection of the fundamental right to the environment balanced to the healthy quality of life. In the same vein, an incursion into the principle of separation of powers will be carried out and approached as limiting the aforementioned judicial activism. Faced with the collision between the fundamental rights pointed out, an incursion for the theory of principles and rules developed by Robert Alexy will become necessary. For this purpose, the juridical-theoretical approach and deductive reasoning with a bibliographic research technique were used in this research. At the end of the research, it can be evidenced that the fundamental right to the balanced environment to the healthy quality of life presents itself as a principle of greater weight in front of the principle of

separation of powers in what concerns the application of the theory of principles and rules elaborated by Robert Alexy, because environmental protection must be properly developed and enforced in the Democratic State of Law, in order to objectify and substantiate the realization of fundamental rights.

KEYWORDS: Judicial Activism; Fundamental rights; Environment; Separation of powers; Principles and rules.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. O ativismo judicial e o princípio da separação de poderes.

3. O meio ambiente como direito fundamental (direito à vida).

4. A teoria de regras e princípios de Robert Alexy.

5. O ativismo judicial para a proteção do meio ambiente e a teoria de regras e princípios de Robert Alexy.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo trabalhar o princípio da separação de poderes e o fenômeno do ativismo judicial no Brasil. O propósito é averiguar se o ativismo judicial poderá ter prevalência sob o princípio da separação de poderes quando no enfrentamento de demandas que versem sobre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado mediante a utilização da teoria de regras e princípios de Robert Alexy.

Num primeiro momento serão apresentados os conceitos de ativismo judicial e de separação de poderes, bem como suas

nuances e seus desenvolvimentos no Estado Democrático de Direito.

Após, desenvolver-se-á o que se tem entendido por direito fundamental ao meio ambiente sadio e equilibrado no Estado Democrático de Direito. Será realizada uma incursão histórica do conceito de formação do direito fundamental ao meio equilibrado à sadia qualidade de vida na esfera internacional e nacional, até desaguar no conceito de meio ambiente como direito fundamental à vida.

No quarto tópico será apresentada a teoria dos princípios e regras desenvolvida por Robert Alexy. Serão abordados o conceito de normas, de princípios, e de regras segundo essa teoria e explicado o fenômeno da colisão entre princípios através da dimensão de peso e o conflito entre regras pela validade da norma.

No quinto item serão condensados todos os temas expressos nos capítulos anteriores de modo a tentar encontrar uma possível solução para a seguinte indagação: por meio da teoria de regras e princípios de Robert Alexy, é possível autorizar um maior ativismo judicial, mediante o afastamento do princípio da separação de poderes, para promover a proteção e a concretude do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida?

Para tanto, foram utilizados na realização deste artigo o método vertente jurídico-teórico e raciocínio dedutivo com a técnica de pesquisa bibliográfica teórica documental. A pesquisa se justifica na medida em que o fenômeno do ativismo judicial vem permeando debates na esfera acadêmica, doutrinária e

jurisprudencial. A discussão vai além, pois o enfrentamento da questão se faz necessário na medida em que a sociedade anseia por uma adequada promoção da proteção do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida, mediante a implementação de políticas públicas adequadas à concretização dessa proteção.

Ao final, será reconhecido que, pelo fato de o meio ambiente equilibrado, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana serem direitos fundamentais conexos e indissociáveis, em determinados casos concretos, mediante a aplicação da teoria de princípios e regras de Robert Alexy, mais precisamente no que tange à colisão entre os princípios, será permitida uma maior atividade judicial com o objetivo de promover a efetiva e concreta execução do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida, mediante o afastamento ponderado do princípio da tripartição de poderes.

2. O ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES

O debate proposto se estende pela doutrina e pela academia na busca por uma resolução que venha a ser mais adequada segundo os postulados constitucionais. O tema é árduo e requer uma maior análise crítica em desapego às paixões que o debate sobre os temas propõem em favor das distintas posições.

Inegavelmente, nas últimas décadas, o Poder Judiciário tem abandonado a esfera de coadjuvante para, em alguns casos, se

tornar o ator principal na resolução de temas complexos, árduos e legitimados pelo ordenamento constitucional vigente.

Quando se fala em Poder Judiciário como protagonista, o princípio que deve ser analisado é aquele da tripartição de poderes, que está insculpido na Constituição Federal de 1988 (CRFB de 1988) em seu artigo 2º: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (BRASIL, 1988).

O princípio da separação dos poderes é princípio de direito constitucional que fundamenta o Estado Democrático de Direito, responsável por determinar a tripartição de poderes, que se desdobra em executivo, legislativo e judiciário, cada qual com suas atribuições constitucionais. Conforme doutrina abalizada sobre o tema, é possível apontar as funções de cada poder da seguinte forma:

Ao Poder Legislativo cabe a função legislativa, que abrange a edição de regras gerais, abstratas, impessoais e inovadoras da ordem jurídica, portanto, as leis. Ao Judiciário cumpre a função jurisdicional. Sua finalidade é aplicar o direito ao caso concreto, dirimindo conflitos de interesse. Por fim, a função executiva, a cargo do Poder Executivo, resolve os problemas concretos e individualizados, de acordo com as leis. Ao Poder Executivo não cabe somente a execução das leis. Ele abrange prerrogativas, envolvendo todos os atos e fatos jurídicos que não tenham caráter geral ou

imparcial (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 155-156).

Sem o objetivo de esgotar o tema, mas fazendo uma rasa leitura da história que nos permitirá introduzir ao tema central do trabalho proposto, é importante evidenciar que foi Maquiavel quem desenvolveu de forma embrionária a teoria da tripartição de poderes, conforme evidencia a doutrina:

Foi nessa época que Maquiavel escreveu sua mais importante obra, “O Príncipe”. Apesar de ser um manual para a manutenção e o crescimento do poder de um monarca, o título também estabeleceu uma espécie de sistematização do poder: o texto defende um parlamento (como um Poder Legislativo), dividindo poderes com o rei (o Poder Executivo) e um Judiciário independente (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 156-157).

No entanto, foi Montesquieu o grande divulgador dessa teoria conforme concebida no modelo atual, portanto, não é possível tratar o princípio da separação de poderes disposto no texto constitucional sem cotejar os ensinamentos de seu divulgador mais assíduo e mais preocupado em assegurar a liberdade dos indivíduos. “Foi Charles de Montesquieu que, em 1748, estabeleceu a separação dos poderes tal como se conhece até hoje. Impossível, pois, tratar do tema sem fazer alusão a esse pensador” (CAMARGO; MEYER-PFLUG, 2016, p. 157).

Nesse mesmo sentido, importante os ensinamentos delineados por Isabella Saldanha de Sousa e Magno Federici Gomes (2015):

Por ser um representante do liberalismo político, Montesquieu preocupava-se com a garantia da liberdade a partir da desconcentração do poder político, já que as funções estatais não deveriam estar concentradas nas mãos de uma única pessoa. Deveriam, sim, estar separadas em instituições e pessoas distintas, sob pena de gerar, como consequência, a desordem social e o despotismo no poder político (SOUSA; GOMES, 2015, p. 30).

Aos desenvolvimentos que se sucederam à teoria da separação de poderes, o sistema de freios e contrapesos se tornou grande instrumento na assertiva de que os poderes deveriam ser harmônicos entre si, “além do critério dúplice de separação horizontal e vertical dos poderes, Montesquieu foi o responsável pela sistematização da teoria de freios e contrapesos...” (SOUSA; GOMES, 2015, p. 33).

Inegável, portanto, considerar a importância do princípio da separação de poderes como princípio de sustentação do Estado Democrático de Direito, que deve ser devidamente respeitado e consubstanciado em prol dos direitos fundamentais, afinal, “na existência plena do Estado Democrático de Direito, o funcionamento do Estado depende da existência de poderes independentes e harmônicos entre si” (FREIRE, 2015, p. 284).

Contudo, após anos de debates e discussões, doutrina e jurisprudência vêm constantemente avançando e sofrendo modificações interpretativas no sentido de se permitir uma maior flexibilização entre as atividades atribuídas a cada Poder, com fito de objetivar mais propagação e respeito aos direitos fundamentais, no objetivo de garantir a supremacia da Constituição. Desse modo, evidenciou-se nas últimas décadas a obrigação central do Estado com o desenvolvimento dos direitos fundamentais, não importando quais dos poderes venham efetivamente concretizar tal desenvolvimento.

Portanto, verifica-se um enfraquecimento da separação rígida das funções dos poderes: “A doutrina da separação rígida tornou-se, nessa perspectiva, um dos “pontos mortos do pensamento político, incompatível com as formas mais adiantadas do progresso democrático contemporâneo”.” (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 48).

Até porque, no Estado Democrático de Direito todo poder emana do povo, “[...] sendo apenas distribuídas as funções pelos diversos órgãos do Executivo, do Legislativo e do Judiciário” (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 48).

No Brasil, a partir da redemocratização ocorrida com a promulgação da CRFB de 1988, e principalmente a partir da Emenda Constitucional 45/04, evidencia-se um enfraquecimento da separação clássica dos poderes por meio de uma maior atividade judicial.

-Conforme leciona a doutrina:

[...] o ativismo judicial foi conceituado a partir de um comportamento próprio dos juízes de se imiscuírem na esfera de atuação política, especialmente após a concepção de efetividade de fruição dos direitos e garantias fundamentais capitaneada pela Emenda Constitucional 45/04, que incentivou o processo de judicialização da política (VIEIRA *apud* SOUSA; GOMES, 2015, p. 47-48).

A redemocratização estendeu o rol de direitos fundamentais imediatamente judicializáveis e permitiu uma maior interpretação do texto constitucional e uma maior extensão do rol de seus intérpretes. Isabella Saldanha de Sousa e Magno Federici Gomes evidenciam que:

[...] o acesso à justiça e o alargamento do número de intérpretes da Constituição fizeram com que o Poder Judiciário passasse a se posicionar em relação às inúmeras questões de natureza política sobre as quais vinham se omitindo os Poderes Legislativo e Executivo (SOUSA; GOMES, 2015, p. 50).

No afã de uma maior proteção e implementação dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, onde o centro das atenções deve estar voltado para o texto constitucional e para os princípios que dele emanam, surge então o que a doutrina denomina de Ativismo Judicial.

O ativismo judicial aponta uma maior interferência do Poder Judiciário nas funções do legislativo e do executivo, de modo a propalar uma verdadeira e concreta implementação dos direitos fundamentais não efetivados em sua inteireza pelo executivo e legislativo, ampliando o sentido e o alcance das normas e princípios do texto constitucional. Conforme leciona Luís Roberto Barroso (2009):

Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao

Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2009, p. 22).

Segundo delimita Barroso (2009), a maior interferência do Poder Judiciário em temas como implementação de políticas públicas, se dá em razão do afastamento existente entre o Poder Legislativo e a sociedade civil, e também na ineficiência do Poder Executivo na execução de suas atividades e na distribuição de recursos. Não raramente o Poder Judiciário é chamado para suprir omissões do legislativo e executar políticas públicas não devidamente implantadas pelo executivo.

Na visão de Sadek (2013, p. 19), “[...] essas balizas levam a concluir que a relação entre o poder judiciário e as políticas públicas é indissociável e previsível”.

O que vem sendo demasiadamente discutido na contemporaneidade é exatamente saber se essa interferência do judiciário nas funções dos demais poderes, legislativo e executivo, seria aceitável no Estado Democrático de Direito de maneira benéfica ou simplesmente tolerável pela atual conjuntura da realidade social do Brasil.

Ocorre que a própria evolução dos direitos fundamentais e dos modos e modelos interpretativos do texto constitucional, somados ao fato da crise de representatividade que está instalada no país, propagam e possibilitam uma maior interferência do Poder Judiciário na concretização de políticas públicas na busca incessante por uma real aplicação dos direitos fundamentais. Nesse ponto, destaca a doutrina que:

Na verdade, a crise que assola a democracia representativa – tanto pela retração do espaço de tomada de decisões políticas, em razão da dificuldade de obtenção de consenso para a formação de uma maioria parlamentar em temas complexos quanto pela falta de interesse da maioria dos parlamentares em deliberar sobre eles – representou um incentivo para o protagonismo assumido pela jurisdição constitucional brasileira (SOUSA; GOMES, 2015, p. 52).

A doutrina refere-se justamente ao ponto mais sensível da democracia representativa existente no Brasil, pois a sociedade não consegue ver seus anseios devidamente representados no âmbito do Poder Legislativo. Uma vez terminado o processo eleitoral cada representante eleito passa a legislar mediante seus próprios interesses, esquivando-se de legislar em favor da população que anseia pelo acesso adequado à saúde, à educação, à segurança e à proteção ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida.

O ponto central da discussão proposta no presente estudo está diametralmente direcionado a analisar se no Estado Democrático de Direito o ativismo judicial pode ser aceito para implantar a concreta proteção ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida quando da inércia dos demais poderes. Para tanto, uma discussão sobre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida se faz necessária, o que passaremos a tratar no tópico a seguir.

3. DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE EQUILIBRADO À SÁDIA QUALIDADE DE VIDA (MEIO AMBIENTE COMO DIREITO À VIDA)

Antes do século XX não se evidenciava maiores discussões em torno de um meio ambiente equilibrado que pudesse abrigar a vida. Naquele momento, a discussão não era demasiadamente de grande importância, particularmente pelo fato de que a humanidade não havia encontrando o caminho do pleno desenvolvimento tecnológico, industrial e econômico. Jaques (2014) complementa que, “naquela época, em virtude dos baixos níveis de poluição, acreditava-se que a natureza possuía elevado grau de regeneração e que por isso o ser humano poderia explorá-la como melhor lhe conviesse” (JAQUES, 2014, p. 301).

Esse contexto começa a se modificar a partir da Revolução Industrial, onde a humanidade passa a experimentar um desenvolvimento pautado na utilização dos recursos ambientais primários. Com o advento da Revolução Industrial há um evidente avanço no que tange à ciência, tecnologia e à economia, em razão do surgimento do capitalismo que começa a ganhar corpo e espaço para se difundir no cenário mundial. A doutrina relata que, “o capitalismo, pautado pela busca incessante de produção para o acúmulo de riqueza e a utilização da tecnologia para propiciar conforto, luxo e prazeres aos homens, até os dias de hoje carece de atenção aos efeitos dos meios empregados” (JAQUES, 2014, p. 301).

Com a modificação do cenário e o advento do sistema capitalista que se alastrou pelo globo, o meio ambiente começa a ser depredado ao máximo, diante da necessidade da produção em massa para satisfazer os anseios do sistema que trabalha apenas em função do lucro incondicional.

Desastres ambientais que se sucederam foram cruciais para o despertar de uma consciência de proteção e preservação ambiental. Os relatos de Rachel Carson, em seu livro *Silent Spring* (Primavera silenciosa) de 1962, foram uma demonstração clara de que alguma coisa deveria ser feita para modificar o cenário da degradação ambiental que trazia sérias consequências para a vida na terra (COSTA, 2013).

Outro evento danoso no curso da história que deu ensejo à preocupação ambiental foi a tragédia ocorrida em Minamata no Japão, onde centenas de pessoas foram envenenadas em decorrência do consumo de peixes da baía de Minamata que estavam contaminados por metais como o mercúrio, que eram despejados no mar pela Chisso Minamata, uma indústria fabricante de plástico (COSTA, 2013).

Esses desastres deram ensejo à primeira Conferência Internacional das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano, que ocorreu no ano de 1972, em Estocolmo, na Suécia. Sem dúvida, essa conferência representa um marco da tônica da proteção ambiental no mundo. Beatriz Souza Costa destaca, sobre o tema, que “[...] a Conferência de Estocolmo não aconteceu por acaso. Foi consequência de debates sobre os riscos de degradação do meio ambiente, que, de forma esparsa, iniciou na década de 1960 e que ganhou na década de 1970 certa densidade (COSTA, 2013, p. 33).

Vinte anos após a Conferência de Estocolmo, e dada a necessidade de continuar permeando o avanço das discussões ambientais, foi realizada, no ano de 1992, na cidade do Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento:

Assim, 20 anos após Estocolmo, era realizada a Rio 92 com a denominação oficial de Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento – também conhecida por Eco 92 ou Cúpula da Terra -, contando com a participação de 178 governos e a presença de aproximadamente 100 Chefes de Estado ou de Governos (JAQUES, 2014, p. 309).

A Conferência Rio 92 representou grande avanço sobre as discussões ambientais, principalmente em razão da adoção da Convenção das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a formação da Agenda 21.

No ano de 2002 houve novamente uma grande conferência mundial para tratar de assuntos relacionados ao meio ambiente e à sua proteção. Ocorreu a Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável, Rio + 10, na cidade de Johannesburgo, África do Sul. Essa Convenção foi importante por fomentar maiores discussões no que tange à Agenda 21, principalmente pela atenção ao desenvolvimento sustentável. “A finalidade maior da “Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento

Sustentável” era discutir novos acordos sobre vários artigos da “Agenda 21”, objetivando sua implementação” (COSTA, 2009, p. 36).

Em 2009, ocorreu nova conferência mundial organizada pela ONU, Organização das Nações Unidas, desta vez para tratar de assuntos sobre as Mudanças Climáticas. “Em dezembro de 2009, em Copenhague, Dinamarca, houve mais uma reunião organizada pela ONU, Organização das Nações Unidas, para discutir sobre as emissões de gases estufa” (COSTA, 2013, p. 40).

No último capítulo sobre as grandes Conferências Mundiais sobre o meio ambiente, traz-se à baila a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável – Rio + 20 ocorrida em 2012. Essa Conferência teve como objetivo central a implementação do desenvolvimento sustentável, tornar a economia mais verde, trabalhar mundialmente a sustentabilidade e fortalecer o Programa das Nações Unidas para o meio Ambiente, principalmente para a promoção dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS). “A Rio + 20 foi outra grande Conferência onde vários países foram representados por 53 Chefes de Estado, 8 Vice-Presidentes, 31 Chefes de Governo e 9 Primeiros-Ministros, além de 30 mil participantes de 13 a 22 de junho” (COSTA, 2013, p. 42).

Ante a toda essa preocupação ambiental internacional o Brasil não permaneceu inerte, e já em 1981 foi editada, no âmbito infraconstitucional, a Lei nº 6.938/81, que implementou a Política Nacional do Meio Ambiente no cenário nacional. No entanto, o grande avanço epistemológico brasileiro no que tange à preocupação ambiental veio com a promulgação da Constituição

Federal de 1988, vista por alguns como a Constituição ambientalista: “Esse pioneirismo fez dela um documento essencialmente ambientalista” (BULOS, 2017, p. 1639).

A preocupação ambiental expressada na Constituição Federal representa grande avanço no que tange a proteção ambiental, haja vista que o bem ambiental é elevado ao *status* de norma constitucional de direito fundamental. O fato de o tema sobre meio ambiente não encontrar-se expressamente elencado no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, do texto constitucional, não retira seu caráter de direito fundamental, conforme ensina Beatriz Souza Costa: “O fato de o tema meio ambiente, no corpo da Constituição, encontrar-se no Título VIII, “Da ordem social”, e não no Título II, “Dos direitos e garantias fundamentais”, não retira deste o status de um direito fundamental...” (COSTA, 2013, p. 60).

A temática da proteção ambiental encontra-se expressamente delineado no artigo 225 da Constituição Federal da seguinte forma: “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” (BRASIL, 1988).

Extrai-se da norma constitucional que o direito ao meio ambiente equilibrado é responsável por gerir a vida em todas as suas formas, e que tal equilíbrio deve ser consubstanciado no Estado Democrático de Direito com fito de abarcar e agasalhar a vida. Portanto, pode-se afirmar que o direito ao meio ambiente

equilibrado e o direito à vida são princípios constitucionais indissociáveis, pois não existe vida sem que antes possa existir um meio ambiente adequado para que ela se desenvolva.

Nesse sentido, observa-se que o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado é condição basilar para a confirmação e a efetivação do direito à vida, que é princípio base estruturante da Constituição Federal.

Não há vida sem respeito à dignidade da pessoa humana, sem meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida não há dignidade da pessoa humana. Portanto, “[...] do ponto de vista material cabe ressaltar, inicialmente, que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado é, sem sombra de dúvida, um direito fundamental” (MIRRA, 2011, p.103).

O meio ambiente equilibrado é direito fundamental porque rege e abriga a vida. Direito ao meio ambiente e direito a vida são temas conexos, pois o segundo não existe sem o primeiro. A pessoa humana precisa de um ambiente adequado para viver e para se desenvolver, precisa de água, precisa de ar, precisa de terra. Não de qualquer água, ou de qualquer ar, ou de qualquer terra. Precisa de água limpa adequada ao consumo humano, precisa de ar limpo sem poeira mineral e sem gases tóxicos, e precisa da terra com os minerais adequados para plantio de alimentos. Ou seja, é fundamental a existência de um meio ambiente ecologicamente equilibrado capaz de abrigar a vida com dignidade.

Certa de que o meio ambiente equilibrado, o direito à vida e a dignidade da pessoa humana são direitos fundamentais conexos e indissociáveis em todas as suas formas, a doutrina assim discorre:

De fato, o Direito ao Ambiente sadio e ecologicamente equilibrado é há muito considerado pela doutrina e pela jurisprudência como uma extensão do direito à vida. Assim, quando se fala em tutela do meio ambiente, têm-se em jogo formas de garantir a qualidade de vida humana, pois lhe é essencial. O equilíbrio ecológico nessa relação tão direta com o ser humano faz do direito ao ambiente um direito fundamental da pessoa humana, em função dos elementos e valores que congrega, como saúde, segurança, cultura, identidade. Preservar o patrimônio ambiental é garantir vida sadia e com qualidade. Garantir vida com qualidade é promover a dignidade da pessoa humana (REIS, 2013, p. 304).

A doutrina congrega que o direito ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida é um direito fundamental de terceira geração, ou de terceira dimensão, pois condensa o desenvolvimento dos direitos de solidariedade e de fraternidade. “Em conformidade com a doutrina autorizada, o direito ao meio ambiente é um direito fundamental de terceira geração ou dimensão, incluído entre os chamados ‘direitos de solidariedade’ ou ‘direitos dos povos’”. (MIRRA, 2011, p. 104).

Não há, portanto, como negar a natureza de direito fundamental à qual foi elevada a disciplina da proteção ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida. Nesses termos, Costa (2013) promove importante assertiva: “Já se pode, com toda certeza, ir além deste, e conceituar o meio ambiente essencial à

sadia qualidade de vida como direito à própria vida, mas vida com dignidade, como dispõe a Constituição da República” (COSTA, 2013, p. 78).

Resta demonstrado, portanto, que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida constitui-se em direito fundamental de terceira geração, que se solidifica como o próprio direito à vida.

Dito isso, uma incursão sobre a teoria de princípios e regras de Robert Alexy se fará necessária, na medida em que o objetivo central do estudo é evidenciar o ativismo judicial em demandas ambientais frente ao princípio da separação dos poderes, conforme se verá adiante.

4. A TEORIA DE REGRAS E PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

O que se demonstrou até o momento é que em algumas circunstâncias o Poder Judiciário tem se imiscuído nas funções do Poder Executivo e do Poder Legislativo, principalmente no que tange a aplicação e consecução de políticas públicas. A essa discussão, foram acrescentados dois princípios de direito fundamental que regem e moldam o Estado Democrático de Direito, cada qual com seu elevado grau de importância no ordenamento jurídico: o princípio da separação de poderes e o princípio de direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida.

Revela-se, portanto, uma possível tensão entre dois princípios de direito fundamental, que, em determinado caso

concreto, poderão entrar em colisão. Como afirma Luís Roberto Barroso (2015), “A existência de colisões de normas constitucionais, tanto as de princípios como as de direitos fundamentais, passou a ser percebida como um fenômeno natural – até porque inevitável – no constitucionalismo contemporâneo” (BARROSO, 2015, p. 545).

Para tanto, uma das possíveis soluções a ser aplicada encontra-se calcada na teoria de regras e princípios de Robert Alexy (2008), a quem agora serão dedicadas as linhas seguintes.

André Rufino do Vale (2006) demonstra que Robert Alexy desenvolveu sua teoria a partir de Dworkin, apontando a diferenciação entre regras e princípios e elaborando uma teoria dos princípios composta por três teses fundamentais: a tese da otimização, a tese da colisão e a lei da ponderação:

Robert Alexy introduziu suas teses no artigo “Sobre o conceito de princípios jurídicos”, no qual, apontando os defeitos da teoria de Dworkin, tomou-a como base para uma reformulação da distinção entre princípios e regras. Segundo Alexy, a tese de Dworkin de que os conflitos entre regras – tendo em vista sua aplicação disjuntiva ou de tudo-ou-nada – possuem uma estrutura inteiramente distinta das colisões entre princípios – pois estas normas possuem uma dimensão de peso, ausente nas regras – oferece um ponto de apoio para a obtenção de critérios de distinção adequados. Observa Alexy, no entanto, que os critérios utilizados por Dworkin, apesar de

importantes, não atingem o núcleo da diferenciação entre regras e princípios. Com efeito, Dworkin não explica porque os princípios entram em colisão da maneira por ele descrita, isto é, numa dimensão de peso. O ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios, olvidado pela teoria de Dworkin, está em esclarecer as razões que justificam o fato de os princípios e as regras entrarem em colisão de forma diferenciada. Para tanto, Alexy elabora uma *teoria dos princípios* composta por três teses fundamentais: a) a *tese da otimização*; b) a *lei da colisão* e c) a *lei da ponderação*. (VALE, 2006, p. 81-82).

Para Alexy (2008) a distinção entre regras e princípios constitui-se em uma premissa inarredável no contexto dos direitos fundamentais: “a distinção entre regras e princípios é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais” (ALEXY, 2008, p. 85). Nesse sentido, a primeira questão que deve desde já ser uniformizada é a de que ambos, regras e princípios, são espécies de normas, porque dizem o que deve ser: “a distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas” (ALEXY, 2008, p. 87).

Na concepção de Alexy as normas podem ser distinguidas em regras e princípios e entre ambos não existe apenas uma diferença gradual, mas uma diferença qualitativa.

O primeiro ponto que diferencia os princípios das regras é que os princípios são normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível dentre as possibilidades jurídicas e fáticas colocadas à disposição (ALEXY, 2008). Por isso,

os princípios exprimem mandamentos de otimização. Mandamentos são ordens ou comandos que devem ser seguidos em todas as ordens éticas. Já otimização é o conjunto de técnicas para a seleção das melhores alternativas com o propósito de alcançar fins determinados. Essa é a tese da otimização de Alexy.

Além disso, os princípios podem ser satisfeitos em graus variados e essa satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto. O princípio não possui um mandamento definitivo e só o caso concreto vai dizer o que o princípio significa mediante a colisão com outros princípios.

Ao contrário, as regras são normas que podem ou não ser satisfeitas. “Regras contêm, portanto, determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível” (ALEXY, 2008, p. 91). Uma regra é válida ou não. Não existe no âmbito das regras a possibilidade de uma gradação da norma, ou a regra é válida e deve ser respeitada, ou a regra é declarada inválida e deve ser extirpada do ordenamento.

No conflito entre regras, o embate pode ser resolvido de dois modos: ou se introduz uma cláusula de exceção em algumas das regras que elimine o conflito, ou pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. De modo que a resolução se dá em torno do plano da validade da norma.

No que tange à colisão entre princípios, a resolução se dá de maneira diversa daquela das regras, pois a colisão não se resolve no plano da validade, pois quando dois princípios colidem um deles deverá ceder. Em determinado caso concreto, em razão de questões fáticas e jurídicas, um dos princípios poderá ter

precedência em face de outro princípio sob determinadas condições. Portanto, a resolução se dá na dimensão do peso entre os princípios, sendo que aquele de maior peso terá precedência sobre aquele de menor peso, mediante determinadas condições concretas. Gonçalves (2015), nesse sentido, confirma que “nunca é demais lembrar que, na teoria neoconstitucionalista, o choque entre regras se resolve com base na validade e a colisão de princípios na base da ponderação do peso do princípio para o caso concreto” (GONÇALVES, 2015, p. 679).

Não haverá a declaração de validade ou de invalidade de determinado princípio, nem ao menos a introdução de uma cláusula de exceção, pois isso só ocorre na dimensão da validade das regras. Portanto, é possível emitir a seguinte afirmação: o conflito entre regras resolve-se no plano da validade e a colisão entre princípios resolve-se pela dimensão do peso mediante a técnica da ponderação e sopesamento. Em rasa explanação está devidamente apresentada lei da colisão em Alexy.

Observa-se que a tória dos princípios está estritamente ligada ao exame da proporcionalidade, desaguando na formulação da lei da ponderação, conforme sustenta Alexy (2015):

A ideia fundamental da otimização em relação às possibilidades jurídicas, ou seja, o exame da proporcionalidade, pode ser formulada em uma regra que pode ser denominada “lei da ponderação”. Ela reza: Quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do

cumprimento de outro princípio (ALEXY, 2015, p. 154).

Nessa mesma ótica é plausível afirmar que diante a da análise do caso concreto o interprete ao valer-se da teoria dos princípios terá o caminho aberto para a realização e aplicação da lei da ponderação, pois terá de realizar a interpretação mediante o sopesamento das normas postas em discussão. Nas palavras de André Rufino do Vale (2006):

Alexy estabelece uma conexão entre a teoria dos princípios e o princípio da proporcionalidade, que pode ser descrita da seguinte forma: “a teoria dos princípios implica o princípio da proporcionalidade e este implica aquela”. Isso significa que o princípio da proporcionalidade e seus três subprincípios, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ponderação propriamente dita), decorrem logicamente da teoria dos princípios. Esse relacionamento com o princípio da proporcionalidade baseia-se na própria definição dos princípios. Como mandatos de otimização, os princípios devem ser cumpridos na maior medida possível, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas. Os subprincípios da adequação e necessidade implicam que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades fáticas. Por outro lado, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito indica

que os princípios são mandatos de otimização com relação às possibilidades jurídicas, é dizer, a medida de seu cumprimento depende dos princípios que jogam em sentido contrário. Trata-se, neste caso, de ponderação de princípios em conflito. A ponderação será indispensável quando o cumprimento de um princípio significar o descumprimento do outro, ou seja, quando um princípio somente puder ser realizado à custa de outro princípio (VALE, 2006, p. 86).

Outra questão que não pode passar despercebido na teoria dos princípios de Alexy é o caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Os princípios não contêm mandamentos definitivos, apenas *prima facie*. “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*” (ALEXY, 2008, p. 103-104). Os princípios representam razões que podem ser afastadas por razões contrárias e opostas. Um determinado princípio pode, *prima facie*, apresentar maior dimensão de peso em detrimento de outro princípio, no entanto, esse destaque só se confirmará mediante análise das razões e contrarrazões, ou seja, diante do caso concreto.

No que tange às regras ocorre o oposto, pois como as regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não

ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve. (ALEXY, 2008).

Portanto, os princípios são sempre razões *prima facie* e regras são, não havendo o estabelecimento de alguma exceção, razões definitivas. Assim, regras e princípios continuam a ter um caráter *prima facie* distinto. (ALEXY, 2015).

Nesse sentido, alguns destaques podem ser apontados: I - A divisão estabelecida por Alexy entre mandamentos definitivos e mandamentos de otimização revela uma distinção qualitativa entre regras e princípios; II - Os princípios podem ser satisfeitos em graus variados; III - A medida de sua satisfação depende de possibilidades fáticas e jurídicas; IV - O grau de satisfação não é determinado pelo próprio princípio; V - Só o caso concreto, mediante análise das razões e contrarrazões, poderá determinar o grau de satisfação do princípio.

Destaca-se do debate proposto até o momento que Alexy propõem que no caso de colisão entre princípios fundamentais a solução estaria na aplicação do critério de ponderação, a qual deveria ser aplicada a partir do princípio da proporcionalidade mediante a realização do sopesamento entre os princípios colidentes.

Na apresentação dessas premissas, o próximo tópico irá permear e condensar os efeitos desta teoria para analisar a colisão existente entre o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida, patrocinado por uma maior atividade judicial, e o princípio fundamental da separação de poderes.

5. O ATIVISMO JUDICIAL PARA A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE E A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS DE ROBERT ALEXY

O chamado ativismo judicial, conforme demonstrado anteriormente, amolda-se a uma maior atividade judicial nas esferas do Poder Executivo e do Poder Legislativo na busca pela efetivação e execução de políticas públicas adequadas ao cumprimento e desenvolvimento dos direitos fundamentais insculpidos na Constituição de 1988. Na visão de Rodrigo Monteiro da Silva (2017), o ativismo judicial pode ser visto como:

[...] uma atitude, uma forma escolhida pelo Juiz de interpretar as normas constitucionais que acontecem quando há uma não atuação do Poder Legislativo, ou seja, quando há um impedimento em que as demandas sociais não são atendidas de modo efetivo. O ativismo judicial está associado à ideia de uma participação intensa do magistrado para concretizar direitos e garantias fundamentais (SILVA, 2017, p. 7).

Portanto, o ativismo judicial consubstancia-se numa maior vocação judicial para a interpretação dos direitos fundamentais que permeiam o contexto constitucional.

Todavia, parcela da doutrina não coaduna com a postura da pró-atividade judicial por entender que esta estaria em constante embate com o princípio da separação de poderes (artigo 2º da CF/88), principalmente porque o Poder Judiciário não estaria

democraticamente legitimado a tratar de políticas públicas, pois os julgadores não foram eleitos democraticamente pelo povo como os membros do Poder Executivo e do Poder Legislativo. Sousa e Gomes (2015) destacam que:

[...] este processo pode representar uma perda democrática, na medida em que exige o rompimento do equilíbrio entre os poderes, quando o Poder Judiciário é convocado pela sociedade civil para suprir as funções típicas que deveriam ser exercidas pelos Poderes Executivo e Legislativo. Isso pode gerar um completo esvaziamento funcional desses poderes e a retirada da soberania nacional que lhes é atribuída constitucionalmente na representação do poder estatal (SOUSA; GOMES, 2015, p. 57).

Ocorre que, noutro vértice, parcela da doutrina e da jurisprudência nacional permitem uma maior atividade judicial naqueles temas em que restem caracterizadas a omissão e falta de concretude no que tange a aplicação dos direitos fundamentais previstos na CF/88 pelo Poder Público. Camilo Zufelato (2013) ao adotar posição favorável à maior atividade judicial critica a opinião dos opositores da seguinte forma:

Nenhuma das críticas, contudo, se coaduna com o perfil contemporâneo de Estado Democrático de Direito e com a noção atual de Jurisdição que dele decorre, de forma que esses argumentos revelam-se incompatíveis

com os fins do Estado brasileiro e com a necessidade premente de judicialização dos conflitos envolvendo violações de direitos fundamentais decorrentes da não implementação de políticas públicas por parte do próprio Estado (ZUFELATO, 2013, p. 310).

Nesse sentido, percebe-se a envergadura do posicionamento em prol de prestigiar o acesso à jurisdição para solucionar aqueles conflitos que envolvam violações aos direitos fundamentais. Com exatidão é possível perceber que não se fala em “governo dos juízes” ou se autoriza tal situação. O que se depreende é exatamente o contrário, pois o que se permite com o ativismo judicial é uma jurisdição decorrente da força normativa da Constituição Federal e dos princípios que dela emanam. Sendo patente que esse ativismo só se dará em determinadas circunstâncias, particularmente, onde os direitos fundamentais não estiverem devidamente contemplados pelo Poder Público.

A concepção doutrinária é a de que “[...] não são os direitos fundamentais que devem andar no quadro determinado pela lei e pelo administrador, mas a lei e o administrador público que devem ser conformados pelos direitos fundamentais” (ZANETI JR, 2013, p. 34).

Evidencia-se ainda que o Poder Judiciário ao ser acionado pelo jurisdicionado deve ofertar uma resposta capaz de solucionar a demanda em questão, cumprindo, inclusive o princípio da inafastabilidade da jurisdição contido no artigo 5º, XXXV, da CF/88. Princípio consagrador do livre acesso à jurisdição, pois “[...]”

se o Judiciário deixar de agir ele mesmo estará incorrendo na proibição de proteção insuficiente, vez que deve assegurar a efetivação dos direitos fundamentais” (ZANETI JÚNIOR, 2013, p. 66).

Essa é uma das premissas inarredáveis que devem ser consagradas no presente estudo, pois o Poder Judiciário não exercita a jurisdição sozinho, ao contrário, ele deve ser acionado e provocado a ingressar na matéria de fato e de direito para posteriormente prolatar a decisão. Se o Poder Judiciário está interferindo e está praticando atividade judicial é porque ele está sendo provocado a fazê-la.

Naquilo que merece destaque, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, previsto no artigo 225 da CF/88, deve ser concretizado pela via de políticas públicas adequadas capazes de promover a sua inteira proteção em favor das presentes e das futuras gerações.

Quando isso não ocorrer, aqueles legitimados podem provocar a jurisdição para resguardar e promover a proteção deste direito fundamental que é inerente à dignidade da pessoa humana, pois se consubstancia como o próprio direito à vida.

O Poder Judiciário também é um Poder do Estado, e como tal tem o dever de promover a proteção ambiental. E aqui não há que se alegar a falta de legitimidade do judiciário para atuar em temas de políticas públicas ambientais sob o argumento de que seus representantes não são democraticamente eleitos; afinal, o Poder Judiciário também se mostra como um espaço de participação popular, “[...] do mais inovador espaço institucional de

participação popular na proteção do meio ambiente, cuja importância não pode deixar de ser salientada no modelo do Estado Democrático-Participativo adotado pela Constituição de 1988” (MIRRA, 2011, p. 167).

O que se evidencia é que o Poder Judiciário também se apresenta como um ator democrático responsável pela promoção da proteção ambiental, portanto, sua atividade em políticas públicas na esfera do Poder Executivo e do Legislativo é legítima, conforme preceitua de forma singular Mirra (2011):

À evidência, se a função jurisdicional é uma das funções essenciais no Estado constitucional, ao lado das funções legislativa e administrativa, não há dúvida de que os reclamos e as reivindicações de democracia participativa devem, igualmente, estender-se a ela, tanto quanto já se encontram admitidos no tocante às demais. Ressalta-se que tal participação política, exercida no contexto da atividade judicial, tem plena justificativa atualmente, como forma de assegurar vigilância e controle mais amplos sobre a legitimidade da ação ou omissão do Estado e de outras entidades, estatais ou não, no tocante a valores extremamente sensíveis, como os abarcados pelos interesses e direitos metaindividuais, entre os quais se inclui o direito ao meio ambiente, cuja proteção ou sacrifício repercute inevitavelmente sobre toda a sociedade (MIRRA, 2011, p. 167).

Importante contribuição é apresentada por Ada Pellegrini Grinover (2013), a qual autoriza a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas desde que respeitados alguns limites de atuação, sendo eles: “a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha da lei ou do agente público; a reserva do possível, entendida tanto em sentido orçamentário-financeiro como em tempo necessário para o planejamento da nova política pública” (GRINOVER, 2013, p. 149).

No entanto, Grinover (2013) defende que a garantia do mínimo existencial autoriza a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas para corrigi-las e implementá-las. Por mínimo existencial a jurista aponta: “Costuma-se incluir no mínimo existencial, entre outros, o direito à educação fundamental, o direito à saúde básica, o saneamento básico, a concessão de assistência social, a tutela do ambiente, o acesso à justiça” (GRINOVER, 2013, p. 132).

Veja-se que a tutela ao meio ambiente equilibrado é vista pela autora como condição de mínimo existencial, o que não poderia ser diferente, haja vista tratar-se de direito fundamental que se confunde com o próprio direito à vida, pois o meio ambiente ecologicamente equilibrado é condição essencial para o abrigo e desenvolvimento da vida. Trata-se, como dito anteriormente, de considerar o abrigo e o desenvolvimento da vida com dignidade. O princípio da dignidade humana permeia o direito à vida e ao meio ambiente equilibrado. Hermes Zaneti Jr (2015) discorre que:

Nesse sentido, em síntese, podemos resumir o direito fundamental ao meio ambiente como um direito de múltiplas funções, justamente caracterizado por uma multifuncionalidade pervasiva na sua interpretação e aplicação, que autoriza deduzir sua natureza jurídica e possibilidade de ampla judicialização como forma de garantia dos patamares constitucionalmente e legalmente assegurados de tutela (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 1376).

Importante demonstrar, no mesmo contexto de ideias, posição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.150.392/SC, onde se objetivou o ativismo judicial para a resguardar o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado:

AMBIENTAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA PROPOSTA CONTRA A MUNICIPALIDADE. CONJUNTO HABITACIONAL IMPLANTADO ÀS MARGENS DE CURSO D'ÁGUA. DEGRADAÇÃO DE BACIA FLUVIAL E DE AUSÊNCIA DE SISTEMA DE REDE COLETORA DE ESGOTO SANITÁRIO. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRETENSÃO AUTORAL QUE VISA CONFORMAR POLÍTICA PÚBLICA COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE. INOCORRÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRECEDENTES DO STF. ARTIGO 267, VI, DO CPC. PEDIDO

JURIDICAMENTE POSSÍVEL. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO.

1. A promoção da ação civil pública, com o objetivo de conformar a implantação de políticas públicas com a proteção do meio ambiente, encontra previsão no próprio texto constitucional (artigo 129, II e III, da CF), por isso se revelando, na espécie, inadequada a aplicação do artigo 267, VI, do CPC, sob o argumento da ausência de possibilidade jurídica do pedido.

2. Como explica HUGO NIGRO MAZZILLI, "A ação civil pública ainda se presta para que o Ministério Público possa questionar políticas públicas, quando do exercício de suas funções no zelo para que os Poderes Públicos e os serviços de relevância pública observem os direitos assegurados na Constituição" (A defesa dos interesses difusos em juízo. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 141).

3. Em caso assemelhado ao presente, a Primeira Turma do STJ decidiu que "O Ministério Público detém legitimidade ativa para o ajuizamento de ação civil pública que objetiva a implementação de políticas públicas ou de repercussão social, como o saneamento básico ou a prestação de serviços públicos" (AgRg no AREsp 50.151/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, DJe 16/10/2013), ao passo que sua Segunda Turma, também em tema análogo, assentou que "A omissão injustificada da administração em efetivar as políticas públicas constitucionalmente

definidas e essenciais para a promoção da dignidade humana não deve ser assistida passivamente pelo Poder Judiciário" (REsp 1.041.197/MS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 16/09/2009). Nesse mesmo rumo, a Excelsa Corte assentou que "Mostrase consentâneo com a ordem jurídica vir o Ministério Público a ajuizar ação civil pública visando ao tratamento de esgoto a ser jogado em rio. Nesse caso, não cabe cogitar da impossibilidade jurídica do pedido e da extinção do processo sem julgamento do mérito."(RE 254.764/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/2/2011).

4. Da mesma sorte, em se cuidando de ação civil pública direcionada contra a Administração Pública, objetivando a implementação de políticas públicas, o STF tem entendimento consolidado no sentido de ser lícito ao Poder Judiciário "determinar que a Administração Pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais, sem que isso configure violação do princípio da separação dos Poderes" (AI 739.151 AgR, Rel.^a Ministra ROSA WEBER, DJe 11/06/2014 e AI 708.667 AgR, Rel. Ministro DIAS TOFFOLI, DJe 10/04/2012), cuja compreensão, não há negar, afasta, no presente caso, o argumento relativo à impossibilidade jurídica dos pedidos formulados pelo Parquet autor.

5. Recurso especial do Ministério Público catarinense provido. (BRASIL, 2016).

Verifica-se que uma parcela significativa da doutrina e da jurisprudência avançou no sentido de permitir e validar uma maior atividade judicial com fito de promover e implantar concretamente os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988.

Contudo, as discussões sobre os limites dessa intervenção judicial ainda são notórios no cenário nacional. Como dito, a doutrina contrária a essa intervenção judicial evoca na maioria das vezes o princípio da separação dos poderes que se encontra delineado no artigo 2º da CF/88. Tratando-se de um direito fundamental consagrado constitucionalmente, o princípio da separação de poderes requer sua aplicação imediata assim como os demais contidos no texto constitucional.

Evidencia-se, por isso, no caso da matéria ambiental aqui tratada, uma colisão de princípios, especialmente entre o princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida, e sua concretização pela via do ativismo judicial, e o princípio da separação de poderes.

Com o objetivo de solucionar a colisão o julgador poderá se valer da teoria dos princípios de Robert Alexy para aplicar o critério da ponderação pela via do princípio da proporcionalidade e realizar o devido sopesamento entre os princípios colidentes, o que conduz à própria ponderação (BARROSO, 2015).

Destaca-se, pois no conjunto de ideias realizado nessa pesquisa, que, em determinado caso concreto, diante de circunstâncias concretas, o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida deverá ter

precedência frente ao princípio da separação de poderes, ainda que o primeiro esteja sob o manto do ativismo judicial.

Afinal, como explicitado algures, o direito ao meio ambiente equilibrado imbrica-se com o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, o meio ambiente equilibrado e o direito à vida se enquadram e se fundam no eixo da dignidade da pessoa. Essa assertiva poderá possibilitar ao intérprete que, por meio do critério da ponderação e do sopesamento, estabeleça uma relação de precedência do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado em detrimento do princípio da separação de poderes. Afinal:

No direito, em sede de ponderação, há de se fazer uso de uma balança jurídico-axiológica denominada princípio da dignidade humana. Na balança da dignidade humana, devem ser pesadas todas as normas: elaboradas, interpretadas e aplicadas. Dentre aquelas que se encontrem em situação de colisão, deve prevalecer a norma que pese mais na concreção do princípio da dignidade (SAES, 2015, p. 721).

Destaca-se que o critério da aplicação da ponderação entre os princípios fundamentais relacionados ao direito ao meio ambiente equilibrado pode ter uma relação de precedência frente ao princípio da separação de poderes, pois o meio ambiente sadio é condição irrefutável para a existência da vida com dignidade. O eixo central em estabelecer a precedência do direito ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado e sadio está fixado no próprio direito à vida e na dignidade da pessoa humana.

Não se fala em invalidar o princípio da separação de poderes para que o ativismo judicial possa se tornar uma regra irrefutável, pois, afinal, como destacado por Zufelato (2013), “a intervenção do Judiciário nessa seara, assim sendo, embora indispensável em casos de omissão ou de desvirtuamento dos poderes políticos, deve ser sempre a *ultima ratio*” (ZUFELATO, 2013, p. 314).

O que se considera é que, em determinado caso concreto, mediante análise das razões e contrarrazões, com a aplicação da regra de colisão entre princípios pela via ponderação e do sopesamento, o princípio da separação de poderes poderá ser ponderadamente afastado para possibilitar uma maior atividade judicial na concreta e efetiva implementação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida.

Não será promovida a invalidação do princípio da tripartição de poderes. Será promovido apenas o seu afastamento moderado segundo análise das razões e contrarrazões do caso concreto. A relação de precedência que se admite é apenas aquela tendente a realizar a completa e concreta proteção do meio ambiente equilibrado, por meio do ativismo judicial, quando o executivo e o legislativo não o fizerem conforme os preceitos constitucionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Restou evidenciado que o ativismo judicial vem se tornando cada vez mais uma prática usual no cenário nacional, devido a omissão e à ineficiência do Poder Legislativo e do Poder Executivo no que tange a efetivação e a materialidade de políticas públicas capazes de implementar os direitos fundamentais expressos no texto constitucional e os princípios que dela emanam.

No cenário nacional encontramos posições favoráveis e desfavoráveis ao ativismo judicial. Os desfavoráveis argumentam uma quebra do princípio da tripartição de poderes contido no artigo 2º da CF/88. Afirmam que o Poder Judiciário não estaria legitimado a realizar políticas públicas em razão de não ser um poder legitimamente democrático, pois os juízes não são eleitos pelo sistema do sufrágio universal. Anotam que ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo cabem a análise da aplicação das políticas públicas por propiciarem escolhas democráticas.

As posições favoráveis ao ativismo judicial admitem que no Estado Democrático de Direito os direitos fundamentais expressos no texto constitucional e os princípios que dele emanam são normas que demandam sua aplicação imediata e por isso o Poder Judiciário estaria autorizado a intervir quando da omissão ou da inércia dos Poderes Legislativo e Executivo. A doutrina sustenta que os direitos fundamentais estão no centro do Estado Democrático de Direito e que por isso a lei e o administrador público devem ser conformados pelos mesmos e não o contrário.

A vocação do ativismo judicial está consubstanciada numa interpretação expansiva do texto constitucional, numa busca

progressiva por uma jurisdição decorrente da Constituição Federal e dos princípios que dela irradiam, sendo indubitável que o ativismo só se dará em determinadas circunstâncias em que os direitos fundamentais não estiverem devidamente contemplados e implantados pelo Poder Público.

Defendeu-se no texto que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado à sadia qualidade de vida insculpido no artigo 225 da CF/88 constitui direito fundamental de terceira geração, que se confunde com o próprio direito à vida e com a dignidade da pessoa humana e como tal merece aplicação imediata no Estado Democrático de Direito.

Por isso, vislumbrada a colisão entre princípios fundamentais que cerceiam a importância da vitalidade ambiental, apresentou-se como possível solução para dirimir o embate a aplicação dos conceitos adotados na teoria de princípios e regras de Robert Alexy. Foram apresentados os conceitos da teoria proposta, pautando-se principalmente na tese da otimização, na lei da colisão e na lei da ponderação.

Pela aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy é possível considerar que, em determinado caso concreto, sobre certas circunstâncias, mediante análise das razões e contrarrazões, pela utilização da lei da ponderação e através da via da proporcionalidade, valendo-se das técnicas do sopesamento, seria possível permitir o ativismo judicial para, dada a precedência do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, afastar a limitação imposta pelo princípio da tripartição de poderes.

Certo de que essa premissa e o seu resultado não são vinculantes, haja vista que a relação de precedência entre os princípios fundamentais podem variar mediante as circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto, o ativismo judicial deve ser visto e tratado com responsabilidade jurídica concreta.

O ativismo judicial não deve ser utilizado a todo o tempo para a aplicação ou correção de políticas públicas ambientais, pois isso cabe diretamente aos Poderes democráticos, Executivo e Legislativo, em que a atuação do Poder Judiciário deve ser vista como a última alternativa, ou seja, a *última ratio*.

No entanto, em momentos tais em que o Poder Executivo e o Poder Legislativo não estejam cumprindo seus respectivos papéis, o Poder Judiciário estará legitimado a atuar para promover a aplicação dos direitos fundamentais consubstanciados no texto constitucional e em seus princípios, pois o princípio da inafastabilidade da jurisdição é princípio basilar do Estado Democrático de Direito.

O direito fundamental ao meio ambiente equilibrado à sadia qualidade de vida para as presentes e futuras gerações é um bem único e singular que precisa ser protegido pelo Estado e por toda a sociedade, porque empresta subsídios ao princípio da dignidade da pessoa humana e se confunde como o próprio direito à vida. Portanto, o Poder Executivo, o Poder Legislativo, o Poder Judiciário e toda a sociedade estão autorizados, sujeitos e obrigados a promover sua completa proteção e preservação, mediante atitudes positivas e concretas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. 669 p.

ALEXY, Roberto. **Teoria discursiva do direito**. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015. 384 p.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Anuario Iberoamericano de Justiça Constitucional, Madrid, nº 13, p. 17-32, jan./dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.cepc.gob.es/Publicaciones/Revistas/revistaselectronicas?IDR=8&IDN=681&IDA=27551>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 533-584.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. **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**. Diário Oficial da União, Brasília, 02 set. 1981. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 30 jun. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.150.392/SC. Rel. Min. Sérgio Kukina. **Diário de Justiça**, Brasília, 20 set. 2016.

Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1150392&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1727 p.

CAMARGO, Maria Lucia Miranda de Souza; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. **O ativismo judicial e a tripartição de poderes**. E-civitas, Belo Horizonte, v. IX, nº 2, p. 153-174, dez./2016. Disponível

em:<<http://revistas.unibh.br/index.php/dcjpg/article/view/2034/6>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

COSTA, Beatriz Souza. **Meio ambiente como direito à vida: Brasil, Portugal e Espanha**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 148 p.

COSTA, Beatriz Souza. **O gerenciamento econômico do minério de ferro como bem ambiental no direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Fiuza, 2009. 205 p.

FREIRE, Roberta Lima. O ativismo judicial e o princípio da separação dos poderes. *In*: CASTRO, João Antônio Lima

(Coord.). **Direito processual e a era digital**. Belo Horizonte: PUC Minas, 2015. p. 282-291.

GONÇALVES, Francysco Pablo Feitosa. Os princípios gerais da administração pública e o neoconstitucionalismo: até onde a adesão à doutrina alienígena é válida? *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 663-683.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 125-150.

JAQUES, Marcelo Dias. A tutela internacional do meio ambiente: um contexto histórico. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 11, nº 22, p. 299-315, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/372/434>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. **Participação, processo civil e defesa do meio ambiente**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2011. 654 p.

REIS, João Emílio de Assis. O direito ao meio ambiente e o direito à moradia: colisão e ponderação de direitos fundamentais. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 10, nº 20, p. 289-314, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/416/378>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da ciência política. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 1-32.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. Colisão de direitos fundamentais: princípio da dignidade humana como critério material de ponderação. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 707-729.

SILVA, Rodrigo Monteiro da. Ativismo judicial e controle de políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 13-27, 2017. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/4251/pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

SOUSA, Isabella Saldanha de; GOMES, Magno Federici. **Ativismo judicial, democracia e sustentabilidade**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. 255 p.

VALE, André Rufino do. **A estrutura das normas de direitos fundamentais: Repensando a distinção entre regras, princípios e valores**. Brasília, 2006. 286f. Dissertação (Mestrado) – Universidade de Brasília, Programa de Pós-Graduação em Direito, Estado e Constituição. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/3616/1/2006_A ndr%C3%A9%20Rufino%20do%20Vale.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018

ZANETI JR, Hermes. A teoria da separação de poderes e o estado democrático constitucional: funções de governo e funções de

garantia. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 33-72.

ZANETI JR, Hermes. Constitucionalismo garantista e precedentes vinculantes em matéria ambiental. Limites e vínculos ao ativismo judicial contrário ao meio ambiente. *In*: CLÉVE, Clémerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional: novo direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1367-1400.

ZUFELATO, Camilo. Controle judicial de políticas públicas mediante ações coletivas e individuais. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Coord.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013. p. 309-331.

DIREITOS HUMANOS, DESENVOLVIMENTO
SUSTENTÁVEL, EXECUÇÕES PENAIS E INTELIGÊNCIA
ARTIFICIAL*

HUMAN RIGHTS, SUSTAINABLE DEVELOPMENT,
CRIMINAL JUSTICE AND ARTIFICIAL INTELLIGENCE

Magno Federici Gomes¹

Izadora Gabriele dos Santos Oliveira²

RESUMO: O processo consubstancia-se como um instrumento de garantia do direito do cidadão frente às adversidades vivenciadas. Por isso, o Poder Judiciário recebe uma porção elevada de ações,

* Trabalho financiado pelo Projeto FAPEMIG nº 5236-15, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

¹ Estágio de Pós-doutorado em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Pós-doutor em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha. Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: <<http://orcid.org/0000-0002-4711-5310>>. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1638327245727283>>. Endereço eletrônico: federici@pucminas.br

² Graduanda em Direito pela PUC Minas. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/1970992584585714>>. Endereço eletrônico: iza_oliveira123@hotmail.com

não conseguindo extirpar as pendentes. Diante desse problema, objetivou-se analisar se a Inteligência Artificial (IA) é capaz de ser usada na redução do volume de demandas, especialmente nos feitos de execução penal, bem como evitar a perpetuação de injustiças aos direitos dos cidadãos presos. Utilizou-se o método teórico documental, com técnica dedutiva. Concluiu-se que a IA pode promover uma celeridade e efetividade procedimentais sustentável, se adotada correta e coordenadamente nas execuções penais.

PALAVRAS-CHAVE: Inteligência Artificial; execuções penais; efetividade processual sustentável; direitos humanos do preso.

ABSTRACT: The process consubstantiates itself as an instrument of guarantee of the right of the citizen on the adversities experienced. Because of this, the Judiciary receives daily a high number of actions, not being able to terminate the outstanding ones. The objective was to analyze if AI is capable of being used in reducing the volume of judicial demands, especially in the execution of criminal proceedings, as well as to prevent the perpetuation of injustices with regard to the right of prisoners. The documentary theoretical method was used, with deductive technique. It was concluded that AI is capable of promoting procedural speed, such as a sustainable effectiveness, if adopted in a correct and coordinated way in criminal executions.

KEYWORDS: Artificial Intelligence; criminal executions; sustainable procedure effectiveness; human rights of the inmate.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Desenvolvimento sustentável.

3. Dignidade da pessoa humana: uma análise dos direitos humanos do preso.
 4. Contornos acerca das execuções penais.
 5. Efetividade processual e celeridade procedimental.
 6. O uso de algoritmos para viabilização da celeridade procedimental nas execuções penais: um caminho para a efetividade sustentável.
- Considerações Finais.
Referências.

INTRODUÇÃO

O processo constitui-se como instrumento cabal para a preservação e garantia do direito material dos cidadãos, podendo ser entendido como um procedimento em contraditório, vez que é dada à parte a oportunidade de se manifestar nos autos, ter acesso prévio aos elementos apresentados, bem como ter seus argumentos levados em consideração no debate processual. Entretanto, tal instrumento não é um “mar de rosas”, já que, atualmente, o Poder Judiciário (PJ) enfrenta um grande problema com a morosidade no trâmite dos feitos judiciais, tendo por objeto, nesse trabalho, as execuções penais.

De forma diretamente proporcional ao crescimento do número de demandas no PJ, há uma evolução de novas tecnologias, em especial a Inteligência Artificial (IA) que, por sua vez, pode auxiliar os juristas nas mais diversas tarefas do cotidiano forense.

Com base nessas informações, surgiu a preocupação com o seguinte problema: diante da morosidade da justiça e da possível ausência de tutela célere e efetiva, em que medida as novas

tecnologias, mais especificamente os algoritmos, podem auxiliar para garantia de um processo de execução penal em consonância com os princípios constitucionais, com os direitos humanos e fundamentais (liberdade individual), bem como com a efetividade sustentável?

O tema central perpassa a questão da possível utilização de tecnologias sofisticadas para solucionar os problemas de acúmulo de execuções penais e as injustiças perpetradas nas Varas de Execução Penal. O objetivo geral do presente trabalho é delinear os contornos acerca das novas tecnologias existentes no mundo moderno, bem como sua possível aplicação no campo do direito, a fim de auxiliar na celeridade procedimental das execuções penais e em sua efetividade processual.

A importância da pesquisa se justifica na medida em que a Constituição Federal de 1988 (CF/88) garante o direito do cidadão a uma tutela judicial justa e efetiva, bem como a um procedimento célere baseado no princípio da sua razoável duração do processo, mas esse direito não é garantido, dentre outros fatores, por ausência de investimentos em tecnologias e em mão de obra, podendo ser considerada letra morta dentro da lei se não for resolvida de maneira inteligente e eficaz. Além disso, o preso fica, por diversas vezes, mais tempo do que deveria permanecer na prisão, em razão de erros de contagem e equívocos procedimentais, o que não deve persistir.

A metodologia adotada foi a teórico documental, com técnica dedutiva, a partir da vertente jurídico-sociológica, com uso

de fontes bibliográficas, cujo marco teórico empregado foi a obra de Gomes e Pinto (2017, p. 77-109).

No primeiro tópico, será feito um breve delineamento acerca do desenvolvimento sustentável. Em seguida, serão estabelecidos os contornos no que tange à dignidade da pessoa humana, com especial atenção aos direitos humanos do preso. Na terceira parte será abordado o procedimento das execuções penais seguido da análise da efetividade processual e da celeridade sustentável. Por fim, verificar-se-á a influência que os algoritmos, decorrentes das novas tecnologias, podem gerar nas execuções de pena para uma possível efetividade sustentável do processo.

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O conceito de desenvolvimento sustentável surgiu em decorrência de pesquisas realizadas, com o fito de solucionar problemas ambientais concernentes ao aquecimento global e alterações qualitativas do ar, da água e da terra, em virtude de densa degradação ambiental.

O desenvolvimento sustentável, em seu aspecto geral, pauta-se na ideia de utilização dos recursos naturais de forma consciente, a fim de que as necessidades das presentes gerações sejam supridas, assegurando que as futuras gerações também tenham acesso a um ambiente equilibrado e habitável. Logo, trata-se de um aspecto “socialmente incluyente, ambientalmente sustentável e economicamente sustentado no tempo” (BERTOLDI, 2017, p. 322). Dessa forma, o desenvolvimento sustentável se desdobra no conceito de sustentabilidade, na medida em que esta

pressupõe um aspecto multidimensional. Neste sentido, Freitas estabelece que a sustentabilidade:

Trata-se do princípio constitucional que determina, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar [e admite múltiplas dimensões] (FREITAS, 2016, p. 43).

Cumprе ressaltar, que a multidimensionalidade, ora mencionada, caracteriza-se pelas dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental.

A dimensão social perpassa a ideia de uma sociedade mais íntegra em consonância com os direitos fundamentais dos indivíduos, levando em consideração a promoção do bem-estar humano, a partir da adequação do meio ambiente à qualidade de vida dos cidadãos e de toda sociedade, tendo em vista que tais conceitos são indissociáveis. Nessa concepção, o desenvolvimento sustentável revela-se como um catalisador para garantia de direitos essenciais inerentes à qualidade de ser humano e que estão positivados constitucionalmente.

A dimensão ética destaca-se pela responsabilidade das gerações presentes no que tange à preservação dos recursos

naturais, atualmente existentes, para as futuras gerações, a fim de perpetuar uma herança marcada não só pela continuidade de um mundo qualitativamente habitável, como também pelo plexo de solidariedade e fraternidade intergeracional. Dessa forma, preceitua Freitas: “dimensão ética, no sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever universalizável de deixar o legado positivo da fase da terra” (FREITAS, 2016, p. 64).

No que tange à dimensão jurídico-política, insta ressaltar que ela se traduz como o aspecto jurídico e normativo do direito fundamental à um ambiente equilibrado e saudável. Feitas tais considerações, no que concerne a essa dimensão, “[...] a sustentabilidade determina, com eficácia direta e imediata, independentemente de regulamentação, a tutela jurídica do direito ao futuro e, assim, apresenta-se como dever constitucional de proteger a liberdade de cada cidadão [...]” (BERTOLDI, 2017, p. 321). Ainda a respeito da dimensão jurídico-política, estabelecem Gomes e Ferreira:

A dimensão jurídico-política visa a efetivar e desenvolver os direitos fundamentais das presentes e futuras gerações, com o objetivo de asseverar e reforçar o plexo de desenvolvimento consubstanciado na preservação e proteção ambiental, sem, contudo, perder de vista a promoção social, o respeito à dignidade humana e aos direitos humanos, a melhor e adequada distribuição da renda e os conceitos de origem ética, que são vertentes indissociáveis do conceito de

sustentabilidade (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 96).

A dimensão econômica, por sua vez, revela a necessidade de avanços econômicos na sociedade, tendo em vista que a mesma não consegue gerar avanços sociais sem o crescimento econômico adequado, respeitando os recursos naturais existentes e não criando óbices para a perpetuação da vida no planeta. Logo, um desenvolvimento sustentável pautado na sustentabilidade deve ser capaz de correlacionar o crescimento econômico à imperiosa salvaguarda do meio ambiente.

Por fim, no que diz respeito à dimensão ambiental, a preservação da natureza e seus recursos diversos, é medida que se impõe, a fim de que as presentes e futuras gerações possam usufruir de um meio ambiente adequado e equilibrado. Como disciplina Freitas: “quer-se aludir, com a dimensão [...] ambiental da sustentabilidade, ao direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo, em todos os aspectos (meio ecologicamente equilibrado, como diz o artigo 225 da CF)” (FREITAS, 2016, p. 68).

Importa salientar, que a sustentabilidade não se limita à aplicação no que tange ao meio ambiente. Isto porque o desenvolvimento sustentável prevê diretrizes que vão além do direito ambiental, a fim de propiciar, no que diz respeito ao processo, uma efetividade da tutela jurisdicional fornecida, em consonância com os direitos humanos.

3. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS DO PRESO

Os direitos humanos e fundamentais se consubstanciam em garantias essenciais e fundamentais à existência humana e ao seu desenvolvimento regular e digno. Assim, o bem estar do homem, bem como sua dignidade, constituem-se como o ápice, como direito máximo à condição de pessoa. “O termo direitos fundamentais se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado” (SARLET, 2010, p. 29). Nesse sentido, Silva expressa que:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se à princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas [...] (SILVA, 2018, p. 178).

Ainda no que tange à definição de direitos humanos e fundamentais, conclui-se que esses são assim compreendidos, em razão do próprio direito natural, vez que nasce “da premissa do direito à vida, que decorre do reconhecimento da dignidade de todo ser humano [e] [...] são universais, acima das fronteiras geopolíticas” (TSUNODA; BORGES, 2009, p. 68).

Cumpra salientar que os direitos humanos passam por uma catalogação, sendo divididos em dimensões³, as quais serão esmiuçadas a seguir.

A relação dos direitos humanos em dimensões decorre de um contexto histórico em que cada uma é observada de acordo com seu surgimento. As dimensões ainda são chamadas de gerações por alguns autores, embora tal expressão se mostre destoante da doutrina contemporânea. Com base no exposto, primordialmente, se faz necessária uma diferenciação acerca dos conceitos de dimensão e geração.

Destaca-se que, em se tratando dos teóricos adeptos à adoção de dimensão para referir-se aos direitos humanos, o termo gerações em detrimento da nomenclatura dimensões reforçaria a noção de superação dos direitos fundamentais, como se tais direitos fossem evoluções se comparados aos anteriores. Tal perspectiva vai em desencontro ao adotado atualmente, tendo em vista que não se pode utilizar os direitos de maneira excludente, mas sim de forma complementar, respeitando o direito atinente a cada época.

Os direitos humanos de primeira dimensão são os chamados direitos civis e políticos, os quais contemplam as liberdades individuais como direito à liberdade e à propriedade. Como explicita Tsunoda e Borges, “trata-se das liberdades de locomoção, propriedade, segurança, acesso à justiça, associação, opinião e expressão, crença religiosa, integridade física” (TSUNODA; BORGES, 2009, p. 68). Tais direitos tiveram seu

³ Em razão de recorte metodológico serão abordadas apenas as três primeiras dimensões.

surgimento a partir de conquistas liberais do século XVIII, organização política que previa a supremacia das liberdades individuais com a interferência mínima do Estado na vida do cidadão.

Nesse cenário, destaca-se a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, que surgiu a partir da Revolução Francesa e teve um papel importantíssimo no que concerne à universalização de direitos fundamentais, ainda que com cunho extremamente individualista. Neste sentido aponta Lucia:

não restam dúvidas que a influência dessa revolução na vida constitucional (tanto no ocidente como no oriente) representou um considerável progresso na história da asseveração dos valores fundamentais da pessoa humana. No entanto, [...] sendo ela um produto do século XVIII, por evidente que seja, seu cunho é nitidamente individualista, subordinando a vida social ao indivíduo e arrogando ao Estado a finalidade de preservação dos direitos individuais (LUCIA, 2002, p. 04).

Os direitos de segunda dimensão são os chamados direitos econômicos, sociais e culturais e surgiram através de uma postura mais ativa do Estado, como forma de suavizar as desigualdades perpetradas pelo sistema político anteriormente adotado. Dessa forma, observa-se que o Estado Social, então vigente, lançava mão de direitos de cunho prestacional a fim de permitir o alcance à igualdade material dos cidadãos.

Os direitos de terceira dimensão estão em consonância com os princípios da solidariedade e da fraternidade, são caracterizados pela transindividualidade destacando-se na defesa de direitos coletivos e difusos. Tais direitos surgiram “no período do pós-guerra do século XX e [são exemplificados] pelos direitos ao meio ambiente sadio, à paz, à independência, ao patrimônio genético intocável, ao desenvolvimento, autonomia e cultura dos povos” (LUCIA, 2002, p. 08).

Nesse contexto, destacam-se alguns documentos que trazem em sua redação a consagração do direito à dignidade da pessoa humana e suas conseqüentes garantias decorrentes da sua condição de pessoa.

O primeiro documento a ser observado é a Carta das Nações Unidas, estabelecida em 1945, e que prevê a preservação das gerações presentes e futuras, bem como a dignidade da pessoa humana de forma universal. Outro documento que desponta-se como de extrema relevância é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), considerado o marco da implementação dos direitos e garantias fundamentais do homem e que em seu artigo 1º disciplina que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, artigo 1º). Por fim, ressalta-se a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, a qual estabelece a

preservação da dignidade da pessoa humana, ainda que na condição de preso⁴.

Todos esses documentos destacam-se pela ênfase dada aos direitos humanos, em especial à preservação da dignidade da pessoa humana. Um ponto digno de nota e que se constitui como um dos principais objetos do presente estudo, consubstancia-se nos vastos erros formais que ocorrem nas execuções penais e que geram prejuízos substanciais para o preso. A título de exemplo, tem-se o erro na contagem de prazos, acarretando excessos no cumprimento da pena e configurando-se como flagrante violação aos direitos humanos e fundamentais do cidadão preso. Neste sentido, tem-se:

Ao analisar os processos, [...] frequentemente se dá conta de erros cometidos por cartórios, por exemplo, pela transposição equivocada de certas datas. Idealmente, o cartório deveria fazer esse trabalho com precisão e caberia ao MP – não ao defensor – zelar pela acuidade do processamento. No entanto, como os erros quase sempre acabam prejudicando o condenado, o trabalho de correção do processo se confunde com o trabalho de defesa (GODOI, 2017, p. 403).

Baseado no disposto acima, percebe-se que as secretarias dos Juízos, em face do acúmulo de processos e razões outras que não cabe trazer à baila, acabam cometendo erros que, por mais ínfimos que sejam, guardadas as devidas proporções, acabam

⁴ Nesse sentido, o inteiro teor da: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1984.

surtindo um efeito devastador na vida do detento. Elaboradas tais considerações, necessário se faz traçar o procedimento das execuções penais.

4. CONTORNOS ACERCA DAS EXECUÇÕES PENAIS

O processo de execução penal decorre do cumprimento de uma decisão proferida em uma ação penal, tendo por objetivo executar a pena imposta a determinada pessoa, garantindo-lhe que sejam observados todos os deveres e direitos a ela inerentes, consubstanciados na Lei nº 7.210/1984 – Lei de Execuções Penais (LEP). Conforme Lima e Peralles, a execução penal é:

Um conjunto de normas e princípios jurídicos, de natureza complexa, isto é, de direitos: constitucional, penal, processual penal e administrativo, que regulam e ensejam a concretização das sentenças condenatórias ou das que impuseram medidas de segurança, aos condenados, internados ou sujeitos a tratamento ambulatorial, respectivamente (LIMA; PERALLES, 2002, p. 13).

Cumprido salientar que o PJ padece de um problema efetivo de morosidade da justiça e conseqüente enfraquecimento da qualidade da tutela jurisdicional fornecida, fato que não foge à realidade executiva penal. Dentre outros fatores, após proferida a sentença de condenação do réu, uma guia de execuções penais deve ser criada, bem como toda montagem do processo instruído com

cópias da sentença, da denúncia, da certidão de trânsito em julgado da decisão, sem prejuízo de outras peças que julgar convenientes. Tal processo deve ser organizado pelo escrivão com ajuda de toda a secretaria do Juízo, como faz saber a disposição legal a seguir:

Artigo 105 da LEP. Transitando em julgado a sentença que aplicar pena privativa de liberdade, se o réu estiver ou vier a ser preso, o Juiz ordenará a expedição de guia de recolhimento para a execução (BRASIL, 1984).

Artigo 106 da LEP. A guia de recolhimento, extraída pelo escrivão, que a rubricará em todas as folhas e a assinará com o Juiz, será remetida à autoridade administrativa incumbida da execução e conterá: I - o nome do condenado; II - a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação; III - o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado; IV - a informação sobre os antecedentes e o grau de instrução; V - a data da terminação da pena; VI - outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário (BRASIL, 1984).

Assim, “não se pode esquecer que antes que as ações estejam prontas para o julgamento é necessário que elas passem por algumas etapas primárias, as quais envolvem pessoas para recebê-las nas secretarias e organizá-las” (GOMES; PINTO, 2017, p. 103).

Além disso, a própria LEP estabelece uma série de trâmites que podem ocorrer durante a execução da pena, alterando a situação fática do réu e necessitando de trabalho a mais pelo juiz e pelos servidores. A título de exemplo, tem-se a progressão ou regressão de regimes de cumprimento penal.

Insta observar que tal fenômeno ocorre por diversos motivos, com especial atenção, no presente trabalho, para a ausência de tecnologias que facilitem o procedimento das execuções penais em face do acúmulo de processos no PJ, fato que será melhor trabalhado no tópico que se segue.

5. EFETIVIDADE PROCESSUAL E CELERIDADE PROCEDIMENTAL

Percebe-se que o homem é um ser social e, como tal, necessita do convívio com outros indivíduos para garantir sua subsistência. Ao se ter tal premissa como verdadeira, nota-se que ao ser humano é imprescindível o estabelecimento de relações de convívio entre si, por meio da formação de grupos. Contudo, é natural que esse contato gere inúmeros conflitos em razão da própria natureza humana. Neste sentido, o direito surge como uma ferramenta de controle social, para regular as relações humanas e tutelar o direito material dos indivíduos.

A referida tutela é efetivada pela utilização do processo, aqui entendido o judicial, que se constitui como um procedimento em contraditório, com a presença de ampla defesa e de isonomia das partes. Dessa maneira, o processo é uma “instituição

constitucionalizada” (LEAL, 2012, p. 181), na medida em que se sustenta pelo devido processo legal garantido na CF/88 e “deve ser entendido como alavanca propulsora ou chave que aciona a inteligência coletiva para atuar cooperativamente na definição dos destinos da humanidade” (BODNAR, 2009, p. 104).

Ainda no que tange ao direito instrumental, foi introduzido na CF/88, pela Emenda Constitucional nº 45/2004, o inciso LXXVIII, do artigo 5º, que diz respeito à razoável duração do procedimento. Percebe-se que tal princípio é um conceito muito caro no que tange à discussão aqui pretendida, em razão do acúmulo quase asfixiante de processos judiciais, que decorrem de “n” motivos, impossibilitando, em regra, a aplicação plena desse direito fundamental/princípio/garantia processual⁵. Com isso:

[...] se não combatido o fenômeno da morosidade do Poder Judiciário na entrega da tutela jurisdicional, de modo a efetivar o princípio fundamental da razoável duração do procedimento, não será possível evidenciar o desenvolvimento do plexo da sustentabilidade, por falta de efetivação de sua dimensão jurídico-política (GOMES; FERREIRA, 2017, p. 110).

Importante ressaltar que, com o abarrotamento do PJ e a sobrecarga de trabalho, a tutela jurisdicional fica comprometida no

⁵ Não se pretende estudar a natureza jurídica da razoável duração do procedimento neste estudo, motivo pelo qual se considerou o instituto ora como princípio, ora como garantia processual, ora como direito fundamental.

que tange à sua efetividade e à qualidade. A título de exemplo, cita-se a pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em 2015, acerca da alta quantidade de processos em trâmite nas comarcas brasileiras. Depreendeu-se que o maior número de demandas está presente no primeiro grau de jurisdição e, em razão disso, sua efetividade é afetada (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias, 2015).

Um dos motivos da lentidão da justiça e, conseqüentemente, da ausência de efetividade da tutela jurisdicional, é a existência de trabalhos repetitivos e exaustivos que sobrecarregam o servidor e a ausência de infraestrutura dispendida para melhorar o PJ. Tem-se que “o fato das condições de trabalho no sistema judiciário estarem muito aquém do que se espera, [se dá] principalmente em virtude da falta de tecnologia e da carência de mão de obra” (GOMES; PINTO, 2017, p. 102). Posto isto, tendo em vista que todas essas alterações são feitas pelos servidores manualmente, ainda que em processo virtual eletrônico, o uso de tecnologias sofisticadas para atender às demandas da execução de pena mostram-se necessárias.

Nesta senda, novas tecnologias surgem como uma promessa de facilitar a vida dos servidores públicos, sendo capazes de executar ações repetitivas para que os funcionários possam se dedicar a tarefas mais sofisticadas. Tais tecnologias serão tratadas no tópico que se segue, ora relacionadas ao processo de execução penal.

6. O USO DE ALGORITMOS PARA VIABILIZAÇÃO DA CELERIDADE PROCEDIMENTAL NAS EXECUÇÕES PENAIS: UM CAMINHO PARA A EFETIVIDADE SUSTENTÁVEL

Em atendimento à necessidade do estabelecimento de novas técnicas, como apontado alhures, a IA desponta como uma tecnologia para aplicação do direito. Ela relaciona-se ao fato de atribuir às máquinas capacidade de pensarem como humanos ou chegarem a atingir um grau de sofisticação elevado para executar determinadas atividades.

Uma das primeiras contribuições para esse tipo de tecnologia foi o teste de Turing, que consistia em uma espécie de reprodução do homem pela máquina, por meio de uma conversa entre dois humanos e um robô, sendo que um dos humanos deveria identificar se quem falava era robô ou não⁶. Entretanto, nota-se que o ápice da IA se deu em 1956, quando John McCarthy, “um professor universitário, criou o termo para descrever um mundo em que as máquinas poderiam ‘resolver os tipos de problemas que hoje são reservados para humanos’” (ENTENDA..., 2016, internet).

Com os avanços da ciência, diversas melhorias foram implementadas. No que tange à IA, atualmente, um ramo muito estudado e que se constitui de essencial interesse para o direito é o algoritmo baseado no *Machine Learning* (ML), sistema “incrivelmente poderoso para fazer previsões ou sugestões calculadas com base em grandes quantidades de dados”

⁶ Para aprofundamentos, ver: ZILIO, 2009, p. 208-218.

(MONACO, 2017, internet). O recurso é extremamente interessante e trabalha com a lógica das “árvores de decisão”. Dessa forma, o controlador alimenta a máquina com informações relevantes, ela processa os dados obtidos e é capaz de se realimentar a partir de novos elementos inseridos, como aponta Valentini:

Em uma máquina computacional, a informação deve ser passada para o computador em meio digital (*bits*). Do mesmo modo, é necessário ter um mecanismo para a saída ou retorno dos dados trabalhados (*output*). Um algoritmo deve ter um ou mais meios para retorno dos dados, os quais devem estar relacionados de modo específico com o *input* [dados inseridos no algoritmo]. [...] O *output* decorre do *input*, sendo papel do algoritmo fornecer o retorno dos dados corretos a partir dos dados de entrada (VALENTINI, 2017, p. 42).

Ressalta-se que quanto melhor a qualidade das informações, mais qualitativo será o resultado obtido⁷. É justamente essa habilidade de realimentação da máquina que estabelece uma rotina de aprendizagem e que faz com que tal processo aprimore as decisões.

⁷ É importante destacar que os dados e informações inseridos no algoritmo não podem possuir ideias pré-concebidas ou julgamentos que possam influenciar de maneira negativa o resultado da análise, tais como cor de pele, opção religiosa e classe social, por exemplo.

No entanto, despontam-se diversos pesquisadores contrários à ideia de que de fato exista IA e que o computador seja capaz de realizar certas ações como humanos, ou melhor que eles. Tais pesquisadores acreditam que a máquina não tem capacidade de pensar e inventar algo, apenas reproduzem os dados que lhe são injetados. Neste sentido, Cossa dispõe que “sem o operador humano que elabora o programa e coloca em código, a máquina não pode fazer nada. Sem que o operador humano leia e interprete o resultado, a máquina é inútil” (COSSA, 1957, p. 90)⁸.

Alguns autores alertam, ainda, para o perigo da utilização das máquinas, tendo em vista que ela pode levar o cidadão a erros cabais. Nesse sentido se destaca O’Neil, a qual apresenta alguns modelos de ML como sendo armas de destruição matemática, a partir do momento em que possuem três elementos: obscuridade, escala e dano. Ela acredita que as informações reservadas em bancos de dados obscuros e misteriosos, combinado a uma atuação do algoritmo em escala, pode causar danos gigantescos para a humanidade, especialmente para os mais pobres. Dessa forma, argumenta a autora utilizando como exemplo a crise financeira de 2008 ocorrida nos Estados Unidos da América (EUA), em decorrência de facilitações de créditos imobiliários que contou com a forte presença de algoritmos para as especulações nas bolsas de valores. Assim:

⁸ Tradução livre de: “*Sans l’opérateur humain qui elabore le programme et le met em code, la machine ne peut rien. Sans l’opérateur humain qui lit et interprète le résultat, la machine ne sert à rien*”.

Paradoxalmente, os algoritmos supostamente poderosos que criaram o mercado, os que analisaram o risco em parcelas de dívida e classificou-os em títulos, acabou por ser inútil quando chegou a hora de limpar a bagunça e calcular o que todo o papel valia de fato. A matemática poderia multiplicar os problemas, mas não poderia decifrá-la. Este foi um trabalho para os seres humanos (O'NEIL, 2016, p. 43)⁹.

Todavia, cumpre estabelecer, que o objetivo deste artigo é reservar as tarefas mais complexas para os humanos, deixando os algoritmos responsáveis apenas por atividades singelas do cotidiano forense. Ao pensar uma aplicação prática dessa espécie de IA com o fito de resolver o problema da execução penal, se faz necessária a instauração de um algoritmo capaz de, alimentado com alguns dados fidedignos, fornecer elementos de distinção das execuções, sendo programado para analisar requisitos para progressão, regressão de regime, detração da pena, prazos de abatimento de pena, através do trabalho e/ou do estudo, dentre tantas movimentações que assolam as varas de execução, em especial as secretarias desses Juízos.

Com isso, objetiva-se gerar o que se conhece atualmente como efetividade sustentável, já que “[...] a efetividade da tutela

⁹ Tradução livre de: “*Paradoxically, the supposedly powerful algorithms that created the market, the ones that analyzed the risk in tranches of debt and sorted them into securities, turned out to be useless when it came time to clean up the mess and calculate what all the paper was actually worth. The math could multiply the horseshit, but it could not decipher it. This was a job for human beings*”.

jurisdicional e a razoável duração do processo, hoje erigidos a direito fundamental do cidadão [...], têm íntima relação com o princípio, atualmente simbólico, do desenvolvimento sustentável, não aplicável apenas ao direito ambiental” (GOMES; PINTO, 2017, p. 84). Depreende-se de tal afirmação que um processo efetivamente sustentável deve se pautar pela qualidade da tutela fornecida, atributo que é concebido a partir do condão estabelecido entre os princípios constitucionais e a celeridade procedimental (GOMES; PINTO, 2017, p. 100).

Pensa-se que o plexo de sustentabilidade nos processos de execução de pena será alcançado graças a implementação de algoritmos, que farão, a partir de chaves previamente programadas, as tarefas menos sofisticadas na execução penal, para que as mais complexas sejam realizadas por humanos de forma mais atenta, sustentada, aprimorada e com a tão almejada qualidade na tutela jurisdicional. Essa medida também impedirá que injustiças sejam perpetradas nas Varas de Execução Penal, evitando, de modo eficaz, que pessoas permaneçam presas por mais tempo do que o determinado, o que acaba por efetivar também as dimensões social, econômica, ética e jurídico-política da sustentabilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O PJ brasileiro conta, atualmente, com uma carga extensa de processos acumulados, estejam eles estagnados ou não. Diversas ações são ajuizadas diariamente, contribuindo ainda mais para o aprofundamento da asfixia judicial (taxa de congestionamento). Diante desse quadro, buscou-se verificar quais as soluções cabíveis

para a diminuição dos processos na execução penal, bem como a redução de erros procedimentais que acarretam violação dos direitos humanos do preso, utilizando-se de tecnologias modernas e sofisticadas, em especial a IA, por meio de algoritmos.

Em um primeiro momento, foi apresentado o conceito de desenvolvimento sustentável, enfatizando as dimensões da sustentabilidade, concluindo-se que a sustentabilidade não diz respeito apenas ao meio ambiente, aplicando-se, no presente estudo, ao processo de execução penal. Em um segundo momento, estabeleceu-se o conceito de direitos humanos e fundamentais, com apresentação das três dimensões dos direitos humanos e diferenciação entre as nomenclaturas dimensão e geração. Posteriormente, foram apresentados documentos importantes no que tange à proteção dos direitos humanos e traçadas algumas violações dos direitos dos presos.

No terceiro tópico delineou-se acerca do procedimento de execuções penais, sua conceituação e natureza jurídica. No quarto tópico, definiram-se as causas de aumento das litigiosidades, a partir de uma análise quanto à natureza do homem e seu natural comportamento conflituoso, bem como estabeleceu uma breve análise acerca do processo em geral, entendido como procedimento em contraditório. Logo após, passou-se a um exame geral no que tange às novas tecnologias que podem ser, e são, aplicadas ao direito para facilitar a vida dos juristas.

Buscou-se, ainda, avaliar a morosidade judicial a partir dos processos de execução penal. Verificou-se que uma das causas da demora da tutela jurisdicional nesse ramo é a ausência de

tecnologias que auxiliem o servidor no comando de tarefas repetitivas e menos complexas, para que ele possa se dedicar a atividades que exijam um nível de sofisticação mais aprimorado.

Ato contínuo constatou-se a aplicação de novas tecnologias no direito, especialmente no campo da execução da pena. Conceituou-se IA e algoritmos, bem como foi dada uma singela explicação a respeito da técnica mais propícia a ser adotada nesse ramo, em razão da excelência do seu processo inteligente que consegue, a partir de uma amostragem, criar modelos mais consistentes de aplicação, com base em um processo de realimentação de dados.

Por fim, diante de todo o exposto, a solução para o dilema apontado no início da pesquisa logrou êxito, na medida em que é possível, ao menos em nível teórico, estipular os parâmetros de abrangência da IA, com a criação do algoritmo baseado no processo de ML, bem como de padrões específicos para serem aplicados ao processo de execução da pena. O objetivo será torná-lo mais efetivo, em consonância com os ditames constitucionais e, conseqüentemente, atento ao desenvolvimento sustentável, obstando, ainda, que apenados fiquem presos imotivadamente por mais tempo do que o imputado.

REFERÊNCIAS

BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Estudo das condutas de aplicação do desenvolvimento sustentável por comunidades quilombolas de Piratini. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 14, nº 30, p. 317-340, set./dez. 2017. Disponível em:

<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/1024/686>>. Acesso em: 20 jun. 2018.

BODNAR, Zenildo. Os novos desafios da jurisdição para a sustentabilidade na atual sociedade de risco. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, nº12, p. 101-119, jul./dez. 2009. Disponível em:

<<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/19>>. Acesso em: 17 jun. 2018.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Departamento de Pesquisas Judiciárias. Justiça em números 2015: ano-base 2014. CNJ, Brasília. 2015. Disponível em:

<<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-juris-dicao/dados-estatisticos-priorizacao>>. Acesso em: 23 abr. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, out. 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao.htm>. Acesso em: 24 abr. 2018.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 jul. 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 13 jul. 1984. Disponível

em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L7210.htm>.

Acesso em: 24 abr. 2018.

COSSA, Paul. **La Cybernétique**: du cerveau humain aux cerveaux artificels, Paris: Masson ET C. Éditeurs, 1957.

ENTENDA os principais conceitos e o que é inteligência artificial.

Salesforce, São Francisco. 2016. Disponível em:

<<https://www.salesforce.com/br/products/einstein/ai-deep-dive/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GODOI, Rafael. O controle da pena: presos, defensores e processos nos circuitos do sistema de justiça. **Dilemas**: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, Rio de Janeiro, v. 10, nº 3, p. 389-411, set./dez. 2017.

GOMES, Magno Federici; FERREIRA, Leandro José. A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, nº 52, v. 2, p. 93-111, maio/ago. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

GOMES, Magno Federici; PINTO, Wallace Douglas da Silva. A efetividade e sustentabilidade do processo em foco: análise dos dados estatísticos da Justiça Comum do estado de Minas Gerais, no período de 2003 a 2013, e o meio ambiente. In: CHAVES, Luis Cláudio da Silva; FERRAZ, Egmar Souza (Orgs). **O processo civil moderno**: em homenagem ao professor Raimundo Cândido

Júnior. Brasília: Conselho Federal da OAB, 2017. Cap. 5, p. 77-109.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo: primeiros estudos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

LUCIA, Margo Mattes Santa. **A violação dos direitos humanos dos presos**. 67f. Monografia (Bacharelado em Direito). Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2002. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/49474/M182.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

MONACO, Juliana. 10 Algoritmos de Machine Learning que você precisa conhecer. **Semantix AIJUS**, São Paulo. 2017. Disponível em: <<http://www.semantix.com.br/10-algoritmos-de-machine-learning/>>. Acesso em: 26 abr. 2018.

O'NEIL, Cathy. **Weapons of math destruction: how big data increases inequality and threatens democracy**. New York: Crown, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/Samsung/Downloads/Weapons%20of%20Math%20Destruction%20Cathy%20O'Neil.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Convenção contra a tortura e outro tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes**. 1984. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/tortura/convencao_onu.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 06 abr. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

TSUNODA, Fábio Silva; BORGES, Débora Cristiane de Almeida. Direitos humanos e democracia no Brasil, perspectivas para a segurança pública. In: SOUZA, Luís Antônio Francisco de (Org.). **Políticas de Segurança Pública no estado de São Paulo: situações e perspectivas a partir das pesquisas do Observatório de Segurança Pública da UNESP**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2009. p. 63-76. Disponível em: <<http://www.santoandre.sp.gov.br/pesquisa/ebooks/344578.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

VALENTINI, Rômulo Soares. **Julgamento por computadores?** As novas possibilidades da juscibernética no século XXI e suas implicações para o futuro do direito e do trabalho dos juristas. 150f. Tese (Doutor em Direito do Trabalho). Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2017.

ZILIO, Diego. Inteligência artificial e pensamento: redefinindo os parâmetros da questão primordial de Turing. **Ciência e Cognição**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 208-218, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.cienciasecognicao.org/revista/index.php/cec/article/view/33>>. Acesso em: 24 abr. 2018

DIREITOS CULTURAIS E EPISTEMOLOGIA

CULTURAL RIGHTS AND EPISTEMOLOGY

Marcelo Kokke¹

RESUMO: A compreensão dos bens culturais e sua proteção, por meio dos direitos culturais, está afeta ao redimensionamento epistemológico. A epistemologia dominante é excludente, traça parâmetros de desprendimento fundados em um modelo racionalista denominado por Charles Taylor de dominante ou hegemônico. A partir da crítica ao modelo dominante empreendida por Taylor, é possível compreender o ser humano como ser autointerpretativo, articulado em seu contexto de interação racional enlaçado ao expressivismo. Apoiado na linha metodológica crítico-propositiva e em viés expositivo, os bens culturais assim como os direitos culturais são redesenhados para um caráter ativo de projeção e efeitos. Os direitos culturais passam a ser articulados para concentrar a perspectiva do ser humano de se autorreconhecer e autoidentificar em contato com a diversidade, em contato consigo mesmo, proporcionando a efetivação de sua natureza autointerpretativa.

¹ Pós-doutor em Direito Público - Ambiental pela Universidade de Santiago de Compostela – ES. Mestre e Doutor em Direito pela PUC-Rio. Especialista em processo constitucional. Pós-graduando em Ecologia e Monitoramento Ambiental. Procurador Federal da Advocacia-Geral da União. Professor de Direito da Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor de Pós-graduação da PUC-MG. Professor da Escola da Advocacia-Geral da União. Professor do IDDE – MG. Membro da Associação dos Professores de Direito Ambiental do Brasil. Membro da Academia Latino Americana de Direito Ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Autointerpretação; Bens culturais; Charles Taylor; Direitos culturais; Epistemologia.

ABSTRACT: The understanding of cultural goods and their protection, through cultural rights, is affected by the epistemological resizing. The dominant epistemology is exclusive, traces parameters of detachment based on a rationalist model denominated by Charles Taylor of dominant or hegemonic. From the critique of the dominant model undertaken by Taylor, it is possible to understand the human being as a self-interpretive being, articulated in its context of rational interaction linked to expressivism. Based on the critical-propositional methodological line and expository bias, cultural goods as well as cultural rights are redesigned for an active character of projection and effects. Cultural rights begin to be articulated to focus the perspective of the human being to self-recognize and self-identify in contact with diversity, in contact with himself, providing the realization of his self-interpretative nature.

KEYWORDS: Self-interpretation; Cultural assets; Charles Taylor; Cultural rights; Epistemology.

SUMÁRIO:

Introdução.

1. Crítica epistemológica em Charles Taylor.
2. O expressivismo e o ser humano como ser autointerpretativo.
3. Os direitos culturais como direitos à autointerpretação.

Considerações finais.

Referências bibliográficas

INTRODUÇÃO

O presente trabalho se concentra em três núcleos de desenvolvimento fundamentais, entrelaçados e argumentados de forma a permitir uma visualização da compreensão epistemológica a partir das diretrizes desenvolvidas por Charles Taylor com o objetivo de proceder à análise dos direitos culturais. A compreensão epistemológica nas matrizes taylorianas proporcionará um redirecionamento no enquadramento do ser humano para com o mundo que o envolve, e assim situa os direitos culturais não como manifestações periféricas e suportadas pela razão, mas sim como componente elementar à própria identificação do ser humano em sua realização, inclusive em uma perspectiva de teoria do conhecimento.

O trabalho se inicia pela crítica de Taylor em prol da superação da epistemologia, no sentido e forma como a ela é compreendida em balizas racionalistas excludentes, abordando as características determinantes do modelo epistemológico dominante. A referência à epistemologia dominante é adotada para nomear a perspectiva teórica que se infiltrou em proeminência na contemporaneidade e colonizou o senso comum e científico da civilização ocidental. Taylor se contrapõe a esse eixo hegemônico. Em sequência, aborda-se a configuração do ser humano como ser autointerpretativo e a influência das bases epistemológicas na realização da compreensão humana não-fragmentada em favor de rechaçar a rotulação do ser humano como ser puramente racional,

no que tange à perspectiva monológica e envolta em solipsismo que por vezes a encobre.

Busca-se compreender o ser humano a partir da perspectiva de ser no mundo, ser em expressividade, e aqui situar os direitos culturais não como um apanágio de simples tolerância da diversidade de manifestações, mas sim em base sustentadora da manifestação humana em articulação interpretativa. Almeja-se desta forma viabilizar a manifestação da liberdade individual em suas dimensões mais complexas, mas fora de marcos mecanicistas ou atomistas. Situar os direitos culturais em uma busca de novos padrões de compreensão e identidade é situar os direitos culturais como permeados de sentido pela virada expressivista.

Não aspira ao presente trabalho a discorrer sobre a teoria tayloriana em sua ampla extensão, proposta que embora instigante revela-se como árdua e para além das proposições a que este se volta. A linha metodológica que se utiliza é a crítico-propositiva, sempre articulada com um viés expositivo para a caracterização da abordagem de Taylor. Perceber a manifestação humana em um contexto compreensivo que envolve o padrão epistemológico acolhido no tempo e no espaço e as repercussões que isso acarreta à autovisão do ser humano em coletividade, exaltando-se a figura dos direitos culturais, leva-nos a interrogações diretas: 1) como se orienta a epistemologia dominante segundo a crítica de Taylor? 2) qual a posição de Taylor e como ela se sustenta? 3) em que consiste a compreensão do ser humano como ser autointerpretativo? 4) em que consiste a virada expressivista e como ela orienta a perspectiva de visualização dos direitos culturais?

2. CRÍTICA EPISTEMOLÓGICA EM CHARLES TAYLOR

O modelo de compreensões e conhecimentos propagado na modernidade e na contemporaneidade enraíza-se em uma verdadeira luta do ser humano contra si, enfeixando argumentações e formulações que se destinam a veicular os mesmos efeitos de um colírio ardente e dissipador dos obstáculos a uma visão clara do conhecimento, límpida e certa. Por vezes, postulou o ser humano contra o próprio ser humano, como se fosse ele o empecilho à conquista do conhecimento resplandecente e imaculado, ao que o maior dos desafios chegou a ser afastar o elemento humano (considerando sua instabilidade) para alcançar-se a possibilidade do conhecimento da verdade. Olvidando que o conhecimento somente se produz e reproduz em uma escala humana, o modelo epistemológico dominante constantemente assumiu o ser humano como seu desafio a ser superado, ao invés de assumi-lo como seu pressuposto.

Aprisionado em padrões conceituais e classificações ávidas de neutralidade, pretensamente amparadas em solidez empírica, o ser humano lançado foi em um empreendimento de decantação, com vistas a possibilitar a realização de bases representacionais do conhecimento. A epistemologia moderna, denominação por vezes utilizada por Taylor (2000), igualmente caracterizada por Boaventura de Sousa Santos (2005) como hegemônica, assume o perfil acima traçado, constituindo-se em um modelo de racionalidade fundado na revolução científica do século

XVII, e desenvolvido nos séculos que se seguiram, caracterizado essencialmente pelos ditames metodológicos das ciências naturais. As bases epistemológicas até então prevalentes centravam-se no modelo aristotélico, no qual a apreensão se efetiva pelo conhecimento de causas, dos fatores que ocasionam determinado fato ou constatável propriedade, permissivos assim da captação da essência necessariamente existente. Para Taylor, o modelo aristotélico pode ser caracterizado como participacional, ao que a mente participa do objeto conhecido, não se restringindo a descrevê-lo:

A mais importante concepção tradicional era a de Aristóteles, de acordo com o qual quando chegamos a conhecer algo, a mente (*nous*) forma unidade com o objeto do pensamento. Isso naturalmente não quer dizer que estes se tornem materialmente a mesma coisa, mas que mente e objeto são informados pelo mesmo *eidos*. (2000, p. 15)

As limitações explicativas da realidade e os novos padrões cientificistas fizeram por emergir a epistemologia moderna em contraste e repúdio às construções aristotélicas. Apoiando-se em uma racionalidade científica inabalável, o padrão de racionalidade moderno, exaltado principalmente a partir do século XIX, vislumbra o senso comum e os estudos humanísticos como potencialmente perturbadores do conhecimento, conforme destaca Boaventura de Sousa Santos (2005, p. 60-61). Os saberes tradicionais, a expressão da cultura como uma face que intercadeia

e completa a ciência é repelida pela perspectiva de ciência tradicional, como destaca Leff (2009).

As ciências naturais são assumidas como um padrão para a cientificidade, as leis naturais revelam-se como a construção calcada em base empírica, positiva do saber ordenado cientificamente. O conhecimento científico somente é possível por meio do positivismo de que são dotadas as ciências naturais, solidificando-se em bases excludentes, em um repúdio mesclado com desprezo por aquelas composições que não perfilhassem o modelo de recepção e assimilação representativo desenhado em um quadro-filtro da teoria do conhecimento. É neste sentido que José Ricardo Cunha (2002) refere-se a uma acomodação do pensamento, a uma padronização do mesmo em estandartes de manifestação e aceitação. O padrão epistemológico assume-se em mecanicismo de premissas construídas e endereçamentos exaustivos que permitiriam um fundacionismo das explicações. A epistemologia aprisiona o próprio conhecimento, e assim tem-se o próprio ser humano aprisionado em um padrão teleguiado de reconhecimento que se afasta da humana para fins de legitimar-se. A imagem de uma necessária ligação entre ciência e valorização dos bens culturais é praticamente inviabilizada nesse roteiro. José Ricardo Cunha destaca:

O sujeito livre da história parece ter sido aprisionado no reino da natureza onde os acontecimentos são definidos não pela liberdade, mas pela necessidade, onde não há possibilidade de escolha, apenas de

contemplação de uma condição que não é construída, mas necessariamente dada pelas circunstâncias; da mesma maneira que ocorre na lógica analítica em que o pensamento não é livre para escolher ou deliberar, mas apenas conclui um resultado necessário da articulação de premissas. (2002, p. 301)

Perde-se o ser humano enquanto agente definidor de sua essência histórica, ao que a essência humana passa a ser formulação alheia à própria autonomia, em pré-definição estipulada e trilhada em enquadramentos conceituais. Segundo Hilton Japiassu (1978) o ser humano passa a se afirmar obliquamente em uma limitação modeladora, auferida em potencial afastamento da contaminação de contingências e contextualizações. Esse modelo confronta-se justamente por tender a uma inviável redução do ser humano ou da ciência a postulados prévios e formatados em coisificação, em dimensão estática estereotipada. Destaca Japiassu:

O homem cai em sua própria armadilha, pois passa a ser ordenado às suas próprias obras, cuja paternidade lhe é recusada. Torna-se presa daquilo que o ultrapassa. Fica submetido a uma lógica que não é a lógica da história, mas a lógica de um pensamento de ninguém, pois o cientista se anula diante de seu saber. (1978, p. 10)

Neste contexto, emerge a crítica tayloriana, pregando o autor canadense a necessidade de superação da epistemologia, não para destruição, mas uma superação com afastamento

argumentativamente sustentado das bases que amparam a construção do conhecimento e da própria compreensão como celas que encarceram o ser humano e o mundo vivido. O ataque argumentativo de Taylor dirige-se ao racionalismo, especialmente ao intelectualismo. Uma das possíveis formas que o racionalismo assume é o intelectualismo. A partir da razão, o intelecto estrutura em percepção os conceitos da realidade, desprendendo-se desta e forjando-se em autônomo.

Lado outro, a direção dos argumentos de Taylor igualmente repele o comprometimento epistemológico gerado pelo empirismo, o qual por vezes afasta o racionalismo ou maquia-se enquanto tal. A superação da epistemologia em Taylor consiste no transpasse da epistemologia hegemônica em prol de uma nova concepção epistemológica. Taylor procura uma naturalização da epistemologia, a fim de que "a privemos de seu caráter apriorístico e a consideremos uma ciência entre outras, um de muitos setores mutuamente dependentes de nosso quadro do mundo" (2000, p. 14). É neste sentido que ele se apoia sobre a perspectiva heideggeriana de "trazer-à-luz", de revelar suportes ocultados ou ignorados pela epistemologia que identifica como dominante, inclusive quanto à complexa interação conhecedor-conhecido. Em via de consequência, o dualismo compreensivo, pertinente ao ser humano como agente conhecedor apartado de sua cumulada situação de objeto conhecido, é rejeitado pela teoria tayloriana.

A articulação dos bens culturais como coligados necessariamente ao prisma de ciência e percepção de mundo permite justamente o trazer à luz, o revelar como o perfil histórico

e compreensivo do ser humano afeta as próprias matrizes científicas de uma sociedade. Os bens culturais não são assim objetos de ação, são agentes de influência, influência por vezes ignorada por não ser articulada. O racionalismo, particularmente o intelectualismo, a que dirige Taylor seu ataque, caracteriza-se por pilares centrais, funcionais na sustentação da visão epistemológica dominante. Constituem referidos pilares o fundacionismo, a concepção representacional (repercutindo no mecanicismo), o atomismo e o desprendimento (repercutindo este na neutralidade e objetivação).

A epistemologia dominante ascende em uma crença que Taylor (2000) denomina por "empreendimento fundacional". As reivindicações de verdade estariam sujeitas a uma disciplina estabelecida em filtro de aprovação, cujo resultado depende da sustentação diante do padrão de conhecimento. O estabelecimento de uma fonte de reconhecimento do conhecimento, fonte última e inconsútil em caráter apriorístico, erige-se como o próprio núcleo temático da epistemologia. A perspectiva intelectualista procura um conhecimento seguramente fundado: a explicação seria uma auto-homologação da conclusão, tal qual um selo de aptidão, derivado do procedimento de avaliação epistemológica. Em correlação com o fundamento de emanção do conhecimento, apresenta-se a concepção representacional, caracterizada com a fixação de um quadro do mundo, dotando a ciência de um arquétipo mecanicista de apreciação da realidade.

As expressões do mundo externo são captadas em uma postura passiva, em observação, sujeitas a uma triagem intelectual que executa rotulações de sentido segundo a própria representação

previamente ornamentada. Neste sentido, afirma Taylor que o conhecimento se posta mecanicamente, aliando-se à representação, lançando a compreensão em uma seqüencial "recepção passiva de impressões do mundo externo" (TAYLOR, 2000, p. 16). Desta forma, o mecanismo que permite o conhecimento imprime-se pela existência externa ao ser humano em uma seqüencial captação desta exterioridade, por meio de estruturas representacionais. Esse marco epistemológico mitiga e circunscreve os bens culturais, tal como renega a valia dos saberes tradicionais.

Ainda sob influência de Descartes, o conhecimento atrela-se a determinado método confiável e proporcionador de certeza e evidência. A certeza é encontrada em um trabalho mental de verificação, na própria mente humana, o qual perquire o fundamento do conhecimento. A mente deve ser destacada do corpo, é preciso evitar erros e purificar o conhecimento, decantar o conhecimento em relação ao próprio ser humano. Aduz Taylor: "o próprio fato da clareza reflexiva tende a aprimorar nossa posição epistêmica, desde que se entenda o conhecimento em termos representacionais" (2000, p. 17).

Para o mecanicismo o "pensar é um evento realizado num corpo entendido mecanicamente" (2000, p. 79). A concepção representacional, o fundacionismo e o mecanicismo coligam-se em um arquétipo de purificação do conhecimento face o risco das impressões humanas, deturpadoras e fonte de insegurança inaceitável frente à perquirição da verdade. Enfeixando-se em um padrão autocomplementado, a epistemologia dominante atrela-se a noções vinculadas, proporcionando a concepção representacional

e o fundacionismo a imagem do sujeito como idealmente desprendido, livre e racional, separado e imunizado dos mundos natural e social, não dependendo sua identidade ou seu pensamento do que está fora dele. A identidade proporcionada pela vinculação do ser à cultura é fenômeno arredo ao padrão evolutivo científico, sob essa linha de pensamento.

A primeira noção emerge originalmente no dualismo clássico, em que o sujeito se aparta até mesmo de seu próprio corpo, que ele pode olhar como objeto, mas continua depois da queda do dualismo na atual exigência de uma ciência neutra e objetificante da vida e da ação humanas. (TAYLOR, 2000, p. 19)

A visão racionalista proporcionou um modelo de pensamento desprendido, desvinculado do próprio ser humano em contexto, arguindo a partir daí o alcance da neutralidade, que prevê uma irrelevância avaliativa em relação ao objeto, buscando apenas o registro científico e da objetividade, na qualidade de apreensão do mundo tal como ele é com a própria procura da condição subjacente das coisas. A epistemologia desaguaria aqui na figura de um *self* desprendido, ou seja, do "eu" como identidade do agente destituído de um contexto histórico-cultural ínsito à compreensão, afastado da experiência corporificada, pois são esses fatores alheios à concepção representacional. Patrícia Mattos mapeia o conceito, vindo a afirmar que "por *self* desprendido deve-se entender o *self* construído fora de suas fontes morais, tornando, dessa forma,

invisível a configuração moral que o constituiu" (MATTOS, 2006, p. 35).

Desenvolve-se aqui uma visão pontual do *self*, idealmente configurado como livre e racional diante dos mundos natural e social em que está envolvido. O conhecimento tomado pelo desprendimento deságua na trilha atomista de apreciações da sociedade como que construída com propósitos individuais, ou explicável em função da própria individualidade não encadeada em intersubjetividade. O entrecruzamento dos pilares do modelo epistemológico dominante proporciona uma teia aparentemente fechada e coesa, estabelecendo um padrão de compreensão que se infiltra mesmo no senso comum. É neste sentido que Taylor afirma que o modelo racionalista em questão possui o ônus da prova a seu favor:

Quando digo que esse modelo racionalista penetrou no senso comum, digo em parte que a primeira reação da maioria das pessoas quando lhes é pedido que teorizem sobre o pensamento toma a forma desse modelo, porém afirmo ainda que ele se beneficia de ter o ônus da prova a seu favor. Isto é, sua posição é a padrão. Faz-se necessário elaborar fortes argumentos filosóficos para convencer as pessoas a pensar sobre isso de outro modo, para fazê-las recusar algo que parece óbvio. Mas na ausência de uma refutação com esse feito, o modelo não precisa de defesa. (TAYLOR, 2000, p. 81)

A elaboração dos argumentos de Taylor para confrontar a epistemologia dominante parte de expoentes filosóficos na cultura ocidental, trilhando um caminho de síntese construtiva direcionada a lançar seus pilares *par terre*. Segundo Taylor, os quatro pensadores mais importantes na crítica à epistemologia são Hegel, Merleau-Ponty, Wittgenstein e Heidegger. Consideram-se aqui dois pontos argumentativos substanciais. O primeiro se refere ao pressuposto do reconhecimento como experiência a respeito de algo, algo este que demandaria sua prévia compreensão. O segundo argumento, referente às representações, afirma que sendo as representações afetas a um objeto, vinculadas estão em um relacionamento entre si.

Apesar dessa mudança extremamente importante do centro de gravidade daquilo que tomamos como ponto de partida, há uma continuidade entre Kant e Heidegger, Wittgenstein ou Merleau-Ponty. Todos eles partem da intuição de que esse fenômeno central da experiência, ou o 'trazer-à-luz', não é tornado inteligível na concepção epistemológica, nem em sua variante empirista nem racionalista. A concepção epistemológica oferece um relato de estágios do conhecedor que consiste num amálgama em última análise incoerente de duas características: (a) esses estados (as idéias) são autocontidos no sentido de que podem ser acuradamente identificados e descritos em abstração do mundo 'exterior' (trata-se naturalmente de um ponto essencial para todo

o impulso racionalista de verificação reflexiva das bases do conhecimento); e (b) eles assim apontam para as coisas desse mundo exterior e as representam. (TAYLOR, 2000, p. 20-21)

Superar a epistemologia dominante em Taylor converte-se na tarefa de solucionar a incoerência ínsita àquela, demonstrando a falível alegação de abstração para com o mundo exterior assim como a insuficiência do desprendimento e da representação. Podem-se visualizar duas formulações que são tomadas por Taylor para desenvolvimento e ataque ao padrão epistemológico dominante, o "trazer-a-luz" e o "estar-no-mundo", ambos afetos ao desenvolvimento filosófico de Heidegger (2002). Igualmente, municia-se Taylor em Wittgenstein (1994), construindo assim um arcabouço argumentativo abastecido pela teoria da linguagem, amparando-se na virada linguística ou giro hermenêutico. Explicita Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz a dimensão do giro hermenêutico, que proporcionou a reorientação do processo de compreensão humana:

no lugar de investigações em torno do método mais seguro para que se possa obter sucesso no conhecimento, a atividade hermenêutica passou a investigar o que efetivamente acontece em todo processo de compreensão humana, porque esta é a estrutura própria do homem inserido no mundo. (DINIZ, 1998, p. 212)

Lançando-se através da teoria da linguagem enquanto núcleo da compreensão, Taylor renega o atomismo de sentido, que consistia na visão de que as palavras recebem sentido por estarem vinculadas com um objeto numa relação de nomeação ou significação. Os significados não são oriundos de uma representação imputada e pré-definida, mas sim estão imersos no contexto da própria vida, no contexto do próprio mundo, lançando a representação para uma imersão de sentido vivenciado. Os significados são afetados pela projeção e composição de sentido que os bens culturais projetam em sociedade.

A ideia de que o significado de uma palavra consiste apenas em sua relação ao objeto que nomeia, concepção atomista por natureza, cai por terra quando se percebe que essa relação se apóia numa compreensão advinda de um 'pano de fundo', não tendo sentido sem ela. Mas a compreensão não se refere a ações individuais, mas aos jogos de linguagem em que estas figuram e eventualmente a todo o modo de vida em que esses jogos têm sentido. (TAYLOR, 2000, p. 87)

A ofensiva à epistemologia dominante está desenhada. O "estar-no-mundo", a contextualização histórico-cultural, impede que se admita as bases da concepção representacional. A representação destaca a compreensão do sujeito como situado mundo, histórica e culturalmente influenciado, presumindo-se para além do próprio mundo existencial. Entretanto, a própria representação igualmente está situada histórico-culturalmente. É

nessa dinâmica que os bens culturais assumem o relevo da afirmação do sentido e da identidade, assim como influem nos saberes tradicionais e nos ditos saberes científicos.

É nesta linha de interpenetração que Taylor afirma que "podemos traçar uma nítida linha entre meu quadro de um objeto e esse objeto, mas não de minhas relações com o objeto e esse objeto" (2000, p. 24). O atomismo é afastado pela própria condição de compreensão e orientação em engajamento, pois a interação produtora do contínuo fazer-sentido situa-se não no interior do ser humano, mas na vida em coletividade, na sociedade. A construção tayloriana caracteriza o agente humano como finito e engajado, proporcionando a libertação do racionalismo a partir da contextualização do ser humano em determinado pano de fundo. Os bens culturais integram a arquitetura compreensiva da conexão humana entre o passado, o presente e o futuro, confrontando o aspecto desprendido para enfatizar o potencial de articulação, mesmo que fragmentada.

É nesse sentido que desejo usar o termo 'pano de fundo'. Trata-se daquilo que não só não percebo, como não percebo o que se passa neste momento do outro lado da lua, porque ele torna inteligível aquilo que incontestavelmente percebo, como, ao mesmo tempo, não o percebo explícita e focalmente, porque esse status já é ocupado por aquilo que ele está tornando inteligível. Outra maneira de enunciar a primeira condição, a de que não percebo o pano de fundo, é dizer que este

constitui aquilo que sou capaz de articular, ou seja, aquilo de que posso tirar a condição de facilitador contextual implícito e não-dito – em outras palavras, aquilo que posso tornar articulado. Nessa atividade de articulação, aproveito minha familiaridade com o pano de fundo. (2000, p. 81)

A compreensão situada no pano de fundo não se efetiva em uma dimensão individual insular, está enlaçada em práticas e ações intersubjetivas, em uma síntese coletiva produtora e receptora, em constante mutabilidade. A consideração do pano de fundo envolvendo a própria compreensão e sua condição de espaço intersubjetivamente compartilhado afasta uma apreciação monológica do engajamento do agente, remetendo a uma apreciação dialógica de ações, a qual informa, conforma e reforma sua própria identidade em uma pertinência coletiva, contrária ao atomismo. Para Taylor (1997), a conformação em identidade do ser engajado está afeta à coletividade e seu contexto. Assim, não é possível entender o estreito vínculo entre identidade e o reconhecimento de forma monológica, posto que "a característica crucial da vida humana é seu caráter fundamentalmente dialógico" (ARAÚJO, 2004, p. 175).

3. O EXPRESSIVISMO E O SER HUMANO COMO SER AUTOINTERPRETATIVO

A superação da epistemologia dominante acarreta considerações profundas sobre a própria confecção da imagem

humana, sobre o enquadramento do ser humano como animal racional, baluarte do racionalismo e afeiçoada pelo intelectualismo. A crítica à pretensa pureza racional do ser humano é algo consequencial da teoria tayloriana. Na obra *"As Fontes do Self"*, Taylor refere-se à virada expressivista. O despreendimento, a neutralidade, objetividade e a concepção representacional afastam o conhecimento do próprio ser humano, produzem um quadro frágil e insuficiente que somente é compreensível e sustentável a partir de um pano de fundo com substância inarticulada e excludente.

O sentimento humano e as manifestações do agente engajado como ser que se expressa não podem ser renegadas ou destituídas de valor por parte da epistemologia. A contextualização significativa toca ao ser humano para além da razão. O pano de fundo que envolve o agente engajado não se limita a compreender e sustentar manifestações da "razão", a expressão humana é articulada e fonte de compreensão contextualizada, o todo cultural implica a forma da própria ciência. Uma mesma informação pode ser transmitida com cargas de expressão diversas, derivando igualmente compreensões diversas e perspectivas de sentido divergentes.

Taylor (1997) inicia a abordagem do ser humano como ser que se expressa em coletividade, remetendo à filosofia da natureza e do período romântico. A fim de evitar-se ambiguidades quanto à expressão utilizada, tem-se por romantismo o pensamento de combate ao racionalismo em prol da exaltação dos direitos de afirmação do indivíduo, da imaginação e do sentimento,

em uma relação com a natureza estabelecida na vivência e não na observação. A filosofia da natureza, focando o contato do ser humano como integrante da natureza que o envolve, confere relevância ao sentimento em viés de primazia. Está ela direcionada à "determinada forma de experimentar nossa vida, nossos desejos e realizações comuns e a ordem natural maior em que estamos inseridos" (TAYLOR, 1997, p. 477).

Desta forma, destaca Taylor que o modo de vida ou a ação não são determinados por uma previsão racional calculista, mas por sentimentos. A intersubjetividade que desenvolve o pano de fundo é assim inerentemente impregnada de sentimentos humanos em sua configuração e contextualização. Reconhecer o pano de fundo e o engajamento do ser humano é tê-lo para além de uma racionalidade neutra e objetiva em mecanicismo. A expressão humana em sua interpretação para com o mundo vivenciado e sua própria conformação para com o modo de vida deslocam o conhecimento e a própria ciência para infiltrações de expressividade, tal como todas as construções elaboradas sob o envolvimento do pano de fundo. Aqui figura o denominado expressivismo, ao que Taylor esclarece:

Se nosso acesso à natureza ocorre por meio de um impulso ou voz interior, só podemos conhecer plenamente essa natureza pela articulação do que encontramos dentro de nós. Isso está ligado a outro traço crucial dessa nova filosofia da natureza, a idéia de que sua realização em cada um de nós é também uma forma de expressão. Essa visão que chamei em

outra parte de 'expressivismo'. Estou focalizando características particulares de expressão ao usar este termo. Expressar algo é torná-lo manifesto em determinado meio. Expresso meus sentimentos no rosto; expresso meus pensamentos nas palavras que falo ou escrevo. Expresso minha visão das coisas em uma obra de arte, talvez num romance ou numa peça de teatro. Em todos esses casos, tenho a noção de estar tornando algo manifesto e, em cada um deles, em um meio que tem certas propriedades específicas. (TAYLOR, 1997, p. 480)

A ideia de que cada ser humano é original e diferente, manifestando-se e expressando-se em cognição e expressão, articulada a determinado contexto que cerca sua vida, em cultura e integração social, desenvolve-se já no fim do século XVIII, segundo Taylor (1997). A característica relevante não é tanto a consciência da peculiaridade da diversidade humana, mas sim os liames estabelecidos desta última para com os modos de vida expressados em sociedade. O expressivismo contrasta com o desprendimento da epistemologia dominante, fundada em mescla de racionalismo intelectualista e empirismo. Realiza-se aquele por manifestações de construção, de trazer à existência, e não em representação em uma sede de observação. Contrapõe Taylor o expressivismo à ótica iluminista. Destaca Araújo:

O confronto entre expressivistas e designativos leva Taylor a pôr os primeiros no

campo dos herdeiros dos românticos e os segundos no campo dos herdeiros dos iluministas. Com essa separação, Taylor pretende tornar claras as raízes que fundam a cultura tecnocrata e a cultura sensível, ou ainda a diferença entre a razão instrumental e o valor intrínseco humano de certas formas de vida que precisam necessariamente ser reconhecidas. A batalha entre esses dois campos acaba criando uma cisão na cultura ocidental moderna. (ARAÚJO, 2004, p. 31)

O expressivismo volta-se para o desenvolvimento do contato com o ambiente, para a superação da artificial separação entre razão e sensibilidade. Mais uma vez a questão remete para a formação do pano de fundo, principalmente no aspecto da corporificação, para a superação das divisões entre os seres humanos em uma solidariedade do processo de vivência. Os contornos de relevância e projeção de importância dos bens culturais faz-se perceptível. Mas essa relevância não flui da consideração dos bens como objeto de apreciação, mas da componente de integração que propiciam, no vetor e dinamismo que propiciam por meio do caráter dialógico das interações humanas.

Uma das grandes objeções ao desprendimento iluminista era que criava barreiras e divisões entre os seres humanos e a natureza e, talvez mais deploravelmente ainda, dentro dos próprios seres humanos; e também, como consequência, entre os seres humanos. Esta

última divisão parece se seguir tanto por causa das afinidades atomistas do naturalismo como pelo fato de que a postura puramente instrumental em relação às coisas não permite na sociedade uma unidade mais profunda do que o compartilhamento de certos instrumentos. (TAYLOR, 1997, p. 492)

Estabelecido um liame entre conhecimento e sentimento, negada a perspectiva isolada e desprendida do ser humano como ser puramente racional e neutro, a perspectiva epistemológica tradicional é abalada. Ela se mostra frágil principalmente após a guinada linguística, a experiência e a consciência da ação e da significação implicam em um novo referencial. A guinada linguística é também uma guinada para a esfera pública. Levanta ela a potencialidade de articulações dos saberes e pretensões científicas, assim como sua interação com o contexto social crítico que se encadeia progressivamente. Nesse panorama, “a linguagem é o elemento estratégico para se compreender a construção das articulações significativas que constituem a tomada de decisão de um agente humano diante das questões ético-políticas que ocorrem no espaço público.” (ARAÚJO, 2004, p.23)

O acesso ao conhecimento não pode ficar restrito ou apartado de uma compreensão do pano de fundo contextualizador, agregando-se necessariamente o encadeamento cultural e histórico na formulação de visões do mundo e significação. Como aduz Araújo (2004, p. 116), criticando o ser humano enquanto animal racional, Taylor afirma um expressivismo na compreensão do humano por suas referências significativas sentimentais,

determinantes em modos de apreciação e viver. Evidentemente, inclusive como consequência do caráter dialógico, há diversas críticas manejadas em face da teoria tayloriana, comumente voltadas à de perda da cientificidade e reflexão. Paulo Roberto M. de Araújo afirma que há em Taylor uma excessiva valorização das referências significativas centradas nos sentimentos, sem que se esclareça com clareza o acesso ao conhecimento com base naquelas, permanecendo o conhecimento em amálgama à reflexão racional (ARAÚJO, 2004, p. 118). A par das críticas, Taylor se esforça em sua obra por uma conexão não conflituosa entre o expressivismo, principalmente no que tange às manifestações de sentimento, e o conhecimento.

Ele procura fazer emergir uma razão situada e compreendida contextualmente – a razão afasta-se do padrão fundacionista e representacional, como critério de neutralidade e objetividade. O centro de atenção será o ser humano em suas relações desenvolvidas no espaço público, donde "a sua preocupação, então, é ver o homem numa perspectiva realista fenomenal, sem o pano de fundo das filosofias procedimentais, que idealizam o sujeito moral através de processos, fundados nas abstrações racionais, destituídos do caráter incorporado dos sentimentos valorativos da identidade (*self*" (2004, p. 120).

O humano é compreendido como ser que reflete sobre si, em sua expressividade e segundo a superação epistemológica, caracteriza Taylor (1997) o ser humano como ser que se autointerpreta, ou animal que se autointerpreta, "*a self-interpreting animal*". O ser humano encontra-se em articulação constante para consigo e com o contexto que lhe envolve, encadeando-se e

fazendo-se agente engajado através do processo de interpretação, para o qual são componentes imprescindíveis os bens culturais, que desaguam e inspiram a elaboração dos direitos culturais. A autointerpretação forma-se, conforma-se e reforma-se em uma prática expressivista de manifestações dotadas de sentido e de significado. A compreensão de significados e o estabelecimento de intelegibilidade dos atos por meio do pano de fundo contextualizam a compreensão das ações humanas, inclusive das ações morais.

O núcleo da experiência humana não pode ser compreendido em balizas desprendidas, pretensamente neutras e objetivas. As ações humanas estão para muito além de uma mecanização de ações ou pensamentos, o saber se encontra constantemente comprometido com as condições de intelegibilidade que lhe permeiam. Portanto, "a ação humana não pode ser vista como mera elaboração de leis universais desvinculadas das formas significativas que expressam valores por meio de quem age." (ARAÚJO, 2004, p. 23). O conhecimento humano é produto e produtor interpretativo dos contextos de compreensão. Neste sentido afirma Patrícia Mattos que "o pano de fundo da tese do animal que se autointerpreta é a denúncia do enfoque que não leva em conta o papel constitutivo da interpretação que temos de nós mesmos e da nossa experiência para a definição daquilo que somos" (2006, p. 47).

Patrícia Mattos destaca que a interinfluência determina uma constante articulação e rearticulação, tanto do sentido e da intelegibilidade quanto dos sentimentos que geram interpretações

e concomitantemente são gerados por elas. O intelectualismo sufoca a dinâmica da compreensão do ser engajado, o empirismo proporciona um reducionismo e perde-se de sentido sem um piso pré-estabelecido, que é mantido em inarticulação. A partir do expressivismo, em uma nova sustentação epistemológica, razão e sentimentos agregam-se na compreensão do ser engajado no mundo, do ser humano atuante no espaço público em autointerpretação.

São esses sentimentos referidos ao sujeito que nos abrem para o universo humano. Não se pode ter uma consciência desapaixonada do bem humano e a qualidade dessa consciência tem a ver com a relação que temos com nossos sentimentos. É a articulação dos nossos sentimentos vivenciados que permite montar uma hierarquia entre eles, o surgimento de uma escala superior e inferior, nobre e vulgar, ou até a percepção da falsidade ou ilusão de outros tantos (TAYLOR, 1985a: 63). É neste sentido que se pode pensar o homem como animal que se autointerpreta. (MATTOS, 2006, p. 47)

A compreensão do ser humano como ser autointerpretativo vincula-se assim à perspectiva do expressivismo, transpondo concepções enfeixadas em padrões fechados de conhecimento e fomentando incômodos à perspectiva que se tenha de trazer-à-luz. A superação epistemológica visualiza o conhecimento não tendo em conta o humano puramente racional, mas sim o ser autointerpretativo. O ser que interage com sua

cultura, que nela recolhe as raízes de sua compreensão de existência e instituições. O conhecimento "no mundo", histórica e culturalmente inteligível, captado não por máquinas de processamento, mas por seres que vivem, interpretam, sentem e produzem vida e interação, está irrefreavelmente ligado aos bens culturais de dada sociedade.

4. OS DIREITOS CULTURAIS COMO DIREITOS À AUTOINTERPRETAÇÃO

A superação epistemológica pregada pela teoria tayloriana faz por refletir seus efeitos pela dinâmica da interpretação jurídica. Ela exige o transpasse da epistemologia denominada por Taylor de dominante em prol da assunção do expressivismo, da visualização do sujeito engajado como ser autointerpretativo, em uma coletividade igualmente autointerpretativa, englobados ambos em um pano de fundo de articulação fragmentada. Em tal perspectiva, transbordam de importância os bens culturais. Os bens culturais são o alicerce de significação e raiz de preservação do pano de fundo que permite compreender formas de pensar, instituições e a própria matriz de condução científica.

A articulação de valor dos bens reputados como significativos para demandar uma proteção imperativa de seu valor e preservação, a demandar a conformação de escudos para fins de serem mantidos na sucessão geracional em uma sociedade, resulta na proclamação dos direitos culturais. Os direitos culturais são

resultado da articulação de sentido significativo de determinados bens cancelados por uma sociedade, ou mesmo pela própria humanidade, como merecedores de proteção pelas normas jurídicas. Os bens culturais possibilitam o exercício e a formação de liames de interrelação humana, de alteridade e da compreensão dos panos de fundo vivenciados. Os bens culturais são o alicerce para o curso reflexivo e para a radicação do ser humano em sua condição de animal que se autointerpreta.

Se por vezes são os direitos culturais, e conseqüentemente os bens culturais escanteados ou postos em segundo plano de relevo, isso se deve às inflexões ainda existentes do modelo hegemônico de percepção epistemológica. A pretensão de tutela liga-se ao fato de que não basta ser racional, a pureza racional não existe, e inclusive para a compreensão da racionalidade é necessário contextualizar o ser humano em face do cenário sociocultural que lhe envolve ou envolveu. Não podem, portanto, os direitos culturais serem confinados a apêndice jurídico. Sua relevância está afeta à própria formação da identidade e interação comunicativa em constante reformulação. A configuração de identidade, por sua vez, está afeta às manifestações expressivistas, à própria explicitação de sentimentos de engajamento, estabelecendo parâmetros de sentido e intelegibilidade. Gisele Cittadino destaca:

Assim, nos identificamos como membros de um grupo quando somos capazes de ver nossos próprios sentimentos e ações com o mesmo olhar com que os demais também veriam. É precisamente por isso que a idéia de 'outro generalizado' formulada por G. H.

Mead é tão cara ao pensamento de Charles Taylor e Habermas. (2005, p. 259)

Os direitos culturais advêm na órbita constitucional na qualidade de garantias à identidade, à expressão não atômica do ser. Cimentam-se em conjunturas de convivência coletivas, permitindo a elaboração em articulação do pano de fundo da expressão humana, que desencadeará e tornará inteligível em sentido a liberdade de expressão e comportamento em escala individual. Os direitos individuais somente podem ser compreendidos a partir de um pano de fundo contextualizador, englobando compreensões e significados, e por sua vez a amparar em sentido a elaboração e delineamento daqueles.

A densificação da importância dos direitos culturais está intimamente atachada à superação da epistemologia dominante, do afastamento do fundacionismo e da concepção representacional, ou qualquer pretensa objetividade ou neutralidade. Assim, os direitos individuais se encontram submersos em um pano de fundo inarticulável em sua integralidade e configurado em intelegibilidade e sentido a partir de bases histórico-culturais dinâmicas em contínua formação, conformação e reformulação. Os direitos culturais permitem uma interação dialógica e corporificada dos seres humanos reconhecidos antes de tudo como seres autointerpretativos. Nesses trilhos, os direitos culturais se configuram como direitos fundamentais², afetos às interações

² Para os efeitos do presente trabalho, consideram-se os direitos fundamentais sob a perspectiva delineada por Gilmar Ferreira Mendes: "Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem

intersubjetivas. Em mesma gravitação, Pierré-Caps situa os direitos culturais tendo em conta a projeção no indivíduo e seu caráter dialógico, firmando-o como direito à identificação cultural e direito à autodeterminação cultural coletiva. Explicita-se:

Direitos individuais, os direitos culturais exprimem-se, de forma genérica, pelo direito à diferença. Direito individual a ser si mesmo, 'à identificação cultural', este direito está inscrito no jogo dos princípios da igualdade e de não discriminação sem os quais não pode existir um verdadeiro direito fundamental do homem. (1995, p. 231)

Não paralelamente, mas de forma integrada à face individual dos direitos culturais, situa-se autor a face coletiva, a qual possui seu fluxo de realização por meio do grupo, em uma interação de expressões. A partir desta perspectiva, “os direitos culturais são também direitos colectivos, restituindo assim o indivíduo à sua própria existência social. De forma simétrica, a dimensão colectiva dos direitos do homem pode ser dada pelo direito genérico à 'autodeterminação cultural', no sentido que nós

constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueles outros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático." (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 2)

próprios damos ao conceito de autodeterminação. (PIERRÉ-CAPS, 1995, p. 231). Os direitos culturais se espelham na condição de direitos à autointerpretação, afetos à compreensão de sentido do ser engajado, em sua plena afirmação expressivista.

As formas de expressão, os modos de criar, fazer e viver são manifestações expressivistas que consubstanciam diversos modos de sentir, diversas avaliações fortes manifestadas através da linguagem, postas em compreensão pelos envolvidos em ações dialógicas, onde os sentimentos são interpretados e são fontes de interpretação, em que o ser humano enquanto ser autointerpretativo é reconhecido e constrói-se em identidade. Justamente em razão da variedade dessa projeção os bens culturais podem ser materiais ou imateriais.

Somente com a consideração do ser humano como ser autointerpretativo, somente acolhendo-se a superação epistemológica empreendida por Taylor, na compreensão pelo expressivismo, pode-se imputar sentido e intelegibilidade em determinadas expressões e contextos, o que abrange o compreender normativo. Exemplificativamente, verifica-se o disposto no artigo 215, em seus §1º e § 2º, da Constituição da República³. A determinação de que a lei disponha sobre datas

³ Artigo 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais remete a uma consideração expressivista: não se pode atribuir sentido ou intelegibilidade a "alta significação" sem perquirir junto aos agentes engajados, restando-se insuficiente e débil qualquer pretensão interpretativa fundada na epistemologia dominante.

Somente através da manifestação humana de sentimentos, ancorada aqui na dimensão expressivista, somente tomando o ser humano como ser que se autointerpreta em um espaço público dotado de dialogicidade, pode-se estabelecer quais são as datas comemorativas de alta significação para cada segmento étnico. Irresolúvel seria a questão pelo fundacionismo, pelo primado do atomismo e do desprendimento.

Igualmente, a caracterização do que sejam manifestações culturais, arte, manifestações artísticas, dentre outras, depende fundamentalmente de uma abordagem expressivista, em uma exaltação da compreensão de uma linguagem sentimental e articulada pela razão que proporcione intelegibilidade. O próprio artigo 216 da Constituição⁴, ao mencionar bens portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, está a demandar a compreensão do ser humano, em sua interação dialógica e

§ 2º - A lei disporá sobre a fixação de datas comemorativas de alta significação para os diferentes segmentos étnicos nacionais.

⁴ Artigo 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:

corporificada. Há uma imperativa abordagem das bases autointerpretativas, pois é a própria interpretação expressivista que irá definir quando um bem se revela portador de identidade construída histórico-culturalmente por um povo.

Não é a matéria ou objeto em si, não é a consideração objetiva do bem em si, é o significado que se constituiu para determinada pessoa ou grupo de pessoas. A insuficiência do padrão epistemológico dominante aclara-se. A superação da epistemologia da concepção representacional-fundacional é assim pressuposto para a formação e coerente compreensão do conhecimento, e igualmente pressuposto na interpretação normativa, em uma crescente que avance em prol do rompimento para com a epistemologia dominante. Os direitos culturais permitem a manutenção de liames de representação e significação, em uma reconstrução do ser humano em contextualização imersa em um pano de fundo posto em interpretações comumente fragmentadas. Os direitos culturais concentram a perspectiva do ser humano se autorreconhecer e autoidentificar em contato com a diversidade, em contato consigo mesmo, proporcionando a efetivação de sua natureza autointerpretativa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A epistemologia dominante se revela insuficiente frente à complexidade da sociedade contemporânea, insuficiente em seu padrão atomístico e na consideração externa e desfocada do ser humano, reduzindo-o em padrões mecanicistas a um modelo de

processamento comportamental. O fundacionismo e a concepção representacional não viabilizam uma apreciação engajada do ser humano, impedindo sua compreensão como ser que vive em uma comunidade na qual está engajado.

A crítica epistemológica de Charles Taylor é a crítica da superação do padrão dominante em prol de uma nova compreensão da articulação do conhecimento em relação à razão e sua interlocução com o sentimento e expressividade. Ela se funda em bases histórico-culturais, em um pano de fundo que permite intelegibilidade e sentido ao mundo vivido assim como com ele interage e se projeta. A construção desenvolvida viabiliza a expressão da alteridade e da referenciabilidade do ser humano, alicerçada nos bens culturais que assim se afigurem ao longo do processo dialógico de interação intergeracional.

O engajamento humano está anteparado para além de bases puramente racionais, revelando e reconhecendo o ser humano como um ser que se expressa, um ser que se manifesta em um conjunto inarticulado, mas passível de articulação, de relações pressupostas. Nesse prisma, os bens culturais, e, portanto, a proteção jurídica neles irradiada, não possui vertente passiva, mas sim ativa em sua produção de efeitos e significados. O ser humano, tanto individual quanto coletivamente, não é objeto, é criador e receptor no mundo em que vive. O ser humano é ser autointerpretativo, construindo e reconstruindo a si e a coletividade em que vive. Nega-se o atomismo, o ser é visto como ser engajado, ser em intersubjetividade comunicativa. A epistemologia reformulada situa-se no próprio contexto histórico

cultural, liberta-se do mecanicismo, e reconstrói-se em interatividade.

A virada expressivista, a compreensão do ser humano na condição de ser autointerpretativo, reorienta a percepção dos direitos culturais. Erigidos a direitos fundamentais, os direitos culturais se despertam de bases racionais desprendidas para sua compreensão, exigindo o teor expressivista em seu sentido e intelegibilidade. Arquiteta-se a necessária compreensão das interações humanas como implicadas em instituições, normas e processos comunicativos voltados para uma constante reflexão e autointerpretação de fins, objetivos e autorrealização, individual e coletiva. O deslocamento do intérprete para o próprio agente engajado é o que permite o sentido, a apreensão da dinâmica contextual, o padrão histórico-cultural que confere a condição de possibilidade na compreensão.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Paulo Roberto Monteiro de. **Charles Taylor**: para uma ética do reconhecimento. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

CITTADINO, Gisele. '**Invisibilidade**', **Estado de Direito e Política de Reconhecimento**. In Perspectivas Atuais da Filosofia do Direito. Org. Antônio Cavalcanti Maia, Carolina de Campos Melo, Gisele Cittadino, Thamy Pogrebinski. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005.

CUNHA, José Ricardo. Fundamentos axiológicos da hermenêutica jurídica. In **Hermenêutica plural**. Org. Carlos E. de Abreu Boucault e José Rodrigo Rodrigues. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DINIZ, Márcio Augusto Vasconcelos. **Constituição e hermenêutica constitucional**. Belo Horizonte: Mandamentos Livraria e Editora, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre faticidade e validade. vol. I. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HEIDEGGER, Martin. **O ser e o tempo**. Trad. Márcia Sá Cavalcante Schuback. 12. ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

JAPIASSU, Hilton. **Nascimento e morte das ciências humanas**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1978.

LEFF, Enrique. **Ecologia, capital e cultura**: a territorialização da racionalidade ambiental. Trad. Jorge E. Silva. Petrópolis: Ed. Vozes, 2009. Título original: *Ecología y capital*.

MATTOS, Patrícia. **A sociologia política do reconhecimento**: as contribuições de Charles Taylor, Axel Honneth e Nancy Fraser. São Paulo: Annablume, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. 3. ed. Rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

PIERRÉ-CAPS, Sthéphane. **A multinação**: o futuro das minorias na Europa Central e Oriental. Trad. Armando Pereira da Silva. Lisboa: Instituto Piaget; Economia e Política, 1995.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Porto: Edições Afrontamento, 1989.

_____. **Para um novo senso comum**: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática. *Vol. I: A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 5. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. Trad. Adail Ubirajara Sobral. Rev. Tereza Cristina Gouvêa. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

_____. **As fontes do self:** a construção da identidade moderna. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Dinah de Abreu Azevedo. Rev. Renato da Rocha Carlos. São Paulo: Edições Loyola, 1997.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Trad. Marcos Montagnoli. Petrópolis: Vozes, 1994.

A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NO
SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO FACE AO PRINCÍPIO
DA SEPARAÇÃO DOS PODERES: UMA ANÁLISE DO
RECURSO ESPECIAL 580.282/MS

THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES IN THE
BRAZILIAN PRISON SYSTEM PRESENTS THE PRINCIPLE
OF SEPARATION OF POWERS: AN ANALYSIS OF THE
SPECIAL REMEDY 580.282 / MS

Laís Freire Lemos¹

Daniela Martins da Cruz²

Sérgio Henriques Zandona Freitas³

RESUMO: Diante das deficiências e disfunções enfrentadas pelo sistema prisional brasileiro em especial a violência no cárcere e as violações dos direitos fundamentais dos aprisionados, a comunidade jurídica passou a indagar as políticas públicas voltadas ao setor prisional e a efetividade do cumprimento da pena privativa

¹ Mestranda do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

² Mestranda do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

³ Pós-Doutor em Direito pela UNISINOS. Pós-Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor, Mestre e Especialista em Direito pela PUC MINAS. Professor do PPGD – Mestrado em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC. E-mail: sergiohzhf@fumec.br Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2720114652322968>. Pesquisa desenvolvida como resultado do ProPic 2016-2017 na Universidade FUMEC, com apoio da FAPEMIG, tendo como coordenador o co-autor

de liberdade. Partindo do pressuposto de que vivemos sob a égide do Estado Democrático de Direito, onde os direitos humanos devem ser plenamente assegurados, passou-se a discutir a responsabilização civil do Estado em virtude de sua ineficiência como único detentor do direito de punir e das degradações aos direitos fundamentais dos aprisionados. Diante de tal fato, houve a judicialização da situação prisional brasileira, onde o Poder Judiciário foi invocado a dirimir o litígio, por intermédio do RE 580.282/MS. Dessa forma, busca-se analisar a atuação do Poder Judiciário frente ao princípio da separação de poderes e quais são os limites para a sua atuação. Utiliza-se para o desenvolvimento do estudo o método descritivo e analítico, a partir do qual foi possível fazer a conceituação do princípio da separação de poderes, ativismo judicial e judicialização, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; separação de poderes; Supremo Tribunal Federal; políticas públicas; sistema prisional brasileiro.

ABSTRACT: Faced with the deficiencies and dysfunctions faced by the Brazilian prison system, especially the violence in the prison and violations of the fundamental rights of prisoners, the legal community started to investigate the public policies focused on the prison sector and the effectiveness of the custodial sentence. Based on the assumption that we live under the aegis of the Democratic State of Right, where human rights must be fully ensured, the civil responsibility of the State has been discussed because of its inefficiency as the sole holder of the right to punish and of the rights of the prisoners. Faced with this fact, there was the judicialization of the Brazilian prison situation, where the Judiciary was invoked to settle the litigation, through RE 580.282 / MS. In this way, it is sought to analyze the Judiciary Power's action against the principle of separation of powers and what are the limits to its performance.

The descriptive and analytical method is used for the development of the study, from which it was possible to conceptualize the principle of separation of powers, judicial activism and judicialization, in accordance with the Brazilian legal system.

KEYWORDS: Human rights; Separation of powers; Federal Court of Justice; public policy; Brazilian prison system.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Análise do mérito do reconhecimento da responsabilidade do Estado pelas violações no cárcere no Supremo Tribunal Federal.

3. O princípio da separação dos poderes face aos aspectos inerentes à judicialização de políticas públicas.

4. A judicialização no Brasil aplicada nos Tribunais brasileiros.

5. Os limites constitucionais para a intervenção do judiciário nas políticas públicas.

6. A judicialização no sistema penitenciário brasileiro.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

O presente estudo analisa a posição do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito das demandas submetidas a sua apreciação em consonância com o princípio da separação de poderes e a judicialização de questões atinentes às esferas dos Poderes Legislativo e Executivo para efetivação e resguardo dos direitos fundamentais.

Fundamenta-se o estudo na Constituição Brasileira, prevalência dos direitos fundamentais, aspectos inerentes à

judicialização e ativismo judicial, em conjugação com as competências inerentes de cada um dos poderes.

Partindo do pressuposto inculcado sob a égide do Estado Democrático de Direito, o qual confere aos indivíduos o resguardo de seus direitos e garantias fundamentais conquistados ao longo dos séculos, onde se reconheceu as liberdades individuais no Estado Liberal, os direitos econômicos, sociais e culturais no Estado Social e, por fim, os direitos inerentes à solidariedade, fraternidade, integração, busca pela paz, meio ambiente equilibrado, consagrando por fim, o Estado Democrático de Direito.

No Estado Democrático de Direito, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, existem três poderes independentes e harmônicos entre si, com atribuições específicas destinadas a cada um deles⁴.

De tal forma, o sistema constitucional brasileiro adotou nitidamente a tripartição dos poderes, existindo os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de forma autônoma e independente, de modo que a não admitira interferência de poder no campo de atuação de outro, sob pena de ferir o princípio constitucional da separação de poderes.

Sob esse aspecto, o Estado, por meio de seu Poder Legislativo cria e edita leis, o Poder Executivo a sanciona ou realiza o veto e, por sua vez, o Poder Judiciário, a aplica ao caso concreto, em face dos fatos apresentados.

Ocorre que, à medida que os poderes executivo e

⁴ Constituição Federal Brasileira de 1988 – Artigo 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

legislativo se mostravam ineficientes em suas funções precípua, o Poder Judiciário foi sendo invocado a dirimir questões envolvendo repercussões políticas e sociais, sobretudo a efetivação e resguardo dos direitos fundamentais, acarretando o que se denominou judicialização.

Nesse espeque, questiona-se se a atuação do Poder Judiciário em matérias precípua atinentes aos Poderes Legislativo e Executivo, viola ou não o princípio da separação dos poderes insculpido na Constituição Federal.

Como plano de fundo do debate, utilizaremos o julgamento do Recurso Extraordinário 580.232/MS, onde o Supremo Tribunal Federal reconheceu que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência da violação de sua dignidade provocados pela superlotação prisional e pelo encarceramento em condições desumanas ou degradantes, sendo esta uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas (STF, 2017).

O problema que permeia a pesquisa é justamente a possibilidade do Supremo Tribunal Federal, como órgão do Poder Judiciário, decidir demandas que atinjam diretamente a autonomia dos Poderes Legislativo e Executivo, como no caso acima suscitado, e, havendo tal possibilidade, quais seriam os limites frente ao resguardo dos direitos fundamentais do indivíduo dentro do Estado Democrático de Direito.

O objetivo do presente trabalho é analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário 580.282/MS, considerando a proteção e resguardo

dos direitos fundamentais, separação de poderes, Estado Democrático de Direito, judicialização e ativismo judicial.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do estudo baseou-se no método descritivo e analítico, a partir do qual foi possível fazer a conceituação do princípio da separação de poderes, ativismo judicial e judicialização, em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro e a prevalência dos direitos fundamentais.

Utilizou-se pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, onde se busca elementos de convicção suficientes para perquirir e analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal no julgamento de mérito em demandas atinentes à esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

2. ANÁLISE DO MÉRITO DO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO PELAS VIOLAÇÕES NO CÁRCERE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, invocado pela Defensoria Pública do Estado do Mato Grosso do Sul, em virtude do descumprimento do dever estatal de conferir aos indivíduos presos condições dignas de encarceramento, julgou no início do ano de 2017 o Recurso Extraordinário 580.282/MS, conferindo procedência ao pedido, e, reconhecendo que o Estado é civilmente responsável pelos danos morais comprovadamente causados aos presos em decorrência da violação de sua dignidade, provocados pela superlotação prisional e encarceramento em situações

desumanas e degradantes.

No caso em comento, o Estado do Mato Grosso do Sul foi condenado a arcar com o pagamento a título de danos morais ao Recorrente no valor pecuniário de R\$2.000,00 (dois mil reais), em decorrência do encarceramento em condições degradantes e da superlotação. Decidiu-se também pela aplicação da cláusula da reserva do possível, reconhecendo a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas ao setor prisional, o que, exigiria disponibilização de verba orçamentária.

Sendo voto vencido, o Ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2017) votou contrariamente ao pagamento da indenização pecuniária, uma vez que não resolveria o caos da situação penitenciária, e apenas geraria gastos ao Estado para custeio das indenizações, mantendo o indivíduo nas mesmas situações degradantes. Para ele, tais valores deveriam ser revertidos em função da implementação de políticas públicas destinadas à melhoria das condições de encarceramento.

Propôs dessa forma, a substituição da indenização pecuniária pela compensação dos danos sofridos com a remição da pena aplicada na proporção de um a três dias para cada sete dias cumpridos em condições degradantes, o que, na visão de muitos estudiosos do direito, caracteriza uma típica atuação ativista por parte do Ministro Barroso.

Frente às graves disfunções e deficiências existentes no setor prisional e a efetiva lesão aos direitos fundamentais dos indivíduos submetidos ao cárcere, a questão antes pertencente às esferas de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, por

intermédio da judicialização visando a prevalência e resguardo dos direitos fundamentais, veio agora à apreciação do Poder Judiciário.

Assim, como plano de fundo o julgamento do Recurso Especial 580.282/MS (STF, 2017), analisaremos os preceitos fundamentais constitucionais inerentes à separação dos poderes frente ao avanço da judicialização das políticas públicas.

3. O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES FACE AOS ASPECTOS INERENTES À JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

Quando tratamos de decisões judiciais, principalmente as que referem à alocação de recursos e orçamentos, é costumeiro vir a tona a violação do princípio da divisão ou separação dos poderes, uma vez que há interferência em decisões administrativas ou legislativas.

A Constituição brasileira de 1988 instituiu o princípio da separação dos poderes no artigo 2º, segundo o qual: *“São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”*.

As primeiras bases teóricas para a ideia de tripartição de Poderes foram lançadas na antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra intitulada “Política”, onde se considerava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam: a de editar normas gerais a serem observados por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais aos casos concretos.

Posteriormente, Thomas Hobbes em sua obra intitulada “o Leviatã”, considerava que o poder deveria estar concentrado nas mãos do soberano. Discordando de seu pensamento, John Locke, considerava que havia a necessidade de separar a titularidade do poder de editar leis da titularidade dos recursos e meios de governo, aí incluindo o poder de coação sobre os indivíduos. Para ele, quando o homem saía do “estado de natureza” e passava a instituir a sociedade política, necessitava de um legislador racional, um juiz certo e imparcial e um poder executivo com a força necessária para fazer cumprir as sentenças (MAURICIO JÚNIOR, 2009).

Seguindo os mesmos posicionamentos de Locke, Montesquieu trouxe à tona a clássica divisão dos poderes hoje conhecida, onde ele considerava que, o poder deveria refrear o poder, estabelecendo limitações recíprocas, sendo que, só assim, poderia se garantir a liberdade política dos indivíduos.

No constitucionalismo moderno, a divisão dos poderes apresenta duas dimensões complementares, além da clássica de legislar, executar e julgar, sendo as dimensões negativas e positivas (MAURÍCIO JÚNIOR, 2009).

A dimensão negativa está relacionada com a limitação dos poderes, a política do “*checks and balances*”, visando assegurar a liberdade dos cidadãos frente ao Estado, prevenindo uma expansão totalitária e um exercício incontrolado do poder.

A dimensão positiva dos poderes, por sua vez, não tem a preocupação em controlar o poder, mas sim, a de promover uma adequada ordenação das funções do Estado. Funciona como gerenciadora das funções específicas atribuídas a cada órgão estatal.

Para esta teoria, os órgãos estatais devem desempenhar as funções para as quais foram desempenhadas. Assim sendo, o legislativo não poderia intervir no judiciário uma vez que não possui atribuição jurídica; o judiciário por sua vez, não poderia intervir no legislativo ou no executivo, uma vez que não são dotados de discricionariedade.

Sob este aspecto, discute-se a judicialização, em especial no ordenamento jurídico brasileiro, que se mostra quando o Poder Judiciário é chamado a dizer o direito e solucionar conflitos atinentes a determinada matéria, cujo qual, o âmbito de atuação é pertencente ao Poder Legislativo e/ou Executivo.

A finalidade precípua da judicialização é a de assegurar e garantir a prevalência de um determinado direito fundamental, quando os poderes legitimados para assegurá-lo se mostram omissos, insuficientes ou ineficazes.

4. A JUDICIALIZAÇÃO NO BRASIL APLICADA NOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A judicialização tem ganhado cada vez mais espaço nos tribunais brasileiros, onde, diante da ineficácia dos Poderes Legislativo e Executivo no cumprimento de suas funções precípua, o poder Judiciário é chamado a dizer o direito, sendo que, a maioria dos casos são de grande repercussão, e atingem de sobremaneira a atuação de outros poderes, afetando sobretudo suas questões orçamentárias.

Nesse sentido Luís Roberto Barroso (2017) define judicialização nos seguintes termos:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididos por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral.

Uma das maiores causas da judicialização nos tribunais têm sido pela prevalência da vida e pela garantia dos direitos e garantias fundamentais da pessoa humana quando os responsáveis nos poderes originários são falhos, omissos ou insuficientes em sua missão de resguardá-los e protegê-los. Assim, são cotidianas as ações nos tribunais brasileiros que versam sobre direito à saúde, educação, moradia, resguardo da dignidade e proteção como um todo dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Com a judicialização, é conferindo aos juízes e tribunais poderes para decidir questões que deveriam ser discutidas no campo do Poder Legislativo e Poder Executivo, onde seus membros foram eleitos pelo povo e suas escolhas os representam.

Lado outro, os membros do Poder Judiciário não são agentes públicos eleitos pelo povo e suas decisões não representam a vontade da maioria, o que abre um leque de discussão da participação da sociedade no processo de tomada de decisão.

Diante de tal fato, BARROSO (2017), utilizando a expressão de Alexander Bickel de “*dificuldade contramajoritária*”, e frente à possibilidade de argui-se a ilegitimidade do Poder

Judiciário para invalidar decisões daqueles que representam o povo, esclarece que, de acordo com o modelo institucional brasileiro, a judicialização tem aqui três grandes causas, que devem ter seu estudo aprofundado para que assim se possa falar em efetivação de tais direitos.

A primeira grande causa apontada por BARROSO (2017) foi a redemocratização do país que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição de 1988, fazendo com que se recuperasse as garantias da magistratura, e deixando o Poder Judiciário de ser um órgão técnico especializado, para se tornar um poder político, garantindo a supremacia da Constituição, inclusive em face dos outros poderes.

Como segunda causa, traz a constitucionalização abrangente, que trouxe para a Constituição matérias que antes não eram por ela abrangidas, ficando a cargo da legislação ordinária.

Por fim, como terceira causa, aponta o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que faz com que qualquer questão política ou moralmente relevante possa ser alçada pelo Supremo Tribunal Federal.

Ao lado da judicialização, aparece o ativismo judicial, que se afigura como um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, buscando uma participação mais ampla e efetiva do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, interferindo em maior escala no campo de atuação de outros poderes.

O ativismo, muito criticado pela doutrina constitucionalista, perpassa o processo político majoritário quando ele se mostra inerte, deficiente, omissos ou insuficiente, sendo

incapaz de produzir consenso.

Os críticos do ativismo judicial apontam uma afronta aos princípios constitucionais e democráticos, uma vez o Poder Judiciário assume uma função proativa, realizando interferência de maneira incisiva e significativa nas opções políticas dos demais poderes.

Deve-se ter em mente, que tanto a judicialização quanto o ativismo judicial envolvem riscos para a legitimidade democrática, uma vez que os membros do Poder Judiciário não são eleitos pelo povo, e, nessa medida, o que julgam não dizem respeito à vontade da maioria popular.

Considerando o preceituado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, onde dispõe em seu artigo 5º, XXXV que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, faz-se uma ponderação de valores e princípios constitucionais, admitindo-se que o Poder Judiciário intervenha nas políticas públicas quando invocado, para dizer o direito quando o seu titular se mostrar prejudicado ou lesionado no gozo de algum ou alguns de seus direitos fundamentais.

Assim, deve a judicialização ser utilizada com a devida prudência e moderação, a fim de evitar que demandas atinentes aos outros poderes sejam propostas diretamente no Poder Judiciário, ultrapassando suas instâncias originárias, bem como, para que não haja violação ao princípio da separação dos poderes, devendo ser utilizada como última e não única alternativa.

5. OS LIMITES CONSTITUCIONAIS PARA A INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS

As diretrizes sobre os recursos e políticas públicas são de competência originária dos poderes Executivo e Legislativo, de modo que, o que concerne à execução orçamentária cabe primordialmente ao Poder Executivo, fazendo com que, nenhuma despesa estatal possa ser realizada fora dos limites orçamentários.

A Constituição Federal de 1988 não conferiu ao Poder Judiciário mecanismos para intervir nas questões orçamentárias, mas, vale aqui ressaltar que, a Constituição em seu artigo 5º, XXXV, estabelece no rol dos direitos fundamentais que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

O Judiciário por si só não pode intervir nas competências dos outros poderes, mas somente quando provocado por um legítimo interessado, para impedir uma lesão ou a reparação a um direito, sendo tais poderes, considerados como implícitos.

O conceito de poderes implícitos surgiu como precedente na doutrina no caso *M'Culloch x Maryland*, onde o estado de Maryland havia tentado impedir a operação de um banco dos Estados Unidos impondo impostos sobre todas as notas não fretadas em Maryland. O Tribunal invocou a Cláusula Necessária e Adequada da Constituição, que permitiu ao governo federal aprovar leis não expressamente previstas na lista de poderes expressos da Constituição, desde que essas leis fossem úteis aos poderes expressos do Congresso nos termos da Constituição(LAGES, 2016).

Este caso estabeleceu dois princípios importantes no direito constitucional. Primeiro, a Constituição concedeu ao Congresso poderes implícitos para implementar os poderes expressos da Constituição, a fim de criar um governo nacional funcional. Segundo, a ação do Estado não pode impedir os exercícios constitucionais válidos de poder pelo governo federal (SCHIMTT, 2017).

A decisão da Suprema Corte norte-americana no *Marbury vs. Madison*, marcou o nascimento do controle de constitucionalidade de caráter repressivo, segundo o qual, para Cíntia Garabini Lages (2016), analisando a decisão, a Constituição é hierarquicamente superior a qualquer outro ato normativo, devendo ser observada como suprema para os órgãos do Poder Judiciário na apreciação de qualquer conflito submetido a julgamento.

A grande controvérsia é se pode ou não o judiciário intervir na alocação dos recursos, uma vez que não é dotado de discricionariedade, contando apenas com os poderes implícitos, conferidos a ele por meio da Constituição.

Vale a ressalva de que os poderes conferidos pela Constituição ao julgador são os necessários para reparar ou evitar a lesão a direitos, não sendo eles poderes absolutos, uma vez que o juiz não pode atuar de forma ativa, substituindo a vontade do legislador pela sua.

Portanto, questiona-se a legitimidade do Poder Judiciário em estabelecer condutas atinentes a outros Poderes, por meio das decisões judiciais. Destaca-se neste sentido o princípio

democrático, insculpido pelo artigo 1º da Constituição da República de 1988, onde estabelece que a soberania popular é exercida pelo povo por meio de seus representantes eleitos.

Lado outro, é reconhecido também como uma dificuldade enfrentada pelo Poder Judiciário suas deficiências funcionais, no que tange a determinação judicial para a aplicação de determinada política no caso concreto, uma vez que não é dotado de discricionariedade e não conta a supremacia do voto popular.

6. A JUDICIALIZAÇÃO NO SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

O direito penal brasileiro visa punir àqueles que violam ou violaram bens jurídicos e materiais de terceiros, tais como a vida, a honra, a integridade, a propriedade, liberdade, dentre outros. Porém, ao punir o transgressor, o direito penal não se atentou para as condições degradantes e a falta de infraestrutura do sistema carcerário, o que acaba indo ao desencontro do ideal de ressocialização pretendido.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) estabelece em seu artigo V, que: “Ninguém será submetido à tortura ou a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”(ONU, 1948).

O Sistema Prisional brasileiro é o retrato da infringência da DUDH. Necessita-se com urgência de políticas públicas voltadas para a proteção e resguardo dos direitos humanos dos aprisionados, a fim de não lhes suprimir mais do que lhes é imposto, do que é devido à sociedade.

O ambiente carcerário é deplorável, com más instalações, má qualidade na alimentação, superlotação e ambiente favorável a maior prática de crimes, tonando-se uma verdadeira escola de transgressores. O cenário das rebeliões e fugas são em sua maior parte, resultados da situação degradante em que se encontra o sistema penitenciário brasileiro.

Não se deve eximir o preso de pagar sua dívida com a sociedade, porém, o Estado como detentor e aplicador da pretensão punitiva, deve fornecer as devidas condições para que o aprisionado seja reeducado e ressocializado, para que assim, a pena imposta tenha cumprido o seu devido objetivo.

Ao contrário do que é idealizado nesse sistema, se vê o presídio como uma verdadeira escola do crime, onde os presos são amontoados com outras pessoas que praticaram os mais variados tipos de crimes, de diferentes idades, e temperamento, fazendo com que, o que se objetivava ressocializar, acaba por gerar conhecimentos a mais das práticas criminosas, acarretando reincidência.

Outro fato que merece destaque é a falta de segurança existente no interior dos presídios, propiciando frequentes brigas, rebeliões e mortes. O artigo III da DUDH estabelece que: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”(ONU, 1948), o que é constante violado nos presídios.

É iminente o desrespeito pelas políticas públicas carcerárias brasileiras ao estabelecido na DUDH, uma vez que, o preso não conta com nenhuma segurança, o que deveria ser ofertado pelo poder público, uma vez que se torna o guardião de

sua liberdade.

Fatalmente, essa situação não é de forma isolada e pontual. Ela afeta todo o Sistema Prisional Brasileiro, denotando grandes problemas estruturais e sistêmicos, que resultam nas graves deficiências e disfunções vividas.

Diante de tamanhas deficiências e ineficiências enfrentadas pelo sistema prisional, passou a ser discutida no Poder Judiciário, as políticas públicas voltadas ao setor, caracterizando assim, a judicialização da matéria.

No caso em comento – Recurso Especial 580.282/MS, o Supremo Tribunal Federal reconheceu o dever do Estado em indenizar o indivíduo aprisionado pelas violações oriundas das degradações de seus direitos humanos e fundamentais em virtude das condições desumanas do cárcere e da superlotação. Fixou-se como parâmetro indenizatório o valor pecuniário de 2 mil reais.

Na oportunidade, concluiu-se também pela aplicação da cláusula da reserva do possível, reconhecendo a necessidade de implementação de políticas públicas voltadas ao setor, o que, exigiria disponibilização de verba orçamentária.

É inegável a responsabilidade civil do Estado pelas violações aos direitos fundamentais sofridas no cárcere, uma vez que, cabe ao Estado o dever de punir, restringindo a liberdade do indivíduo, mas, por outro lado, como contrapartida, deve assegurar a prevalência de sua dignidade e direitos fundamentais.

O Estado no papel de detentor do direito de punir tem origem remota, e teve grande influência da Revolução Francesa e as influências do iluminismo, como bem destacado na obra de Michel Foucault, *Vigiar e Punir* (2000).

Ao não se admitir mais as penas aflictivas e corporais, o Estado trouxe para si a responsabilidade da punição. Ao restringir a liberdade do indivíduo, o Estado deve dar a ele a garantia e resguardar seus outros direitos fundamentais, como o direito à vida digna, educação, saúde e educação.

Ressalte-se que o Estado pode restringir apenas a liberdade como forma de repreensão, reeducação e punição crime praticado, e não a dignidade, como se tem vivenciado nos presídios brasileiros.

O escopo maior da restrição da liberdade é retirar o indivíduo da sociedade, para poder reeducá-lo e, após cumprida sua pena, voltar para o convívio em sociedade de forma sadia.

Tal objetivo soa como uma utopia, uma vez que os indivíduos são devolvidos à sociedade com comportamento totalmente diverso do esperado, sabededir de todas as práticas criminais e suas formas de execução, uma vez que são misturados nas celas com criminosos de todas as categorias – homicidas, estupradores, latrocínio, furto, roubo, estelionato - voltando em grande maioria a delinquir novamente, e, de forma ainda mais grave, gerando o grande percentual de reincidência que temos hoje.

Se houvessem realmente políticas públicas capazes de sanar esse grave problema penitenciário, não teríamos altos índices de reincidência, rebeliões, violência, moléstias, e absurdamente, os massacres, que vitimaram milhares de presos ao longo da história do sistema prisional brasileiro.

Sob tal espeque, vem à tona, a cláusula da reserva do possível e a possibilidade de afastamento da responsabilidade civil

do Estado.

A cláusula da reserva do possível significa aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade. Ricardo Lobo Torres, citado por Maurício Júnior (2009), considera que os direitos sociais existem sob a reserva do possível, equiparando-a a “reversa da lei orçamentária”, “arrecadação dos ingressos previstos nos planos anuais ou plurianuais”, ou ainda, da “soberania orçamentária do legislador”.

A grande questão atinente à reserva do possível consiste no fato de se arguir se o destinatário da imposição de cumprir o direito prestacional possui condições reais de disponibilidade financeira e orçamentária, sendo portanto, uma condicionante à efetivação dos direitos sociais pleiteados.

A reserva do possível impõe um complexo balanceamento de razões, que envolve o conjunto de necessidades de dispêndios públicos, exigibilidade jurídica desses dispêndios e possibilidade fática de sua realização. (MAURICIO JÚNIOR, 2009)

A problematização da efetivação dos direitos fundamentais muito se liga às questões relativas à esfera de atuação dos Poderes Legislativo e Executivo, cabendo a discussão se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nessa seara ou se seria uma afronta ao princípio da separação dos poderes esculpidos na Constituição.

A atuação do Poder Judiciário nas demandas que envolvem direitos sociais prestacionais, ligados à reserva do

possível, dar-se-á em maior ou menor grau, observando sempre a natureza e complexidade da demanda, e, jamais deve ser desconsiderada sua participação, considerando apenas argumentos repetitivos de que um poder não deve interferir em outro.

O Estado não pode se valer da cláusula da reserva do possível para se eximir de sua responsabilidade civil, atribuindo a culpa de sua ineficácia a outros poderes ou a decisões políticas, que foram incompetentes ou negligentes na elaboração da lei de diretrizes orçamentárias e não priorizaram os recursos devidos a cada setor.

No julgamento do RE 580.282/MS, o Ministro Luis Roberto Barroso, asseverou que:

A cláusula é comumente invocada como limite à efetivação de direitos sociais de caráter prestacional. Isso se deve ao fato de que a concretização desses direitos se dá por meio de um processo gradual que envolve gastos públicos consideráveis, de modo que, em um contexto de escassez de recursos, O Estado deve adotar políticas públicas e eleger critérios para a alocação desses recursos. [...] Por sua vez, no campo da responsabilidade civil impera um racional diverso, fundado na realização da justiça comutativa ou corretiva. O que se busca com a reparação civil não é distribuição de bens sociais, mas o restabelecimento de um estado ou equilíbrio anterior rompido pela conduta danosa. Exige-se, assim, uma relação de equivalência entre o dano sofrido e a reparação atribuída (STF, 2017)

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 proferida pelo Ministro Celso de Mello, ele entendeu que a cláusula da reserva do possível não poderia ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar de suas obrigações constitucionais, principalmente quando essa conduta resultar em nulificação ou aniquilação de direitos constitucionais (STF, 2017).

Admitir a cláusula da reserva do possível nas demandas que versam sobre direitos fundamentais, seria o mesmo que anular a existência desses direitos e atribuir ao Estado o poder de infringi-los.

O fato de não se conceder a indenização ao preso com fundamento na aplicação da cláusula da reserva do possível não confere a garantia de implementação de políticas públicas direcionadas ao setor, tampouco, que o valor que lhe seria atribuído a título indenizatório seja destinado a melhorias do sistema, sendo, portanto, indevida sua aplicação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Sistema Penitenciário Brasileiro está em um grande colapso. O Estado que deveria ser o guardião dos direitos e garantias fundamentais dos que aprisiona, é o seu primeiro transgressor, o que vai de encontro ao postulado do Estado Democrático de Direito, onde os direitos humanos devem ser preservados e assegurados.

A superlotação passou a ser regra dentro das penitenciárias, e, com ela, surgem as rebeliões, promiscuidade, trocas de experiências criminosas, prática de diversos crimes no

interior das celas e no complexo penitenciário, violência, contágio por doenças, dentre outras atrocidades.

Acrescidas às deficiências do sistema prisional pelos danos da superlotação, aponta-se também as falhas de natureza estrutural, material ou sistêmica, que, em conjunto, ocasionaram a judicialização das políticas públicas aplicadas ao sistema penitenciário brasileiro.

O Estado busca dar a sociedade uma resposta de que está cumprindo seu efetivo papel e punindo os criminosos, porém, não tem aparato para fazer o preso cumprir com dignidade o que lhe é imposto. Pelo contrário, se mostra ineficaz, insuficiente, arbitrário e desumano ao restringir a liberdade do indivíduo e não lhe assegurar o mínimo existencial quando, como saúde, educação e principalmente, segurança, sendo largados a própria sorte e obedientes a lei do mais forte.

Acrescente-se o fato de o Estado não realizar intervenções e investimentos nas políticas públicas para melhoria do sistema penitenciário brasileiro, sendo omissos, ineficazes e morosos quando do cumprimento de seu dever primordial ao restringir a liberdade.

Sua falha não é apenas em relação ao preso, mas também, em relação à sociedade, à medida que o Estado não efetiva o ideal cumprimento da pena – a ressocialização do indivíduo – e o devolve para convívio coletivo muitas das vezes, de maneira pior que antes do cárcere.

Se houvessem realmente políticas públicas capazes de sanar esse grave problema penitenciário, não teríamos altos índices de reincidência, rebeliões, violência, moléstias, e absurdamente, os

massacres, que vitimaram milhares de presos ao longo da história do sistema prisional brasileiro.

Apesar de muito se discutir acerca da possibilidade de intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas e orçamentárias, em especial no sistema penitenciário brasileiro, em uma análise um pouco mais aprofundada sobre o tema, conclui-se que a realidade prisional brasileira é um problema generalizado, oriundo de omissões dos três Poderes, que resultam hoje, em uma urgente e necessária implementação de medidas para ao menos, atenuar as consequências das violações dos direitos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=290987>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina. 1993.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

FOUCAULT, Michael. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 22. ed. Petrópolis: Ed. Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional: colapso atual e soluções alternativas**. Niterói: Ímpetus, 2015.

LAGES, Cíntia Garabini. **O caráter objetivo dos procedimentos**

de constitucionalidade: análise de sua legitimidade. Pará de Minas: Virtualbooks, 2016.

MAURICIO JÚNIOR, Alceu. **A revisão judicial das escolas orçamentárias:** a intervenção judicial em políticas públicas. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Crises do Estado e da Constituição e a transformação espacial temporal dos Direitos Humanos.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

ONU. Declaração Universal dos Direitos do Homem. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2018.

RAWLS, John. **Uma teoria da Justiça.** São Paulo: Editora Martins Fontes, 2000.

SANCHEZ RUBIO, David. **Encantos e desencantos dos direitos humanos:** de emancipações, libertações e dominações. Trad. de Ivo Fernandes Morcillo Lixa e Helena Henkin. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2014.

SILVA, Juvêncio Borges; VICENTE, Maysa Calliman. Controle Judicial de Políticas Públicas: a garantia e efetividade do direito à saúde. In: **XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.**

Disponível em:

<<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/g5zmv4pn/ngMWIkkGcx18sVI0.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2018.

SCHMITT, Rosane Heineck. **Tribunais de Contas no Brasil e Controle de Constitucionalidade.** Tese de Doutorado em

Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Rio Grande do Sul, 2006.

VILLEY, Michel. **O direito e os direitos humanos**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

O DIREITO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NA
CONSTRUÇÃO DO DESENVOLVIMENTO URBANO
SUSTENTÁVEL

THE RIGHT TO ENVIRONMENTAL INFORMATION IN
THE CONSTRUCTION OF SUSTAINABLE URBAN
DEVELOPMENT

*Carla Thomas*¹

*Valmir César Pozzetti*²

RESUMO: O objetivo dessa pesquisa foi o de analisar as regras jurídicas que estabelecem o direito ao acesso à informação ambiental e verificar se esse acesso é efetivo e se ele contribui para a educação do cidadão e a construção de um meio ambiente urbano sustentável. A metodologia utilizada na construção da pesquisa foi a do método dedutivo, sendo que, quanto aos meios a pesquisa foi a bibliográfica, com uso da doutrina, legislação e jurisprudência e, quanto aos fins, a pesquisa foi a qualitativa. A conclusão a que se chegou foi a de que há farta legislação no âmbito nacional e internacional; entretanto, compatibilizar o desenvolvimento

¹ Mestranda em Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

² Doutor em Direito Ambiental pela Université de Limoges/França; Mestre em Direito Urbanístico e Ambiental pela Université de Limoges/França; Bacharel em Direito e em Ciências Contábeis; Professor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da UEA e Professor do Programa de Doutorado em Ciências Ambientais da UFAM. Professor Adjunto da UEA – Universidade do Estado do Amazonas e da UFAM – Universidade Federal do Amazonas.

econômico com o ambientalmente sustentável tem sido uma tarefa difícil e não conquistada pelo Poder Público, sendo necessário mais esforços nesse sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à Informação; Desenvolvimento Econômico; Desenvolvimento Urbano Sustentável; Meio Ambiente Urbano.

ABSTRACT: The objective of this research was to analyze the legal rules that establish the right to access environmental information and verify if this access is effective and selective contributes to citizen education and the construction of a sustainable urban environment. The methodology used in the construction of the research was that of the deductive method. In terms of the means the research was the bibliographical one, with use of the doctrine, legislation and jurisprudence and, for the purposes, the research was qualitative. The conclusion reached was that there is a lot of legislation at national and international level; however, to reconcile economic development with the environmentally sustainable has been a difficult task not won by the Public Power, and more efforts are needed.

KEYWORDS: Access to Information; Economic development; Sustainable Urban Development; Urban Environment.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. O direito à informação no âmbito internacional.

3. O direito à informação ambiental no âmbito do direito brasileiro.

4. O desenvolvimento urbano sustentável.

5. O direito à informação ambiental para um desenvolvimento urbano sustentável.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

O ambiente urbano no Brasil, de acordo com pesquisas públicas realizadas, tem sido o lugar de morada da maioria da população e essa concentração populacional acarreta inúmeros desafios ao administrador público, mormente ao municipal, responsável por gerir diretamente a cidade; uma vez que, ao deparar-se com a necessidade de promover e organizar o acesso a diversos serviços a um elevado número de pessoas (tais como saúde, moradia e transporte público) todos vinculados diretamente à garantia de direitos individuais e sociais assegurados pela Constituição Federal (artigos 3º ao 6º).

O Desenvolvimento Sustentável, cujo objetivo primordial é conciliar o desenvolvimento econômico com higidez ambiental, foi disciplinado pela Constituição brasileira no artigo 225 e se aplica, também, ao meio ambiente urbano.

A preocupação com o ambiente frente ao desenvolvimento urbano acentua-se na medida em que as mazelas oriundas do descuido ambiental causam catástrofes que destroem vias, moradias e, até, ceifam vidas. Não são poucas as notícias enunciadas diariamente pelos canais de comunicação, sobre alagamentos, terremotos, secas, nos grandes centros e outras tragédias, evidenciam a distância entre norma legal e práxis.

Dessa forma, problemática que envolve essa pesquisa é: de que forma o acesso à informação ambiental pode auxiliar na sustentabilidade ambiental urbana?

A pesquisa se justifica em virtude de que a ausência de planejamento urbano ou omissão do Poder Público em fornecer informações ambientais à população acaba por permitir ou incentivar condutas errôneas da população que constrói de forma irregular, ou ocupa espaços protegidos e frágeis, que deviam ser conservados ao invés de ocupados irregularmente. Essa permissibilidade do Poder Público acaba gerando diversos prejuízos materiais, de salubridade e ambientais à população economicamente desfavorecida.

Nesse contexto, exsurge, no âmbito interno do direito pátrio, o direito de acesso à informação ambiental e, revisitar os precedentes jurídicos na esfera nacional e internacional, bem como perceber a relação da informação ambiental com o desenvolvimento urbano sustentável, revela-se como forma de instar o debate do tema, de molde a que se discutam formas e medidas para que se concretize o acesso à informação ambiental e para que este possa contribuir na construção do desenvolvimento urbano sustentável.

Assim, o objetivo dessa pesquisa é o de investigar sobre o avanço desenfreado da urbanização, analisando a legislação protetiva e o direito de informação da população sobre o direito de construir e de saber onde constrói e se esse local é seguro e ambientalmente correto e identificar a relação do direito de acesso à informação na construção do urbano sustentável.

Quanto à metodologia que se utilizará nessa pesquisa, será o método dedutivo: quanto aos meios a pesquisa será a bibliográfica, com consulta à doutrina, legislação e jurisprudência; quanto aos fins a pesquisa será qualitativa.

2. O DIREITO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 surge em um momento importante da história, para assegurar direitos e dignidade, tirando o homem de séculos de escuridão, ao estabelecer:

XIX: Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, **receber e transmitir informações** e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras (Grifo nosso)

Embora não preveja especificamente o direito à informação ambiental, a Declaração dos Direitos Humanos estabelece o direito geral à informação e, tal previsão revela a preocupação por parte das Nações Unidas, já nos idos de 1948, num ambiente de pós-guerra, em regular e assegurar o direito a obter e repassar informações.

Observa-se que o dispositivo abarca a ideia da informação ligada à ideia de “liberdade”, isto é, o ser livre envolve “saber” e o

saber pressupõe “informação”. Pode-se extrair que a informação é pressuposto para que o indivíduo possa firmar um entendimento, compreensão e, conseqüentemente, expressar suas opiniões e ideias. Desta forma, percebe-se que a informação é um elemento essencial para que o ser humano obtenha conhecimento e possa contribuir, a partir dela, mediante o exercício de sua cidadania, para a transformação social.

A concepção da informação como instrumento de poder é inerente à cultura popular, ou seja, quem possui informação anda à frente daquele que não a possui.

Infere-se, que a informação é elemento constitutivo do conhecimento e este promove, conseqüentemente, ao seu detentor, maior poder de decisão, sendo esta mais coerente e consciente, de forma a concretizar a melhor escolha possível.

Assim, sem informação o indivíduo pode ser posto como que numa brincadeira de jogo às cegas em que o jogador é provocado a trocar um objeto por outro, sem, contudo, enxergar o que está sendo proposto e induzido a trocar algo de grande valor por algo de reduzido valor. Ou seja, o cidadão desinformado passa a ser manipulado negativamente; pois a falta de conhecimento informado lhe tira o poder de decisão consciente.

Dessa forma, no meio ambiente urbano vamos verificar cidadãos sem teto, ocupando áreas verdes, de preservação e proteção que não poderiam ser ocupadas porque geram riscos aos próprios ocupantes; entretanto, como são manipulados por forças políticas eleitoreiras, acabam sendo vítimas e algozes ao mesmo tempo. Esse é o grande perigo da desinformação ambiental.

Com o uso desenfreado dos bens ambientais, para atender ao lucro desmedido e às necessidades inexistentes, o planeta começa a aquecer e inicia-se um processo global de desastres ecológicos, com grandes inundações, maremotos, furacões, etc. Nesse sentido a comunidade científica se manifesta suscitando a todos, sem distinção, que realizem esforços para cessar a destruição do planeta e iniciar-se um plano de educação ambiental com base em informações sólidas à população, para que ela contribua nesse aspecto; além dos Programas de governo que deveriam iniciar imediatamente.

Dessa forma, a ONU – organização das Nações Unidas – promoveu no ano de 1.972 uma conferência Internacional sobre meio ambiente, na cidade de Estocolmo, na Suécia, onde se tratou dessas necessidades de se mudar comportamentos ambientais. Dessa conferência, resultou-se uma carta de princípios que iriam nortear a ação dos Estados soberanos, para diminuir a poluição e reduzir o crescimento econômico. Há um destaque importante nessa Carta, no tocante à informação:

Artigo 20. Devem-se fomentar em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento, a pesquisa e o desenvolvimento científicos referentes aos problemas ambientais, tanto nacionais como multinacionais. Neste caso, o livre intercâmbio de **informação científica** atualizada e de experiência sobre a transferência deve ser objeto de apoio e de assistência, a fim de **facilitar a solução dos problemas ambientais**. As tecnologias

ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países.

Assim, a Declaração de Estocolmo assegurou conhecimento público acerca das questões ambientais, através da instituição do Princípio Ambiental da Informação. Embora de forma limitada, ao prever o intercâmbio de informações científicas entre países com o fim de facilitar a solução dos problemas ambientais.

Esse princípio foi ratificado pela Convenção Internacional do Meio Ambiente – ECO / 92, realizada na cidade do Rio de Janeiro/Brasil, em 1992. Dessa Conferência elaborou-se uma carta de Princípios denominada Declaração do Rio/92, que assim previu:

Artigo 10 A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso **adequado às informações relativas ao meio ambiente** de que disponham as autoridades públicas, **inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades**, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a conscientização e a participação popular, colocando as informações à

disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos. (Grifo nosso)

Dessa forma, o Princípio da Informação descrito na Declaração da Rio/92 foi consubstanciado na Convenção da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas (CEE/ONU) sobre Acesso à Informação, Participação do Público no Processo de Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria de Ambiente – Convenção de Aarhus - adotada em 25 de junho de 1998 na Dinamarca, foi subscrita inicialmente por países europeus, mas aberta aos demais membros integrantes da ONU, entrou em vigor a partir de 30 de outubro de 2001.

Destaca-se que a Convenção de Aarhus foi estruturada num tripé: informação, participação e justiça ambiental.

Evidencia-se, desta forma, que tem sido destacada a importância da informação ambiental, reiteradamente reconhecida no âmbito internacional, para que, a partir dela, possa-se formar o conhecimento e com ele efetivar a educação e participação nas decisões e obter a almejada justiça ambiental.

Assim, as Normativas Internacionais, das quais o Brasil é signatário, garantem ao cidadão e impõem ao Poder Público a obrigação de fornecer à população, informações ambientais adequadas e que lhes permitam optar e tomar decisões de forma consciente e responsável.

3. O DIREITO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL NO ÂMBITO DO DIREITO BRASILEIRO

No âmbito interno do ordenamento jurídico a Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 estabelece que:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, **constitui-se em Estado Democrático de Direito** e tem como fundamentos:

(...) *omissis*

Tal dispositivo constitucional denota os Princípios, adotados pelo Estado brasileiro, dentre os quais o Princípio Republicano, o Princípio Democrático e o Princípio do Estado de Direito.

Montesquieu (1996, p. 10), em “O espírito das leis”, explica que os governos podem ser de três formas: republicano, monárquico ou despótico. Subdividindo, ainda, o primeiro, em aristocrático ou democrático:

Existem três espécies de governo: o REPUBLICANO, O MONÁRQUICO e o DESPÓTICO. Para descobrir sua natureza, basta a ideia que os homens menos instruídos têm deles. Suponho três definições, ou melhor, três fatos: “o governo republicano é

aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; [...]

Quando, na república, o povo em conjunto possui o poder soberano, trata-se de uma Democracia. Quando o poder soberano está nas mãos de uma parte do povo, chama-se Aristocracia.

O povo, na democracia, é, sob certos aspectos, o monarca; sob outros é súdito.

Verifica-se, então, que o princípio republicano origina-se da forma de governo em que o povo detém o poder, em contraposição a governos de um só.

A democracia, segundo Montesquieu (1.996, p. 11), liga-se à República, isto é, “está atrelada à forma de governo republicana em que o povo detém o poder divergindo da Aristocracia em que apenas parcela do povo deteria o poder”.

Assim, o Princípio Democrático decorre dessa ideia de que o povo é o detentor do poder e, nesse sentido, sendo o povo composto pela coletividade de indivíduos, requer a busca do consenso e a adoção de um critério no dissenso, qual seja o princípio majoritário, sem, contudo, olvidar dos direitos das minorias vencidas, a fim de evitar a transmutação da democracia numa, coloquialmente nominada, “ditadura da maioria”.

Ao tratar do princípio democrático Sarlet (2017, p. 269-270) esclarece que:

O Princípio Democrático equivale o Estado Constitucional ao Estado Democrático de

Direito e caracteriza-o como aquele em que o poder deva ser adquirido e exercido de forma legítima, e, além disso, como um Estado intimamente relacionado com a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais em geral, mormente políticos e de liberdade, tais como liberdade de expressão, reunião, manifestação e, ainda, a nacionalidade.

Neste sentido, Antunes (2017, p. 21) esclarece que “o Direito Ambiental possui, dentre suas principais origens, os movimentos reivindicatórios dos cidadãos, o que denota que a democracia configura uma de suas bases mais caras e consistentes”. E continua Antunes (2017, p. 22) afirmando que “O princípio democrático encontra a sua expressão normativa especialmente nos direitos à informação e à participação. Tais direitos estão, expressamente, previstos no texto da Lei Fundamental e em diversas leis esparsas”.

Assim, pode-se concluir que o Princípio Democrático pauta-se na legitimação do Poder e seu exercício, de forma articulada com outros princípios, tais como o da dignidade da pessoa humana, e tem abarcado em seu cerne, o princípio da informação.

O princípio do Estado de Direito, segundo Sarlet (2017, p. 278), contemporaneamente, congrega elementos formais e materiais:

O Estado formal de Direito (ou em sentido formal) já se configura mediante a previsão e

garantia de uma divisão (separação) de poderes, a legalidade da administração pública, a garantia de acesso à justiça e a independência judicial no plano do controle dos atos administrativos, bem como a pretensão por parte do particular de ser indenizado quando de uma intervenção estatal indevida no âmbito de sua esfera patrimonial.

[...] a noção de Estado material de Direito (ou em sentido material) exige que a legalidade esteja orientada (e vinculada) por parâmetros materiais superiores e que informam a ordem jurídica e a ação estatal, papel que é exercido por princípios jurídicos gerais e estruturantes e pela vinculação do poder público (dos agentes e dos seus atos) a um conjunto de direitos e garantias fundamentais [...]

Diante de tais princípios constitucionais pode-se observar que o povo, como corpo formado por indivíduos unidos entre si e com o Estado por um vínculo jurídico, constituindo o elemento humano do próprio Estado Democrático de Direito, é o legítimo detentor do poder estatal, exercido por ele diretamente ou mediante representante, e, desta forma, credor e merecedor de toda a transparência quanto aos atos praticados em nome de seu próprio poder, e, portanto, legítimo destinatário de informações das quais necessita, quer seja para o próprio exercício de seu poder, quer seja para sua própria sobrevivência.

Dessa forma, não há como afastar o direito do povo às informações ambientais: seja porque o indivíduo que compõe o povo integra o meio em que está inserido, sofrendo as

consequências decorrentes das condições desse meio que habita – o que denota o direito à informação daquilo que lhe afeta; seja porque o poder do Estado é do povo, o que denota que, como detentor do poder, também o é das informações ligadas a tal poder.

Entrementes, ainda que a própria principiologia do Estado Democrático de Direito, por si só, já abarque o direito à informação, inclusive ambiental, porquanto o povo – incluído nele o indivíduo – detém o poder e, ainda, a Constituição confira-lhe direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado – artigo 225, da CRFB/88 – introduziu-se no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 12.527/11, denominada de Lei de Acesso à Informação – LAI, com expressa previsão de transparência ativa:

Artigo 8º. É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

Pode-se, assim, perceber que, mais uma vez, restou explicitado e reafirmado, na seara do ordenamento jurídico brasileiro, o direito do indivíduo à informação ambiental, revelando-se importante senão indispensável instrumento para o exercício do poder constitucionalmente conferido ao povo.

4. O DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL

É importante destacar que a Constituição Federal acolheu o Princípio do Desenvolvimento Sustentável, o qual conjuga dois valores fundamentais: o do desenvolvimento econômico e o do ambiente saudável para uma vida humana digna:

Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...) omissis

IV –**os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa** (Grifo nosso)

Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim **assegurar a todos existência digna**, conforme os ditames da justiça social. (Grifo nosso)

Neste sentido, Beltrão (2014, p. 37) esclarece que:

O direito ao meio ambiente compreende **a saúde em sentido amplo**: não consiste apenas em mero antagonismo a possuir doenças, mas visa garantir a qualidade de vida do ser humano em relação ao meio em que se encontra inserido. Portanto, como direito fundamental que é, o meio ambiente sadio deve ser prioridade de todos os governantes,

assim como deve estar inserido em todas as políticas públicas, para garantir o direito à vida com qualidade. (Grifo nosso)

A previsão do Princípio do ambiente sadio como direito fundamental do ser humano encontra guarida no texto Constitucional:

Artigo 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. (Grifo nosso)

Neste sentido, ao dissertar sobre Desenvolvimento Sustentável, Bobbio ((2004, p. 63) esclarece acerca da distância entre o que diz a norma e o que revelam os fatos:

Num discurso geral sobre os direitos do homem, deve-se ter a preocupação inicial de manter a distinção entre teoria e prática, ou melhor, deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais. Quero dizer que, nestes últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente, ou

seja, para transformar aspirações (nobres, mas vagas), exigências (justas, mas débeis), em direitos propriamente ditos (isto é, no sentido em que os juristas falam de “direito”).

Dessa forma, o grande desafio contemporâneo é a busca pela efetividade dos direitos declarados, porquanto o mero discurso, por si só, não transforma. Por outro lado, vale lembrar que assim como o direito ao meio saudável para a vida digna encontra-se previsto na Constituição brasileira, também o está igualmente estabelecido o direito ao desenvolvimento econômico, nesse sentido aduz Leite (2012, p. 166):

O Direito é produzido por humanos e voltado para os seus valores. Assim, sendo o aspecto econômico um dos mais valorizados e presentes em boa parte do mundo (chegando a ser, inclusive, indicado por muitos como razão de ser do Estado e do próprio Direito), é compreensível que o ambiente ainda fique, na esfera jurídica, refém das necessidades de ordem econômica. Não seria diferente na Constituição da República Federativa do Brasil (CFRB), que, mesmo consagrando um Estado Social de Direito, não deixa de contemplar amplamente pressupostos de um Estado Liberal, considerando a perspectiva vigente nessa sociedade atual de mercado mais globalizado.

Assim, segundo a principiologia normativa constitucional, a República Federativa do Brasil pauta-se na ideia

de um Desenvolvimento Sustentável, isto é, ao mesmo tempo em que preconiza o desenvolvimento econômico também prevê que se observe a qualidade ambiental, pois sem esta não há como assegurar o direito fundamental a vida humana digna, princípio mor previsto no artigo 1º, III, da Constituição brasileira.

Dessa forma, imerso nesse contexto, nota-se que o Estado brasileiro busca estabelecer as bases de sua organização, pautando-se pelo viés econômico e social; isto é, incentiva e assegura o desenvolvimento econômico, mas assenta limites com o estabelecimento dos direitos sociais, dentre os quais, notadamente o “direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”, o que, aponta para a direção do desenvolvimento sustentável, cujo conceito jurídico extrai-se dos dizeres do artigo 225 da CFRB/88.

Contudo, não se pode ignorar que a temática envolve discussões diante de sua aparente contradição, porquanto o princípio do desenvolvimento sustentável estaria a conciliar dois valores frontalmente opostos. Nesse sentido, Gadotti (2000, p. 59):

Parece claro que entre sustentabilidade e capitalismo existe uma incompatibilidade de princípios. Essa é uma contradição de base que está inclusive no centro de todos os debates da Carta da Terra e que pode inviabilizá-la. Tenta-se conciliar dois termos inconciliáveis. Não são inconciliáveis em si, metafisicamente. **São inconciliáveis no atual contexto da globalização capitalista. O conceito de desenvolvimento sustentável é impensável e inaplicável neste contexto. [...]**

a utopia ou projeto do “desenvolvimento sustentável” coloca em questão não só o crescimento econômico ilimitado e predador da natureza, mas o modo de produção capitalista. Ele só tem sentido numa economia solidária, numa economia regida pela compaixão e não pelo lucro. A compaixão deve ser entendida aqui na sua concepção etimológica original de “compartilhar o sofrimento”. [...] O sofrimento precisa ser distribuído mais democraticamente. E isso só se fará pela justiça social. (Grifo nosso)

Destarte, a discussão travada envolve a indagação de como seria possível preservar e conservar o meio ambiente, garantindo-o saudável, quando ele próprio é objeto de apropriação e valoração monetária para fins de desenvolvimento econômico? Daí apontar-se que a expressão desenvolvimento sustentável representaria um conceito vazio, incapaz de se concretizar, diante dos objetivos e moldes do sistema capitalista em que nos incluímos.

De toda forma, ainda que se trate de projeto utópico, consoante palavras de Gadotti (2000, p. 60), o desenvolvimento sustentável pode servir para:

Lutar por um mundo menos malvado, menos feio e mais justo. A utopia do “desenvolvimento sustentável” é certamente contraditória e parece não servir para grandes coisas, mas ela nos prestará um bom serviço, desde já, se nos guiar para uma sociedade do futuro na construção da solidariedade.

Pois bem, em que pesem as críticas dirigidas ao Desenvolvimento Sustentável, o comando constitucional importa à população, mormente a urbana, atualmente a maioria no Brasil, já que, frente ao direito de Desenvolvimento Econômico está o direito à vida digna, o qual, por sua vez, pressupõe um meio ambiente urbano saudável, de forma que se busque um equilíbrio que permita a coexistência de ambos.

Nesse sentido, Fiorillo (2017, p. 68) esclarece que:

A busca e a conquista de um ‘ponto de equilíbrio’ entre o desenvolvimento social, o crescimento econômico e a utilização dos recursos naturais **exigem um adequado planejamento territorial que tenha em conta os limites da sustentabilidade**. O critério do desenvolvimento sustentável deve valer tanto para o território nacional na sua totalidade, áreas urbanas e rurais, como para a sociedade, para o povo, respeitadas as necessidades culturais e criativas do país. (Grifo nosso).

Os centros urbanos são os locais em que a maioria da população brasileira hodiernamente encontra residência ou moradia e, quiçá seja onde mais o indivíduo pode sofrer as consequências do embate travado entre desenvolvimento econômico e hígidez ambiental.

A Lei nº 10.257/01, denominada de Estatuto da Cidade, é importante instrumento jurídico a regular a vida da sociedade em centros urbanos e traz expressamente o direito à cidade sustentável

e à gestão democrática com participação de sua população; tanto na formulação, quanto na execução e acompanhamento de ações públicas de desenvolvimento urbano:

Artigo 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:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;(Grifo nosso)

A normativa é vital para o desenvolvimento urbano sustentável das cidades, mormente em grandes conglomerados urbanos, em que ocorre expressiva ação antrópica.

Nesse contexto, em que o homem modifica constantemente o meio que habita, tomando os recursos ambientais como objeto do mercado depara-se com problemas ambientais, como conviver num ambiente com altos graus de poluição do ar, escassez ou falta de água, intempéries climáticas que

provocam secas, temporais e alagamentos, são corriqueiros nos grandes centros urbanos.

Tais condições de vida muitas vezes trazem por consequências a destruição de vias de acesso, inviabilizando a locomoção, a destruição de moradias, causando o desabrigo, o acometimento de doenças que retira a saúde etc., ou seja, afeta o direito de ir e vir, o direito a moradia e a uma vida saudável num ambiente hígido.

Além disso, o próprio ambiente do trabalho, por vezes inadequado e sem a mínima higidez, revela ao trabalhador a importância de se viver num meio saudável que seja respeitado frente à busca incessante do Desenvolvimento Econômico a qualquer custo.

Dessa forma, as Políticas Públicas urbanas devem se pautar nas informações adequadas para garantir ao cidadão um ambiente urbano de qualidade, livre de inundações, de terremotos, desabamentos, falta de água etc.

Outro exemplo está na exploração da propriedade urbana com inobservância – quer pelo particular, quer pela administração pública – das áreas sensíveis, tais como a mata ciliar, ao se permitir a construção urbana em tais áreas. Por vezes, tal acarreta em destruição da vegetação ao longo de rios e igarapés, com a consequência de provocar futuro assoreamento e alagamentos.

Ainda, a inexistência de um planejamento no zoneamento urbano ou mesmo, quando há, a falta de observância, com consequente falta de saneamento básico, ausência de tratamento adequado ao lixo produzido. Tais exemplos denotam fatores de

desenvolvimento urbano não sustentável e afetam elementos que compõem o ambiente natural, de forma a causar poluição da água e do solo.

Tem-se, assim, que o indivíduo urbano, ao viver coletivamente em centros urbanos, acaba construindo um novo ambiente, em que conjuga os aspectos natural e artificial – neste incluído o cultural e o do trabalho. Neste sentido, Silva (2013, p. 22) explica que “o meio não permanece estanque, seus aspectos se integram “numa visão unitária a serviço da qualidade de vida humana, convergindo para a formação do meio ambiente urbano”.

Dessa forma, a construção do meio ambiente urbano, sem planejamento oriundo das informações ambientais adequadas, revelam algumas das mazelas urbanas que escancaram a problemática promovida pela exploração econômica de recursos ambientais para o desenvolvimento econômico desenfreado sem a devida preocupação com a sustentabilidade. Por outro lado, reverberam a necessidade de uma tomada de consciência para que se promova uma mudança comportamental e, neste ponto, é que se faz primordial a informação ambiental à população urbana para que, possa, assim, num primeiro momento tomar conhecimento sobre a situação para se informar através da Educação e, num segundo momento, participar da gestão pública para a construção de um Desenvolvimento Urbano Sustentável.

Assim, verifica-se a importância de uma reflexão quanto aos problemas ligados ao Desenvolvimento das Cidades, pois afetam diversos direitos do indivíduo que vive em centros urbanos – moradia, saúde e transporte – os quais podem ser tidos como consequências de uma nítida inobservância da ideia do

desenvolvimento urbano sustentável e que merecem que sejam olhados com maior preocupação e cuidado.

5. O DIREITO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL PARA UM DESENVOLVIMENTO URBANO SUSTENTÁVEL

É importante destacar que o direito de acesso à informação ambiental, assim como o desenvolvimento sustentável, encontra-se estabelecidos na CRFB/88 e ambos podem ser vistos como importantes instrumentos necessários à promoção da higidez do meio – natural, artificial, cultural e do trabalho – na busca pela concretização da vida humana digna.

Entretanto, tal não pode ser tomado como novidade da Constituição de 1988 ou da Lei de Acesso à Informação, pois ao revisar a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente – Lei nº 6.938, surgida nos idos de 1981, percebe-se que esta já previa dentre os seus objetivos:

Artigo 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará:

I - à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico;

(...) omissis

V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de

preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

Significa dizer que, no Brasil, mesmo antes da CRFB/88, já se tinha norma jurídica, diga-se, que permanece vigente, a estabelecer o desenvolvimento sustentável e a informação ambiental como política nacional do meio ambiente, de forma a vincular a atuação da administração pública ao comando normativo.

Porém, foi com o advento da Constituição brasileira em 1988 que se evidenciou o acolhimento da ideia do desenvolvimento sustentável, bem como, sua necessária articulação com o instituto da informação ambiental, da mesma forma, agora, constitucionalmente consagrado e reiterado na Lei nº 12.527/11, porquanto não há como falar em desenvolvimento sustentável, sem, com isso, pressupor que haja informação ambiental, ou seja, têm-se ambos por indissociáveis.

Insta mencionar que a Constituição Federal veio marcada com a previsão do acesso à informação, o que se confirma diante dos princípios que norteiam o Estado brasileiro, mormente o Princípio Republicano, o Princípio do Estado de Direito e o Princípio Democrático, anteriormente ventilado, que estabelecem o poder nas mãos do povo e traduzem, necessariamente, o pressuposto de que este mesmo povo seja, ao menos, informado, pois não é razoável compreender um Estado que se diz republicano, de Direito e Democrático diferente disso, ou seja, que adote o sigilo e a desinformação pública como ideais, evidentemente, não seria um Estado assim qualificado.

Veja-se, por exemplo, que o artigo 5º, XIV e XXXIII, da CRFB/88, dispõe sobre o direito à informação:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...) omissis

XIV - é assegurado a todos o **acesso à informação** e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;

(...) omissis

XXXIII - todos têm direito a receber dos órgãos públicos **informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral**, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado; (Grifo nosso)

Já o artigo 37, da CRFB/88, estabelece dentre os princípios da administração pública, o da publicidade, incluindo em seu § 3º, inciso II, o direito de acesso a informações:

Artigo 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade,

publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...) *omissis*

§ 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

(...) *omissis*

II - o **acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo**, observado o disposto no artigo 5º, X e XXXIII; (grifo nosso)

Da mesma forma, no âmbito infraconstitucional, reafirma-se o direito à informação, além do disposto na Lei nº 6.938/81, também na Lei nº 10.650, de 16 de abril de 2003, ingressou no ordenamento jurídico a confirmar acerca do direito à informação e previu o direito ao acesso público a dados e informações existentes em órgãos e entidades do SISNAMA – Sistema Nacional do Meio Ambiente.

Ainda, no âmbito do Direito à Informação Ambiental, cumpre destacar que a Lei nº 9.795/99, estabelece a Política Nacional da Educação Ambiental e traz dentre seus objetivos:

Artigo 5º São objetivos fundamentais da educação ambiental: [...]

II - a garantia de **democratização das informações ambientais**;

III - o estímulo e o fortalecimento de uma consciência crítica sobre a problemática ambiental e social; (Grifo nosso)

Também podemos encontrar o acesso à Informação na Lei nº 12.527, que disciplinou o direito ao acesso à informação, e, de forma inédita, trouxe expressamente a obrigatoriedade da atuação ativa estatal no dever de informação, a denominada transparência ativa:

Artigo 8º. É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de **informações de interesse coletivo ou geral** por eles produzidas ou custodiadas. (Grifo nosso)

Desta forma, percebe-se que há no ordenamento jurídico brasileiro a previsão de que cabe aos órgãos e entidades públicas promover a divulgação das informações de interesse coletivo ou geral, o que não exige muito esforço para se concluir que deve ser franqueado ao público, incluídos os munícipes de uma cidade, as informações ambientais que lhes são úteis e necessárias à construção do desenvolvimento urbano sustentável.

Contudo, embora a Lei exista e toda a principiologia constitucional brasileira reforce a necessidade de que a população de um modo geral, incluída a urbana, tenha franqueada, de forma fácil, evidente e simplificada, informações de interesse coletivo ou geral, nelas incluídas as informações ambientais, mormente a fim de que possa tomar consciência e haja uma sensibilização quanto à questão ambiental para a promoção do desenvolvimento urbano sustentável, na prática, é preciso que sejam tomadas ações

coordenadas por parte das administrações públicas municipais a assegurar o exercício do direito de acesso à informação ambiental.

Nesse sentido Salgado (2015, p. 109) esclarece que “a exigência de transparência ativa ainda é um desafio para os sujeitos submetidos à Lei, e não faltam informações categorizadas como de interesse público para melhorar o controle social sobre o Poder Público”.

Assim, embora existam algumas ações esparsas por parte de Administrações Públicas municipais, a difundir a informação ambiental, no geral, o que ocorre é a ausência de efetivação do direito de acesso à informação ambiental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática desta pesquisa centrou-se na necessidade de se verificar de que forma a população poderia ter acesso à informação ambiental, para efetivar o Desenvolvimento sustentável urbano. Os objetivos da pesquisa foram cumpridos, na medida em que se fez uma análise criteriosa das diretrizes internacionais e da legislação nacional, bem como do posicionamento doutrinário, a respeito do efetivo direito e acesso à informação ambiental.

Da pesquisa realizada pôde-se inferir primeiramente que o ordenamento jurídico brasileiro acompanha as diretrizes principiológicas estabelecidas pela Organização das Nações Unidas quanto ao acesso à informação ambiental, de modo a prever o direito tanto na Constituição quanto especificamente em legislação

infraconstitucional, o que denota a preocupação, ao menos no âmbito legislativo, com tal direito à população.

Também se observou que foi acolhido pelo texto constitucional brasileiro o desenvolvimento sustentável, quando a Constituição Federal previu expressamente esse princípio no artigo 170, VI, bem como disciplinou o direito ao desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, no artigo 225.

Dessa forma, compatibilizar o Desenvolvimento Econômico com a sustentabilidade Ambiental é tarefa para o Poder Executivo através de Políticas Públicas.

Neste sentido, o que se pôde concluir foi que, embora haja previsão no ordenamento jurídico brasileiro do direito ao acesso à informação ambiental, a práxis ainda distancia-se da norma.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. São Paulo: Atlas, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Congresso Nacional, Brasília, 1.988.

_____. **Lei nº 6.938 de 31 de agosto de 1981**. Política Nacional do Meio Ambiente. Congresso Nacional, Brasília, 1981.

_____. **Lei nº 10.257 de 10 de julho de 2001**. Estatuto das Cidades. Congresso Nacional, Brasília, 2001.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da terra**. São Paulo: Peirópolis, 2000.

LEITE, José Rubens Morato. Sociedade de Risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito ambiental constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O espírito das leis**. Montesquieu; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Muracheo. São Paulo: Martins Fontes, 1996. Disponível em:

<https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/2963710/mod_resource/content/0/Montesquieu-O-espírito-das-leis_completo.pdf>

Acesso em: 12 jan 2018

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração de Estocolmo sobre o ambiente humano**. Publicada pela Conferência das Nações Unidas em junho de 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>> Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Publicada pela Conferência das Nações Unidas em junho de 1992. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>> Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>> Acesso em: 12 jan. 2018.

_____. **Convenção de Aarhus**. Disponível em: <<https://www.apambiente.pt/index.php?ref=16&subref=142&sub2ref=726&sub3ref=727>> Acesso em: 12 jan. 2018.

SALGADO, Eneida Desiree. **Lei de acesso à informação –LAI:** comentários à Lei nº 12.527/2011 e ao Decreto nº 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

TEMPORAL DE AÇO

STEEL STORM

*Paulo Velten*⁵

PRÓLOGO: Existe um quadro de *Klee* intitulado “AngelusNovus”. Nele está representado um anjo, que parece estar a ponto de afastar-se de algo em que crava seu olhar. Seus olhos estão arregalados, sua boca está aberta e suas asas estão estiradas. O anjo da história tem de parecer assim. Ele tem seu rosto voltado para o passado. Onde uma cadeia de eventos aparece diante de nós, ele enxerga uma única catástrofe, que sem cessar amontoa escombros e os arremessa a seus pés. Ele bem que gostaria de demorar-se, de despertar os mortos e juntar os destroços. Mas do paraíso sopra uma tempestade que se emaranhou em suas asas e é tão forte que o anjo não pode mais fechá-las. Essa tempestade o impele irresistivelmente para o futuro, para o qual dá as costas, enquanto o amontoado de escombros diante dele cresce até o céu. O que nós chamamos de progresso é a tempestade.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. O quadro benjaminiano descrito na tese IX.
3. O mito de Er e a ideia de justiça ligada ao que é natural.
4. O risco da naturalização do “acidente” de Mariana.
5. A relação entre o anjo da história benjaminiana e o progresso.
6. O salto para fora do trem do progresso.

⁵ Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá-UNESA. Professor da Universidade Federal do Espírito Santo-UFES.

7. A continuidade histórica como método de dominação da política “progressista”.

8. Outras possibilidades.

9. Remissão mitológica.

Referências.

INTRODUÇÃO

Este é o prólogo da tese IX de Walter Benjamin⁶, escrito na década de 1930 e é um de seus textos que provoca as maiores inquietações em seus intérpretes, no dizer de Michael Löwy⁷ (2005, p.87) “[...] toca de maneira profunda na crise da cultura moderna, além de ser um prenúncio trágico de Auschwitz e Hiroshima, duas grandes catástrofes humanas”. A propósito, vale ressaltar que a obra de Löwy é o marco teórico fundamental para entender a complexidade contemporânea, bem como para decifrar as herméticas alegorias *benjaminianas* que, adaptadas com base em suas teses, serviram como prenúncio das tragédias comentadas acima. Outrossim, tais alegorias poderão lançar luz ao dilema ambiental produzido pela maior catástrofe ecológica produzida

⁶“As teses ‘sobre o conceito de história’ de 1940, são os últimos escritos de Walter Benjamin, redigidos um pouco antes de seu suicídio – logo após o fracasso de sua tentativa de escapar da Gestapo na França *vichyista*. Em sua carta a Adorno dizia que as teses – que foram escritas sob o impacto da ocupação da Europa pelos nazistas e tiveram uma intrincada história entre seu ‘salvamento’ (uma cópia dada para Hannah Arendt), a primeira publicação e o reconhecimento – não seriam destinadas a publicação pois temia que isso ‘abriria as portas a incompreensão entusiasta’”. (orelhado livro *Aviso de incêndio*)

⁷Michael Löwy é diretor do centro de pesquisas do CNRS (*Centre National de la recherche scientifique e leciona na École des Hautes Études Sciences Sociales*), Paris. Autor de inúmeras obras traduzidas para 29 línguas.

pelo homem no Brasil, a comumente chamada “tragédia de Mariana”. Faz-se necessário salientar, a partir dessa perspectiva, que este trabalho abordará as possibilidades advindas da vida e morte do rio doce, local da tragédia. Para isso, contextualizaremos nosso estudo a partir do berço pré-socrático, na Grécia antiga, visto que, o contexto vida e morte já era presente desde lá, seja na discussão e criação de mitos “naturais” relativos ao teatro grego, seja na relação da mitologia com a humanidade.

Desta forma, relacionam-se o rio *Lettes (rio do esquecimento)* com o rio doce,⁸ uma vez que, esse, tanto como aquele, poderá vir a se tornar um lugar mítico, de esquecimento.

Esse esforço imaginativo demonstra o objetivo de advertir contra o processo de naturalização de uma catástrofe ambiental, fenômeno que se dá pela entrega da solução do problema ambiental produzido no mundo das compensações financeiras e responsabilizações pessoais. Essa prática é comum na civilização moderna que se materializa com a confecção de um documento jurídico que cristaliza o esquecimento do bem ambiental propriamente dito.

Nesta perspectiva, a primeira alegoria:

⁸Lugar que emprestava o nome originário para a Cia Vale do Rio Doce, acionista majoritária e controladora da mineradora Samarco (empresa de mineração responsável pelo desastre). Por ironia, a Cia do Rio Doce abdicou do seu nome a referência ao rio cerca de três anos antes da tragédia ambiental, optando por retirar de sua razão social a alusão ao rio doce, passando a denominar-se apenas como VALE, como uma premonição de que sepultaria o rio que lhe dera origem. Vale ressaltar, ainda, que a expressão “vale” é utilizada amplamente como empréstimo, de onde a Cia deveria retirar seus insumos.

2. O QUADRO *BENJAMINIANO* DESCRITO NA TESE IX

No quadro descrito no prólogo, o que em primeiro lugar salta aos olhos na ilustração (LOWY, 2005, p.89) é que o anjo olha para o passado, e que, do paraíso, sopra uma tempestade que se constitui numa “catástrofe sem trégua” a qual se torna responsável por um “amontoado de escombros que cresce até o céu”. Esta tempestade para Benjamin é o progresso, ele a dá um caráter profano “*o anjo da história tem de parecer assim*”. Ele (o anjo) olha com os olhos arregalados, assustado, pois se distancia do paraíso. Aqui, neste texto, profanaremos essa interpretação, como simples possibilidade retórica, em nada vinculada com uma interpretação séria vinculada a obra de Benjamin. A sugestão é que o olhar do anjo não seja voltado para o paraíso (cristão), mas que se volte para tempos ainda mais remotos, como para tempos *homéricos*, descritos por Platão em *A República*,⁹ em que relata o mito de *Er*.

¹⁰

⁹ Livro X, de 614b a 621b. Trata-se de um relato, transmitido oralmente, de alguém que retornou do *Hades*.

¹⁰ No conto, o soldado *Er* foi encontrado depois de uma batalha que durou doze dias, ainda vivo sob uma montanha de cadáveres. Contou ele a viagem que os deuses haviam lhe permitido testemunhar, foi o único que se atreveu a descrever o lugar do julgamento das almas dos mortos. O lugar de julgamento, narra o personagem, seria uma pradaria denominada *Hades*, entre as aberturas do céu e da terra. Nela, haveriam duas crateras vizinhas e acima dessas duas aberturas apresentavam-se buracos simétricos na abóboda do céu. As almas saíam da terra pela segunda abertura, as almas dos eleitos subiam para o céu e a dos condenados desciam para o fundo da terra pela segunda abertura. Voltando após mil anos do céu ou dos infernos, as almas recebiam das mãos da deusa *Moirat* (necessidade) a sorte que elas mesmas escolhessem e dali partiam para se reencarnar, a fim de recomoçarem a nova vida. No *Hades*, todos aqueles que fossem reencarnar

3. O MITO DE *ERE* E A IDEIA DE JUSTIÇA LIGADA AO QUE É NATURAL

Como referido na introdução, a pretensão deste artigo é alertar contra a naturalização do acidente. Para tanto, buscou-se neste estudo o motivo para essa tendência à “naturalização” dos eventos trágicos, fenômeno cada vez mais corriqueiro na contemporaneidade, daí o porquê da alusão à narrativa do mito de *Er*.

Apesar de dramáticas e confusas as histórias na Grécia antiga, Segundo Flamarion Tavares Leite, é lá que o sentimento de justiça/injustiça começa a surgir¹¹ (2008, p.19) “[...] dessa relação do homem com os deuses, da relação do forte com o débil, como uma característica aristocrática própria de heróis”.

No teatro e nos poemas gregos, como por exemplo em *Ilíada*, esse sentimento foi adquirindo conteúdo, principalmente através de histórias mitológicas como a da união de *Themis*¹² com

deveriam beber da água do rio *Letes* (esquecimento) para reencarnar, exceto *Er* a quem não foi permitido beber. Ocorre que, a possibilidade proporcionada pela deusa, deveria ser submetida às suas filhas, a deusa *Láquesis* (futuro), a deusa *Clótos* (presente) e a deusa *Átropos* (partes) a quem cabia, fazer apagar o passado e selar o futuro escolhido, tornando-o, assim, irreversível.

¹¹ “A noção de justiça parece seguir o pensamento filosófico na Grécia, razão para o *jônios* que pretendiam explicar o universo por um princípio físico, pura ideia (espírito) para os *eleáticos* ou ainda, números (ideia de igualdade na contraprestação) para os *pitagóricos*, seguindo assim a necessidade de ser um produto da necessidade física, da metafísica ou da ordem governante do cosmos” (LEITE, 2008, p. 19).

¹² “Do ponto de vista etimológico, em Homero, *Themis* é empregada na frase que consta da *Ilíada* como da *Odisséia*: ‘*e thémisesti*’, significando aquilo que é

*Zeus*¹³ começa a ser legitimada a possibilidade de intimidade entre a divindade e a justiça, e da referida união nasce *diké*¹⁴ de modo que, daí em diante conforme Bittar e Almeida (2015, p. 81):

[...] o Olimpo não somente governava a si próprio, mas também a ordem das coisas no *kósmos*, como também a relação dos homens uns com os outros. Entretanto, neste estágio do desenvolvimento, o homem fazia parte de uma ordem estabelecida e que era vã a tentativa de se desvencilhar do destino, da ordem divina, predefinida, imutável,

estabelecido pelo costume. Ou seja, *thémis* designa algo cuja significação reporta à conservação, à permanência, à tradição, fazendo apelo à dimensão de um passado cuja conservação se dá na continuidade dos costumes, dos hábitos sociais, das tradições ancestrais. Vem revestida, portanto, de uma pressão tradicional, de uma pesada herança de antepassados, significando o liame entre o que era e o que será, não somente num sentido temporal, mas também moral, como medida de dever-ser do comportamento das novas gerações. ” (BITTAR, ALMEIDA, 2015, p.78)

¹³ Na *teogoniade* Hesíodo, Zeus, desde o seu nascimento as escondidas de *Crónos* (que comia seus filhos com medo de que o destronassem) sob a proteção de *Urano* (céu) e *Gaia* (terra), pais de *Thémis*, passa por inúmeras batalhas, ora contra titãs, ora contra o dragão, até sua vitória e ascensão na condição de rei dos imortais, em cuja condição toma por esposa *Métis* e *Thémis*, assim, de seu casamento nascem alguns filhos: 1) Bom Governo (*Eunomia*), Justiça (*Diké*) e Paz (*Eirene*); 2) As Parcas ou *Moirat* ou partes (*Proto*, *Laquesis* e *Átropos*) (BITTAR, ALMEIDA, 2015, p.80)

¹⁴ Segundo Bittar, Almeida (2015, p.79): “Pela expressão *Diké* é possível entendê-lo em dois sentidos: um de regra, costume, significando algo mais distante e sagrado (usado mais ou menos de modo indistinto com *thémis*), que aparece em *Odisséia* 11,218 e 14,59; outro, de justiça em seu caráter mais humano, mais carnal, mais vivo (oposto a *thémis*), que aparece em *Ilíada* 19,180 e oposto a força-bia (*Ilíada* 16, 388). Na *Ilíada* a expressão tinha incorporado um certo sentido de transgressão, algo que se associa a ideia de resistência a estrutura de classes e paulatinamente a partir do séc. VI a. C. considerada como algo mais universal”.

conduzida por deuses que revelavam um lugar para cada um, uma ideia de existência compatível e ajustada a esse cosmos.

Para além, o que há de característico dessa época é que, de todas as tragédias, é possível verificar a conexão com elementos naturais, ou seja, o sentimento de justiça ainda era primitivo e resumia-se na sua concordância com a natureza, assim a condição de cada ser o atrelava a um determinado natural. Dessa forma, a condição de escravidão de alguém tinha relação com ordem natural das coisas, de modo que isso seria o justo, isto é, a vida vinculada a um destino “natural” em relação ao cosmos, afinal, o homem procurava ainda entender-se naquela imensidão. Para exemplificar ainda melhor: o peixão come o peixinho e isso é naturalmente justo, jamais irá acontecer o inverso, da mesma forma, era justo o forte dominar o fraco porque isso era de acordo com a “natureza”.

Assim, o homem naquela época procurava suas origens nos elementos da natureza, entretanto das indignações provocadas pela opressão do forte sobre o fraco começam a produzir a dúvida daquele critério de justiça vinculada à adequação ao que é natural. Ainda nos dias atuais essa naturalização é muito utilizada nos julgamentos em que se quer legitimar o domínio do forte sobre o fraco.

Mas, voltando a perspectiva da naturalização da “tragédia de Mariana”, comumente referida como “acidente”, o evento carrega consigo essa tendência, afinal um temporal a haveria provocado e pode dar azo a utilização de um conceito de justiça

relativo aos tempos *homéricos*¹⁵, surgindo, assim, a possibilidade de se vislumbrar o rio doce como um afluente do mitológico rio *Lettes*, e, como sugere o nome, relegado ao esquecimento.

4. O RISCO DA NATURALIZAÇÃO DO “ACIDENTE” DE MARIANA

Há uma relação entre a história de *Er* e o evento ocorrido em Mariana. Para os gregos, do *hades* deriva o rio *Lettes* que por sua vez, corria das profundezas da terra (infernos - uma dimensão para onde as almas iriam após a morte) do subterrâneo até os limites exteriores, Da mesma forma, o vale que dá nome ao rio doce, deságua no oceano atlântico (limites exteriores) vindo das profundezas da terra explorada pelas mineradoras nos vales das minas gerais; um lugar que faria fronteira entre os mundos superiores e os inferiores.

Como se pode verificar, daí nasce uma ameaça mitológica, já que, assim como no mito de *Ermenciona* o rio *Lettes*, na versão de Dante Alighieri em *A divina Comédia*, igualmente o mesmo rio conduzia ao terceiro círculo do inferno, onde ficavam aqueles arrastados pela ventania (2002, p.25), que condenados (p.29) “[...] ficavam prostrados sob forte chuva de granizo, água e neve para

¹⁵O estado da arte desse primeiro período do pensamento grego (pré-socrático) anterior ao Séc. VIII a. C., se preocupava prioritariamente em buscar o princípio único de explicação do mundo, em buscar “[...] A ação que de si gera tudo, a chama eterna que se acende e se apaga sem cessar” (SOUZA; KUHNEN, 2005, p. 25, fragmento D. 30). Desse fogo teriam vindo todas as coisas e para ele todas devem regressar. A ideia de um eterno retorno. Para lá, tudo reflui, porém não de forma caótica, arbitrária, mas seguindo uma lei única, da natureza.

serem dilacerados pelas garras de *Cérbero*”, lembrando que injustiça na perspectiva primitiva grega, era a dissonância com a natureza, e, neste caso a almas dos causadores da “tragédia de Mariana” estariam condenados ao círculo do “cão”¹⁶.

Mas o que há de tão grave nesta perspectiva de naturalizar o acidente para além da ameaça mitológica? - O grave aqui é considerar o progresso tecnológico e econômico, representado pelas empresas causadoras da tragédia, como algo natural e do qual não seria possível de se desvincular.

5. A RELAÇÃO ENTRE O ANJO DA HISTÓRIA BENJAMINIANA E O PROGRESSO

Walter Benjamin (LÖWY, 2005, p.90) já antevia, mesmo antes da ascensão de Hitler, a vinculação do nazismo com a noção de progresso, ele já qualificava como característica da modernidade a criação de um “consumismo eterno como uma condenação infernal uma catástrofe sem tréguas”, e ressalta-se que naquela época o consumismo era inócuo se comparado ao atual.

Esse pessimismo, apontava para a necessidade de uma ruptura com “o vento do progresso” que era responsável pelos “escombros da destruição”. Aliás, são vários os trabalhos que

¹⁶A expressão “cão” é em alusão a *Cérbero*, cão furioso e horrendo que ladrava escancarando suas três colossais bocarras, para as turbas submersas dos pecadores. Seus olhos são vermelhos, seu ventre desmedido; traz a barba suja e as garras muito aguçadas – rasga lanha, despedaça a infeliz gente. (*A divina comédia*, 2002, p.29)

apontam a vinculação das empresas de tecnologia de ponta que cooperaram com o nazismo e seus experimentos¹⁷.

Embora as teses de Walter Benjamin tenham sido interpretadas como prenúncio da segunda guerra e principalmente de Auschwitz e Hiroshima, a tese IX ganha uma atualização impressionante quando acrescida das tragédias ambientais contemporâneas, na medida em que o louvor a ciência progressista como solução para problemas, em especial relativos a meio ambiente, encontra-se novamente em evidência, vale dizer, tanto como o nacional socialismo alemão da década de 1930, nesse sentido Löwy afirma (2005, p.93) “[...] é traço comum da cultura desenvolvimentista que o progresso é associável a fenômenos naturais, e, como tais, regidos por leis da natureza irresistíveis”, portanto, sob essa ótica, acidentes naturais seriam tidos como algo inevitável no contexto do progresso.

A alegoria *benjaminiana* ainda sugere que as asas do anjo da história estariam enrijecidas, impedidas de voar e sendo empurrado para longe do paraíso. Na versão sugerida neste artigo, impediria o seu retorno ao lugar do julgamento, que na configuração proposta, caracteriza-se na constatação de que, após mais de um ano da tragédia consumada, as providências tomadas no sentido da recuperação do bioma do Rio Doce ainda muito tímidas, as providências se limitam a providências jurídicas sobre

¹⁷Giorgio Agamben (*Homo Sacer*, 2002, p.152) igualmente denuncia a relação próxima entre o nazismo e a ciência médica da época, narra as atrocidades feitas utilizando os prisioneiros como cobaias humanas durante a guerra e mesmo depois durante o julgamento dos médicos que participaram dos monstruosos “experimentos científicos nazistas”.

competência, atribuições e responsabilidades,¹⁸ e a participação dos que foram diretamente vitimados é muito limitada, tanto que a homologação do acordo realizado entre o Estado do Espírito Santo e o de Minas Gerais foi suspenso no Superior Tribunal de Justiça¹⁹. Enquanto isso, tudo continua o mesmo, o rio morto como se fosse um fato naturalmente consumado.

Por outro lado, as sirenes bradando como em um “aviso de incêndio”,²⁰ a necessidade de se preservar a continuidade a empresa causadora da tragédia,²¹ que a retomada de seu funcionamento seria essencial para a humanidade, para as cidades ribeirinhas, e até, para a natureza por ela explorada, e todo progresso que ela representa. Vale ressaltar a advertência *benjaminiana* (LÖWY, 2005, p.90) que “[...] a quintessência do

¹⁸Embora tenha sido criada a Fundação Renova com o objetivo de produzir projetos de recuperação do rio, as ações nesse sentido podem ser acessadas no seguinte site:

<http://www.fundacaorenova.org/> Acesso em 21 fev. 2017

¹⁹Conforme notícia vinculada pelo Correio do Brasil o inquérito que apura as responsabilidades foi suspenso pelo Superior Tribunal de Justiça até que se decidam as discussões sobre competência.

Por Redação, com *ABr* – de Brasília.

Disponível em: <http://www.correiodobrasil.com.br/justica-suspende-temporariamente-inquerito-sobre-tragedia-em-mariana/> Acesso em: 23 mar. 2016

²⁰Referência ao título do livro de Walter Benjamin que já na década de 30 previa o período obscuro que o nacional socialismo representava para o mundo e para Alemanha.

²¹Reportagem publicada em 15.03.2016, Por Redação, com *Reuters* – de Mariana Disponível em:

<http://www.correiodobrasil.com.br/mariana-ve-retorno-da-samarco-como-alternativa/> Acesso em: 20 mar. 2017

inferno é a eterna repetição do mesmo e a sociedade moderna dominada pela mercadoria, disfarçada de novidade e moda, que condena as pessoas ao inferno da repetição do passado”.²²

Diante da gravidade das admoestações, é de se indagar qual seria o antídoto, a antítese, a possibilidade de remissão desta perspectiva infernal. O próprio Benjamin responde: (LÖWY, 2005, p.39) “[...] o fim da opressão se dá por um salto para fora do trem do progresso. O anjo não suporta o progresso”.

6. O SALTO PARA FORA DO TREM DO PROGRESSO²³

Esta opção de saltar do trem advém da vinculação marxista de Benjamin (LÖWY, 2014, p.23,24) e ao trazer os textos

²²Michel Löwy em outra obra: *O que é o ecossocialismo?* (2014, p.40), lembra que mesmo antes, em 1928, no seu livro “sentido único” Benjamin já denunciava a dominação da natureza por meio da tecnologia com um “ensino imperialista”.

²³Chega a ser irônico o fato de a forma usada pela empresa de transportar o minério retirado das profundezas das minas gerais ser o transporte férreo.

de Engels²⁴ e Marx²⁵ alerta para a advertência de que o progresso pode ser destrutivo²⁶ e que é necessária a “[...] ruptura com a

²⁴Löwy (2014, p. 23,24) traz um texto célebre de Engels de 1876 “o papel do trabalho na transformação do macaco em homem” em que ele aborda a relação homem/natureza de modo que não seja unilateral: “Nós não devemos nos vangloriar das nossas vitórias sobre a natureza. Para cada uma dessas vitórias, a natureza se vinga de nós. É verdade que cada vitória nos dá em primeira instância, os resultados esperados, mas em segunda e terceira instâncias ela tem efeitos diferentes, inesperados, que muito frequentemente anulam o primeiro. As pessoas na Mesopotâmia, Grécia e Ásia Menor destruíram florestas para obter terra cultivável, nunca imaginaram que eliminando junto com as florestas os centros de coleta e reservas de umidade lançaram as bases para o atual estado desolador destes países. Quanto aos italianos dos alpes cortaram as florestas de pinheiros da encosta sul, tão amadas na encosta norte, eles não tinham a menor ideia de que agindo assim cortavam as raízes da indústria láctea da sua região, previam menos ainda que pela sua prática eles privaram de água suas fontes montanhosas durante a maior parte do ano[...]. Os fatos nos lembram a todo instante que nós não reinamos sobre a natureza como um colonizador reina sobre o povo estrangeiro, como alguém que está fora da natureza, mas que nós lhe pertencemos com nossa carne, nosso sangue, nosso cérebro, que nós estamos em seu seio e que toda nossa dominação sobre ela reside na vantagem que levamos sobre o conjunto das outras criaturas por conhecer suas leis e por podermos nos servir dela judiciosamente. (Engels, 1968, p. 180-181).”

²⁵Löwy (2014, p.29) também lembra um trecho de Marx no qual menciona em livro I d’ *O capital* as devastações feitas pelo capitalismo sobre o ambiente natural: “[...] E cada progresso da agricultura capitalista não é só um progresso da arte de saquear o solo, pois cada progresso no aumento da fertilidade por certo período é simultaneamente um progresso na ruína nas fontes permanentes dessa fertilidade. Quanto mais um país como, por exemplo, os Estados Unidos da América do Norte, se inicia com a grande indústria como fundamento de seu desenvolvimento, tanto mais rápido esse processo de destruição. Por isso, a produção capitalista só desenvolve a técnica e a combinação do processo de produção social ao minar simultaneamente as fontes de toda a riqueza: a terra e o trabalhador.” Segundo o próprio autor assegura em nota de rodapé, a tradução deste trecho a partir da edição em português: Marx, Karl. *O capital*. São Paulo. Abril Cultural, 1984. V.I. t.2 (Col. Os Economistas).

ideologia do progresso linear e com o paradigma tecnológico e industrial da civilização moderna”.

O exemplo para fora do trem, a irrupção dos oprimidos, a revolução, o caminho de volta (a contrapelo da história), dos processos históricos continuados que induz a tese IX é demonstrada por Benjamin quando cita a revolução francesa como exemplo, uma vez que interrompeu mil anos de continuidade real na Europa, ainda que por um breve período.

Em uma época em que a vida é relacionada a aplicativos e celulares, é quase impensável, quase uma ingenuidade que, em pleno século dominado pela tecnologia, se advogue a ideia de um rompimento com ela. Entretanto, é relevante ressaltar que não se trata de um rompimento puro e simples, mas de uma desmistificação da ideia de produção voltada unicamente para atender a um padrão consumerista como baliza do sistema econômico. Trata-se ainda de afastar-se de teses que dão validade aos jargões que reconhecem o desenvolvimento como algo sustentável, cujas externalidades negativas possam ser controladas por eco taxas ou impostos sem alterar em nada a estrutura exploratória/consumidora de bens ambientais.

²⁶Löwy (2014, p.39). “O crescimento exponencial da poluição do ar nas grandes cidades, da água potável e do meio ambiente em geral; aquecimento do planeta, começo da fusão das geleiras polares, multiplicação das catástrofes naturais, início da destruição da camada de ozônio; destruição, numa velocidade cada vez maior das florestas tropicais e rápida redução da biodiversidade pela extinção de milhares de espécies; esgotamento dos solos, desertificação; acumulação de resíduos, notadamente nucleares, impossíveis de controlar; multiplicação dos acidentes nucleares e ameaça de um novo Chernobyl; poluição alimentar, manipulações genéticas, vaca louca, gado com hormônios. Todos os faróis estão no vermelho”

Obviamente que não se deve desprezar inúmeros esforços no sentido de uma economia mais harmoniosa com o meio ambiente, ao contrário, tudo que se possa fazer para melhorar o ambiente natural deve ser posto em prática, entretanto, sem que se altere as bases de produção e consumo, o efeito é apenas paliativo. Neste sentido, Löwy (2014, p.46):

A racionalidade limitada do mercado capitalista, com o seu cálculo imediatista de perdas e lucros, é intrinsecamente contraditória com uma racionalidade ecológica, que leve em conta a longa temporalidade dos ciclos naturais. Não se trata de opor os ‘maus’ capitalistas e ecocidas ao ‘bons’ capitalistas verdes: é o próprio sistema, fundado na impiedosa competição, nas exigências de rentabilidade, na corrida atrás do lucro rápido que destruidor dos equilíbrios naturais. O pretense capitalismo verde não passa de uma manobra publicitária, de uma etiqueta que visa vender uma mercadoria, ou, na melhor das hipóteses, de uma iniciativa local equivalentes a uma gota de água sobre o solo árido do deserto capitalista.

Trata-se de uma advertência contra a crença de que o uso da tecnologia não produziria consequências e que seu uso seria algo neutro, que, apesar das terríveis catástrofes contemporâneas como Chernobyl, Fukushima, e agora, Mariana, todas elas seriam preços a serem pagos para obter o progresso. Apesar da

contemporaneidade dos exemplos a advertência é antiga, novamente Löwy (2005, p.101) demonstra Benjamin:

O culto ao trabalho e à indústria é, ao mesmo tempo, o culto ao progresso técnico – tema que ocupa Benjamin intensamente desde os anos 1920. No entanto, nos ensaios sobre Fuchs de 1937, um texto que já contém os principais temas da tese XI, ele insiste no contraste entre o ‘otimismo duvidoso’ da social-democracia, que ignora a energia destruidora da técnica, em particular a militar e a ‘intuição fulgurante’ de Marx e Engels sobre a evolução possível do capitalismo em direção à barbárie.

E parafraseando Enzo Travesso arremata (2005, p.103, nota 89) “[...] nos campos de concentração nazistas encontramos uma combinação de diferentes instituições típicas da modernidade”.

7. A CONTINUIDADE HISTÓRICA COMO MÉTODO DE DOMINAÇÃO DA POLÍTICA “PROGRESSISTA”

A referida crença na neutralidade dos efeitos da tecnologia do progresso produz um *modus operandi* que tem servido de modelo e que reproduz a continuidade da dominação de matriz ideológico-política positivista/progressista, a qual se manteve hegemônica durante todo o século XX, presente desde a proclamação da república, eternizada na expressão “ordem e

progresso” da bandeira brasileira, que (re)significada no mantra “desenvolvimento sustentável” parece dar continuidade àquele ideal positivista hegemônico que aprisiona o Estado brasileiro, com raros momentos de emancipação e, deste então, sempre através de uma ciência, de uma tecnologia a serviço do progresso predador dos bens ambientais.

8. OUTRAS POSSIBILIDADES

Para além da advertência contra o que se denominou aqui como naturalização de uma catástrofe, que se materializapor meio de um documento jurídico quando relegado ao esquecimento em alguma prateleira empoeirada de algum fórum competente e pela exclusão popular na solução do problema, é importante destacar que existe em cada acontecimento uma possibilidade de que ele se trone revolucionário, singular na história, para Michael Löwybaseado em Benjamin (2005, p.136) há em momentos trágicos a possibilidade deste se tornar um movimento motriz que quebre o continuísmo,para ele,

[...] cada momento histórico tem suas potencialidades revolucionárias que conforme o apêndice “A” da tese XVIII, nenhum fato, por ser causa, já é, só por isso, um fato histórico. Ele se tornou tal postumamente, graças a eventos que dele podem estar separados por milhares de anos”. Benjamin está sempre conectado a figura messiânica, afinal era judeu, para ele o ‘o messias quebra a

história, ele não está no fim da história’, assim como aqueles oprimidos que de tempos em tempos ‘revoltam-se’ e a revolucionam, para Benjamin, “estilhaços de um tempo qualitativo em oposição ao tempo progressivo histórico.

Esses (LÖWY, p.140) “estilhaços do tempo” são os breves momentos em que os oprimidos conseguem revoltarem-se contra a continuidade histórica, e “salvando um momento do passado” quebram o cerne do presente.

A interrupção, o rompimento, constitui-se na chance revolucionária de cada evento histórico, e caso não seja exercido, dão azo a continuidade do vento irresistível que imobiliza as asas do anjo da história, aberta e cristalizada. Para Benjamin (LÖWY, 2005, p.135) esse “momento revolucionário” significa a “entrada no compartimento fechado do passado” e a entrada se dá pela ação política, na medida em que interrompe a continuidade “natural” do tempo histórico.

A possibilidade de romper com o progresso é a possibilidade de romper com a passividade o imobilismo político, com a inércia produzida pela transferência da responsabilidade na resolução da tragédia pelos instrumentos jurídicos e seu pseudomodernismo técnico processual, na medida em que esta promete através de seus procedimentos a restauração, a conciliação, a negociação amigável entre o progresso predatório e a morte da natureza.

A referida transferência transforma sujeitos históricos (os afetados pela morte do rio) em autômatos, e por sua vez as

entidades responsáveis por esses atos tornam-se entes produtores e consumidores de novas tecnologias produtoras de oráculos modernos, como nos tempos antigos, e todos (LÖWY, 2014 p.142) “[...] são seduzidos pelo charme maléfico do futuro previsível”. Nesta perspectiva, ao se transformar a morte jurídica do Rio Doce comoum evento natural, acidental e indenizável, corre-se o risco de se repetir erros do passado recente de continuísmo estéril. Deve-se aproveitar este instante histórico e transformá-lo num instante revolucionário onde se lute contra a dominação continuísta em nome da ordem e do progresso.

A morte do rio doce é um momento de abertura histórica, e as consequências disso não são previsíveis, elas ainda serão produzidas pelo homem, como ensina, Löwy (2005, p.151) “[...] a história não estava dada, pronta e acabada, é pela ação política que se constrói a história dos revolucionários, dos oprimidos, dos que num momento fugaz se emancipam” assim como em julho de 1789 ninguém poderia prever a queda da Bastilha que aconteceu na sequência. Por outro lado, apesar dos prenúncios de Benjamin na década de 1930, de suas advertências para que se saltasse para fora do trem da história do continuísmo que levaram a Auschwitz e Hiroshima, maculando irremediavelmente o progresso científico como um método de controle e opressão que levou a morte e sofrimento de milhões de pessoas, naturalizado pela história como se fosse algo irremediável, o temporal de aço e bombas que varreu a Europa durante a segunda guerra poderia ter sido evitado.

Benjamin não foi o único a prever a tragédia que se constituiuna segunda guerra, igualmente Trotski profetizava em 30

de janeiro de 1933 (DEUTSCHER, 2006,p.184) “[...] o acesso de Hitler ao poder é um golpe terrível para a classe operária, mas ainda não é a derrota final²⁷, irresistível” ele já alertava para a fato de que (2006, p.231):

O que estava em jogo não eram apenas as conquistas do movimento trabalhista alemão, mas o futuro da civilização, com o nazismo as sombras medievais voltariam a pairar sobre a Europa. O nazismo, se vitorioso, Hitler não só preservaria o capitalismo, como o reduziria à barbárie. O nazismo recolheria todo o lixo do pensamento político para fazer com ele o tesouro intelectual do novo messianismo alemão. Fomentava todas as forças da barbárie que palpitavam sob a tênue superfície da sociedade de classes civilizada.

Igualmente a morte do rio doce pode se tornar o estopim de uma insurreição capaz de romper com o continuísmo histórico, para Trotski (DEUTSCHER, 2006, p.269) “[...] A mais indubitável característica de uma revolução é a intervenção direta das massas nos acontecimentos históricos. A revolução está ali, em seus nervos, antes de sair as ruas” e o historiador dever entrar “nos nervos” e na

²⁷A esse respeito ressalte-se o comentário de Deutscher (2006, p.231) “Sabemos agora, pelos numerosos arquivos e diários alemães, como era realmente grande a vulnerabilidade do primeiro governo de Hitler ao ser constituído. Ainda meses depois, em 5 de março depois do ataque nazista a Casa Karl Liebknecht em Berlim e depois do incêndio do Reichstag, em eleições realizadas sob o terror nazista sem limites, os socialistas e comunistas ainda tiveram 12 milhões de votos, para não falarmos dos 6 milhões de votos dados à oposição católica”.

mente de bilhões de pessoas para sentir e transmitir o impulso vigoroso que derruba a ordem estabelecida²⁸.

Mais do que uma visão pessimista, o artigo aponta para uma possibilidade de, no presente momento, a ação política dos atingidos inconformados com o progresso linear transformarem o fato histórico representado na tragédia de Mariana, a morte do Rio Doce. É importante sublinhar que este fato era evitável, mas que essa possibilidade não está relegada ao passado, inexoravelmente, pois a abertura histórica pode não coincidir com a história continua como se viu acima, ela pode ser transformada, mesmo após o fato histórico.

Nesta perspectiva Michael Löwy indica ainda possibilidades que poderiam ser úteis para a referida ação política, em sua perspectiva, a exigência popular por adoção de medidas eco socialistas²⁹ poderiam dar um novo sentido ao Estado democrático,

²⁸Ainda segundo Deutscher comentando Trotski (2006, p.269) “A história é, portanto, em grande parte um estudo da psicologia das massas revolucionárias. Detendo-se na ligação entre os fatores ‘constante’ e ‘variável’ demonstra que a revolução não se aplica simplesmente pelo fato de estarem as instituições sociais e políticas, há longo tempo, em decadência e prontas a serem derrubadas, mas pelas circunstâncias de que muitos milhões de pessoas percebem tal coisa pela primeira vez. Os homens só se levantam em massa, quando percebe, de subido que estão mentalmente atrasados em relação aos tempos e desejam reparar o atraso de imediato. As grandes convulsões da sociedade seguem-se automaticamente da decadência de uma velha ordem; gerações podem viver numa ordem decadente, sem terem consciência disso. Mas quando, sob o impacto de alguma catástrofe ou guerra ou colapso econômico, adquirem consciência, há uma explosão gigantesca de desespero, esperança e atividades”.

²⁹“Trata-se de uma corrente de pensamento e de ação ecológica que faz suas aquisições fundamentais do marxismo ao mesmo tempo em que o livra de suas escórias produtivistas. Para o eco socialistas a lógica do mercado e do lucro assim

uma vez que possibilitariam novas experiências sociais que levassem a uma efetiva gestão coletivizada de bens ambientais, orientadas primordialmente a partir do interesse ambiental, da coletividade em detrimento do mercado privado ou do lucro, em suas palavras (2014, p.41), diz respeito,

[...] acolocar a questão ambiental entre as forças de produtivas e as condições de produção, representando assim uma ruptura com a ideologia da neutralidade ambiental do progresso, subordinando a produção às necessidades sociais, por meio de um controle democrático, que exproprie, ainda que temporariamente, os meios de produção de modo a submetê-los aos interesses ambientais e sociais, de modo que, o uso e a gestão dos bens ambientais coletivizados e principalmente, com objetivos e métodos de produção definidos democraticamente, tendo como norte uma reorientação/democratização do uso da tecnologia/produção, baseada não mais na produção do lucro mas do bem estar ambiental/social, onde o uso seja mais importante do que o valor da troca (do lucro).

Assim, a possibilidade a que o autor se refere é de uma mudança de paradigma, de um rompimento com o continuísmo histórico vinculado a liberalismo econômico e ao interesse

como do autoritarismo burocrático de ferro do socialismo real são incompatíveis com o meio ambiente natural". (2014, p.44).

exclusivo do lucro, apontando para a possibilidade de se reescrever a história ambiental de um ecossistema terrivelmente afetado, a partir de objetivos que levem em consideração a restauração da vida do bem ambiental e não da perspectiva humana, jurídica e ou empresarial.

A administração de bens ambientais destruídos por uma produção irresponsável deve ser coletivizada, devendo sair do domínio do Estado propriamente dito, bem como das empresas exploradoras dos referidos bens, atitudes como estas atenderiam aos mais modernos princípios de justiça social, submeter à aprovação da sociedade o modo de produção e de consumo que levou a destruição ambiental pode ser essencial para restauração do patrimônio ambiental afetado.

Dito assim parece utopia marxista? – Pois bem, essa dúvida é a materialização do continuísmo histórico que vincula o modo de vida ao destino trágico.

9. A REMISSÃO MITOLÓGICA

Como se sabe após a morte há um julgamento, e se for verdade que a morte do rio doce seja uma realidade inexorável, há neste fato uma terrível ameaça mitológica, pois “escombros sem conta que chegam até ao céu arregalam os olhos do anjo da história”³⁰ estão postos, expondo todos os que puseram em risco os bens ambientais que compõem a bacia hidrográfica do rio doce, e,

³⁰ Alusão ao anjo da história descrito na tese IX de Walter Benjamin e narrado no prólogo deste trabalho.

como visto alhures, o rio do *Letes* levava pelo vento do progresso, pela naturalização dos atos injustos para serem devorados por *Cérbero*, cão que guardava as portas do inferno, assim também o esquecimentos(*lettes*)desta tragédia pode trazer consigo esta ameaça.

Por outro lado, o curso da história não para, e em *A divina comédia*, Virgílio diz que o (DANTE, 2002, p.63) o rio *Lettes*“[...] há de ser visto fora do inferno pois é onde as almas, já redimidas hão de purificar-se”, além disso foi (p.265) “[...] caminhando pelas margens do *Lettes*” que Matelda (p.283) “[...] conduziu Dante ao Rio Eunoé, o rio da Boa Memória, onde mergulha, para assim purificado, poder subir ao paraíso”.

Como se viu na introdução desde trabalho, desde os primórdios são os rios, como o RioDoce a fonte da vida, e agora, após a “tragédia de Mariana”, está prestes a tornar-se fonte de morte, mas assim como o rio *Lettes*que representa o esquecimento que pode conduzir ao inferno de Dante e a *Cérberon*as profundezas da terra, pode conduzir igualmente ao paraíso pela remissão.

Oxalá consigamos, navegando, por suas águas saltar para fora do trem do progresso a tempo.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I** / Tradução de Henrique Burigo. 2.ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Tradução Fábio M. Alberti. São Paulo: Editora Nova Cultural, 2002.

BENJAMIN, Walter: **Aviso de incêndio: uma leitura das teses “Sobre o conceito de história”**/ Michael Löwy. Tradução de Wanda Nogueira Cadeira Brant, (tradução de teses) Jeanne Marie Gagnebin, Marcos Lutz Müller. São Paulo: Boitempo, 2005.

_____. **O que é ecossocialismo** / Michael Löwy, 2.ed. São Paulo: Cortez, 2014. – (coleção questões da nossa época; v.54)

BITTAR, Eduardo C.B., Guilherme Assis de Almeida. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2016.

DEUTSCHER, Isaac, **Trotsky: o profeta bandido, 1929-1940** / Tradução Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

LEITE, Flamarion Tavares. **Manual de filosofia geral e jurídica das origens a Kant**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PLATÃO. **A república**. Tradução de Enrico Corvisieri. São Paulo: Nova Cultural, 2004a.

SOUZA, José Cavalcante de; KUHNEN, Remberto Francisco (Orgs.). **Os pré-socráticos: fragmentos, doxografias e comentários.** Tradução de José Cavalcante de Souza *et al.* São Paulo: Nova Cultural, 2005.

VIDA NUA, REFUGIADOS AMBIENTAIS E A DESMISTIFICAÇÃO DO CIDADÃO UNIVERSAL

BARE LIFE, ENVIRONMENTAL REFUGEES AND DEMYSTIFICATION OF THE UNIVERSAL CITIZEN

Ana Beatriz Silva de Sá¹

Loiane Prado Verbicaro²

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo desmistificar a figura do cidadão universal, utilizando-se, para isso, do conceito de vida nua, de Giorgio Agamben, encarnado na figura do refugiado. Pretende demonstrar como a criação de uma cidadania universal acaba sendo um conceito inadequado para aqueles que rompem o vínculo com seu Estado-Nação e, portanto, nocivo para a concretização de direitos, mesmo em um contexto de supremacia dos Direitos Humanos. Ademais, trata da figura do refugiado ambiental e da falta de proteção para ampará-lo. Para tal, a pesquisa analisou os dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para

¹ Graduanda do Curso de Direito pelo Centro Universitário do Pará- CESUPA. Integrante do Grupo de Pesquisa (CNPQ): Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos. E-mail: abssa08@gmail.com.

² Doutora em Filosofia do Direito pela Universidade de Salamanca, Mestra em Direitos Fundamentais e Relações Sociais pela Universidade Federal do Pará, com período sanduíche na Universidade de São Paulo, Mestra em Ciência Política pela Universidade Federal do Pará, Graduada em Direito pela Universidade Federal do Pará - *summa cum laude*, Coordenadora do Curso de Graduação em Direito. Professora da Graduação e do PPGD do Centro Universitário do Pará. Atualmente cursa Graduação em Filosofia na Universidade Federal do Pará. Líder do grupo de pesquisa (CNPQ): Democracia, Poder Judiciário e Direitos Humanos.

Refugiados. Além disso, abordou o estado de exceção personificado na crise humanitária dos refugiados, notadamente os ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados, Vida nua, Direitos Humanos e Agamben.

ABSTRACT: This work aims to demystify the ideal of a universal citizen, using the concept of bare life, by Giorgio Agamben, personified in the figure of refugees and to demonstrate how the creation of a universal citizen can be harmful to the concretization of rights to those who lose the connection with their home State, even in a context of supremacy of Human Rights. In addition it highlights the concept of environmental refugees and the lack of international protection. For this purpose, it was used data from United Nations High Commissioner for Refugees. Besides that, it addresses about the importance of testimony and about the existence of a State of exception, nowadays, personified in the refugees crisis

KEYWORDS: Refugees, Bare Life, Human Rights, Agamben.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. *Homo sacer* e vida nua.

3. O mito do cidadão universal.

3.1 Refugiados ambientais.

4. O Estado de exceção.

4.1 O testemunho.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

O cidadão universal, por intermédio do conceito de vida nua, do italiano Giorgio Agamben, é personificado na imagem dos refugiados e demonstra que a criação de uma “cidadania generalizada” pode, na verdade, ser insuficiente para a concretização de direitos daqueles que se encontram fora da tutela estatal, mesmo em um contexto de supremacia dos Direitos Humanos. Nesse sentido, cabe a desmistificação deste cidadão universal, desnudando-o, ao expor a vida nua por trás de um conceito, apesar da sua importância para a estrutura humanística de nosso tempo.

O filósofo Giorgio Agamben apresenta o conceito de vida nua quando trata do *homo sacer*, ou homem sacro, um ser que vive na tênue linha da dupla exceção, saindo da jurisdição humana, sem, contudo, passar para a divina; matável, porém insacrificável. A partir dessa delimitação conceitual, a pesquisa trabalha com os refugiados, de modo especial, os refugiados ambientais a partir da ideia de vida nua e os seus impactos no que conhecemos como cidadão universal.

O refugiado ambiental, o qual precisa se evadir de seu país em decorrência de desastres naturais ou ambientais apresenta-se hoje, como um novo conceito. Sua proteção ainda não é consolidada, ou mesmo amparada juridicamente, mostrando-se, assim, como principal expoente da vida nua.

Sendo assim, para que seja possível compreender o papel dos refugiados na desmistificação do cidadão universal, o trabalho,

por intermédio de pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa, propõe-se a analisar o conceito de vida nua, o seu desenrolar histórico e a relação com o soberano e a figura do refugiado.

2. *HOMO SACER* E VIDA NUA

Inicialmente, a figura do *homo sacer* seria a de um homem amaldiçoado, tendo sua sacralidade ligada à soberania, uma espécie de “exceção original”, um ser que poderia vagar na frágil linha da exclusão e da inclusão, provido de uma dupla exceção intrínseca: matável, saindo assim da jurisdição humana, e insacrificável, não podendo acessar a jurisdição divina. Ademais, por estar atrelado à soberania, torna-se parte integrante da dimensão política.

Para explicar essa ideia fundamental de seu pensamento, Agamben traz o exemplo dos dois corpos do rei, o qual diz que o soberano carregaria dentro de si a vida natural e a vida sacra. Dessa forma, quando morre, é necessário que sejam realizados dois funerais, o primeiro para seu corpo, o qual representaria a vida natural e matável e o segundo apenas de uma imagem (no contexto francês), a qual é tratada como se fosse o próprio monarca, representando assim a perpetuidade da dignidade real, uma vez que “*le roi ne meurt jamais*”³. O excedente de vida sacra do rei, então, seria isolado pela imagem e passado para seu sucessor através de um ritual, para que fosse dada continuidade e absolutez à sacralidade. Sendo assim, o rei nunca morreria e é criada, assim, a

³ “O rei não morre jamais”.

figura de um homem sacro, o qual vive a dupla exceção de seu antecessor, como podemos observar:

Cada homem é sepultado uma só vez, assim como morre uma só vez. Na idade dos Antoninos, em vez disso, o imperador consagrado é queimado na pira duas vezes, uma primeira vez *in corpore* e uma segunda *in effigie*... O cadáver do soberano arde de modo solene, mas não oficial (...) A efígie de cera, que “se assemelha perfeitamente” ao morto é o próprio imperador, cuja vida foi transferida ao manequim de cera (BICKERMANN *apud* AGAMBEN, 2010, p. 95-96)

De acordo com Agamben, é neste momento que “os corpos do soberano e do *homo sacer* entram em uma zona de indistinção na qual parecem confundir-se” (AGAMBEN, 2010, p. 96), uma vez que a dupla exceção trazida pelo homem sacro estaria encarnada na figura do soberano.

A vida nua, por sua vez, seria a base do corpo político, a mais frágil vida e digna de proteção pelo Estado. Na passagem da soberania régia para a soberania nacional, acaba por ser encarnada no cidadão, o qual vira, também, portador de soberania, mas limitado ao vínculo *nascimento-nação* e ao próprio Estado-Nação que o tutela.

Dessa maneira, quando os direitos do homem começaram a ser concretizados, na forma de declarações e afins, como a

Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), acabaram por atrelá-los à ideia de cidadão universal, protegido e respeitado por todos. Todavia, esse conceito é falho, uma vez que o cidadão é limitado por seu vínculo com o seu Estado-Nação, deixando-se de proteger, assim, aqueles que não se encontram vinculados e revelando o que Agamben chamará de “resíduo entre nascimento e nação”, os refugiados (AGAMBEN, 2010, p. 128).

3. O MITO DO CIDADÃO UNIVERSAL

Os refugiados, por não encontrarem respaldo dentro do que foi estabelecido como homem universal, uma vez que estão atrelados à cidadania, precisaram ser amparados por documentos jurídicos, o que ocorreu com o advento da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (CRER) de 1951 e do Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (PRER) de 1967.

Todavia, os supracitados estatutos não são suficientes para abarcar todas as situações, uma vez que o cenário mundial e o social é suscetível a mudanças, como o advento de uma nova guerra ou mesmo novos conceitos, a exemplo dos “refugiados ambientais”, conceito ainda discutido doutrinariamente. Além disso, a Convenção dos refugiados protege apenas aqueles que se enquadram em algumas categorias, tais como: temor de perseguição por motivo de raça, religião, nacionalidade, opinião política.

Dessa forma, podemos observar que não há inclusão de deslocados internos, apátridas ou mesmo “refugiados ambientais”,

tornando ainda mais frágil a proteção daqueles que deveriam ter sua dignidade protegida, uma vez que seriam “cidadãos universais”, mas que ao romperem o vínculo com o Estado, acabam sendo deixados em uma espécie de vácuo, de acordo com Arendt, “o prolongamento de suas vidas é devido à caridade e não ao direito” (ARENDR, 2012, p.403).

Segundo o ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados):

O número de refugiados, (...) ao alcançar a marca de 22,5 milhões tornou-se o mais alto de todos os tempos. Destes, 17,2 milhões estão sob a responsabilidade do ACNUR (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2017).

A maioria destes refugiados vem através de guerras, sobretudo sírios, palestinos e sudaneses do sul. A Síria mostra-se, atualmente, como o foco central da crise humanitária, uma vez que vive uma guerra civil desde 2011, tendo parte de sua população se evadido do país em busca de refúgio e melhores condições de vida. Preceitos basilares do Direito Humanitário, como o não ataque a hospitais e escolas, bem como a proibição do uso de armas químicas têm sido reiteradamente desrespeitados, criando uma atmosfera caótica e colocando em evidência a necessidade de políticas de refúgio mais amplas e eficazes.

Os conflitos, apesar de ainda serem um dos principais motivos que levam à procura de refúgio, não são os únicos, no

cenário atual, tendo-se, ainda, o crescimento do contingente de refugiados ambientais, uma vez que os impactos do desenvolvimento industrial e econômico, durante décadas, passou a ter efeitos mais visíveis no meio ambiente, como a crescente escassez de recursos, o que, conseqüentemente, origina novos conflitos e novos ciclos migratórios.

Além dos conflitos e perseguições, os fatores ambientais vêm ganhando cada vez mais visibilidade com a discussão em relação aos refugiados ambientais, embora não sejam reconhecidos juridicamente. A implantação de grandes obras de infraestrutura, como as hidrelétricas, ou o desenvolvimento de grandes empreendimentos agrícolas tornaram-se, também, fatores de formação de fluxos de refugiados (SILVA, 2017, p. 03).

A falta de recursos, decorrente de conflitos, acaba, ainda, por ferir direitos fundamentais, como o acesso à alimentação e proteção contra fome, consagrados no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, em seu artigo 11. Dessa forma, a partir de uma decisão que demonstra a intrínseca ligação entre guerra e fome, o Conselho de Segurança da ONU aprovou, em maio de 2018, uma resolução para proibir países em conflito de atacar localidades necessárias à produção e distribuição de alimentos, uma vez que, de acordo com as Nações Unidas:

Atualmente, pessoas em zonas de conflito representam 60% dos 815 milhões de

indivíduos vivendo com fome crônica. Quem está em meio à guerra tem mais do que o dobro de chances de ser subnutrido, na comparação com quem mora em países em paz. Das 13 maiores crises alimentares no mundo hoje, dez — Afeganistão, Burundi, República Centro-Africana, República Democrática do Congo, Iraque, Nigéria, Sudão do Sul, Sudão, Síria e Iêmen — são relacionadas a conflitos.

Ademais, destaca a inaplicabilidade prática da figura do cidadão universal, pois o grande fluxo de refugiados não tem encontrado, em geral, o apoio global necessário para que se reestabeçam em outras localidades, saindo, assim, das situações de perigo. É evidente que o pensamento Estatal, e não globalizado, ainda é muito presente, apesar de significativa absorção dos refugiados por parte dos Estados, sendo os países mais voltados para sua própria proteção econômica e equilíbrio interno, apesar da evidente necessidade de solidariedade internacional, como se pode vislumbrar:

A proteção da população é tema de grande preocupação dos governos, de maneira que, em torno de 13,5 milhões de pessoas estavam em necessidade de proteção e de assistência no ano de 2016. As Nações Unidas documentam relatórios de grandes violações de direitos de crianças, incluindo mortes e mutilações, ataques em escolas e hospitais, violência

sexual, abdução e recrutamento de crianças (BENTES; NEVES; LOBATO (Orgs.), 2018, p. 62).

Hoje já há políticas internacionais que protegem os refugiados, como o princípio do *non refoulement*⁴, o qual se traduz pela impossibilidade dos Estados de devolver pessoas que estejam sofrendo perseguições para seus Estados de origem, o que acaba por reafirmar a proteção internacional dos direitos humanos e a proteção internacional dos refugiados. Este princípio se estabeleceu como uma norma *jus cogens*, que não pode ser desrespeitada por nenhum Estado, mesmo que este não seja signatário de tratados que abordem o tema, sendo assim, norma imperativa de direito internacional. De acordo com o ACNUR:

Como parte inerente da proibição da tortura em virtude do direito consuetudinário internacional, o qual alcançou o domínio de *jus cogens*, a proibição da devolução que possa expor a um indivíduo ao perigo de sofrer tal trato é vinculante para todos os Estados, incluídos aqueles que ainda não são partes dos tratados pertinentes (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS, 2008).

Além disso, de acordo com os artigos 53 e 64 da Convenção de Viena, de 1969, tais normas (*jus cogens*) devem ser respeitadas, de forma que devem prevalecer sobre qualquer tratado

⁴ Traduz-se para “não devolução”.

que venha a contrariá-las, salvaguardando-se os casos em que haja ampliação de direitos, uma vez que são normas inderrogáveis.

Todavia, apesar da existência de tais políticas internacionais, ainda é possível vislumbrar situações em que os refugiados não conseguem ter acesso a um país que o acolha ou mesmo sair da situação de conflito de seu país de origem, como é possível perceber através de tais relatos:

Em 22 de Novembro, as Nações Unidas realizaram o salvamento humanitário de cerca de 85.000 sírios abandonados no caminho da Jordânia. (BENTES; NEVES; LOBATO, (Orgs.), 2018, p. 59).

Os refugiados acabam por vir, de forma mais intensa, do novo contexto de um mundo globalizado, em que até os fluxos migratórios tornam-se compartilhados.

Eles trazem consigo uma territorialidade “extra” (sua extraterritorialidade)¹⁰ na esperança de conquistar outra, e seguir em frente criando novos laços. Em sua complexa dinâmica territorial vivida, eles territorializam-se também, por meio de seus fluxos, virtuais, a partir dos territórios-rede,¹¹ ou in situ, constituindo assim, “territórios em trânsito”, pois “o território, assim como o próprio espaço, antes de ser uma matéria estanque, é um movimento, um ato” (HAESBAERT *apud* SILVA, 2017)

Neste atual paradigma, pós Guerras Mundiais, o crescente de refugiados acaba por tomar proporções suficientes para alterar

o entendimento territorial dos Estados, pois trazem sua própria carga cultural, o que gera um maior protecionismo por parte destes, como podemos observar:

3.1 Refugiados ambientais

Hoje se discute uma nova categoria de refugiado, os “refugiados ambientais”, os quais não são amparados nem pela Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados (CRER) de 1951, nem pelo Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados (PRER) de 1967. Logo, não há qualquer proteção positivada que os abarque.

Inicialmente, cabe destacar a diferença entre desastres naturais e desastres ambientais. O primeiro refere-se a eventos decorrentes da própria natureza, podendo acontecer de forma lenta e gradual (climáticos) ou de forma abrupta e inesperada (catastróficos), como terremotos e tsunamis.

Um caso emblemático, que terá grande impacto em um futuro próximo, é o das Ilhas Maldivas, as quais estão desaparecendo em decorrência do aumento do nível do mar e, por isso, vem investindo em terras para o momento em que terá de deslocar toda a sua população. Tal acontecimento é consequência de uma situação global que poderá ter efeitos em todas as cidades costeiras do planeta. De acordo com as Nações Unidas:

A agência meteorológica das Nações Unidas alertou que a pressão contínua sobre o Ártico em 2017 terá “repercussões profundas e duradouras no nível do mar e nos padrões climáticos em outras partes do mundo”,

intensificando por exemplo os eventos climáticos extremos.

Análise da Organização Meteorológica Mundial mostrou que, enquanto 2016 mantém o recorde de ano mais quente (1,2°C), 2017 – que chegou a aproximadamente 1,1°C acima da era pré-industrial – foi o ano mais quente sem o ‘El Niño’. Segundo a agência, isso pode impulsionar as temperaturas globais a cada ano.

O segundo, desastres ambientais, refere-se a eventos provenientes da ação humana, antropogênicos, que ocorrem quando o homem interage de forma nociva com o meio, causando um desequilíbrio, como desastres nucleares, acidentes que resultem poluição das águas, secas como consequências da mudança climática.

Em nosso país, no Estado do Pará, temos o caso do naufrágio do navio *Haidar*, o qual tombou ainda no cais do porto de Vila do Conde, em Barcarena. A embarcação estava transportando cinco mil bois vivos e ia em direção à Venezuela. O desastre ocasionou o derramamento de óleo nas águas locais, poluindo-as, e a morte de boa parte dos bois, que afundaram junto ao navio. Tal catástrofe causou um chamado “dano ricochete”, em que os infortúnios ocorrem como um elo de ações que causam novos danos. No caso em tela, as carcaças dos bois mortos, que chegaram às praias, foram consumidas pela população, o que causou danos à saúde da população local e as águas poluídas por óleo acabaram por diminuir o fluxo de turistas e afetar a economia

dos pescadores locais. Logo, tal caso causou enorme dano sócio-ambiental. Contudo, trata-se um raro episódio em que houve reparação ao dano causado, uma vez que, através de um acordo judicial, as empresas responsáveis ficaram incumbidas de pagar 13 milhões de reais para a comunidade, a título de indenização (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ, 2015).

Acidentes como este, em geral, acabam por criar um fluxo de saída do local afetado, uma vez que a população alvo busca melhoras condições de vida ou mesmo pela completa inutilização da área anteriormente habitada, forçando-lhes a saída.

As duas formas de desastres acarretam a saída de indivíduos de seus locais de origem. Todavia, nem todos podem ser considerados refugiados, uma vez que para isso é necessária a saída de seu país de origem. Sendo assim, aqueles que permanecem no país, mantendo seu vínculo com o Estado, são classificados como deslocados internos, os quais são abarcados pelo direito humanitário.

A ACNUR traz o segundo conceito acerca dos deslocados internos:

Os deslocados internos, pessoas deslocadas dentro de seu próprio país, muitas vezes são erroneamente chamadas de refugiadas. Ao contrário dos refugiados, os deslocados internos (IPDs em seu acrônimo inglês) não atravessaram uma fronteira internacional para encontrar segurança mas permaneceram em seu país natal. Mesmo se fugiram por razões semelhantes às dos refugiados (conflito armado, violência generalizada, violações de

direitos humanos), legalmente os deslocados internos permanecem sob a proteção de seu próprio governo, ainda que este governo possa ser a causa da fuga. Como cidadãos, elas mantêm todos os seus direitos e são protegidos pelo direito dos direitos humanos e o direito internacional humanitário.

Quanto aos refugiados ambientais, ainda há um embate conceitual sobre como classificá-los e sobre o que tal conceito abarcaria e o que limitaria, uma vez que um conceito amplo poderia significar uma crise na política migratória internacional, pois sua generalidade acabaria por abranger um grande número de pessoas.

O primeiro conceito acerca do tema surgiu na década de 1980, com *Essan El-Hinnawi*, professor do Centro de Pesquisas Egípcias, o qual foi adotado pelo Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA):

Refugiados ambientais são pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona tradicional onde vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo.

Apesar da adoção deste conceito, os refugiados ambientais ainda não possuem proteção positivada e, além da dificuldade para conceituá-los, são de difícil quantificação, pois

muitos destes refugiados pedem refúgio sob motivações diversas, como política. Sendo assim, os estudos quantitativos não são muito coesos, contudo, estima-se que o número de refugiados ambientais até 2050 irá variar entre 250 milhões e 1 bilhão de pessoas.

Tais refugiados podem facilmente ser vistos como vida nua no momento em que, ao sair de seu país de origem, perdem o vínculo com o seu Estado-Nação e conseqüentemente perdem a proteção garantida pela ideia de cidadão universal. Contudo, além de já se encontrarem em uma situação de fragilidade, os Estados aos quais se dirigem não possuem obrigações legais de recebê-los, uma vez que não se enquadram no artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, ficando, assim, a vida de milhões de pessoas dependente da decisão arbitrária dos Estados.

Atualmente, apenas a Convenção de Kampala (Uganda, 2009) traz, indiretamente, proteção aos refugiados ambientais, pois, apesar de não citá-los diretamente, apresenta a ideia de situações de calamidade natural, nas quais estão incluídos. Sua finalidade é estabelecer uma perspectiva de cooperação entre os países, representando a responsabilidade de proteger (R2P – *Responsability to protect*), por conseguinte, compatibilizando a soberania nacional com o dever de proteção ao inferir que, na falta de cuidado estatal, deve-se recorrer à proteção coletiva, aproximando-se do ideal de cidadão universal.

O sistema de cooperação, então, deveria contar com a prevenção de danos, analisando-se as sociedades de riscos, para possibilitar, através de *early warnings*,⁵ conceito trazido do direito

⁵ Traduz-se para alertas imediatos

ambiental, a previsão do fluxo de migrações ou a melhora da situação (em casos em que a migração já se iniciou), tal conceito busca:

O estabelecimento de um sistema de alerta imediato com base na coleta imparcial de informações de modo a advertir para êxodos em potencial e a considerar medidas preventivas antes do início do movimento em massa (CANÇADO TRINDADE, 1993, p. 135 e 136).

De acordo com estudos realizados pelo *Internal Displacement Monitoring Centre*⁶ (IDMC), desde 2008, há uma média que equivale a uma pessoa sendo deslocada por motivos ambientais por segundo, sendo tempestades um dos principais motivos. Ademais, a maioria das 59,5 milhões de pessoas sob proteção da ACNUR já se encontra em risco de um segundo deslocamento devido a mudanças climáticas.

Sendo assim, visualiza-se a necessidade da criação de instrumentos internacionais que respaldem este tipo de refúgio, a criação de uma consciência coletiva que se aproxime da proteção prometida pela ideia de cidadão universal, porém sem o requisito de vinculação com um Estado-Nação, o qual tornaria ineficientes tais instrumentos e a criação de uma sistemática global que possa atender aqueles que já se encontram em situação de risco ou mesmo que já estejam na situação de refúgio.

⁶ Centro de Monitoramento de Deslocados Internos

Cabe ainda ressaltar que o número de refugiados ambientais, atualmente, se equipara ao de outras formas de refúgio, pois decorrem das constantes mudanças climáticas e conflitos em busca de recursos, principalmente no continente Africano.

4. O ESTADO DE EXCEÇÃO

Agamben traz a ideia de que o paradigma atual traria consigo o advento do Estado Biopolítico, em que o Estado estaria baseado em vida nua, colocando-se o valor humano, de suas vidas, nas mãos de médicos e cientistas. O filósofo preleciona: “no horizonte biopolítico que caracteriza a modernidade, o médico e o cientista movem-se naquela terra de ninguém onde, outrora, somente o soberano podia penetrar” (AGAMBEN, 2002, p. 166).

Dessa forma, nasce um Estado de exceção, trazendo consigo os campos, espaços em que as vidas nuas habitam, onde a biopolítica é absoluta, nos campos de concentração, encarna-se nos *mulseman*, aqueles abandonados de qualquer esperança, na exceção entre a vida e a morte.

É aberto um espaço de violência generalizada, pautada na necessidade de se assegurar o “bem comum”, o que acaba por banalizar a vida humana, tornando-a descartável. Atualmente, os campos, focos de vida nua, tem se expandido, sendo, portanto, uma realidade:

Isso nos levará a olhar o campo não como um fato histórico e uma anomalia pertencente ao passado, mas de algum modo, como a matriz oculta, o *nómos*

do espaço político em que ainda vivemos” (AGAMBEN, 2004, p.173).

O refugiado como figura expoente deste cenário, apresenta-se dentro de um campo, espaço de exceção permanente, limitado por ser considerado um perigo à segurança estatal, uma vez que põe em xeque sua soberania e o expõe à comunidade internacional e ao desafio de receber um novo contingente de pessoas.

Ora, o estado de exceção generalizado acaba por provocar um fluxo migratório nunca antes visto, pois gera violência e conseqüentemente a saída de um grande número de pessoas de seu país de origem. Sendo assim, acaba-se normalizando tais campos, banalizando a vida nua inserida neste espaço, a dos refugiados.

Hoje, vislumbra-se a tentativa de saídas destes campos, a mobilização de refugiados, a expansão de direitos e, em contrapartida a tentativa de repressão, de construção de muros e políticas de migração mais severa. Um embate entre os dois lados deste campo.

Logo, ainda vivemos em um Estado de Exceção, pautado nas ondas de violência, que originam os fluxos migratórios e baseado no advento do Estado Biopolítico, que, por sua vez, está atrelado ao crescimento de vida nua. Tornando, assim, evidente a inexistência de um conceito universal, que abarque todos de forma igualitária e que independa de vínculos estatais, ou seja, a cidadania universal não transcende os limites do campo.

4.1 O testemunho

Em “O que resta de Auschwitz”, Agamben traz o conceito de testemunho, ressaltando sua importância para a construção histórica, mas demonstrando que o real testemunho nunca, de fato, poderá ser dado, pois o ambiente hostil do campo de concentração acabava por criar os chamados “mulçumanos” ou *mulsemann*.

Tais pessoas são aquelas indefinidas, desprovidas de vida, cadáveres ambulantes que, em meio à exceção, perdem a essência humana, sobrevivendo por mero automatismo, sem estar conectados com a realidade, “sua morte começa antes da morte corporal” (AGAMBEN, 2008, p. 43).

O conceito surgiu a partir da seguinte analogia:

Observando de longe um grupo de enfermos, tinha-se a impressão de que fossem árabes em oração. Dessa imagem derivou a definição usada normalmente em Auschwitz para indicar os que estavam morrendo de desnutrição: os mulçumanos. (AGAMBEN, 2008, p. 51).

Apenas essas pessoas seriam dotadas de plena capacidade de testemunhar sobre os males da exceção, todavia, no estado em que se encontram, tal testemunho torna-se impossível, fadando a história ao desconhecimento.

O estado de mulçumano se dava por “intrínseca incapacidade, ou por azar, ou por um banal acidente qualquer, eles foram esmagados antes de conseguir adaptar-se” (AGAMBEN, 2008, p.51). Sendo assim, os refugiados encarnariam o papel do

“mulçumano”, de vida nua extremada, que não conseguem se adaptar às mudanças em seu próprio país, as quais ocorreram por mero acidente, como nos casos de refúgio ambiental, por vontade natural, ou por azar, como no caso dos refugiados de guerra.

Agamben descreve os mulçumanos como “aqueles que não podem nem devem ser vistos, tampouco lembrados, porque sua mera existência ameaça nossas representações mínimas do humano” (AGAMBEN, 2008, p. 14), tal qual os refugiados, que ameaçam o conceito de cidadão universal, bem como a soberania dos Estados, uma vez que estes são obrigados a recebê-los quando preenchem os requisitos descritos na legislação internacional.

Logo, os refugiados são aqueles que perdem sua voz e que dependem dos Estados para que seus direitos sejam concretizados, pois tornam-se vida nua ao perder o vínculo com seu Estado-Nação, transformando-se assim, em mulçumanos que o cenário mundial acaba por desviar a visão e se esquecer de sua existência, pois não faz parte de sua realidade, bem como são uma constante lembrança da fragilidade da proteção Estatal. Dessa forma, é necessário que se abram meios para seus testemunhos e para que suas histórias não sejam perdidas, nem esquecidas e para que a criação de novas sistemáticas de amparo, jurídico e social, possam ser criadas.

En The Use of bodies, Agamben avanza hacia una ontología del estilo que “nombre el modo en el que una singularidad se da testimonio de sí al ser, y en la que el ser se exprese en el cuerpo singular”(…) En este contexto, no

sorprende encontrar una referencia a Nietzsche en el capítulo titulado “Por una ontología del estilo”. Agamben reflexiona sobre un modo de vida en el que zoè y bios coincidan en todo punto: “Qué cosa puede ser un modo de vida que tenga por objeto únicamente la vida, esa que nuestra tradición política ha separado desde siempre como vida desnuda?”(LEMM, 2017, p. 07).⁷

Cabe ainda ressaltar que Agamben possui uma grande influência de Nietzsche e, portanto, reafirmar, em diversas obras suas, que o testemunho é personalíssimo, o que o leva, posteriormente, a desenvolver seus questionamentos acerca da vida nua que embasaria o sistema biopolítico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, a criação de um ambiente internacional mais próximo à ideia de cidadão universal é necessária, uma vez que se vive uma crise humanitária, como na guerra civil da Síria e, conseqüentemente, um grande fluxo de pessoas saindo de seus países de origem em razão dos conflitos, ocasionando, assim, uma

⁷ Traduz-se para “Em ‘O uso dos corpos’, Agamben avança em direção a uma ontologia de estilo que ‘nomeia a maneira pela qual uma singularidade dá testemunho de si mesmo ao ser, e na qual o ser se expressa no corpo singular’ (...) Neste contexto, não é surpreendente encontrar uma referência a Nietzsche no capítulo intitulado “Por uma ontologia de estilo”. Agamben reflete sobre um modo de vida em que zoé e bios coincidem em todos os pontos: “O que pode ser um modo de vida que tenha como objeto apenas a vida, aquilo que nossa tradição política sempre separou como vida nua?”.

crise de refugiados, agravada, ainda, pela necessidade de outros tipos de refúgio, como o ambiental.

Para isso, torna-se essencial que se respeite alguns princípios, como o da proteção internacional da pessoa humana, da cooperação e da solidariedade internacional e da não discriminação, bem como certos preceitos do Direito Internacional, tais como os trazidos pelo CRER, em seu preâmbulo:

(...) a solução satisfatória dos problemas cujo alcance e natureza internacionais a Organização das Nações Unidas reconheceu, não pode, portanto, ser obtida sem cooperação internacional; Expressando o desejo de que todos os Estados, reconhecendo o caráter social e humanitário do problema dos refugiados, façam tudo o que esteja ao seu alcance para evitar que esse problema se torne causa de tensão entre os Estados.

Dessa forma, se estaria moldando uma comunidade internacional, pautada em cooperação e solidariedade, visando a tutela do indivíduo, protegendo e amparando-o, não por sua nacionalidade, mas por ser humano, ou seja, no aspecto qualitativo, deixando-se para trás a função inicial do Direito Internacional, criado para regular negociações e cooperações entre Estados, partindo de uma visão economicista e voltada apenas para seus próprios interesses. Neste novo paradigma, o Direito Internacional se basearia no homem, em especial na figura do refugiado, no afeto e no sentimento de “nação global”, humanizando-o.

O refugiado, por sua vez, rompe com a continuidade entre homem e cidadão, entre a ordem *nascimento-nacionalidade*, como preleciona Agamben: “O humanitário separado do político não pode senão reproduzir o isolamento da vida sacra sobre o qual se baseia a soberania” (AGAMBEN, 2010, p.130), dessa forma, o já então excluído refugiado distancia-se ainda mais do político, criando um fenômeno de massa: “crise dos refugiados”.

A figura do refugiado, portanto, seria uma matéria constante na política, que teve reconhecimento gradual, a partir da concretização dos Direitos Humanos, sem, contudo, ser plenamente amparada, uma vez que é pautada em um mito, ou seja, o cidadão universal, uma vez que após saírem da égide do Estado-Nação, deixam de ser amparados, restando apenas organizações internacionais para amenizar a crescente onda de vida nua.

Cabe ressaltar, novamente, que os refugiados possuem diversos “núcleos”, tais como aqueles que advêm de guerras, perseguições políticas ou mesmo por consequências ambientais, os quais, por sua vez, ainda não são ponto pacífico, inclusive quanto à sua nomenclatura, podendo ser chamados, também, de “ecomigrantes” ou refugiados climáticos.

Tais refugiados tornam-se de grande relevância nos dias atuais, uma vez que vivemos as consequências de décadas de desenvolvimento industrial e econômico advindos da exploração desenfreada e desregulada do meio ambiente, como o derretimento das calotas polares, que ocasionou o aumento dos níveis do mar e, por consequência, fez com que alguns países, como Tuvalu, submergissem de forma mais rápida. Sendo assim, os refugiados

ambientais seriam os principais afetados pelo uso desregrado do meio ambiente.

Dessa forma, observa-se que a figura do refugiado vive constantes mudanças e ressignificações, adaptando-se à nova realidade local e mundial.

Logo, os refugiados seriam “um conceito-limite que põe em crise radical as categorias fundamentais do Estado-nação” (AGAMBEN, 2010, p.130), os quais deixam a vida nua evidente, rompendo, inclusive, com o conceito basilar dos Direitos Humanos, o cidadão universal.

Sendo assim, é necessária a criação de um ponto em comum, de estabilidade, entre vida nua e Direitos Humanos para que estes possam ser, de fato, concretizados, sem que o vínculo a um Estado, por meio da cidadania, seja requisito para a proteção de direitos básicos.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer**: o poder soberano e a vida nua I. 2. ed. Belo Horizonte. Editora UFMG, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**, São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio, 1942 – **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). São Paulo: Boitempo, 2008.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Guerra, violência e perseguição elevam deslocamentos forçados a um nível sem precedentes. 2017. Disponível em: <http://www.acnur.org/noticias/noticia/guerra-violencia-e-perseguiacao-elevam-deslocamentos-forcados-a-um-nivel-sem-precedentes/>. Acesso em: 16 mar. 2018.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados. 2008. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugueses/BD_Legal/Documentos_do_ACNUR/Diretrizes_e_politicas_do_ACNUR/Extradicao/Nota_de_orientacao_sobre_extradicao_de_refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 16 mar. 2018.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS. Deslocados Internos. 2010. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/index.php?id=523>. Acesso em: 13 mar. 2018.

ARENDDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BENTES, Natália Mascarenhas Simões; NEVES, Rafaela Teixeira Sena; LOBATO, Luísa Cruz (Orgs.). **Síria: da história à crise humanitária**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Direitos humanos e meio ambiente: paralelo dos sistemas de proteção internacional**. Porto Alegre, S.A. Fabris, 1993.

CASTRO, Edgardo. **Introduçãoa Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A Proteção dos “Refugiados Ambientais” no Direito Internacional**. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, Tese de Doutorado em Direito Internacional, 2015.

LEMM, Vanessa. **Agamben como lector de Nietzsche: uma visão de conjunto**. 2017. Disponível em: <file:///C:/Users/Clauber/Downloads/b204e98009-lemm.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ. **MPF/PA, MP/PA, Procuradoria do Estado e Defensoria Pública também pedem prazo máximo de 48 horas para que os responsáveis pelo navio resolvam a retirada das 3,9 mil carcaças de bois que permanecem no navio contaminando a água**. 2015. Disponível em: <http://www.mppa.mp.br/index.php?action=Menu.interna&id=6233&class=N>. Acesso em: 01 mai. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Ritmo das mudanças climáticas é ‘ameaça existencial para o planeta’, diz ONU**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/ritmo-das-mudancas-climaticas-e-ameaca-existencial-para-o-planeta-alerta-onu/>. Acesso em: 17 mar. 2018.

NAÇÕES UNIDAS. **Conselho de Segurança aprova resolução para proteger populações em conflito da fome**. 2018. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conselho-de-seguranca-aprova-resolucao-para-protoger-populacoes-em-conflito-da-fome/>. Acesso em: 03 jun. 2018.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O direito internacional dos refugiados: análise crítica do conceito “refugiado ambiental”**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. **UNHCR, the environment & climate change**. 2015. Disponível em: <http://www.unhcr.org/540854f49.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

ROCHA, Rossana Reis; MOREIRA, Julia Bertino. **Regime internacional para refugiados: mudanças e desafios**. 2010. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782010000300003. Acesso em: 20 abr. 2018.

SILVA, Daniela Florêncio. **O fenômeno dos refugiados no mundo e o atual cenário complexo das migrações forçadas**. 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbepop/v34n1/0102-3098-rbepop-3098a0001.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2018.

PACÍFICO, Andrea Pacheco; GAUDÊNCIO, Marina Ribeiro Barboza. **A proteção dos deslocados ambientais no regime internacional dos refugiados.** 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a09.pdf>. Acesso em: 10 set. 2017.

LA DINÁMICA INCLUSIVA DEL DESARROLLO
TECNOLÓGICO EN LAS PATENTES FARMACÉUTICAS.
LA ACTUALIDAD MEXICANA Y ARGENTINA

INCLUSIVE DYNAMICS OF TECHNOLOGICAL
DEVELOPMENT IN PHARMACEUTICAL PATENTS.
MEXICO AND ARGENTINA UPDATES

Marta Carolina Giménez Pereira¹

RESUMEN: El objetivo del trabajo es describir las Licencias Obligatorias y presentar los impactos producidos en la flexibilización de la protección de las patentes farmacéuticas al reconocer un derecho a medidas alternativas a favor la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas. Además, introduce la noción de Producción Pública de Medicamentos por el sector público como instrumento de política pública y que trata puntos estratégicos del sector salud, intentando reforzarlo con respeto a la propiedad intelectual, estimulando la I+D, conectando sector público y privado, garantizando abastecimiento y distribución y resultando el reforzamiento de la dinámica de innovación nacional. Método: comparativo y deductivo y la investigación bibliográfica.

¹ Doctora en Derecho, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México. Pos-Doctora en Derecho, PNPD CAPES PPGDireito IMED, Brasil. Profesora Investigadora Visitante en Universidad Federal da Bahía (UFBA), Brasil. Email: magipe@hotmail.com. Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/6905306640861147>>.

PALABRAS-CLAVE: Producción pública de medicamentos; Innovación tecnológica; Propiedad intelectual; Patentes farmacéuticas; Licencias obligatorias o compulsivas.

ABSTRACT: This paper has as goal to describe the mandatory licenses and presenting the impacts produced by the flexibilization of drugs patents protection, recognizing the right for alternative measures for public health and promoting the access to pharmaceutical drugs. Beyond that, it introduces the notion of drugs production by the public sector as an instrument of public policies and strategic management of health, in a way to reinforce it on the matter of intellectual property, Stimulating research and development, connecting the public and private sectors, assuring the provision and distribution, and resulting in the fortification of the dynamics of national innovation. The used methods are comparative and deductive and the research is made bibliographically.

KEYWORDS: Public production of pharmaceutical drugs; Technological innovation; Intellectual property; Pharmaceutical patents; Compulsory license.

SUMARIO:

Introducción.

2. Licencias obligatorias.

3. El caso de las licencias obligatorias en el campo de la salud. La experiencia internacional y el caso Mexicano.

4. Relevancia de la noción de salud dentro de las políticas públicas: la producción pública de medicamento (PPM) y redefinición del concepto de burocracia en el sistema de salud.

5. La innovación terapéutica, la investigación médica con la contribución del paciente y las unidades productoras de medicamentos (UPM) en Argentina.

Conclusiones.

Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Dentro de los conceptos de la “producción” y “abastecimiento” de medicamentos, la tendencia actual en la doctrina esboza una idea de innovación inclusiva que denomino “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, es decir, un desarrollo de dinámicas con miras a incluir todos los sectores que participan en la cadena productiva de la invención dentro de un política integrada y articulada, caracterizada por las premisas de eficiencia del gasto público y privado en la producción de medicamentos dentro de un conjunto amplísimo de estrategias, así como la garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones y de manera oportuna y la no menos importante distribución de fármacos dentro de una zona geográfica trazada como parte de la mencionada política.

El beneficio último de la ‘dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico’, según la experiencia internacional enfatizada en este apartado en la Argentina, país de altos índices en la PPM, es que en definitiva se logre que exista un instrumento de política pública capaz de remediar y de ser posible homogeneizar, en términos de funcionamiento adecuado, el acceso a la salud en igualdad de condiciones hacia todos los sectores de la población.

Para poder entender mejor lo que significa “suavizar” los derechos de propiedad industrial con miras a la satisfacción de políticas públicas, comenzaremos por abarcar el concepto de licencias obligatorias, también llamadas compulsivas, figura ya más conocida dentro de la citada rama del derecho, que ha cobrado relevancia en importantes acontecimientos del derecho comparado (Brasil, entre los países a citarse).

2. LICENCIAS OBLIGATORIAS

Por licencias obligatorias se entiende el permiso que se atribuye un gobierno para producir un producto o procedimiento patentado o para importarlo, sin el consentimiento del titular de la patente. Se trata de una de las flexibilidades en la protección de las patentes que contempla el Acuerdo de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre Propiedad Intelectual, a saber, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) a través de la Declaración de Doha de 2001 y sus modificaciones posteriores, en las que se suaviza el derecho de protección de que gozan los fármacos, al reconocer a los países su derecho a tomar medidas tendientes a la protección de la salud pública y la promoción del acceso a las medicinas, conforme lo han reclamado los países en desarrollo y las organizaciones no gubernamentales.

En estricto sentido, a través del contrato de licencia el licenciante autoriza a un tercero –el licenciatario-, con o sin

contraprestación, a explotar una invención protegida, mediante el otorgamiento de un derecho de naturaleza personal (JOLIET, 1982, p. 294). Normalmente vendrá a ser la autoridad gubernamental quien concederá la licencia a empresas o personas distintas del titular de la patente a fin de que éstas hagan uso de los derechos de la patente para fabricar, usar, vender o importar el producto o procedimiento protegido sin hacerse necesaria la autorización del titular.

A pesar de hallarse contemplada esta figura en la normativa internacional y haber sido consecuentemente adoptada por la mayoría de los países adherentes a la OMC en su legislación interna, su puesta en marcha ha generado controversias sobre todo en el ámbito de la salud ante el caso de emergencias de salud pública.

A priori, la misma doctrina no se muestra unánime en cuanto a su naturaleza jurídica de si se trata de una mera tolerancia o de una contraprestación que asegure un goce económico para el licenciante. A posteriori, se suscitan numerosas dudas a la hora de intentar hacerla efectiva, generándose incertidumbres tanto para el licenciante como para el licenciatario, temores que incluyen hasta problemas de terminología. Por otra parte, una vez celebrado el contrato, los casos de éxito resultan escasos, por lo que la jurisprudencia aún es insuficiente para brindar soluciones sólidas y a largo plazo y, en consecuencia, se regresa errónea e irremediamente a los principios generales del derecho contractual, en la intención de llegar a solucionar en forma íntegra el problema concreto que se plantea.

De hecho, la doctrina especializada indica el caso de los contratos de licencia y de transferencia de tecnología como un caso típico de incertidumbre en el derecho privado ante la falta de normativa directamente aplicable al tema (DE LAS CUEVAS, 1994, p. 12) que además resulte adecuada y correcta en el sentido de ajustarse a la realidad del país de que se trata, más allá de a los requerimientos del marco legal internacional, que se limita a estipular conceptos básicos de manera similares y homogénea para todos los países miembros de la OMC. Es que el derecho comparado ofrece soluciones limitadas en la materia pues habrá de tenerse en cuenta la específica y particular estructura económica del país en que se celebre el contrato.

3. EL CASO DE LAS LICENCIAS OBLIGATORIAS EN EL CAMPO DE LA SALUD. LA EXPERIENCIA INTERNACIONAL Y EL CASO MEXICANO

En septiembre de 2009 se ha formulado en México una propuesta de reforma del segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial, en el sentido de acortar el plazo estipulado para la resolución de la concesión de licencias por la autoridad. La iniciativa no prosperó.

El artículo ya había sido reformado en el año 2004 y anteriormente en 1994. La iniciativa de reforma del segundo párrafo del artículo 77 hecha por el Senador Adolfo Toledo Infanzón del Partido Revolucionario Institucional (PRI), de fecha 8 de septiembre de 2009, rezaba textualmente: En los casos de

enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, el Consejo de Salubridad General hará la declaratoria de atención prioritaria, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de instituciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria, en esta se ordenará el otorgamiento de licencias de utilidad pública. Publicada la declaratoria del Consejo en el Diario Oficial de la Federación, las empresas farmacéuticas podrán solicitar la concesión de una licencia de utilidad pública al Instituto y éste la otorgará, en un plazo no mayor a tres días, a partir de la fecha de presentación de la solicitud ante el Instituto².

La intención de la propuesta era darle mayor aplicabilidad a la figura de la licencia obligatoria por causa de emergencia nacional y específicamente de enfermedades graves, reduciendo el plazo previsto por el actual segundo párrafo del aludido artículo.

La propuesta establecía un plazo máximo de 3 días para que la autoridad se pronuncie, dejando sin efecto la disposición vigente, que es su parte pertinente reza: ...a la brevedad que el caso lo amerite de acuerdo con la opinión del Consejo de Salubridad General en un plazo no mayor a 90 días... y que además exige que sea audita parte. Cabe destacar que el texto vigente extrañamente tampoco incluye la frase expresamente propuesta en la iniciativa de reforma de que en los casos aludidos el objetivo de la orden será el “otorgamiento de licencias de utilidad pública”³.

² *Cfr.* segundo párrafo del artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

³ *Cfr.* artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial vigente.

La exposición de motivos daba especial relieve a la emergencia sanitaria con motivo del brote del virus de la influenza, advirtiendo además la presencia de otras enfermedades como el dengue, que ameritan la posibilidad de importar medicamentos patentados bajo el régimen de licencias obligatorias, al no contar con capacidad de fabricación suficiente a nivel local, una problemática repetida en países en vías de desarrollo.

Cabe acotar que la esencia de la licencia obligatoria supone hacer siempre subsistir el requisito que establece el primer párrafo del referido artículo 77 de la Ley de Propiedad Industrial mexicana⁴ de que las licencias se otorgarán mientras dure la causa de emergencia o de seguridad nacional que haya motivado su celebración pero olvida el caso de los medicamentos huérfanos, que trataremos más adelante en el capítulo de Unidades Productoras de Medicamentos (UPM) en la Producción Pública de Medicamentos (PPM).

Dentro de la exigua experiencia internacional existente en el campo de las referidas licencias obligatorias, en el ámbito del derecho comparado revisaremos la especial relevancia

⁴ Por su importancia transcribimos: “Por causas de emergencia o seguridad nacional y mientras duren éstas, incluyendo enfermedades graves declaradas de atención prioritaria por el Consejo de Salubridad General, el Instituto, por declaración que se publicará en el Diario Oficial de la Federación, determinará que la explotación de ciertas patentes se haga mediante la concesión de licencias de utilidad pública, en los casos en que, de no hacerlo así, se impida, entorpezca o encarezca la producción, prestación o distribución de satisfactores básicos o medicamentos para la población”.

de la experiencia brasileña con el retroviral denominado Efavirenz, producido por la farmacéutica Merck Sharp &Dohme, considerado en la actualidad como el más eficaz para combatir la infección del SIDA o VIH. A pesar de las fuertes críticas provenientes de la Federación Internacional de la Industria del Medicamento, el gobierno de Brasil, a través de su Presidente en ejercicio LuizInácio Lula da Silva, en base a lo que dispone su Ley de Propiedad Industrial 9279/96 en su controvertido artículo 68 que regula las “licencias compulsivas”, determinó imponer tal flexibilidad sobre la patente del citado fármaco por considerarla “legítima y necesaria, de interés nacional y demasiado caro”, permitiendo con un amplio respaldo del Congreso la importación del genérico producido en laboratorios de la India que se hallan certificados por la Organización Mundial de la Salud (entre esos laboratorios genéricos están Ranbaxy, Cipla y Aurobindo) quienes ya cuentan con producción del genérico del Efavirenz y lo comercializan a un costo inferior que oscila en la tercera parte del producido por el laboratorio titular de la patente.

Mientras Merck cotizaba en 1.65 USD cada unidad del fármaco en territorio brasileño el costo por unidad del genérico fabricado en la India es de 0.44 USD. El tratamiento por paciente tiene un costo por año de 580 USD utilizando el medicamento de patente mientras que el tratamiento utilizando el genérico alcanza la suma de 165 USD anuales,

es decir, menos de un tercio, lo cual implica un ahorro de 240 millones USD hasta el año 2012, fecha en que expira la patente. Antes de la imposición de la licencia obligatoria sobre el fármaco, Lula había mantenido dos negociaciones con el laboratorio titular, en las que participó además el gobierno norteamericano. Brasil rechazó en la segunda de ellas la oferta de comercializar el producto con un 30% menos del precio fijado originalmente por parecerle insuficiente y considerar que al menos debía reducirse en un 60%. En las negociaciones, Lula propuso el mismo precio pagado por Tailandia, que es de 0.65 USD por cada comprimido del fármaco en dosis de 600 miligramos, lo cual no fue aceptado por Merck.

Estados Unidos denunció ante a la OMC el artículo 68 de la ley de patentes brasileña por considerar que era violatorio del ADPIC, requiriendo ante tal organismo un Panel de Resolución de Conflictos con el objeto de que éste pueda dirimir las diferencias entre estos dos países. Brasil se defendió ante la OMC alegando justificación en la medida por el alto número existente de enfermos de SIDA o VIH y, en consecuencia, considerar un caso de emergencia sanitaria nacional. Finalmente, el 25 de junio de 2001 Estados Unidos retiró ante la OMC la solicitud del panel.

La medida del Presidente Lula buscaba asegurar el tratamiento de unos 75 mil infectados en el territorio brasileño, siendo

este país uno de los mayores compradores mundiales del medicamento, con más de 500 mil infectados de SIDA o VIH. A juicio del gobierno, más allá de demostrar el fracaso en la negociación del precio del fármaco de patente, la medida se convirtió más bien en una prueba de la firmeza gubernamental de apostar por el mercado de los genéricos ante una situación de emergencia nacional.

Cabe destacar que el argumento también se ha apoyado en el tratamiento que actualmente reciben unas 200 mil personas que reciben del Estado un conjunto de 17 medicamentos, de los cuales 8 son fabricados en Brasil dentro del marco de un programa gubernamental de lucha contra la enfermedad que ha recibido un sinnúmero de elogios a nivel internacional.

Como precedente, ya en la Asamblea Mundial de 1999, Brasil había ejercido fuerte presión a fin de que la Organización Mundial de la Salud (OMS) llevara mejor a cabo su labor de control de precios de los medicamentos en todo el mundo y de evaluación en el impacto de las normas sobre patentes de la OMC. En abril de 2001, en la reunión anual de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas fue aprobada por 52 votos a favor, 0 en contra y 1 en abstención (Estados Unidos) la propuesta brasileña que vincula el adecuado acceso a los medicamentos con los derechos humanos fundamentales. Estados Unidos consideró al respecto que tal propuesta era violatoria de las normas internacionales de protección de los derechos de propiedad intelectual. Brasil ya había

anunciado en el año 2005 la quiebra de la patente del principio activo “kaletra”, propiedad del laboratorio Abbot, pero ambas partes pudieron llegar a un acuerdo para la reducción del precio del medicamento.

En el caso del Efavirenz, el contrato de licencia se ha llevado a cabo cumpliendo cabalmente el procedimiento previsto a tal efecto en la Declaración de Doha, el cual consta de tres etapas, a saber, la negociación, la declaración de la situación que justifica su utilización y el pago de royalties al titular afectado, que en este caso específico se pactó en la entrega del 1.5% sobre el valor de importación de los medicamentos similares al Efavirenz⁵.

Por otra parte, Tailandia también anunció la imposición de una licencia obligatoria a fin de que los enfermos de SIDA o VIH en este país pudieran recibir tratamiento con el genérico del Efavirenz que se produce en laboratorios de la India, país conocido en los últimos tiempos por su alta producción de medicamentos genéricos.

La organización no gubernamental Médicos Sin Fronteras utiliza casi en su totalidad medicamentos producidos en la India para tratar a enfermos de SIDA o VIH en 30 países del mundo.

⁵ INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR (ICEX), Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia, Patentes y acceso a los medicamentos, año 2009, edición en internet, <http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf>, consultada en octubre de 2009.

La postura tailandesa se mantuvo a pesar de fuertes presiones provenientes la industria farmacéutica, sentando precedentes en la materia para el caso de emergencias sanitarias. Posteriormente, este país rompió además la patente de otros dos fármacos útiles también en el tratamiento de SIDA o VIH. Otros países como Canadá e Italia cuentan con experiencia en licencias obligatorias sobre productos farmacéuticos y en la década anterior llamó la atención general la decisión del Presidente de Ecuador, Rafael Correa, de emitir en estos días un decreto que derogue por completo las patentes farmacéuticas y agroquímicas de las trasnacionales que tengan efecto en este país, con excepción de las patentes cosméticas, a fin de que todas las medicinas sean producidas en el país y así se logre su abaratamiento, al considerar que la salud es un tema prioritario y primero está el derecho humano antes que “el bolsillo de las trasnacionales”, enfatizando el caso de los fármacos que combaten el SIDA o VIH y el cáncer.

Hecho el balance de la actual situación de las licencias obligatorias en el ámbito doméstico y comparado, surge que tal figura presenta varios aspectos positivos, entre los que se cuentan, además del acceso a los medicamentos a un menor precio, el fomento de la competencia y el desarrollo de la producción nacional. Ahora bien, hay que tener muy presente que un país que no reconoce las patentes de las farmacéuticas trasnacionales no contará con la presencia de estos laboratorios en su territorio y, consecuentemente, se verá desabastecido de medicinas esenciales de alta complejidad producidas exclusivamente por ellos en virtud a su tecnología y amplia experiencia en investigación y desarrollo

que ostentan y con la que no cuentan los emergentes laboratorios de producción local. Por otro lado, con tal medida y al no reconocerse las patentes, tampoco podrá realizarse la importación por la industria local de farmoquímicos necesarios para la fabricación de las medicinas. Todo ello sin mencionar las sanciones de las que podría ser objeto el país por la OMC y la imposibilidad de poder abastecer de medicinas a todo un país con la sola producción nacional, que en el caso de Ecuador alcanza en la actualidad apenas un 22% del total de ventas. De hecho, se advierte que un crecimiento desmesurado de medicamentos genéricos requeriría en un futuro de un control exhaustivo por parte de la Secretaría de Salud (JALIFE DAHER, 2005, p. 332).

El caso de Ecuador se presentaría con tal decreto como uno excepcional y hasta violatorio de las normas previstas para la celebración de la licencia obligatoria pues al parecer no contempla la requerida y previa primera etapa de negociación. Además, resulta absurda la idea de generalizar la medida para todas las patentes de medicinas producidas por laboratorios que no sean locales. Al menos, esta no es la función de la licencia obligatoria, la cual se concede para cada caso específico y para atender determinados problemas de salud, por un tiempo determinado, previa justificación por el gobierno de la situación que la motive. La postura que asume este país, a través de su gobernante, deberá encuadrarse en otra figura –inexistente, por cierto- que justifique una total supresión de la protección conferida a todo inventor no local de un medicamento. Es el caso extremo de la defensa de la salud pública, la cual va en detrimento del fomento de la

investigación y desarrollo, únicas herramientas capaces de propiciar avances tecnológicos y mejores medicinas.

4. RELEVANCIA DE LA NOCIÓN DE SALUD DENTRO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: LA PRODUCCIÓN PÚBLICA DE MEDICAMENTOS (PPM) Y REDEFINICIÓN DEL CONCEPTO DE BUROCRACIA EN EL SISTEMA DE SALUD

A principios de los años 2000 la moderna doctrina francesa advertía que el ejercicio de la medicina había mutado en su naturaleza con el desarrollo de nuevas especialidades médicas y la multiplicación del número de especialistas, es decir, los médicos. En paralelo, en razón de tal crecimiento y de una oferta de cuidados cada vez más sofisticados según el avance de la ciencia y la tecnología, el volumen de consumo y de gasto médico también ha tenido un aumento significativo. De ello se colige que la extensión de la protección social a toda la población ha sido el sostén de esta evolución: la palabra “salud” pasó a ser actualmente uno de los principales sectores de actividad de los países (ADAM & HERZLICH, 1994, p. 36). En otras palabras, dentro de las políticas de salud, los resultados revelan que en las últimas décadas tales políticas se vieron orientadas hacia la inversión creciente en tecnologías médicas cada vez más complejas siendo el puntapié inicial y determinante en esta evolución el mismo peso que revisten los profesionales médicos y el progreso de la ciencia médica, como se apuntó.

Dentro de este contexto, la noción de “medicalización de la sociedad”, como llama la sociología francesa, ha estado

íntimamente relacionada con el desarrollo de leyes sobre la protección social. Ya en el siglo XX esta noción traducía en Francia el hecho de que el “modelo médico” se impone en la definición y toma de responsabilidad de numerosos problemas públicos contemporáneos, citando algunos padecimientos a título de ejemplo: alcoholismo, enfermedades mentales, drogas. De esta manera, en una sociedad medicalizada, el sector salud cobra relevancia como factor de políticas públicas estatales y, dentro de las grandes interrogantes sobre los diversos mecanismos y programas a desarrollar o acentuar dentro de las políticas de salud establecidas, existe la nueva tendencia de la Producción Pública de Medicamentos (PPM en adelante).

Ahora bien, antes de ahondar en el tema propio del artículo que aquí nos ocupa, habrá que establecer el lugar que ocupa el concepto “burocracia” en la administración pública de la salud, tan sólo a modo referencial.

Propio de sistemas normativos, algunos países como Brasil refieren la burocracia como característica destacada dentro del proceso administrativo, aunque en sentido peyorativo y propio del poder público, desde tiempos muy antiguos y características negativas son suyas: paternalismo, nepotismo, corrupción. Sin embargo y paradójicamente, la evolución histórica del proceso administrativo enfatiza la importancia de implementación de procesos burocráticos adecuados a fin de garantizar la manutención de padrones de calidad de los servicios en las estructuras de las instituciones privadas y públicas. La burocracia es, en sentido amplio, un medio de perfeccionamiento de políticas

administrativas capaz de alcanzar niveles de eficiencia compatibles con la modernidad (CAMPOS & PRESOTO, 2002, p. 5).

Ejemplificando dentro del contexto de salud la función de la comentada palabra burocracia, tenemos que la política de salud como directriz que emana del poder público debe abarcar, entre otras funciones principales, la esencial de promover la estructura y el funcionamiento del sistema de los servicios de salud, según lo establece el propio Centro Panamericano de Planificación de la Salud, perteneciente a la Organización Panamericana de la Salud (OPS), siendo sus miembros fundadores Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay y Venezuela⁶. Ya en 1972 el documento denominado Tema 27, que abarca el proyecto del Programa del mismo Centro, establecía como objetivo: “Fortalecer la asesoría de la OPS a los gobiernos para perfeccionar sus procesos de planificación de la salud”. Luego nombra entre sus actividades: “Programa de investigaciones con los países:...análisis de las relaciones entre salud y el resto del sistema socioeconómico”⁷ como una suerte de domesticación del programa, con adecuación a la realidad de cada país miembro y a su normativa propia.

⁶ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), Tema 27 del proyecto del programa, año 1972, edición en internet, p. 8, <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consultada el 7 de septiembre de 2016.

⁷ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), Tema 27 del proyecto del programa, año 1972, edición en internet, p. 9, <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consultada el 7 de septiembre de 2016.

Más adelante, ya en referencia al propio Centro, se establece entre sus responsabilidades una propia de “Investigación”, normando sobre la necesidad de apoyar en los países el desarrollo de la misma con miras a elaborar o perfeccionar técnicas de planificación para completar y mejorar la metodología de planificación de la salud, a través del estudio de áreas o variables que deban considerarse y de los países que pudieran elaborarlas, dando además asesoría periódica hasta la fase final de dicha investigación.

Seguidamente, aparece el apartado de “Información” donde se dispone que toda información que se refiera a la planificación de la salud y a la evolución de los procesos respectivos en los países americanos como de otras regiones debe ser recabada, promovida en su recolección y analizada. Destaco además que la misma debe ser difundida y divulgada a modo de promover, orientar y motivar procesos de planificación y niveles de decisión políticos y administrativos, informando y estimulando a aquellos que realizan la labor directa de planificación en salud, enfatizando las experiencias de terreno conocidas⁸.

Dentro del Programa del Centro puede vislumbrarse la posibilidad de contemplar como política pública de salud nacional la Dinámica Inclusiva de Desarrollo Tecnológico, que se verá explicado más adelante en detalle y sobre lo cual anticipo en este

⁸ ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), Tema 27 del proyecto del programa, año 1972, edición en internet, p. 13, <<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>, consultada el 7 de septiembre de 2016.

apartado que se describe como una real necesidad de política pública de salud íntegra y que merece ser adecuadamente formulada y plasmada en su planeación, su proyecto y sus resultantes programas que deberán ser coordinados con miras a su ejecución. Esta Dinámica se plasma en esta propuesta a través de Unidades Productoras de Medicamentos (UPM) a nivel público, es decir, la Producción Pública de Medicamentos (PPM).

Volviendo al término burocracia, utilizado en sentido amplio, vendrá entonces en consecuencia a utilizarse para englobar y describir todo aquello que implica el trazado integral del sistema de salud de un país, con sus normativas y organigramas, su contexto social y hasta político, en sentido amplio. En sentido estricto, estamos frente a una burocracia de un sistema de salud circunscripto a una implementación efectiva de las mencionadas UPM.

5. LA INNOVACIÓN TERAPÉUTICA, LA INVESTIGACIÓN MÉDICA CON LA CONTRIBUCIÓN DEL PACIENTE Y LAS UNIDADES PRODUCTORAS DE MEDICAMENTOS (UPM) EN ARGENTINA

En este campo, la socióloga Renée Fox acentúa la posibilidad de un rol activo del paciente contribuyente al desarrollo de la ciencia médica en el mismo hospital, siendo un caso de referencia la utilización de medicamentos de prueba en hospitales como la cortisona o la ciclosporina, principio activo empleado comúnmente en el trasplante de órganos. Su teoría esboza que el médico está desarrollando investigación en el mismo hospital, a

través de su práctica con el paciente y dentro de lo que ella denomina “dilema entre experimentación y terapéutica” pues se trata de probar la eficacia de su innovación a través del mismo paciente con un doble objetivo: curar la enfermedad o tratarla por lo menos y también realizar su propia labor de investigación con el enfermo, quien pasa de ser un sujeto pasivo a ser uno activo desde el momento en que conoce que el procedimiento no sólo persigue su curación o alivio sino además el mismo progreso de la ciencia⁸.

En el caso que ocupa a los medicamentos en los hospitales y su relación con la innovación tecnológica a través de su título de protección, a saber, las patentes, la propuesta de la función de una UPM es de naturaleza social en el sentido de que, tal como apunta Oro Boff, un sistema de patentes también puede constituirse en un instrumento de fomento y de erradicación de la pobreza porque estamos frente a un papel considerando dentro de un conjunto más amplio de medidas políticas nacionales de desarrollo tecnológico y obedeciendo a los mismos intereses del país. En efecto, tal como ella lo sostiene, diseminar la cultura de salvaguarda de los derechos de propiedad intelectual, priorizando sobre todo la disponibilidad

⁸ FOX, Renée, Experiment perilous, physicians and patients facing the unknown, The free Press, 1959, edición en internet, <https://books.google.com.br/books?id=VjN_al6lZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9e+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=_N7CmOh0DB&sig=gmbhAbW1NDpDnjuHxHoyB10akb1&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwj0uvnDof7OAhUBDZAKHaCWAN8Q6AEIjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9e%20fox%20C%20experiment%20perilous%20C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%20C%20The%20free%20Press%201959&f=false>, consultada el 7 de septiembre de 2016.

de recursos y garantizando una infraestructura necesaria, parece ser el camino para que pensar que la propiedad intelectual pueda contribuir al desarrollo económico y social (BOFF, 2009, p. 57).

La propiedad intelectual, importante mecanismo para la protección de invenciones derivadas del intelecto humano es un área diferenciada de la propiedad material y hoy en día cuenta con un importante estímulo cuando se relaciona con la utilidad colectiva, aquí incluidas las invenciones (BOFF & LIPPSTEIN, 2015, p. 30).

Como factor de puesta en marcha del punto anterior en específico así como en general de lo hasta aquí expuesto, es preciso poner en conocimiento una teoría desarrollada en Argentina, país que más se ha preocupado en el tema de la PPM. Esta teoría ha sido recientemente en ese país por especialistas en estudios sociales de tecnología e innovación que propone abordar la PPM con un enfoque de tecnología organizacional y política pública y como un instrumento que busca como fin dinamizar procesos de desarrollo inclusivo. Santos, Guillermo y Becerra, Lucas, Investigadores del Área de Estudios Sociales de la Tecnología y la Innovación del Instituto de Estudios sobre la Ciencia y la Tecnología (Universidad Nacional de Quilmes) sobre cuyo trabajo se basa el presente artículo.

Hablar de desarrollo inclusivo significa despuntar la ciencia y la tecnología propia de una región y subsecuentemente de un país pero en esferas que van más allá de la privada o la mixta. Nos referimos a la PPM a través del trabajo articulado de laboratorios públicos y de farmacias hospitalarias y es que, ya en los albores del año 2000, el hospital público ha pasado de ser durante

siglos el asilo de los pobres a convertirse en una institución prototipo de las sociedades modernas, lugar de referencia privilegiada en la investigación médica y en el desarrollo de técnicas de punta (ADAM & HERLIZCH, 1994, p. 37).

En Argentina, la cuestión va más allá de la ya compleja provisión de medicamentos, enfocándose a puntos estratégicos que plantea actualmente el sector salud y que incluyen: la política pública integrada, como factor en sí mismo y como factor capaz de desarrollar políticas públicas transformadoras dentro de la ‘dinámica inclusiva del desarrollo tecnológico’; la eficiencia del gasto público y privado que se genera en la producción de medicamentos, lo cual implica un conjunto amplísimo de *estrategias* a desarrollar; una garantía de acceso a la salud en igualdad de condiciones para todos; el factor de la innovación con su desafío de generar dinámicas con miras al desarrollo inclusivo. A partir de esos cuatro puntos estratégicos mencionados que plantea el sector salud citan los especialistas tres preguntas-problema: ¿qué capacidad tiene el actual sector público productor de medicamentos y cuál es la relación entre política de salud y mercado de medicamentos?; como factor de implementación y de transformación, ¿es posible configurar una política integral de producción pública de medicamentos que conviva con la compra privada?; ¿bajo qué condiciones una política pública de PPM puede desplegar dinámicas concretas de desarrollo inclusivo? (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 251)

El panorama debe ser visto el sector general tanto con sus complejidades como con sus oportunidades.

Existe una fuerte crítica al sistema privado y a la industria farmacéutica que éste desarrolla por adueñarse del presupuesto general destinado al sector salud y de la cadena de provisión de medicamentos, pero esto no es visto desde la raíz del problema: si se tuviera un mayor escenario presupuestario destinado a la eficiencia innovadora por las UPM y una participación concreta y eficiente de éstas dentro del aparato legal y regulatorio, podría verse más abierta gran parte de tal hegemonía privada.

La pregunta resaltante que hemos de hacernos es ¿cuál es la importancia que adquiere el mercado de los medicamentos y su dinámica dentro del concepto de gasto en salud? Existen muchas y conocidas inconsistencias como por ejemplo la baja en la capacidad de compra frente a la permanencia alcista de la capacidad de venta lo cual es producto de la propia estructura y diseño del sistema de salud y su consecuente dinámica.

El secreto para el desarrollo inclusivo las UPM pareciera radicar en los conceptos de Presupuesto + Participación Eficiente de la UPM, no respecto la eterna discusión entre el sector genérico y el innovador sino frente a la apropiación y hegemonía de todo el sector farmacéutico privado en el presupuesto público, dándose en consecuencia una altísima concentración en laboratorios privados nacionales y trasnacionales con el consecuente control de precios determinado por el sector dominante resultando la fórmula: a mayor concentración, mayor control de precios.

Las UPM conforman el sector de la PPM y se subdividen en laboratorios públicos y en farmacias hospitalarias. Ambos tipos producen medicamentos pero dirigidos a un público distinto ya que las segundas destinan sus productos generalmente a los

pacientes a cuyo hospital pertenecen, mientras que los laboratorios públicos surten medicamentos a una extensa red de sistemas de salud a lo largo del territorio del país, abarcando hospitales públicos o privados, planes y programas de provisión pública de medicamentos o inclusive venta minorista en farmacias.

Es de tener en cuenta además que entre esos laboratorios podemos encontrar lo que dependen del gobierno nacional, de universidades nacionales, de gobiernos provinciales e incluso de municipios (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 255-259).

Analizando lo que contempla el estudio de las farmacias hospitalarias, en la PPM, basándose en la Resolución Ministerial argentina 286/08, la salud es un derecho y el medicamento un bien social siendo una función del Estado garantizar la accesibilidad y ordenar la distribución de recursos y el aprovechamiento de capacidades instaladas y de recursos humanos⁹.

Frente al problema del acceso a los medicamentos como producto por ejemplo de una crisis, siempre es el esfuerzo público, a través del Estado, el que acaba respondiendo con medidas alternativas, por ejemplo, la provisión gratuita de medicamentos en determinado tiempo y lugar a través de planes concretos. Una vez recuperada la actividad económica, la producción privada vuelve a estar en alza, incrementando su facturación (control de precios en consecuencia) y trayendo como consecuencia que la crisis haya sido

⁹ HOYA, Arturo, en informe del XIV Congreso Argentino y II Congreso Sudamericano de Farmacia Hospitalaria, Producción Pública de Medicamentos: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos, disponible en internet en <http://www.aafhospitalaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>, consultado el 7 de septiembre de 2016.

finalmente absorbida en forma total por el sector público (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 257-258). Como ejemplo se cita el Plan Remediar del año 2002 a través de la provisión de medicamentos en forma gratuita para 15 millones de personas.

Las propuestas son varias y pertenecerían a otro capítulo pero entre las posibles soluciones cobra especial relevancia UPM. Garantizar el abastecimiento oportuno de medicamentos, si bien forma parte de la agenda pública y es una obligación del Estado, esto no implica forzosamente que estos bienes deban ser comprados al sector privado. En consecuencia, debería vincularse la política pública a una estrategia de producción y no de compra directa, conforme explican los estudiosos argentinos.

La elaboración de especialidades medicinales por laboratorios públicos acabaría con el pensamiento radical de la naturaleza del medicamento como un bien de mercado, transformándolo en un bien social (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 281) pero existen realidades de las UPM en cuanto a: la producción y el abastecimiento, las patentes como traba al desarrollo de las UPM¹⁰; un adecuado mecanismo de distribución de medicamentos elaborados por esas UPM; número UPM

¹⁰ Las UPM fabrican medicamentos con principios activos cuyas patentes se encuentran vencidas y cuentan con restricción para elaborar medicamentos con patente vigente. El argumento de la protección de la patente se encuentra desarrollado ampliamente en la doctrina actual pero encuentra un gran vacío en el caso de la PPM, caso en que la producción –y distribución aludida- del medicamento por las UPM debiera considerar políticas de excepción, máxime si se trata de medicamentos huérfanos, a través de oportunas previsiones legales como las licencias obligatorias, sobre lo cual las legislaciones aún encuentran importantes vacíos a la hora de ponerlas en marcha.

existentes¹¹; tecnología e infraestructura local. Sobre este último punto, sigue siendo un obstáculo importante el hecho de que los principios activos o farmoquímicos sean adquiridos en el exterior por falta de producción local suficiente que se traduce en una capacidad inventiva limitada por parte de la industria nacional importadora de aquellas fórmulas, dicho de otra manera, se refleja en las cifras una reducida dinámica de innovación local.

Al respecto esgrimen los autores como causa del problema las racionalidades que imperan en las políticas y programas de ciencia y tecnología en el sentido de que éstas responden al modelo lineal de innovación. Así, si bien existe un número importante de institutos y centros de investigación médica, todavía cuentan con bajos niveles de interacción con las unidades de producción. Aquí cobra una excepción importante los laboratorios que pertenecen a las universidades nacionales sin que por ello el producido global de la dinámica innovativa del país

¹¹ Parte de esta política lineal debe también culpa a la concentración excesiva en manos de algunas UPM estatales. En Argentina, se citan veinte UPM como parte integrante de la Red Nacional de Productores Públicos de Medicamentos, siendo su objetivo la producción conjunta de medicamentos de manera coordinada pero cuyos bajos resultados saltan a la vista por falta de acciones concretas en materia de producción y también de posicionamiento de la producción pública entre los temas principales de la agenda política del sector salud pública. No se puede dejar de mencionar sin embargo que en el año 2011, en un esfuerzo más defensivo que proactivo de las UPM y del Grupo de Gestión de Políticas de Estado en Ciencia y Tecnología, se obtuvo la Ley 26.688 que declaró de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos. Esta ley argentina aún carece de reglamento pero puede resultar un sugerente a la normativa de otros países en la materia por sus líneas estratégicas de acción.

resulte más feliz por tal excepción (SANTOS & BECERRA, 2016, p. 261, 262).

Resaltemos ahora que entre los principales principios activos elaborados por laboratorios públicos argentinos se encuentran analgésicos y antibióticos de uso habitual y también drogas utilizadas para tratar enfermedades crónicas. La provincia con mayor abastecimiento de medicamentos de producción pública es la de Santa Fe y le siguen San Luis y Río Negro¹². En el año 2014 se planificó un financiamiento por la Agencia Nacional de Promoción Científica y Tecnológica del Fondo Argentino Sectorial (FONARSEC) para la producción pública de medicamentos tuberculostáticos integrando el trabajo conjunto de la Universidad del Litoral y el Laboratorio Industrial Farmacéutico S.E. (LIF) cubriendo áreas estratégicas y de vacancia en la provisión de especialidades medicinales prioritarias¹².

¹² MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA Y PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO, SUBSECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA, DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN REGIONAL – DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN SECTORIAL, Complejo Farmacéutico. Serie Complejos Productivos, junio 2015, disponible en internet en <http://www.economia.gob.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmaceutico.pdf>, consultado el 7 de septiembre de 2016.

¹² MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA, Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos, Presidencia de la Nación, año 2014, disponible en internet en <<http://www.mincyt.gob.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181>>, consultado el 7 de septiembre de 2016..

CONCLUSIONES

Dentro de la “Dinámica Inclusiva del Desarrollo Tecnológico”, la Producción Pública de Medicamentos (PPM) llevada a cabo a través de sus Unidades Productoras juega un rol preponderante en la agenda pública del sector salud del país. Cuando es puesta en marcha de manera coordinada y positiva, conlleva en sí misma fines de inclusión y desarrollo social y productivo y es un instrumento de política pública de salud integrada y dinámica innovativa con capacidad de producir bajo demanda específica obedeciendo a un trazado territorial nacional preestablecido, con límites demográficos. De esta manera, cumple la función de asegurar la provisión y distribución adecuadas a la población y desarrollar los medicamentos huérfanos.

Visto como lo que es y aunque le pese la realidad de la desventura de los problemas propios del necesario aparato burocrático legal, la PPM es una opción a la elaboración tradicional privada de medicamentos, llevada a cabo por laboratorios nacionales, con principios activos que sean accesibles en el mercado nacional y extranjero. Es una herramienta que conlleva en sí misma la noble acción a la que está destinado un fármaco, que es no es otra que cumplir con un bien social de acceso a la salud más allá de su valor patrimonial, sin desmerecer la propiedad intelectual de la patente de la que goza el medicamento, lo cual puede lograrse con un Plan de Acción que prevea no sólo mecanismos legislativos oportunos sino por sobre todo, estrategias de puesta en marcha en

los distintos ciclos de la innovación farmacéutica vista, en sus distintas fases y hasta llegar a manos del consumidor final.

Finalmente, en cuanto al primer tema que hemos abordado, dejamos por sentada la tarea positiva que conllevaría una licencia obligatoria bien estructurada, celebrada y fundamentalmente concedida respetando cualesquiera de sus dos principales finalidades, a saber, la de salvar una situación de emergencia nacional o la de garantizar su efectiva explotación si ésta no se ha producido en el territorio. Sin embargo, no se debe olvidar que muchas veces la promoción de esta figura encubre una finalidad encubierta, en el sentido de que más allá de garantizar la salud pública lo que realmente busca es facilitar y patrocinar la copia ilegal de medicamentos, lo cual constituye un flagrante ataque a la propiedad intelectual que se traduce en falta de seguridad jurídica para el inversor, provocando este hecho un gran desaliento a la inversión extranjera en cualquier país del mundo.

BIBLIOGRAFÍA

ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine, **Sociologie de la maladie et de la médecine**, 2010, Saint-Jean de Braye: Editorial Armand Colin, Imprimerie Nouvelle, 1994.

ARGENTINA, Ley 26.688 que declara de interés nacional la investigación y producción pública de medicamentos, sus materias primas, las vacunas y los productos médicos.

BOFF, Salette Oro, **Propiedade intelectual e desenvolvimento. Inovação, gestão e transferência tecnológica**, Passo Fundo: IMED Editora, 2009.

BOFF, Salette Oro; Lippstein, Daniela, **Biodiversidade, conhecimentos tradicionais y propiedad intelectual: um caminho para o desenvolvimento sustentável**, en Boff, Salette Oro et al. (Coord.), **Novas Tecnologias, Direitos intelectuais e Políticas públicas**, Vol II, São Paulo: Letras jurídicas, 2015.

CAMPOS, Juarez De Queiroz; PRESOTO, Lúcia Helena, **A burocracia na administração de saúde**, São Paulo: Editora Jotacê, 2002.

DAHER, Mauricio Jalife, **Régimen de licencias obligatorias de patentes en el campo de la salud**, en Sesma, Ingrid Brena (Coordinadora), **Salud y Derecho. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**, Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005.

DE LAS CUEVAS, Guillermo Cabanellas, **Contratos de licencia y de transferencia de tecnología en el derecho privado**, Buenos Aires: Editorial Heliasta, 1994.

FOX, Renée, **Experiment perilous, physicians and patients facing the unknown**, The free Press, 1959, edición en internet, <https://books.google.com.br/books?id=VjN-_al6lZoC&pg=PA2&lpg=PA2&dq=ren%C3%A9+fox,+experiment+perilous,+physicians+and+patients+facing+the+unknown,+The+free+Press,+1959&source=bl&ots=N7CmOh0DB&sig=gmbhAbW1NDpDnjuHxHoyB10akbI&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjOuvnDof7OAhUBDZAKHaCWAN8Q6AEIJjAB#v=onepage&q=ren%C3%A9%20fox%2C%20experiment%20perilous%2C%20physicians%20and%20patients%20facing%20the%20unknown%2C%20The%20free%20Press%2C%201959&f=false>, consultado el 7 de septiembre de 2016.

HOYA, Arturo, en informe del XIV Congreso Argentino y II Congreso Sudamericano de Farmacia Hospitalaria, **Producción Pública de Medicamentos: una respuesta a los medicamentos huérfanos pediátricos**, mayo 2014, disponible en internet en <<http://www.aafhospitolaria.org.ar/imagenes/descargas/2014-6-b.pdf>>, consultado el 7 de septiembre de 2016.

INSTITUTO ESPAÑOL DE COMERCIO EXTERIOR (ICEX), Oficina Económica y Comercial de la Embajada de España en Brasilia, **Patentes y acceso a los medicamentos**, año 2009, edición en internet, <http://www.fedeto.es/area_internacional/marco_politico_datos_brasil.pdf>, consultada en octubre de 2009>.

JOLIET, René, **Der Patentrechtvertrag im belgischen und französischen Zivilrecht**, Munich: GRUR Int., 1982.

MINISTERIO DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN PRODUCTIVA. **Nuevo financiamiento para producción pública de medicamentos tuberculostáticos**, Presidencia de la Nación, año 2014, disponible en internet en <http://www.mincyt.gov.ar/noticias/nuevo-financiamiento-para-produccion-publica-de-medicamentos-tuberculostaticos-10181> >, consultado el 7 de septiembre de 2016.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS PÚBLICAS DE LA SECRETARÍA DE POLÍTICA ECONÓMICA Y PLANIFICACIÓN DEL DESARROLLO, SUBSECRETARÍA DE PLANIFICACIÓN ECONÓMICA, DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN REGIONAL – DIRECCIÓN NACIONAL DE PLANIFICACIÓN SECTORIAL, **Complejo Farmacéutico. Serie Complejos Productivos**, junio 2015, disponible en internet en

http://www.economia.gov.ar/peconomica/docs/Complejo_Farmaceutico.pdf >, consultado el 7 de septiembre de 2016.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD (OPS), **Tema 27** del proyecto del programa, año 1972, edición en internet,

<http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/5924/49176.pdf?sequence=1&isAllowed=y> >, consultada el 7 de septiembre de 2016.

SANTOS, Guillermo; BECERRA, Lucas, **La producción pública de medicamentos como parte de una estrategia de política de salud integrada. Reflexiones y recomendaciones para el**

desarrollo inclusivo en salud, en Thomas, Hernán y Santos, Guillermo (coordinadores), **Tecnologías para incluir. Ocho análisis socio-técnicos orientados al diseño estratégico de artefactos y normativas**, Agenda CTD, Buenos Aires: IESCT y Universidad Nacional de Quilmes, Editora Lenguaje Claro, 2016.

A CRISE MUNDIAL DA ÁGUA: UMA ANÁLISE SOBRE O
CENÁRIO ATUAL E OS EFEITOS DE SUA GESTÃO
GLOBAL

THE WORLD WATER CRISIS: AN ANALYSIS OF THE
CURRENT SCENARIO AND THE EFFECTS OF ITS
GLOBAL MANAGEMENT

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho¹

Artur Amaral Gomes²

RESUMO: Dentre as inúmeras problemáticas ambientais que atormentam o mundo hoje, a crise da água assusta por envolver um recurso indispensável para a manutenção não só da vida humana, mas de todo o planeta. Os conflitos entre enxergar a água como um bem público ou como um bem econômico e a discrepância entre a distribuição natural da água e sua distribuição político-geográfica permeiam o cenário da crise e estabelecem uma complicada tarefa para o Direito Internacional: a formulação de uma política de gestão global da água capaz de prevenir e reprimir conflitos. A partir da realização de uma pesquisa qualitativa combinada com o método de pesquisa bibliográfico, o presente artigo tem como objetivo principal expor os conflitos e obstáculos ideológicos que permeiam a crise mundial da água na atualidade, destacando as

¹ Professor Doutor do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas - UEA, líder de pesquisa do Grupo de Estudos em Direito de Águas - GEDA. E-mail: erivaldofilho@hotmail.com

² Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA.

implicações negativas da ausência de uma legislação internacional forte e abrangente sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente; Água; Direito Internacional.

ABSTRACT: Among the many environmental problems that plague the world today, the water crisis is scaring because it involves an indispensable resource for the maintenance not only of human life, but of the entire planet. Conflicts between seeing water as a public good or as an economic good and the discrepancy between the natural distribution of water and its political and geographical distribution permeate the crisis scenario and establish a complicated task for international law: the formulation of a policy of global water management capable of preventing and repressing conflicts. The main objective of this article is to expose the conflicts and ideological obstacles that permeate the current global water crisis, highlighting the negative implications of the absence of strong international legislation and comprehensive on the subject.

KEYWORDS: Environment; Water; International Law.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Aspectos gerais da crise da água.

3. Água: vida e lucro.

4. A água e o direito internacional.

5. Soberania estatal em tempos de crise.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

A água é e sempre foi um recurso com muitos papéis em todos os níveis da sociedade planetária, suas inúmeras propriedades e possibilidades de uso a colocam como um dos recursos naturais mais valiosos do planeta. A água é também indispensável para a vida e insubstituível neste que é o seu principal papel. Uma verdade como essa quando somada à natureza do ser humano só poderia desaguar (com o perdão do trocadilho) em conflitos.

Dentre os problemas que podem ser considerados como componentes da crise atual do meio ambiente, a necessidade de preservação e controle do uso da água é o que apresenta as consequências mais graves, visto que, como muitos dizem, água é sinônimo de vida. Conseqüentemente, a água é a base para a eficácia de muitos direitos e está intimamente conectada a ideais de justiça, democracia e dignidade.

Antes de ir mais além, cabe esclarecer que neste artigo o termo “água” será utilizado como sinônimo de água doce, a água própria para o consumo. Esta é a “modalidade” de água que está no centro das discussões da chamada “crise da água”, um quadro que conta com indicadores pessimistas, porém críveis, no que se refere à qualidade e à quantidade do estoque de água doce restante no mundo. Quadros de escassez e estresse hídrico colocam em risco a qualidade de vida de muitos habitantes do planeta, dificultando a concretização da justiça social em muitos pontos do globo.

A crise acaba colocando estudiosos e pesquisadores para trabalhar no sentido de procurar soluções para previsões pessimistas e tristes realidades, é daí que surgem conflitos de ideias como o embate entre as formas de encarar a água e definir quais suas propriedades e usos mais relevantes, o que, mesmo que indiretamente, pode acabar tornando a crise ainda mais grave quando novas discussões ideológicas são introduzidas. O embate entre água como bem público e água como bem privado com seu suposto valor econômico priorizado é um dos mais latentes da crise, trazendo à tona as consequências de entregar a água nas mãos do mercado e o que isso pode significar para as classes de baixa renda.

A crise da água é algo que afeta todo o mundo, não sendo algo restrito a certos pontos geográficos, o que evidencia o papel que o Direito internacional e seus instrumentos deverão desempenhar mais incisivamente em um futuro não muito distante, o que revela a necessidade de avaliar o quão bem servido está o planeta hoje no que diz respeito às normas internacionais sobre água, restando a questão: existe na atualidade uma legislação internacional capaz de evitar e solucionar conflitos originados a partir da disputa pelo acesso e pela distribuição de água?

Para responder tal questão, foi realizada uma pesquisa de caráter qualitativo em conjunto com o método de pesquisa bibliográfico, ou seja, uma pesquisa com ênfase em material literário já produzido acerca do tema e seus principais subtemas.

A fim de avaliar as principais facetas desta crise, a primeira seção deste artigo apresentará os seus aspectos gerais, indicando as oposições centrais de ideias que permeiam toda a

problemática. A seguir, a segunda seção terá como foco reunir as principais formas de se enxergar a água e como o conflito dessas formas contribui para o agravamento da crise. A terceira seção tratará sobre a forma como a água se relaciona com o direito internacional, com ênfase nas tentativas de criação de uma política global de água e nas motivações para o fracasso destas. Por fim, a quarta seção abordará a principal razão para o já citado fracasso e como esta funciona como entrave para a formulação de normas internacionais tão almejadas.

2. ASPECTOS GERAIS DA CRISE DA ÁGUA

A crise ecológica na qual o planeta encontra-se mergulhado é uma realidade concreta e que não pode mais ser ignorada ou ter suas medidas amenizadoras ou repressivas postergadas. Guerra (2016, p. 588) salienta que:

os problemas ambientais trazem prejuízos enormes para o desenvolvimento da humanidade e, o que é pior, colocam em risco a própria existência da pessoa humana e de outros seres vivos.

A crise ambiental pode ser acompanhada a partir de fenômenos como a evolução das mudanças climáticas, a ocorrência de enchentes e secas em níveis alarmantes, o desaparecimento de espécies e outros exemplos.

No que diz respeito aos recursos naturais e a sua disponibilidade para atender às necessidades e aos desejos dos seres humanos, Wolkmer e Wolkmer (2012, p. 69) alertam que a soma dos problemas que alteram a qualidade e o equilíbrio do meio ambiente tem como primeira vítima a água, uma vez que as reservas de água doce de todo o planeta encontram-se em constante estado de ameaça por fatores como a mudança do clima, o aumento da demanda acompanhado do crescimento econômico, o processo de degradação e poluição do meio ambiente, como a contaminação de lençóis freáticos pelo esgoto doméstico ou pela utilização de pesticidas, e a falta de eficiência dos sistemas atuais de abastecimento de água doméstico e de irrigação para a agricultura. Os autores ainda destacam que, com a água ameaçada, resta sob alerta a saúde dos humanos que a consomem, abrindo caminho para as mais diversas doenças transmitidas a partir de água contaminada.

Mas a crise da água não tem na qualidade o seu único problema, sobrando também para a quantidade de água disponível e própria para consumo. Ribeiro (2008, p. 32) explica:

a crise da água também é resultado de sua distribuição pelo planeta. Ela combina natureza a história, dando-lhe um caráter eminentemente geográfico. A soberania dos países sobre seus territórios tem sido empregada para a solução da crise da distribuição da água.

Ou seja, é fácil verificar que, com o passar dos anos, a crise da água terá como principal problemática a questão da distribuição, colocando a qualidade para segundo plano, uma vez que a água é um recurso tão abundante em certas partes do planeta e tão escasso em outras.

Com o problema da distribuição em mente, outra questão que também preocupa é o papel que a água cumpre nas economias local e global. Shiva (2006, p. 32) afirma que “a crise da água é uma crise ecológica com causas comerciais, mas sem soluções de mercado. As soluções de mercado destroem a terra e agravam a desigualdade. A solução para uma crise ecológica é ecológica, e a solução para a injustiça é democracia”. Nota-se, a partir desta forte crítica, que a visão da água como uma peça de mercado também faz parte do quadro da crise, fator que será abordado mais à frente.

Observa-se que a água pode ser enxergada a partir de vários prismas. Soma-se a isto, o fato de água possuir inúmeras propriedades que tornam possíveis os seus variados usos pelo ser humano, este conhecido pela avidez e pela pressa que tem para realizar suas vontades. Com isto em mente, Ribeiro (2008, p. 24) define uma das principais tensões da crise atual: “a diferença entre o ritmo natural de reposição da água e o de desenvolvimento da sociedade consumista de bens materiais”.

Analisando os aspectos principais da crise da água, Wolkmer e Wolkmer (2012, p. 68) destacam que o problema vai além de pontos comuns como sustentabilidade, governança ou necessidade de investimentos. Para os autores, a crise da água é uma crise epistêmica, pois escancara a necessidade de superação da

percepção do meio ambiente por meio do dualismo entre homem e natureza, isto é, de que a última existe apenas para servir o primeiro. Neste sentido, Ribeiro (2008, p. 54) assevera que a escassez de água doce no planeta tem no uso do recurso pela esfera privada o seu principal impulsionador, sobretudo no uso com fins de acumulação de capital, ou seja, a camada dominante da sociedade atual deixou de considerar o caráter público da água. Existem hoje muitos organismos multilaterais destinados a estudar a situação atual de acesso à água, mas tais organismos não parecem agir de forma a mudar a situação atual, como se existissem apenas para observá-la.

Ainda neste lado epistêmico da crise, Petrella (2002, p. 34) salienta que é preciso trabalhar para evitar que a água siga o mesmo caminho do petróleo, ou seja, evitar que a água se torne prisioneira de conceitos tecnoeconomistas, passando a ser considerada como coisa de ninguém e não mais como um bem público, ou melhor, um bem público global. Sobre a relação entre água e petróleo, Viegas (2005, p. 36) afirma que assim como ocorre com o petróleo, aqueles que detiverem controle sobre a água se tornarão poderosos e será inevitável o surgimento de conflitos, armados ou não. No entanto, o autor destaca que a forma de solução destes citados conflitos não poderá ser a mesma utilizada para dar fim aos conflitos originados pelo petróleo, uma vez que a água não pode ser substituída por outro bem, natural ou artificial. Verifica-se, portanto, que a sociedade de consumo, que enxerga a água como uma peça no tabuleiro do mercado e que não vê problema na apropriação privada de um recurso necessário para a manutenção da vida, constitui grande parte do problema aqui tratado. Ribeiro

(2008, p. 71) resume a questão: “A crise da água deve ser associada às demandas cada vez maiores por recursos naturais para o desenvolvimento do modo capitalista de produção”.

Wolkmer e Wolkmer (2012, p. 68), em uma conclusão não menos importante, também encaram a crise da água como uma crise política, isto é, um problema que para ser solucionado requer o desenvolvimento de uma cooperação internacional com fundamento em um caráter de solidariedade, destacando a água como um direito humano fundamental. Sobre este aspecto, a questão da distribuição natural da água também encontra peso, Ribeiro (2008, p. 133) aponta que em um suposto sistema internacional de gestão de recursos hídricos, o controle do fornecimento de água poderá ser facilmente manobrado como instrumento de pressão política. Como consequência disto, Ribeiro (2008, p. 151) prevê que muitos conflitos ainda surgirão, até mesmo entre países que não são vizinhos, conflitos que serão iniciados por potências militares em graves situações de escassez contra os países que possuem um considerável acervo de água em contrapartida.

É neste momento que o lado epistêmico se funde com o lado político. A fim de evitar que a água possa ser utilizada como vantagem política, alterações na visão atual sobre água e seu uso precisam ser realizadas. Petrella (2002, p. 129) defende a água como um bem social e, portanto, planetário, não sendo possível considerar tal recurso sem destacar a sua sustentabilidade e solidariedade, sendo a comunidade humana mundial o verdadeiro sujeito primário do patrimônio comum da água. Nesta esteira, Ribeiro (2008, p. 145) insiste na estratégia de mudança de

pensamento quanto à água: “em vez de torná-la uma mercadoria, com preços definidos a partir de uma ética para acumulação de capital, é necessário reafirmar sua importância à sobrevivência humana e garantir seu acesso a todos”.

Viegas (2005, p. 44) afirma que o processo de minoração da crise da água terá início com o estabelecimento de uma política global eficiente de gerenciamento de recursos hídricos. De fato, uma política global que leve em consideração a proposta de alteração de pensamento apresentada anteriormente seria um grande passo. Antes de tratar sobre a ausência de tal política global, faz-se necessário abordar de forma mais aprofundada as formas como a água tem sido considerada na atualidade, para, assim, tornar mais claro o nível de gravidade da crise.

3. ÁGUA: VIDA E LUCRO

Para Petrella (2002, p. 24) o caráter de imprescindibilidade da água neste pensamento: “Podemos viver sem a Internet, sem petróleo, até mesmo sem um fundo de investimentos ou uma conta bancária. Mas – um argumento banal, embora frequentemente esquecido – não nos é possível viver sem água”. Wolkmer, Augustin e Wolkmer (2012, p. 56) complementam: “Enquanto componente da natureza, a água é indispensável para a vida. Expressa a possibilidade da existência, da continuidade da vida em nosso planeta”.

Reafirmando a importância da água, Petrella (2002, p. 128) destaca ainda a inexistência de alternativas que possam substituir a água, o que a torna um bem vital para todos os seres do

planeta, assim como para o próprio planeta em si. A partir desta conclusão, o autor conclui que todo ser humano tem o direito a ter acesso à água, sendo incabível a apropriação individual privada, uma vez que esta ação concretizaria uma violação de um direito da coletividade humana planetária. Wolkmer e Wolkmer (2012, p. 68) salientam que em qualquer abordagem sobre água, sobre o acesso a esta, confirmado o seu status de necessidade vital, deve ser considerado o tema de forma integral, ou seja, somente através de um diálogo de saberes é possível abordar e fortalecer a ideia de água como bem humano, contribuindo de igual forma para a sua conservação.

Tratando sobre a definição e classificação da água, Fonseca (2011, p. 149) aponta que:

a água pode ser definida a partir de quatro visões: a) substância inorgânica natural; b) recurso natural essencial para a manutenção da vida na Terra; c) recurso hídrico, isto é, com enfoque no seu valor econômico; e d) recurso estratégico, uma vez que desempenha papel importante em atividades como a produção de alimentos, geração de energia e meios de transporte.

No entanto, sobre a relação entre Estado e água, Shiva (2006, p. 36) defende que a água deve ser encarada como um direito natural, um direito que nasce da natureza humana, de noções de justiça e em um contexto ecológico, não se originando com o Estado ou a partir do Estado. É possível afirmar então que cabe ao

Estado cuidar para que o acesso à água seja eficaz, existindo limites para a liberdade da atuação estatal no que diz respeito à água, uma vez que, conforme Ribeiro (2008, p. 112) explica, no momento em que a água é reconhecida como um item fundamental para a existência humana, o direito à água também ganha status de direito humano, devendo a busca por uma vida saudável e com qualidade para os seres humanos estar acima de qualquer outro interesse estatal.

No mundo atual, não é difícil imaginar como conflitos podem surgir a partir das ideias supracitadas. Petrella (2002, p. 31) afirma não existir razão tecnológica, financeira, cultural, política ou religiosa capaz de tornar a água em uma fonte de conflito, visto que a água e seu papel na manutenção da vida humana escancara uma grande oportunidade de cooperação e desenvolvimento comum dentro de um suposto sistema de regulamentação que enxergue a água como um bem comum. Entretanto, segundo Ribeiro (2008, p. 17) a água é uma fonte de riqueza e de conflitos, uma vez que, respectivamente, foi transformada em uma mercadoria em escala internacional de amplo interesse para grandes grupos do mercado e porque sua distribuição natural não é compatível com sua distribuição política.

Quanto à transformação da água em mercadoria, Granziera (2006, p. 28) afirma que a água, como o petróleo, é um elemento natural do planeta, sem valor econômico inerente, situação que se altera quando tal elemento é necessário para uma destinação específica de interesse dos homens. As muitas propriedades da água possibilitam muitas destinações, sendo quase impossível evitar a sua mutação em mercadoria. Tratando sobre as

necessidades humanas, outro ponto interessante que surge junto com a problemática da água como mercadoria, é a tentativa de delimitar uma quantidade mínima de água por ser humano individualizado. Nesta seara, Ribeiro (2008, p. 66) aponta que para definir um volume mínimo de água é preciso ir além da manutenção do corpo, alcançando aspectos da vida social de muitos grupos espalhados pelo globo, sendo que as necessidades básicas que são as mesmas para todo ser humano devem ser encaradas como o mínimo do mínimo.

A tentativa de definição de um volume mínimo é apenas uma forma de tentar amenizar os pontos negativos da visão da água como bem econômico. Hoje, conforme colocam Wolkmer e Wolkmer (2012, p. 73), a água é um dos negócios mais lucrativos, ocupando lugar de destaque em estratégias econômicas e globalizadoras, o que afasta a água do âmbito público e a insere na lógica da economia mundial, uma lógica que pouco dá importância para a perseguição do bem comum e para o fortalecimento de uma solidariedade global ambiental. Petrella (2002, p. 33) destaca as parcerias público-privadas como origem da implementação de uma visão da água como principal fonte de lucro do futuro, um dos últimos recursos naturais a ser dominado pelo processo de acumulação privada de capital. Shiva (2006, p. 35) resume a problemática nos seguintes termos: “com o aprofundamento da crise, novos esforços para redefinir os direitos à água estão a caminho. A economia globalizada está mudando a definição de água, de propriedade pública para um bem privado, a ser livremente extraída e comercializada”.

Outra forma de encarar a questão da valoração econômica da água é apresentada por Granziera (2006, p. 26) ao defender que a cobrança pelo uso da água também precisa ser enxergada como uma evolução do direito no sentido de evitar e facilitar a solução de conflitos por água que nascem a partir da simultaneidade de usos diferenciados e por pessoas diferentes, uma vez que nem todos os usos da água são compatíveis e podem ser concretizados ao mesmo tempo. Para Petrella (2002, p. 29) já é possível observar os frutos de um processo marcado por fortes pressões exercidas sobre líderes políticos e sobre a opinião pública, frutos que indicam a aceitação da água como um ativo econômico com valor, propriedade e uso ditados pelo mercado, não existindo mais uma oposição a este quadro tão forte quanto antes. Shiva (2006, p. 119) complementa: “a privatização dos serviços da água é o primeiro passo em direção à privatização de todos os aspectos relacionados à água”. A privatização dos serviços de água tem sido concretizada com cada vez mais facilidade e, apesar das supostas melhorias no serviço de distribuição de água, os efeitos negativos não deixam de ser alarmantes.

Sobre a privatização dos serviços de água e seus efeitos, Petrella (2002, p. 150) defende que as tendências de comercialização de todas as atividades e necessidades humanas sejam freadas: “O controle da água não pode ser entregue à lógica das finanças e do mercado, pois esses garantem o direito à vida somente a consumidores solventes e poupadores/proprietários de imóveis/acionistas”. Shiva (2006, p. 117) também destaca pontos que contribuem para a desigualdade no acesso à água: “A água tornou-se um grande negócio para as corporações globais, pois

estas enxergam no aumento da escassez de água e da sua demanda mercados sem limites”.

Também tratando sobre efeitos perigosos, Ribeiro (2008, p. 36) dispõem:

que o consumo de água aumenta junto com o aumento de renda, ou seja, onde existe mais recursos financeiros, mais consumo de água se dá, outra máxima que escancara o inevitável problema da desigualdade de acesso.

Como exemplo, no Brasil, as leis que tratam sobre meio ambiente e água dispõem os seguintes pontos: a) Lei nº 6.938/1981, ou Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, detém como princípio, em seu artigo 2.º, inciso II, a racionalização do uso da água; e b) Lei nº 9.433/1997, ou Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos, apresenta, em seu artigo 1º, entre os seus fundamentos: I – a água é um bem de domínio público; II – a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; e IV – a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas. Observa-se a preocupação em colocar a água e sua conservação como prioridades, mas em mesmo grau de preocupação, também está presente o valor econômico da água.

Internacionalmente, destaca-se a Declaração de Dublin de 1992, que reconheceu de forma clara em um dos seus princípios o valor econômico da água. É fácil perceber como a frente contrária à água como mercadoria vem enfraquecendo, Ribeiro (2008, p. 152) demonstra que cada vez mais as empresas conhecidas como

“gigantes da água” têm tomado as rédeas do controle da água, o que possibilita a criação e repetição de cenários conflituosos como o ocorrido na cidade de Cochabamba na Bolívia, quando a privatização dos serviços de água tornou a água-produto muito cara, principalmente para a população de baixa renda.

São muitos os argumentos contrários a água como mercadoria, mas também existem pontos positivos, mesmo que não completamente. Fonseca (2011, p. 157) apresenta o lado bom: “Apesar das divergências em torno do tema, pode-se admitir que o modelo de cobrança pelo uso da água é um importante instrumento de valor incitativo que facilita o gerenciamento e manejo desse recurso escasso, direcionando o controle para a via econômica”. O autor expõe um aspecto positivo que acaba se fragilizando quando colocado diante dos males da prática analisada. Ribeiro (2008, p. 154) apresenta um ultimato: “Esse cenário também impede a sonhada sociedade sustentável. Não dá para ser sustentável começando pela cobrança de uma substância vital aos seres humanos”.

Por fim, acerca do controle da água, Petrella (2002, p. 124) discorre que tarefas como distribuição, saneamento e conservação estão sendo transferidas para o setor privado, o que expõe a transformação da água de bem público para bem econômico guiado pelas diretrizes do mercado capitalista, este quadro, como dito anteriormente, é o resultado das pressões exercidas sobre as comunidades locais e sobre os Estados somadas aos gastos públicos que seriam necessários para gerir apropriadamente a água sem a ajuda das “gigantes da água”.

O cenário para os conflitos resta formado, o embate da água enquanto bem público e enquanto bem econômico agrava a realidade das diferenças entre a distribuição natural da água pelo planeta e a distribuição política, o que aponta para o conflito entre países que nem mesmo são vizinhos. Ribeiro (2008, p. 151) acrescenta: “Pode-se imaginar uma guerra de conquista por água, em especial pelas potências militares que devem apresentar escassez nas próximas décadas. Seus alvos serão países que possuem estoque hídrico considerável”. O Direito Internacional dispõe dos mecanismos e instrumentos para trabalhar e criar formas de evitar a concretização e os efeitos destes conflitos, as chamadas “guerras por água”. No entanto, a formação de uma política global de gestão da água requer a cooperação dos Estados espalhados pelo globo, é justamente este o cerne das duas próximas seções, avaliar as tentativas e o estado atual deste suposto sistema de regulamentação da gestão da água em nível global, assim como os principais entraves para a sua concretização e eficácia.

4. A ÁGUA E O DIREITO INTERNACIONAL

Tratar especificamente sobre água no direito internacional, de forma a abranger não só países vizinhos, mas reunindo estados de todo o globo, é uma tarefa ainda sem sucesso, o que chega a espantar, quando considerada a relevância da água para a manutenção da vida. Nesta esteira,

Rebouças (2002, p. 690), destacando a situação de desigualdade atual do planeta somada à sujeição do mundo a

catástrofes de natureza ambiental, afirma que chama atenção a falta de gerenciamento da “gota d’água disponível” no planeta e a falta de compromisso na busca por uma forma de garantir mais produtividade com cada vez menos quantidade de água. Granziera (2006, p. 44) também salienta a necessidade da existência de normas de direito internacional que tenham como preocupação e finalidade a garantia da manutenção de um equilíbrio no que diz respeito ao acesso à água e sua conservação, principalmente em quadros de bacias hidrográficas compartilhadas.

Contudo, apesar de a necessidade do estabelecimento de normas globais mais abrangentes, Ribeiro (2008, p. 75) explana sobre como a questão da água, diferentemente de outras questões ambientais, aparentemente não foi capaz de mobilizar as camadas dirigentes dos países o suficiente para levar ao estabelecimento de uma convenção internacional específica sobre gestão de águas. O autor ainda sublinha que, no decorrer da história, houveram tentativas de acordos, mas que poucos foram ratificados em número suficiente para entrar em vigência, uma situação que facilita o surgimento de conflitos e fortalece o comércio internacional indiscriminado de água. Shiva (2006, p. 94) apresenta uma crítica muito forte ao apontar que as leis internacionais atuais e a maioria das leis nacionais não atendem adequadamente aos desafios, sejam eles políticos ou ecológicos, suscitados pelos conflitos por água, ou seja, não existe um arcabouço legal capaz de solucionar tais conflitos. E, como já delineado anteriormente, Ribeiro (2008, p. 75) conclui: “No caso da água, a ausência de regulamentação deve despertar a atenção para países que detêm grande estoque hídrico. Eles podem vir a ser alvo de cobiça

internacional e precisam preparar-se para enfrentar novos desafios”.

O histórico de tentativas de discussão do problema da água em nível internacional está repleto de falhas, mas que também podem ser encaradas como valiosos pontos de partida que não renderam frutos. Reconhece-se que criar uma política global é uma tarefa complicada, visto que a água é um tema multidisciplinar e exige esforços acadêmicos e políticos. Redigir um documento que consiga conciliar a importância da água para a manutenção da vida e a sua visão enquanto bem econômico e que encontre soluções amistosas para os conflitos óbvios de distribuição não é algo que pode ser feito da noite para o dia. No entanto, a imagem passada pelos “esforços” apresenta uma falta de comprometimento que revela motivações egoístas, ou seja, totalmente desalinhadas do ideal de solidariedade ambiental.

Acerca deste histórico, é possível destacar algumas passagens, documentos e reuniões. A primeira passagem, apesar de não tratar de um documento proveniente de uma reunião, é o conflito entre França e Espanha no que diz respeito às águas do Lago Lanoux. De forma simplificada, o conflito tem como cerne o desejo da França de utilizar as águas do lago como fonte de energia, enquanto a Espanha se preocupa com a qualidade e com a quantidade de água que irá receber após a implementação deste novo uso das águas do lago pela França. A sentença arbitral de 1957 decidiu a questão em favor da França, apontando que esta não estaria violando as regras internacionais em vigor ao realizar o desvio das águas do lago para a geração de energia. Entre os

fundamentos da decisão, é possível citar a ausência clara de prejuízos previsíveis para a Espanha, assim como a impossibilidade de golpear tão fortemente a soberania territorial da França ao negar o desvio que seria realizado totalmente em território francês.

O segundo ponto a ser citado é o Regulamento de Uso da Água de Rios Internacionais, resultado de uma reunião realizada na cidade de Helsinque em 1966. Destaca-se deste documento a definição das chamadas “bacias de drenagem internacionais”, basicamente áreas geográficas que abrangem dois ou mais estados, o que já apontava para a necessidade de um gestão cooperativa. A seguir, como terceiro ponto destaca-se a Conferência das Nações Unidas sobre Água de Mar Del Plata, realizada na Argentina em 1977. Em sua análise desta reunião, Ribeiro (2008, p. 78) a considera como ponto de inauguração de um subsistema da ordem ambiental internacional voltado especificamente para os recursos hídricos. Como decorrências da reunião, o autor destaca a difusão da gravidade da crise da água e a consequente criação de diversos ministérios de recursos hídricos em todo o mundo, assim como o estabelecimento de novos programas de pesquisa e de cooperação internacional voltados para o problema da água.

Em seguida a Declaração de Dublin, já citada anteriormente, resultado da Conferência Internacional sobre Água e Meio Ambiente realizada em 1992. Desta declaração, cabe salientar um princípio do seu conteúdo que causou muita polêmica, o princípio de reconhecimento do valor econômico da água. Ribeiro (2008, p. 81), em sua análise do documento, explana os efeitos negativos de dotar a água de uma característica excludente, delimitando o acesso à água somente para aqueles que

possam pagar por ela, com a justificativa de que o uso da coerção pela economia é mais eficaz que tentar educar a população a usar a água de forma responsável. Também de 1992, destaca-se a Convenção Internacional de Cursos D'Água Transfronteiriços e Lagos Internacionais, também conhecida como Convenção de Helsinque (assim como a de 1966), na qual são enfatizados princípios como o da precaução e do poluidor-pagador.

Como sexto ponto é possível citar a Convenção de Regulamentação dos Usos Não-Navegáveis de Cursos D'Água Internacionais de 1997, documento considerado idealista demais por tratar abertamente sobre teorias de soberania, abrindo espaço para um processo evidente de flexibilização, o que, conseqüentemente, acabou diminuindo consideravelmente o interesse de muitos países em ratificá-lo. Ribeiro (2008, p. 99) protesta que “uma convenção idealista que encontre dificuldades em ser ratificada mantém o problema sem solução”. E, por fim, quase como curiosidade, importa citar que a Convenção Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 teve incorporado ao seu texto, em 2002, o direito à água, o que para alguns pode ter significado que novos avanços no âmbito do direito internacional estavam por vir, mas o “vazio” persiste, uma situação que atende aos interesses das “gigantes” que encaram a água somente como uma fonte de riquezas e ajudam a perpetuar e agravar situações de desigualdade.

A solução para evitar o surgimento de conflitos por água e facilitar a solução destes continua sendo a mesma, a criação de uma política global de gestão, mas o histórico de tentativas não é

muito esperançoso. De qualquer forma, os trabalhos neste sentido não podem ser esquecidos ou zerados. Viegas (2005, p. 43) afirma que o panorama de conflitos iminentes “pode muito bem ser revertido se os países firmarem compromissos de redução dos níveis de poluição e de adoção de medidas de recomposição das áreas degradadas, estabelecendo protocolos que constituam verdadeira política mundial de gerenciamento de recursos hídricos”.

Uma observação interessante feita por Petrella (2002, p. 131) é a de que:

a água não pode ser objeto de convenções ou tratados puramente financeiros ou de maior interesse para a Organização Mundial do Comércio, visto que, sobretudo, a água é um bem comum de todo ser humano, devendo, acima de tratados econômicos, ser priorizada a formulação de uma convenção mundial com o objetivo de regulamentar e proteger a água de forma que todos os seus membros restem legalmente obrigados a tanto.

Uma proposta de um Contrato Mundial da Água é apresentada por Petrella (2002, p. 128), trata-se de um instrumento que colocaria os interesses da comunidade global acima de interesses individualizados ou de grupos sociais específicos, tendo como finalidade principal o cultivo da solidariedade entre todas as pessoas quando do acesso à água e utilizando como base a ideia de manutenção da paz por meio da água. A solidariedade como fundamento também é apontada por Wolkmer, Augustin e

Wolkmer (2012, p. 63) quando a colocam como pressuposto para o reconhecimento da água como um bem maior e de toda a humanidade.

Observa-se que as bases de uma possível política global de água são claras (solidariedade, sustentabilidade, água como patrimônio humano). No entanto, também não é difícil perceber qual o principal obstáculo para a concretização desta política: os esforços empreendidos para se proteger um ideal clássico de soberania estatal que quando ameaçado faz com que os estados esqueçam os objetivos iniciais de caráter ecológico e solidário, voltando a colocar interesses egoístas em primeiro lugar, como os de caráter econômico e militar. A necessidade de relativização da soberania estatal clássica a fim de possibilitar a criação de um sistema internacional de regras sobre águas é o núcleo da próxima seção.

5. SOBERANIA ESTATAL EM TEMPOS DE CRISE

A crise ecológica atual e, mais especificamente, a crise da água é um problema que atormenta todo o planeta. Para Petrella (2002, p. 121), esta é uma verdade que não perde força mesmo quando consideradas as diferenças de padrão de vida entre os países, as características de zonas do globo específicas, a composição e a renda dos grupos sociais ou os diferentes usos da água empregados pelo mundo. Segundo o autor, esta homogeneidade da crise da água afeta a sustentabilidade das relações humanas com o meio ambiente, uma vez que é uma crise

que envolve todas as pessoas do mundo e que ninguém pode afirmar que não é afetado pelo problema da água da mesma forma que ninguém pode afirmar que está livre da ameaça nuclear. Bosselmann (2015, p. 21) assevera que “o meio ambiente é o maior unificador da humanidade, ao menos no senso de uma preocupação compartilhada. A proteção ambiental e, por sinal, o princípio da sustentabilidade, são definitivamente desafios globais”. Entra em cena o debate sobre como a ideia de soberania estatal pode atrasar tanto a busca por soluções preventivas e repressivas para conflitos que nascem a partir da crise da água, uma crise global.

Maluf (1995, p. 29) conceitua soberania como “uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder”. Nos termos de Teixeira (2011, p. 69): “O conceito político-jurídico de soberania encontra-se intimamente vinculado à noção de poder político estatal, ou seja, o poder de comando máximo em uma sociedade política”. Para Acquaviva (2010, p. 51), “soberania é o atributo do poder do Estado que o torna independente no plano interno e interdependente no plano externo”. Por último, Miranda (2011, p. 131) destaca “a cumulação da soberania territorial com a supremacia territorial (posse do território): o Estado, senhor do território, exerce, de harmonia com o Direito internacional, um poder geral e efetivo sobre esse território”.

Os conceitos apresentados no parágrafo anterior são considerados clássicos de soberania e evidenciam um elemento fechado e fossilizado. Não é difícil verificar que qualquer conceito clássico do tema não deveria mais encontrar espaço na atualidade, sobretudo quando se discute como amenizar a crise da água.

Bosselmann (2015, p. 192) explica que “a ‘exportação’ de interferências ambientais para o território ‘soberano’ de outros estados é compensada pela ‘importação’ de interferências de outros estados do ambiente em seu próprio território ‘soberano’”, ou seja, tudo aquilo que um estado faz em seu território com consequências ambientais também afeta o território de outros estados e, de forma mais ampla, afeta todo o território planetário, trata-se de uma questão inevitável. Bosselmann (2015, p. 189) conclui: “se é verdade que a territorialidade nacional está em desacordo com a indivisibilidade do meio ambiente global, a única opção que resta é reajustar a ficção legal à realidade ecológica”.

O supracitado necessário ajuste é algo de muito interesse para o Direito Internacional, âmbito que mais tem a ganhar com uma necessária relativização do conceito de soberania, o suficiente para a criação de novas medidas ambientais. Kelsen (1998, p. 545) explica:

A única ordem que se poderia supor como sendo superior à ordem jurídica nacional é a ordem internacional. Assim, a questão de saber se o Estado é soberano ou não coincide com a questão de saber se o Direito internacional é ou não ordem superior ao Direito nacional.

Sobre esta questão, Anjos Filho (2013, p. 139) confirma que a natureza da soberania clássica constitui um verdadeiro entrave para o sucesso das relações e reuniões internacionais, “pois em última e radical interpretação nem mesmo os tratados

internacionais teriam força obrigatória, podendo ser afastados pelo argumento de que a soberania ilimitada do Estado o torna imune até mesmo ao *pacta sunt servanda*". Em outro giro, sobre a posição da ordem internacional, Boson (2011, p. 301) afirma que o direito internacional se faz presente e vigente nos domínios territoriais de cada Estado, diretamente, quando se trata de norma autoaplicável, e, indiretamente, quando seu conteúdo jurídico penetra as Constituições ou outras leis estatais.

Relativização ou flexibilização do conceito clássico de soberania é o nome do processo que precisa ganhar cada vez mais força na atualidade. Figueiredo (2011, p. 510) afirma que "a falência do modelo conceitual clássico de soberania ligado à unidade interna e fechada dos Estados reflete uma imposição da sociedade de risco atual, que, a qualquer momento, pode sofrer as consequências da incerteza ambiental". No mesmo sentido, Teixeira (2011, p. 143) defende que "a soberania entendida como princípio da organização política do Estado se encontra em um processo de perda de extensão, intensidade e capacidade de controle sobre o destino e os propósitos que servem para orientar e agregar os cidadãos de um Estado nacional".

Canotilho (2003, p. 90) enumera como razões para a crise da ideia clássica de unidade política soberana os fenômenos da globalização, da internacionalização e da integração interestatal. Com este mesmo pensamento, Guerra (2016, p. 138) também esclarece que "com as mudanças ocorridas no plano das relações internacionais, a definição de Estado vem sofrendo uma 'mutação', exigindo, portanto, flexibilidade de interpretação no que tange à independência referida na definição de soberania". Sobre o

processo de relativização do conceito de soberania, Teixeira (2011, p. 131) acrescenta que é possível enxergar como seu resultado a transferência de prerrogativas dos Estados para agentes impessoais ou indefinidos, como “mercado internacional” ou “interesses internacionais”, sendo esta uma visão que explica a resistência de muitos estados em aprofundar o processo de flexibilização.

Verifica-se que o processo abordado é algo que só vai seguir em frente e possibilitar a formação de uma política global de gestão da água quando a ideia de solidariedade ambiental global for aceita pelos estados, o que evidenciaria que a única forma de sair da crise é agir de forma cooperativa. Como já foi sublinhado antes, Viegas (2005, p. 42) destaca que “a Terra constitui uma grande porção de área separada politicamente em territórios independentes, mas interligados quando se trata de questões envolvendo a degradação ambiental, que repercute sem respeitar fronteiras”. Portela (2014, p. 447) acrescenta ainda que “uma das mais evidentes características das questões ambientais é a grande capacidade de que problemas no meio ambiente ocorridos em um país gerem desdobramentos em outras partes do mundo ou, inclusive, em escala global”.

Sobre a solidariedade ambiental e o Direito internacional, Soares (2001, p. 892) salienta que a indivisibilidade do meio ambiente passa por cima das fronteiras dos limites físicos entre interno e internacional e, conseqüentemente, todos os assuntos relacionados, incluindo a crise da água, necessitam da cooperação entre política interna e diplomacia entre os Estados. Quanto à negociação de responsabilidades ambientais, Bosselmann (2015, p.

187) afirma que compromissos ambientais não podem ser negociados, mas esta não é a realidade, uma vez que existem muitos acordos que tratam sobre o clima global e outros temas ambientais. No entanto, o autor destaca que tais acordos falham ao validar a soberania dos Estados, uma vez que estes utilizam de uma liberdade sem limites para não se comprometer e não restringir, por exemplo, suas ambições econômicas.

A partir dos argumentos já explorados, é impossível encontrar uma solução para a crise da água sem a criação de uma política global de gestão combinada e formada por instrumentos de cooperação entre Estados, sem que estes se recusem a relativizar a sua soberania estatal em prol do bem ambiental e da manutenção do bem-estar humano. Maliska (2013, p. 117) afirma que a soberania estatal deve ser compreendida a partir de ideais de abertura, cooperação e integração, não sendo mais possível ser entendida como o isolamento dos Estados que apenas se autorreconhecem como sujeitos internacionais, isto é, os Estados fechados devem dar lugar aos Estados constitucionais cooperativos, sujeitos que estão em constante e permanente diálogo no âmbito da comunidade internacional. Figueiredo (2011, p. 506) apresenta as características do Estado constitucional cooperativo: a) abertura para relações internacionais, possibilitando a adoção de medidas no âmbito interno, sobretudo medidas voltadas para os direitos humanos; b) finalidade de realização internacional cooperativa de atividades incluída no texto constitucional; e, c) cooperação internacional com fundamento no ideal de solidariedade estatal. Sobre a solidariedade estatal, Silva (2008, p. 971) exemplifica a sua concretização, ilustrando que uma bacia hidrográfica

compartilhada por vários países, como a Bacia Amazônica, deve ter as águas gerenciadas considerando todos os tipos de usos envolvidos, uma gestão onde todos os atores envolvidos tenham voz e onde a união dessas vozes representem um avanço para a conservação da água.

Por fim, cabe destacar as seguintes palavras de Bosselmann (2015, p. 211), ao tratar sobre a sustentabilidade do uso dos recursos naturais disponibilizados pelo meio ambiente e ao criticar a atitude de alguns Estados que ignoram as leis da física e colocam a soberania como principal razão pela qual uma determinada porção de meio ambiente compõe o seu território: “o ambiente não pertence nem aos Estados, nem à humanidade, mas apenas a si mesmo devido ao seu valor intrínseco. Estados, portanto, não podem reivindicar a soberania ou propriedade sobre o meio ambiente. O ambiente é um privilégio, não um direito”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário da crise ecológica e, em específico, da crise da água ficou evidenciado como inevitável e gritante no mundo atual. É tarde demais para voltar atrás e colocar um freio na corrida pelo desenvolvimento industrial e econômico que custou tanto para o meio ambiente do planeta. A água doce, própria para o consumo, espalhada pela Terra é indiscutivelmente um objeto de urgência e desejo dos Estados e das grandes empresas do ramo, ou seja, interesses de muitas naturezas estão em jogo, o que torna certo o surgimento de conflitos de escala internacional, sobrando para o

Direito internacional a tarefa de encontrar soluções. Mas o problema se torna mais complexo quando os atores dos conflitos são os mesmos que deveriam e devem trabalhar para criar e implementar normas para a solução destes conflitos, tal como um ciclo formado por concessões e decisões que anulam umas às outras.

A necessidade de se criar uma política global de gestão de águas é latente, mas como alcançar este objetivo? Os passos para tanto são evidentes, mas difíceis de serem concretizados. O primeiro deles está no âmbito da disputa entre água como patrimônio da humanidade e a água como bem econômico, como bem que só está disponível para aqueles que podem arcar com os custos colocados pelas diretrizes de mercado. Os benefícios da privatização da água, ou melhor, dos serviços de água, são muitos, mas repassar o controle da água para as mãos das grandes empresas sem critérios é sedimentar situações de desigualdade que não são compatíveis com a relevância do acesso à água como pressuposto vital. A água enquanto bem humano precisa ser vangloriada e defendida, este é o raciocínio mais próximo de uma perspectiva ecológica e de direitos humanos.

O segundo passo está na mudança de pensamento dos dirigentes dos países que estão sempre com um pé atrás quando das tentativas de se estabelecer normas internacionais sobre água. O que existe hoje é o raciocínio enraizado de que as guerras por água são completamente inevitáveis, logo, as atitudes da atualidade devem ser vistas como uma preparação para conflitos futuros. A possibilidade de evitar que tais guerras sequer venham a existir nem mesmo é considerada, por este motivo muitos países preferem não

se comprometer com normas internacionais que podem representar fragilidades em conflitos armados no futuro. É aqui que se faz presente o problema da soberania. Uma soberania estatal absoluta representa força em um conflito com outros países, enquanto abraçar ideais de solidariedade ambiental e de sustentabilidade seria um ato de fraqueza.

A relativização ou flexibilização da soberania estatal em prol da prevenção e resolução de conflitos por água é a melhor forma de se amenizar a crise e evitar a proliferação de conflitos locais e internacionais. O Direito internacional já conta com instrumentos de solução de conflitos de muito sucesso em outros âmbitos, o caminho para o estabelecimento de novos instrumentos na seara ambiental deve ser facilitado. A cooperação, ou o fortalecimento de índoles cooperativas para os Estados, é o melhor atalho para a criação de uma política global de gestão de água que ajude o planeta a garantir o acesso à água a todos os seres humanos, evitando conflitos por água que podem acabar delapidando o estoque de água doce restante ou destruindo a qualidade deste.

REFERÊNCIAS

ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. **Teoria geral do Estado**. 3. ed. Barueri: Manole, 2010.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

BOSON, Gerson de Britto Mello. Conceituação Jurídica da Soberania do Estado. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto. (Org.). **Direito constitucional: teoria geral do Estado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 (Edições especiais: Revista dos Tribunais 100 Anos).

BOSELTMANN, Klaus. **O princípio da sustentabilidade: transformando direito e governança**. Tradução: Phillip Gil França. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. 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. In: **Diário Oficial da União**, 02 set. 1981.

_____. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos. In: **Diário Oficial da União**, 09 jan. 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

FIGUEIREDO, Luciana Monduzzi. O Direito Internacional do Meio Ambiente sob a perspectiva do Estado Constitucional

Cooperativo: Um Diálogo Necessário. In: MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. (Org.). **O novo direito internacional do meio ambiente**. Curitiba: Juruá, 2011.

FONSECA, Ozorio J. M. **Pensando a Amazônia**. Manaus: Valer, 2011.

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

GUERRA, Sidney. *Curso de Direito internacional público*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao artigo 1.º, I. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo/Porto: Saraiva/Almedina, 2013.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do Estado**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PETRELLA, Riccardo. **O Manifesto da água: argumentos para um contrato mundial**. Tradução: Vera Lúcia Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 2002.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado**. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

REBOUÇAS, Aldo da C. Aspectos Relevantes do Problema da Água. In: REBOUÇAS, Aldo da Cunha; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia. (Org.). **Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação**. 2. ed. São Paulo: Escrituras, 2002.

RIBEIRO, Wagner Costa. **Geografia política da água**. São Paulo: Annablume, 2008.

SHIVA, Vandana. **Guerras por água: privatização, poluição e lucro**. São Paulo: Radical Livros, 2006.

SILVA, Solange Teles da. Proteção internacional das águas continentais: a caminho de uma gestão solidária das águas. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 16., 2007, Belo Horizonte. **Anais do XVI Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008. p. 957-973.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades**. São Paulo: Atlas, 2001.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

VIEGAS, Eduardo Coral. **Visão jurídica da água**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima S. O “Novo” Direito à Água no

Constitucionalismo da América Latina. In: WOLKMER, Maria de Fátima S.; MELO, Milena Petters. (Org.). **Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares**. Caxias do Sul: Educs, 2012.

WOLKMER, Maria de Fátima S.; WOLKMER, Antonio Carlos. O Desafio Ético da Água: De Necessidade Básica à Direito Humano. In: WOLKMER, Maria de Fátima S.; MELO, Milena Petters. (Org.). **Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares**. Caxias do Sul: Educs, 2012.

RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS COMPANHIAS
TRANSNACIONAIS ENQUANTO PARADIGMA DE
PROTEÇÃO DA CONDIÇÃO HUMANA

SOCIAL RESPONSIBILITY OF TRANSNATIONAL
COMPANIES AS A PARADIGM FOR PROTECTING
HUMAN CONDITION

Marcelo Benacchio¹

Jeferson Sousa Oliveira²

RESUMO: Com a presença das companhias transnacionais em diversos países, muito tem se questionado quanto à amplitude de sua responsabilidade social, notadamente em Estados não desenvolvidos, onde vários direitos têm sido gradativamente sobrepostos por interesses econômicos, sacrificando inclusive o meio ambiente, elemento essencial à vida no planeta. Assim, o estudo faz ponderações quanto ao respeito aos valores humanos em detrimento dos interesses puramente econômicos da atualidade. Utilizou-se, o método hipotético-dedutivo, a partir de revisão bibliográfica. Concluiu-se que combater as inúmeras violações a direitos praticadas pelas companhias é uma necessidade

¹ Doutor e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Professor permanente do Mestrado em Direito e da Graduação da Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Professor Titular de Direito Civil da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Juiz de Direito em São Paulo.

² Mestrando em Direito pela Universidade Nove de Julho (UNINOVE). Especialista em Direito Tributário pelo Complexo Educacional das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Pesquisador bolsista do Programa de Suporte à Pós-Graduação de Instituições de Ensino Particulares (PROSUP).

imediate, cujo intuito é garantir o bem-estare a dignidade daqueles que habitam os Estados não desenvolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas Transnacionais; Direito Econômico; Direitos Humanos; Direito Ambiental; Estado.

ABSTRACT: With the presence of transnational companies in several countries, much has been questioned about the extent of their social responsibility, notably in undeveloped states, where a range of rights have been gradually overlapped by economic interests, sacrificing even the environment, an essential element to life on the planet. Thus, the essay talks about the respect to human values to the detriment of the purely economic interests of the present time. The hypothetical-deductive method was used, based on a bibliographic review. It was concluded that combating the numerous violations of rights practiced by the companies is an immediate necessity, which is intended to guarantee the well-being and dignity of those who live in undeveloped States.

KEYWORDS: Transnational Companies; Economic Law; Human Rights; Environmental Law; Rule of Law State.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Globalização e o transnacionalismo das companhias modernas.

3. A atuação das transnacionais na defesa de seus interesses.

4. Responsabilidade social das transnacionais e a proteção da dignidade humana.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

Com o avançar dos séculos, a humanidade passou por diversas transformações moldando seus valores e a forma de relacionamento entre os seres humanos, o que culminaria, ante o desenvolvimento tecnológico, com a integração internacional de milhares de pessoas e o surgimento de grandes empreendimentos comerciais por todo o planeta.

Tais empreendimentos começaram a ganhar maior notoriedade a partir da década de 1990, quando se iniciou uma nova tendência comercial que acompanhou a globalização, a transnacionalização das empresas.

Esse modelo de gestão empresarial buscou alcançar melhores condições operacionais para as companhias, acarretando aumento do seu lucro e o conseqüente ganho de influenciapolítica.

No entanto, o principal alvo das transnacionais foram os países não desenvolvidos, devido a maior fragilidade de seu sistema normativo, falhas fiscalizatórias, entre outros fatores que permitiram as empresas sobrepor seus interesses aos do Estado, ensejando assim, inúmeras violações aos direitos e garantias fundamentais, em especial ao meio ambiente, haja vista sua relação direta com o sistema produtivo através da extração de recursos naturais.

Os danos causados à sociedade em decorrência da atividade das transnacionais, em muitos casos, são irreversíveis, notadamente os lesivos ao meio ambiente e as relações laborais, deixando os Estados não desenvolvidos em uma situação delicada

ante a sua dependência às companhias, o que tem aumentado o número de questionamentos a respeito da responsabilidade social dessas nos locais onde atuam.

Destarte, conscientizar a população, os acionistas e gestores empresariais, bem como os líderes políticos dos Estados, tornou-se uma necessidade imediata, haja vista que o sacrifício de direitos sociais afeta negativamente milhões de pessoas ao redor do planeta, privando-os do desenvolvimento e da manutenção de sua dignidade.

Com isso, o presente trabalho objetiva contribuir com as discussões sobre o tema, de modo que se acredita que o acúmulo de capital não deve ser tido como um fim em si, mas um instrumento para efetivar políticas de proteção e desenvolvimento social nos países menos abastados, notadamente nas localidades atingidas por problemas sociais e ambientais decorrentes da atuação das companhias transnacionais.

Com isso, busca-se ainda, reafirmar valores humanos na tentativa de contribuir com a conscientização quanto à necessidade de adoção de um modelo econômico mais humanizado, na tentativa de preservar o bem-estar de diferentes povos.

Para tanto, será utilizado com metodologia a análise bibliográfica a partir do modelo metodológico hipotético-dedutivo, bem como do estudo de elementos históricos e normativos, com o intuito de facilitar a compreensão quanto à extensão e complexidade do tema tratado.

2. GLOBALIZAÇÃO E O TRANSNACIONALISMO DAS COMPANHIAS MODERNAS

Nas últimas décadas o mundo vivenciou diversas mudanças que alteraram significativamente a maneira com a qual os povos se relacionam, implicando na emergência de um novo contexto político, econômico e social.

Como é de se imaginar, tais mudanças são fruto de importantes passagens da história humana, direta e indiretamente relacionadas com a exploração da atividade econômica por aqueles que detinham à época a propriedade dos meios de produção.

Ante o advento do iluminismo e o fim de uma Era marcada pelos monarcas, pôde-se vislumbrar a ascensão de inúmeras empresas nos diversos Estados europeus, notadamente na Inglaterra, o que implicaria posteriormente na Revolução Industrial devido à maneira desumana que os funcionários das inúmeras fábricas estavam sendo explorados.

Não se deve olvidar que nessa época os Direitos Humanos, como se conhece atualmente, estavam em fase de formação, motivo que assentou maior destaque histórico a este importante evento.

No mais, o acelerado nível de produção fez com que o mundo moderno iniciasse seu trajeto rumo à globalização, demandando novos meios de escoamento da produção e o ganho de novos mercados.

Anos mais tarde, já na década de 1990, o processo de integração entre os povos se tornou mais latente devido à difusão a

internet entre a sociedade civil, inaugurando uma nova fase nas relações políticas, econômicas e sociais.

A esse crescente estado de integração entre povos, convencionou-se chamar de globalização. Desde então, gradativamente as relações comerciais tem se intensificado, pautando-se primordialmente na transferência de bens, capital e mão-de-obra (WEINSTEIN, 2005).

Atentas as novas tendências negociais diversas companhias investiram na transnacionalização de sua atividade visando explorar mercados emergentes na nova conjuntura mundial, a qual passaram a estar mais conectadas, garantindo assim, melhor gestão de suas filiais e assimetria em suas políticas.

“Como prueba de ello, valgan estos datos del World Investment Report de la ONU del año 2000: en el mundo operan un total de 63.000 empresas multinacionales que tienen 800.000 filiales y puponen conjuntamente el 35 por 100 del PIB mundial.” (SANTONJA, 2009, p. 39)

Diversas empresas, por vezes dotadas de apoio financeiro do seu Estado de origem, cresceram rapidamente, ganhando força política suficiente para negociar com diferentes Estados os termos de sua alocação, quase sempre em condições de igualdade ou até mesmo de superioridade na prevalência de interesses.

Como assinala Antoni Verger (2003), as corporações transnacionais são uma das formas mais desenvolvidas de organização capitalista, concentrando grande poder. Essas empresas não são novos empreendimentos, mas empresas que se consolidaram ao longo de muitos anos, acumulando conhecimento

e tecnologia. Além disso, ao agir contrariamente à ideia de livre comércio, as grandes transnacionais conseguiram concentrar poder e dinheiro graças ao protecionismo estatal.

O referido autor expõe ainda que dentre os diversos motivos que levam uma companhia a se tornar uma transnacional, estão a possibilidade de conquistar novos mercados; dispor de matérias-primas locais, bem como do baixo custo da mão-de-obra; o investimento financeiro dado pelo Estado anfitrião e a especialização de cada unidade da companhia, seguindo um modelo de gestão comumente adotado na atualidade.

A força política das companhias transnacionais, advinda do seu poderio econômico, despertou o interesse de muitos países, principalmente daqueles menos abastados, envoltos na esperança de que tais empresas os auxiliassem no desenvolvimento de seu povo, mesmo que indiretamente.

“Desta forma, as companhias passam a ditar as regras da atividade econômica em países não desenvolvidos e, que por vezes, dependem da presença daquelas para gerar um mínimo de renda e empregos.” (OLIVEIRA e BENACCHIO, 2017, p. 81)

Ocorre que tais instituições, por adotarem um posicionamento alheio aos interesses estatais, optaram por negligenciar na execução de um modelo de gestão voltado aos fins sociais e ao bem-estar coletivo, haja vista sua essência estar baseada no mero acúmulo de capital e na divisão deste com seus investidores.

Como é de se esperar, isso gerou certo descontentamento por parte dos governos anfitriões ao notarem a ausência de

desenvolvimento, e em certos casos, um agravamento das condições a que seu povo estava submetido.

“Em anos recentes, a América Latina e a Rússia também ficaram desapontadas com a globalização. Elas abriram seus mercados, mas a globalização não cumpriu suas promessas, especialmente para os pobres.” (STIGLITZ, 2007, p. 71-72)

Vislumbrando tal situação, ao longo dos anos, diversos grupos ao redor do mundo, conectados através de mídias sociais, passaram a divulgar notícias e discutir sobre a atuação das transnacionais, em especial nas violações a direitos ocorridas em países mais pobres, o que refletiu diretamente na imagem de muitas empresas, causando-lhes abalos econômicos de milhões de dólares, tanto em receita quanto no valor de seus ativos financeiros negociados no mercado de capitais.

Tal situação é capaz de demonstrar que os agentes exploradores da atividade econômica ao redor do mundo passaram a estar sendo vigiados por aqueles que consomem seus produtos e utilizam seus serviços, inaugurando uma nova tendência de controle sobre as atividades das companhias, principalmente porque “[...] a pobreza no mundo em desenvolvimento aumentou nas duas últimas décadas.” (STIGLITZ, 2017, p.71).

Assim, tem-se que houve a consolidação de uma sociedade civil global, mais preocupada com os fins da atividade econômica no mundo, a partir de um posicionamento mais crítico, sem que isso desvirtue outras formas de atuação na busca pela proteção social.

Com isso, mesmo que as companhias transnacionais sejam autênticos frutos da globalização econômica, a sociedade, pautada no maior acesso à informação, surge como agente fiscalizador das condutas empresariais, assim como exige cada vez mais que o Estado atenda a seus anseios, o que tem ganhado destaque desde o advento da segunda dimensão de Direitos Humanos.

Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que o Estado possui um papel de destaque no cenário comercial moderno, pois além de atuar diretamente como agente econômico, muitos países dependem diretamente da atividade exercida pelas empresas privadas, o que os condicionam, em certos casos, aos caprichos dessas.

Destarte, diversos governos se veem em meio ao impasse gerado entre os interesses das companhias – requerendo maiores benesses de diferentes naturezas – e as exigências coletivas na busca por justiça social e uma melhor qualidade de vida.

3. A ATUAÇÃO DAS TRANSNACIONAIS NA DEFESA DE SEUS INTERESSES

As companhias transnacionais sempre se pautaram em diversos fatores para selecionar os países nos quais se alocaram, tais como estudos sobre os custos da mão de obra, insumos e o retorno financeiro estimado.

Tais instrumentos continuam sendo utilizados diariamente, pois a atividade comercial moderna exige uma grande atenção das empresas, assim como a mobilidade de suas unidades,

a fim de se manterem presentes no concorrido cenário econômico mundial (BAUMAN, 1999).

No entanto isso não basta para as transnacionais, pois as mesmas buscam também adquirir poder político nos países onde visam se estabelecer, de modo a facilitar a sua atuação, e em certos casos, influenciar os governos a tolerarem determinadas condutas violadoras de direitos e garantias fundamentais.

Estados não desenvolvidos ganharam a atenção de companhias internacionais devido às inúmeras carências que esses possuem. Pautadas nessas fragilidades, as empresas se valem, por vezes, da corrupção para alcançar seus interesses e expandir sua influência na região onde estão alocadas.

Una de las cuestiones más preocupantes de la corrupción es que **afecta todo a la población más empobrecida, em concreto a aquella que vive en los países del Sur**. Esto ocurre porque el dinero que podría haber sido invertido en servicios para el bienestar de la población, se gasta en lucrativas comisiones o en proyectos que benefician, sobre todo, a los gobernantes de estos países y a los inversores extranjeros. (VERGER, 2003, p.45, grifos do autor).

Desta forma, as companhias adentram ao território desses países coma promessa de criação de novos postos laborais e uma nova fonte de arrecadação tributária, constituindo-se em um agente capaz de auxiliar no desenvolvimento local.

Entretanto, cada vez mais a atuação das companhias tem se distanciado do modelo esperado pelo Estado anfitrião, pois com a célere mobilidade comercial, múltiplas empresas menores acabam sendo afetadas negativamente pela presença daquelas de maior porte, desestabilizando a concorrência na região e submetendo centenas de pessoas a novas condições de labor por medo de serem atingidas pelo desemprego.

No mais, com o aumento das relações comerciais via *internet* e a terceirização da mão de obra, milhares de trabalhadores ao redor do mundo se viram prejudicados pelas demissões em massa, afastando assim uma das funções esperadas pelo Estado quanto ao ingresso das companhias em seu território.

Esse modelo de gestão ascende consideravelmente o número de famílias afetadas pela pobreza decorrente da falta de oportunidades laborais, implicando em certos casos, na migração destas para outras regiões.

Esse problema torna-se ainda maior quando se tem que “[...] más de dos terceras partes de los habitantes del planeta han de subsistir con menos de dos dólares al día (la mitad de ellos con menos de un dólar diario).” (SANTONJA, 2009, p. 34)

Como se isso não bastasse, os Estados têm deixado de arrecadar milhões de dólares anualmente devido ao planejamento tributário das transnacionais, considerado em muitos casos uma medida agressiva, ultrapassando os limites legais e morais.

Internacionalmente, esse fator ganhou destaque nos últimos anos por conta dos estudos e mobilização da comunidade internacional encabeçada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (*Organisation for*

Economic Co-operation and Development– OECD), almejando combater a erosão da base tributável e transferência de lucros (*Base Erosion and Profit Shifting*– BEPS)³.

Embora as multinacionais clamem por cooperação na elaboração de normas internacionais para minorar a bitributação decorrente de divergências nas legislações nacionais, essas mesmas empresas não raro valem-se dessas discrepâncias para recolher menos impostos ou simplesmente não pagar nada. (OECD, 2013, p. 7-8)

Internamente, quando incorrem nos fatos geradores dos diversos tributos nacionais, as companhias optam por adotar meios de discutir o referido encargo judicial e extrajudicialmente, visando postergar tal dispêndio, o que gera danos severos ao erário do Estado, pois, este deixa de possuir condições de financiar suas políticas, possuindo apenas mera expectativa de percepção de tais recursos.

Isso acaba impactando na população, porquanto muitas políticas sociais acabam sendo restringidas a determinadas categorias de pessoas ou contingenciadas na tentativa de

³ Versando sobre os problemas com a tributação, o Information Brief publicado pela OCDE dispõe que “research undertaken since 2013 confirms the potential magnitude of the BEPS problem, with estimates indicating annual losses of anywhere from 4-10% of global corporate income tax (CIT) revenues, i.e. USD 100 to 240 billion annually. In developing countries, where reliance on corporate tax as a source of revenue is generally higher than in developed countries, the potential impacts are particularly stark.” (OECD, 2015, p. 3)

redirecionar os escassos recursos a programas de saúde, educação e assistência social, tidos como prioridades em muitos países.

Esses não são os únicos efeitos aos quais a sociedade e o Estado estão submetidos em decorrência da atuação das companhias transnacionais, havendo ainda violações de natureza consumerista e ambiental.

As primeiras ocorrem quando as companhias, visando incentivar o consumo a qualquer custo, exploram as fragilidades de determinados grupos sociais, principalmente daqueles mais vulneráveis, como idosos e crianças.

Não apenas os atos negociais, mas também a publicidade emanada das companhias merece destaque, vez que são consideravelmente capazes de induzir nas ações de seu público alvo, criando em muitos casos, a ideologização do consumo, ou seja, o surgimento de supostas essencialidades verdadeiramente desnecessárias. (STEFANIAK, 2016)

Assim, o impacto causado por alguns meios de publicidade requer, em certos casos, a adoção de um posicionamento estatal ativo, visando regular o alcance de determinadas informações na tentativa de proteger grupos sociais sujeitos a sofrerem maior influência publicitária, de modo que tais pessoas não acabem tendo seu sustento comprometido ou sejam lançadas ao rol de inadimplentes.

Contudo, a elevação do consumo está diretamente relacionada a questões ambientais, haja vista a produção de bens e prestação de serviços demandar a extração e utilização de recursos naturais advindos de diferentes regiões do planeta.

Assim, um dos motivos que levam as empresas transnacionais a migrarem rumo a Estados não desenvolvidos é a fragilidade do seu sistema legal, o que possibilita maior degradação do meio ambiente e menor responsabilização do agente degradador.⁴

Visando se contrapor a todos esses pontos negativos, que somados a muitos outros não citados, são capazes de exercer forte influência negativa sobre a maneira com a qual as companhias são vistas por seus *stakeholders*, muitas empresas têm adotado um modelo de gestão mais preocupado com o bem-estar coletivo.

Esse modelo de gestão empresarial mais preocupado com o bem-estar social é, em muitos casos, utilizado como instrumento de promoção da companhia visando destacá-la perante os seus concorrentes, sem que tal preocupação componha os reais valores das transnacionais.

Essa gestão que dissimula seus reais interesses é tida como uma estratégia de *marketing* social (CUNHA e DOMINGOS, 2011, p. 152-153), ou seja, consiste em atos que visam ser apresentados à coletividade com intuito de demonstrar valores que beneficiam o meio no qual as companhias estão inseridas, mas que realmente não compõem sua cultura empresarial.

⁴ Um grande problema com relação à responsabilização por danos ambientais recai sobre a recuperação da área degradada, pois embora essa seja preferível, em considerável parcela dos casos isso demonstra ser algo impossível de se realizar, restando ao Poder Público apenas imputar ao agente degradador uma prestação pecuniária cujo valor se aproxime daquele necessário a uma suposta reparação às vítimas do incidente. (ATALLA e RIBEIRO, 2017)

Atualmente o *marketing* social tem seu destaque em ações que visam preservar o meio ambiente, notadamente através do uso de certificações verdes, além de outras como as promovidas pela Organização Internacional de Normalização (*International Organization for Standardization*–ISO).

Cumpra esclarecer que esse modelo de gestão não é regra, mas sim uma exceção, pois diversas companhias ainda detêm o lucro como um fim em si, um objetivo a ser conquistado mesmo com o sacrifício de direitos e garantias sociais nacional ou internacionalmente reconhecidos.

A partir desses tipos de condutas, conforme preconiza Max Weber (2004), entende-se que cada vez mais auferir lucro tem sido encarado como o objetivo final do exercício da atividade econômica pelo mundo, distanciando-se da promoção do bem-estar coletivo e do desenvolvimento social.

Sob essa óptica, atualmente as pessoas costumam relacionar o ganho de capital com a posterior capacidade de consumo, ou seja, conseguir mais para gastar mais. No entanto, essa filosofia apenas mantém ou agrava a já fragilizada situação daqueles que vivem em países pautados meramente pelo desenvolvimento econômico sem considerar a preservação do ecossistema.

Ante toda a influência do capital na sociedade moderna, preconiza Jose Renato Nalini, que isso ocorre porque “o dinheiro anestesia a consciência. Em nome dele, tudo se legitima.” (2015, p. 11).

Destarte, indaga-se se de fato as companhias transnacionais têm agido de forma a contribuir com o meio no qual

se fazem presentes, principalmente considerando todo o dano causado em virtude da atividade por elas desempenhada.

A resposta é negativa, sobretudo ao se considerar que grande parte da riqueza produzida no mundo a elas pertence. Assim, além de não contribuírem com o desenvolvimento dos Estados, acabam por violarem direta e indiretamente diversos aspectos da dignidade humana, seguindo um modelo de gestão economicamente desumanizado.

Por isso, um número crescente de pessoas tem questionado os limites da atuação das companhias transnacionais, assim como a amplitude de sua responsabilidade para com o meio no qual se fazem presentes, em especial, devido à larga exploração de recursos naturais e da mão de obra local, sem qualquer comprometimento em sanar os danos causados no exercício da atividade econômica.

4. RESPONSABILIDADE SOCIAL DAS TRANSNACIONAIS E A PROTEÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA

Em diversos países a dignidade humana é entendida como uma característica inata a todas as pessoas, o que contribuiu para diversas discussões envolvendo os limites da responsabilidade social das companhias transnacionais.

Com isso, tal discussão tomou proporções que lhe deram ampla notoriedade, haja vista sua interrelação com os interesses próprios do capitalismo. Conforme destaca Aldo Olcese Santonja (2009, p. 27), “el modelo capitalista y la Responsabilidad Social de

la Empresa (RSE), también llamada Responsabilidad Corporativa (RC), está en el centro del debate económico, social y político en todo el mundo desarrollado.”

Ao decorrer dos últimos anos, os debates relacionados à responsabilidade das companhias tem tomado por base os aspectos que cercam o ambiente de atuação das transnacionais, principalmente porque estas conduzem sua atividade com o consumo de recursos regionais, sem que com isso, adotem medidas de contrapartida que beneficiem à coletividade, criando uma disparidade na justiça social, o que pode gerar questionamentos e manifestações contrárias à sua presença no território de um Estado.

Tais questionamentos emergem ante a contraposição entre os ideais liberalistas e os anseios sociais por proteção frente ao abuso do poder econômico das empresas transnacionais, em especial, nos países não desenvolvidos.

La empresa es, sin duda, una de las instituciones sociales más importantes y con un mayor poder de influir, positiva o no tan positivamente, en el sistema económico, natural y social. En este sentido, no cabe duda de que sobre la empresa recae parte de la responsabilidad de la situación actual de dicho sistema. (SANTONJA, 2009, p. 35-36)

O abuso do poder econômico pelas corporações transnacionais é capaz de oprimir as reivindicações daqueles que não têm meios de prover sua subsistência de forma autônoma,

existindo apenas uma opção, aceitar as condições e os interesses daqueles que são os donos do capital.

Sobre essa condição, Joseph E. Stiglitz (2007, p. 72-73) aponta que “os pobres têm poucas oportunidades para se manifestar. Quando falam, ninguém escuta; quando alguém escuta, a resposta é que nada pode ser feito; quando lhes dizem que algo pode ser feito, isso nunca acontece.”

Inegavelmente, muitas transnacionais ainda se pautam em uma filosofia empresarial antiga, construída com base no capitalismo liberal idealizado por Adam Smith em *A Riqueza das Nações*, publicado em 1776 e republicado até os dias atuais, na qual se acredita que o desenvolvimento da região advém naturalmente com o exercício de sua atividade típica.

No entanto, essa nova tendência, filiada à adoção de medidas ativas por parte das companhias na promoção do bem-estar social, emergiu juntamente com a globalização, pois com o maior acesso às informações, logo tornou-se perceptível sua capacidade financeira e a dimensão dos danos por elas causados na constante tentativa de acumular capital.

Como referido, a função social está fundada basicamente no respeito à dignidade humana, uma condição inata a todas as pessoas no planeta, reconhecida a partir da evolução histórica dos Direitos Humanos. Isso torna a função social algo bastante amplo, possuindo segmentos de diversas naturezas.

Assim, ante o modelo de atuação empresarial descompromissado com o bem-estar social, inúmeros países passaram a prever princípios e normas constitucionais

einfraconstitucionais visando ampliar o dirigismo estatal frente à atuação das empresas no cenário econômico interno, sem que isso inviabilize as relações comerciais ou ceda espaço para a sobreposição de interesses das companhias em detrimento dos interesses coletivos.

No entanto, os Estados não desenvolvidos têm encontrado dificuldades em conciliar ambos os interesses, ainda mais quando se veem sem os recursos financeiros necessários, não restando outra opção senão contar com a voluntariedade das empresas no auxílio à promoção de suas políticas públicas de cunho social.

Grande parte das transnacionais, por possuírem uma economia consolidada, com receita anual maior do que a de muitos países (SANTONJA, 2009), detêm sob a perspectiva moderna da função social, uma significativa responsabilidade na promoção do bem-estar coletivo, vez que são capazes de contribuir com a evolução tecnológica de um país, além de viabilizar a cessão de parte de sua experiência adquirida ao redor do mundo, as tornando excelentes instrumentos de desenvolvimento nacional.

Buscar o desenvolvimento tecnológico e educacional é algo de significativa importância para os Estados não desenvolvidos, pois tornar seu povo autossuficiente tecnologicamente e educacionalmente representa romper com a relação de dependência destes e os países já desenvolvidos (GRAU, 2015).

Isso auxilia também na consolidação de empresas nacionais no cenário econômico internacional, permitindo que as mesmas atuem em condições de igualdade com as já consolidadas transnacionais.

Outro ponto importante é a defesa do meio ambiente, vez que constantemente há notícias a respeito da deterioração da qualidade ambiental no planeta em decorrência do aquecimento global, dos buracos na camada de ozônio, do efeito estufa, entre outros problemas naturais causados pelo homem.

A degradação ambiental não é um problema exclusivo dos países não desenvolvidos, mas seus efeitos são sentidos principalmente por estes, pois como referido, a legislação lacunosa e a fiscalização deficitária possibilitam maiores danos ao ecossistema.

Permitir que o meio ambiente seja sacrificado em prol do mero acúmulo de capital nada mais é do que negar os ideais de desenvolvimento econômico sustentável, violando seu aspecto social e ambiental, retornando o mercado aos seus primórdios liberais.

É importante destacar ainda que a proteção à dignidade humana deve ser observada também nas relações civis e consumeristas, impedindo assim que milhares de pessoas se submetam aos caprichos das companhias ante as suas práticas comerciais abusivas.

A proteção civil e consumerista não deve se ater apenas à iniciativa do Estado, a partir da atividade de regulação do mercado, mas também das próprias companhias, ensejando o que a doutrina costuma chamar de eficácia horizontal dos Direitos Humanos (SARMENTO, 2008). Ou seja, os Direitos Humanos devem ser dotados de uma base protetiva tanto nas relações entre Estado e

cidadão (eficácia vertical), quanto nas relações entre entes da iniciativa privada (eficácia horizontal).

As relações laborais não são exceção à regra, pois a disparidade negocial entre empregadores e empregados também deve ser levada em consideração. Não é incomum encontrar notícias de companhias que exploram a mão de obra de centenas de pessoas, em sua grande maioria, em países não desenvolvidos, submetendo diversos trabalhadores a condições de escravidão ou análogas a esta.

Mesmo em países onde existem normas protetivas positivadas é possível encontrar polos regionais onde a fiscalização estatal se mostra ineficiente, ensejando uma gama de violações a direitos internacionalmente reconhecidos.

Esse tipo de conduta empresarial consiste claramente em violações aos Direitos Humanos, promovida exclusivamente na defesa de interesses econômicos, subjugando o ser humano a mera condição de insumo, facilmente substituível em outras partes do globo.

Segundo Joseph E. Stiglitz (2007) a globalização não cumpriu o que prometeu, vez que trouxe injustiças à sociedade e colocou valores materiais acima de valores humanos, como a proteção ao meio ambiente e a vida. Com isso, a ascensão da pobreza nas últimas décadas pôde ser sentida principalmente nos países menos desenvolvidos da América Latina.

Considerando a América do Sul, o Brasil enquanto potência regional, buscou combater os abusos ao poder econômico praticados pelas companhias atuantes em seu território a partir da

positivação de princípios regentes da ordem econômica em sua Constituição Federal, datada de 1988.

O artigo 170 do referido diploma elencou dentre seus princípios a observância à função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente a fim assegurar a todos uma existência digna.

Isso demonstrou certo dirigismo político sobre as atividades econômicas desenvolvidas no país, notadamente na tentativa de alcançar seus objetivos (artigo 3º), dentre eles, a erradicação da pobreza e a busca pelo desenvolvimento nacional.

Cumprir esclarecer ainda, que a Constituição Federal brasileira adotou a dignidade humana como um dos fundamentos da República (artigo 1º, III), visando ratificar seu posicionamento humanista quanto ao planejamento e execução das políticas gerenciais no país.

Não se distanciando da preocupação em manter a dignidade humana frente à exploração da atividade econômica, a Constituição Mexicana de 1917, também demonstrou interesse em buscar o desenvolvimento nacional a partir de um viés sustentável, de modo que seja possível o pleno exercício da liberdade e da dignidade das pessoas a partir da justa distribuição de renda, manutenção do emprego e da competitividade de mercado (artigo 25).

Assim como o Brasil, o México demonstra certo dirigismo político da ordem econômica, vez que imputa ao Estado o dever de planejar, conduzir e orientar a atividade econômica nacional, regulando aquelas de interesse coletivo.

A Constituição Mexicana é expressa em reconhecer – ainda no artigo supra citado – que o desenvolvimento nacional está condicionado à responsabilidade social do setor público, do setor social e do setor privado, sem desconsiderar outras atividades econômicas que contribuam para o desenvolvimento da nação.

Já no plano do direito internacional, outro motivo de grande discussão é a ausência de normatização que regule o exercício da atividade das transnacionais de maneira comum nos diferentes países, havendo apenas códigos de ética facultativamente seguidos pelas companhias, sem a tipificação de qualquer sanção pelas práticas violadoras a direitos sociais.

Por outro lado, a União Europeia, na década de 1990, publicou uma Resolução que dispõe sobre normas de conduta para as empresas europeias que operam nos países em desenvolvimento, visando instituir um Código de Conduta Europeu (UNIÃO EUROPEIA, 1999). Ocorre que instituir um código internacional para esse fim é algo bastante complexo, o que resultou em meras recomendações às transnacionais.

É almejando acabar com esse tipo de situação, que cada vez mais se tem buscado meios de conscientizar a sociedade, os governantes e aqueles que detêm o poder de influir na tomada de decisões das grandes companhias, buscando com isso, construir um modelo econômico mais humanizado, sem que a dignidade humana seja sacrificada em prol do acúmulo de capital.

A já fragilizada proteção aos Direitos Humanos nos países não desenvolvidos deve ser complementada pela adoção de boas condutas por parte das empresas transnacionais, de modo a não

violarem a dignidade da pessoa humana, repercutindo na proteção de seus próprios funcionários.

Assim, defende-se que a atuação das companhias transnacionais em países não desenvolvidos, propriamente no exercício de sua atividade econômica ou não, necessita imediatamente de mudanças, moldando-se em um paradigma humanista, pautado no respeito à dignidade de cada indivíduo, não apenas por meio da melhor distribuição de renda, mas também pela preservação dos recursos naturais, sem deixar de lado os ideais de desenvolvimento sustentável ou outros elementos capazes de propiciar melhorias na qualidade de vida das pessoas.

Contudo, caso inexistam mudanças, tem-se que a humanidade caminhará rumo à total destruição do meio ambiente, deixando às gerações seguintes apenas resquícios de uma sociedade pautada em um progresso econômico irresponsável, cujo sacrifício do planeta e a degradação da qualidade de vida foram o preço pago na busca desenfreada pelo acúmulo de capital.

Por fim, cabe esclarecer que não se busca converter as companhias transnacionais em entidades beneficentes, mas apenas incentivar a adoção de um modelo de gestão empresarial mais preocupado com o bem-estar coletivo, sem que o acúmulo de riqueza seja entendido como um fim em si, mas apenas um instrumento para a promoção do desenvolvimento social nos países menos abastados.

Desta maneira, entende-se que tais companhias, mesmo agindo em benefício da coletividade em algumas situações, podem atuar com maior amplitude e efetividade, de modo a melhor

conduzir o desenvolvimento social no meio que as cercam, impedindo a ocorrência de violações a direitos fundamentais, bem como auxiliando o Estado na implementação de suas políticas econômicas voltadas à promoção do bem-estare da manutenção da dignidade daqueles que habitam seu território.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como aduzido, aos longos das décadas, a humanidade passou por diversas mudanças na maneira de se relacionar com outros povos, de forma a moldar o que se chamaria posteriormente de globalização.

Com o advento das empresas após o fim da Era dos monarcas e a consequente exploração dos trabalhadores, começou-se a questionar a real finalidade do capital e a verdadeira função social das empresas, em virtude da degradação trazida por essas.

À medida que os meios de comunicação e transporte evoluíram as relações entre os seres humanos e suas sociedades se intensificou a uma velocidade nunca antes vislumbrada, atingindo seu ápice com o advento da *internet* na década de 1990.

Visando acompanhar as tendências de mercado, muitas companhias transnacionalizaram suas atividades com a ajuda de recursos financeiros provenientes dos seus Estados de origem, alocando-as no competitivo cenário econômico internacional.

Dentre os motivos que as levaram a adotar tal postura, estão a possibilidade de explorar matéria prima local e valer-se da barata mão-de-obra nos Estados não desenvolvidos, fato este que os tornou alvo das companhias transnacionais.

Com poder econômico, logo as companhias optaram por conquistar poder político, agindo, em certos casos, de forma improba e baseada em atos de corrupção, de modo que seus interesses sejam preservados quando conflitarem com os do Estado.

Dessa sobreposição de interesses, decorrem inúmeros danos à coletividade, não apenas na seara ambiental, mas também trabalhista e social, atingindo o Estado no que toca ao financiamento de suas políticas públicas.

Ante a todos esses pontos negativos, com o aumento dos questionamentos e do clamor social pelo combate às suas mazelas, algumas empresas passaram a adotar um posicionamento mais humanizando, mesmo que isso não reflita sua filosofia interna, compondo-se em mero instrumento de promoção comercial.

Ocorre que a proteção ao bem-estar coletivo deve ser um objetivo intrínseco a todos aqueles que exercem atividades comerciais, pois atuar de modo a se distanciar dos valores humanos é auxiliar no aumento da discrepância financeira entre o seletivo grupo daqueles que possuem muito e o grande grupo dos que possuem pouco.

Visando reduzir os danos causados à coletividade, alguns países têm buscado normatizar princípios regentes da atividade comercial em seu território, a fim de proteger o mercado interno e promover o desenvolvimento nacional, sem que haja o sacrifício do bem-estar e da dignidade humana em prol de um modelo capitalista que beira o liberalismo econômico.

Destarte, cada vez mais se tem buscado conscientizar os dirigentes estatais e os gestores das companhias transnacionais sobre a responsabilidade que essas possuem perante as pessoas que dependem direta e indiretamente das respectivas empresas, pois o acúmulo de capital não deve ser buscado como um fim em si, mas de modo que sirva à promoção do desenvolvimento nacional, conforme os ditames da justiça social e do respeito aos valores humanos.

A inclusão de valores humanos no exercício da atividade econômica das transnacionais redundará no desenvolvimento dos seres humanos em todas as partes do planeta permitindo um paradigma sustentável de proteção ao meio ambiente, de proteção social e melhor distribuição da riqueza.

Não há dúvidas do exercício da atividade econômica permitir o atendimento das necessidades humanas em todas as suas dimensões, assim, a atuação das empresas transnacionais tem de ser pautada pelos direitos humanos, enquanto normas jurídicas, voltadas à ordenação de sua atuação para concretização da realização dos valores humanistas, pois, o capital é meio e não fim da atividade empresarial.

REFERÊNCIAS

ATALLA, Marcos Cardoso; RIBEIRO, Welinton Augusto. A responsabilidade civil decorrente de desastres ambientais. In: ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER. **Responsabilidade civil frente aos desastres ambientais**. Belo Horizonte: ESDH, 2017.

BAUMAN, Z. **Globalização: consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Brasília: Congresso Nacional, 1988.

CUNHA, L. R.da; DOMINGOS, T. de O.. A responsabilidade da empresa como garantia do desenvolvimento econômico e social. In: SILVEIRA, V. O. da; MEZZARROBA, O.. (coord.). **Empresa, sustentabilidade e funcionalização do direito**. v. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

GRAU, E. R. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

MEXICO. **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos**. Mexico: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 1917.

NALINI, J. R. **Ética ambiental**. 4. ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

OCDE, **Combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros**, OECD Publishing: Paris. 2013.

OECD. **InformationBrief**. OECD Publishing. 2015. Disponível em <<http://www.oecd.org/ctp/beps-reports-2015-information-brief.pdf>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

OLIVEIRA, J. S.; BENACHCIO, M.. Globalização e Estado: considerações sobre a humanização do direito econômico. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**. v. 3, n. 1. Brasília. jan/jun. 2017.

SANTONJA, A. O. **El Capitalismo Humanista**. Madrid: Marcial Pons, 2009.

SARMENTO, D. **Globalização: Direitos fundamentais e relações privadas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

STEFANIAK, J. N..**A insustentabilidade ambiental no capitalismo**: com análise da encíclica Laudato Si – cuidando da casa comum. 1. ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2016.

SMITH. A..**A riqueza das nações**. 3. ed. reimpr. Curitiba: Juruá, 2015.

STIGLITZ. J. E. **Globalização: como dar certo**. Trad. Pedro maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

UNIÃO EUROPEIA. **Resolução sobre as normas da UE para as empresas europeias que operam nos países em desenvolvimento**: para um Código de Conduta Europeu. Official Journal. 1999. p. 0180.

VERGER, A.**El sutil poder de las transnacionales. Lógica, funcionamiento e impacto de las grandes empresas em un mundo globalizado**. Barcelona: Icaria editorial, 2003.

WEBER, M. **A ética protestante e o “espírito” do capitalismo.**
Tradução: José Marcos Mariani de Macedo. São Paulo:
Companhias das Letras, 2004.

WEINSTEIN, M. M. **Globalization: what's new?.** New York:
Columbia University Press. 2005.

DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: CRÍTICAS FEMINISTAS À NEUTRALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

WOMEN'S HUMAN RIGHTS: FEMINIST CRITIQUES TO THE NEUTRALITY OF THE LEGAL SYSTEM

Marina França Santos¹

RESUMO: O presente artigo objetiva, a partir das teorias feministas do direito, trazer contribuições críticas ao pensamento jurídico ao apontar a fragilidade da noção de neutralidade do sistema. Pontua, com tal análise, a validade e a utilidade das indagações relativas à influência do sexo/gênero no *status* social dos sujeitos de direito. Busca, assim, reunir elementos para aprofundar caminhos de real efetivação dos ideais de igualdade e de liberdade de todos os seres humanos.

PALAVRAS-CHAVE: Gênero; Direitos Humanos; Neutralidade; Liberdade; Igualdade.

ABSTRACT: The present article aims, from the feminist theories of law, to bring critical contributions to the juridical thought by pointing out the fragility of the notion of system neutrality. It analyzes, with such analysis, the validity and usefulness of inquiries regarding the influence of gender / gender on the social status of subjects of law. It seeks, therefore, to gather elements to deepen ways of real realization of the ideals of equality and freedom to all human beings.

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro-PUCRio.

KEYWORDS: Gender; Human rights; Neutrality; Freedom; Equality.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. O gênero como construção social.

3. Teorias feministas do direito: uma crítica à neutralidade do sistema jurídico.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

As últimas três décadas trouxeram marcantes conquistas normativas para os direitos das mulheres no Brasil, a começar pela Constituição da República de 1988, que atestou, definitivamente, a igualdade jurídica formal entre homens e mulheres (artigo 5º, I), acolhendo uma série de reivindicações formuladas pelos movimentos feministas no contexto da Assembleia Constituinte, como a garantia de incentivos específicos para a proteção do mercado de trabalho da mulher (artigo 7º, XX), a proibição de diferença de salários por motivo de sexo ou estado civil (artigo 7º, XXX), o reconhecimento da união estável como entidade familiar (artigo 226, parágrafo 3º), a igualdade de direitos e deveres na relação conjugal (artigo 226, §5º), a garantia do planejamento familiar como livre decisão do casal (artigo 226, parágrafo 7º) e o dever do Estado de coibir a violência doméstica (artigo 226, parágrafo 8º).

Tal inequívoco avanço normativo coexiste, porém, ainda no século XXI, com uma sociedade profundamente marcada pela opressão, pela desigualdade e pela discriminação de gênero. Segundo o *Global Gender Gap Report* de 2014 (HAUSMANN *et al.*, 2014), ranking que mede a magnitude da disparidade de gênero em todo o mundo, atribuindo a primeira posição ao país que apresenta o maior padrão de igualdade e a última ao maior quadro social de desigualdade, o Brasil ocupa o longínquo 71º lugar, em um ranking de 142 países. A título comparativo, outros latino-americanos, como Nicarágua, Equador, Cuba e Argentina, ocuparam, no mesmo ano, respectivamente, o 6º, 21º, 30º e o 31º lugar. O índice avalia a participação e as oportunidades econômicas entre homens e mulheres, o nível comparativo de instrução, de saúde e o empoderamento político em cada sociedade.

No Brasil, apesar de terem, em média, mais tempo de estudo superior do que os homens (7,9 anos entre as mulheres e 7,4 anos entre os homens), as mulheres seguem percebendo, em média, 73,7% do rendimento por eles recebido (IBGE, 2011, p. 37). As mulheres continuam, também, de forma majoritária, desigualmente presentes nos espaços públicos e privados. Em 2009, 49,1% dos homens declararam cuidar dos afazeres domésticos contra 88,2% das mulheres (IPEA, 2011, p. 37). A taxa de participação no mercado de trabalho é praticamente invertida, 58,9% das mulheres possuem ocupações profissionais fora do seu próprio ambiente doméstico contra 81,6% dos homens (IPEA, 2011, p. 27). De se ressaltar também que, no mesmo período, apenas 26,1% das mulheres chefes de família participavam de entidades familiares formadas por casais, enquanto a maioria,

49,4% das mulheres nessa posição, encontravam-se em famílias monoparentais. Em 2013, reforçando esse cenário de desigualdade, quase 64% dos brasileiros e brasileiras entrevistados pelo Ipea afirmaram concordar total ou parcialmente com a ideia de que “os homens devem ser a cabeça do lar” (IPEA, 2014, p. 4).

O tipo de violência a que estão predominantemente submetidas as mulheres também é um sinal de sua condição ainda profundamente assimétrica na sociedade. A taxa de estupros cometidos no Brasil, em 2012, ultrapassou a quantidade de homicídios no país (FBSP, 2013, p. 8) e em 2013, mais de 58%, entre 3.810 brasileiros entrevistados, concordaram, total ou parcialmente, com a afirmativa de que “se as mulheres soubessem como se comportar, haveria menos estupros” (IPEA, 2014, p. 23). Em pesquisa realizada com aproximadamente 8.000 mulheres brasileiras em 2013, 99,6% das participantes afirmaram que já sofreram assédio e 81% informaram que já tiveram cerceada sua liberdade de ir e vir por medo de sofrê-lo (THINK OLGA, 2013). No período de 2009 a 2011, estima-se que ocorreram no Brasil, em média, 5.664 feminicídios (mortes de mulheres decorrentes de conflitos de gênero, ou seja, pelo fato de serem mulheres) a cada ano. Esse número representa uma taxa de 472 a cada mês, 15,52 a cada dia ou 1 mulher morta, pelo fato de ser mulher, a cada hora e meia (GARCIA *et al.*, s.d., p.1 e 3).

Esses dados extremamente recentes compilados de pesquisas e de instituições variadas revelam de forma eloquente a persistência, no Brasil, de um notório abismo entre direito e eficácia social no que tange à posição da mulher na sociedade. Mais do que

isso, eles revelam aquilo que de agora em diante denominaremos sistema sexo/gênero, assim nomeado originalmente por Gayle Rubin (1975) e aqui adotado no sentido exposto por Joan Scott, como sistema de significados que articulam normas de relações sociais e “processos de diferenciação e de distinção” entre sujeitos em razão do seu gênero (SCOTT, 1995, p. 82). Em outras palavras, a existência do sistema sexo/gênero se observa quando se faz reiterados determinada construção sociocultural e aparato semiótico que atuam como um sistema de atribuição de “significado (identidade, valor, prestígio, posição de parentesco, status dentro da hierarquia social, etc.) a indivíduos dentro da sociedade” (LAURETIS, 1994, p. 212) pelo só fato de serem homens ou mulheres. Esse sistema social, claramente demonstrado na realidade brasileira pelos dados acima, possui inegável impacto na conformação e na vivência desigual dos direitos pelos seres humanos.

2. O GÊNERO COMO CONSTRUÇÃO SOCIAL

O sistema sexo/gênero, tal como definido na seção anterior, apesar de valorar desigualmente as pessoas em função do gênero, é forjado, paradoxalmente, em torno de noções de universalidade, de neutralidade e de abstração da ideia de sujeito, noções que escondem construções sociais específicas e contrapostas do feminino e do masculino (OLSEN, 1990). Mais especificamente, nota-se, nesse sistema, a associação de caracteres tidos como naturalmente masculinos a uma concepção de sujeito universal e neutro, enquanto que características consideradas

naturalmente femininas são tidas como singulares e concretas. Como Simone de Beauvoir já apontava, em 1949, trata-se de uma dualidade entre o homem como ser sem marcação social e indefinível em oposição à mulher como ser específico, singular e determinado (BEAUVOIR, 2009, p.16-17).

A colocação da mulher na posição do “outro”, tomando-se o homem como referência de pessoa e de ser humano, ao mesmo tempo em que implica a universalização daquilo que se concebe como masculino, resulta no esquecimento ou no apagamento das perspectivas e interesses dos sujeitos femininos. Torna-se, a partir dessa ideia, por conseguinte, facilmente justificável que homens falem em nome de mulheres, substituindo-as ou representando-as na esfera pública e em espaços de poder. Em outros termos, se características tidas como masculinas são justamente aquelas consideradas universais e neutras, o sujeito masculino se torna uma categoria normativa e opressora em relação às mulheres.

No direito brasileiro, a reiteração desse discurso dual pautado pelo reforço da diferença e da afirmação de especificidades femininas, de um lado, e pela supressão da diferença e sustentação das universalidades masculinas, do outro, pode ser observada em diversos momentos. Cita-se, por exemplo, a expressão “mulher honesta”, vigente até 2005 no Código Penal brasileiro, de quem se valorava um recato e uma moral considerados exclusivamente femininos, ou o “homem médio”, fartamente utilizado como parâmetro para a presunção de normalidade e de razoabilidade das condutas de todos os sujeitos de direito. Vale notar, ainda, a expressão “direitos do homem”, que representa todos os direitos da

personalidade, enquanto que os “direitos das mulheres” são restritos àqueles que exclusivamente dizem respeito às questões de gênero.

Os estudos feministas foram/são responsáveis, justamente, por lançar uma luz sobre essas representações femininas e masculinas, tal como elas apareciam – aparecem – naturalizadas nas mais diversas áreas de conhecimento, inclusive no discurso jurídico. Da observação de que as noções de masculino e de feminino são reiteradamente pautadas pela abstração, pelo essencialismo e pelo binarismo surge, então, o questionamento do papel da cultura e da natureza na formação do que se entende por mulher(es). Passa-se a evidenciar, desse modo, o caráter socialmente construído da identidade de gênero e a sua irredutibilidade a uma essência naturalista ou biologizada. Eis o fundamento do seu célebre enunciado: “ninguém nasce mulher: torna-se mulher” (BEAUVOIR, 2009, p. 361).

A noção de gênero, proposição elaborada por volta dos anos 1950 pelos estudos feministas, e constantemente discutida e repensada desde então, surge exatamente como um contraponto à explicação pretensamente natural dada às identidades subjetivas a partir do sexo. A ideia de que os seres humanos detêm sexo e gênero veio, assim, de encontro ao determinismo biológico considerado implícito na sexualidade (SCOTT, 1995, p. 72) de que mulheres são mulheres porque assim são biologicamente constituídas e, desse modo, distinguem-se naturalmente dos homens, que também o são porque nasceram como tais.

Com o desenvolvimento dos estudos feministas, o gênero passa a ser vislumbrado não como uma qualidade ou como um

predicado de corpos, ou mesmo como condições dadas aprioristicamente aos seres humanos (LAURETIS, 1994, p. 208), mas como resultado de uma sutil tecnologia, que conduz à percepção do caráter social e culturalmente construído dos papéis e representações do masculino e do feminino (SCOTT, 1995, p. 75). Nesses termos, até mesmo condições historicamente tidas como inequivocamente dadas a priori e essenciais a uma definida condição feminina, como, por exemplo, a gravidez, não podem mais ser tidas como decorrências exclusivas das condições biológicas que as permitem. Revelam-se, todas elas, de alguma maneira, como construtos moldados socialmente, frutos “do lugar social que ocupa[m] - como as estruturas do mercado de trabalho, os arranjos domésticos, os sistemas de responsabilidade civil, as escolas, as prisões” (BARTLETT, 2012, p.104, tradução nossa).

A vida social passa a ser percebida e passível de ser qualificada como generizada (HARDING, 1996, p. 17), pois produzida por meio destes três processos, dinâmicos e interdependentes entre si, sintetizados por Harding (1996, p.17 e 47-51): o simbolismo de gênero, ou totemismo de gênero, a estrutura de gênero, ou divisão do trabalho em consonância com o sexo, e o gênero individual. O simbolismo de gênero é a consequência da atribuição de metáforas dualistas de gênero a dicotomias que frequentemente não têm qualquer relação com diferenças de sexo, na associação da racionalidade, da objetividade, da abstração e da universalidade ao masculino e da irracionalidade, da subjetividade, da contextualização e da singularidade à condição feminina. A estrutura de gênero, por sua vez, é o resultado do

recurso a esses dualismos para a justificação de uma divisão do trabalho, das atividades e dos próprios lugares sociais de acordo com o gênero, como ocorre na associação da jurisdição e da ciência ao universo masculino e das atividades que exigem o cuidado e o afeto ao feminino. Por fim, o gênero individual é a construção social da subjetividade, dos traços da personalidade, das crenças, dos valores e das condutas correspondentes a homens e a mulheres, forjando “as identidades e desejos generizados em uma cultura particular” (HARDING, 1996, p. 50, tradução nossa).

O estudo do gênero como nova categoria analítica foi capaz, desse modo, de desconstruir a ideia de pessoa como algo dado e estável e de revelá-la como produto constante, contingente e múltiplo, sujeito às inflexões dos símbolos e representações culturais, das instituições e organizações sociais e políticas e das subjetividades identitárias (SCOTT, 1995, p. 86). A construção ou a materialização do gênero feminino é, como elucidou Donna Haraway, distinção que tem um lugar social, histórico e semiótico (HARAWAY, 1995, p. 35) e que é constantemente marcada por referências de toda a ordem, não excluindo, entre vários, fatores religiosos, científicos, jurídicos, familiares, educacionais, econômicos e políticos. Nesses termos, necessariamente instável e histórico, a noção de gênero passa a não identificar, ou pelo menos a questionar, a ideia de um ser a priori, unívoco e substantivo, considerando como pessoa, ao contrário, um fenômeno dotado de inconstância e de contextualidade (BUTLER, 2013, p. 29).

Em suma, ao insistir sobre a condição substancialmente social das diferenças fundadas no sexo, o gênero se torna uma categoria central para a compreensão da própria sociedade

(SCOTT, 1995). Observa-se, assim, uma virada epistemológica (LOURO, 2002, p. 15), em que se passa de um cenário de produções de conhecimento que têm por objeto seres definíveis atemporalmente, para outro que não poderia mais deixar de levar em conta as construções contextualizadas e os poderes incidentes sobre as identidades de gênero. Permitem-se, por conseguinte, novas investigações acerca dos processos de construção e de conformação sociais e culturais dos homens e das mulheres, com foco para as maneiras pelas quais os sujeitos se constituem em meio às relações de poder (LOURO, 2002, p.15).

3. TEORIAS FEMINISTAS DO DIREITO: UMA CRÍTICA À NEUTRALIDADE DO SISTEMA JURÍDICO

O reconhecimento do gênero como construção social permite perceber a condição de sujeição a que estão, de forma generalizada, submetidas às mulheres em todas as formas de interação humana na sociedade (política, científica, econômica, social, familiar, educacional, jurídica, cultural etc). Os estudos feministas se voltam, justamente, à percepção crítica dessa realidade. Podem ser considerados, ainda que sua origem seja difusa e sua história não possa ser traçada de modo linear e estruturado, como o resultado da tomada de consciência das mulheres e da busca pela concretização da igualdade de gênero por meio da libertação dos padrões opressores e discriminatórios a que se submetem pelo fato de serem mulheres.

As teorias feministas do direito identificam-se em um propósito compartilhado de estudar, de modo crítico, a relação entre o direito e a posição social subordinada ocupada pelos sujeitos de direito em razão do sexo/gênero. Lacey (2004) organizou as diferentes premissas e propostas do pensamento crítico-filosófico do direito em cinco grupos: o feminismo liberal, o feminismo marxista ou socialista, o feminismo radical, o feminismo da diferença ou cultural e o feminismo pós-moderno ou pós-estruturalista, a partir de cuja divisão se procederá à análise proposta.

O primeiro grupo de teorias, o das feministas liberais, insere-se no âmbito do movimento feminista liberal igualitário. Tem como objetivo o combate da desigualdade entre homens e mulheres e a busca pela igualdade formal, política e civil. Defende, para tanto, a expansão às mulheres dos direitos conferidos historicamente somente aos homens, especialmente os relativos à liberdade e à igualdade, como o acesso à educação e ao mercado de trabalho, a igualdade de salários e de direitos no casamento, a plena capacidade jurídica, o direito ao sufrágio, etc. (TOUPIN, 1998, p. 11). As feministas liberais foram responsáveis por explicitar e desconstruir o argumento, subjacente à não equiparação às mulheres dos direitos titularizados pelos homens, de que as mulheres seriam distintas – leia-se: inferiores – quanto à sua capacidade racional e que, portanto, o direito deveria cuidar, paternalmente, de sua proteção, ao invés de igualar direitos.

De fundamental e basilar importância é, portanto, o foco da crítica ao direito por parte das feministas liberais, que centram a sua construção teórica e luta política na igualdade de homens e

mulheres em suas capacidades e direitos (JARAMILLO, 2000, p. 41). As teorias inseridas nesse grupo variam entre aquelas mais voltadas ao alcance da igualdade formal, como igualdade perante o direito, e as que denunciam casos de denegação da igualdade material, sublinhando a permanência de desigualdade a despeito de sua afirmação legal (OLSEN, 1990, p.10-11). Todas, porém, unem-se no propósito de identificação das condições sexistas do direito manifestadas pela exclusão das mulheres e pela sua manutenção em uma posição desfavorecida, propondo, como estratégia, a reforma da ordem jurídica para reversão dessa condição injusta.

As reflexões desenvolvidas pela corrente liberal apontam também para a crítica aos processos de socialização e de educação, que, ao rotular as mulheres como seres inferiores, determinam a desigualdade de gênero. A crítica à ordem jurídica reside, pois, no indevido acolhimento, pelo direito, dessa diferenciação social opressiva, demonstrada pela não atribuição às mulheres dos mesmos direitos facultados aos homens. A diferenciação, ao ser endossada e produzida pelo direito, garante aos homens a plenitude de participação na vida pública da sociedade, enquanto mantém as mulheres cingidas ao papel de mãe e de esposa na esfera doméstica familiar e subordinadas aos homens na prática dos atos da vida civil. A norma jurídica, desse modo, torna-se fator da desigualdade de gênero na medida em que é forjada sob os influxos da opressão social e, por consequência, não prevê direitos iguais a homens e mulheres. O direito é reconhecido, pelas feministas liberais, como um instrumento passível de empoderar todos os sujeitos, homens e mulheres, estando a sua falha, acidental, não essencial e corrigível,

no plano dos destinatários das normas, na medida em que ainda deixa de acolher as mulheres como sujeitos de todos os direitos e de inseri-las, equivalentemente aos homens, no exercício pleno da cidadania.

O pensamento acima explicitado conduz ao questionamento do senso comum de que o direito é racional, abstrato e objetivo, identificando a sua irracionalidade, subjetividade e não universalidade no fato de ele próprio lesionar, excluir e negar direitos às mulheres (OLSEN, 1990, p.10). Em outras palavras, ressalta-se no direito o problema da colocação do sexo como critério legal, em desfavor das mulheres, por meio de leis discriminatórias que estabelecem diferenças de gênero inexistentes (WOLLSTONECRAFT, 1972), ao invés de reconhecer a desigualdade das mulheres na sociedade e de atuar no sentido de combatê-la. A colocação das mulheres em situação de desvantagem pelo próprio direito é percebida, por exemplo, ao serem a elas atribuídas, como no casamento e no divórcio, menores porções de recursos materiais, ou ao serem julgadas por meio de parâmetros diferentes e prejudiciais em comparação com os homens, como na aferição da promiscuidade sexual, e ao não serem reconhecidos, em relação a elas, determinados danos sofridos (justamente aqueles que outorgam “vantagens” aos homens), como na não regulamentação da prostituição ou na impunibilidade do assédio, ou, ainda, na dupla vitimização da mulher no estupro. Reclama-se do direito, a partir dessa reflexão, que abandone a dualização sexuada que associa às mulheres valores inferiorizados socialmente, e que passe a reconhecê-las como iguais aos homens e portadoras das capacidades de racionalidade, de objetividade, de

abstração e de universalidade, atribuídos injustificadamente somente a eles.

Contribui, portanto, o pensamento liberal feminista, com a exigência de que se cumpram, efetivamente, as promessas do liberalismo, com extensão dos ideais liberais também às mulheres. Figura o modelo, desse modo, como um apontamento do não acolhimento por parte do direito das premissas universais do liberalismo, a pressupor o tratamento igual a todos os seres humanos em condições de igualdade (LACEY, 2004, p. 7). Destaca-se, assim, a incongruência do pensamento liberal, que em sua forma excludente de vários grupos, apresenta-se incompatível com suas premissas supostamente inclusivas: “a promessa liberal foi cumprida mais tardiamente para alguns grupos do que para outros, e para alguns está ainda longe de se tornar uma realidade” (LACEY, 2004, p. 6, tradução nossa). Questiona-se, em suma, a ausência de abertura efetiva do direito às mulheres, defendendo-se que usufruam da mesma condição normativa injustificadamente atribuída apenas aos homens e asseverando-se que sexo/gênero não devem ser tomados como características suficientemente relevantes para a diferenciação da proteção jurídica.

Já o marxismo e a contestação à opressão socioeconômica inspiraram por sua vez a corrente feminista marxista, ou feminismo igualitário, que discute a relação entre a exploração sexual, a desigualdade de gênero e a estrutura econômica capitalista fundada na divisão de classes e na propriedade privada. Analogamente ao que ocorre com o feminismo liberal, o feminismo marxista constitui-se na crítica à própria teoria marxista e na sua

reformulação a partir da observação do esquecimento da especificidade da condição das mulheres na sociedade capitalista. Nota esse conjunto de teorias que a compreensão marxista de que as divisões sociais são um reflexo condicionado da base econômica material da sociedade, consistente essa nas formas pelas quais se produzem os bens necessários à vida humana, é insuficiente para explicar a circunstância de que todos os homens, ricos ou pobres, obtêm vantagem da exploração das mulheres (LACEY, 2004, p.11).

Propondo uma mudança na construção elaborada por Marx, a teoria feminista marxista identifica no direito a reprodução do patriarcado, concebido esse como “um sistema de pensamento e uma prática social de afirmação do poder dos homens contra as mulheres, que se expressa principalmente sobre o corpo delas” (RABENHORST, 2009, p. 26). O patriarcado, subproduto do capitalismo, impõe a divisão sexual do trabalho, atribuindo ao homem a produção social por meio do trabalho assalariado e à mulher o cuidado doméstico e a garantia do desenvolvimento da prole. Apresenta-se, assim, como a razão da subordinação das mulheres aos seus maridos na esfera privada familiar (inserindo-se a instituição monogâmica do casamento e a família como o local dessa subordinação) e, conseqüentemente, como produtor do desvalor social feminino (TOUPIN, 1998, p.14).

Inauguram esses estudos uma perspectiva teórica que aproxima a exploração no processo de produção econômica ao que ocorre no processo de reprodução sexual. Observa-se que, na estrutura social baseada na divisão sexual do trabalho, o processo de reprodução é explorado pelos homens da mesma maneira que o trabalho produtivo da classe trabalhadora é explorado pelos

capitalistas (LACEY, 2004, p.11), apontando-se, assim, que a subordinação de classe não pode ser analisada com a desconsideração de outra forma de opressão social que é a subordinação de caráter sexual. Contribuem as teorias feministas marxistas, desse modo, para o aprofundamento das reflexões jurídicas a partir da crítica do poder masculino e da produção da alienação em relação às mulheres, na medida em que identificam o papel do direito, produto dessa infraestrutura, como reprodutor da dominação e da exploração capitalistas.

O foco na igualdade é transferido a um estudo da diferença com o denominado feminismo radical, que surge do reconhecimento de que a igualdade jurídica entre homens e mulheres não alterou substancialmente a realidade da submissão feminina na sociedade. Buscando retornar à raiz do sistema social para a compreensão da persistência da subordinação das mulheres aos homens (TOUPIN, 1998, p. 22), a corrente radical inicia se contrapondo ao individualismo do feminismo liberal, que ignoraria, ao focar exclusivamente nos indivíduos, a condição das mulheres enquanto classe. O feminismo radical identifica profundas diferenças na vivência dos sujeitos socialmente construídas de modo a permitir a dominação a partir do sexo [o feminismo radical frequentemente se concentra na diferença sexual e não na dimensão de gênero (LACEY, 2004, p. 9). Essas diferenças, que passariam pela gravidez e pela maternidade, e que chegam à baixa proporção de mulheres nos espaços de poder e nas profissões de prestígio social, à remuneração inferior para o exercício das mesmas funções, à jornada de trabalho mais longa em razão da

vinculação aos afazeres domésticos e à feminização da pobreza, devem ser levadas em conta sob pena de se obter uma igualdade esvaziada de sentido prático.

À análise crítica do direito, o feminismo radical acrescenta o aprofundamento da discussão sobre o patriarcado, deslocando o foco do debate para uma discussão sobre o papel das normas jurídicas e da ordem estatal como essencial e deliberadamente opressor e responsável pela perpetuação da dominação de mulheres. Enquanto para as marxistas, o capitalismo ocupa um espaço central na explicação da dominação masculina e o patriarcado um espaço secundário, para as radicais, o que acontece é exatamente o oposto: o patriarcado passa à posição central das reflexões (TOUPIN, 1998, p. 23) ou, nos termos colocados por Catherine MacKinnon: "a sexualidade é para o feminismo o que o trabalho é para o marxismo: aquilo que é mais próprio do indivíduo e ao mesmo tempo mais dele retirado" (MACKINNON, 1989, p. 4, tradução nossa).

As reflexões empreendidas por esses estudos destacam como as instituições no patriarcado - e junto delas as normas jurídicas - são moldadas a partir da linguagem, das perspectivas e dos interesses masculinos (sendo esses centrados na apropriação da sexualidade e na modelação do desejo femininos). Reforça-se, por conseguinte, a crítica da insuficiência da afirmação dos direitos das mulheres para que um ordenamento jurídico seja efetivamente pautado pela igualdade e chama-se atenção para a atuação do próprio direito na produção da dominação das mulheres (MACKINNON, 1989, p. 161-162). Indagam as feministas radicais, assim, quanto à possibilidade de a igualdade e a liberdade

efetivamente empoderadoras das mulheres serem alcançadas com a assimilação e a homologação (LORETONI, 2006, p. 493) de um direito feito pelos e para os homens.

O feminismo radical contribui, portanto, para a reflexão filosófica-jurídica ao assinalar uma faceta intrinsecamente masculina do direito (SMART, 2000, p. 36-37), investigando seu comprometimento com a dominação heterossexual das mulheres (RABENHORST, 2009, p. 30) e com uma necessária distinção, seja política, seja biológica, de gênero. Questiona essa corrente o verdadeiro benefício da expansão dos direitos das mulheres (RABENHORST, 2011, p. 20) - não sem reconhecer conquistas como o direito à penalização do estupro entre cônjuges e a regulamentação do assédio sexual - e propõe estratégias diversas, desde o desenvolvimento de uma cultura feminina alternativa, até a ruptura direta com o patriarcado (TOUPIN, 1998, p. 23-24).

A perspectiva da diferença levou, ainda, a outra vertente de pensamento, mais conhecida como feminismo cultural, marcada pelos estudos, conduzidos entre outras por Carol Gilligan (1982), das distinções na socialização feminina e masculina, da sua diversa formação moral e, por consequência, das formas como homens e mulheres passam a realizar específicos e distintos julgamentos morais. As autoras sustentam a existência de dois padrões de raciocínio distintos e reiterados, respectivamente, entre homens e mulheres. Aquele considerado tipicamente masculino consistiria na solução de dilemas por meio da verificação abstrata da relativa posição de um princípio universal em relação a outro e pela premissa de que todos devem ser tratados como iguais. O

padrão feminino se voltaria para a verificação concreta da melhor forma de se manter a pacificidade das relações sociais, com base na premissa de que não se deve ferir ninguém (GILLIGAN, 1982, p.100-105).

Discordando da ideia de que a reforma jurídica é suficiente ao fim da opressão feminina, essa corrente também enxerga no direito, ao contrário, uma condição intrinsecamente masculina. Em primeiro lugar, pela manifesta preponderância de homens no universo jurídico, o que inclui desde legisladores, advogados, juízes e promotores, até doutrinadores e professores. Em segundo lugar, pela adoção, pelo direito, de uma linguagem exclusivamente masculina, tanto em sua elaboração, quanto em sua hermenêutica e aplicação, alijando-se a voz das mulheres e, por conseguinte, ocultando-se valores tidos como socialmente desejáveis, como a interdependência, a confiança, a ausência de hierarquia e a colaboração (TONG, 1998, p. 49).

Identifica o feminismo da diferença, desse modo, a reprodução, pelo direito, dos valores da racionalidade, da objetividade, da abstração e da universalidade, que seriam características tidas como propriamente masculinas (SMART, 2000, p.36-37) e elevadas à condição de superioridade em relação aos valores contrapostos como típicos do feminino (GILLIGAN, 1982). Essa reprodução é observada, por exemplo, nas estruturas hierarquizadas do direito, centradas no litígio e dependentes de categorias abstratas, racionais e objetivas, em detrimento de estruturas horizontalizadas ou em rede, centradas na conciliação e na mediação e voltadas para soluções que incorporam o valor da emoção, das particularidades e da contextualidade do caso.

Argumenta-se, nesses termos, que o papel de gerar, de amamentar e de criar filhos é responsável por conferir às mulheres uma capacidade distintiva de empatia com o outro e com o mundo natural (GILLIGAN, 1982, p.10), capacidade essa que é, no entanto, subaproveitada ou injustificadamente desprezada pelas instituições jurídicas vigentes.

Sustenta essa teoria, por conseguinte, que o direito, ao se basear em critérios e categorias amoldados à realidade dos homens, atua não apenas refletindo a dominação existente na sociedade, mas, também, como parte de um sistema de dominação masculina. Portanto, muito mais do que as leis, é o poder masculino no direito que deve ser desafiado e transformado (OLSEN, 1990, p.9 e 14). O problema identificado pelo feminismo cultural, como se vê, não está na diferença entre homens e mulheres, mas na construção do pensamento jurídico sobre as bases do ponto de vista e dos interesses masculinos (supostamente centrados na compreensão do sujeito como ser isolado, que teme a intimidade e valora a violência), deixando-se de usufruir plenamente das contribuições provenientes das experiências e perspectivas das mulheres (MORRISON, 2012, p. 594). Em resumo, ao contrário do prevalecente, defende-se que o modo de raciocínio e de atuação no mundo masculino não constitui nem a única nem a melhor forma de se pensar ou de se resolver problemas, mas, simplesmente, a maneira pela qual os homens, preferencialmente, fazem-no. A contribuição crítica ao direito pelo feminismo cultural está, portanto, no questionamento tanto da exclusão explícita das mulheres pela lei, quanto das presunções implícitas e das exclusões

também dessas decorrentes (LACEY, 2004, p. 13), centrando-se o foco de análise na busca pelo desenvolvimento de direitos especiais reconhecedores dos pontos de vista e de práticas particulares das mulheres.

Finalmente, as correntes pós-estruturalistas feministas, inscritas no contexto de reflexões contestadoras das metateorias e das grandes narrativas (LACEY, 2004, p. 12), vêm interpelar a própria questão identitária e as categorias centrais do direito e do feminismo. Suas reflexões partem de uma compreensão do gênero como o produto do discurso de poder que, ao invés de empoderar os sujeitos, oprime-os por meio das próprias noções de masculino e de feminino. As correntes pós-feministas chamam atenção para a consciência do pluralismo, da instabilidade e da heterogeneidade das categorias normativas, criticando, igualmente, a persistência da opressão no próprio discurso e sujeito feministas ao esconder, por traz de uma ideia unívoca de mulher, um padrão ocidental, branco, cisgênero e heterossexual. Judith Butler, por exemplo, adverte que o gênero não pode ser considerado a despeito de sua intrínseca inconstância e contextualidade, não indicando jamais um ser definido, definitivo, substantivo, mas “um ponto relativo de convergência entre conjuntos específicos de relações, cultural e historicamente convergentes” (BUTLER, 2013, p. 29). Preocupam-se essas correntes, desse modo, com a multiplicidade de identidades e de subjetividades (LACEY, 2004, p.12), que não são nada mais do que “o resultado de interações sociais que se refletem e se criam na linguagem” (JARAMILLO, 2000, p. 50, tradução nossa). O sexo, como propõe Butler, não pode ser tido como algo estático, nem dado, mas sim como um processo de materialização sempre

incompleto e produzido pela reiteração temporal de normas regulatórias (BUTLER, 2000, p. 111).

Os estudos pós-estruturalistas vêm, assim, confrontar o essencialismo da categorização de homens e mulheres feita por meio de valores distintos e duais, sustentando que tal normatização é a própria origem das formas de opressão. Repudia-se tanto a vinculação do direito à racionalidade, à objetividade, à abstração e à universalidade, quanto a prevalência desses valores em face da irracionalidade, da subjetividade, da concretude e da particularidade, por se rejeitar, antes de tudo, todas as formas de dualismo - como coloca Olsen: “o direito é tão irracional, subjetivo, concreto e particular como racional, objetivo, abstrato e universal” (OLSEN, 1990, p.14, tradução nossa). O direito seria, portanto, opressivo para os sujeitos, e especialmente para as mulheres, não por ser essencialmente masculino ou sexista, mas por funcionar como um processo produtor de identidades fixas (SMART, 2000, p. 40) ou, nos termos postos por Butler, como um processo normativo e reiterado de materialização de subjetividades (BUTLER, 2000, p.111). O direito tem gênero, nas palavras de Smart, porque “insiste sobre uma versão específica da diferenciação de gênero” (SMART, 2000, p. 39, tradução nossa), que o fixa em padrões rígidos de significados (SMART, 2000, p. 39), determinando subjetividades e identidades que não são pensadas senão como atreladas necessariamente a um gênero (SMART, 2000, p. 40-41). Instiga-se, assim, a investigação da maneira como o gênero opera dentro do direito e como ele próprio opera para produzir o gênero (SMART, 2000, p. 40), propondo que, em última

análise, a concretização da liberdade depende do desfazimento do binarismo gerador de gêneros polarizados e redutor das possibilidades de existência.

O feminismo pós-estruturalista atribui ao sistema jurídico, em síntese, mais do que uma condição masculina, o papel de ser um dos principais instrumentos dessa constituição do sexo/gênero (RABENHORST, 2011, p .20), funcionando como uma tecnologia a conformar e produzir subjetividades (LAURETIS, 1994). A heteronormatividade e o binarismo homem e mulher são críticas especialmente direcionadas ao direito por essa corrente que, ao desconstruir a neutralidade e a naturalidade das noções de sexo, de gênero e de sexualidade, passa a questionar o tratamento jurídico rígido e limitante dado às mulheres, aos homossexuais, aos transexuais e a todas as várias possibilidades de existência identitária, de expressão corporal e de vivência do desejo. Em suma, o feminismo pós-estruturalista, ao desafiar os conceitos de emancipação, de autonomia, de sujeito e também de mulher, tenciona o próprio feminismo a subverter as identidades de gênero tradicionais para que se possa, efetivamente, pensar em um projeto filosófico-jurídico que garanta a todos seres humanos livres possibilidades de existência (EICHNER, 2001, p. 4 e 30).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As críticas feministas do direito, independentemente da vertente teórica adotada, permitem desvelar a necessidade de um questionamento das diversas maneiras por meio das quais o pensamento jurídico produz, reforça ou oprime as identidades

subjetivas. Esse potencial de transformação trazido pelas teorias feministas passa pelo direito e o transcende, atuando tanto na busca por caminhos para aprofundar os direitos humanos das mulheres, quanto, em sentido diametralmente oposto, na busca de estratégias para a superação do próprio direito no que concerne à regulação das identidades de gênero. De um jeito ou de outro, os estudos feministas destacam-se por apontar nitidamente a fragilidade da noção de neutralidade trazida ao direito pelo projeto científico e filosófico da modernidade (LORETONI, 2006, p.492), demonstrando o ocultamento, por trás dessa ideia, de falsas igualdades e de diferenças opressoras, do sexismo das normas e das instituições e da insuficiência de suas categorias centrais, o que coloca em cheque as próprias premissas do discurso e do sistema jurídicos.

As reflexões em relação ao direito trazidas pelas feministas conduzem, entre outros caminhos, ao ato de desafiar o pensamento, a conformação e a aplicação jurídicas em sua exteriorizada face racional, objetiva, abstrata e universal (OLSEN, 1990, p. 3-4). Permitem, desse modo, a partir da compreensão da opressão de gênero e da busca por estratégias para o enfrentamento do sistema de desigualdade dominante, à formulação de proposições voltadas a uma normatização mais compatível com a vivência da liberdade e da igualdade pelos sujeitos de direito. Esses aportes trazem a identificação e a discussão do desfavorecimento dos sujeitos não dominantes no processo de elaboração e de aplicação das normas jurídicas, em decorrência da persistência de

uma ideologia patriarcal conformadora de instituições e de indivíduos (JARAMILLO, 2000, p. 52).

Preocupa-se com a afirmação, expressa ou implícita, de uma neutralidade da natureza humana que encobre, como asseverado por Lacey (2004), as diferenças socialmente construídas entre sexos e gêneros. A percepção desse silenciamento em relação à diversidade e à desigualdade faz surgir, por consequência, em relação ao direito, “questionamentos quanto à pertinência dos direitos universais e quanto à aptidão do sistema jurídico de fazer justiça para sujeitos posicionados de formas distintas na sociedade” (LACEY, 2004, p. 8). Por outro lado, chama-se a atenção, também, para um disseminado sistema de dualismos atrelado ao sistema sexo/gênero que opõe e contrasta elementos como a razão à emoção, o ativo ao passivo, o pensamento ao sentimento, a cultura à natureza, o objetivo ao subjetivo, o abstrato ao concreto e o universal ao particular (OLSEN, 1990, p.3). Essas divisões valorativas binárias guardam uma importante diferenciação de poder entre homens e mulheres, apresentando-se o sistema social de modo fortemente hierarquizado e sexualizado: “o homem sendo lembrado e representado pelos primeiros elementos de cada par e a mulher pelos segundos, estes rigidamente menos valorizados que aqueles” (LACEY, 2004, p.10).

É, de fato, corrente a atribuição e a vinculação de uma suposta natureza feminina, de forma tanto descritiva quanto normativa, a uma série de elementos tidos como inferiores – a emoção, a passividade, o sentimento, a natureza, o subjetivo, o concreto, o particular. Em contraste, associam-se à natureza masculina os elementos contrapostos, que além de considerados

hierarquicamente superiores, são tidos como mais adequados à vida pública (e, conseqüentemente, à política e ao direito).

No âmbito do direito, é importante considerar como, historicamente, a imagem das mulheres é representada em associação a um parco senso de justiça ou, simplesmente, vinculada à inaptidão para o exercício da prudência. Em contraponto, vale observar como a construção simbólica da identidade do juiz e do profissionalismo na magistratura, supostamente calcados em uma ideia de neutralidade, está consistentemente atrelada à ideia de homem ou a caracteres tidos como masculinos.

Os questionamentos aqui suscitados, ao servirem à crítica quanto ao caráter neutro do sistema jurídico, suscitam investigações quanto à forma como esse sistema, mesmo quando fundado em ideais de igualdade e de liberdade de todos os sujeitos, deixa de responder à realidade e às demandas das mulheres (DAHL, 1993, p. 5). Identifica-se no direito o caráter ilusório de sua aparência de universalidade e de imparcialidade, a revestir, como apontado por Anna Loretoni, “categorias teóricas que, na realidade, implicam a adesão a um modelo político-ideológico” (LORETONI, 2006, p. 492).

Inaugura-se, assim, a necessidade de construção de novas concepções, relações e aproximações entre as ideias de igualdade e de diferença, problematizando-se o distanciamento do direito da esfera privada e das implicações existentes entre essa e a esfera pública e censurando-se a forma discriminatória de atuação do direito em face dos corpos, das identidades e dos modos de existência. Os estudos feministas aprofundam o reconhecimento de

que os discursos jurídicos de igualdade e de liberdade carecem de eficácia social, na medida em que as atuações e os silêncios produtores e reprodutores da opressão feminina podem ser encontrados em todos os âmbitos da atividade jurídica (legislação, hermenêutica e aplicação). Desconstrói-se, desse modo, o discurso de neutralidade quanto às questões de gênero, hábil a ocultar uma atuação voltada à conservação da hegemonia tradicional da sociedade (DAHL, 1993, p.18).

A reflexão promovida pela teoria feminista do direito parte, então, dessas premissas acima alinhavadas, que podem ser reunidas, como dispôs Claudia de Lima Costa, na assunção da “necessidade de construção de articulações entre as diversificadas posições de sujeito” (COSTA, 2002, p. 61). Conduz, assim, ao desvelamento da falsa univocidade e abstração das noções de pessoa e de sujeito de direito e ao destaque da impossibilidade de o direito se ver distanciado da política, da moral e do resto das atividades humanas, abrindo espaço para se pensar sobre as questões de forma mais propositiva e criativa (OLSEN, 1990, p.19). Mais além, permite sublinhar a existência de um confronto, ainda em disputa no Estado Democrático de Direito brasileiro, entre o ideário individualista da modernidade e os processos identitários de grupo, reafirmando a necessidade de se pensar diferenças no espaço público, especialmente no espaço jurídico, para sujeitos que apresentam uma específica identidade coletiva (LORETONI, 2006, p. 489-490).

A investigação crítica feminista do direito ora proposta, ao duvidar da “estabilidade abstrata das categorias jurídicas” (RABENHORST, 2009, p.23), permite apontar que a ideia de

neutralidade, assumida como fator de isonomia e de objetividade pelo Estado de Direito, possui também outra face, a do reforço às desigualdades sociais estruturais antecedentes ao direito e inerentes à sua própria jurisprudência (MORRISON, 2012, p. 585). O direito não pode ser avesso às questões de sexo/gênero (RABENHORST, 2011, p. 19), sob pena de se opor à própria sociedade, já que ao se fazer passar por neutro nesse campo, funciona, ao contrário, como fator de aniquilamento, de silenciamento ou de invisibilização de diferenças concretamente vividas na realidade. Todas essas constatações encontram-se fartamente demonstradas em diversos momentos da vivência jurídica brasileira, seja em leis discriminatórias, seja em interpretações e construções doutrinárias fundadas em estereótipos (RABENHORST, 2009, p. 31), seja, finalmente, em decisões judiciais que silenciam ou mitigam as perspectivas e experiências das mulheres².

Conclui-se, desse modo, que após a luta e a afirmação jurídicas dos direitos de liberdade e de igualdade entre homens e mulheres (conquista não exaurida, porém, nem no plano das normas, nem no da efetividade do direito brasileiro), a crítica ao direito deve ser aprofundada com a investigação da própria concepção e formação dos sujeitos de direito a partir do gênero. Necessário reconhecer que, ainda que homens e mulheres possam, universalmente, reclamar o amparo da lei diante de uma violação,

² Vide nesse sentido pesquisa em que analisei decisões recentes dos tribunais brasileiros envolvendo direitos das mulheres, que mostrou como elas ainda são reconhecidas e construídas como sujeitos de direito subvalorizados (SANTOS, 2014).

essa reivindicação se faz diante de algo já construído e estabelecido segundo uma perspectiva prevalecente – e sutilmente apagada pelo esforço de neutralização – que é androcêntrica.

Impõe-se, por conseguinte, a partir do reconhecimento do sistema sexo/gênero e do seu impacto na subjetividade e na vivência social, a reflexão sobre o concreto significado, para as mulheres protegidas por esse direito, da igualdade, da diferença e da liberdade.

Em síntese, para o debate de uma construção mais efetivamente emancipatória e libertária do direito brasileiro, a partir das contribuições trazidas pelas teorias críticas feministas, é ponto de partida reconhecer que, historicamente, a elaboração, a hermenêutica e a aplicação jurídicas apoiam-se em um falso discurso de neutralidade de gênero (LORETONI, 2006, p. 492). Esse discurso é sustentado por uma aparente igualdade legal, fundada, no Brasil, na premissa de que a Constituição da República de 1988 apenas admite distinções normativas entre homens e mulheres que visem a atenuar as desigualdades sociais – especialmente as relativas às discriminações no mercado de trabalho e no âmbito familiar –, sabidamente constituídas historicamente em desfavor da mulher. O aprofundamento da análise das desigualdades de gênero, porém, permite chamar a atenção justamente para a permanência de discriminações ostensivas e indiretas no direito, incitando à investigação minuciosa da “existência de arranjos que, embora aparentemente neutros, servem, na verdade, para excluir ou colocar em desvantagem um desproporcional número de mulheres” (LACEY, 2004, p.15).

REFERÊNCIAS

BARTLETT, K. Métodos Juristas Feministas. In: MORALES, F.; FERNANDEZ, M. (Orgs.) **Métodos feministas em elderecho**: aproximaciones criticas a la jurisprudência peruana. Lima: Palestra, p. 19-116, 2012.

BEAUVOIR, S. de. **O segundo sexo**. Tradução de Sérgio Milliet. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2009.

BUTLER, J. Corpos que pesam: sobre os limites discursivos do 'sexo'. In: G. L. Louro (org.), **O corpo educado**: pedagogias da sexualidade. Belo Horizonte: Autêntica, 2000.

BUTLER, J. **Problemas de Gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

COSTA, C. L. O sujeito no feminismo: revisitando os debates. **Cadernos Pagu**, n. 19, p. 59-90, 2002.

DAHL, T. S. **O direito das mulheres**. Uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

EICHNER, M. On Postmodernist Feminist Legal Theory. **Harvard Civil Rights- Civil Liberties Law Review**, v. 36, n. 1, 2001. Disponível em <http://harvardcrcl.org/wp-content/uploads/2015/07/On-Postmodern-Feminist-Legal-Theory.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**.a.7, São Paulo, 2013. Disponível

em <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/11/anuarioviolencia.pdf>. Acesso em 5 jul. 2018.

GARCIA, L. P. et al. **Violência contra a mulher: feminicídios no Brasil**. Brasília, IPEA. Disponível em: <http://ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 05 fev. 2018.

GILLIGAN, C. **In a different voice: psychological theory and women's development**. Cambridge: Mass.: Harvard University Press, 1982.

HARAWAY, D. Manifesto ciborgue: Ciência, tecnologia e feminismo-socialista no final do século XX. In: TADEU, T. (Org.). **Antropologia do ciborgue: as vertigens do pós-humano**. 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, p. 33-118, 2009.

HARDING, S. **Ciencia y feminismo**. Tradução de Pablo Manzano. Madrid: Ediciones Morata, S.L., 1996.

HAUSMANN, R., TYSON, L., ZAHIDI, S. (Orgs.). **The Global Gender Gap Report**. Colônia/Gênova: World Economic Forum, 2012. Disponível em: <<http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2014>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA **Censo Demográfico 2010: Educação e Deslocamento - resultados da amostra**. Rio de Janeiro: IBGE, p. 1-239, 2010.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA *et al.*
Sistema de Indicadores de Percepção Social: tolerância social à
violência contra as mulheres. Brasília: Ipea, 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA **Retrato
das desigualdades de gênero e raça.** 4. ed. Brasília: Ipea, 2011.

JARAMILLO, I.C. La crítica feminista al derecho. In: WEST,
R. **Gênero y teoría del derecho.** Bogotá: Siglo del Hombre
Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes,
Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, 2000.

LACEY, N. Feminist legal theories and the rights of women. In:
KNOP, K. (Ed.). **Gender and human rights. Collected courses
of the Academy of European Law (XII/2).** Oxford: Oxford
University Press, p. 13-56, 2004.

LAURETIS, T. A tecnologia do gênero. In: HOLLANDA, H. B.
Tendências e impasses: o feminismo como crítica da cultura. Rio
de Janeiro: Rocco, p. 206-242, 1994.

LORETONI, A. Estado de Direito e diferença de gênero. In:
COSTA, P.; ZOLO, D. (Orgs.). **O Estado de Direito:** história,
teoria, crítica. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LOURO, G. Epistemologia feminista e teorização social – desafios,
subversões e alianças. In: ADELMAN, M.; SILVESTRIN, C.
(Orgs.). **Coletânea gênero plural.** Curitiba: Editora UFPR, p. 11-
22.

MACKINNON, C. **Toward a Feminist Theory of the State.** Cambridge: Mass.: Harvard University Press, 1989.

MORRISON, W. Compreender a Filosofia do Direito feminista. In: **Filosofia do Direito: dos gregos ao pós modernismo.** 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 571-613, 2012.

OLSEN, F. El sexo del derecho. In: KAIRYS, David (Ed). **The Politics of Law.** Tradução de Mariela Santoro y Christian Courtis. Nueva York: Pantheon, 1990.

RABENHORST, E. R. O feminismo como crítica do direito. **Revista Eletrônica Direito e Política.** v. 04, n.3, p. 22-35, 2009.

RABENHORST, E. R. **Encontrando a Teoria Feminista do Direito.** Prim@ Facie, v. 09, p. 07-24, 2011.

RUBIN, G. The Traffic in Women: notes of the 'political economy' of sex. In: REITER, Rayna (ed.) **Toward an Anthropology of Women.** New York, MonthlyReview Press, p. 157-210, 1975.

SANTOS, M. F. A construção do corpo da(s) mulher(es) nos discursos de interpretação e aplicação jurídicas. **Revista da Faculdade de Direito da UFMG,** n. 65, p. 549-582, jul./dez. 2014.

SCOTT, J. W. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Porto Alegre: **Educação e Realidade**, v. 20, n. 2, p. 71-99, 1995.

SMART, C. La teoría feminista y el discurso jurídico. In: BIRGIN, H. **El derecho en el gênero y el gênero en el derecho**. Buenos Aires: Editorial Biblos, p. 31-71, 2000.

THINK OLGA. **Chega de FiuFiu: resultado da pesquisa**. Disponível em: <<http://thinkolga.com/2013/09/09/chega-de-fiu-fiu-resultado-da-pesquisa/>>. Acesso em: 12 set. 2017.

TONG, R. P. **Feminist Thought**: a more Comprehensive Introduction. Boulder: West View Press, 1998.

TOUPIN, L. **Les courants de pensée féministe**, p. 01-35, 1998. Version revue du texte Qu'est-ce que le féminisme? Troussé d'information sur le féminisme québécois des 25 dernières années, 1997. Disponível em :< http://classiques.uqac.ca/contemporains/toupin_louise/courants_pensee_feministe/courants_pensee.html>. Acesso em 15 jan. 2018.

WOLLSTONECRAFT, M. **A vindication of the rights of woman**. London: Penguin Books, 1972.

DIREITOS HUMANOS, DIREITO AMBIENTAL E COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

HUMAN RIGHTS, ENVIRONMENTAL LAW AND JURISDICTION OF FEDERAL JUSTICE

Guilherme Calmon Nogueira da Gama¹

RESUMO: O trabalho objetiva abordar o sistema brasileiro de proteção dos direitos humanos, inclusive no segmento do Direito Ambiental, a partir de uma perspectiva da competência da Justiça Federal no julgamento das causas relacionadas à tal temática. Proceder-se-á a análise de regras constitucionais na divisão de competência relacionada à atuação da Justiça Federal para, em seguida, fazer a verificação de alguns julgados brasileiros a respeito do tema.

PALAVRAS-CHAVE: Jurisdição constitucional e divisão de competência; Julgados brasileiros; Sistema de justiça e efetividade.

ABSTRACT: The core of this work is to approach the Brazilian system of protection of human rights, including in the Environmental Law segment, from a perspective of the competence of the Federal Justice in the judgment of the causes related to this subject. The analysis of constitutional rules will be carried out in the division of jurisdiction related to the Federal Justice's action,

¹ Professor Titular de Direito Civil da UERJ, Professor Permanente do PPGD da UNESA/RJ e Professor Titular de Direito Civil do IBMEC/RJ. Mestre e Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro Desembargador do Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF 2). Ex Conselheiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

and then the verification of some Brazilian legal decisions about the subject.

KEYWORDS: Constitutional Jurisdiction and Division of Competence; Brazilian legal decisions; System of justice and effectiveness.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Tribunais Regionais Federais.

3. Justiça Federal de Primeira Instância.

4. Direito concreto.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, no Brasil, vem crescendo a atuação da Justiça Federal como ramo do Poder Judiciário brasileiro na temática relacionada à proteção e promoção dos direitos humanos e do meio ambiente. A mera declaração da existência dos direitos humanos em documentos jurídicos internacionais – via tratados e convenções internacionais – representa apenas uma parcela do sistema jurídico de Direito Internacional dos Direitos Humanos, pois se faz necessário buscar concretamente a efetividade das normas jurídicas que tratam dos direitos humanos. Devido a tal circunstância revela-se importante cuidar, no âmbito do Direito brasileiro, da competência da Justiça Federal e sua relevância em tema de direitos humanos.

A história da Justiça Federal no Brasil se divide em duas fases na República. A primeira se iniciou com o Decreto 848/1890, mantendo-se com a Constituição de 1891, até ser concluída com a promulgação da Constituição de 1937. A segunda fase se iniciou com o advento da Constituição de 1946 (artigo 103), com a previsão do Tribunal Federal de Recursos (TFR) como órgão recursal para as causas em que houvesse interesse da União, além de ter competência originária para as ações rescisórias de seus acórdãos e os mandados de segurança quando a autoridade coatora fosse Ministro de Estado, o próprio Tribunal ou o seu Presidente (artigo 104).

Na primeira fase a estrutura da Justiça Federal era bem simples: o Supremo Tribunal Federal e Juízes inferiores denominados *Juízes de Secção*, inspirada na experiência estadunidense (MENDES, 2009, p. 25). Apesar da previsão na Constituição de 1891 (artigo 55) quanto à possibilidade de o legislador criar tribunais e juízes federais, não houve concretização de tal regra. Em 1937 houve a extinção da Justiça Federal no Brasil. O Tribunal Federal de Recursos foi criado pela Constituição de 1946 para o fim de reduzir a competência do Supremo Tribunal Federal, sendo que o texto constitucional da época ainda previu a criação de outros tribunais federais de recursos, o que não veio a ocorrer. A Constituição de 1967 também previu a criação de outros tribunais federais de recursos (artigo 116, § 1º), inclusive estabelecendo suas futuras sedes em São Paulo e Recife.

Devido ao Ato Institucional 02/1965 e ao advento da Lei n. 5.010/1966, a Justiça Federal de primeira instância ressurgiu e, assim, recebeu os acervos dos feitos que até então vinham

tramitando nas Justiças Estaduais, em especial os das “Varas Privativas da Fazenda Nacional”.

A organização da Justiça Federal na década de 80 foi originada do Anteprojeto da Comissão Afonso Arinos (BULOS, 2015, p. 1367). A Constituição Federal de 1988 inovou ao criar cinco Tribunais Regionais Federais (artigo 27, § 6º, ADCT), com jurisdição e sede estabelecidas na Lei n. 7.727/1989, e manteve a previsão quanto aos Juízes Federais de primeiro grau. O artigo 106, CF, não contempla, contudo, os Juizados Especiais Federais quanto à sua estrutura da Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência, das Turmas Regionais de Uniformização de Jurisprudência e das Turmas Recursais, devido à alteração referente ao artigo 98, I, CF, com a posterior edição da Lei n. 10.259/2001. Em 2013 houve a edição da EC 73 que previu a criação dos Tribunais Regionais Federais da 6ª, 7ª, 8ª e 9ª Regiões. Contudo, em razão de liminar concedida na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.017/DF, houve a suspensão dos efeitos da EC 73/2013.

A Justiça Federal brasileira, relativamente à estrutura dos seus órgãos, é dividida em 5 (cinco) regiões no território nacional de acordo com a previsão contida na Resolução 1/1988, do extinto Tribunal Federal de Recursos. Assim, o TRF da 1ª Região, com sede em Brasília, tem jurisdição sobre o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins. Por sua vez, o TRF da 2ª Região, sediado no Rio de Janeiro, exerce jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo,

enquanto o TRF da 3ª Região, localizado em São Paulo, tem jurisdição sobre os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul. Ainda, o TRF da 4ª Região, cuja sede é em Porto Alegre, exerce jurisdição sobre os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina. Finalmente, o TRF da 5ª Região, sediado em Recife, tem jurisdição sobre os Estados de Pernambuco, Alagoas, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte e Sergipe. A Lei n. 7.727/1989 dispôs sobre a composição inicial dos Tribunais Regionais Federais, criando os cargos de “juízes” dos TRF’s e os respectivos quadros de pessoal.

No ano de 2013 houve a aprovação da EC 73 que criou mais quatro TRF’s com sedes em Curitiba, Belo Horizonte, Salvador e Manaus, sendo que à época houve a previsão na referida Emenda Constitucional do prazo de seis meses para a instalação dos novos Tribunais Regionais Federais. Contudo, devido à liminar concedida pelo Presidente do STF, houve suspensão dos efeitos da referida EC 73, tendo sido invocados os argumentos do vício de iniciativa da EC e do enfraquecimento da independência do Poder Judiciário como relevantes e plausíveis para o reconhecimento do *fumus boni iuris*. Considerou-se, em análise provisória, que toda alteração que possa criar encargos para o Poder Judiciário ou que afete sua estrutura deve ter por iniciativa o órgão jurisdicional competente, segundo a própria Constituição.

Quanto à Justiça Federal de primeira instância, a Justiça Federal foi dividida em seções judiciárias correspondentes às unidades da Federação - Distrito Federal e Estados membros. Há quem critique tal divisão eis que pode gerar prejuízos ao jurisdicionado, pois há casos nos quais, apesar de existir vara

federal mais próxima ao domicílio do autor situado em Estado vizinho ao seu, o autor precisa se dirigir à vara federal de seu próprio Estado, apesar de a Justiça Federal ser uma Justiça da União (CAVALCANTI, 2009, p. 1458).

A Justiça Federal, nos últimos trinta anos, se consolidou no cenário do sistema de justiça do país, não apenas em razão da abrangência de sua competência, mas principalmente devido às várias decisões que vêm repercutindo em termos de políticas públicas em determinadas ações coletivas, além dos julgamentos realizados na jurisdição penal envolvendo crimes contra a Administração Pública federal, contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem tributária, de lavagem de ativos. Assim, por exemplo, tornou-se emblemática a decisão da Justiça Federal no Rio Grande do Sul a respeito da ordem dirigida ao INSS de, na concessão de benefícios previdenciários, não distinguir as famílias homoafetivas das heteroafetivas, bem antes do julgamento do STF ocorrido em 2011. Também são paradigmáticas várias sentenças e alguns acórdãos da Justiça Federal brasileira em casos conhecidos como Operações desenvolvidas pela Polícia Federal, como no exemplo mais recente da Operação “Lava Jato”.

2. TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

A Justiça Federal em segunda instância, a partir da Constituição Federal de 1988, passou a ser composta pelos Tribunais Regionais Federais que, desse modo, substituíram o extinto Tribunal Federal de Recursos. Houve a regionalização da

competência recursal da Justiça Federal, além de se tratar das ações impugnativas contra atos praticados pelos próprios tribunais ou pelos juízes a eles vinculados funcionalmente – sejam os juízes federais, sejam os juízes estaduais no exercício da competência federal delegada. O termo “desembargadores federais” decorre de processo de mutação constitucional ocorrida em razão do passar dos anos desde o advento da CF/88.

A composição dos Tribunais Regionais Federais foi o objeto de atenção do artigo 107, da Constituição Federal, com o mínimo de sete desembargadores federais, escolhidos preferencialmente entre os profissionais da respectiva região, com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos de idade, observado a reserva do quinto constitucional destinado aos membros da advocacia e do Ministério Público Federal (artigo 108, II). Quanto à promoção aos juízes federais ao TRF, manteve-se os critérios da alternância dos critérios de antiguidade e de merecimento, desde que tenha mais de cinco anos de exercício.

A Lei n. 7.727/1989 estabeleceu que os TRFs das 1ª e 3ª Regiões teriam 18 desembargadores, ao passo que os TRFs das 2ª e 4ª Regiões, 14 desembargadores, e o da 5ª Região, 10 desembargadores. Posteriormente houve aumento da composição dos TRFs que, assim, atualmente observa o seguinte quantitativo: a) TRFs das 1ª, 2ª e 4ª Regiões – 27 desembargadores; b) TRF da 3ª Região – 43 desembargadores; c) TRF da 5ª Região – 15 desembargadores. O TRF da 1ª Região é, sem sombra de dúvida, atualmente o mais congestionado, inclusive em razão da abrangência de sua jurisdição, o que motivou a aprovação da EC 73/2013 com a criação de mais quatro Tribunais Regionais. Há

quem defenda a criação de um Tribunal Superior Federal para se proceder à uniformização da interpretação da lei federal no que se refere às questões da competência da Justiça Federal, em especial no âmbito do Direito Tributário e do Direito Administrativo (CAVALCANTI, 2009, p. 1443).

A previsão quanto à eventual recrutamento de juízes fora da região do respectivo TRF, atualmente, é de difícil aplicação prática, mas se justificou quando da elaboração da Constituição Federal de 1988, pois naquela época era bastante limitado o quadro de juízes federais. Na composição original dos Tribunais Regionais Federais houve investidura de juízes federais de seções judiciárias pertencentes a outro Tribunal Regional, como nos exemplos dos TRFs das 2ª e 5ª Regiões exatamente em razão da previsão contida no artigo 107, CF.

A questão da faixa etária – entre 30 e 65 anos de idade – para provimento dos cargos de desembargador federal foi objeto de controvérsia no que tange à hipótese de promoção de juiz federal. O STF acabou se orientando no sentido da desnecessidade de se observar o limite máximo quando se tratava de hipótese de promoção de juiz federal, diversamente do que se verifica em relação às vagas do quinto constitucional. A esse respeito, também houve questionamento sobre, se no caso de promoção por merecimento ao cargo de desembargador, o juiz federal deveria integrar a primeira quinta parte da lista de antiguidade de juízes federais. Também sobre este tema o STF se orientou quanto à inaplicabilidade da regra do artigo 93, II, *b*, CF/88. O STF também concluiu ser legítima a prática de se formar listas quádruplas, nos

casos da existência simultânea de duas vagas para serem providas pelo critério de merecimento.

A respeito do quinto constitucional dos TRFs, devem ser formadas listas sêxtuplas nos órgãos de classe (OAB e MPF), nos termos do artigo 94, CF, de modo a que o respectivo Tribunal Regional Federal consiga constituir a lista tríplice para fins de encaminhamento ao Presidente da República. No caso da vaga do quinto constitucional não se aplica a regra da investidura obrigatória em havendo repetição em três listas consecutivas ou cinco alternadas, pois tal regra constitucional somente é dirigida para os casos de promoção na carreira da magistratura. A forma do cálculo do quinto constitucional, quando não houver número divisível por cinco, deve considerar o arredondamento para cima em favor do preenchimento da vaga pelo quinto constitucional.

A regra do artigo 107, § 1º, CF, ao tratar das remoções e permutas dos juízes e desembargadores, remete à disciplina legal que, no entanto, ainda não ocorreu. O Conselho da Justiça Federal editou regulamentação a respeito, prevendo que ambos os Tribunais Regionais devem autorizar a remoção ou a permuta, sendo que o magistrado transferido de região passará para o final da lista de antiguidade da sua classe – desembargador, juiz federal titular ou juiz federal substituto.

A possibilidade de descentralização das turmas do Tribunal Regional Federal (artigo 107, § 3º, CF) foi introduzida pela EC 45/2004, e veio no movimento de acesso à justiça também no âmbito da justiça federal de 2ª instância. Levando-se em conta que a Justiça Federal tem apenas cinco tribunais regionais federais localizados em Brasília, Rio de Janeiro, São Paulo, Porto Alegre e

Recife, a previsão quanto à implantação de turmas (ou câmaras) regionais permite que haja maior proximidade dos advogados e, em especial do próprio jurisdicionado, no julgamento de suas demandas também pelos órgãos de segundo grau da Justiça Federal. Daí a experiência realizada no Município de Florianópolis por iniciativa do TRF da 4ª Região ser emblemática quanto à efetividade da norma constitucional (CONSULTOR JURÍDICO, “Justiça Federal em SC inaugura sua primeira turma descentralizada”, 4-8-2017).

3. JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A Justiça Federal de primeira instância tem competência em matéria cível e também competência em matéria criminal. A competência dos juízes federais abrange um número razoavelmente amplo de hipóteses em razão da pessoa, da matéria e da função, como bem ressaltam os doutrinadores (MENDES, 2009, p. 31; CARVALHO, 2007, p. 25; PERRINI, 2011, p. 17; BOCHENEK, 2004, p. 95; OLIVEIRA, 2002, p. 32-33).

A Justiça Federal vem se consolidando desde a sua criação – mais especialmente nestes trinta anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 – como uma ferramenta indispensável ao cidadão para fins de realização da justiça, não apenas na competência cível, mas também na competência criminal. Algumas mudanças se fizeram sentir de modo claro no exercício das competências dos juízes federais com a massificação e a coletivização das demandas, com a interiorização das varas e

juízos federais, com a criação e o desenvolvimento dos juizados especiais federais, com a instauração e desfecho de demandas relacionadas aos direitos humanos, com a informatização dos autos, além da maior visibilidade para a sociedade e para a mídia quanto aos casos iniciados e julgados na competência criminal, sendo possível citar as ações penais relacionadas à denominada “Operação Lava Jato”, que já conduziu vários políticos e empresários à prisão – provisória e, em alguns casos, definitiva -, com o emprego de certos instrumentos como a colaboração premiada, redução de penas.

Relativamente à competência em matéria cível dos juízes federais, há as hipóteses de sua determinação em razão da pessoa (artigo 109, I, II e VIII) e em razão da matéria (artigo 109, III e XI), tendo inovado na competência para a disputa sobre direitos indígenas. Com o advento da EC 45/2004, foi acrescentada nova hipótese de competência dos juízes federais de primeira instância nos casos de grave violação de direitos humanos (artigo 109, V-A), introduzindo o incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal (artigo 109, § 5º). Apesar de a novidade, em termos práticos, envolver provavelmente casos relacionados à competência criminal, a regra constitucional, em tese, também abrange as causas cíveis relativas a direitos humanos nos casos de deslocamento da competência da Justiça Estadual para a Justiça Federal. A regra é a competência da Justiça Estadual para as causas relativas a direitos humanos, mas em caso de grave violação de direitos humanos e para o fim de assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pela República brasileira no cenário internacional, o Procurador Geral da República pode requerer, junto ao STJ, o deslocamento da

causa para a Justiça Federal em qualquer fase do caso (inquérito, procedimento preparatório, ação já proposta).

O rol dos casos de competência dos Juízes Federais é taxativo – elenco *numerus clausus* -, não sendo possível que norma infraconstitucional amplie as hipóteses, sem prejuízo, obviamente da legislação infraconstitucional passar a ampliar, por exemplo, os tipos considerados crimes contra o sistema financeiro ou contra a ordem econômico-financeira. A competência em razão da matéria, da pessoa ou da função, como se sabe, é inderrogável – já que absoluta – e, por isso, não se mostra possível a atração de causa da competência da Justiça Federal para outro ramo do Poder Judiciário brasileiro, ainda que sob o fundamento da continência ou conexão.

Relativamente à competência cível em razão da pessoa – critério *ratione personae* -, cabe à Justiça Federal aferir a existência de interesse e de legitimidade da pessoa jurídica (União, suas autarquias, fundações ou empresas públicas), conforme orientação consolidada na Súmula 150, do STJ. Somente estão excepcionadas da competência cível federal em razão da pessoa as causas de falência (Lei n. 11.101/2005, acidentes de trabalho (Lei n. 8.213/1991, artigos 19 a 21) e aquelas sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. A competência referente à Justiça do Trabalho nas causas envolvendo uma pessoa jurídica do artigo 109, I, CF, não era prevista na Constituição revogada, tanto assim o é que havia empregados públicos da União, suas autarquias e fundações (ADCT, artigo 17, § 10). A EC 45/2004 transferiu para a Justiça do Trabalho a competência para os mandados de segurança, *habeas*

corpus e habeas data quando o ato impugnado se relacionar à matéria de sua jurisdição, para as ações de reparação de dano moral e/ou patrimonial decorrente das relações de trabalho, e para as ações referentes à aplicação de penalidades administrativas impostas aos empregadores pela fiscalização das relações de trabalho.

As ações referentes aos conselhos de fiscalização profissional se inserem na competência dos juízes federais em razão da sua condição de autarquias *sui generis* federais, daí haver sido editada a Súmula 66, do STJ. A Caixa de Assistência dos Advogados, por integrar a estrutura da OAB, também atrai a competência dos juízes federais. As Agências Reguladoras – ANP, ANS, ANEEL, ANATEL, entre outras -, por serem classificadas como autarquias federais, também atraem a competência dos juízes federais. O Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), por força da Lei n. 5.648/1970, tem a atribuição de promover a execução das normas de propriedade industrial, em especial o registro de marcas, a concessão de patentes, a averbação de contratos de transferência de tecnologia (*know how*), entre outras medidas e, por isso deve integrar os feitos referentes às ações de nulidade de patente e registro de marcas, razão pela qual atrai a competência dos juízes federais.

Há fundado questionamento sobre a competência para as causas nas quais há a presença do Ministério Público Federal, devendo prevalecer a orientação segundo a qual o MPF integra a União Federal e, por isso, será de competência dos juízes federais as causas ajuizadas pelo Procurador da República desde que, obviamente, se identifique interesse federal na questão litigiosa a

ser resolvida. Os juízes federais não são competentes para as ações nas quais sociedades de economia mista federais sejam partes ou mesmo terceiras interessadas. A condição de sujeito processual – autor, réu, assistente ou oponente – das pessoas jurídicas elencadas no artigo 109, I, CF, abrange qualquer caso de intervenção de terceiro, a despeito da literalidade da regra constitucional (MENDES, 2009, p. 103).

As causas entre Estado estrangeiro (ou organismo internacional) e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País (artigo 109, II, CF) encerra peculiaridade quanto à competência recursal, pois neste caso será o STJ o competente para julgar recurso ordinário contra sentença do juiz federal (artigo 105, II, c, CF).

A competência dos juízes federais para conhecer e julgar mandado de segurança e *habeas data* é determinada em razão da pessoa, levando em conta ficar configurado que o ato foi de autoridade federal e que a causa não é de competência de algum tribunal (TRF, STJ ou STF). Os atos praticados por gestores das pessoas da Administração Pública indireta federal – como sociedades de economia mista e empresas públicas – só são considerados atos de autoridade quando houver delegação de função, como também ocorre nos casos de delegação para pessoa jurídica estadual, municipal, privada ou, mesmo de pessoa física, como nos exemplos dos diretores de escolas particulares ou mesmo reitores de universidades privadas.

As causas de competência cível dos juízes federais em razão da matéria são em número bem mais reduzido, sendo que

algumas hipóteses se relacionam ao Direito Internacional devido à República Federativa do Brasil ter assumido o compromisso internacional de fazer cumprir as normas dos tratados e convenções internacionais, e outras hipóteses se vinculam às pressões de organismos de direitos humanos, como é o exemplo das causas que envolvam disputas sobre direitos indígenas, além das causas referentes à nacionalidade e à naturalização. Quanto ao inciso III, do artigo 109, CF, tem-se considerado ser competente o juiz federal para as causas decorrentes dos denominados “tratados-contratos” nos quais o Brasil se compromete a cooperar no plano internacional através de alguns mecanismos, com por exemplo a cooperação desenvolvida entre as autoridades centrais e os juízes de ligação, como ocorre na Convenção da Haia sobre aspectos civis do Sequestro Internacional de Crianças ou na Convenção da ONU sobre prestação de Alimentos no estrangeiro (e mais recentemente sobre a Convenção sobre a Cobrança Internacional de Alimentos para Crianças e outros membros da Família e o Protocolo sobre a lei aplicável às Obrigações de Prestar Alimentos).

A competência dos juízes federais para as causas que envolvam disputas sobre direitos indígenas (artigo 109, XI, CF) não se restringe à esfera coletiva e ao âmbito cível, abrangendo também a matéria de competência criminal quando o índio for vítima em razão da sua condição indígena. As causas referentes à nacionalidade e à naturalização também são de competência dos juízes federais em razão da matéria, sendo que a Lei n. 818/1949 regulou a aquisição, perda e reaquisição da nacionalidade.

O cumprimento de carta rogatória, após a concessão do *exequatur* pelo STJ, e a execução de sentença estrangeira, após sua

homologação pelo STJ, também são de competência dos juízes federais (artigo 109, X, CF) em razão da função – competência funcional no sentido vertical. É apenas relevante a ressalva de que as cartas rogatórias não são hábeis para realização de atos de constrição de bens ou de prisão de pessoas, devido à soberania dos Países e, por isso, para tais atos deverá haver a homologação de sentença estrangeira que, por sua vez, não pode ser ofensiva à soberania nacional e à ordem pública.

Relativamente à competência referente à jurisdição penal, os juízes federais são competentes para conhecer e julgar as ações relativas aos crimes previstos em tratados ou convenções internacionais cuja execução tenha ocorrido no território brasileiro, sendo que uma das fases se relaciona a outro território, tais como ocorre no tráfico internacional de entorpecentes e no tráfico internacional de pessoas (especialmente mulheres e crianças), além dos casos de divulgação de imagens pornográficas na rede mundial de computadores, hipóteses nas quais o agente hospeda sítio eletrônico em outro País, veiculando fotos ou cenas de sexo explícito envolvendo criança e adolescente (OLIVEIRA, 2002, p. 87-88). Também são competentes os juízes federais para os crimes relacionados aos bens e interesses da União, suas autarquias, fundações e empresas públicas (artigo 109, IV, CF) e a determinados bens jurídicos fundamentais para a higidez da economia e da proteção a determinados direitos humanos, tais como ocorre nos crimes contra o sistema financeiro, a ordem econômica e a organização do trabalho.

Além dessas, também há competência dos juízes federais para o julgamento dos crimes políticos – contra a segurança nacional (fruto de tradição no Direito brasileiro) –, dos crimes perpetrados a bordo de navios ou aeronaves (nacionais ou estrangeiras), com exceção das infrações de competência da Justiça Militar, e dos crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro em território nacional (devido à política de imigração, ou seja atingem interesses e serviços tutelados pela União). Os crimes políticos são os que lesam ou expõem a perigo de lesão a integridade territorial do País e a soberania nacional, o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, a pessoa dos Chefes dos Poderes da União (PERRINI, 2011, p. 176).

Os §§ 1º e 2º, do artigo 109, CF, cuidam da competência territorial dos juízes federais nas ações nas quais a União for autora ou ré, considerando a atuação da Advocacia Geral da União – órgão de representação processual – em todo o território nacional. Desse modo, se a União for autora da ação, a demanda deverá ser ajuizada no foro de domicílio da parte ré, ao passo que se a União for ré o autor poderá optar em ajuizar a demanda no foro do seu domicílio, no foro do ato ou do fato litigioso, no foro da localização do bem ou no Distrito Federal. Tais regras objetivam dar efetividade ao princípio da igualdade material no processo em que a União for parte, pois se sabe que a parte contrária não tem as mesmas condições da União no que se refere à sua representação processual em todo o território nacional. Nas ações que objetivem a obtenção de benefício previdenciário (Regime Geral da Previdência Social), e o local seja sede comarca na qual não haja vara da Justiça Federal, é prevista a competência delegada dos juízes estaduais do foro do

domicílio do autor da demanda, sendo que eventual recurso contra decisões e sentenças será de competência do Tribunal Regional Federal da respectiva área (artigo 109, §§ 3º e 4º, CF). Neste caso considera-se que, mesmo que a localidade tenha sido abrangida pela jurisdição de uma vara federal localizada em comarca contígua, a competência delegada existirá em favor do juiz estadual, pois apenas se exclui a competência delegada se a comarca for sede de vara da Justiça Federal. Ademais, trata-se de uma faculdade da parte autora, pois é possível a opção pelo ajuizamento da ação perante o foro da vara federal cuja sede não seja na comarca, não sendo o caso de o juiz federal declinar de sua competência em favor do juiz estadual que exerça jurisdição na comarca onde for domiciliada a parte autora.

4. DIREITO CONCRETO

Este item tem por objetivo apresentar e analisar alguns casos julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito da competência da Justiça Federal relativa ao tema de direitos humanos. O primeiro deles refere-se ao crime de homicídio do Promotor de Justiça Thiago Soares no âmbito de investigações que o profissional realizava quanto às ações de grupo de extermínio no Estado de Pernambuco. É oportuna a transcrição de parte significativa da Ementa do referido julgado:

INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA. HOMICÍDIO INSERIDO EM CONTEXTO DE GRUPOS DE EXTERMÍNIO. GRAVE VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS. CONFIGURAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES DECORRENTES DE TRATADO INTERNACIONAL. ESTADO-MEMBRO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DE APURAR VIOLAÇÕES E RESPONSABILIZAR O(S) CULPADO(S). EXCEPCIONALIDADE DEMONSTRADA. DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA QUE SE MOSTRA DEVIDO. 1. A Emenda Constitucional n. 45, de 31.12.2004, relativa à reforma do Poder Judiciário, inseriu no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de deslocamento da competência originária para a investigação, o processamento e o julgamento dos crimes praticados com grave violação de direitos humanos, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte. 2. A Terceira Seção deste Superior Tribunal explicitou que os requisitos do incidente de deslocamento de competência são três: a) grave violação de direitos humanos; b) necessidade de assegurar o cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; c) incapacidade – oriunda de inércia, omissão, ineficácia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais e/ou materiais etc. – de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, levar a cabo, em

toda a sua extensão, a persecução penal (IDC n. 1/PA, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado em 8.6.2005, DJ 10.10.2005). 3. A violação de direitos humanos que enseja o deslocamento de competência, além de grave, deve ser relacionada a obrigações decorrentes de tratados internacionais dos quais o Brasil seja parte. 4. Para o deslocamento da competência, deve haver demonstração inequívoca de que, no caso concreto, existe ameaça efetiva e real ao cumprimento de obrigações assumidas por meio de tratados internacionais de direitos humanos firmados pelo Brasil, resultante de inércia, negligência, falta de vontade política ou de condições reais de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, proceder à devida persecução penal. 5. A confiabilidade das instituições públicas envolvidas na persecução penal – Polícia, Ministério Público, Poder Judiciário – , constitucional e legalmente investidas de competência originária para atuar em casos como o presente, deve, como regra, prevalecer, ser apoiada e prestigiada. 6. O incidente de deslocamento de competência não pode ter o caráter de *prima ratio*, de primeira providência a ser tomada em relação a um fato (por mais grave que seja). Deve ser utilizado em situações excepcionalíssimas, em que efetivamente demonstrada a sua necessidade e a sua imprescindibilidade, ante provas que revelem descaso, desinteresse, ausência de vontade política, falta de condições pessoais e/ou materiais das

instituições – ou de uma ou outra delas – responsáveis por investigar, processar e punir os responsáveis pela grave violação a direito humano, em levar a cabo a responsabilização dos envolvidos na conduta criminosa, até para não se esvaziar a competência da Justiça Estadual e inviabilizar o funcionamento da Justiça Federal. 7. A ideia de excepcionalidade do incidente não pode, contudo, ser de grandeza tal a ponto de criar requisitos por demais estritos que acabem por inviabilizar a própria utilização do instituto de deslocamento. 8. O caso dos autos aponta fatores relacionados à região onde ocorreu a morte do Promotor de Justiça estadual Thiago Faria Soares, com indicativos de que o assassinato provavelmente resultou da ação de grupos de extermínio que atuam no interior do Estado de Pernambuco (como tantos outros que ocorreram na região conhecida como "Triângulo da Pistolagem", situada no agreste pernambucano), bem como ao certo e notório conflito institucional que se instalou, inarredavelmente, entre os órgãos envolvidos com a investigação e a persecução penal dos ainda não identificados autores do crime noticiado. (...) 10. O pedido de deslocamento de competência encontra-se fundamentado em afronta a tratado internacional de proteção a direitos humanos. O direito à vida, previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San Jose da Costa Rica), é a pedra basilar para o exercício dos demais direitos humanos. O julgamento justo, imparcial e em prazo razoável é, por seu turno,

garantia fundamental do ser humano, previsto, entre outros, na referida Convenção, e dele é titular não somente o acusado em processo penal, mas também as vítimas do crime (e a sociedade em geral) objeto da persecução penal, dada a redação ampliativa dada ao inciso LXXVIII do artigo 5º da CF: "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". Ademais, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem, reiteradamente, asseverado que a obrigação estatal de investigar e punir as violações de direitos humanos deve ser empreendida pelos Estados de maneira séria e efetiva, dentro de um prazo razoável. 11. No caso vertente, encontram-se devidamente preenchidos todos os requisitos constitucionais que autorizam e justificam o pretendido deslocamento de competência, porquanto evidenciada a incontornável dificuldade do Estado de Pernambuco de reprimir e apurar crime praticado com grave violação de direitos humanos, em descumprimento a obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é parte. 12. Incidente de deslocamento de competência julgado procedente, para que seja determinada a imediata transferência do Inquérito Policial n. 07.019.0160.00158/2013-1.1 para a Polícia Federal, sob o acompanhamento e controle do Ministério Público Federal, e sob a jurisdição, no que depender de sua intervenção, da Justiça

Federal, Seção Judiciária de Pernambuco.
(STJ, IDC 5/PE, rel. min. Rogério Schietti
Cruz, j. 13-8-2014, *DJe* 1-9-2014).

Tal caso, julgado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça no Incidente de Deslocamento de Competência n. 5, revela a ausência de condições dos órgãos estaduais de Pernambuco de apurar e efetivamente reprimir crime perpetrado em grave violação aos direitos humanos, devido à identificação de elementos que apontavam para homicídio praticado por grupo de extermínio no interior do Estado de Pernambuco em localidade conhecida como “Triângulo da Pistolagem”. Considerou-se a presença dos requisitos constitucionais que autorizaram o deslocamento da competência da justiça estadual para a justiça federal, a saber: i) grave violação de direitos humanos; ii) indispensabilidade do cumprimento, pelo Brasil, de obrigações decorrentes de tratados internacionais; c) inviabilidade – oriunda de inércia, omissão, ineficácia, negligência, falta de vontade política, de condições pessoais e/ou materiais etc. – de o Estado-membro, por suas instituições e autoridades, conseguir conduzir, em toda a sua extensão, a persecução penal relativamente ao caso.

Mas, além da competência da Justiça Federal decorrente da procedência do incidente de deslocamento de competência em caso de graves violações aos direitos humanos, há hipóteses já julgadas que se referem à apuração e responsabilização dos agentes por violações a direitos humanos de competência originária da Justiça Federal. Veja o seguinte caso relativo à redução da pessoa à condição análoga à de escravo:

Recurso extraordinário. Constitucional. Penal. Processual Penal. Competência. Redução a condição análoga à de escravo. Conduta tipificada no artigo 149 do Código Penal. Crime contra a organização do trabalho. Competência da Justiça Federal. Artigo 109, inciso VI, da Constituição Federal. Conhecimento e provimento do recurso. 1. O bem jurídico objeto de tutela pelo artigo 149 do Código Penal vai além da liberdade individual, já que a prática da conduta em questão acaba por vilipendiar outros bens jurídicos protegidos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e previdenciários, indistintamente considerados. 2. A referida conduta acaba por frustrar os direitos assegurados pela lei trabalhista, atingindo, sobretudo, a organização do trabalho, que visa exatamente a consubstanciar o sistema social trazido pela Constituição Federal em seus arts. 7º e 8º, em conjunto com os postulados do artigo 5º, cujo escopo, evidentemente, é proteger o trabalhador em todos os sentidos, evitando a usurpação de sua força de trabalho de forma vil. 3. É dever do Estado (lato sensu) proteger a atividade laboral do trabalhador por meio de sua organização social e trabalhista, bem como zelar pelo respeito à dignidade da pessoa humana (CF, artigo 1º, inciso III). 4. A conjugação harmoniosa dessas circunstâncias se mostra hábil para atrair para a competência

da Justiça Federal (CF, artigo 109, inciso VI) o processamento e o julgamento do feito. 5. Recurso extraordinário do qual se conhece e ao qual se dá provimento. (STF, RE 459510/MT, rel. Min. Dias Toffoli, j. 26-11-2015, *DJe* de 11-4-2016).

Neste caso concreto, devido à incidência da regra constitucional do artigo 109, VI, CF, o Supremo Tribunal Federal considerou que a conduta violou claramente a dignidade da pessoa humana e os direitos trabalhistas e previdenciários da vítima do crime previsto no artigo 149, CP e, por isso, a competência é da Justiça Federal para conhecimento e julgamento da ação penal referente à imputação de redução da vítima à condição análoga à de escravo.

Em outra hipótese concreta, também apreciada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Recurso Extraordinário, reconheceu-se a competência da Justiça Federal em relação a crime ambiental transnacional que envolvia o envio de animais silvestres brasileiros para o exterior. Mostra-se oportuna a transcrição de parte substancial da ementa do julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL TRANSNACIONAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO RECONHECIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE DÁ PROVIMENTO. 1. As florestas, a fauna e a

flora restam protegidas, no ordenamento jurídico inaugurado pela Constituição de 1988, como poder-dever comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigo 23, VII, da Constituição da República). (...) 3. A competência de Justiça Estadual é residual, em confronto com a Justiça Federal, à luz da Constituição Federal e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 4. A competência da Justiça Federal aplica-se aos crimes ambientais que também se enquadrem nas hipóteses previstas na Constituição, a saber: (a) a conduta atentar contra bens, serviços ou interesses diretos e específicos da União ou de suas entidades autárquicas; (b) os delitos, previstos tanto no direito interno quanto em tratado ou convenção internacional, tiverem iniciada a execução no país, mas o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro - ou na hipótese inversa; (c) tiverem sido cometidos a bordo de navios ou aeronaves; (d) houver grave violação de direitos humanos; ou ainda (e) guardarem conexão ou continência com outro crime de competência federal; ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral, conforme previsão expressa da Constituição. 5. As violações ambientais mais graves recentemente testemunhadas no plano internacional e no Brasil, repercutem de modo devastador na esfera dos direitos humanos e fundamentais de comunidades inteiras. E as graves infrações ambientais podem constituir, a um só tempo,

graves violações de direitos humanos, máxime se considerarmos que o núcleo material elementar da dignidade humana “é composto do mínimo existencial, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade”. (...) 7. (a) Os compromissos assumidos pelo Estado Brasileiro, perante a comunidade internacional, de proteção da fauna silvestre, de animais em extinção, de espécimes raras e da biodiversidade, revelaram a existência de interesse direto da União no caso de condutas que, a par de produzirem violação a estes bens jurídicos, ostentam a característica da transnacionalidade. (b) Deveras, o Estado Brasileiro é signatário de Convenções e acordos internacionais como a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América (ratificada pelo Decreto Legislativo nº 3, de 1948, em vigor no Brasil desde 26 de novembro de 1965, promulgado pelo Decreto nº 58.054, de 23 de março de 1966); a Convenção de Washington sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e da Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES ratificada pelo Decreto-Lei nº 54/75 e promulgado pelo Decreto nº 76.623, de novembro de 1975) e a Convenção sobre Diversidade Biológica CDB (ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 8 de fevereiro de 1994), o que destaca o seu

inequívoco interesse na proteção e conservação da biodiversidade e recursos biológicos nacionais. (c) A República Federativa do Brasil, ao firmar a Convenção para a Proteção da Flora, da Fauna e das Belezas Cênicas Naturais dos Países da América, em vigor no Brasil desde 1965, assumiu, dentre outros compromissos, o de “tomar as medidas necessárias para a superintendência e regulamentação das importações, exportações e trânsito de espécies protegidas de flora e fauna, e de seus produtos, pelos seguintes meios: a) concessão de certificados que autorizem a exportação ou trânsito de espécies protegidas de flora e fauna ou de seus produtos”. (d) Outrossim, o Estado Brasileiro ratificou sua adesão ao Princípio da Precaução, ao assinar a Declaração do Rio, durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (RIO 92) e a Carta da Terra, no “Fórum Rio+5”; com fulcro neste princípio fundamental de direito internacional ambiental, os povos devem estabelecer mecanismos de combate preventivos às ações que ameaçam a utilização sustentável dos ecossistemas, biodiversidade e florestas, fenômeno jurídico que, a toda evidência, implica interesse direto da União quando a conduta revele repercussão no plano internacional. 8. A ratio essendi das normas consagradas no direito interno e no direito convencional conduz à conclusão de que a transnacionalidade do crime ambiental,

voltado à exportação de animais silvestres, atinge interesse direto, específico e imediato da União, voltado à garantia da segurança ambiental no plano internacional, em atuação conjunta com a Comunidade das Nações. 9. (a) Atrai a competência da Justiça Federal a natureza transnacional do delito ambiental de exportação de animais silvestres, nos termos do artigo 109, IV, da CF/88; (b) In casu, cuida-se de envio clandestino de animais silvestres ao exterior, a implicar interesse direto da União no controle de entrada e saída de animais do território nacional, bem como na observância dos compromissos do Estado brasileiro perante a Comunidade Internacional, para a garantia conjunta de concretização do que estabelecido nos acordos internacionais de proteção do direito fundamental à segurança ambiental. 10. Recurso extraordinário a que se dá provimento, com a fixação da seguinte tese: “Compete à Justiça Federal processar e julgar o crime ambiental de caráter transnacional que envolva animais silvestres, ameaçados de extinção e espécimes exóticas ou protegidas por Tratados e Convenções internacionais”. (STF, RE 835558/SP, rel. min. Luiz Fux, j. 9-2-2017, *DJe* de 7-8-2017).

O caso acima transcrito referiu-se ao envio de animais silvestres para o exterior, tendo o STF pronunciado a competência da Justiça Federal com fulcro no artigo 109, IV, CF (“infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesses da

União”) devido aos compromissos internacionais assumidos pela República brasileira e em razão da prática de crimes ambientais transnacionais representarem violações na esfera dos direitos humanos, levando em conta especialmente o núcleo material elementar da dignidade da pessoa humana composto do mínimo existencial – composto pelos bens e utilidades para a subsistência física e fundamental para o exercício da liberdade.

Os três casos acima analisados retratam a importância da atuação da Justiça Federal no segmento relativo à proteção e promoção dos direitos humanos sob o viés da efetividade. Relativamente às garantias constitucionais referentes ao processo, o momento atual desvela a necessidade de o sistema de justiça atuar eficaz e prontamente para a solução das questões que cheguem ao seu conhecimento para julgamento. Daí a necessidade do aperfeiçoamento do sistema de justiça como um todo com o emprego de instrumentos, procedimentos, mecanismos de produção de prova cada vez mais desenvolvidos, inclusive no campo da cooperação jurídica internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A experiência brasileira em matéria de proteção e promoção dos direitos humanos e dos direitos ambientais ainda se revela bastante distante do modelo ideal para fins de promover a efetividade da solução judicial. De todo modo algumas conclusões se revelam fundamentais na direção do atingimento do referido modelo perfeito de tutela jurídica dos direitos humanos e

ambientais: a) a consolidação do modelo democrático de Estado e, conseqüentemente, da sociedade civil; b) a repartição das competências jurisdicionais, notadamente com a previsão dos casos de competência da Justiça Federal em matéria de direitos humanos, inclusive por meio do incidente de deslocamento de competência nos casos de grave violação a direitos humanos; c) o aperfeiçoamento do sistema de justiça com a clareza das regras de competência, a especialização dos órgãos jurisdicionais de primeira e segunda instâncias, além da busca de concretizar a razoável duração do processo.

O trajeto para a obtenção do modelo ideal de funcionamento do sistema de proteção dos direitos humanos via atuação dos órgãos do Poder Judiciário brasileiro está em curso, talvez ainda em patamar inicial, mas sem dúvida apresenta características que revelam a correção de rumos anteriormente seguidos. Oxalá que as próximas gerações brasileiras e mundiais possam vivenciar um modelo de proteção e promoção efetivas dos direitos humanos e ambientais no planeta Terra, pois somente assim a civilização humana terá motivos para se orgulhar no que tange aos mecanismos de funcionamento do sistema jurídico que envolve a tutela dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

BOCHENEK, Antônio César. **Competência cível da justiça federal e dos juizados especiais cíveis**. São Paulo: RT, 2004.

BRASIL, STF, RE 835558/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 9-2-2017, *DJe* de 7-8-2017.

BRASIL, STF, RE 459510/MT, rel. Min. Dias Toffoli, j. 26-11-2015, *DJe* de 11-4-2016.

BRASIL, STJ, IDC 5/PE, rel. Min. Rogério Schietti Cruz, j. 13-8-2014, *DJe* 1-9-2014.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Vladimir Souza. **Competência da Justiça Federal**. 7. ed. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2007.

CAVALCANTI, Francisco. Artigos 106 a 110. In: BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura (coords.). **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CONSULTOR JURÍDICO. “Justiça Federal em SC inaugura sua primeira turma descentralizada”, 4-8-2017, visitado em 20.07.2018.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro. **Competência cível da justiça federal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2009.

OLIVEIRA, Roberto da Silva. **Competência criminal da Justiça Federal.** São Paulo: RT, 2002.

PERRINI, Raquel Fernandez. **Competência da Justiça Federal.** Salvador: JusPodium, 2011, p. 17

REFLEXÕES SOBRE A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS INDÍGENAS 30 ANOS APÓS A CONSTITUIÇÃO DE 1988

THOUGHTS ON THE LEGAL PROTECTION OF INDIGENOUS 30 YEARS AFTER THE CONSTITUTION OF 1988

Camila Graça Camatta¹
Pedro Curvello Saavedra Avzaradel²

RESUMO: O presente artigo possui o objetivo trazer um panorama da proteção constitucional dos povos originários, também conhecidos como indígenas, com destaque para a demarcação das terras que tradicionalmente ocupam, 30 anos após a vigência da Constituição Federal de 1988. Para realizar tal análise serão analisados os principais marcos legais, e constitucionais sobre o tema, bem como os principais julgados da Suprema Corte nesta seara. Como veremos apesar dos avanços com a Constituição Cidadã, na prática a garantia dos direitos constitucionais desses povos segue morosa e repleta de obstáculos.

PALAVRAS-CHAVE: Povos originários; Constituição Federal; Procedimento demarcatório.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF).

² Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-Doutor em Direito Ambiental pela Universidade Paris I Panthéon Sorbonne, com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES/BRASIL). E-mail: pedroavzaradel@id.uff.br

ABSTRACT: The purpose of this article is to provide an overview of the constitutional protection of native people, also known as indigenous people, especially the demarcation of the lands they traditionally occupy, 30 years after the 1988 Federal Constitution. To carry such analysis will be considered the main legal frameworks, and constitutional issues on the subject as well as the legal decisions of the Supreme Court in this area. As we will see in spite of the advances with the Citizen Constitution, in practice the guarantee of the constitutional rights of these people remains too slow and filled of obstacles.

KEYWORDS: Original people; Federal Constitution; Demarcatory procedure.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. O instituto do indigenato no direito brasileiro e a importância para a demarcação das terras indígenas.

3. Procedimento para a demarcação das terras indígenas previsto no Decreto 1.775/96.

4. Natureza jurídica do decreto que reconhece a demarcação das terras indígenas. 5. As salvaguardas constitucionais previstas pelo Supremo Tribunal Federal e a tese do marco temporal.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil destinou um capítulo próprio para o tratamento da temática dos povos indígenas e sistematizou uma série de garantias em seu texto

para a proteção destes povos. Tais direitos são frutos de diversas lutas e articulações tanto dos povos indígenas quanto de setores da sociedade civil e representam uma grande conquista, já que a tutela constitucional se mostra como um mecanismo, ao menos do ponto de vista teórico, assecuratório de direitos e garantias para estes povos.

A Constituição Cidadã deixou de lado a visão integracionista que os textos constitucionais anteriores tinham previsto e assumiu como princípio da República Federativa do Brasil a “autodeterminação dos povos” (artigo 4, III, CF). Com isto, foi garantido aos povos indígenas a possibilidade de utilizar no ensino fundamental, sua língua materna e processos próprios de aprendizagem para assegurar o respeito a valores culturais e artísticos, tanto nacionais quanto regionais (artigo 210, CF). Igualmente, o Estado brasileiro se comprometeu em proteger as manifestações culturais populares, indígenas e afro-brasileiras (artigo 215, CF). Neste ponto, a Constituição Federal visa dar suporte para a permanência das tradições que são próprias dos povos indígenas. Sobre o substantivo índios e seu alcance, vale trazer à baila o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, segundo o qual:

O substantivo “índios” é usado pela Constituição Federal de 1988 por um modo invariavelmente plural, para exprimir a diferenciação dos aborígenes por numerosas etnias. Propósito constitucional de retratar uma diversidade indígena tanto interétnica

quanto intra-étnica. Índios em processo de aculturação permanecem índios para o fim de proteção constitucional. Proteção constitucional que não se limita aos silvícolas, estes, sim, índios ainda em primitivo estágio de habitantes da selva (BRASIL, 2009a).

A Constituição estabelece a União como ente competente para legislar sobre populações indígenas (artigo 22, XIV), e atribui a este ente o domínio das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios (artigo 20, IX). Recentemente, foi editado o Decreto 7.747/12 | Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012, que estabelece a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas, tendo em conta o direito à consulta prévia, livre e informada dos povos indígenas sobre os projetos e ações no território que ocupam em consonância com a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho.

Para maior proteção dos interesses dos povos originários a Constituição Federal inseriu dentre as funções institucionais do Ministério Público a defesa dos direitos e interesses dessas populações (artigo 129, V), e atribuiu competência aos juízes federais para julgar disputas sobre direitos indígenas (artigo 109, XI).

O Capítulo VIII, que versa especificamente sobre os direitos dos povos indígenas, está inserido dentro do Título VIII da Constituição Federal, que se destina ao tratamento da temática da Ordem Social. Tal capítulo contém dois artigos que são fundamentais para a defesa dos direitos destes povos. Os artigos 231 e 232.

Prevê o artigo 231:

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

§ 1º São terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

§ 2º As terras tradicionalmente ocupadas pelos índios destinam-se a sua posse permanente, cabendo-lhes o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes.

§ 3º O aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais em terras indígenas só podem ser efetivados com autorização do Congresso Nacional, ouvidas as comunidades afetadas, ficando-lhes assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei.

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

§ 5º É vedada a remoção dos grupos indígenas de suas terras, salvo, ad referendum do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato logo que cesse o risco.

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé.

Em sua sistemática, o artigo reconhece aos índios o direito de perpetuarem sua cultura, seu modo de vida e reconhece o direito originário que os povos indígenas possuem sobre as terras que tradicionalmente ocuparam. Este artigo também confere à União a competência de demarcar tais terras e fazer respeitar todos os seus bens, tanto materiais quanto imateriais.

José Afonso da Silva (2010, p. 858) em análise sobre a temática de proteção das terras indígenas afirma,

A outorga constitucional dessas terras ao domínio da União visa precisamente preservá-las e manter o vínculo que se acha embutido na norma, quando fala que são bens da União as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, ou seja, cria-se aí uma *propriedade vinculada* ou *propriedade reservada* com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras *inalienáveis e indisponíveis*, e os direitos sobre elas são *imprescritíveis*.

A proteção das terras indígenas está intimamente ligada com a manutenção e preservação da cultura e do modo de vida próprio dos povos indígenas, por isto a Constituição Federal trouxe uma regulamentação própria para proteção destas terras. Para Carvalho Filho (2010, p. 1226) estas terras são afetadas com finalidade de proteção da cultura, integridade e interesse social na manutenção destes povos. Vale aqui trazer o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito:

A importância jurídica da demarcação administrativa homologada pelo Presidente da República - ato estatal que se reveste de presunção *juris tantum* de legitimidade e de veracidade - reside na circunstância de que as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, embora pertencentes ao patrimônio da

União (CF, artigo 20, XI), acham-se afetadas, por efeito de destinação constitucional, a fins específicos voltados, unicamente, à proteção jurídica, social, antropológica, econômica e cultural dos índios, dos grupos indígenas e das comunidades tribais.

[...]

A Carta Política, com a outorga dominial atribuída à União, criou, para esta, uma propriedade vinculada ou reservada, que se destina a garantir aos índios o exercício dos direitos que lhes foram reconhecidos constitucionalmente (CF, artigo 231, §§ 2º, 3º e 7º), visando, desse modo, a proporcionar às comunidades indígenas bem-estar e condições necessárias à sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições (BRASIL, 2009b).

As terras indígenas possuem previsão legal diferente daquela prescrita no Código Civil para os bens imóveis devido a necessidade de maior proteção destas terras, com isto, os institutos clássicos dos direitos reais não têm aplicação para estas terras, já que a sua proteção visa a proteção de um interesse social.

Desta forma, as terras indígenas são imprescritíveis, que é o regime jurídico que resguarda os bens públicos da prescrição aquisitiva provinda da usucapião, desta forma, as terras indígenas não serão adquiridas por meio da posse ininterrupta (CARVALHO FILHO, 2010, p.1171). Em relação ao atributo da inalienabilidade, significa dizer que a própria Constituição decidiu preservar a utilização deste bem, sem que possa ser disponível, ou seja, não

pode ser vendido nem negociado, nem mesmo por força de lei ordinária, como acontece com os demais bens públicos (CARVALHO FILHO, 2010, p. 1170).

Mesmo o aproveitamento de recursos estratégicos para o Estado está sujeito a diversas restrições constitucionais. Conforme Avzaradel (2016, p. 164):

Veda-se no Texto Maior a remoção dos povos indígenas das terras tradicionalmente por eles habitadas, "salvo, "ad referendum" do Congresso Nacional, em caso de catástrofe ou epidemia que ponha em risco sua população, ou no interesse da soberania do País, após deliberação do Congresso Nacional, garantido, em qualquer hipótese, o retorno imediato tão logo cesse o risco" (§ 5o).

Pela leitura do dispositivo parece claro que os indígenas apenas poderão ser removidos de suas terras em caráter excepcional e temporário, quando houver risco grave o bastante para o eles ou para a soberania do país (por exemplo, em regiões de fronteira), o que reforça o dever do Estado de respeitar a posse e o uso por eles das terras que tradicionalmente habitam.

O artigo 231 sujeita à aprovação pelo Congresso Nacional e à oitiva das comunidades indígenas afetadas "o aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, a pesquisa e a lavra das riquezas minerais" em suas terras,

sendo-lhes "assegurada participação nos resultados da lavra, na forma da lei" (§ 3º).

Ou seja, a Carta Constitucional elencou entre os direitos indígenas o direito a posse sobre suas terras e o direito de usufruto, ou seja, é exclusividade destes povos se valer das riquezas advindas do solo, dos rios e dos lagos que se situam nestas terras.

O artigo 232 da CFRB atribuiu aos índios, suas comunidades e organizações, capacidade postulatória para ingressar em juízo, sendo que o Ministério Público será chamado para intervir em todos os atos do processo como fiscal da lei. Desta forma a Constituição Federal concede aos povos indígenas a possibilidade de participar, não como figuras a serem tuteladas, mas com *jus postulandi* para a defesa de seus interesses e direitos.

Letra morta, o artigo 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu um prazo de 5 anos para que as terras indígenas fossem demarcadas, o que de fato, nunca ocorreu. Não obstante a importância de tal instituto para a proteção dos povos indígenas, ea despeito de todos os avanços positivados texto Constitucional, a concretização deste direito esbarra em diversos empecilhos que expõem estes povos a variadas formas de violência.

A demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios é tema de longos debates tanto na doutrina quanto nas cortes brasileiras, sendo um dos principais assuntos em relação aos mecanismos de defesa e proteção aos povos indígenas.

2. O INSTITUTO DO INDIGENATO NO DIREITO BRASILEIRO E A IMPORTÂNCIA PARA A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

Para compreender o texto constitucional, no que tange ao reconhecimento do direito originário dos povos indígenas às terras que tradicionalmente ocuparam, é necessário recorrer ao instituto do indigenato e o seu conceito.

O indigenato é instituto luso-brasileiro desenvolvido por João Mendes de Almeida Júnior em 1912, o autor analisa os direitos territoriais indígenas com base nas atividades desenvolvidas antes da chegada dos portugueses, afirmando que o acesso à terra pelos povos indígenas é um direito originário e congênito e que independe de qualquer outro título para ser legitimado.

Conforme afirma em seu livro “Os indígenas no Brasil seus direitos individuais e políticos” (ALMEIDA JÚNIOR, 1912, p. 58),

[...] o indigenato é um título congênito, ao passo que a ocupação é um título adquirido. Com quanto o indigenato não seja a única verdadeira fonte jurídica da posse territorial, todos reconhecem que é, na frase do Alv. de 1º de Abril de 1680, << a primária, naturalmente e virtualmente reservada >>, ou, na frase de Aristoteles (Polit. 1, n. 8). Por conseguinte, o indigenato não é um facto dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como facto posterior, depende de

requisitos que a legitimem [...]ora, a ocupação, como título de aquisição, só póde ter por objecto as cousas que nunca tiveram dono, ou que foram abandonadas por seu antigo dono. A ocupação é uma *apprehensio rei nullius* (confiram-se os civilistas com referencia ao Dig., til. De acq. rerum domin., L. 3, e tit. de acq. vel. amitt. poss., L. 1); ora, as terras de indios, congenitamente apropriadas, não podem ser consideradas nem como *res nullius*, nem como *res derelictae*; por outra, não se concebe que os indios tivessem adquirido, por simples ocupação, aquilo que lhes é congênito e primario, de sorte que, relativamente aos indios estabelecidos, não ha uma simples posse, ha um titulo immediato de domínio; não ha, portanto, posse a legitimar, ha dominio a reconhecer e direito originario e preliminarmente reservado.

Afirma o autor que as terras ocupadas pelos índios não se confundem com *res nullius* ou *res derelicta*, eles são, de fato, os primeiros ocupantes destas terras, e, por isto, prescinde de título constitutivo a apuração do domínio destas áreas, sendo necessário somente o reconhecimento de um direito que é originário e anterior a qualquer outro direito que repouse sobre estas áreas.

O reconhecimento do direito originário dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocuparam faz menção ao Alvará Régio de 1 de Junho de 1680, primeiro estatuto jurídico que garantiu aos povos indígenas o direito de se fixarem nas terras sem sofrerem realocações por serem “naturais senhores delas”.

O instituto do indigenato compreende a terra indígena como um direito originário, que antecede e prevalece sobre qualquer outro título de natureza civil. Conforme afirma José Afonso da Silva (2010, p. 861),

o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si não é um fato dependente de sua legitimação, ao passo ocupação, como dato posterior, depende de requisitos que a legitimem. (...) O reconhecimento do direito dos índios ou comunidades indígenas à posse permanente das terras por eles ocupadas, nos termos do artigo 231, § 2º, independe de sua demarcação, e cabe ser assegurada pelo órgão federal competente, atendendo à situação atual e ao consenso histórico.

Partindo deste pressuposto, para que as comunidades indígenas tenham suas terras demarcadas é realizado um procedimento especial, com a aplicação de uma regulamentação própria exercido pelo poder executivo com atuação do Ministro da Justiça e do Presidente da República, que será visto adiante.

No ordenamento jurídico brasileiro, incluindo a Constituição Federal e o Estatuto do Índio, foi positivado tal instituto, que garante aos povos indígenas o direito de

permanecerem nas terras que tradicionalmente ocuparam (FREITAS, p. 58).

Segundo o artigo 231 da Constituição Federal, este direito recai sobre quatro esferas: as terras habitadas em caráter permanente; as terras utilizadas para atividades produtivas; as terras imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários ao bem-estar dos índios; as terras necessárias à reprodução física e cultural dos índios.

Desta forma, o indigenato não garante apenas o acesso à terra, mas concebe esta como um elemento necessário para a manutenção do modo de vida próprio, de características culturais e produtivas destas comunidades, o que faz com que o reconhecimento deste direito seja, sobretudo, necessário para a persecução de um direito fundamental destes povos.

A relação dos povos indígenas com a terra em que estão inseridos ultrapassa a simples ideia de habitação e moradia, pois é na relação com a terra e com natureza - que é um fator gerador de suas manifestações culturais - que os índios são capazes de manter seu modo de vida, seus usos, costumes, rituais e aspectos ligados à ancestralidade que são particularidades destes povos.

O reconhecimento do instituto do indigenato é um importante mecanismo para garantir que os povos indígenas tenham acesso as suas terras, sobretudo dentro do cenário brasileiro que historicamente tolera esbulhos e violações de direitos humanos contra os povos originários.

3. PROCEDIMENTO PARA A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS PREVISTO NO DECRETO 1.775/96

O Estatuto do Índio determinou que a regulamentação do procedimento de demarcação das terras indígenas deveria ser regulado através de decreto emitido pelo Poder Executivo, atualmente o Decreto 1.775 de 1996 que desempenha este papel. O Decreto regulamenta como se dará a atuação do poder público no procedimento de demarcação, os prazos para as devidas manifestações e os estudos que deverão ser realizados para determinar a área a ser demarcada.

O decreto não encerra por completo o tema, já que existem ainda portarias do Ministério da Justiça, portarias da FUNAI, previsões no Estatuto dos Índios e ainda, decisões do Supremo Tribunal Federal que dão respaldo a atuação do poder público. Devido à grande variedade de atos normativos que norteiam o tema, não será possível desenvolver de forma exaustiva a análise de todos estes mecanismos. Abordaremos o procedimento previsto pelo Decreto 1.775/96 e pelo Estatuto do Índio, passando ainda pela análise da decisão do STF sobre a demarcação das terras indígenas, que levantou a tese do chamado “marco temporal” e que criou um novo paradigma para a demarcação das terras indígenas.

Conforme previsto no corpo do Decreto 1.775/96, a demarcação começa com a edição de uma portaria pela FUNAI nomeando um antropólogo com qualificação reconhecida para elaborar um estudo antropológico de identificação da terra indígena (artigo 2º). Este estudo de identificação é realizado por

meio de um grupo técnico especializado, que trabalha analisando a natureza sociológica, jurídica, etno histórica, cartográfica e ambiental e um levantamento fundiário do local para traçar os limites que compreende a terra indígena (artigo 2º, §1). O grupo de trabalho será composto preferencialmente com técnicos servidores do próprio órgão federal.

É preciso ressaltar que o trabalho do Grupo Técnico (GT) responsável pela identificação e delimitação de uma determinada área constitui-se fundamentalmente em comprovar a tradicionalidade da ocupação indígena, o que impõe certo esforço teórico, visto que, embora haja uma definição no texto constitucional, a tradicionalidade não é um conceito autoexplicativo (CAVALCANTE, p. 11).

É assegurado aos grupos indígenas envolvidos no estudo participar do procedimento em todas as suas fases. Após a conclusão do estudo pelo grupo técnico, deve ser apresentado um relatório circunstanciado caracterizando a terra indígena a ser demarcada (artigo 2º, § 6), este relatório atenderá aos critérios estabelecidos pela Portaria nº 14/96 da FUNAI que define regras e tudo que deve conter sua versão final.

Após a conclusão, o relatório será encaminhado para a análise do órgão indigenista para ser aprovado ou, caso necessário, poderão ser requisitadas novas informações. Após sua aprovação, o relatório deverá ser publicado no Diário Oficial da União e deverá ser fixada na sede da prefeitura local (§ 7).

Com o término da fase de estudo técnico é aberta a fase de contraditório administrativo, em que os respectivos interessados poderão apresentar provas e documentos comprovando a razões pertinentes ao seu interesse, e contestar as informações trazidas no relatório com a respectiva documentação, conforme previsto nos parágrafos 8 do artigo 2 do Decreto 1.775/96

Artigo2 (...)

§ 8º Desde o início do procedimento demarcatório até noventa dias após a publicação de que trata o parágrafo anterior, poderão os Estados e municípios em que se localize a área sob demarcação e demais interessados manifestar-se, apresentando ao órgão federal de assistência ao índio razões instruídas com todas as provas pertinentes, tais como títulos dominiais, laudos periciais, pareceres, declarações de testemunhas, fotografias e mapas, para o fim de pleitear indenização ou para demonstrar vícios, totais ou parciais, do relatório de que trata o parágrafo anterior.

Ainda que o Decreto regulamente a fase de contraditório administrativo, muitos procedimentos de demarcação acabam por serem contestados no judiciário “em 2010 foram identificadas mais de 150 ações sobre demarcação de terras indígenas pendentes de decisão no STF” segundo Yamada; Burity (2017), que se torna mais um elemento que contribui para a demora do procedimento de

demarcação, já ingressando dentro do sistema judiciário, a demanda atenderá aos seus ritos e procedimentos próprios .

Após as manifestações de todos os interessados, a FUNAI deverá, dentro de 60 dias, elaborar pareceres sobre as razões dos interessados, analisando as provas e demais questões suscitadas e encaminhar o procedimento ao Ministro da Justiça, que deverá

§ 10. Em até trinta dias após o recebimento do procedimento, o Ministro de Estado da Justiça decidirá:

I - declarando, mediante portaria, os limites da terra indígena e determinando a sua demarcação;

II - prescrevendo todas as diligências que julgue necessárias, as quais deverão ser cumpridas no prazo de noventa dias;

III - desaprovando a identificação e retornando os autos ao órgão federal de assistência ao índio, mediante decisão fundamentada, circunscrita ao não atendimento do disposto no § 1º do artigo 231 da Constituição e demais disposições pertinentes.

Caso o Ministro da Justiça opte por declarar a os limites da área por meio de portaria, a FUNAI deverá promover a demarcação física da área, enquanto o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) deverá proceder ao reassentamento dos ocupantes não índios que se encontravam no local (artigo 4º), ressalta se que a medida por parte do INCRA deverá ser adotada de forma preferencial.

Após a declaração, o procedimento deverá ser encaminhado ao Presidente da República para homologar a demarcação por meio de Decreto (artigo 5º), posteriormente a terra demarcada deverá ser registrada em até 30 dias, no cartório de imóveis da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União.

É de competência da FUNAI, no exercício do poder de polícia, disciplinar o ingresso e o trânsito de terceiros em áreas em que se constate a presença de índios isolados assim como tomar as providências necessárias à proteção aos índios (artigo 7).

Embora o Decreto defina os prazos a serem seguidos pelos órgãos envolvidos, o procedimento para demarcação acontece de forma lenta e burocrática devido a diversos fatores, como falta de estrutura e funcionários do órgão indigenista, os conflitos existentes em algumas terras e, não por vezes, pela falta de vontade política em realizar a demarcação por parte do poder executivo federal.

4. NATUREZA JURÍDICA DO DECRETO QUE RECONHECE A DEMARCAÇÃO DAS TERRAS INDÍGENAS

O Decreto editado pelo Presidente da República para a homologar a demarcação das terras indígenas é um ato administrativo e, como tal, possui os atributos que lhe são próprios conforme Mendonça; Araújo (2015, p. 13), presunção de legitimidade e veracidade; executoriedade; imperatividade; exigibilidade.

Estas prerrogativas distinguem os atos administrativos dos atos de direito privado, a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2015), no estudo do tema, conceitua tais atributos da seguinte forma: a presunção de legitimidade é a conformidade do ato com a lei, desta forma, presume-se até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos em conformidade com a lei.

A imperatividade é o atributo pelo qual os atos administrativos se impõem a terceiros, independentemente de sua concordância e decorre da prerrogativa que o poder público tem de impor obrigações a terceiros. A autoexecutoriedade é o atributo pelo qual a Administração pode pôr em prática seus atos sem que seja necessária a intervenção do judiciário. A executoriedade são os meios que a Administração pública pode autoexecutar suas decisões com os meios coercitivos que lhe são próprios (PIETRO, 2015, p. 240-243).

Tal Decreto encerra o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e tem natureza jurídica de ato declaratório (CAVALCANTE, 2016, p. 6), ou seja, reconhece e atesta uma situação jurídica preexistente. Desta forma, afasta-se a natureza jurídica de ato constitutivo, já que a mesma não tem o condão de criar, extinguir ou modificar uma relação jurídica preexistente.

O raciocínio lógico de compreender as terras indígenas dentro do seu aspecto de direito originário e a caracterização do ato administrativo de natureza declaratória, faz com que a técnica empregada para a garantia de acesso às terras pelos povos indígenas, seja realizada de forma a dar maior eficácia a este direito.

Embora na prática, tais aspectos não sejam suficientes para garantir sua concretização.

O Estatuto do Índio, em seu artigo 26, afirma que o reconhecimento do direito dos povos indígenas da posse permanente das terras que tradicionalmente ocupam se dará independentemente de sua demarcação, visando atender ao consenso histórico sobre a antiguidade da ocupação.

Paulo Bessa Antunes (1994, p. 20), em análise a este instituto afirma,

É preciso estar atento ao fato de que as terras indígenas foram reconhecidas como pertencentes aos diversos grupos étnicos, em razão da incidência de direito originário, isto é, direito precedente e superior a qualquer outro que, eventualmente, se possa ter constituído sobre o território dos índios. A demarcação das terras tem única e exclusivamente a função de criar uma delimitação espacial da titularidade indígena e de opô-la a terceiros. A demarcação não é constitutiva. Aquilo que constitui o direito indígena sobre suas terras é a própria presença indígena e a vinculação dos índios à terra, cujo reconhecimento foi efetuado pela Constituição Brasileira

Conforme afirmado, antes mesmo do final do procedimento de demarcação das terras indígenas, os índios já possuem direito ao acesso à terra que tradicionalmente ocuparam,

sendo que o procedimento tem função especial de apenas delimitar espacialmente os limites da titularidade indígena.

Embora o ordenamento jurídico realize um esforço para assegurar a efetividade deste direito, sabe-se que na prática, a efetivação da demarcação das terras indígenas vem acontecendo muito aquém do necessário para dar segurança aos povos originários. Enquanto tal medida não se concretiza, estes povos ficam expostos a situações de vulnerabilidade e violência.

Tão cedo (e tolerado) é o quadro que o ordenamento jurídico traz regras e é interpretado no sentido de “emendar”, sem resolver, o problema. A título de exemplo, ao julgar a constitucionalidade da lei 12.651/2012 (atual Código Florestal), especificamente ao analisar o parágrafo único do artigo 3º, o Supremo Tribunal Federal entendeu que não se poderia sujeitar o regime de equiparação das terras indígenas às pequenas propriedades ou posses rurais familiares (tratamento jurídico mais flexível no que tange às obrigações ambientais) à demarcação dessas terras (BRASIL, 2018).

5. AS SALVAGUARDAS CONSTITUCIONAIS PREVISTAS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E A TESE DO MARCO TEMPORAL

Conforme afirmado acima, muitas vezes, a questão da demarcação das terras indígenas acaba por ser contestada no judiciário e o Supremo Tribunal Federal (STF) é chamado a se manifestar sobre o assunto, em julgamento histórico sobre a terra indígena Raposa/Serra do Sol em Roraima a corte estabeleceu

diversas salvaguardas constitucionais para o julgamento de casos que envolvam a análise do procedimento de demarcação.

O procedimento para a demarcação da área que hoje se conhece como Raposa Serra do Sol começou em 1977 sob a égide do Decreto 76.999/76 e foi encerrado com a publicação do Decreto de 15 de Abril de 2005, no qual o presidente Luiz Inácio Lula da Silva homologou sua demarcação e encerrou o procedimento.

Os conflitos que envolviam esta área incluíam índios, não-índios, fazendeiros e o próprio governo de Roraima conforme Farias; Micheletto (2004), a referida demarcação foi objeto de inúmeras contestações judiciais, a que gerou maior impacto foi a decisão referente a Petição 3.388, interposta pelo senador da república Augusto Affonso Botelho Neto, tratava-se de uma ação popular que pleiteava a anulação da Portaria do Ministério da Justiça nº 534/2005 que determinou a área a ser demarcada.

O julgamento foi encerrado em março de 2009 e o STF estabeleceu dezenove salvaguardas constitucionais sobre o tema, realizando um exercício de inovação hermenêutica e estabelecendo critérios para o procedimento da demarcação, sendo eles:

- I) o usufruto das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes nas terras indígenas (artigo 231, § 2º, da Constituição Federal) pode ser relativizado sempre que houver, como dispõe o artigo 231, § 6º, da Constituição, relevante interesse público da União, na forma de lei complementar;
- II) o usufruto dos índios não abrange o aproveitamento de recursos hídricos e

potenciais energéticos, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional;

III) o usufruto dos índios não abrange a pesquisa e lavra das riquezas minerais, que dependerá sempre de autorização do Congresso Nacional, assegurando-se-lhes a participação nos resultados da lavra, na forma da lei;

(IV) o usufruto dos índios não abrange a garimpagem nem a faiscação, devendo, se for o caso, ser obtida a permissão de lavra garimpeira;

V) o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da política de defesa nacional; a instalação de bases, unidades e postos militares e demais intervenções militares, a expansão estratégica da malha viária, a exploração de alternativas energéticas de cunho estratégico e o resguardo das riquezas de cunho estratégico, a critério dos órgãos competentes (Ministério da Defesa e Conselho de Defesa Nacional), serão implementados independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

VI) a atuação das Forças Armadas e da Polícia Federal na área indígena, no âmbito de suas atribuições, fica assegurada e se dará independentemente de consulta às comunidades indígenas envolvidas ou à FUNAI;

VII) o usufruto dos índios não impede a instalação, pela União Federal, de equipamentos públicos, redes de comunicação, estradas e vias de transporte,

além das construções necessárias à prestação de serviços públicos pela União, especialmente os de saúde e educação;

VIII) o usufruto dos índios na área afetada por unidades de conservação fica sob a responsabilidade do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

IX) o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade responderá pela administração da área da unidade de conservação também afetada pela terra indígena com a participação das comunidades indígenas, que deverão ser ouvidas, levando-se em conta os usos, tradições e costumes dos indígenas, podendo para tanto contar com a consultoria da FUNAI;

X) o trânsito de visitantes e pesquisadores não índios deve ser admitido na área afetada à unidade de conservação nos horários e condições estipulados pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade;

XI) devem ser admitidos o ingresso, o trânsito e a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI;

XII) o ingresso, o trânsito e a permanência de não índios não pode ser objeto de cobrança de quaisquer tarifas ou quantias de qualquer natureza por parte das comunidades indígenas;

XIII) a cobrança de tarifas ou quantias de qualquer natureza também não poderá incidir ou ser exigida em troca da utilização das estradas, equipamentos públicos, linhas de

transmissão de energia ou de quaisquer outros equipamentos e instalações colocadas a serviço do público, tenham sido excluídos expressamente da homologação, ou não; pelo código 00012017072000011

XIV) as terras indígenas não poderão ser objeto de arrendamento ou de qualquer ato ou negócio jurídico que restrinja o pleno exercício do usufruto e da posse direta pela comunidade indígena ou pelos índios (artigo 231, § 2º, Constituição Federal, c/c artigo 18, caput, Lei nº 6.001/1973);

XV) é vedada, nas terras indígenas, a qualquer pessoa estranha aos grupos tribais ou comunidades indígenas, a prática de caça, pesca ou coleta de frutos, assim como de atividade agropecuária ou extrativa (artigo 231, § 2º, Constituição Federal, c/c artigo 18, § 1º, Lei nº 6.001/1973);

XVI) as terras sob ocupação e posse dos grupos e das comunidades indígenas, o usufruto exclusivo das riquezas naturais e das utilidades existentes nas terras ocupadas, observado o disposto nos arts. 49, XVI, e 231, § 3º, da CR/88, bem como a renda indígena (artigo 43 da Lei nº 6.001/1973), gozam de plena imunidade tributária, não cabendo a cobrança de quaisquer impostos, taxas ou contribuições sobre uns ou outros;

XVII) é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada;

XVIII) os direitos dos índios relacionados às suas terras são imprescritíveis e estas são inalienáveis e indisponíveis (artigo 231, § 4º, CR/88); e

XIX) é assegurada a participação dos entes federados no procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas, encravadas em seus territórios, observada a fase em que se encontrar o procedimento.

No julgamento deste *leading case* a Suprema Corte conceituou a tese do “marco temporal” que estabeleceu um novo critério a ser considerado no momento de demarcação das terras indígenas, este novo entendimento impacta diretamente em processos de demarcação em curso. O Ministro Ayres Brito, relator do processo, definiu o marco temporal como,

I – o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: **a data de verificação do**

fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro. (...)

Numa palavra, o entrar em vigor da nova Lei Fundamental Brasileira é **a chapa radiográfica** da questão indígena nesse delicado tema da ocupação das terras a demarcar pela União para a posse permanente e usufruto exclusivo dessa ou daquela etnia aborígine. Exclusivo uso e fruição (usufruto é isso, conforme Pontes de Miranda) quanto às “riquezas do solo, dos rios e dos lagos” existentes na área objeto de precisa demarcação (§ 2º do artigo 231), devido a que “os recursos minerais, inclusive os do subsolo”, já fazem parte de uma outra categoria de “bens da União” (inciso IX do artigo 20 da CF) (grifo nosso);

Segundo o relator, tal tese tem o condão de afastar “a fraude da subitânea proliferação de aldeias” e possíveis esbulhos dos índios para descaracterizar o aspecto da tradicionalidade de sua ocupação.

Exceção a esta hipótese, segundo o voto do relator, se configuraria quando na data de 5 de outubro de 1988 (momento da ocorrência do marco temporal) a população indígena não estivesse no território objeto de análise, por ter sofrido renitente esbulho por parte dos não-índios. Com isto, o relator argumenta que a inalienabilidade e imprescritibilidade das terras indígenas não seriam alteradas, já que a posse dos povos originários estaria assegurada como ordena o mandamento constitucional.

Em momento posterior em 2014, no julgamento do Agravo no Recurso Extraordinário 803.462/MS que analisava o conflito na terra indígena “Limão Verde”, sob relatoria do Ministro Teori Zavascki foi conceituada a terminologia usada no “renitente esbulho” como,

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada ocorrida no passado. Há de haver, para configuração de esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, na data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada

A Suprema Corte, portanto, levantou a tese do marco temporal e definiu o renitente esbulho como aspecto necessário para excetuar as hipóteses que não se enquadrariam na tese do marco de 5 de Outubro de 1988.

Ainda no voto da Petição 3.388 o Min. Ayres Brito assevera que para reconhecer a demarcação das terras indígenas, além da sua presença no ano do marco temporal é necessário que exista tradicionalidade da ocupação. Neste aspecto afirma

Mas um tipo qualificadamente tradicional de perdurabilidade da ocupação indígena, no sentido entre anímico e psíquico de que viver

em determinadas terras é tanto pertencer a elas quanto elas pertencerem a eles, os índios (“Anna Pata, Anna Yan”: “Nossa Terra, Nossa Mãe”). (...) Um bem sentidamente congênito, porque expressivo da mais natural e sagrada continuidade etnográfica, marcada pelo fato de cada geração aborígine transmitir a outra, informalmente ou sem a menor precisão de registro oficial, todo o espaço físico de que se valeu para produzir economicamente, procriar e construir as bases da sua comunicação lingüística e social genérica.

O STF entende que a questão da tradicionalidade trazida pelo artigo 231 da Constituição Federal diz respeito a relação existente entre o índio e a terra, não apenas na questão temporal mas, sobretudo, em uma relação cultural e antropológica e, embora ressalte a importância da relação índio-terra como elementos que se relacionam numa “sagrada continuidade etnográfica” a Suprema Corte condiciona a demarcação a um elemento factual - o marco temporal - e ainda estabelecem requisitos para a sua configuração.

A decisão adotada neste julgamento passou a ser fruto de diversos debates sobre a aplicabilidade destas condicionantes em demais processos que versassem sobre demarcação das terras indígenas. O Min. Ayres Brito no momento do julgamento da Petição 3.388 afirma que “a presente ação tem por objeto tão somente a Terra Indígena Raposa Serra do Sol”.

Inclusive, no julgamento dos Embargos de Declaração, opostos em face do acórdão proferido do julgamento da Petição

3.388, foi novamente afirmado que as condicionantes não possuíam efeitos vinculantes

Salientou que a decisão proferida em ação popular é desprovida de força vinculante, em sentido técnico, e que os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar. (PEREIRA, 2017, p.14)

Embora afirmado expressamente pela não aplicação destas salvaguardas nos demais processos para a demarcação das terras indígenas, tal entendimento tem sido adotado em outros julgamentos e tem se mostrado como um óbice à demarcação das terras indígenas. O Min. Roberto Barroso em voto dos embargos de declaração afirmou que “o acórdão embargado ostenta força moral e persuasiva de uma decisão da mais alta Corte do País, do que decorre um elevado ônus argumentativo nos casos em se cogite da superação de suas questões”.

Após a formulação destas salvaguardas o STF vem aplicando as condicionantes formuladas nos casos submetidos a sua apreciação, por exemplo, para anular as demarcações da Terra Indígena Guyararoka, da etnia Kaiowa (RMS 29.087, 2014) e da terra indígena Limão Verde, da etnia Terrena, ambas no Mato Grosso do Sul, no julgamento da (ARE 803.462 AgR), elas foram impossibilitadas de terem suas terras demarcadas pela condicionante do marco temporal, assim como a Terra Indígena Porquinhos, da etnia Kanela Apanyekrá, no Maranhão (RMS

29.542, 2014), que teve seu reconhecimento obstado pela condicionante que veda a ampliação das terras demarcadas. (PEREIRA, 2017, p. 16)

Inclusive no julgamento do RMS 29.087 o Ministro Gilmar Mendes afirma que “na PET 3.388, o Supremo Tribunal Federal estipulou uma série de fundamentos e salvaguardas institucionais relativos à demarcação de terras indígenas” mencionando ainda “o precedente de Raposa Serra do Sol não se dirige apenas ao caso de Raposa Serra do Sol. Basta ler os enunciados para saber que muitos deles não se aplicam à Raposa Serra do Sol, até porque já estava realizado”.

Com isto, embora tenha sido afirmado no julgamento que as salvaguardas constitucionais redigidas teriam somente aplicação no caso concreto e que funcionaria apenas como um auxílio de exercício hermenêutico, a Suprema Corte vem aplicando tais salvaguardas a outros julgamentos, conforme apontado.

O caso do julgamento do RMS 29.087 trata da análise da demarcação da Terra Indígena Guyararoka, que no momento da promulgação da constituição (5 de Outubro de 1988) não estavam povoando parte da terra que pleiteavam. Dentro da perspectiva do marco temporal estes indígenas só teriam direito a essa demarcação caso comprovassem que não ocupavam a terra por renitente esbulho.

No julgamento do caso concreto o STF decidiu desfavoravelmente aos indígenas, pois entendeu que os índios residiram na área somente até a década de 40. O Ministro Celso de Mello no em seu voto, analisando a validade da aplicação das

salvaguardas produzidas no julgamento da Petição 3.388 para este caso em concreto afirmou,

É importante enfatizar, neste ponto, que essas diretrizes, tais como definidas pelo Supremo Tribunal Federal, acentuam a força normativa da Constituição Federal, pois derivam, essencialmente, do próprio texto de nossa Lei Fundamental (...) Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os embargos de declaração opostos ao acórdão proferido na PET 3.388/RR, reafirmou a extração eminentemente constitucional desses requisitos, assinalando-lhes a condição de pressupostos legitimadores da validade do procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas

Desta forma, embora o julgamento da Petição 3388 opere efeitos *inter partes* as salvaguardas arroladas pelo STF neste julgamento, ainda servem de parâmetro quando a Corte Superior é chamada a se manifestar sobre o tema.

A abordagem que o STF utilizou no julgamento foi alvo de inúmeras críticas, sobretudo pela inovação que estas medidas representam dentro do ordenamento jurídico. O jurista José Afonso da Silva em parecer sobre o Julgamento da Petição 3.388 sustentou a inconstitucionalidade do marco temporal e da aplicação do conceito de renitente esbulho

A Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico constitucional dessa continuidade histórica dos direitos dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos, como estabeleceu o acórdão da Pet. 3.388. O termo “marco” tem sentido preciso. Em sentido espacial, marca limites territoriais. Em sentido temporal, marca limites históricos, ou seja, marca quando se inicia situação nova na evolução de algo. Pois bem, o documento que deu início e marcou o tratamento jurídico dos direitos dos índios sobre suas terras foi a Cata Régia de 1611 (...) aqui temos inequivocamente um marco temporal – o reconhecimento jurídico-formal dos direitos originários dos índios sobre as terras que ocupam. Outro marco nessa continuidade histórica está no reconhecimento constitucional daqueles direitos. Por que, neste caso, temos um marco temporal? Porque se dá àqueles direito uma nova configuração jurídico-formal, retirando-os das vias puramente ordinárias para consagrá-las como direito fundamentais dotados de supremacia constitucional. Isso, como visto, se deu com a Constituição de 1934 (...) As demais constituições deram continuidade a essa consagração formal até a Constituição de 1988 que acrescentou o reconhecimento de outros direitos (...) (SILVA, 2015, p. 9)

Apesar da aplicação destas salvaguardas não serem pacíficas, existe ainda a tentativa do governo executivo em integrar

estas salvaguardas ao procedimento de demarcação, o que colocaria um fim em todas as divergências que as mesmas suscitam.

Nesta tentativa, já foram editadas diversas portarias pela AGU, com diferentes entendimentos quanto a aplicação ou não destas salvaguardas. Em 2012 foi editada a portaria nº 303 que determinou que todas as dezenove salvaguardas definidas no julgamento da PET. 3.388 integrassem o procedimento para a demarcação das terras indígenas, inclusive para as terras que já haviam sido demarcadas³- entretanto este instrumento normativo foi alvo de diversas críticas consoante a sua validade, ao seu conteúdo e eficácia, sendo posteriormente suspensa pela Portaria da AGU n. 308 de 2012.

Quando foram opostos embargos de declaração da decisão proferida na PET. 3.388, a portaria da AGU ainda estava suspensa, sendo que em 2014 foi editada a Portaria 27 que determinou à Consultoria-Geral da União e à Secretaria-geral de Contencioso a análise da validade da Portaria 303 de 2012 com a decisão proferida nos embargos. Sendo que em 2016 o Advogado-Geral da União por meio do Despacho n. 358/2016/GABAGU/AGU determinou que enquanto os estudos solicitados na Portaria 27 não fossem concluídos a portaria 303 teria sua eficácia suspensa.

³ Artigo 1 (...). Artigo 2º. Os procedimentos em curso que estejam em desacordo com as condicionantes indicadas no artigo 1º serão revistos no prazo de cento e vinte dias, contado da data da publicação desta Portaria. Artigo 3º. Os procedimentos finalizados serão revisados e adequados a presente Portaria.

E assim esta portaria teve sua eficácia suspensa até Julho de 2017, quando foi editado o Parecer 001/2017/GAB/CGU/AGU que determinou que “nos processos de demarcação de terras indígenas, os órgãos da Administração Pública Federal, direta e indireta, deverão observar” as salvaguardas elaboradas pelo STF no julgamento da Petição 3.388.

Este parecer foi aprovado pelo Presidente da República em Julho de 2017, com isto, após a publicação do despacho presidencial, o respectivo parecer assume caráter normativo e passa a vincular todos os órgãos e entidades da Administração Federal, que ficam obrigados a cumprir suas determinações.

Com isto todas as salvaguardas definidas pelo STF agora compõem o procedimento de demarcações de terras indígenas. Importante ressaltar que esta portaria foi objeto de uma Representação interposta perante a Procuradoria Geral da República pela Articulação dos Povos Indígenas no Brasil – APIB questionando a legalidade de tal parecer.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve por objetivo trazer um panorama da demarcação de terras indígenas 30 anos após a vigência da Constituição de 1988, trazendo os principais julgados da Suprema Corte nesta matéria.

Como visto, apesar das conquistas alcançadas no plano jurídico constitucional, na prática os povos originários ou indígenas ainda encontram sérias dificuldades e obstáculos à efetivação do texto maior. De um lado, chama atenção o número

decrecente ao longo desses últimos anos de terras demarcadas. De outro, avulta o fato de a Suprema Corte ter criado uma série de fatores limitadores do procedimento demarcatório, agora incorporados enquanto orientação jurídica da Advocacia Geral da União.

Não obstante todo o quadro normativo constitucional, os povos originários seguem, ao que tudo indica, marginalizados e vulneráveis diante da não efetivação dos seus direitos, juntamente com toda uma série de pressões exógenas sobre as terras que tradicionalmente ocupam, e nas quais baseia-se a possibilidade de sua existência digna.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **A demarcação das terras indígenas e a constitucionalidade do decreto 22/91**. Disponível em: <http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283282824.pdf>.

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Breve panorama do direito constitucional ambiental no Brasil e seus desafios. In: **Direito Constitucional Ambiental Ibero-Americano**. 1ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2016, v.1, p. 131-189.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial de União, Brasília, 5 de Out. de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. **Decreto nº 1.775, de 8 de Janeiro de 1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Brasília. Distrito Federal. 1996.

_____. **Lei nº 6.001, de 19 de Dezembro de 1973**. Dispõe sobre o Estatuto do índio. Brasília. Distrito Federal. 1973.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Petição 3388/Roraima. Relatada pelo Min. Carlos Britto e julgada pelo Tribunal Pleno em 19 mar. 2009a.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n. 183.188. Relatado pelo Min. Celso de Mello e julgada pelo Tribunal Pleno em 19 mar. 2009b.

_____. **Decreto nº 7.747, de 5 de junho de 2012**, que estabelece a Política Nacional de Gestão Territorial e Ambiental de Terras Indígenas.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4903. Relatada pelo Min. Luiz Fux e julgada pelo Tribunal Pleno em fev. 2018.

CAVALCANTE, Thiago Leandro Vieira. **Terra indígenas**: aspectos históricos da construção e aplicação de um conceito jurídico. História. São Paulo, v.35, e75, 2016.

FARIAS, Lindberg; MICHELETTO, Moacir. Relatório. **Comissão externa destinada a avaliar, in loco, a situação da demarcação em área contínua da "Reserva Indígena Raposa Serra do Sol"**, no Estado de Roraima. 2004. Disponível em: <https://cpdoc.fgv.br/sites/default/files/militares-amazonia/doc_relataRCE1.pdf>.

FERNANDES, Pádua. Povos indígenas, segurança nacional e a assembléia nacional constituinte: as forças armadas e o capítulo da constituição brasileira de 1988 sobre os indígenas. Brasília: Instituto de pesquisa Direitos e Movimentos sociais. In: **Revista InSURgência.**, Vol. 1 N.2. ano 2015. Disponível em <<http://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/viewFile/20047/14237>>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo; Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 23. ed. rev., amp. e atualizada até 31.12.2009. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

FREITAS, Rodrigo Bastos. **Direitos dos indígenas e constituição, do direito a autonomia a auto-proteção**. 2007. 210 f. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito. Faculdade Federal da Bahia. Salvador. Disponível em:
<<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/9173/1/RODRIGO%20BASTOS%20DE%20FREITAS%20-%20disserta%C3%A7%C3%A3o.pdf>>.

JOSÉ, Afonso da Silva. **Parecer**. Disponível em:
<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf>.

MENDONÇA, Grace Maria Fernandes; ARAÚJO, Fabíola Souza e outros. Demarcação de terras indígenas. In: **II Seminário sobre atuação da AGU nas questões indígenas**. Escola da Advocacia-Geral, Brasília. 2005. Disponível em:
<[file:///C:/Users/Camila%20Camatta/Downloads/demarcacao de terras indigenas - analise de temas processu .pdf](file:///C:/Users/Camila%20Camatta/Downloads/demarcacao_de_terras_indigenas_-_analise_de_temas_processu_.pdf)>.

PEREIRA, Rodrigo Clemente de Brito. **A fixação do marco temporal de ocupação de terras indígenas no Brasil à luz do princípio da primazia da norma mais favorável**. 2017. 107 f. Centro de ciências jurídicas. Universidade Federal da Paraíba.

João Pessoa. Disponível em

<<http://tede.biblioteca.ufpb.br/bitstream/tede/9646/2/arquivototal.pdf>>

YAMADA, Érica; BURUTY, Valéria. **O supremo e a (não) demarcação de terras indígenas**. Portal Justificando. 18 de Jun de 2017. Disponível em

<<http://justificando.cartacapital.com.br/2017/06/28/o-supremo-e-nao-demarcacao-de-terras-indigenas/>>.

CIDADES ACESSÍVEIS COMO INSTRUMENTO DA SUSTENTABILIDADE

ACCESSIBLE CITIES AS AN INSTRUMENT OF THE SUSTAINABILITY

Flávia Piva Almeida Leite¹

RESUMO: O objetivo deste estudo é analisar o direito que às pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida têm de se locomoverem de forma livre e autônoma pelos espaços das cidades como uma forma de concretizar a cidadania social. O direito de acesso ao meio físico da cidade, sobretudo para essas pessoas foi assegurado na Constituição Federal brasileira, na Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência e, em diversas normas infraconstitucionais. Cabe ao Município a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo, sendo, portanto, o responsável por formular a política urbana e fazer cumprir, as funções sociais e ambientais da cidade, possibilitando acesso e garantindo o direito a todos os que nela vivem à moradia, aos serviços e equipamentos urbanos, ao transporte público, ao saneamento básico, à saúde, à educação, à cultura e ao lazer e, notadamente, o acesso ao meio físico aos que vivem na cidade (artigo 30, VIII e 182 da CF). Para regulamentar o artigo 182 da CF, é aprovada Lei n. 10.257, de 2001 denominada Estatuto da Cidade,

¹ Doutora em Direito pela PUC-SP. Professora da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação - no Departamento de Ciências Humanas da FAAC/UNESP/Bauru. Professora do Programa de Mestrado em Direito da UNESP/Franca.

que traz em seu artigo 2º o direito a cidades sustentáveis, como sendo aquelas em que o desenvolvimento urbano deve possibilitar a seus habitantes uma vida digna, mediante o direito à terra urbana, ao transporte, aos serviços, em nosso trabalho, o direito à acessibilidade, para as presentes e futuras gerações. A metodologia utilizada na elaboração da pesquisa constitui-se em estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa do tipo bibliográfica, pura quanto à utilização dos resultados, e de natureza qualitativa. A partir de pesquisas doutrinárias e bibliográficas, conclui-se que a acessibilidade funciona como um instrumento para que se alcance a sustentabilidade nas cidades. E uma cidade acessível é uma cidade de e para todos, uma cidade que contempla a diversidade. Todavia, o que se constata ainda é que a maioria das cidades ainda continua sendo projetada e adaptada sem considerar a diversidade.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida; Direito à acessibilidade; Cidades; Cidades sustentáveis, Lei Brasileira de Inclusão.

ABSTRACT: The core of this study is to analyze the right of persons with disabilities or reduced mobility to move freely and autonomously through city spaces as a way of achieving social citizenship. The right of access to the physical environment of the city, especially for these people was ensured in the Brazilian Federal Constitution, the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, and in various infraconstitutional issues. It is the responsibility of the Municipality to promote adequate land planning, through planning and control of land use, land subdivision and occupation, and is therefore responsible for formulating urban policy and enforcing the city's social and environmental functions, providing access and guaranteeing the

right to all those who live in it, housing, urban services and facilities, public transport, basic sanitation, health, education, culture and leisure, and especially access to the physical environment for those who live in the city (article 30, VIII and 182 of the Federal Constitution). In order to regulate article 182 of the Federal Constitution, Law 10.257 of 2001, called the Statute of the City, which includes in its article 2 the right to sustainable cities, such as those in which urban development must enable its inhabitants to live a dignified life, through the right to urban land, transportation, services, in our work, the right to accessibility, for present and future generations. The methodology used in the elaboration of the research is a descriptive-analytical study, developed through research of the bibliographic type, pure as to the use of the results, and of a qualitative nature. Based on doctrinal and bibliographical research, it is concluded that accessibility works as a tool to achieve sustainability in cities. And an accessible city is a city of and for all, a city that contemplates diversity. However, it remains to be seen that most cities are still being designed and adapted without regard to diversity.

KEYWORDS: People with disabilities or reduced mobility; Right to accessibility; Cities; Sustainable Cities, Brazilian Inclusion Law.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Conceito de pessoa com deficiência e pessoa com Mobilidade Reduzida.

3. Direito à acessibilidade: breves considerações sobre sua normatização no Brasil.

3.1 Acessibilidade como instrumento da sustentabilidade.

Considerações Finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

A cidade, desde sua gênese, é marcada pela necessidade que os seres humanos têm de se agregar, para se interrelacionar, para se proteger, para produzir e trocar bens e serviços. Enfim, a cidade é o lugar da realização do bem comum, vez que há sentimentos e anseios que só se concretizam na diversidade que a vida em comunidade proporciona.

Com o fenômeno da industrialização, a sociedade tornou-se essencialmente urbana. Todavia, ela produz metrópoles, conurbações, cidades industriais, grandes conjuntos habitacionais. No entanto, fracassa na ordenação dos seus espaços. Esses fenômenos levaram a uma ocupação caótica, irracional e ilegal do solo urbano; aliado a esses fatores, dá-se também a falta de orientação, execução e fiscalização eficiente para as obras e edificações e calçadas, resultando um cenário não muito positivo para a qualidade de vida das pessoas que habitam as cidades.

A concentração nas grandes cidades tende a se acentuar.² No Brasil, essa tendência também acontecerá.³ E, quanto maiores

² De acordo com estimativas da Organização das Nações Unidas - ONU, entre 1990 e 2025, haverá nas cidades cinco bilhões de pessoas, sendo que 80% vão estar nesta parte do planeta.

³ Nesse sentido o Ministério das Cidades em seu Caderno de Referência para Elaboração de Plano de Mobilidade Urbana - PlanMob, assevera em sua página 18 que: “segundo o censo do IBGE de 2010, mais de 80% da população brasileira vive em cidades. A Organização das Nações Unidas - ONU prevê ainda que em 2030 a população urbana brasileira passará para 91%. A taxa de urbanização brasileira é superior à de países mais desenvolvidos. No mundo, este valor recentemente ultrapassou os 50%, segundo o *World Factbook* 2010 (CIA, 2010)...

forem as cidades, mais ou seus habitantes dependerão de infraestrutura para terem pleno acesso às oportunidades de trabalho e de consumo nelas concentradas. Todavia, o padrão de urbanização tem ocasionado a perda, por parte dessa população, da qualidade de vida nas cidades.

Dentro desse contexto, a cidade e seus espaços, quando não são acessíveis para as pessoas com deficiência, deixam de ser um local de convívio, de encontro, de troca, do compartilhamento (espaços de inclusão social), sustentáveis para tornarem-se locais de exclusão social.

Esta exclusão, segundo esclarece Regina Cohen e Cristina Duarte (2010, p. 85), produzida pelo meio, acontece "quando os espaços se transformam na materialização de práticas sociais segregatórias e de uma visão de mundo que dá menor valor às diferenças sociais, físicas, sensoriais e intelectuais."

Assevera José Afonso da Silva (2006, p. 26), que "cidade no Brasil, é um núcleo urbano qualificado por um conjunto de sistemas político-administrativo, econômico não agrícola, familiar, simbólico como sede do governo municipal, qualquer que seja a sua população. A característica marcante na cidade no Brasil consiste no fator de ser um núcleo urbano, sede do governo municipal.

Cabe ao Município a promoção do adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo, sendo, portanto, o

“Cf. Brasil. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://planodiretor.mprs.mp.br/arquivos/planmob.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

responsável por formular a política urbana e fazer cumprir, as funções sociais e ambientais da cidade, possibilitando acesso e garantindo o direito a todos os que nela vivem à moradia, aos serviços e equipamentos urbanos, ao transporte público, ao saneamento básico, à saúde, à educação, à cultura e ao lazer e, notadamente, o acesso ao meio físico aos que vivem na cidade (artigo 30, VIII e 182 da CF). Para regulamentar o artigo 182 da CF, é aprovada Lei nº 10.257, de 2001 denominada Estatuto da Cidade, que traz em seu artigo 2º o direito a cidades sustentáveis, como sendo aquelas em que o desenvolvimento urbano deve possibilitar a seus habitantes uma vida digna, mediante o direito à terra urbana, ao transporte, aos serviços, em nosso trabalho, o direito à acessibilidade, para as presentes e futuras gerações.

Afinal, mais de 80% da população brasileira vive em cidades, é o Município que terá melhor possibilidade para constatar e solucionar os problemas diários de seus habitantes, dentre eles as dificuldades que ainda enfrentam as pessoas com deficiência ao tentarem usufruir dos espaços públicos.

2. CONCEITO DE PESSOA COM DEFICIÊNCIA E PESSOA COM MOBILIDADE

A questão da escolha da expressão e da definição mais adequada do que venha a ser uma pessoa com deficiência é uma constante nas obras que tratam desse tema.⁴ Inúmeros termos e

⁴ Muitos estudiosos trataram da questão terminológica, todavia, o uso da expressão não é unívoco entre os mesmos do tema apontado: Guilherme Jose

expressões foram utilizados para designá-las, marcado muitas vezes pela impropriedade e, outras tantas dando uma conotação negativa.⁵ Atualmente, corroborando a terminologia adotada na

Purvin de Figueiredo, **“A pessoa portadora de deficiência e o princípio da igualdade de oportunidades no direito do trabalho”**, *In: Direitos das pessoas portadoras de deficiência*, Luiz Alberto David Araujo, **A proteção constitucional da pessoa portadora de deficiência**, Otto Marques da Silva, **Epopeia Ignorada**, Antonio Herman de Vasconcelos e Benjamin, **A tutela das pessoas portadoras de deficiência pelo ministério publico**, *In Direitos das pessoas portadoras de deficiência*, Moacyr de Oliveira, **Deficientes e sua tutela jurídica**.

⁵ A variação dos termos utilizados ao longo da historia no Brasil e muito ampla. Desde o começo da historia e durante séculos romances, leis, nomes de instituições e outros meios, utilizavam a expressão inválidos. O termo significava individuo sem valor, portanto, quem tinha alguma deficiência era considerado socialmente inútil, um fardo para a família e um peso morto para a sociedade. Após as duas grandes Guerras Mundiais, o termo utilizado era incapacitado –aquele individuo sem capacidade, e, posteriormente, o termo evoluiu e passou a significar individuo com capacidade residual. De 1960 ate mais ou menos 1980, os indivíduos com deformidade, principalmente física, eram denominados como defeituosos, deficientes (para o individuo com deficiência física, mental, auditiva, visual ou múltipla) e excepcionais (para indivíduos com deficiência mental). No ano de 1981, a ONU instituiu o Ano Internacional das Pessoas com Deficientes. A sociedade de um modo geral achou difícil começar a dizer ou a escrever pessoas deficientes, melhorando a imagem dessas pessoas, levando a associar o termo *deficiente* ao substantivo *pessoa*. Passou-se então, a se atribuir o valor pessoa aquele que tinha deficiência, equiparando-o seus direitos e dignidade a todos os membros da sociedade. De 1988 a 1993, muitas organizações contestaram a expressão *pessoa deficiente*, alegando que ela considerava o individuo deficiente na totalidade. Nos países de língua portuguesa, tal expressão foi substituída por pessoa portadora de deficiência (portar uma deficiência passa a ser vista como um valor agregado a pessoa), expressão utilizada por nossa Constituição Federal de 1988. Com a Resolução nº 2 do Conselho Nacional de Educação e da Câmara de Educação Básica, em 2001, em seu artigo 5º, utilizam a expressão pessoas

Convenção da ONU sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, primeira Convenção de Direitos Humanos votada e aprovada como determina o artigo 5, § 3º do Constituição Federal e, regulamentando a mesma, com a edição, em âmbito nacional, da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência), Lei nº 13.146/2015, a expressão *pessoa com deficiência* é a terminologia mais viável e adequada dentro do contexto atual do movimento de inclusão.

O conceito de pessoa com deficiência é extremamente complexo, em razão dos inúmeros fatores e elementos que podem gerar uma condição de deficiência.

Importante lembrarmos que, estimativas mais recentes do Censo do IBGE-2010 apontam que 45.606.048 de brasileiros, 23,9% da população total, têm algum tipo de deficiência – visual, auditiva, motora e mental ou intelectual.(CARTILHA, 2010, p.6)

É importante salientar que esses números refere-se ao total das deficiências, não considerando as pessoas com restrição de mobilidade que segundo, dispõe o artigo 3., inciso IX da Lei Brasileira de Inclusão é considerada aquela que tenha, por qualquer motivo, dificuldade de movimentação, permanente ou temporária, gerando redução efetiva da mobilidade, da flexibilidade, da

com necessidades especiais. Após a Conferência Mundial sobre *Educação de necessidades Especiais: Acesso e qualidade*, em Salamanca, na Espanha, utilizaram a expressão *necessidades educacionais especiais*, tendo em vista que a inclusão na educação não se dirige as pessoas com deficiência, mas a todas as pessoas que tenham necessidades educacionais especiais. Conforme Romeu Kazumi Sassaki. **Como chamar as pessoas com deficiência?** Disponível em: <<http://www.cvi.org.br/como-chamar.asp>> Acesso em: 10 maio 2018.

coordenação motora ou da percepção, incluindo idoso, gestante, lactante, pessoa com criança de colo e obeso.

Com relação ao conceito de pessoa com deficiência, segundo dispõe Luiz Alberto David Araujo, "quando se fala em deficiência, pensa-se, de imediato, naquela surdez ou a cegueira. No campo da deficiência mental, os motivos são inúmeros". (ARAUJO, 2003, pp. 23, 24)

A caracterização de uma pessoa com deficiência possui uma forte carga social, ou melhor, de falta de sua integração social. Neste sentido preleciona David Araujo:

O que define a pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência. Importante frisar que a falha, ou falta, não se situa no indivíduo, mas em seu relacionamento com a sociedade.

Assim, a possível incapacidade não está na deficiência em si, mas nas dificuldades que estas pessoas encontram na sociedade, quando não têm acesso de locomoção ao meio físico, não conseguem ter acesso aos serviços públicos, ao emprego, dentre outras; tais dificuldades enfrentadas por essas pessoas fazem com que sejam excluídas, desprezadas, abandonadas do convívio social. Daí é necessário uma definição que leve em consideração a

pluralidade de interesses da sociedade contemporânea, a partir de uma superação de concepção sobre a deficiência que as ligam a um modelo que vê a deficiência como uma doença, como um problema tão somente do indivíduo.

Tanto que o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, encontramos afirmado que a deficiência é um conceito em evolução e resultante da interação com as barreiras existentes, conforme dispõe texto legal:

Reconhecendo que a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Falar que a deficiência é um conceito em evolução é reconhecer que estamos descobrindo, ainda que de forma paulatina e contínua, que as pessoas com deficiência têm capacidades e, que se elas continuarem tendo oportunidades (oportunidades que nunca antes puderam vivenciar), poderão, cada vez mais, demonstrá-las e desenvolvê-las. (FÁVERO, 2007, p. 91)

Quando às barreiras externas mencionadas no preâmbulo, significa que, se o ambiente não oferecer nenhum obstáculo ou barreira, a limitação funcional em si, do indivíduo, não irá discapacitá-lo. Quanto mais adaptado for o ambiente e as pessoas que o integram, menor a limitação decorrente da

deficiência.

Para melhor compreensão da afirmação contida no preâmbulo da Convenção utilizaremos a explanação trazida por Laís de Figueirêdo Lopes, a partir de uma equação matemática elaborada por Marcelo Medeiros, apresentada em seu *paper* na Oficina de Alianças para o Desenvolvimento Inclusivo na Nicarágua em 2005, os componentes desta fórmula são (troque 'os componentes desta fórmula são' por 'cujos componentes são'): deficiência é igual limitação funcional multiplicada pelo ambiente (deficiência = limitação funcional X ambiente). Assim, se atribuirmos o valor zero⁶ ao ambiente por ser um local que não oferece obstáculo ou barreira, e multiplicarmos por qualquer que seja o valor atribuído à limitação funcional do indivíduo, a deficiência terá como resultado zero. Esclarece ainda que, por esta teoria não estaríamos dizendo que a deficiência desapareceria, mas tão somente que ela deixaria de ser uma questão problema, e a recolocaria como uma questão resultante da diversidade. Todavia,

⁶ Segundo explicações fornecidas pela autora Laís de Figueirêdo Lopes em nota de rodapé: "parte das incongruências matemáticas desta fórmula seria reduzida caso se convencionasse atribuir valores a cada fator variáveis de um mínimo de 1 a um máximo de 5, o que colocaria o valor final da deficiência sempre no intervalo de 1 a 25. Um seria o valor mínimo e 25 o valor máximo, eliminando o desvio introduzido pela multiplicação por zero, que iguala os resultados que deveriam ser diferentes. De qualquer forma, essa é uma digressão de menor importância, dadas as dificuldades óbvias de mensuração e quantificação das variáveis consideradas. Ressalte-se o valor didático e político da equação contido na explicação da importância da interação das pessoas com deficiência com seu entorno". In: LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (coord.). **Comentário ao Estatuto da Pessoa com Deficiência**, São Paulo: Saraiva, 2016, p. 21.

ao invés de zero o ambiente apresentasse obstáculos e tivesse um valor maior o aumento desse impacto seria progressivo em relação à funcionalidade do indivíduo, sendo mais potencializada quanto mais severa for a limitação funcional da pessoa com deficiência e quanto mais barreiras apresentar o ambiente onde ela estiver inserida.

Essa visão foi incorporada pela Convenção, alterando o paradigma do modelo médico, aquele que via a deficiência como uma doença que deveria ser tratada, para o modelo social, no qual a deficiência não é um atributo da pessoa, mas uma condição que se expressa a partir de dificuldades, de barreiras sociais, e especificamente em nosso texto, das barreiras físicas, em que terá o indivíduo que transpô-las para poder usufruir plenamente dos espaços em que vive. Isto não significa que desprezemos as alterações na estrutura funcional ou corporal trazidas pela deficiência mas apenas que devemos ter em mente que essas alterações isoladas, não são o que determinam as possíveis dificuldades ou obstáculos que terão que ser enfrentados pelas pessoas com deficiência, principalmente em seu ambiente físico; em suas cidades.

O artigo 2º da Lei nº 13.146/2015 - Lei Brasileira de Inclusão trouxe um conceito muito semelhante ao positivado na Convenção:

Artigo 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir

sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

Manteve a necessidade que o impedimento seja de longo prazo. Acrescentou a ideia que a avaliação da deficiência pode ser desnecessária. Servirá sempre que for relevante para definir o universo de beneficiários dos direitos garantidos. E, quando a avaliação for necessária, deverá ser feita de forma biopsicossocial, ou seja, deverá realizar uma análise contextual, que envolva a história clínica e a história social do indivíduo, agregando à análise das condições de saúde o olhar social, do entorno, para fins de avaliação de deficiência, a partir de equipe multidisciplinar. Historicamente, a lei brasileira categorizou a deficiência segundo critérios médicos, sendo a clássica divisão feita em “tipos de deficiência”, quais sejam, deficiência física, visual, auditiva, mental e múltipla. (LOPES, 2016, p. 49)

Para organizar o processo e harmonizar a legislação, o Decreto n. 5.296, de 2004⁷, ainda vigente e não revogado pela LBI,

⁷ Decreto n. 5.296, de 2004, em seu artigo "5º (...), § 1º. Considera-se, para os efeitos deste Decreto:

I - pessoa portadora de deficiência, além daquelas previstas na [Lei no 10.690, de 16 de junho de 2003](#), a que possui limitação ou incapacidade para o desempenho de atividade e se enquadra nas seguintes categorias:

a) deficiência física: alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, ostomia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, nanismo, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções;

deverá ser revisto com base na mudança do modelo médico para o modelo social de direitos humanos.

O Brasil há algum tempo vem estudando a migração dessa classificação mais típica do modelo médico, que é eminentemente baseada em perícia médica, para incluir os componentes do modelo social, que considera também o serviço social na avaliação.

Avançando no processo de construção de uma sociedade que respeite a diversidade, aquele que adota práticas inclusivas; defendemos o conceito de pessoas com deficiência trazida pela Convenção, ou seja, o conceito amplo trazido pelo modelo social.

b) auditiva: perda bilateral, parcial ou total, de quarenta e um decibéis (dB) ou mais, aferida por audiograma nas frequências de 500Hz, 1.000Hz, 2.000Hz e 3.000Hz;

c) deficiência visual: cegueira, na qual a acuidade visual é igual ou menor que 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; a baixa visão, que significa acuidade visual entre 0,3 e 0,05 no melhor olho, com a melhor correção óptica; os casos nos quais a somatória da medida do campo visual em ambos os olhos for igual ou menor que 60°; ou a ocorrência simultânea de quaisquer das condições anteriores;

d) deficiência mental: funcionamento intelectual significativamente inferior à média, com manifestação antes dos dezoito anos e limitações associadas a duas ou mais áreas de habilidades adaptativas, tais como:

1. comunicação;
2. cuidado pessoal;
3. habilidades sociais;
4. utilização dos recursos da comunidade;
5. saúde e segurança;
6. habilidades acadêmicas;
7. lazer; e
8. trabalho;

e) deficiência múltipla - associação de duas ou mais deficiências.

Deixamos essa concepção que vê a deficiência com um enfoque negativo, ligada apenas ao corpo do sujeito; aquele que se baseia na incapacidade, para substituí-lo, por um enfoque positivo, que a considera como uma condição que se expressa nos obstáculos enfrentados por essas pessoas. A possível incapacidade não está na deficiência em si, mas nas inúmeras barreiras intransponíveis que podem impedi-las de usufruir de forma plena e efetiva da sociedade. No caso do nosso trabalho, da falta de acessibilidade nos espaços da cidade.

3. DIREITO À ACESSIBILIDADE: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE SUA NORMATIZAÇÃO NO BRASIL

A toda pessoa é garantido o direito de ir e vir, esse direito vem assegurado como um dos direitos fundamentais previsto no artigo 5, inciso XV, da nossa Constituição Federal de 1988. O direito de locomoção é a possibilidade ampla que tem o indivíduo de circular livremente, conforme seu desejo. Nesse sentido, é o magistério de José Afonso da Silva que afirma que o direito de locomoção implica o de circulação. E conceitua o direito de circulação como a "faculdade de deslocar de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público." (SILVA, 2009, p. 111)

Todavia, esse deslocamento de forma autônoma e sem barreiras pelos espaços da cidade não tem sido uma realidade. Afinal, ao longo dos anos, as cidades foram construídas e projetadas sem considerar a diversidade humana e continuam fisicamente

inacessíveis. Arquitetos e engenheiros utilizam em seus projetos a escala humana ideal como medida de referência (método Vitruviano)⁸. As cidades contemplaram e continuam a contemplar em seus projetos o indivíduo perfeito, de preferência jovem, forte e no ápice de seu vigor físico - capacidades físicas e sensoriais. Esquecem que qualquer indivíduo, a qualquer momento de sua vida, poderá ter sua mobilidade reduzida, até mesmo em consequência do envelhecimento. Ou esquecem que em suas cidades há inúmeras pessoas com algum tipo de deficiência. Essas pessoas não são vistas em nossas cidades porque postos de saúde são construídos, ainda sem rampas, calçadas sem rebaixamento na maior parte das vias de circulação, praças totalmente inacessíveis, transportes públicos sem adaptação adequada dentre tantas outras dificuldades, sendo projetados e construídos em total desacordo com as normas que dispõem sobre a acessibilidade e, por conseguinte, sem a prática do desenho universal.

A questão da acessibilidade não é um tema tão recente. No Brasil, tal como acontece em muitos países, começou a ser abordado em 1981, quando foi declarado o Ano Internacional dos

⁸ Marcus Vitruvius Pollio, ou Vitruvio, segundo anota Silvana Serafino Cambiaghi, em sua obra **Desenho Universal: métodos e técnicas para arquitetos e engenheiro**, p. 39, viveu no século I a C. O engenheiro romano apresenta em sua obra *De Architectura*, um modelo ideal para o ser humano, segundo determinado raciocínio matemático e baseando-se, em parte, na divina proporção. Na descrição feita pelo arquiteto, as diferentes partes do corpo formam um conjunto harmonioso de proporções. A arquitetura deveria seguir a mesma concepção, isto é, considerar a proporcionalidade entre as partes para completar o todo harmoniosamente. Os seus padrões serviram de fonte inspiradora a diversos textos sobre construção e arquitetura.

Portadores de Deficiência pelas Nações Unidas. No ano de 1982, a mesma Organização aprovou o Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência, ressaltando o direito dessas pessoas com deficiência de terem à(a)s mesmas oportunidades que os demais cidadãos e desfrutarem, em condições de igualdade, de melhorias nas condições de vida resultantes do desenvolvimento econômico e social.

Dentro desse contexto, o Brasil publicou a primeira norma técnica sobre o tema – a NBR 9050/1985 – Adequação das Edificações e do Mobiliário Urbano à Pessoa Deficiente, elaborada pela comissão de estudos do Comitê Brasileiro da Construção Civil, da Associação Brasileira de Normas Técnicas.

Após três anos, foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que disciplina a acessibilidade, quando assegura, no artigo 227, § 2º, que a Lei disporá sobre normas de construção dos logradouros e dos edifícios de uso público e de fabricação de veículos de transporte coletivo, a fim de garantir o acesso adequado às pessoas com deficiência, e, no artigo 244 complementa a citada norma, acrescentando que a lei disporá sobre a adaptação dos logradouros, dos edifícios de uso público e dos veículos de transporte coletivo atualmente existentes, a fim de garantir acesso adequado às pessoas portadoras de deficiência, conforme o disposto no artigo 227, § 2º.”

Atendendo a tal comando, foi publicada a Lei nº 7.853/89, que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a CORDE (Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa com Deficiência), institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas,

disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Em seu artigo 2º já assegurava que os órgãos e entidades da Administração direta e indireta devem dispensar tratamento prioritário e adequado às pessoas com deficiência, determinando, na área das edificações, a adoção e a efetiva execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas com deficiência, permitindo o acesso destas a edifícios, a logradouros e a meios de transportes.

O Decreto nº 3.298/99 que regulamentou a Lei nº 7.853/89 trouxe como um dos objetivos da Política Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência o acesso, o ingresso e a permanência delas em todos os serviços oferecidos à comunidade, estabelecendo em seu artigo 2º, parágrafo único, que os órgãos e entidades da administração direta e indireta devem dispensar tratamento prioritário e adequado para viabilizar medidas em diversas áreas, dentre as quais, a adoção e execução de normas que garantam a funcionalidade das edificações e vias públicas, que evitem ou removam os óbices às pessoas portadoras de deficiência e que permitam o acesso destas aos edifícios, logradouros e meios de transporte.

A acessibilidade foi novamente tratada pela lei nº 10.048/00 que assegura tratamento prioritário às pessoas com deficiência, idosos, às gestantes, às lactantes e às pessoas acompanhadas por crianças de colo. Essa Lei obriga as repartições públicas, empresas concessionárias de serviço público e instituições financeiras a dispensar tratamento prioritário, por meio de serviços

individualizados á essas pessoas, bem como sejam reservados assentos nos transportes coletivos; orienta ainda que compete às autoridades adotarem normas de construção e licenciamento para garantir acessibilidade em logradouros e sanitários públicos, bem como em edifícios de uso público e também, a acessibilidade nos meios de transportes.

A lei nº 10.098/00 estabelece normas gerais e critérios básicos para promoção da acessibilidade das pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, nas edificações públicas ou privadas, no espaço público, logradouros e seu mobiliário, nas comunicações e sinalização entre outros. O objetivo desta lei será alcançado quando forem suprimidas as barreiras e obstáculos nas vias e espaços públicos, no mobiliário urbano, na construção e reforma de edifícios e nos meios de transporte e de comunicação. Para os fins da lei são estabelecidas várias definições em seu capítulo primeiro, dentre as quais, o que é acessibilidade, barreiras, elementos de urbanização, mobiliário urbano, ajuda técnica e, de forma simplificada, a definição de pessoa portadora de deficiência.

Após quatro anos foi publicado o Decreto nº 5.296, de 02 de dezembro de 2004 que regulamentou as Leis nº 10.048/00, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica e, a de nº 10.098/00, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção de acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida. Ficam sujeitos ao cumprimento deste Decreto, a aprovação de projeto de natureza arquitetônica e urbanística, de comunicação e informação, de transporte coletivo e a execução de qualquer tipo de obra, de destinação pública ou coletiva; a outorga de permissão, autorização ou habilitação de

qualquer natureza; a aprovação de financiamento de projetos com a utilização de recursos públicos, por meio de convênio, acordo, ajuste, contrato ou similar; e a concessão de aval da União na obtenção de empréstimos e financiamentos internacionais por entes públicos ou privados.

A luta pela inclusão dessas pessoas em todos os segmentos da sociedade não parou. A ONU, preocupada com as sucessivas violações dos direitos humanos das pessoas com deficiência no mundo inteiro, conclui que esse grupo demandava uma atitude institucional da comunidade internacional, e, em 30 de março de 2007, em sua sede em Nova Iorque, assinou a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o seu Protocolo Facultativo. Como mencionamos anteriormente, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo passou a ser o primeiro Tratado Internacional a ingressar na nossa ordem jurídica interna com status de equivalência constitucional, por ter sido aprovado nos exatos termos da regra imposta pelo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. A principal contribuição desta Convenção é a positivação da mudança de paradigma da visão da deficiência no mundo, que passa do modelo médico, no qual a deficiência é tratada como um problema de saúde, para o modelo social dos direitos humanos, no qual a deficiência é resultante de uma equação que tem duas variáveis, quais sejam as limitações funcionais do corpo humano e as barreiras impostas pelo ambiente exclusivo ao indivíduo.

A Convenção, ao ter reconhecido o modelo social como o mais novo paradigma para conceituar as pessoas com deficiência,

embasou também a consolidação da *acessibilidade* positivada como princípio fundamental para que esse segmento concretize seus direitos fundamentais em todos os aspectos de suas vidas. Assim, a Convenção reconheceu expressamente à *importância da acessibilidade aos meios físico, social, econômico e cultural, à saúde, à educação, e à informação e comunicação, para possibilitar às pessoas com deficiência o pleno gozo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais*. E seu artigo 3º, juntamente com o respeito à dignidade, a autonomia individual, aliada a liberdade de fazer suas próprias escolhas, a independência, a não-discriminação, a plena e efetiva participação e inclusão, o respeito à diferença, a igualdade de oportunidades, a acessibilidade foi elencada como um dos princípios gerais que deverão nortear a vida das pessoas com deficiências.⁹

Assim, para que a pessoa com deficiência exerça de forma efetiva o direito à acessibilidade, a Convenção determinou também em seu artigo 9º, que os Estados estarão obrigados a tomar medidas apropriadas para assegurar a sua efetivação, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, bem como a outros

⁹ Artigo 3º - Princípios gerais

Os princípios da presente Convenção são: a) O respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas;

b) A não-discriminação; c) A plena e efetiva participação e inclusão na sociedade;

d) O respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; e) A igualdade de oportunidades;

f) A acessibilidade; g) A igualdade entre o homem e a mulher; h) O respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade.

serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Mais adiante, aponta que as medidas destinadas à implementação da acessibilidade deverão incluir a identificação e eliminação de obstáculos e barreiras, expressamente determinando o dever de observância de normas de acessibilidade em edifícios, rodovias, meios de transporte e outras instalações internas e externas, inclusive escolas, residências, instalações médicas e local de trabalho. Também se exige a acessibilidade no que diz respeito a informações, comunicações e outros serviços, inclusive serviços eletrônicos e serviços de emergência.

Com a entrada em vigor da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) – Lei nº 13.146, de 07 de julho de 2015, como é de conhecimento, referida Lei densificou no plano infraconstitucional, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e, no que tange ao tema acessibilidade, ratifica e especifica direitos antes já presentes no ordenamento pátrio.

Na tentativa de cumprir o objetivo da acessibilidade acima mencionado, trouxe a Lei nº 13.146/2015, em seu artigo 3º, I, o que considera acessibilidade: Possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como de outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privados de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

E, abrindo o Capítulo referente à acessibilidade, o artigo 53 da Lei nº 13.146/2015 asseverou que a acessibilidade é o direito que garante à pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e de participação social. Em seu artigo 55, determinou que a concepção e a implantação de projetos que tratem do meio físico, de transporte, de informação e comunicação, inclusive de sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como de outros serviços, equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, seja na zona urbana ou na zona rural, deverão atender aos princípios do desenho universal.

A expressão desenho universal ou *universal designer* foi cunhada pelo arquiteto Ron Mace, que articulou e influenciou uma mudança nos paradigmas dos projetos de arquitetura e design (CAMBIAGHI, 2007, p. 71). Segundo ele, o desenho universal é utilizado para descrever o conceito de projetar e construir produtos ou ambientes para ser utilizável, na maior medida possível, por todos (MACE, 2017). O objetivo principal dessa nova concepção, segundo assevera José Antonio Lanchotti, é o de “simplificar as ações do dia a dia de todas as pessoas, produzindo ambientes, objetos e comunicações que possam ser utilizados por todas as pessoas sem precisar de custos extras com adaptações ou adequações, beneficiando usuários de várias idades e habilidades” (LANCHOTTI, 2005, p. 105).

A definição de desenho universal veio expressa na NBR 9050/2004 da ABNT e no artigo 8º, IX, do Decreto nº 5.296/2004. Encontramos atualmente a definição de desenho universal na Lei nº 13.146/2015, em seu artigo 3º, II, como sendo a concepção de

produtos, ambientes, programas e serviços a serem usados por todas as pessoas, sem necessidade de adaptação ou de projeto específico, incluindo os recursos de tecnologia assistiva.

Por sua vez, o artigo 54 da LBI define a abrangência de aplicabilidade da acessibilidade ao estabelecer que todos os projetos e as obras com destinação pública ou coletiva, que sejam de natureza arquitetônica, urbanística, de comunicação e informação ou a fabricação de veículos de transporte e a prestação do respectivo serviço, assim como autorizações, outorgas, concessões, financiamentos, convênios, bem com obtenção de empréstimo e de financiamentos internacionais por entes públicos ou privados com aval da União, que tenham interação com a matéria regulamentada, devem atender ao disposto nesta Lei.

O artigo 55 da Lei nº 13.146/2015 determina que toda a concepção e a implantação de projetos que tratem do meio físico, de transporte, de informação e comunicação, inclusive de sistemas e tecnologias da informação e comunicação, e de outros serviços, equipamentos e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, devem atender aos princípios do desenho universal, tendo como referência as normas de acessibilidade.

No artigo 56, o Estatuto determina que a construção, reforma, ampliação ou mudança de uso de edificações abertas ao público, de uso público ou privadas de uso coletivo, deverão ser executadas de modo a serem acessíveis, sendo que, nos termos do artigo 57, as edificações públicas e privadas de uso coletivo já existentes deverão garantir acessibilidade à pessoa com deficiência

em todas as suas dependências e serviços, nos termos das normas de acessibilidade vigentes. O mesmo vale para os edifícios de uso privado multifamiliar, conforme o artigo 58 do Estatuto.

Cabe registrar que, recentemente, o Presidente Michel Temer publicou o Decreto de nº 9.296, de 01 de março de 2018 que regulamentou o artigo 45 da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência - Estatuto da Pessoa com Deficiência. Referido Decreto veio para regulamentar a acessibilidade nos hotéis, pousadas e estruturas similares e, para tanto, assegura que a "concepção e a implementação dos projetos arquitetônicos de hotéis, pousadas e estruturas similares deverão atender aos princípios do desenho universal e ter como referências básicas as normas técnicas de acessibilidade da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT),...". (artigo 1º). E no mesmo ano, foi publicado no dia 26 de julho, o Decreto nº 9.451 que determina que novos empreendimentos habitacionais incorporem recursos de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida de acordo com as previsões estabelecidas pela norma NBR 9050 da ABNT. O texto ainda obriga condomínios residenciais a se adaptarem às regras de acessibilidade em até 18 meses.

Em síntese, determina o Estatuto, à luz do que vem disposto na Constituição, especialmente com a alteração promovida pela Convenção da ONU, que um espaço será acessível (ambiente urbano/rural ou edificação) quando todos puderem ingressar, circular e utilizar todos os ambientes e não apenas parte deles. Pois, a essência do desenho universal está no propósito de estabelecer acessibilidade integrada a todos, sejam ou não pessoas

com deficiência. "O termo acessibilidade representa uma meta de ampla inclusão, não um eufemismo". (CAMBIAGHI, 2007, p. 73)

Sendo assim, é inconcebível, nos dias atuais, que obras continuem sendo construídas ou reformadas ou projetos elaborados sem contemplar os princípios do desenho universal e, conseqüentemente, sem assegurar a acessibilidade. Portanto, toda e qualquer construção, reforma ou ampliação tanto públicas e quanto privadas de uso coletivo, como vias e espaços públicos, deverão estar acessíveis.

3.1 Acessibilidade como Instrumento da Sustentabilidade

A compreensão do desenvolvimento urbano deve ser extraída do artigo 182 da Constituição Federal de 1988, que dispõe que "a política de desenvolvimento urbano, executado pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei têm como objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes." Para dar eficácia a esse dispositivo, o legislador elaborou vigoroso e inovador instrumento legislativo, o denominado Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257, de 2001), que em seu artigo 2, inciso I, repetindo o disposto no *caput* do artigo 182, determina que:

(...) política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante a garantia das cidades sustentáveis ,entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao

saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (...)
(DI PIETRO, 2010, p. 3)

Na lição de Odete Medauar, o inciso I do artigo 2 do Estatuto garante o direito a cidades sustentáveis, que significa "aquela em que o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação sem caos e destruição, sem degradação, possibilitando uma vida digna para todos", mediante o direito à terra urbana, ao transporte e aos serviços públicos (...), para as presentes e futuras gerações. (MEDAUAR, 2004, p. 27)

Assim, a compreensão do desenvolvimento urbano deve ser extraída do princípio do desenvolvimento sustentável e do direito ao desenvolvimento previsto no sistema de proteção internacional dos direitos humanos e do meio ambiente. "Está mais do que firmado o entendimento de que o meio ambiente e o desenvolvimento não podem ser considerados isolados um do outro, já que não há como se relacionar o conceito de interesse comum da humanidade sem mencionar o meio ambiente e o desenvolvimento". (CANEPA, 2005, p. 141)

A "Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento", adotada pela resolução n. 41-128 da Assembleia das Nações Unidas em 1986, que em seu artigo 1 reconhece esse direito como um direito humano inalienável e, no seu artigo 2, estabelece que a pessoa humana é considerada como o sujeito central do desenvolvimento e deverá ter uma participação ativa e se beneficiar desse direito. E ainda, que os Estados, a nível, nacional, têm o dever de tomar as medidas necessárias para realização do direito ao

desenvolvimento, de assegurar igualdade de oportunidade para todos em acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação, emprego e distribuição equitativa de renda (artigo 8). Essa Declaração vai ao encontro do princípio do desenvolvimento sustentável que foi previsto na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada no Rio de Janeiro em 1992, pela qual o direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades das presentes e futuras gerações.

Dentro desse contexto, nos deparamos com a necessidade, principalmente de os Municípios adotarem medidas positivas para incluir as pessoas com deficiência em suas cidades.

O termo desenvolvimento sustentável foi usado pela primeira vez em 1972, segundo esclarece Maria Manuela Malheiro Dias Ferreira (2010), no livro *The Limits to Growth*, escrito por um grupo de cientistas americanos. Segundo essa mesma autora, o referido grupo analisou os fatores básicos que poderiam limitar o crescimento no planeta, tais como a população, a produção agrícola, os recursos naturais, a produção industrial e a poluição.

O conceito de desenvolvimento sustentável foi cunhado, segundo esclarece Carla Canepa, pela Comissão Brundtland¹⁰, no

¹⁰ O relatório Brundtland consistiu num estudo de alternativas para o desenvolvimento e meio ambiente elaborado por uma comissão presidida pela norueguesa Gro Harlem Brundtland (única estadista do mundo designada para o cargo de Primeiro Ministro, depois de ter ocupado pasta do Meio Ambiente), encomendada pela Assembleia Geral da ONU em 1983 e finalizada em 31 de dezembro de 1987. Dentre os três grandes grupos de problemas ambientais classificados, destacam-se as questões sociais ligadas à pessoa humana,

processo preparatório à Conferência das Nações Unidas - Rio 92 e começou a ser divulgado pelo relatório conhecido como "Nosso Futuro Comum" a partir de 1987. O termo encerra a tese-chave do que é possível desenvolver sem destruir o meio ambiente. A formulação do desenvolvimento sustentável consagrado nesse relatório é "aquele que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade das gerações futuras em satisfazer suas próprias necessidades". (CANEPA, 2005, p. 133)

A década de 2005 a 2014 foi estabelecida pelas Nações Unidas como a década do "Desenvolvimento Sustentável". No Documento Final do Plano Internacional de Implementação de 2005 sobre a "Educação para o Desenvolvimento Sustentável" é afirmado que o conceito de "desenvolvimento sustentável" continua a evoluir, mas que compreende três áreas chave - sociedade, ambiente e economia, sendo a cultura uma dimensão subjacente. Maria Manuela Malheiro Ferreira Dias esclarece que:

A Sociedade: inclui a compreensão das instituições sociais e o seu papel na mudança e no desenvolvimento, assim como os sistemas democráticos e de participação que permitem a expressão de opinião, a escolha dos governantes,

principalmente no que se refere ao uso da terra, sua ocupação, abrigo, suprimentos e água e serviços sanitários, sociais e educativos e a administração do crescimento urbano. Cf. **Direito ambiental internacional: meio ambiente desenvolvimento sustentável e os desafios da nova ordem mundial: uma reconstituição da Conferência do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Rio de Janeiro: Thex Editora, 1995, p. 32.

a formação de consensos e a resolução das diferenças.

Ambiente: inclui a compreensão da fragilidade do ambiente físico e dos recursos e os efeitos no ambiente da atividade humana e das decisões tomadas, e pressupõe um empenhamento em considerar os efeitos das políticas de desenvolvimento social e econômico no ambiente.

Economia: pressupõe uma sensibilidade na relação aos limites e potencialidades do crescimento econômico, e um empenhamento em avaliar os efeitos dos níveis de consumo pessoais e sociais no ambiente e na justiça.

A cultura é considerada como uma forma de estar, de relacionamento, de comportamento, de acreditar e de atuar das populações, que tem que ser tida sempre em conta, mas que está em constante processo de mudança. (FERREIRA, 2018, p. 3)

Na ocasião da Rio 92 aprovou-se um documento denominado Agenda 21, que estabelece um pacto de mudança do padrão desenvolvimento global para o século XXI. Nesse sentido esclarece Carla Canepa:

Sem dúvida, a associação da noção de sustentabilidade com o desenvolvimento das cidades passa, obrigatoriamente pelas rearticulações políticas através das quais os atores envolvidos na organização e na produção do espaço urbano procurarão legitimar suas estratégias de acordo com os princípios

estabelecidos principalmente na Agenda 21.
(CANEPA, 2005, p. 142)

Assim, através do princípio 1 dessa Agenda, declara que todos têm direito a uma vida saudável e produtiva em harmonia com a natureza. De acordo com o princípio 4, para alcançar o desenvolvimento sustentável, a proteção do meio ambiente deverá constituir parte integrante do processo de desenvolvimento e não poderá ser considerada de forma isolada. Através do princípio 8, para alcançar o desenvolvimento sustentável e uma melhora qualidade de vida para todas as pessoas, os Estados deveriam reduzir e eliminar os sistemas de produção e consumo sustentados e fomentar políticas demográficas apropriadas.

Portanto, um dos componentes do desenvolvimento urbano é o princípio do desenvolvimento sustentável, pelo qual todas as pessoas estão no centro das preocupações e têm o direito a uma vida saudável e produtiva, em harmonia com a natureza. Esse componente, como requisito obrigatório, segundo Nelson Saule Junior, significa a vinculação do desenvolvimento urbano, referido no *caput* do artigo 182, com o direito ao meio ambiente, estabelecido no artigo 225 da Constituição Federal. "O desenvolvimento urbano, como política pública, deve ter como condicionamento o direito ao meio ambiente sadio, ecologicamente equilibrado, como garantia das presentes e futuras gerações". (SAULE JUNIOR, 1997, p. 67)

A política de desenvolvimento urbano deve ser destinada à atender as necessidades essenciais da população mais carente das cidades. Para tanto, deverá formular e implementar políticas

públicas com a participação popular, voltadas para a proteção do meio ambiente sadio, da eliminação da pobreza, da redução das desigualdades sociais, da adoção de novos padrões de produção e consumo sustentáveis, de modo a garantir à todas as pessoas da cidade uma qualidade de vida digna.

Portanto, de acordo com o princípio do desenvolvimento urbano sustentável, para se ter uma cidade sustentável é imprescindível que políticas públicas sejam adotadas para priorizar também as necessidades das pessoas com deficiência, principalmente voltadas a assegurarem os seus deslocamentos de forma livre e autônoma pelos espaços da cidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que, segundo dados estatísticos do Censo de 2010, cerca de mais de 80% da população brasileira vivem em cidades, conseqüentemente, não há menor dúvida que o Brasil é um País urbano. Considerando também que estimativas do mesmo órgão apontam que mais de 23, 9 %da população brasileira possuem algum tipo de deficiência, totalizando aproximadamente 45.606.048 milhões.

Todavia, viver nas cidades continua sendo um grande transtorno e também um grande desafio para a pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida que, ao se locomoverem e se movimentarem pelos seus espaços, deparam-se com incontáveis obstáculos econômicos, sociais, e especificamente, em nosso estudo, com os obstáculos físicos, que as impede de exercerem seus

direitos em igualdade de condições com as demais pessoas, em função do mau uso e ocupação do solo urbano, traduzidos em crise habitacional e segregação espacial, ocasionando perda, por parte dessa população, da qualidade de vida nas cidades. Dentro desse contexto, a cidade e seus espaços, quando não são acessíveis para as pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, deixam de ser o local de convívio, de encontro, de troca, para tornarem-se locais de exclusão espacial.

A necessidade de circular está ligada ao desejo de realização das atividades sociais, culturais, políticas econômicas necessárias na sociedade. As pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida deveriam conseguir se movimentar pelos seus espaços com autonomia, segurança e conforto. Sair de sua residência, conseguir chegar até o seu local de trabalho, buscar algum lazer ou ir a seu trabalho; todas essas possibilidades de deslocamento das pessoas pelos espaços da cidade compõem o direito fundamental de ir, vir, ficar e permanecer. Essa necessidade de deslocar, de circular, dependerá de como a cidade está organizada territorialmente e vinculada funcionalmente às atividades que se desenvolvem em seu espaço.

A acessibilidade aos edifícios, e logradouros públicos, nos transporte coletivo e suas mútuas interações é regra mínima e básica de cidadania, tanto que, o constituinte materializou-a no artigo 227, § 2º e no artigo 244. Para dar eficácia a esses dispositivos constitucionais, foram editadas, dentre outras, a Lei nº 7.853/89, o Decreto nº 3.298/99, as Leis nº 10.048/00 e nº 10.098/00 e o Decreto nº 5.296/04, e a Lei nº 13.146/2015 - LBI. De uma maneira geral,

toda essa legislação visa garantir à pessoa com deficiência e mobilidade reduzida a plena integração social, com a garantia da acessibilidade aos espaços públicos da cidade.

O direito à acessibilidade é, portanto, uma exigência constitucional que surge, atualmente, como um direito fundamental, sobretudo, para a pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida.

Para que essas pessoas possam realizar de modo pleno e irrestrito esse direito fundamental e compartilhar os aspectos positivos da urbanização, é essencial que lhes assegure a capacidade de circular pela cidade, onde se desenvolve parcela significativa de suas vidas.

È fato que o Município é o principal responsável pela tomada de decisões e ações executivas das políticas de acessibilidade. Esse dever advém, dentre outras fontes, das competências estabelecidas nos artigos 30 I, VIII e 182 da Constituição Federal.

O Estatuto da Cidade (Lei nº 10.2578/2001) reconheceu o papel dos Municípios na formulação e condução do processo de gestão das cidades, garantindo em seu artigo 2º o direito à cidades sustentáveis, que significa aquela onde o desenvolvimento urbano ocorre com ordenação, possibilitando uma vida digna para todos, mediante o direito à terra urbana, ao transporte e aos serviços públicos, e no nosso estudo, à acessibilidade, para as presentes e futuras gerações. Portanto, o desenvolvimento urbano tem que estar associado ao desenvolvimento sustentável das cidades. Se a construção de cidades acessíveis está no centro do planejamento

urbano, é indiscutível a nova concepção de desenvolvimento, qual seja o desenvolvimento sustentável.

Como mencionamos, dentre as deficiências experimentadas pelas pessoas a de locomoção é marcante na medida em que a pessoa tem a liberdade de ir e vir tolhida. Assim, tão importante quanto adequar os espaços públicos da cidade para garantir a circulação das pessoas, notadamente às com deficiência, eliminando-se as barreiras existentes, é necessário que o Poder Público municipal não crie diariamente novas barreiras ao projetar ou executar uma nova obra pública, ou adaptar uma obra já existente, ou ainda, ao publicar um edital de licitação para prestação dos serviços de transporte público que não contemple a questão da acessibilidade, ou ainda não propiciar o acesso aos meios de informação e comunicação.

Não temos dúvida que uma cidade sustentável, aquela que irá concretizar as normas da acessibilidade será uma cidade em que todos os seus habitantes poderão fruir só dos espaços públicos das cidades, mas do acesso a esse direito de forma ampla e irrestrita como veio determinada na referida Lei. Uma cidade acessível é uma cidade de e para todos!

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David de. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Brasília: CORDE, 2003.

Brasil. **Ministério das Cidades**. Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade. Brasília, 2015. Disponível em: <<http://planodiretor.mprs.mp.br/arquivos/planmob.pdf>>. Acesso em: 21 jul. 2018.

CAMBIAGHI, Silvana Serafino. **Desenho universal**: métodos e técnicas para arquitetos e urbanistas. São Paulo: Senac, 2007.

CANEPA, Carla. Cidades sustentáveis. In: Garcia, Maria (coord). **A cidade e seu estatuto**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

CARTILHA DO CENSO 2010. **Pessoas com Deficiência**. Luiza Maria Borges Oliveira / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (SDH/PR) / Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência (SNPD) / Coordenação-Geral do Sistema de Informações sobre a Pessoa com Deficiência; Brasília: SDH-PR/SNPD, 2012. Disponível em: <<http://www.portalinclusivo.ce.gov.br/phocadownload/cartilhas/eficiente/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2018

COHEN, Regina; DUARTE, Cristiane Rose. Acessibilidade como fator de construção do lugar. In: ALMEIDA PRADO, Adriana R; LOPES, Maria Elisabete; WALBE, Sheila (Org). **Desenho**

universal: caminhos da acessibilidade no Brasil. São Paulo: Annablume, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Função social da propriedade pública.** Revista Eletrônica do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº 6, abril-maio-junho, 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 14 jan. 2018

FÁVERO, Eugenia Augusta Gonzaga. O direito a uma educação inclusiva. *In:* GUGEL, Maria Aparecida; COSTA FILHO, Waldir Macieira da; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes (Org). **Deficiência no Brasil:** uma abordagem integrada dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

FERREIRA, Maria Manuela Malheiro Dias. **Desenvolvimento urbano sustentável:** o papel dos cidadãos. Universidade Aberta. Lisboa Portugal. Disponível em: <http://www.apgeo.pt/files/docs/CD_X_Coloquio_Iberico_Geografia/pdfs/052.pdf>. Acesso em: 18 jul. 2018

LANCHOTTI, José Antonio. **Critérios de desempenho da mobilidade no espaço urbano construído como avaliadores da cidade acessível:** o caso de Ribeirão Preto. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo de São Paulo em Arquitetura: São Paulo, 2005.

LOPES, Lais de Figueirêdo. Disposições preliminares: capítulo 1. *In:* LEITE, Flávia Piva Almeida; RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes; COSTA FILHO, Waldir Macieira (coord.). **Comentário ao Estatuto da Pessoa com Deficiência,** São Paulo: Saraiva, 2016.

MACE, Ron. The Center Universal desing. About Ron Mace. Disponível em: <<http://www.ncsu.edu/cud/about-us/usronmace.htm>> . Acesso em: 2 jul. 2018.

MEDAUR, ODETE; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de (Coord). **Estatuto da cidade, comentário à lei 10.257 de 2001**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Como chamar as pessoas com deficiência?** Disponível em: <<http://www.cvi.org.br/como-chamar.asp>> Acesso em: 10 maio 2018.

SAULE JUNIOR, Nelson. A relevância do direito à cidade na construção de cidades justas, democráticas e sustentáveis. In: SAULE JUNIOR, Nelson (Org.). **Direito urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. **Comentário contextual à constituição**. 6. ed. atual. até a Emenda Constitucional nº 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, Otto Marques da. **Epopéia ignorada**. CD Epopeia ignorada. Cotia: Editora FAster, 2009.

JUSTIÇA INTERGERACIONAL: A EFETIVIDADE DAS
GERAÇÕES ATUAIS E FUTURAS NA BUSCA PELA
RECIPROCIDADE E SOLIDARIEDADE NA
PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

INTERGENERATIONAL JUSTICE: THE EFFECTIVENESS OF
CURRENT AND FUTURE GENERATIONS IN THE
SEARCH OF RECIPROCITY AND SOLIDARITY IN THE
PRESERVATION OF THE ENVIRONMENT

Carla Aliny Peres Dias¹

Fabício Veiga Costa²

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo, inicialmente, analisar a evolução do direito ambiental desde o período imperial até a constituição Federal de 1988, com enfoque para a evolução do direito ambiental nos ordenamentos vigentes á época. Posteriormente, serão analisados os princípios basilares do direito ambiental que funcionará como gancho para a introdução da justiça intergeracional que será o ponto alvo do presente artigo. Analisar-se-á o conceito e origem da justiça intergeracional seus fundamentos e aplicabilidade junto ao ordenamento jurídico brasileiro, e como efetivamente implantar o instituto da solidariedade e reciprocidade entre gerações atuais e futuras na

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade de Itaúna-MG. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Patos de Minas. Advogada.

² Pós-doutor em Educação pela UFMG. Doutor em Direito pela PUCMINAS. Professor do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG.

busca pela preservação do meio ambiente e manutenção da dignidade da pessoa humana. Se, tal justiça é eficaz no ordenamento pátrio ou trata-se apenas de demagogia. Posteriormente, serão analisadas as teorias de acerca da solidariedade e reciprocidade entre as gerações atuais e futuras acerca do que deverá ser feito para garantir o direito a uma ambiente sadio e saudável às gerações atuais e futuras sem prejuízos para o crescimento econômico e financeiro dos pais, tudo no intuito de comprovar a efetividade ou a derrocada da justiça intergeracional.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça Intergeracional; Direito Ambiental; Reciprocidade; Solidariedade; Gerações Atuais; Gerações Futuras.

ABSTRACT: The objective of this study is to analyze the evolution of environmental law from the imperial period up to the Federal Constitution of 1988, focusing on the evolution of environmental law in the current legislation. Subsequently, we will analyze the basic principles of environmental law that will act as a hook for the introduction of intergenerational justice that will be the target point of this article. It will analyze the concept and origin of intergenerational justice, its foundations and applicability with the Brazilian legal system, and how to effectively implement the institute of solidarity and reciprocity between current and future generations in the search for preservation of the environment. Subsequently, the theories of solidarity and reciprocity between current and future generations will be analyzed about what should be done to guarantee the right to a healthy and healthy environment for the present and future generations without prejudice to the economic and financial growth of the country.

KEYWORDS: Intergenerational Justice; Environmental Law; Reciprocity; Solidarity; Current Generations; Future generations.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Um breve esboço histórico do direito ambiental no Brasil.

2.1 O direito ambiental no Brasil colônia.

2.2 Brasil Império.

2.3 Brasil República.

2.4 Evolução do direito ambiental nas Constituições brasileiras.

3. Princípios basilares do direito ambiental.

4. Aspectos da justiça intergeracional.

4.1 A Origem da solidariedade intergeracional (entre gerações).

4.2 A teoria da equidade intergeracional no pensamento de Edith

Brown Weiss.

5. Os direitos para as futuras gerações.

Considerações Finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

São grandes os problemas ambientais em nível internacional que a atualidade enfrenta dentre eles: as mudanças climáticas, chuvas ácidas, destruição das florestas, diminuição da camada de ozônio, extinção de animais e da fauna e da flora. E, devido a estes grandes problemas ambientais, existem muitas preocupações para o futuro das gerações atuais e vindouras.

Os direitos e deveres chocam-se, a partir das ações dos indivíduos. O direito ao meio ambiente constitui um direito ao

meio ambiente sadio e ao mesmo tempo corresponde um dever de preservação para o bem estar das gerações atuais e futuras.

Assim, a justiça entre gerações relaciona-se ao presente e futuro próximo e principalmente remoto, quando se trata de uma justiça ambiental, cujo objeto é o bem ambiental que se degrada progressivamente dia após dia, geração após geração.

Desse modo, a contribuição para degradação do meio ambiente, como os avanços tecnológicos é cada vez maior. Os avanços industriais e o crescimento econômico estão intimamente relacionados com a degradação ambiental, o que coloca em risco as gerações futuras sob a perspectiva de médio e longo prazo.

Infelizmente, ainda hoje, o ser humano não consegue atrelar o crescimento industrial, econômico e financeiro sem degradar o ambiente e colocar em risco as gerações atuais e futuras. E, esta talvez seja a questão mais relevante e difícil de ser resolvida, na atualidade. E, nesse viés, o presente estudo tem por fim a análise do que poderá ser feito pelas gerações atuais para preservar o meio ambiente para as gerações futuras, isto é, a justiça intergeracional e efetiva no ordenamento pátrio, as gerações atuais se preocupam com as gerações futuras, há um sistema recíproco e solidário entre gerações, trata-se de uma veracidade ou apenas demagogia.

No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, partindo de uma concepção macro analítica para uma concepção micro analítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Por fim, no procedimento técnico, foram adotadas as análises interpretativas, comparativas,

históricas e temáticas, possibilitando uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

Para melhor análise do tema proposto, dividiu-se o artigo em cinco itens, incluído esta introdução. No item seguinte, apresenta-se um breve relato histórico e conceituação do direito ambiental no Brasil, passando-se desde o império até a Constituição Federal de 1988. No terceiro item serão analisados os princípios basilares do direito ambiental e sua aplicação no ordenamento pátrio. No item quatro serão analisados os aspectos da justiça intergeracional, conceito origem histórico bem como análise do princípio da solidariedade intergeracional e a teoria da equidade intergeracional de Edith Brown Weiss. No item cinco será discutido o direito das gerações futuras e a análise das teorias de Axel Gosseries. Por fim, serão tecidas as considerações finais, seguidas das referências.

2. UM BREVE ESCORÇO HISTÓRICO DO DIREITO AMBIENTAL NO BRASIL

Antes de adentrar totalmente no ponto de maior relevância do estudo, isto é a análise da justiça intergeracional, faz-se necessária um breve relato do surgimento e evolução do direito ambiental, desde o Brasil colônia até a Constituição Federal de 1988.

Assim, as primeiras leis de proteção ambiental, no Brasil, foram importadas de Portugal, com o início da colonização portuguesa no Brasil. Segundo Ann Helen Wainser, a Ordenação

de 9 de novembro de 1326, protegia as aves e equiparava seu furto, para efeitos criminais, a qualquer outra espécie de crime, fazendo assim a primeira alusão a crime ambiental.

2.1 O direito ambiental no Brasil Colônia

A fase colonial brasileira, que teve início em 1500 com o seu descobrimento, e que perdurou até 1808 com a instalação da família real portuguesa no Brasil, foi marcada por grandes conflitos, entre os povos indígenas e portugueses, para a conquista e exploração dos recursos naturais, como por exemplo, do pau-brasil.

Segundo o estudo de Ann Helen Wainer, no Brasil, em 1521 as Ordenações Manuelinas foram as primeiras a dar avanço à matéria de proteção ambiental. Um exemplo disso está no livro V, que no Título LXXXIII proibia a caça de animais, como por exemplo, lebres, coelhos e perdizes, com instrumentos capazes de causar-lhes a morte com dor e sofrimento, punindo severamente o infrator. Coibia ainda o corte de árvores frutíferas, equiparando, nesse caso, como crime, proclamando assim a primeira modalidade de crime ambiental.

A partir 1580, o Brasil segue as Ordenações Filipinas que foram textos avançados de direito ambiental, no que pese a evolução desse direito para a época, trazendo principalmente um conceito de poluição, no Livro V, Título VIII, §7º, com a seguinte redação: “E pessoa alguma não lance nos rios e lagoas em qualquer

tempo de ano (...) trovisco, barbasco, coca, cal nem outro algum material com que se o peixe mate”, vedando as pessoas de poluir as águas dos rios e lagoas.

As Ordenações Filipinas também proibiam a pesca com determinados instrumentos e em certos locais e épocas estipuladas, a exemplo do que determinava a Lei 7.679/88, hoje substituída pela Lei 9.605/98, como também afirma Ann Helen Wainer (1999).

2.2 Brasil Império

A devastação do período colonial continuava durante o período de independência do Brasil. O combate ao problema ambiental de devastação excessiva das terras, para a exploração de cana-de-açúcar, não foi amortecido com a primeira Constituição, em 1824, onde os constituintes nada dispuseram sobre proteção ambiental.

Somente com o legislador ordinário, em 11 de junho de 1829, foram reafirmadas as proibições de roçar e derrubar matas em terras devolutas. Com o surgimento do Código Criminal em 1830, crimes como o corte ilegal de madeira, apresentaram penas criminais para os infratores, em dois artigos (178 e 257), acarretando assim, uma maior seriedade ao assunto.

Com a promulgação da Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850, a lei de “terras”, que foi fruto de um patriarca da Independência, José Bonifácio de Andrada e Silva, trouxe importantes avanços em matéria ambiental. Essa legislação trouxe inovações de grande importância ecológica, pois instituiu o

princípio da responsabilidade ambiental, fora do âmbito da legislação civil. Porém, mesmo com a promulgação da lei nº 601, as devastações nas florestas causadas pela extração de madeira continuaram e preocupavam as autoridades da época.

2.3 Brasil República

Em 1889 com a proclamação de República, o direito ambiental sofreu alguns avanços, poucos significativos com certeza, porém com o descaso feito pelos Governos Brasileiros, a legislação para a proteção ambiental pouco se desenvolveu. Fato esse que, durante a fase Republicana do Brasil (que perdura até os dias atuais) foi modificado, construindo e fortalecendo um direito ambiental complexo e funcional. Sem dúvida a República, principalmente o século XX, foi o período mais evolutivo do Direito Ambiental.

Após a promulgação do Código Civil de 1916, o direito ambiental brasileiro foi impulsionado à criação de novos diplomas legais que regulassem, de maneira mais específica, o problema ambiental. Assim, nos últimos 20 anos do século XX, a fase republicana do Direito Ambiental teve, conforme explica Édis Milaré (2005, p140) quatro grandes marcos da postura recente do ordenamento jurídico na busca de respostas ao clamor social pela imperiosa tutela do ambiente, que foram:

O primeiro marco é a edição da Lei nº 6.938, de 31.08.1981, conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente, que, entre outros tantos méritos, teve o de trazer para o

mundo do Direito o conceito de meio ambiente como objeto específico de proteção em seus múltiplos aspectos; o de instituir um Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), apto a proporcionar o planejamento de uma ação integrada de diversos órgãos governamentais através de uma política nacional para o setor; e o de estabelecer, no artigo 14, § 1º, a obrigação do poluidor de reparar os danos causados, de acordo com o princípio da responsabilidade objetiva (ou sem culpa) em ação movida pelo Ministério Público.

O segundo marco coincide com a edição da Lei nº 7.347, de 24.07.1985, que disciplinou a ação civil pública como instrumento processual específico para a defesa do ambiente e de outros interesses difusos e coletivos e possibilitou que a agressão ambiental finalmente viesse a tornar-se um caso de justiça.

O terceiro marco pontifica em 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal, onde o progresso se fez notável na medida em que a Carta Magna deu ao meio ambiente uma disciplina rica, dedicando à matéria um capítulo próprio em um dos textos mais avançados em todo mundo.

O quarto marco é representado pela edição de Lei nº 9.605, de 12.02.1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente. Dita a lei, conhecida como “Lei dos Crimes Ambientais”, representa significativo avanço na tutela do ambiente, por inaugurar uma sistematização das sanções administrativas e por tipificar organicamente os crimes ecológicos. O diploma também inova ao tornar realidade a promessa constitucional de se incluir a pessoa jurídica como sujeito ativo do crime ambiental.

2.4 Evolução do direito ambiental nas Constituições Brasileiras.

A Constituição Imperial de 1824 não tratou de matéria ambiental, nem mesmo ocupou-se em traçar diretrizes relacionadas a uma ordem econômica constitucional, posto que, à época da promulgação da Carta de 1824, o País adotava a linha liberal, predominante naquele momento, pela qual o Estado não deveria interferir em questões econômicas.

É de se observar, entretanto, que a Carta de 1824 deixou para as Câmaras Municipais certas atribuições que esbarravam também em questões relacionadas com o meio ambiente, ao determinar, em seu artigo 169, que: "O exercício das suas funções municipais, formação das Posturas policiais, aplicação de suas rendas, e todos os seus particulares, e úteis atribuições, serão decretadas por Lei regulamentar" (a ortografia fora modernizada).

A referida lei data de 1º de outubro de 1828, e "Dá nova forma às Câmaras Municipais, marca suas atribuições, e o processo para sua eleição, e dos Juizes de Paz". No que se refere à competência das Câmaras Municipais em matéria ambiental, estabelece a dita lei.

A Constituição de 1891, em seu artigo 34, nº 29, atribuía à União competência para legislar sobre as minas e terras.

Por sua vez, a Constituição Federal de 1934 (artigo 5º, inciso XIX, letra j) estabelecia que a União era competente para legislar sobre "bens de domínio federal, riquezas do subsolo,

mineração, metalurgia, água, energia hidrelétrica, florestas, caça e pesca e sua exploração".

A Constituição Federal de 1937 determinava em seu artigo 16, inc. XIV, que competia privativamente à União legislar sobre: "os bens de domínio federal, minas, metalurgia, energia hidráulica, águas, florestas, caça e pesca e sua exploração".

A Constituição de 1946 (artigo 5º, inc. XV, alínea I) dispunha que à União competia legislar sobre: "riquezas do subsolo, mineração, metalurgia, águas, energia elétrica, florestas, caça e pesca".

A Constituição Federal de 1967, por seu turno, determinava, em seu artigo 8º, inciso XII, a competência da União para: "organizar a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente a seca e as inundações". Esta Carta estabelecia ainda, nos termos do seu artigo 8º, XV, b, que à União competia explorar, diretamente ou mediante concessão, os serviços e instalações de energia elétrica de qualquer origem ou natureza.

No que diz respeito à competência para legislar, rezava aquela Carta que cabia à União tratar de questões pertinentes ao direito agrário; normas gerais de segurança e proteção da saúde; águas e energia elétrica.

A Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro de 1969, manteve os termos daquilo que foi acima apontado. Houve, entretanto, uma pequena mudança naquilo que diz respeito às competências legislativas em relação à energia que foi subdividida em elétrica, térmica, nuclear ou de qualquer natureza".

A Constituição de 1988 tratou da questão ambiental, de maneira específica, em seu Capítulo VI, que se insere no Título VIII

(Da Ordem Social). Neste contexto, reza o artigo 225, *caput, in verbis*:

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.

Os parágrafos do artigo 225 ainda trazem outras providências. O § 1º incumbe ao Poder Público certas medidas voltadas a assegurar o direito ambiental. O § 2º versa sobre a exploração de recursos minerais. O § 3º, por sua vez, trata da sujeição dos que praticarem atos lesivos ao meio ambiente a sanções penais e administrativas, além da reparação civil cabível. Reza o § 4º sobre a proteção ambiental de algumas áreas especiais do território nacional. O § 5º trata da indisponibilidade de certas terras, levando em conta a proteção dos ecossistemas naturais. O § 6º, por seu turno, versa sobre as usinas nucleares.

A Constituição de 1988 demonstra ainda a importância que conferiu às questões ambientais ao tratar, de alguma forma, do tema em outros artigos que se espalham por seu texto, tais como: artigo 5º, LXXIII, que trata da ação popular, visando a anular ato lesivo ao meio ambiente; artigo 21, XXIII, "c", que trata da responsabilidade civil objetiva por danos nucleares, no contexto da competência da União referente à questões nucleares; artigo 22, XII, que reza sobre a competência privativa da União para legislar

sobre "jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia"; artigo 23, III, pelo qual a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm competência comum para "proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos", e VI, segundo o qual os entes federativos devem "proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de sua formas", dentre outros.

Desse modo a Constituição Federal de 1988 é considerado sob o âmbito ambiental uma das mais avançadas do mundo.

3. PRINCÍPIOS BASILARES DO DIREITO AMBIENTAL

Para a compreensão do estudo em questão e de suma importância a análise dos princípios basilares do direito ambiental, para posteriormente adentra no conceito de justiça intergeracional.

O reconhecimento do direito a um meio ambiente sadio é decorrência do direito à vida, quer sob o enfoque da própria existência física e saúde dos seres humanos, quer quanto ao aspecto da dignidade dessa existência humana.

O princípio da natureza pública da proteção ambiental (artigo 225, *caput*, da Constituição Federal de 1988 mantém estreita correlação com o princípio geral, de direito público, da primazia do interesse público sobre o particular, e também, com o princípio do direito administrativo da indisponibilidade do interesse público.

Decorre da previsão constitucional que consagra o meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do

povo incumbindo ao Poder Público e à sociedade sua preservação e sua proteção.

O princípio do desenvolvimento sustentável tem como corolário que os recursos ambientais são finitos, tornando-se inadmissível que as atividades econômicas se desenvolvam alheias a essa realidade. O se busca é a harmonização entre o postulado do desenvolvimento econômico, algo pretendido por todos nós, e a preservação do meio ambiente.

A própria CF/88 em seu artigo **170, VI**, estabelece que a ordem econômica também tem como fundamento a defesa e preservação do meio ambiente.

Por seu turno, o princípio do poluidor pagar reflete um dos fundamentos da responsabilidade civil em matéria ambiental. Muitas vezes incompreendido, ele não demarca a de poluir mediante o pagamento de posterior indenização (como se fosse uma contraprestação). Ao contrário: reforça o comando normativo no sentido de que aquele que polui deve ser responsabilizado pelo seu ato.

Assim sendo, esse princípio deve ser compreendido como um mandamento para que o potencial causador de danos ambientais preventivamente arque com os custos relativos à compra de equipamentos de alta tecnologia para prevenir a ocorrência de danos. Trata-se da internalização de custos.

O princípio do usuário pagador é complementar ao princípio anterior. Busca-se evitar que o “custo zero” dos serviços e recursos naturais acabe por conduzir o sistema de mercado a uma exploração desenfreada do meio ambiente.

Também o princípio da prevenção é um dos princípios mais importantes do Direito Ambiental, sendo seu objetivo fundamental. Foi lançado à categoria de mega princípio do direito ambiental, constando como princípio nº 15 da ECO-92. O princípio da prevenção relaciona-se com o perigo concreto de um dano, ou seja, sabe-se que não se deve esperar que ele aconteça, fazendo-se necessário, portanto, a adoção de medidas capazes de evitá-lo.

O princípio da precaução correlaciona-se com o perigo abstrato, ou seja, há mero risco, não se sabendo exatamente se o dano ocorrerá ou não. É a incerteza científica, a dúvida, se vai acontecer ou não. Foi proposto na conferência Rio 92 com a seguinte definição: “O Princípio da precaução é a garantia contra os riscos potenciais que, de acordo com o estado atual do conhecimento, não podem ser ainda identificados”.

A referência ao Princípio da Precaução ocorre pela primeira vez na Declaração Ministerial da Segunda Conferência Internacional sobre a Proteção do Mar Norte em 1984, conforme Wolfrum (2004) afirma:

A fim de proteger o Mar do Norte de possíveis efeitos danosos da maioria das substâncias perigosas, uma abordagem de precaução é necessária, a qual pode exigir ação para controlar os insumos de tais substâncias mesmo antes que umnexo causal tenha sido estabelecido por evidência científica clara e absoluta. (WOLFRUM, 2004).

O Princípio da Precaução é reflexo do *in dubio pro futuro*, em que pese a dúvida fundada em incertezas científicas, deve-se priorizar a defesa das gerações futuras em detrimento da atividade potencializadora do risco. Esse princípio representa a tutela de antecipação às ameaças de danos ambientais irreversíveis.

Por sua vez, o princípio da participação (informação, educação ambientais e audiências públicas) tem previsão no artigo 225, § 1º, VI, da CF/88. O cidadão não depende apenas de seus representantes políticos para participar da gestão do meio ambiente. O cidadão tem atuação ativa no que toca a preservação do meio ambiente. Tem ele o direito de ser informado e educado (o que é dever do Poder Público) para que, assim, possa interferir ativamente na gestão ambiental, sendo que isso se concretiza por intermédio, por exemplo, nas audiências públicas. (ação popular ambiental).

O princípio ubiquidade ou transversalidade tem por objetivo demonstrar qual é o objeto de proteção do meio ambiente quando tratamos dos direitos humanos, pois toda atividade, legiferante ou política, sobre qualquer tema ou obra, deve levar em conta a preservação da vida e principalmente, a sua qualidade. Esse princípio dispõe que o objeto de proteção do meio ambiente, localizado no epicentro dos direitos humanos, deve ser levado em consideração toda vez que uma política, atuação, legislação sobre qualquer tema, atividade, obra, etc., tiver que ser criada.

Também o princípio da cooperação internacional se traduz em um esforço conjunto empreendido pela “aldeia global” na busca pela preservação do meio ambiente numa escala mundial.

O inciso IV, do artigo 1º-A, do Código Florestal, em atenção a este princípio, consagra o compromisso do Brasil com o modelo de desenvolvimento ecologicamente sustentável, com vistas a conciliar o uso produtivo da terra e a contribuição de serviços coletivos das flores e demais formas de vegetação nativa provadas.

O princípio da função socioambiental da propriedade tem fundamento no artigo 186, II, da CF/88. O uso da propriedade será condicionado ao bem estar social. Ainda o legislador previu, como condição para o cumprimento da função social da propriedade rural, a utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e a preservação do meio ambiente.

4. ASPECTOS DA JUSTIÇA INTERGERACIONAL

O conceito de justiça intergeracional foi introduzido em 1974 pelo economista James Tobin, que escreveu: “Os administradores de instituições detentoras de patrimônio são os guardiões do futuro contra as reivindicações do presente. Sua tarefa, ao administrar esse patrimônio, é preservá-lo entre gerações.”

Para Amaral Júnior (2011, p.116), justiça intergeracional “funda-se na concepção de que a Terra é um bem que os nossos ancestrais nos legaram para ser usado e transmitido aos que viverão no futuro”. Ou seja, conforme o autor, a geração presente mantém relações jurídicas que criam direitos e obrigações para com as gerações anteriores e posteriores. Nesse diapasão, os direitos intergeracionais são direitos de titularidade coletiva, e que

pertencem, conseqüentemente, às gerações no curso do processo histórico.

Assim, este direito que transcende ao indivíduo, transcende ao território e ao mesmo tempo representa a quarta/terceira geração de direito, e tem como interesse o meio ambiente, o direito do consumidor, direito à paz, ao desenvolvimento e relacionam-se com o trinômio diversidade, segurança, e solidariedade.

4.1 A Origem da solidariedade intergeracional (entre gerações)

Busca assegurar a solidariedade da presente geração em relação às futuras, para que também estas possam usufruir, de forma saudável, dos recursos naturais.

Este princípio está previsto no Princípio 2 da Declaração de Estocolmo de 1972:

2. A proteção e o melhoramento do meio ambiente humano é uma questão fundamental que afeta o bem-estar dos povos e o desenvolvimento econômico do mundo inteiro, um desejo urgente dos povos de todo o mundo e um dever de todos os governos.

Também, foi mencionado no Princípio 3 da A Eco-92, Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e

desenvolvimento, realizada no ano de 1992, na cidade do Rio de Janeiro. ECO-92.

O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras.

O Código Florestal expressou este princípio no inciso II, do artigo 1º-A.

II - reafirmação da importância da função estratégica da atividade agropecuária e do papel das florestas e demais formas de vegetação nativa na sustentabilidade, no crescimento econômico, na melhoria da qualidade de vida da população brasileira e na presença do País nos mercados nacional e internacional de alimentos e bioenergia; (Incluído pela Lei nº 12.727, de 2012).

A teoria da solidariedade intergeracional encontra limites como a ausência de representatividade política dos interesses das gerações futuras, a inexistência de imputação de responsabilidade das gerações futuras relativamente às precedentes; a impossibilidade de atestar com certeza a inocuidade e irreversibilidade de certas condutas; a dificuldade de explicar a

necessidade de se modificar ou eliminar hábitos em nome de interesses hipotéticos das gerações vindouras.

4.2 A teoria da equidade intergeracional no pensamento de Edith Brown Weiss

Edith Brown Weiss, professora de Direito Internacional do Georgetown *University Law Center*, desenvolveu a teoria da equidade intergeracional, a qual, em síntese, preconiza que as gerações humanas, não importa em que época vivam, têm iguais direitos ao meio ambiente, razão pela qual as presentes devem conservá-lo e repassá-lo às seguintes nas mesmas condições em que o receberam.

Como se já se mencionou, esse princípio está no cerne da noção de desenvolvimento sustentável. Consoante afirma Weiss, o desenvolvimento sustentável é essencialmente intergeracional porque implica em usarmos o meio ambiente de uma maneira compatível com sua manutenção para as futuras gerações. Explica Weiss (2007a):

Nós detemos o ambiente natural e cultural do planeta em condomínio com todos os membros da espécie humana: gerações passadas, presentes e futuras. Como membros da presente geração, nós conservamos a Terra como depositários para as gerações futuras. Ao mesmo tempo, nós somos beneficiários autorizados a usá-la e colher os benefícios desse uso. Nós também somos parte do sistema natural, e como as mais sencientes criaturas

vivas, temos a responsabilidade especial de proteger sua resiliência e integridade.

Assim, Weiss, por meio da teoria da equidade intergeracional, contribui para o presente estudo que tem por fim a análise da responsabilidade das gerações atuais contribuírem para a preservação do meio ambiente para garantia do bem estar das gerações futuras.

A doutrina de Brown Weiss e Wolff (s.d.) ao versar sobre a solidariedade intergeracional sob três enfoques, quais sejam, a conservação das opções das gerações vindouras, conservação da qualidade dos recursos naturais e conservação do acesso a estes; deve ser aplicada também no âmbito previdenciário. Isso porque também nesse ramo do direito é primordial que se conserve as opções das futuras gerações, bem como a qualidade dos benefícios e serviços da seguridade e o acesso a estes.

Primeiramente, cada geração deve conservar a diversidade da base natural e cultural do recurso, de modo que não restrinja impropriamente as opções disponíveis às gerações futuras em resolver seus problemas e em satisfazer a seus próprios valores, e deve também ser intitulada à diversidade comparável àquela apreciada por gerações precedentes.

Segundo, cada geração deve ser requerida a manter a qualidade da terra de modo que seja passada sobre, em nenhuma hipótese, em piores condições do que aquela em que foram recebidas, e deve também ser intitulada à qualidade ambiental total comparável àquela apreciada por gerações precedentes.

Em terceiro lugar, cada geração deve fornecer aos seus membros com direito igual ao acesso ao legado das gerações passadas, e deve conservar este acesso para as gerações futuras.

Estes princípios, opções (diversidade), qualidade, e acesso, permitem às gerações futuras a flexibilidade de operar-se dentro de seu próprio sistema de valor e não requerem que uma geração prediga os valores para a outra. Promovem a equidade entre gerações respeitando ambos direitos, das gerações futuras de não ser privada pelas preferências da geração atual para seu próprio bem estar, e os direitos da geração atual de usar o ambiente livre dos constrangimentos sem razões, para proteger as necessidades futuras indeterminadas.

Estes princípios da equidade intergeracionais dão forma à base das obrigações e dos direitos entre as gerações, que são mantidos por cada uma delas. São complementados por direitos intergeracionais e por obrigações dos membros da geração atual, que derivam também dos direitos e das obrigações entre gerações. A declaração 1997 da UNESCO nas responsabilidades da geração atual para as gerações futuras determinou tais obrigações.

5. OS DIREITOS PARA AS FUTURAS GERAÇÕES

O desenvolvimento sustentável levanta introduções da justiça intergeracional, além de ser uma das justiças entre os povos de gerações atuais e as gerações futuras. Em tudo que nós fazemos, inerentemente representamos não só a nós mesmos, mas as gerações passadas e futuras.

Representamos gerações passadas, mesmo ao tentar cancelar o passado, nós incorporamos o que nos foi passado. Representamos as gerações futuras porque as decisões que nós fazemos hoje afetam o bem estar de todas as pessoas que virão após nós e da integridade e potência do planeta que herdarão.

Acerca dessa reciprocidade entre gerações, com intuito de preservação do meio ambiente e consequentemente com a preservação e manutenção da existência humana faz-se necessário trazer ao estudo os dizeres de Juarez Freitas ensina que:

a sustentabilidade, princípio multidimensional, deve ser compreendida como um valor constitucional supremo na medida em que garante a expansão sistemática das dignidades e a prevalência da responsabilidade antecipatória; consistindo em um dever improtelável a adoção da diretriz vinculante da sustentabilidade (FREITAS, 2011, p. 122-123).

Nesse sentido, segundo o ensinamento de Alexandre KISS:

A preservação do meio ambiente está obrigatoriamente focalizada no futuro. Uma decisão consciente para evitar o esgotamento dos recursos naturais globais, em vez de nos beneficiarmos ao máximo das possibilidades que nos são dadas hoje, envolve necessariamente pensar sobre o futuro.

Entretanto o futuro pode ter uma dimensão de médio ou longo prazo, enquanto a preocupação relacionada ao interesse das gerações futuras é, necessariamente, de longo prazo e, sem dúvida, um compromisso vago. (...) A mudança global que está ocorrendo no momento afeta não só os recursos naturais, mas também os recursos culturais humanos que foram acumulados durante milhares de anos. Esses recursos consistem, por exemplo, de conhecimentos de povos indígenas, de registros científicos ou até mesmo de películas que se deterioraram com o passar do tempo. Fatores psicológicos e éticos explicam nossas reações a tais questões. Nossa primeira reação pode ser genética, instintiva. Todas as espécies vivas procuram instintivamente assegurar sua reprodução, e os mais desenvolvidos entre elas também fazem a provisão para o futuro bem-estar de seus descendentes. A história humana é testemunha dos constantes esforços dos seres humanos para proteger não somente suas próprias vidas, mas também para garantir o bem-estar e melhorar as oportunidades para sua prole. Os cuidados instintivos com as crianças e netos fazem parte da natureza humana (KISS, 2004, p. 9)

Ainda contribuindo para o tema afirma Axel Gosseries em sua obra a Teoria da reciprocidade indireta que consiste, segundo ele: “Há (...) para cada homem vivo, uma dívida para com as gerações seguintes, proporcional aos serviços prestados pelas gerações passadas” (GOSSERIES, 2015, p. 111).

O mesmo autor afirma que pode-se dar conta da ideia de reciprocidade indireta a partir de dois princípios. O primeiro incube a resposta do porquê das nossas obrigações intergeracionais e a segundo princípio que consiste em transferir as gerações futuras pelo menos o tanto quanto recebemos das gerações passadas.

Segundo o Gosseries o primeiro princípio consiste em:

Máxima justificativa: devemos algo as gerações futuras porque recebemos algo da geração precedente. É ela que constitui o núcleo da abordagem em termos de reciprocidade indirecta. Ilustra um modo passível de justificação das nossas obrigações intergeracionais, uma “razão para dar”. (...) Para além disso, se a máxima justificativa enuncia uma razão para dar, fá-lo sem contudo especificar a dimensão ou a natureza daquilo que devemos. Surge então a segunda máxima, a que chamamos “substancial”, que pretende dar conta do que a logica da reciprocidade indirecta implicaria em termos de definição do conteúdo das nossas obrigações. (GOSSERIES, 2015, P112).

Para ele o segundo princípio que ele denomina de máxima substancial consiste em:

Máxima Substancial: Temos de transferir á geração seguinte pelo mesmo tanto quanto recebemos da geração precedente (proibição da despoupança). Enquanto a máxima

justificativa oferece uma justificativa da existência de obrigações, a máxima substancial fornece uma definição do conteúdo dessas obrigações. Nos dois casos, a identidade do beneficiário final (a geração que se segue à nossa). Daí surge a noção de reciprocidade indireta. O que é recebido de uma geração é restituído a outra geração. (GOSSERIES, 2015, p. 112).

Desse modo, em que pese seja necessário o crescimento econômico, industrial e financeiro de cada país, ainda sim os avanços tecnológicos devem caminhar de mãos dadas com a preservação e manutenção ambiental das atuais e futuras gerações, como meio de garantia da continuidade da existência humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do progresso científico e dos avanços na sociedade, as gerações atuais podem trazer malefícios para suas sucessivas gerações, em vários aspectos, sejam políticos, financeiros, sociais e ambientais. As ações atuais interferem no futuro próximo e remoto. Não somente questões de engenharia genética, mas, também, a política está direcionada para o futuro, embora as preocupações que permeiam os políticos sejam problemas imediatos, em benefício da sociedade atual.

A resposta de garantir um meio ambiente adequado e equilibrado para as gerações atuais e futuras está em propostas de políticas públicas que visem à preservação do meio ambiente.

Difícil seria se um candidato, que propusesse políticas direcionadas às gerações futuras, tivesse o apoio da sociedade, pois significaria, a princípio, algum tipo de sacrifício para os governados, por meio de uma participação compartilhada.

É muito difícil, infelizmente, essa busca pessoal por uma participação intergeracional compartilhada, que na maioria das vezes não é eficiente ou se quer relevante. O ser humano está cada vez mais preocupado com o crescimento econômico, que se dá por meio da exploração de recursos naturais inadequados, causando danos geralmente irreversíveis, para as gerações atuais e futuras.

E, para que a sociedade de modo geral, se conscientize da necessidade de obediência de tal princípio e de fundamental importância a preocupação e com isso maior poder de fiscalização dos órgãos públicos competentes, criação de políticas públicas acerca do tema e principalmente investimento da educação e conscientização da população acerca da importância do meio ambiente e principalmente de que são recursos findáveis.

Assim, é de vital importância um comprometimento ou, na melhor hipótese, um pacto de solidariedade e boa fé entre as gerações atuais e futuras. Não se pode esquivar as gerações atuais de deixar o meio ambiente em iguais condições encontradas para as gerações futuras e assim subsequentemente, como meio de preservação dos direitos fundamentais de cada ser humano em ter um ambiente adequado e digno para a garantia da existência humana.

REFERÊNCIAS

AULER, Gabriela. **Justiça intergeracional**. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/a-justica-intergeracional/96444>>. Acesso em: 28 fev. 2018

BOLSON, Simone Hegele. A dimensão filosófico-jurídica da equidade intergeracional: reflexões sobre as obras de Hans Jonas e Edith Brown Weiss. In: **Direito Fundamentais & Justiça**, ano 6, nº 19, p. 210-236, 24, abr. 2018.

BRASIL. **Decreto nº 911, de 3 de setembro de 1993**. Promulga a Convenção de Viena sobre Responsabilidade Civil por Danos Nucleares, de 21/5/1963. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0911.htm>. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Estatuto da cidade. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10257.htm>. Acesso em: 25 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.428, de 22 de dezembro de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/111428.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19433.htm>. Acesso em: 27 fev. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999**. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm>. Acesso em: 27 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999**. Lei da Política Nacional de Educação Ambiental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9985.htm>. Acesso em: 22 abr. 2015.

BRASIL. **Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000**. Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm>. Acesso em: 28 abr. 2018.

BRASIL. **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: 25 fev. 2018.

BROWN WEISS, Edith; WOLFF, Simone. **Meio Ambiente x Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil>>. Acesso em: 24 abr. 2018.
GOSSERIES, Axel. **Pensar a justiça entre as gerações**. Coimbra: Almedina, 2015.

KISS, Alexandre. Os Direitos e interesses das gerações futuras e o princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Organizadores e Co-autores). **Princípio da Precaução**. Belo Horizonte: Del Rey e ESMPU – Escola Superior do Ministério Público da União, 2004

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**: doutrina, jurisprudência, glossário. 4. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4128>. Acesso em: 27 fev. 2018

ONU. **Declaração sobre o ambiente humano, Estocolmo, junho de 1972**. Disponível em:<<http://www.educacaoambiental.pro.br/victor/unidades/DeclaraAmbienteHumano.pdf>>. Acesso em: 11 abr 2018.

RIO-92. **Conferência Rio-92 sobre o meio ambiente do planeta: desenvolvimento sustentável dos países**. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/noticias/Jornal/emdiscussao/rio20/a-rio20/conferencia-rio-92-sobre-o-meio-ambiente-doplanetadesenvolvimento-sustentavel-dos-paises.aspx>>. Acesso em: 28 fev. 2018

UNESCO. **Declaração sobre as Responsabilidades das Gerações Presentes em Relação às Gerações Futuras. Paris, 1997**. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001108/110827por.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

WAINER, Ann Helen. **Legislação ambiental brasileira: subsídios para história do direito ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4128>. Acesso em: 27 fev. 2018

WEISS, Edith Brown. **Intergenerational fairness and rights of future generations**. Disponível em: <<http://www.srzg.de/ndeutsch/5publik/1gg/7jg2h3/weiss.html>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

WOLFRUM, Rüdiger. O princípio da precaução. In: VARELLA, Marcelo Dias; PLATIAU, Ana Flávia Barros (Org.). **Princípio da precaução**. Belo Horizonte: Del Rey; Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), 2004.

CONSUMO HUMANITÁRIO E SUSTENTABILIDADE AMBIENTAL

HUMANITARIAN CONSUMPTION AND ENVIRONMENTAL SUSTAINABILITY

*Dennis Verbicaro*¹

*Carolina Thury*²

RESUMO: O estudo do consumismo relacionado aos aspectos ambientais e constitucionais demonstra a necessidade de uma maior compatibilização entre exercício da livre iniciativa com a proteção do consumidor e do meio ambiente, através da ideia do consumo humanitário. Para tanto, é necessário definir conceitos relacionados a esses institutos, bem como as consequências provenientes de um comportamento consumista e predatório da sociedade contemporânea, o que acaba por culminar com o desequilíbrio ambiental e social. Através do método dedutivo e de pesquisa teórico-bibliográfica, conclui-se que o caminho para se reposicionar a liberdade decisória do consumidor é a educação e o acesso à informação qualificada para um consumo consciente e responsável.

¹ Doutor em Direito do Consumidor pela Universidade de Salamanca (Espanha). Mestre em Direito do Consumidor pela Universidade Federal do Pará. Professor da Graduação e dos Programas de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Federal do Pará-UFPA e do Centro Universitário do Pará-CESUPA. Procurador do Estado do Pará e Advogado. E-mail: dennis@gavl.com.br

² Advogada. E-mail: carolina.thury@hotmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Consumo Humanitário; Meio Ambiente; Sustentabilidade; Educação.

ABSTRACT: The study of consumerism related to environmental and constitutional aspects demonstrates the need for greater compatibility between the exercise of free initiative and the protection of consumers and the environment through the idea of humanitarian consumption. In order to do so, it is necessary to define concepts related to these institutes, as well as the consequences arising from predatory and consumer behavior of contemporary society, which ends up culminating with the environmental and social imbalance. Through the deductive method and theoretical-bibliographic research, it is concluded that the way to reposition the consumer's decision-making freedom is education and access to qualified information for conscious and responsible consumption.

KEYWORDS: Humanitarian Consumption; Environment; Sustainability; Education.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Consumismo: análise das relações de consumo sob o aspecto ambiental, consumerista e constitucional.

3. Consumo humanitário: proteção dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

4. Educação e informação do consumidor.

5. Coexistência harmônica entre o capitalismo e consumo humanitário.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

O sistema capitalista, caracterizado por seu ideal de liberdade de mercado, livre concorrência e o insaciável desejo de obtenção e acumulação de riqueza e lucro, extirpou o critério moral, ético e solidário do indivíduo quando observado sob a prática do consumo.

A sociedade contemporânea tem vivenciado crescentes e intensas transformações, nos mais variados aspectos, que impactam diretamente na forma como se desenvolvem as condições de vida das pessoas, bem como suas relações, interesses e valores.

O intenso fluxo informacional, o ritmo frenético do cotidiano, a ampliação do alcance da influência midiática, e, principalmente, a valorização do consumo: todos esses foram fatores cruciais na estruturação de um novo cenário, em que o consumo se elevou como a maior força propulsora dessa nova era, a qual podemos chamar de hipermodernidade.

O próprio capitalismo se sofisticou, assumindo uma função moduladora da estética, o que levou à produção industrial de símbolos de consumo supostamente garantidores de um novo e idealizado modelo de qualidade de vida, que proporcionaria ao sujeito novas emoções, experiências e, também, lhe proporcionava um sentimento de pertencimento social, incapaz de ser alcançado através das relações interpessoais autênticas.

E foi justamente para atender à sedução de uma falseada felicidade artificial, que o consumidor se vê obrigado a concentrar

todos os seus esforços em tornar sua vida economicamente produtiva, seja no trabalho, seja no âmbito das relações familiares, ou mesmo na artificialidade de sua vida social, de modo a melhor otimizar seu já escasso tempo para ser bem-sucedido na satisfação das inúmeras necessidades de consumo, forjadas pela indústria cultural, que, agora, serve maciçamente ao consumo.

Nesse sentido, a sociedade estimulada pelo desejo, pela vaidade e pelo egoísmo, assumiu os riscos que poderiam advir do consumo desenfreado, e hoje padece em um ambiente ecologicamente desgastado e socialmente desequilibrado.

Desse modo, não é rara a associação entre o consumismo e a degradação ambiental e social, sobretudo, quando relacionada ao sistema econômico capitalista, que busca incansavelmente e de forma negligente suprir a demanda voraz da população, produzindo impactos provenientes da exploração irracional e predatória do meio ambiente e do homem.

Nesse contexto, o estudo do consumo humanitário e sua intrincada relação com a ideia de sustentabilidade ambiental mostra-se necessária no atual contexto da sociedade contemporânea, marcada pela obsolescência programada de bens de consumo, pela compulsão de consumo e pelo agravamento dos danos ao meio ambiente.

Para tanto, utilizou-se o método dedutivo, através de pesquisa exploratória bibliográfica e documental, entre livros, artigos e legislações acerca do tema, buscando subsídios que contribuíssem para a argumentação lógica das ideias propostas no artigo.

2. CONSUMISMO: ANÁLISE DAS RELAÇÕES DE CONSUMO SOB O ASPECTO AMBIENTAL, CONSUMERISTA E CONSTITUCIONAL

O consumismo, entendido como um comportamento proveniente da prática exercida dentro do sistema de consumo, através da aquisição exacerbada dos bens e serviços dispensáveis à vida do cidadão (não existenciais), provoca consequências que ultrapassam as relações consumeristas, produzindo impactos psicológicos, ambientais e sociais.

De certo modo, ocorre um afastamento entre o exercício do consumo e a prática do consumismo. Naquele aspecto, se estabelece uma relação econômica para adquirir bens ou serviços, mediante as necessidades naturais da sociedade. Em contrapartida, a estimulação dos desejos, excessos, vontades caprichosas e desmedidas pela indústria cultural, através do assédio de consumo, propiciam o desperdício e o consumismo, incutindo e promovendo um comportamento social predatório e nocivo ao meio ambiente.

A sociedade baseada no consumo adquire esta característica como um atributo intrínseco. Valoriza a relação de consumo como a principal fonte motora dos seus sistemas, seja no aspecto econômico, político ou social.

Segundo descreve Bauman (2008, p.12),

A sociedade de consumo tem como base de suas alegações a promessa de satisfazer os desejos humanos em um grau que nenhuma sociedade do passado pôde alcançar, ou

mesmo sonhar, mas a promessa de satisfação só permanece sedutora quando o desejo continua insatisfeito; mais importante ainda quando o cliente não está “plenamente satisfeito” – ou seja, enquanto não se acredita que os desejos que motivaram e colocaram em movimento a busca da satisfação e estimularam experimentos consumistas tenham verdadeira e totalmente realizados.

A voracidade do mercado capitalista e a necessidade de se antecipar às predileções do consumidor geram uma concorrência acirrada entre os fornecedores, fazendo com que a inovação seja uma obsessão e, para muitas empresas, condição de permanência no mercado. Em meio a uma grande similitude entre produtos de diferentes marcas, as empresas investem, cada vez mais, em algo que as destaque, seja pela via dos impactos emocionais e do sensacionalismo, criando grandes espetáculos para a promoção dos seus produtos, como é o caso de grandes eventos para o lançamento de novos modelos de celular, seja por sugerir uma identidade do consumidor com a marca, através de patrocínios de grandes eventos esportivos para uma associação subliminar com a emoção desejada na prática esportiva, fazendo com que, ao comprar o produto, o consumidor esteja também desejando comprar a emoção.

O ritmo atual do mercado brasileiro, de uma constante e programada renovação, faz com que produtos saiam da moda em uma velocidade que o consumidor não consegue acompanhar. Seja por falta de uma educação financeira, seja pela situação político-econômica, o consumidor sacrifica sua saúde, segurança e o tempo

com a família para se submeter a longas e extraordinárias jornadas de trabalho, acreditando que conseguirá uma renda adicional para aplacar tantos desejos de consumo. Trabalhadores dessa hipermodernidade esquecem as relações afetivas autênticas e seu verdadeiro papel na família pela exclusiva função de provedores de bens de consumo, ou seja, a ideia de garantir “qualidade de vida” aos seus dependentes limita-se ao aspecto financeiro. Essa é uma dura, mas imediata consequência da compulsão consumista.

Bauman (2008, p. 13) alerta sobre a situação atual: lançamos a nós mesmos em um mercado. Somos ao mesmo tempo produto, vendedor e responsáveis pelo marketing. Na busca de uma maior aceitação social, as pessoas se submetem a diversas coisas, e, para serem o “produto da vez”, necessitam dos itens que agreguem ainda mais valor à imagem, ou mesmo pelo próprio desejo em si, tendo em consideração que a vida e o modo de vivê-la vem da “pragmática de comprar”.

Na época em que o homem consumia movido pela necessidade, ele também possuía um status diferente, pois ele era o produtor. O indivíduo tinha sua produção, e o que dela não pudesse obter, obtinha de um outro produtor. A principal característica da condição de produtor é que sua vida era cheia de regras, gerando uma certa “solidez” na sociedade de produtores.

Para um produtor, era necessário possuir não apenas mais que o mínimo, mas também havia um máximo a se dar atenção, levar em consideração a que ponto algo deixaria de ser benéfico e se tornaria supérfluo, ou um luxo desnecessário. Ostentar esse luxo

era reprovável moral e socialmente. A igualdade e a discrição simbolizavam o modelo ideal de convivência.

Ao passar da posição de produtor para a de consumidor, muitas coisas foram radicalmente alteradas. Hoje, as regras e modelos comportamentais do antigo sistema tornaram-se anacrônicas, para não dizer que foram proscritas pelos conselheiros da Indústria Cultural. Destacar-se no grupo é a regra, assim como viver uma vida de consumo sem limites. Atualmente, a tendência é sempre mais, não há um máximo a ser alcançado. Não há mais o luxo, pois a meta atual é tornar “luxo de hoje as necessidades de amanhã, e, ao mesmo tempo, reduzir a distância entre o ‘hoje’ e o ‘amanhã’ ao mínimo” (BAUMAN, 2001, p. 90).

No passado, se um celular com câmera fotográfica simbolizava o luxo, hoje, até o mais simples dos celulares possui uma câmera, e, na maioria esmagadora dos celulares, há duas câmeras. O mesmo vale para a instalação de *airbags* nos carros, antes considerado um caro item opcional, mas a partir da resolução 311 do Conselho Nacional de Trânsito (Contran), alterada pela resolução 597 do mesmo Conselho, tornou-se uma exigência obrigatória no mercado. Observa-se, portanto, que seja por demanda da sociedade, ou por força de lei, os padrões estão sempre se atualizando, e se o consumidor não estiver preparado, será, inevitavelmente, deixado para trás.

Bauman (2001, p. 90-91) utiliza a palavra “adequação” ao falar sobre o consumidor estar sempre preparado, estar sempre “apto a”. Os desafios do mundo em seu estado “líquido” são imprevisíveis e constantes, daí a necessidade de preparação.

Essa fluidez de desejos e ambições favorece o desenvolvimento da malsinada prática da obsolescência programada, em que bens de consumo são concebidos com uma projeção de durabilidade limitada no tempo, pretendendo-se favorecer a ideia de descartabilidade, gerando profundas consequências ambientais.

Já se abandonou o pensamento fordista de se preparar apenas para uma função. O consumidor deve ter sua mente e corpo não apenas limitados a uma função como era o produtor. Nos dias atuais, com o assédio de consumo, oferta irresponsável do crédito, o consumismo e a conseqüente massificação dos conflitos, a ideia de vulnerabilidade foi elevada a outro nível, agora evidenciando uma fragilidade ainda maior do consumidor, reconhecido como hipervulnerável diante desses novos fenômenos.

Em que pese o consumismo advir da relação de consumo, tal fenômeno expande suas conseqüências a outros setores, sejam eles de caráter ambiental ou social. Visando estudar, conter e tratar os desequilíbrios suportados pelo consumo desenfreado, levantam-se diversos ramos do Direito, demonstrando a necessidade da análise conjunta em busca da melhor solução.

Nessa seara, verifica-se que o Código de Defesa do Consumidor (CDC) – Lei 8.078/90 – (BRASIL, 1990) é conceituado por Leonardo de Medeiros Garcia (2016, p. 234) como:

Lei principiológica e de função social, é um instrumento capaz de propor e promover alternativas sustentáveis de consumo, atendendo aos ditames constitucionais de

garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial a sadia qualidade de vida da população.

Assim, o CDC estabelece meios capazes de promover relações de consumo conscientes e sustentáveis, mediante escolhas e diretrizes de mercado que defendam as garantias constitucionais e a proteção do meio ambiente equilibrado.

Ainda, sob o mesmo enfoque, a Lei 13.186/2015 institui a Política de Educação para o Consumo Sustentável, a partir da promoção de técnicas garantidoras do bem-estar ecológico, permitindo à sociedade e às gerações futuras o uso adequado dos recursos.

Nesse contexto, surgem as Entidades e Organizações não Governamentais empenhadas no desenvolvimento de técnicas e estudos que promovam a conscientização e modificação do comportamento do consumidor, visando a preservação social e ambiental.

Em que pese o aparato jurídico oferecido pelas normas que regulam as relações de consumo, é inegável que o consumismo estimula e promove a degradação ambiental, seja pelo aumento desnecessário da extração de insumos utilizados nos processos de produção, ou pela devolução elevada e inconsciente dos resíduos ao meio ambiente, os quais ocorrem em quantidades superiores e irresponsáveis quando comparadas ao resíduo produzido pela prática do consumo consciente.

Assim, a preocupação com a destinação correta dos resíduos, o reaproveitamento, a reciclagem, compostagem e

recuperação energética, se mostram como medidas indispensáveis à proteção ambiental.

No entanto, tem-se que o ponto primordial deve se concentrar nos esforços das ações que busquem a não produção dos resíduos, mediante a prática do consumo consciente, ou seja, aquele está pautado na aquisição de bens necessários à vida humana, obtidos através das informações indispensáveis ao conhecimento do consumidor que detenha plena capacidade de entender todos os aspectos ali descritos.

Diante das proporções alcançadas pelo consumo exagerado, o Direito Ambiental, responsável pela proteção jurídica do meio ambiente, passa a estabelecer relação direta entre o meio ambiente e o consumismo, estudando os impactos produzidos por este fenômeno e suas formas de reparação ou amenização.

A Lei 6938/199 estabeleceu a Política Nacional do Meio Ambiente no Brasil, que objetiva: compatibilizar o desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico; desenvolver pesquisas e tecnologias nacionais orientadas para o uso racional de recursos ambientais; difundir as tecnologias de manejo do meio ambiente, a divulgação de dados e informações ambientais e a formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico; preservar e restaurar os recursos ambientais com vistas à sua utilização racional e disponibilidade permanente, concorrendo para a manutenção do equilíbrio ecológico propício à vida; impor ao poluidor e ao predador, a obrigação de recuperar e/ou indenizar

os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos, entre outros.

Na mesma linha, destacam-se as Leis nº 9.605/1998 e 9.975/99, dispendo sobre sanções penais e administrativas aplicadas às condutas lesivas ao meio ambiente e instituindo a Política Nacional de Educação Ambiental, respectivamente.

Ainda, programas e ações são propostos através de políticas governamentais, ONG's ou iniciativa privada, buscando a educação e modificação do comportamento predatório do consumidor para racionalização nas relações de consumo, em total respeito e proteção ao meio ambiente e à sociedade.

Cumpre destacar a gama de princípios norteadores do Direito Ambiental, os quais se concretizam sob a perspectiva da garantia de um ambiente saudável a toda a população, através do uso racional dos recursos naturais, os quais poderão ser igualmente usufruídos pelas gerações futuras.

Seguindo a mesma linha, traz a Constituição Federal de 1988 (CF/88), a proteção do consumidor como direito fundamental e princípio da ordem econômica (artigos 5º, XXXII, e 170, V), cabendo ao Estado a promoção da defesa do consumidor, garantindo como lei suprema, a prevalência da dignidade da pessoa humana, o meio ambiente ecologicamente saudável e protegido, o cumprimento das normas referentes à guarda das relações trabalhistas, e o desenvolvimento sustentável atrelado a uma perspectiva liberal.

Em outras palavras, as mazelas do capitalismo moderno no Estado Democrático de Direito defendem o ideal alicerçado na ordem econômica, primando pela livre iniciativa, prevista no artigo

170 da CF/88. Porém, tal princípio não pode colidir e acobertar os empresários para tratar de qualquer modo os consumidores, causando problemas sociais. Desta feita, há a necessidade de compatibilidade e igualdade de princípios na relação de consumo. Com a implementação de microsistemas, houve a promoção e preservação de valores, bem como a repressão eficiente de abusos e a ampla e efetiva reparação aos danos.

Tomando por base a nova vertente sedimentada pelo Estado, a sociedade, cumprindo de certo modo a intenção do legislador, tornou-se mais participativa à medida que o próprio CDC (BRASIL, 1990) estabelece condições em que Estado, agentes econômicos e sociedade são a tríplice harmônica para zelar pela preservação dos bens jurídicos mais importantes do cidadão, dentre os quais não se pode olvidar do meio ambiente.

3. CONSUMO HUMANITÁRIO: PROTEÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO

O estudo do termo consumo humanitário passa pela análise jurídica e interdisciplinar das consequências advindas da prática do consumismo.

Primeiramente, verifica-se que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 1º os fundamentos do Estado democrático de Direito e, dentre eles, elencou a dignidade da pessoa humana, como garantia inerente à condição do ser humano.

Corroborando este entendimento, Tavares (2010, p. 56)

cita:

A dignidade da pessoa humana, diferentemente de outros direitos, não é fruto de um mero aspecto referente às relações de existência ou não do ser humano, e sim, é uma característica inerente do ser humano que o difere dos demais seres.

A previsão constitucional da dignidade da pessoa humana como fundamento da República se torna ainda mais consagrada no sentido de garantir a busca do Estado em proporcionar ao indivíduo condições para que se possa ter uma vida digna, sendo, portanto, um fim e não um meio pelo qual o Estado atinge suas finalidades (TAVARES, 2010).

Na mesma linha de garantias ao indivíduo, o artigo 7º do mesmo diploma legal estabelece direitos de proteção ao trabalhador, para garantir um ambiente seguro e saudável no desenvolvimento de suas atividades laborativas.

O artigo 170 da CF/88 compatibiliza os princípios da livre concorrência, da defesa do meio ambiente e da defesa do consumidor, como garantia da ordem econômica brasileira. Neste aspecto, é possível observar o tratamento e proteção atribuídos pela Carta Magna à pacífica convivência entre o sistema capitalista, representado pela “livre iniciativa” e “livre concorrência”, e os direitos de ordem fundamental do indivíduo, que se apresentam como proteção do consumidor e do meio ambiente.

O artigo 225 da CF/88 contempla a proteção e o uso a todos os indivíduos do meio ambiente equilibrado e saudável, pautando-se na perspectiva sustentável e consciente da utilização racional dos recursos naturais.

Corroborando os direitos acima elencados, bem como outros a serem protegidos, consolida-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), como norma responsável por delinear os direitos humanos básicos, sendo o Brasil signatário desta.

Ainda, sob o mesmo enfoque, o CDC estabelece normas de proteção às relações consumeristas, as quais possuem atribuição de caráter de ordem pública e interesse social.

Ainda em defesa aos interesses do consumidor, foram criadas entidades que corroboram e promovem a execução destes. Nesse caso, citamos o Programa de Orientação e Proteção ao Consumidor (PROCON), Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), Delegacia do Consumidor (DECON), entre outros.

Os princípios e institutos do Direito do Consumidor norteiam e embasam a aplicação da norma, resguardando sempre o interesse do sujeito que se encontra vulnerável dentro da relação de consumo, neste caso, o consumidor.

Ainda sob a mesma perspectiva, considera-se também a proteção do meio ambiente, através do arcabouço de leis que visam a proteção do meio ambiente, a criação de uma política nacional ambiental, a criação de uma política nacional de educação ambiental, a valorização e aplicação dos princípios norteadores do Direito Ambiental, bem como a execução de políticas promovidas

por órgãos e entidades criadas para melhor aplicação da norma, visando a conscientização e racionalidade no uso dos recursos naturais, em face da preservação para as gerações presente e futuras.

Todas as garantias aqui elencadas demonstram a proteção do indivíduo, quando analisadas sob a ótica das relações consumeristas. Não basta apenas se ater às normas diretamente incidentes (CDC), é necessário ir além, e interrelacionar as consequências do consumismo nas suas áreas de incidência, iniciando o processo de uso racional dos recursos naturais, formas de produção, proteção do labor e do próprio indivíduo, destinação final do produto e, ainda, conscientização do consumidor.

Diante da análise das normas jurídicas descritas acima, surge então o conceito de Consumo Humanitário, entendido além da ideia de consumo sustentável, englobando e aprimorando suas diretrizes. A sustentabilidade do meio ambiente e o equilíbrio social alcançaram parâmetros transcendentais para garantir a proteção dos direitos humanos, destinados a todos os indivíduos, pela simples condição de ser humano.

O meio ambiente equilibrado e a dignidade da pessoa humana deverão ser igualmente protegidos, a partir da disseminação do conhecimento necessário de preservação do meio ambiente e da garantia dos direitos individuais e sociais estabelecidos na CF/88, para o relacionamento saudável e equilibrado do homem com o homem e do homem com o meio, podendo assim, alcançar o almejado bem comum.

4. EDUCAÇÃO E INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

A Política Nacional das Relações de Consumo, prevista no artigo 4º do CDC, surge a partir de um compromisso trilateral, envolvendo o consumidor, a iniciativa privada com a mediação responsável do Estado, objetivando-se compatibilizar a proteção do consumidor com o desenvolvimento econômico e tecnológico que, em última análise, limitará a livre exploração da atividade econômica a partir de novos padrões éticos.

Ademais, nesse contexto, a educação surge como princípio-diretriz, analisada aqui sob duas acepções: formal e informal.

A educação formal visa garantir ao consumidor o conhecimento de seus direitos e deveres na ordem jurídica de consumo, através de uma melhor difusão da sua tutela material e processual. Ora, a título de ilustração, é possível estimular a inserção do Direito do Consumidor nas escolas de ensino médio, não como uma disciplina autônoma, mas através de lições básicas sobre consumo consciente e responsável, além de noções preliminares sobre os principais institutos da disciplina.

A necessidade de tal meio pedagógico formal se justifica exatamente porque os problemas da relação de consumo são problemas que atingem a toda a coletividade cotidianamente. Quantos contratos são celebrados com cláusulas abusivas? Quantas condutas sociais típicas são apresentadas de maneira irregular para

o consumidor? Não há limites ao consumismo? A publicidade, a oferta, o assédio de consumo, a degradação ambiental, tudo repercute na vida do consumidor, que, na maioria das vezes, não tem o conhecimento necessário sobre a ilicitude de muitas condutas no mercado, nem tampouco acerca do alcance da proteção que lhe é conferida.

Contudo, há outra educação que é informal, decorrente do grau de comprometimento ético do fornecedor e do próprio consumidor. Nessa linha de raciocínio, a educação informal é aquela que deve partir do próprio empresário, com o escopo de ter uma postura ética na relação de consumo, buscando cumprir espontaneamente seus deveres, independentemente da sanção, ou seja, livremente da aplicação da norma sancionadora, mas por respeito ao seu conteúdo.³

O consumismo, imposto pela economia capitalista e estimulado pela propaganda e pelo incentivo sentimental da sociedade, levou a humanidade ao caos sócio-cultural-ambiental, com impactos devastadores à sociedade e ao meio ambiente.

Para reverter o quadro de total desequilíbrio social e ambiental, verifica-se a necessidade imperiosa de implantar uma nova ética, pautada pela responsabilidade e solidariedade das gerações presentes e futuras, visando à preservação do planeta e da

³ Pretende-se através dessa educação informal implementar um ideal dentro do Direito, tornando o sistema normativo estático, ou seja, cumprir-se-ia a norma, não pelo respeito à autoridade da qual emanou e que está autorizada a exigir sua aplicação irrestrita, mas pelo reconhecimento do conteúdo ético da prestação, ao contrário do que ocorre com a maioria das normas jurídicas, em que a autoridade que a exige funciona como o principal inibidor de condutas ilícitas e garantidor da paz social, revelando um sistema normativo dinâmico.

própria raça humana. Dessa forma, busca-se garantir o direito fundamental a um ambiente equilibrado socialmente, culturalmente e ecologicamente para todas as gerações.

Nesse sentido, verifica-se que é impossível desatrelar a nova perspectiva acerca da consolidação do consumo humanitário em um ambiente genuinamente capitalista, sem que se modifique a demanda do consumidor para uma exigência de adaptação da oferta disponibilizada no mercado.

Ora, o consumidor informado e educado, torna-se consciente, portanto, adepto às diretrizes da sustentabilidade, impondo ao fabricante ou prestador de serviço, uma produção ecologicamente e socialmente equilibrada, em total consonância aos direitos e garantias do homem.

O direito à informação e à educação já são garantidos pelo próprio Código de Defesa do Consumidor e leis esparsas, como exemplo, Lei 13.186/2015 (Política de Educação para o consumo sustentável).

Leonardo de Medeiros Garcia (2016) apud Paulo Antonio Locatelli (2000) afirma que os produtos podem ser danosos ao meio ambiente desde a extração da matéria-prima, ou seja, antes mesmo da confecção do produto e, portanto, da sua existência, passando pelo seu uso irregular e indiscriminado, até a destinação após a sua inutilização. Portanto, as referidas considerações quando disponibilizadas ao alcance do consumidor, que seja capaz de entendê-las, promoverá a escolha consciente deste, que poderá substituir produtos danosos ao meio ambiente e/ou à sociedade, por aqueles menos ou não agressores destes fatores.

Portanto, o poder de escolha consciente e o exercício deste somente são possíveis quando ao consumidor são dadas todas as informações adequadas e precisas sobre os impactos que o consumo causa ao meio ambiente.

Ademais, o consumidor deve ser capaz de entender as informações disponibilizadas, deverá se tornar consciente e responsável. E, para tanto, é necessário educá-lo. Ora, a gama de informações prestadas não alcança sua finalidade quando repassada a alguém que desconhece os conceitos, termos e definições.

Dessa forma, verifica-se que é necessário fornecer ao consumidor os meios necessários para que este faça escolhas conscientes e imbuídas de responsabilidade social, política e moral, as quais superam os meros anseios e interesses individuais.

Nesse aspecto, é possível relacionar o fornecimento de educação ao indivíduo com o próprio exercício da cidadania, eis que surge neste momento o pensamento coletivo e solidário, mediante o conhecimento dos direitos e deveres atribuídos a todos.

O fornecimento de educação e informação ao consumidor e também ao fornecedor garante o pleno exercício da liberdade de escolha. Portanto, apenas o indivíduo consciente e com informações precisas exercerá de forma livre a escolha pelas opções dos produtos e serviços disponibilizados. Assim, inegável a conclusão de que a ausência da prestação educacional associada à ineficiência na prestação das informações violam o direito à liberdade do homem.

Assim, é possível concluir que não basta isolar a culpa para grandes empresas e corporações que provocam os danos

ambientais e sociais. Para uma real mudança no topo da pirâmide, vê-se imprescindível e urgente uma modificação de comportamento e exigência na base responsável pelo consumo, ou seja, de todos os consumidores. Se a desaprovação não atinge o consumismo, a conscientização não é completa.

Logo, entender, mediante um processo de conscientização e informação, que as atitudes humanas desencadeiam diversos efeitos colaterais para a natureza é imprescindível para desenvolver um consumo consciente. E mais, entender que essa prática do consumo predatório, que hoje aparenta ser tão natural, tem origem e conceito bem definidos, pode ser ainda mais efetivo para elucidar a diferença entre a necessidade real e a necessidade construída.

Portanto, busca-se construir novos significados na construção de uma sociedade humanitária, a fim de que a mesma se transforme num coletivo democrático, participativo e socialmente justo, capaz de exercer efetivamente a solidariedade com as gerações presentes e futuras.

Nesse sentido, faz-se obrigatório adotar diversas medidas que garantam e promovam a exata e real divulgação de todas as informações concernentes ao ciclo de vida do bem, envolvendo todos os impactos de caráter ambiental ou social que foram produzidos por este até a produção da versão final.

A conscientização pautada sob a educação é, sem dúvida, um dos caminhos para melhorar os desgastes e desequilíbrios sociais e ambientais, pois promove, a partir do conhecimento, a mudança de comportamento do indivíduo diante das necessidades

que a vida impõe a todos, relacionadas, harmonicamente, às limitadas disponibilidades de recursos naturais e às garantias dos direitos precípuos do homem, os Direitos Humanos.

Em outras palavras, a participação maior do consumidor no debate político, reafirmando o ideal de cidadania, seria fruto de seu maior nível de educação para um consumo consciente, responsável e, principalmente, sustentável, aperfeiçoando os elementos de conexão entre o Direito do Consumidor e o Direito Ambiental.

5. COEXISTÊNCIA HARMÔNICA ENTRE O CAPITALISMO E CONSUMO HUMANITÁRIO

O sistema capitalista caracterizado pela liberdade de mercado, livre concorrência e obtenção de lucro e riqueza prejudicou a análise da sociedade quando avaliado sob as perspectivas das relações de consumo.

O avanço tecnológico e a globalização fortaleceram o modo de produção capitalista e o conseqüente consumo exacerbado praticado vorazmente e de forma irresponsável pela sociedade.

Esse processo é sempre favorecido pela indústria da comunicação por meio da publicidade, que constantemente cria uma demanda não necessária na sociedade. O nível e o estilo de vida baseados no consumo assumem caráter de identidade cultural de um povo, e o consumismo passa a ditar mais intensamente as relações do homem com o meio ambiente e do homem com o próprio homem.

Aliado a essa problemática, necessário se manifestar sobre o impacto social proveniente do consumismo.

É inconcebível e ultrajante para a sociedade admitir a existência e continuidade do trabalho escravo nos dias atuais, como meio de aumentar a produção e o lucro mediante baixo custo.

As necessidades criadas pelo mercado satisfazem, ainda que nunca de forma suficiente, o sentimento do homem em lidar com a “falta”, a qual se vê como genuína da espécie humana. Esta realidade projetada leva o indivíduo a patamares de consumo e desejo que nunca poderão ser saciados.

Outrossim, os padrões de vida e beleza impostos pela sociedade são identificados como atributos individuais que “agregam” aos indivíduos, sempre atrelados ao consumo de produtos capazes de lhes oferecer tais qualidades. Essa busca reforça a fome insaciável do homem em se adequar a este modelo socialmente instituído.

No entanto, conforme já explicitado, o direito do indivíduo a um ambiente ecologicamente e socialmente equilibrado deverá ser garantido a todos e por todos, posto que protegidos em esfera constitucional. Portanto, violá-los significa negar a própria Constituição e todos os princípios norteadores do ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, as profundas inovações vivenciadas pelo mundo, as quais afetaram significativamente as experiências de consumo, quais sejam, a globalização, o desenvolvimento de novas tecnologias de comunicação, o comércio através da internet, entre outras exigem o aprimoramento da capacidade decisória do

consumidor, pois pelo exercício consciente de sua liberdade de escolha, poderá diminuir a relevância, ou mesmo excluir o capitalista predatório do mercado.

O cenário atual, relacionado à cultura do consumo em excesso, continuamente incentivado pelo mercado, tem sido considerado, frequentemente, um símbolo do sucesso das economias capitalistas modernas. Entretanto, o referido consumo predatório e desenfreado tem recebido duras e constantes críticas, seja por ONG, Governos, Organizações Mundiais, Instituições Públicas e Privadas, passando a ostentar uma conotação negativa e prejudicial ao equilíbrio do ambiente ecológico e social.

Diante desse contexto, surgem propostas de política ambiental, através de um comportamento ético, solidário e sustentável, bem como a implementação de programas de conscientização social, desenvolvidos por ONG, Instituições Privadas e Públicas e pelo próprio Estado, buscando a compatibilização dos direitos alcançados pelo consumo humanitário com o sistema capitalista.

Assim, de um lado, se levanta o combate à degradação aos recursos naturais finitos do planeta, a frustração do desejo de consumir o desnecessário, a imposição de padrões sociais ditados pelo mercado e a exploração do trabalho escravo. Em contrapartida, o capitalismo com sua inerente liberdade de produção e concorrência precisa se adaptar ao novo contexto social, a partir da conexão dos princípios éticos e solidários às escolhas políticas e preservação do meio ambiente, mediante uma mudança de comportamento relacionada às atividades de consumo.

Dessa maneira, o consumismo perdulário e ostensivo estimulado e vivenciado há décadas, hoje se demonstra social e ambientalmente injusto, moralmente indefensável e genuinamente ilegal.

Ora, se forem considerados os princípios garantidos constitucionalmente (igualdade, defesa do meio ambiente, proteção do trabalho, dignidade da pessoa humana e cidadania), claramente se verifica a violação direta à Carta Magna de 1988 e ao Estado democrático de Direito.

Assim, para a coexistência harmônica da garantia dos direitos individuais e do sistema capitalista é imprescindível fortalecer estratégias que promovam a educação e a informação do consumo sustentável, pautado sob uma perspectiva humanitária.

Portanto, é necessário desenvolver um conjunto de ações que, na sua especificidade e interdependência, avancem em direção à estruturação de um repertório de políticas integradas, mediante a adoção de tecnologias limpas, que promovam campanhas de conscientização sobre os fatores que provocam a insustentabilidade ambiental e estimulem atividades não poluidoras com a efetiva execução de políticas socioambientais.

Por conseguinte, insta salientar que o objetivo da conscientização social aliado à modificação do comportamento não busca extinguir o sistema econômico neocapitalista, mas sim harmonizá-lo à necessidade imperiosa da sociedade e do meio ambiente, garantindo-lhe efetiva representação social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, fica claro o papel que deverá ser desempenhado por cada um dos partícipes da relação de consumo (consumidores, fornecedores e Estado), quanto às consequências advindas do consumismo e sua repercussão negativa para o meio ambiente.

O consumismo favorece o surgimento de necessidades artificiais de consumo, fomenta a obsolescência programada de bens de consumo e sua consequente descartabilidade, tudo isso com graves repercussões para o meio ambiente, tornando-o desequilibrado e nocivo à própria sobrevivência humana.

Aliado ao desgaste ambiental, a sociedade pacificamente aceita as violações de direito perpetradas pela prática do consumo exacerbado, seja no desrespeito às normas trabalhistas, seja pela submissão voluntária aos assédio de consumo, ou quando cria arquétipos para um modelo artificial de felicidade, justamente para manter a engrenagem do consumo irrefletido em funcionamento.

Essa modernidade líquida e paradoxal tem um ritmo próprio e intenso, e, ao mesmo tempo, impossível de ser acompanhado. Esse descompasso instaurou um verdadeiro vazio no homem e um mal-estar difuso em toda a sociedade, criando um ambiente propício para que o consumo se estabelecesse como uma forma supostamente eficaz de suprir as frustrações e angústias.

Nesse ambiente contraditório, exurgem os desafios contemporâneos à tutela consumerista, a qual precisa, mais do que nunca, se adaptar a essa nova realidade, conscientizando o consumidor acerca do seu papel e possibilitando a recuperação da

sua autoestima cívica, a fim de promover a ocupação dos espaços políticos de deliberação criados pela Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e, sobretudo, o desenvolvimento gregário de pertencimento à categoria de consumidores.

O ordenamento jurídico possui uma gama de recursos que permite a sociedade, sob um enfoque geral, romper com essa cultura alienante e irreal, e trazer consciência ao cidadão para que tome consciência do exato poder que este possui, qual seja, o de ditar as regras do mercado, escolhendo quais produtos ou serviços deverão ou não compor a sua vida.

Conclui-se, portanto, que o caminho para modificar a cultura do consumo e a inércia social revela-se dentro das bases educacionais que promovam o conhecimento ao indivíduo, permitindo-lhe capacidade de realizar escolhas racionais. A partir da obtenção do conhecimento, o indivíduo se encontra apto a receber informações e então exercer livremente o seu poder de escolha.

Nessa linha de pensamento, a informação, direito fundamental do cidadão-consumidor, transforma-se então na peça fundamental para o empoderamento consumerista, ganhando proporções amplas quando veiculadas por plataformas virtuais de reclamação, espaços de compartilhamentos de experiências já presentes na grande maioria dos sites de comércio eletrônico, como também pelas novas redes de interações, quer sejam websites, blogs, imprensa digital, Facebook, Whatsapp, Twiter, Instagram, dentre outros.

Admite-se que não se pode estudar o fenômeno do consumismo sem avaliar então os aspectos envolvidos pelo Direito Ambiental e pelo Direito Constitucional, haja vista que o consumo demasiado extrapola os limites da relação consumerista, impactando diversos aspectos sociais.

Ser um consumidor consciente é preocupar-se em ser um cidadão mais ativo em prol do exercício democrático de suas escolhas. Nesse sentido, a informação, direito fundamental da Pessoa Humana, interfere diretamente sobre o livre arbítrio das decisões do consumidor. E em se tratando de poder seletivo em relação ao mercado, pode e deve a parte mais vulnerável da relação jurídica ser uma das engrenagens que impulsiona o fornecedor a mudar suas atitudes quanto à concorrência desleal social, que usa da dignidade do trabalhador para obter lucros.

Dessa forma, busca-se compatibilizar e possibilitar a conscientização social acerca da convivência harmônica entre o neocapitalismo e o consumo humanitário e/ou sustentável, a partir de um programa de implementação da educação e da obtenção da informação do consumidor como meio de combate ao consumismo destrutivo e desenfreado, na busca de promover e garantir um ambiente equilibrado ecológica e socialmente, nos moldes da lei universal de direitos humanos.

REFERÊNCIAS

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

_____. **Vida para o consumo**: a transformação de pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

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

FRANÇA. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Paris, 1948.

PORTILHO, M. F. F. **Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania**. São Paulo: Cortez, 2005.

VEBLEN, T. B. **A Teoria da Classe Ociosa**. São Paulo, Abril Cultural, 1983.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Promoção do Consumo Sustentável através do princípio da informação ambiental ao consumidor**. Revista Direito do Consumidor. Vol 104. Ano 25. p 149-178. São Paulo: Ed RT, mar.-abr.2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Notas sobre o Princípio da Sustentabilidade e os Deveres Fundamentais dos Consumidores à Luz do Marco Jurídico Socioambiental, estabelecido pela Constituição Federal de 1988**. Revista Direito do Consumidor. Vol 101. Ano 24. p. 241-263. São Paulo: Ed. RT, set.-out.2015.

MALTES, Rafael Tocantis; FERIAN, Monique Rodriguz. Consumismo e Meio Ambiente. Disponível em <<https://rafaelmaltez.jusbrasil.com.br/artigos/121944044/consumismo-e-meio-ambiente>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

BRANDÃO, Adrieli Santos. Consumo e meio ambiente: principais efeitos do consumismo no meio ambiente natural do Brasil. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/36653/consumo-e-meio-ambiente-principais-efeitos-do-consumismo-no-meio-ambiente-natural-do-brasil>>. Acesso em: 05 jun.2018

VERBICARO, Dennis. **Consumo e cidadania**: identificando os espaços políticos de atuação qualificada do consumidor. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

REFORMA TRABALHISTA NA PERSPECTIVA DO
DIREITO HUMANO DE ACESSO À JUSTIÇA E DO
DIREITO A TER DIREITOS

THE LABOR REFORM IN THE PERSPECTIVE OF THE
HUMAN RIGHTS OF ACCESS TO JUSTICE AND THE
RIGHT TO HAVE RIGHTS

Cleber Lúcio de Almeida¹

Wânia Guimarães Rabêllo de Almeida²

RESUMO: A preocupação com o acesso à justiça está presente em vários tratados sobre direitos humanos e foi reiterada na assembleia da Organização das Nações Unidas, do dia 25 de setembro de 2015 e na qual foi adotada a “Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, tendo sido, inclusive, incluídas entre as metas estabelecidas “proporcionar acesso à justiça para todos”. Esta preocupação se justifica plenamente, na medida em que o acesso à justiça não constitui um fim em si mesmo, mas atua como via de acesso aos direitos assegurados pela ordem jurídica. A reforma trabalhista recentemente realizada no Brasil criou sérios entraves para o acesso dos trabalhadores à justiça, o que exige verificar a sua

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba, ARG. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e doutorado) da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Juiz do Trabalho junto ao TRT da 3ª Região.

² Pós-doutora em Direito pela Universidad Nacional de Córdoba, ARG. Doutora e mestra em Direito Privado pela PUC-Minas. Professora de Direitos Humanos e Processo Coletivo do Trabalho das Faculdades Milton Campos. Advogada.

harmonia com tratados sobre direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, ou seja, a sua submissão a rígido controle de convencionalidade. O presente ensaio não pretende confrontar cada uma das normas que compõem a reforma trabalhista com tratados sobre direitos humanos, mas, sim, verificar se acesso à justiça é um direito humano e, em caso positivo, qual é o seu alcance, visando estabelecer parâmetros para a submissão da reforma trabalhista a controle de convencionalidade, na perspectiva de que, definidos estes parâmetros, as partes estarão em melhores condições de exercer o seu direito ao acesso à justiça e exigir o seu respeito, proteção e realização concreta, assim como os julgadores estarão em melhores condições para aferir se os seus atos estão em harmonia com este direito.

PALAVRAS-CHAVE: Reforma trabalhista; Acesso à justiça; Controle de convencionalidade.

ABSTRACT: The concerns with access to justice is present in several human rights treaties and was reiterated at the United Nations Assembly on September 25, 2015, in which the "2030 Agenda for Sustainable Development" was adopted have been included among the established targets like "to provide access to justice for all". This concern is fully justified in that access to justice is not an end in itself, but acts as a means of access to the rights guaranteed by the legal system. The recent labor reform in Brazil has created serious obstacles to workers' access to justice, which requires verification of their harmony with human rights treaties to which Brazil is a signatory, that is, their submission to rigid control of convention. This essay is not intended to confront each of the norms that make up the labor reform with human rights treaties, but rather to verify that access to justice is a human right and, if so, what is its scope, in order to establish parameters for the

submission of the labor reform to the control of convention, in the perspective that, given these parameters, the parties will be better able to exercise their right to access to justice and demand their respect, protection and concrete realization, just as the judges will be in a better position to gauge whether their acts are in harmony with this right.

KEYWORDS: Labor reform; Access to justice; Conventionality control.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Direitos humanos. Direitos humanos processuais. O acesso à justiça como direito humano processual.

3. Direitos humanos processuais em espécie. O acesso à justiça como direito humano.

4. Alcance do direito de acesso à justiça como direito humano.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

O ordenamento jurídico brasileiro é composto por fontes internas e externas, estando entre estas várias normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

O Brasil assumiu, perante a comunidade internacional, a obrigação de respeitar, proteger e realizar os direitos humanos, como decorre, por exemplo, do artigo 4º, II, da Constituição da República de 1988.

Deste modo, qualquer norma interna está sujeita a controle de convencionalidade, ou seja, de compatibilidade com os tratados sobre direitos humanos aos quais o Brasil está submetido.

A realização deste controle é imposta, ainda:

1) pelos artigos 5º, § 1º, e 7º, caput, da Constituição da República, que determinam a compatibilização das fontes internas e externas do Direito do Trabalho, tendo em vista, especialmente, os princípios da prevalência da norma mais favorável e *pro homine*, e pelo artigo 4º, IV, da também da Constituição da República, que adota como princípio a prevalência dos direitos humanos;

2) pela supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos, que é reconhecida, por exemplo, pelo artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, segundo o qual o Estado não pode invocar as disposições do seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado;

3) pelo artigo 13 do Código de Processo Civil de 2015, que, na condição de fonte subsidiária e supletiva do Direito Processual do Trabalho, impõe que, na solução judicial dos conflitos de interesses, sejam consideradas as disposições previstas em tratados, convenções ou acordos internacionais de que o Brasil seja parte.

A respeito das obrigações assumidas pelo Brasil perante a comunidade internacional vale lembrar, por exemplo, que: a Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece a obrigação de não exercer atividade ou praticar qualquer ato destinado à destruição dos direitos e liberdades nela estabelecidos (artigo XXX); a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados dispõe que estes obrigam as partes e devem ser cumpridos de boa-fé (artigo 2º) e que o Estado é obrigado a abster-se da prática de atos

que frustrariam o objeto e a finalidade de um tratado (artigo 18); o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais impõe aos Estados a obrigação de adotar medidas que visem assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos nele reconhecidos.

Cumpra mencionar, também, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, segundo a qual os Estados devem: respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e garantir o seu livre e pleno exercício (artigo 1º, 1); b) adotar as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos os direitos e garantias nela previstos (artigo 2º, n. 1).

Lembre-se, por fim, da Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, proclamada pela Organização das Nações Unidas em 1986, que reconhece o direito ao desenvolvimento econômico, social, cultural e político (artigo 1º) e estabelece que os Estados têm: a) “o direito e o dever de formular políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, que visem o constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição equitativa dos benefícios daí resultantes” (artigo 2º, n. 3); b) a responsabilidade primária pela criação das condições favoráveis à realização do direito ao desenvolvimento (artigo 3º); c) a obrigação de adotar medidas para eliminar as violações maciças e flagrantes dos direitos humanos (artigo 5º), tomar todas as medidas necessárias à realização do direito ao desenvolvimento, inclusive no que se refere ao acesso ao emprego, distribuição equitativa de rendas e erradicação das

injustiças sociais (artigo 8, 1), e formular, adotar e implementar políticas voltadas ao pleno exercício e fortalecimento progressivo do direito ao desenvolvimento (artigo 10).

Em suma, o Brasil tem a obrigação de respeitar, proteger e realizar os direitos humanos.

Anote-se que, como esclarece Rolando E. Gialdino:

a) a obrigação de respeitar significa que o Estado “deve abster-se de adotar medidas que possam dificultar ou impedir” o gozo dos direitos humanos, caracterizando o descumprimento desta obrigação a “derrogação de normas de proteção dos trabalhadores”, “limitação ou denegação do acesso aos direitos a ‘todas’ as pessoas” e criação de dificuldades para o acesso à justiça”;

b) a obrigação de proteger significa que o Estado deve proteger a pessoa humana “das outras pessoas (físicas ou jurídicas)”, em especial quando elas se encontrem frente a elementos agressivos, dentre os quais “interesses econômicos poderosos”, o que requer, por exemplo, a adoção de medidas legislativas para “amparar os trabalhadores” contra “práticas trabalhistas danosas”, caracterizando descumprimento desta obrigação o “abandono da população às ‘leis do mercado’, em matéria de salários, por exemplo;

c) a obrigação de realizar constitui gênero, que tem com espécies as obrigações de facilitar (o Estado deve “procurar iniciar atividades com o fim de fortalecer o gozo” dos direitos humanos ou dos “direitos que compõem o direito a um nível de vida adequado”), fazer efetivo (os Estados devem tornar efetivos os direitos quando um indivíduo ou grupo for incapaz, por razões que escapam ao seu controle, de gozá-los, utilizando, para cumprir esta

sua obrigação, inclusive “os instrumentos tendentes a realizar uma verdadeira e justa distribuição da riqueza nacional”), e proteger (o que significa que o Estado deve “promover, manter e restabelecer a saúde da população”) (GIALDINO, 2003, p. 95-105).

Estas obrigações devem ser cumpridas pelo Estado no exercício de todas as suas funções, ou seja, executiva, legislativa e jurisdicional, valendo registrar, quanto a este último aspecto, que os juízes não podem “ignorar que todas as normas relativas a direitos humanos, inclusive as normas de princípios, são de aplicação direta e imediata, nos precisos termos do disposto no artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal” (COMPARATO, 2001, p. 29), o que significa que os juízes têm o dever de respeitar, proteger e realizar os direitos humanos.

Realizados estes esclarecimentos, cumpre mencionar que a denominada reforma trabalhista, que foi realizada, principalmente, por meio da Lei n. 13. 467/2017 adotou soluções que traduzem sérias restrições ao acesso dos trabalhadores à justiça.

Neste sentido, vale mencionar a inclusão na CLT da possibilidade de punição da litigância de má-fé e de condenação dos trabalhadores no pagamento de honorários advocatícios sucumbenciais. Toda litigância de má-fé deve ser punida e não há como negar que é razoável impor ao vencido a obrigação de pagar honorários advocatícios aos patronos da parte vencedora.

No entanto, a inclusão destas possibilidades na CLT deve ser examinada em conjunto com outras medidas adotadas pela reforma trabalhista.

A reforma trabalhista estabelece que a responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita, ou seja, a simples improcedência do pedido foi considerada fato suficiente para que o trabalhador seja condenado a pagar honorários periciais, mesmo que beneficiário da justiça gratuita e que não tenha litigado de má-fé.

De outro lado, por força da reforma trabalhista, os trabalhadores também passaram a se sujeitar ao pagamento de honorários advocatícios, no caso de sucumbência, o que, considerado individualmente, e bem razoável. No entanto, a reforma trabalhista, adotando solução consagrada pelo Código de Processo Civil (CPC), estabeleceu que os honorários são devidos na reconvenção, mas, sem uma explicação plausível, não acompanhou o CPC quando ele estabelece que tal verba também é também devida na execução, o que deixa claro que a adoção do princípio da sucumbência teve em vista tornar o processo custoso para os trabalhadores.

Estes exemplos são suficientes para se chegar à conclusão de que a reforma trabalhista cria sérios entraves para o acesso dos trabalhadores à justiça.

Note-se que, a par de criar entraves para o acesso dos trabalhadores à justiça, a reforma trabalhista adotou soluções que dificultam a satisfação dos direitos reconhecidos em juízo, restringindo, por exemplo, a possibilidade de reconhecimento de grupo econômico, ou seja, a atribuição de responsabilidade pelos créditos dos trabalhadores a todos aqueles que se beneficiam dos seus serviços.

As normas que compõem a reforma trabalhista estão sujeitas, pelos motivos já exposto, a controle de convencionalidade.

O objetivo do presente ensaio não é examinar cada uma das normas que compõem a reforma trabalhista no seu confronto com tratados sobre direitos humanos, mas, sim, verificar se o acesso à justiça é um direito humano e, em caso positivo, qual é o seu alcance.

O que se pretende, em suma, é, utilizando-se de estudo bibliográfico, estabelecer parâmetros para a submissão da reforma trabalhista a controle de convencionalidade, na perspectiva de que, definidos estes parâmetros, as partes estarão em melhores condições de exercer o seu direito à efetividade da jurisdição e do processo e exigir o seu respeito, proteção e realização concreta, assim como os julgadores estarão em melhores condições para aferir se os seus atos estão em harmonia com este direito, valendo lembrar que o acesso à justiça não constitui um fim em si mesmo, mas, sim, importante via de acesso aos direitos assegurados pela ordem jurídica, o que o torna imprescindível em um Estado Democrático de Direito.

Anote-se que, a relevância do acesso à justiça é tamanha, que os chefes de Estado presentes na assembleia da Organização das Nações Unidas, realizada em 25 de setembro de 2015, na qual foi aprovada a Agenda 2030, entre eles o do Brasil, reconheceram a necessidade de construir uma sociedade justa e inclusiva e respeitar o direito de todos à proteção social e bem-estar físico, mental e social e a obrigação de os Estados respeitarem, protegerem e promoverem os direitos humanos (números 7, 11 e 19), adotaram

como uma das metas a serem atingidas até 2030, “proporcionar acesso à justiça para todos” (Objetivo 16), tendo sido registrado, neste sentido, que “a nova Agenda reconhece a necessidade de construir sociedades pacíficas, justas e inclusivas, que ofereçam igualdade de acesso à justiça e que são baseadas no respeito aos direitos humanos (incluído o direito ao desenvolvimento), em um efetivo Estado de Direito” (“Nova Agenda”, n. 35).

A facilitação do acesso à justiça, portanto, está diretamente relacionada com a criação de uma sociedade justa, livre, solidária, desenvolvida e inclusiva, sendo este, não custa recordar, o objetivo fundamental da República (artigo 3º da Constituição de 1988).

O ensaio é dividido em três partes: na primeira, será demonstrada a existência de direitos humanos processuais; contendo a sua segunda parte, a definição de quais são estes direitos, visando verificar se dentre eles está o acesso à justiça. Ao final, será definido o alcance do direito de acesso à justiça.

2. DIREITOS HUMANOS. DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO PROCESSUAL

Os direitos humanos constituem o resultado de lutas pelo reconhecimento, proteção e promoção da dignidade humana.

Neste sentido, anota Joaquín Herrera Flores, os direitos humanos são “processos – normativos, sociais, políticos, econômicos – que abrem ou consolidem espaços de lutas pela dignidade humana”, ou, em outros termos, “conjuntos de práticas

que potenciem a criação de dispositivos e de mecanismos que permitam a todas e a todos poder fazer suas próprias histórias”. (FLORES, 2009, p. 11).

No mesmo compasso, já foi aduzido que

O âmbito que dá origem e mantém vivos os direitos humanos são: a) a luta e a ação social; b) a luta individual e cotidiana, na medida em que direitos humanos tem mais a ver com processos de luta pela abertura e consolidação de espaços de liberdade e dignidade humana. Em concreto podem ser concebidos como o conjunto de práticas, ações e atuações sociopolíticas, simbólicas, culturais e institucionais tanto jurídicas como não jurídicas, realizadas por seres humanos quando reagem contra excessos de qualquer tipo de poder que os impede de se auto-constituírem como sujeitos plurais e diferenciados [...]. As lutas podem se manifestar por meio de demandas e reivindicações populares na forma de movimentos sociais ou individualmente, na vida diária e entornos cotidianos nos quais a gente convive e reage (RUBIO, 2015, p. 114-115).

Para J. Castán Tobeñas, direitos humanos

São aqueles direitos fundamentais da pessoa humana – considerada tanto no seu aspecto individual como comunitário – que lhe

correspondem em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo Poder ou autoridade e toda norma jurídica positiva, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum. (TOBEÑAS, 1962, p. 15).

Consoante Fernando Jayme,

Os direitos humanos são concebidos na dimensão mais abrangente possível do seu significado: o caminho a seguir na busca da felicidade, direito de todos os seres humanos, reconhecido pioneiramente na Constituição dos Estados Unidos [...]. Assegurado o respeito à pessoa humana, assegura-se, por conseguinte, sua existência digna, capaz de propiciar-lhe o desenvolvimento de sua personalidade e de seus potenciais, para que possa alcançar o sentido da sua própria existência. Isso significa conferir liberdade no desenvolvimento da própria personalidade”, concluindo que “respeitar os direitos humanos significa conferir condições mínimas, necessárias para o indivíduo desenvolver seus potenciais com o máximo de liberdade possível. (JAYME, 2005, p. 1 e 2).

Direitos humanos são, portanto, direitos inerentes à dignidade humana, ou, na dicção da *Declaração e Programa de*

Ação de Viena, de 1993, que “têm origem na dignidade e valor inerente à pessoa humana”.

Anote-se que, quando se fala em direitos humanos como direitos *inerentes* à dignidade humana, o que se tem em vista é que os direitos humanos constituem uma condição para a vida conforme a dignidade humana.

Com efeito, como adverte Joaquim Herrera Flores

Falar de dignidade humana não implica falar de um conceito ideal ou abstrato. A dignidade humana é um fim material. Um objetivo que se concretiza no acesso igualitário e generalizado aos bens que fazem com que a vida seja ‘digna’ de ser vivida [...]. A dignidade consiste na obtenção de acesso igualitário aos bens tanto materiais como imateriais que se foram conseguindo no constante processo de humanização do ser humano [...]. Viver com dignidade [...] em termos materiais significa gerar processos igualitários de acesso aos bens materiais e imateriais que conformam o valor da ‘dignidade humana’. (FLORES, Disponível em <<http://www.juragentium.unifi.it/es/surveys/rights/herrera/indez.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2016).

Ao trabalho humano também correspondem direitos humanos, ou seja, *direitos humanos trabalhistas*.

É o que o vê da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, que reconhece, por exemplo, o direito ao trabalho, a condições justas e favoráveis de trabalho, a igual remuneração por

igual trabalho, a uma remuneração justa e satisfatória e de organizar sindicatos (artigo XXIII).

No mesmo compasso, o *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais* assegura, nos artigos 6º e 7º, por exemplo, o direito de ganhar a vida mediante um trabalho livremente escolhido ou aceito, de formação e orientação técnica e profissional e ao emprego produtivo, que permita salvaguardar o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais, assim como o direito de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem, especialmente: a) uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores, um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção, em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles, por trabalho igual e uma existência decente para eles e suas famílias; b) condições de trabalho seguras e higiênicas; c) igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo, de trabalho e de capacidade; d) o descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feriados. No artigo 8º, este *Pacto* assegura o direito de: fundar sindicato, de se filiar a sindicato, de os sindicatos de formarem federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de a elas filiar-se, autonomia sindical, e direito de greve.

Já a *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem* dispõe que toda pessoa tem direito: à educação, no sentido

de “preparo para subsistir de uma maneira digna, para melhorar o seu nível de vida” (artigo XII); ao trabalho em condições dignas e o de seguir livremente sua vocação, na medida em que for permitido pelas oportunidades de emprego existente (direito ao trabalho - artigo XIV); quando trabalhar, de receber uma remuneração que, em relação à sua capacidade de trabalho e habilidade, lhe garanta um nível de vida conveniente para si e para sua família (direito a uma justa retribuição - artigo XIV); ao descanso, ao recreio honesto e à oportunidade de aproveitar utilmente o seu tempo livre em benefício do seu melhoramento espiritual, cultural e físico (direito ao descanso e ao aproveitamento do tempo livre - artigo XV); à previdência social de modo a ficar protegido contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade, que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência (direito à previdência social - artigo XVI); 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 (direito de associação - artigo XXII).

Por fim, o *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Protocolo de San Salvador)*, no artigo 6º, a todos reconhece o direito ao trabalho, “o que inclui a oportunidade de obter os meios para levar uma vida digna e decorosa por meio do desempenho de uma atividade lícita, livremente escolhida ou aceita”, e estabelece, no artigo 7º, que o direito ao trabalho “supõe que toda pessoa goze do mesmo em

condições justas, equitativas e satisfatórias”, cumprindo aos Estados garantir: remuneração que assegure, no mínimo a todos os trabalhadores condições de subsistência digna e decorosa para eles e suas famílias e um salário equitativo e igual por trabalho igual, sem nenhuma distinção; o direito de todo trabalhador de seguir sua vocação e de dedicar-se à atividade que melhor atenda às suas expectativas e a trocar de emprego de acordo com a respectiva regulamentação nacional; o direito do trabalhador à promoção ou avanço no trabalho, para o qual serão levadas em conta suas qualificações, competência, probidade e tempo de serviço; estabilidade dos trabalhadores em seus empregos, de acordo com as características das indústrias e profissões e com as causas de justa separação. No caso de dispensa injustificada, o trabalhador terá direito a uma indenização ou à readmissão no emprego ou a quaisquer outras prestações previstas pela legislação nacional; segurança e higiene no trabalho; proibição de trabalho noturno ou em atividades insalubres e perigosas para os menores de 18 anos e, em geral, de todo trabalho que possa pôr em risco sua saúde, segurança ou moral; limitação razoável das horas de trabalho, tanto diárias como semanais, devendo a jornada ser de menor duração quando se tratar de trabalho perigoso, insalubre ou noturno; repouso; gozo do tempo livre; férias remuneradas; remuneração dos feriados nacionais.

Note-se que todos estes direitos são assegurados na perspectiva da melhoria da condição social, econômica e política do trabalhador e da sua família e à realização das condições necessárias para uma vida em sintonia com a dignidade humana, sendo relevante anotar que é estreita a relação entre direitos

humanos e desenvolvimento social, político e econômico, como é expressamente reconhecido pela *Carta Democrática Interamericana*, aprovada na Sessão Plenária da Organização dos Estados Americanos (OEA), realizada em 11.09.2001, segundo a qual:

1) “A democracia é essencial para o desenvolvimento social, político e econômico” (artigo 1º);

2) “São elementos essenciais da democracia representativa, entre outros, o respeito aos direitos humanos” (artigo 3º);

3) “São componentes fundamentais do exercício da democracia [...] o respeito aos direitos sociais” (artigo 4º);

4) “A democracia e o desenvolvimento econômico e social são interdependentes e reforçam-se mutuamente” (artigo 11).

Além dos direitos humanos materiais, existem as garantias processuais voltadas a assegurar a plena fruição destes direitos, isto é, direitos humanos processuais, inclusive trabalhistas.

Direitos humanos processuais são os direitos que cabem a todas as pessoas no contexto do processual judicial, como tais reconhecidos pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Direitos humanos, materiais ou processuais, são direitos inerentes à dignidade humana, no sentido de que, como já foi salientado, o seu gozo efetivo é uma exigência da dignidade humana.

O reconhecimento da existência de direitos processuais inerentes à condição humana decorre do fato, realçado por J. J Gomes Canotilho, de que “qualquer direito material postula uma

dimensão procedimental/processual, e, por isso, reconhecer um direito material constitucional implica necessariamente reconhecer um direito subjetivo do procedimento/processo indispensável para garantir a eficácia do direito material”. (CANOTILHO, 2004, p. 78).

Com efeito, para a proteção integral do ser humano “não basta o reconhecimento da titularidade de direitos materiais (tutela jurídica). A proteção do ser humano, para ser integral, exige a criação de instrumentos adequados à realização prática dos direitos humanos materiais (tutela jurisdicional dos direitos). A essencialidade dos direitos materiais torna essencial a sua tutela jurisdicional e os instrumentos adequados à sua realização quando não respeitados espontaneamente” (ALMEIDA, 2013, p. 156).

Ireneu Cabral Barreto adverte, com razão, que, para uma efetiva proteção dos direitos do homem, não basta a sua consagração substantiva, sendo “necessário estabelecer garantias fundamentais de processo, de modo a reforçar os mecanismos de salvaguarda daqueles direitos”. (BARRETO, 2005, p. 113).

Os direitos humanos processuais compõem, ao lado dos direitos fundamentais processuais, o denominado mínimo existencial processual (ALMEIDA, 2013, p. 156) e o conjunto destes direitos forma o que Vittorio Denti denomina “núcleo irrenunciável” do justo processo. (DENTI, 1989, p. 82).

3. DIREITOS HUMANOS PROCESSUAIS EM ESPÉCIE. O ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO

Afirmada a existência de direitos humanos processuais, cumpre definir quais são estes direitos.

Neste sentido, vale anotar que: a Declaração Universal dos Direitos Humanos a todos reconhece o direito de receber dos tribunais competentes recurso efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei (artigo 8º); o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos consigna o compromisso dos Estados dele signatários de garantir que toda pessoa cujos direitos e liberdades nele reconhecidos tenham sido violados possa dispor de um recurso efetivo, mesmo que a violência tenha sido perpetrada por pessoas que agiam no exercício de funções oficiais (artigo 2º, n. 3, a); a Declaração e Programa de Ação de Viena dispõe, na Parte I, n. 27, que “cada Estado deve ter uma estrutura eficaz de recursos jurídicos para reparar infrações ou violações de direitos humanos”; a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem prevê que “toda pessoa pode recorrer aos tribunais para fazer respeitar os seus direitos” (artigo XVII).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial (artigo 10).

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê, no artigo 14, 1, que todas as pessoas são iguais perante os

Tribunais e as Cortes de Justiça e que toda pessoa terá direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e de suas obrigações de caráter civil. De acordo com o artigo 14,3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, toda pessoa tem direito às seguintes garantias processuais mínimas: a) de ser informada, sem demora, em língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da demanda contra ela formulada; b) a tempo e meios necessários à preparação da defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) de ser julgada sem dilações indevidas; d) de estar presente no julgamento e defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo, e sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) de interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e a obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que disponham as de acusação; f) de ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; e, g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.

A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem prevê que toda pessoa “deve poder contar, outrossim, com processo simples e breve” (artigo XVII).

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê, no artigo 8º, sob o título “garantias processuais”, que toda pessoa

tem direito de ser ouvida dentro de prazo razoável por um juiz ou tribunal estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e de suas obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, e que, durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) de ser assistida gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal; b) de comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada; c) de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; e, d) à impugnação das decisões judiciais mediante recurso.

O artigo 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos também estabelece que “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.”

A Convenção Europeia dos Direitos do Homem reconhece, no artigo 6º, o direito a um processo equitativo, estabelecendo que: “Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido por lei, o que decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações

de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiência pode ser proibido à imprensa e ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores e a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse prejudicar os interesses da justiça.”

Dispõe a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 6º, que o acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos: ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada; dispor de tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa; defender-se a si próprio ou ter assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem; interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação; fazer-se assistir por intérprete, se não compreender ou falar a língua usada no processo.

Ainda de acordo com a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (artigo 13), “qualquer pessoa cujos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção tiverem sido violados tem direito a recurso perante uma instância nacional, mesmo quando a

violação tiver sido cometida por pessoas que atuem no exercício das suas funções oficiais”.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos assegura a toda a pessoa o direito de recorrer aos tribunais competentes contra qualquer ato que viole os direitos fundamentais que lhe são reconhecidos e garantidos pelas convenções, pelas leis, pelos regulamentos e pelos costumes em vigor, o direito de defesa e o direito de ser julgado em prazo razoável por um tribunal competente (artigo 7º).

Do exame das citadas normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos resulta que constituem direitos humanos processuais: jurisdição; acesso à justiça; efetividade da jurisdição e do processo; igualdade concreta de armas; decisão justa do conflito de interesses; publicidade do processo; juiz natural, independente e imparcial; oportuna citação para a demanda; defesa útil, com tempo razoável para a sua preparação; duração razoável do processo; participação útil no processo e com real possibilidade de influência na formação do provimento jurisdicional; assistência judiciária gratuita; inquirir testemunhas indicadas à oitiva pela parte contrária ou ouvidas por determinação judicial e obter o comparecimento de testemunhas, peritos e outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos (direito à prova); assistência por intérprete e/ou tradutor, quando necessário; n) não ser obrigado a depor contra si ou confessar; motivação das decisões judiciais; impugnação das decisões judiciais mediante recurso; eficácia das decisões judiciais.

Portanto, o Direito Internacional dos Direitos Humanos a todos reconhece direitos processuais e dentre estes direitos está o acesso à justiça.

Já foi afirmado, inclusive, que o acesso à justiça constitui “requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário, que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GART, 1998, p. 11-12).

Em voto fundamentado na decisão proferida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *López Álvarez vs. Honduras* (sentença de 1º de fevereiro de 2006), Antônio Augusto Cançado Trindade assinalou que:

[...] Uma das disposições mais relevantes da Declaração Universal de 1948 se encontra em seu artigo 8, de acordo com o qual toda pessoa tem direito a um recurso efetivo perante os tribunais nacionais competentes contra os atos violatórios dos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição ou pela lei. O referido artigo 8 consagra, em última análise, o *direito de acesso à justiça* (no plano do direito interno), elemento essencial em toda sociedade democrática (...). A disposição do artigo 8 da Declaração Universal de 1948 se inspirou, com efeito, na disposição equivalente do artigo XVIII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de oito meses antes (abril de 1948) (...). A consagração original do direito a um recurso efetivo perante os juízes ou tribunais nacionais competentes na Declaração Americana (artigo XVIII) foi transplantada para a Declaração Universal (artigo 8),

e, desta última, para as Convenções Europeia e Americana sobre Direitos Humanos (artigos 13 e 25, respectivamente), bem como para o Pacto sobre Direitos Cívicos e Políticos das Nações Unidas (artigo 2(3)). O artigo 8 da Declaração Universal, e as disposições correspondentes nos tratados de direitos humanos vigentes, como o artigo 25 da Convenção Americana, estabelecem o dever do Estado de prover recursos internos adequados e eficazes; sempre argumentei que este dever constitui efetivamente um pilar básico não apenas de tais tratados como do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática, e sua aplicação correta tem o sentido de aperfeiçoar a administração da justiça (material e não somente formal) no âmbito nacional (...) Esta disposição-chave se encontra intimamente vinculada à obrigação geral dos Estados, consagrada também nos tratados de direitos humanos, de *respeitar* os direitos nestes consagrados, e *assegurar* o livre e pleno exercício dos mesmos a todas as pessoas sob suas respectivas jurisdições. Encontra-se também vinculada às garantias do devido processo legal (artigo 8 da Convenção Americana), na medida em que assegura o acesso à justiça. Desse modo, através da consagração do direito a um recurso efetivo perante os juízes ou tribunais nacionais competentes, das garantias do devido processo, e da obrigação geral de *garantia* dos direitos protegidos, a Convenção Americana (artigos 25, 8 e 1(1)), e outros tratados de direitos humanos, atribuem funções de proteção ao direito interno dos Estados Partes. (Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito à Liberdade Pessoal. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 39).

4. ALCANCE DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA COMO DIREITO HUMANO

A todos é reconhecido, como direito humano, o acesso à justiça. Qual é o alcance deste direito?

Para responder a esta indagação, cumpre salientar, primeiro, que se trata de um direito voltado à realização concreta dos direitos materiais assegurados pela ordem jurídica. Assim, o acesso à justiça não tem um fim em si mesmo: ele é assegurado como garantia de efetividade dos direitos materiais assegurados pela ordem jurídica.

Tanto isto é verdade, que as normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos realçam, em mais de uma oportunidade, a necessidade de que a jurisdição seja *efetiva*. Isto significa que o acesso à justiça não é apenas a mera possibilidade de apresentar uma demanda perante os órgãos do Poder Judiciário, ou seja, não se resume ao *acesso formal à justiça*.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth assinalam, inclusive, que, nos estados liberais burgueses,

[...] direito de acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito formal do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um 'direito natural', os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto,

permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente na prática. Afastar a 'pobreza no sentido legal' - a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições - não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva (CAPPELLETTI; GARTH; 1998, p. 9).

Ainda consoante Mauro Cappelletti e Bryant Garth, “a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação” (CAPPELLETTI; GARTH; 1998, p. 11).

Tal fato ganha especial relevo quando se trata de direitos inerentes ao trabalho humano.

É que os direitos inerentes ao trabalho são dotados de essencialidade, na medida em que

[...] é essencial todo direito voltado à garantia do atendimento das necessidades básicas do trabalhador e sua família (*caráter existencial dos direitos inerentes ao trabalho*) e de condições dignas de trabalho (*essencialidade qualificada dos direitos inerentes ao trabalho*, na medida em que, muito mais do que garantir o atendimento de necessidades básicas, o que se pretende é garantir uma vida em

sintonia com a dignidade humana). Ademais, a essencialidade dos direitos trabalhistas também decorre do seu estreito vínculo com a justiça social, cidadania e democracia (*essencialidade social e política dos direitos inerentes ao trabalho*).” (ALMEIDA & ALMEIDA, 2017, p. 141).

Cumpra acrescentar que: “a) os direitos humanos são assegurados a todos os seres humanos, inclusive os trabalhadores, como forma de enfrentar a globalização desenfreada e inescrupulosa; b) os direitos humanos são direitos que atuam como resistência a toda forma de arbitrariedade no exercício de poder e as relações entre capital e trabalho e entre empregado e empregador são relações de poder.” (ALMEIDA, 2017, p. 252).

O que a todos é assegurado é o acesso efetivo ou substancial à justiça.

O acesso efetivo ou substancial à justiça pressupõe:

a) competência previamente estabelecida, independência, imparcialidade do julgador: é vedada a instituição de tribunal de exceção, ao passo que o julgador deve ser independente e imparcial;

b) a simplificação das formas e procedimentos: somente é efetivo o instrumento ao qual se tem fácil acesso e que cujo manuseio seja o mais simples possível;

c) a utilidade da participação das partes no processo: quando se fala em acesso à justiça, cumpre ter em mente que se trata de acesso útil à justiça.

A participação das partes no processo tem que ser útil, no sentido de que a parte deve ter real possibilidade de exercer

influência na formação da decisão sobre os seus direitos e obrigações.

Neste sentido, inclusive, o artigo 9º do CPC de 2015 estabelece que não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida, o que não se aplica, no entanto, à tutela provisória de urgência, à hipótese de tutela de evidência prevista no artigo 311, incisos I e II, à sentença prevista no artigo 701 (decisão sobre a expedição de mandado de pagamento, de entrega de coisa ou para execução de obrigação de fazer ou de não fazer, na ação monitória) e às decisões por meio das quais são aplicadas às partes penalidades de natureza processual (o CPC não exige a prévia oitiva da parte como condição para a aplicação da penalidades decorrentes da litigância por má-fé, por exemplo). De outro lado, consoante o artigo 10 do CPC de 2015, “o juiz não poderá decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamentos a respeito dos quais não tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”;

d) ampla defesa, no sentido de que às partes deve ser assegurado o acesso a todos os meios de defesa que a ordem jurídica coloca à sua disposição;

e) igualdade, no sentido de que, na disciplina legal do processo deve ser evitado tratamento diferenciado sem justificativa objetiva, razoável e suficiente, assim como devem ser adotadas técnicas que corrijam desigualdades entre os litigantes, ao passo que no curso do processo concreto as partes têm direito de participar, em simétrica paridade, da construção da decisão judicial

a respeito dos seus direitos e deveres (*paridade de armas*) e de receber do juiz igual tratamento (*paridade de tratamento*: aos iguais deve ser dispensado tratamento igual e, aos desiguais, tratamento desigual, na medida da sua desigualdade;

f) fundamentação das decisões na medida em que ao juiz cumpre especificar os motivos ou razões da decisão que proferir, justificando as suas conclusões sobre os fatos narrados pelas partes e as suas consequências à luz do ordenamento jurídico, assim como a possibilidade de sendo atendidos os pressupostos e limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico, requerer o exame da causa por órgão do Poder Judiciário distinto daquele que proferiu a decisão. g) a duração razoável do processo: as partes têm direito à tempestiva resposta ao pedido de tutela jurisdicional.

Conforme decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *López Álvares vs. Honduras* (sentença de 1º de fevereiro de 2006, item X, n. 131), “O direito de acesso à justiça implica que a solução da controvérsia se produza em tempo razoável; uma demora prolongada pode chegar a constituir, por si mesma, uma violação das garantias judiciais” (Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito à Liberdade Pessoal. Brasília: Ministério da Justiça, 2014, p. 39);

h) eficácia das decisões judiciais, na medida em que o acesso útil ou substancial à justiça somente se verificará quando a decisão judicial for plenamente eficaz, ou seja, tornar concreto o direito nela eventualmente reconhecido;

i) o respeito às condições econômicas das partes, posto que o processo não pode ser dispendioso a ponto de impedir a defesa em juízo dos direitos assegurados pela ordem jurídica.

Não se pode olvidar, ainda, que os direitos humanos visam construir “condições reais e concretas que permitam aos seres humanos poder levar adiante suas vidas acedendo igualmente aos bens necessários para viver uma vida digna de ser vivida”, como preconizado por Joaquín Herrera Flores. (FLORES, 2009, p. 55), e que “os direitos trabalhistas e os direitos humanos “têm a dignidade como ponto de partida (o *reconhecimento do valor inerente a toda pessoa humana*) e de chegada (a *realização de condições materiais e processuais* sem as quais este valor não se apresentará na realidade concreta). (ALMEIDA, 2017, p. 252).

Cumprir reiterar que o acesso à justiça não constitui um fim em si mesmo, posto que serve e instrumento de acesso aos direitos assegurados pela ordem jurídica.

No que concerne aos direitos humanos trabalhistas, não se pode olvidar que o seu gozo efetivo é condição de possibilidade do desenvolvimento, sendo este, inclusive, também um direito, como é reconhecido na *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*, adotada pela ONU em 1986, segundo a qual, o direito ao desenvolvimento é um direito humano e ele pressupõe que todos possam desfrutar dos direitos humanos e liberdades fundamentais (artigo 1, item 1), ou seja:

a) o gozo dos direitos humanos constitui condição de possibilidade do gozo do direito ao desenvolvimento sustentável;

b) o acesso à justiça, quando substancial, permite o gozo dos direitos humanos de natureza material.

Não há desenvolvimento sustentável efetivo quando é negado o direito de acesso à justiça e, por meio deste, aos direitos humanos dos trabalhadores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As alterações legislativas levadas a efeito pelo Brasil, dentre elas a *reforma trabalhista*, estão sujeitas a *controle de convencionalidade*, ou seja, de compatibilidade com tratados sobre direitos humanos aos quais o Brasil está submetido, em especial, porque o Brasil assumiu, perante a comunidade internacional, a obrigação de respeitar, proteger e realizar os direitos humanos, observando-se que ao juiz também cumpre respeitar, proteger e realizar os direitos humanos.

Entre os direitos humanos está o direito de acesso à justiça, que constitui um corolário lógico do direito a ter direitos.

Com efeito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos a todos reconhece, ao lado de direitos materiais, direitos processuais, ou seja, direitos humanos processuais, dentre os quais está o direito de acesso à justiça, no sentido de direito ao *acesso efetivo ou substancial à justiça*.

O acesso efetivo ou substancial à justiça pressupõe: facilitação do acesso à justiça; competência, independência e imparcialidade do julgador, simplificação das formas e procedimentos; utilidade da participação das partes no processo, ampla defesa, paridade de armas e de tratamento, fundamentação das decisões judiciais e possibilidade de, sendo atendidos os pressupostos e limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico,

requerer o exame da causa por órgão do Poder Judiciário distinto daquele que proferiu a decisão, duração razoável do processo, eficácia das decisões judiciais e respeito às condições econômicas das partes.

Isto significa que o acesso à justiça constitui um *direito humano multidimensional* e nenhuma delas pode ser desconsiderada na submissão da *reforma trabalhista* ao controle de convencionalidade.

O mais relevante a ser considerado é que o acesso à justiça não é um fim em si mesmo, mas constitui um valioso instrumento de acesso aos direitos assegurados pela ordem jurídica, dentre os quais aqueles inerentes ao trabalho, cuja relevância é inegável, por serem direitos de dignidade humana, justiça social, cidadania e democracia, sendo, vários deles, direitos também reconhecidos em normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, como direitos humanos, o que ganha especial relevo pelo fato de o gozo concreto dos direitos humanos ser uma condição de possibilidade para o desenvolvimento sustentável.

Não há desenvolvimento efetivo quando é negado o direito de acesso à justiça e, por meio deste, aos direitos humanos dos trabalhadores.

Deste modo, a criação de entraves ao gozo do direito humano de acesso dos trabalhadores à justiça é, na essência, a criação de entraves ao seu acesso a direitos de dignidade humana, justiça social, cidadania e democracia.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio; ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo. **Direito do Trabalho e Constituição: a constitucionalização do Direito do Trabalho no Brasil.** LTr: São Paulo, 2017.

ALMEIDA, Cleber Lúcio. **Elementos da teoria geral da prova: a prova como direito humano e fundamental das partes do processo judicial.** São Paulo: LTr, 2013.

ALMEIDA, Wânia Guimarães Rabêllo de. A tutela jurisdicional dos direitos humanos trabalhistas por meio das ações coletivas. In **Direito material e processual do trabalho. V Congresso Latino-Americano de Direito Material e Processual do Trabalho.** TEODORO, Maria Cecília Máximo et al (Coords.). São Paulo: LTr, 2017, p. 251-256.

BARRETO, Ireneu Cabral. **A convenção europeia dos direitos do homem anotada.** 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CANOTILHO, J.J. Gomes. O ónus da prova na jurisdição das liberdades: para uma teoria do direito constitucional à prova. In: **Estudos sobre direitos fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GART, Bryant. **Acesso à justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

COMPARATO, Fábio Konder. O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos. In **Direitos Humanos: visões contemporâneas.** São Paulo: Associação dos Juizes para a Democracia, 2001.

DENTI, Vittorio. **La giustizia civile.** Bolonha: Il Mulino, 1989.

FLORES, Joaquín Herrera. **La complejidad de los derechos humanos. Bases teóricas para una definición crítica.** 2007. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/rights/es/herrera.htm>>. Acesso em: 29 abr. 2018.

FLORES, Joaquín Herrera. **Teoria crítica dos direitos humanos. Os direitos humanos como produtos culturais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GIALDINO, Rolando E. Obligaciones del Estado ante el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales. **Revista do Instituto Interamericano de Derechos Humanos.** n. 37. San Jose, Costa Rica, 2003, p. 36-133.

INTERNACIONAL. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Direito à Liberdade Pessoal.** Brasília: Ministério da Justiça, 2014,

JAYME, Fernando G. **Direitos humanos e sua efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.** Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

TOBEÑAS, J. Castán. **Humanismo y derecho.** Madrid: Editorial Reus, 1962.

A APLICABILIDADE DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS AMBIENTAIS COMO GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

THE APPLICABILITY OF THE MEDIATION IN ENVIRONMENTAL CONFLICTS AS AN ASSURANCE OF THE ACCESS TO JUSTICE

*Daniela Martins da Cruz*¹

*Deilton Ribeiro Brasil*²

RESUMO: A morosidade do Judiciário sem dúvida é um dos maiores entraves que a Justiça brasileira atravessa, o que tem dificultado ainda mais um verdadeiro e eficaz acesso à Justiça. E na busca por soluções foram criados alguns institutos, dentre eles a Mediação, que é o objeto de nosso presente trabalho e a aplicação desta técnica em conflitos ambientais e sua eficácia. Para isto foi realizada uma abordagem sobre a problemática do acesso à justiça, a mediação como uma solução e suas técnicas aplicadas em conflitos ambientais. Utiliza-se para o desenvolvimento do estudo o método descritivo e analítico, em uma análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, através do procedimento metodológico da pesquisa bibliográfica e estudo de casos concretos.

PALAVRAS-CHAVE: Acesso à justiça; Mediação; Conflitos ambientais;

¹ Mestranda do PPGD – Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna. Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica da Universidade de Itaúna. Advogada.

² Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD da Universidade de Itaúna-MG e das Faculdades Santo Agostinho (FASA)

ABSTRACT: The slow down of the judiciary is definitely one of the biggest obstacles the Brazilian court faces, which has hindered even more a true and efficient access to the justice. And while searching for solutions some institutes were created, among then the Mediation Institute, wich is this paper's aim, along with the application of this technique in environmental conflicts and its efficiency. In order to do that an approach about the troublesome access to justice, the mediation as a solution and the techniques applied in environmental conflicts were created. It's used the descriptive and analytical method for the development of the study in a systematic analysis of the Brazilian legal order through the methodological procedure of the bibliographic research and studies of real cases.

KEYWORDS: Access to justice; Mediation, Environmental Conflicts.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. Do acesso à justiça e a crise do Judiciário.
3. Da mediação.
4. Dos conflitos ambientais e a sociedade de risco.

INTRODUÇÃO

Se falar em Acesso à Justiça, e não atentar para a efetividade do Direito é o mesmo que para alguns não ver ser cumprida a lei, ou ainda não ver a justiça sendo aplicada. Com o Judiciário atolado de tantos e tantos processos, o que se presencia é

uma morosidade cada vez maior. A efetividade é algo muito distante da realidade dos Fóruns de todo país.

Ainda hoje o meio mais tradicional na resolução de conflito é o judicial, onde a figura do Juiz, como uma pessoa neutra dará uma solução ao litígio. Ocorre, no entanto, que com o passar dos anos o que se vê não é necessariamente esta situação. Seja pela morosidade, pelo custo, pela falta de pessoal e outras situações, buscar soluções alternativas para resolução de conflitos passou a ser essencial.

E foi dentro deste contexto que surgiu algumas alternativas: a arbitragem, a conciliação e a mediação. Os dois primeiros itens serão analisados de forma bem sucinta, uma vez que o objetivo do presente artigo tratará mais à fundo da Mediação, em especial em sua aplicação em questões ambientais.

A mediação, como um dos meios alternativos de resolução de conflitos, busca resolver inúmeros conflitos com base em técnicas de negociação, levando as partes e buscarem uma solução por elas mesmas, na construção de acordos. E, portanto, uma negociação onde todos os envolvidos constroem uma solução, através do diálogo e técnicas de negociação.

A morosidade judicial em se tratando de conflitos ambientais, não desmerecendo outras questões por que passa grande parte da população, é no mínimo preocupante, pois a questão ambiental é um direito difuso e atinge não somente a coletividade, mas futuras gerações. O problema que se apresenta consiste na aplicação da mediação para resolução destes conflitos e uma análise sobre sua efetividade.

O objetivo deste estudo é analisar conceitualmente o instituto da Mediação, aplicabilidade nas questões ambientais e sua efetividade, buscando uma solução pacífica e menos maléfica ao meio ambiente e as pessoas envolvidas nestes conflitos.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento do estudo baseou-se no método descritivo e analítico.

Utilizou-se pesquisa bibliográfica, em consultas a material teórico-bibliográfico e documental, como a utilização de livros, textos e artigos acadêmicos, bem como leis pertinentes ao assunto. Além da análise de casos concretos como o acidente em Mariana e a construção da Usina Hidroelétrica de Belo Monte.

2. DO ACESSO À JUSTIÇA E A CRISE NO JUDICIÁRIO

Em meados dos anos 70, precisamente em 1975, Cappelletti e outros professores preocupados com o acesso à justiça e a efetividade jurisdicional, publicam uma série de trabalhos de direito comparados, denominados Projeto de Florença. Neste estudo foram apontados diversos obstáculos e um velho jargão de processualistas italianos fora lembrado e diga-se de passagem, bem atual: “A justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é uma justiça inacessível para muitos.”(FERNANDES. 2008. p. 99).

Cappelletti (1988, p. 92-93), aduz que na busca por soluções na efetivação da justiça é necessário observar o homem comum, uma preocupação com justiça social, com a busca por uma justiça com procedimentos que visam a proteção de pessoas

comuns, significando dizer uma proteção a uma população que vive abaixo da linha da pobreza, índios, quilombolas, ribeirinhos, analfabetos, o acesso à justiça precisa englobar todas as formas de processo e ainda atingir a todas as camadas.

Sem dúvida alguma o Judiciário passa por uma crise de credibilidade, e tal descrédito se dá em grande parte pela morosidade das decisões. Seja em qual Tribunal for, o que se vê são ações que ficam anos a espera de um provimento jurisdicional, altos custos das demandas e entre outros fatores contribuem para este quadro.

Quando Cappelletti (1988, p.71) fala sobre a 3ª onda para a evolução da efetividade do acesso justiça, como sendo um novo enfoque do acesso à justiça, dando ênfase a novas técnicas processuais, tornando a justiça mais acessível, e um dos aspectos apontados é a criação de vias alternativas.

Há quem diga que depois deste período, citado acima, onde a figura preponderante do Estado imperava na solução, seja para reivindicar direitos ou resolver litígios, houve um novo período. Tais movimentos provocaram mudanças significativas no judiciário, tanto estrutural como processual.

Uma característica marcante do terceiro período do movimento de acesso à justiça “ consiste precisamente em administrar-se o sistema público de resolução de conflitos como se este fosse legitimado principalmente pela satisfação do jurisdicionado com a condução e com o resultado final de seu processo. PELUSO, Antonio Cesar ;RICHA, Morgana de Almeida (2011, p. 15)

Vivemos num país onde ainda se busca no judiciário o deslinde para qualquer situação, por meio de um juiz. Segundo Kasuo Watanabe

é a predominância desse critério vem gerando a chamada “cultura da sentença”, que traz como consequência o aumento cada vez maior da quantidade de recursos, o que explica o congestionamento não somente das instâncias ordinárias, como também dos Tribunais Superiores e até mesmo da Suprema Corte. Mais do que isso, vem aumentando também a quantidade de execuções judiciais, que sabidamente é morosa e ineficaz, e constitui o calcanhar de Aquiles da Justiça.

Na edição de 2017 do Relatório Justiça em Números, estudo feito pelo Conselho Nacional de Justiça, mostra a realidade da justiça brasileira em pesquisas feitas por todo país, para identificar os avanços e quais são os entraves que a Justiça no Brasil ainda precisa vencer e avançar. Sem dúvida um dos avanços foi o incremento da informatização, e um dos gargalos ainda existentes na busca por maior eficiência e qualidade na prestação jurisdicional, como a demora na fase de execução, os baixos índices de conciliação e o constante congestionamento processual.

Segundo este mesmo relatório a cada ano, para cada dez novas demandas propostas no Poder Judiciário brasileiro, apenas três demandas antigas são resolvidas. Some-se a este preocupante dado que se encontram pendentes cerca de 93 milhões de feitos.

No Brasil foi adotada desde 2006 pelo Conselho Nacional de Justiça, a Conciliação, cuja visão é juntar as partes e promover acordos, com objetivo de celeridade processual e ainda, talvez o mais importante, de que as próprias partes resolvam entre si o litígio e a satisfação com a justiça e que a solução apresentada seja mais eficiente.

Diante da patente necessidade de se estabelecer uma política pública nacional na resolução adequada de conflitos, o Conselho Nacional de Justiça aprovou, em 29 de novembro de 2010, a Resolução 125. “A criação da Resolução 125 do CNJ foi decorrente da necessidade de se estimular, apoiar e difundir a sistematização e o aprimoramento de práticas já adotadas pelos tribunais.”

Segundo o Guia de Conciliação e Mediação Judicial do Conselho Nacional de Justiça, os objetivos dessa Resolução estão indicados de forma bastante taxativa:

- i) disseminar a cultura da pacificação social e estimular a prestação de serviços autocompositivos de qualidade (artigo 2º); ii) incentivar os tribunais a se organizarem e planejarem programas amplos de autocomposição (artigo 4º); iii) reafirmar a função de agente apoiador da implantação de políticas públicas do CNJ (artigo 3º).

Segundo Taís Ferraz Schilling, o que se busca é criar uma cultura de resolução de conflitos que diminua principalmente a sobrecarga de processos judiciais. Na conciliação, não existem

vencedores nem perdedores, são as partes que constroem a solução para os próprios problemas, tornando-se responsáveis pelos compromissos que assumem, resgatando, tanto quanto possível, a capacidade de relacionamento. Nesse mecanismo, o papel do juiz não é menos importante, pois é aqui que ele cumpre sua missão de pacificar verdadeiramente o conflito.

A mediação e a conciliação, têm ambas por objetivo auxiliar pessoas a construírem consenso sobre uma determinada desavença. A conciliação tem nos acordos o seu objetivo maior. A mediação não tem na construção de acordos a sua vocação maior, ela privilegia a desconstrução do conflito e a consequente restauração da convivência pacífica entre pessoas.

3. DA MEDIAÇÃO

Tanto na Lei 13.140/2015 como no Novo Código de Processo Civil em seu artigo 165³, o legislador prestigiou a proposta de consensualização do Poder Judiciário. Apontada como uma das possíveis soluções, ou um caminho para a solução da crise do judiciário, o instituto da mediação já há muito tempo existe em nosso ordenamento. Desde a Constituição do Império em 1824, onde existia a figura do juiz de paz, que representava o que

³ BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. Artigo 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

podemos chamar atualmente de mediador⁴. Está ligado ao movimento de acesso à justiça da década de 70, na busca para a efetivação da justiça e melhoria das relações sociais. Vale frisar que a mediação, como elemento característico dos juizados de pequenas causas nos Estados Unidos, fortemente influenciou o legislador brasileiro.

Morais (1999, p. 145), afirma que como espécie do gênero justiça consensual, e como uma forma alternativa de resolução de conflitos, cujo objetivo primordial é a pacificação de conflitos, conceitua o instituto da mediação da seguinte forma:

Através deste instituto busca-se solucionar conflitos mediante a atuação de um terceiro desinteressado e neutro. Este terceiro denomina-se mediador e exerce uma função como que de conselheiro, pois pode aconselhar e sugerir, porém, cabe às partes constituir suas respostas.

Segundo As Diretrizes das Nações Unidas para Uma Mediação Eficaz:

A mediação é um processo por meio do qual uma terceira parte auxilia duas ou mais partes, com seu consentimento, a prevenir, gerir e resolver um conflito, ajudando-as a

⁴ BRASIL. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DO IMPÉRIO DO BRASIL. CARTA DE LEI DE 25 DE MARÇO DE 1824. Artigo 161. Sem se fazer constar que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum. Artigo 162. Para este fim haverá juízes de paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo, e maneira, por que se elegem os vereadores das câmaras. Suas atribuições e distrito serão regulados por lei.

desenvolver acordos mutuamente aceitáveis. A premissa em que se baseia a mediação é de que, no ambiente correto, as partes do conflito podem melhorar suas relações e caminhar em direção à cooperação. Os resultados alcançados, por sua vez, podem ser limitados em escopo – por exemplo, lidar com uma questão específica a fim de conter ou gerir um conflito – ou podem abordar um amplo leque temático, em um acordo de paz abrangente.

A lei 13.140/2015 veio para disciplinar a questão, e o instituto da mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares, uma vez que já existia a Lei de Arbitragem – Lei 9.307/96, que também já previa técnicas de resolução de conflitos, assim como a conciliação.

No parágrafo único do artigo 1º da Lei 13140/2015 já mostra um dos pilares do instituto: *considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.*

Na mediação judicial, prevista na lei, o mediador é indicado pelo Tribunal, não estando vinculado a aceitação das partes

Artigo 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da

Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Da mediação extrajudicial, esta deve partir das partes de forma espontânea, e o mediador, através de técnicas de pacificação, facilitará o diálogo para que as partes encontrem uma solução para o conflito. O próprio artigo 9º da Lei da Mediação⁵ dispõe sobre o tema quando aduz que é necessário que o mediador seja de confiança das partes e capacitado para fazer mediação, ele não é indicado por nenhum Tribunal ou Juiz.

Morais (1999, p.147-151), pontua algumas características deste instituto, quais sejam, a privacidade, economia financeira e de tempo, oralidade, reaproximação das partes, autonomia das decisões e equilíbrio das relações entre as partes.

Segundo o artigo 2º da Lei 13.140/2015,⁶ um dos princípios que norteiam a mediação é a figura do mediador que

⁵ Artigo 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

⁶ Artigo 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

aparece em primeiro plano, não significando que seja o principal, mas com certeza uma peça fundamental para o bom andamento da construção do processo da mediação. Um mediador deve ser capaz de conduzir um processo equilibrado, ser imparcial, que trate todos os atores de forma justa, e não pode possuir qualquer interesse material no resultado. Isso também exige que ele seja capaz de dialogar com todos os atores relevantes para resolver o conflito. O papel de mediador exige todo um preparo, conhecedor das técnicas de negociação.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça para atuar como mediador judicial, é preciso que o interessado faça um curso de formação de mediadores que seja reconhecido pelos tribunais. Os cursos são oferecidos pelos próprios tribunais ou por instituições credenciadas pelos Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Soluções de Conflitos (Nupemec) e devem observar os parâmetros curriculares estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

A autonomia da vontade das partes, sem dúvida outro importante princípio, uma vez que o instituto da mediação é um processo voluntário, que exige o consentimento das partes do conflito para ser eficaz. E ainda mostra que os interessados renunciaram parte do controle sobre a condução da resolução do litígio. A própria lei resguarda as partes ao dizer no § 2º do art 1º da Lei 13.1140/2015 que: *ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação*. É necessário que as partes se comprometam com o processo de mediação. E este sem dúvida é um dos princípios norteadores da mediação, uma vez que se as

partes realmente não se dedicarem a resolução do conflito, nada poderá ser feito.

A observância dos princípios elencados na lei constrói uma atmosfera de confiança entre as partes, e com isto a busca pelo consenso onde as partes envolvidas vão procurar resolver juntas questões que fazem parte da realidade que elas estão vivendo. O litígio, resolvido por um Juiz através de uma sentença, em sua grande maioria não satisfará as partes e ainda se corre o risco de que tal situação se perpetue.

4. DOS CONFLITOS AMBIENTAIS E A SOCIEDADE DE RISCO

A preocupação com questões ambientais faz parte do cotidiano de todos. E a cada dia grande parte da população no mundo tem se preocupado com a questão do ser humano e o meio ambiente. Em 1987, a ONU apresentou ao mundo, após longos debates o Relatório Brundtland ou Nosso Futuro Comum, e propunha o desenvolvimento sustentável, como sendo aquele que atende as necessidades do presente sem comprometer as gerações futuras. O relatório fala sobre a pobreza no mundo, dentre outras, como uma das causas de grandes catástrofes ambientais, mas é também a camada mais pobre quem sofre os efeitos das catástrofes ambientais.

O livro “Sociedade de Risco: rumo a uma outra modernidade”, faz uma análise sobre as questões atuais, da modernização, os riscos causados e seus efeitos colaterais: “Na modernidade tardia, a produção social de riqueza é acompanhada

sistematicamente pela produção social de riscos. ” Beck (2011, p. 23). Segundo o autor as regras da vida cotidiana são viradas de cabeça para baixo e vemo-nos praticamente indefesos diante das ameaças ocorridas principalmente pela absorção da natureza pelo crescimento industrial.

Vivemos um conflito há muito ignorado, talvez pelo desconhecimento ou mesmo pela conveniência, pois grande parte da população mundial se vê às voltas com notícias manipuladas pela mídia ou quiçá tendenciosas. Ou até mesmo convenientes para aqueles que em sua minoria detêm o poder e o capital. Seriam os riscos da modernização? Seriam estes riscos necessários e aceitáveis?

Meio ambiente segundo a Lei 6938/1981, diz respeito a um *“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;”*

O *caput* do artigo 225 da Constituição Federal estabelece como atribuição do Poder Público e da coletividade o dever de defender e preservar, não só no presente, mas também no futuro. E com essa responsabilidade compartilhada há uma inovação associada ao princípio Democrático de Direito, segundo Baracho Junior (2008. P. 94-95):

O enfrentamento dos problemas ambientais é precisamente um dos melhores exemplos desta nova percepção da esfera pública, visto que o Estado intervencionista do final de século XX foi um dos principais degradadores

do meio ambiente, seja diretamente, através de empresas estatais, seja indiretamente, através da tolerância com a degradação provocada por empresas privadas.

Segundo Morais (1999, p. 37-38), quando se fala em direitos humanos de terceira geração, “estes se apresentam como uma nova realidade de direitos fundamentais e se apresentam como detentores de uma “universalidade comunitária“, uma vez que atingem a comunidade como um todo. Pois falar de meio ambiente não pode se falar em direitos individuais, mas a uma coletividade.

Ainda o autor:

A violação não se estabelece, mas na relação do indivíduo com o Estado, sequer a pretensão se dirige a um Estado. Ambas refletem como que uma corresponsabilidade pela qualidade e continuidade da vida humana. A garantia ou a violação afetam a todos inexoravelmente.

Neste sentido Floriano (2007, p. 9-10) esclarece que os problemas ambientais ocorrem quando se interfere no ecossistema, alterando-o. Isso desequilibra o que a natureza desde o início dos tempos desenvolveu. E isto pode provocar consequências individuais ou coletivas, temporárias ou permanentes, em vários graus de amplitude e intensidade.

Para Morais (1999. p.55-57) os interesses difusos significam uma indeterminação subjetiva de sua titularidade. Ou seja, não há como individualizar este direito a uma pessoa isolada, ou a um grupo delimitável de pessoas. “A titularidade é de todos e

de ninguém – é de qualquer um, a qualquer momento.” Ao se falar em natureza indivisível, o que se observa é uma ampliação deste direito no sentido de amplitude de seu alcance. Segundo o artigo 81, I, do Código de Defesa do Consumidor, os titulares dos direitos difusos são pessoas indeterminadas, se trata de bens indivisíveis.

interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Segundo Beck (2010. p. 27), os riscos que tais danos causam não estão vinculados somente ao lugar onde foram gerados, mas a toda uma coletividade, a abrangência é mais extensa do que se pode imaginar. Contudo, existe o que o autor chama de efeito bumerangue, onde os riscos da modernização alcançam aqueles que os produziram e lucraram.

O efeito bumerangue não precisa se refletir, portanto, unicamente em ameaça direta à vida, podendo ocorrer através de mediações: dinheiro, propriedade, legitimação. Ele não apenas atinge em repercussão direta o causador isolado. Ele também faz com que todos, globalmente e por igual, arquem com o ônus: o desmatamento causa não apenas o desaparecimento de espécies inteiras de pássaros, mas também reduz o valor econômico da propriedade da floresta e da terra (BECK. 2010, p. 45)

O autor ainda traz outro ponto evidenciado nos conflitos ambientais que é o potencial político das catástrofes, "pois sua prevenção e manejo podem acabar envolvendo uma reorganização do poder e da responsabilidade." (Beck. 2011. P. 28). E com isto o Estado consegue converter uma situação de catástrofe em uma aparência normalidade.

Os princípios que norteiam as questões ambientais, tal como o princípio da responsabilidade ambiental, atestam que aquele que causar dano de caráter ambiental, não será punido somente no âmbito administrativo e/ou criminal, mas também na obrigação de recuperação do ambiente degradado. Tais medidas são uma tentativa de se minorar os efeitos causados, pois nos conflitos ambientais a consciência do risco não deve se fixar somente no presente, mas no futuro.

Os danos ambientais causados por inúmeros conflitos ambientais em todo planeta torna cada dia mais difícil a dissociação do progresso econômico e da proteção ao meio ambiente. Populações inteiras prejudicadas ou até mesmo dizimadas, como o que aconteceu em Chernobyl e em outras catástrofes ambientais, cidades destruídas e ainda com efeitos a longo, longíssimos prazos. Os efeitos em cadeia originados da degradação ambiental atingem há um número muitas vezes indefinido, não só aqueles atingidos diretamente, mas inúmeros que são atingidos indiretamente. Em 26 de abril de 1986, um dos reatores da Usina nuclear de Chernobyl

explodiu, e decorridos mais de 30 anos ainda se pode perceber o cenário apocalíptico do desastre.⁷

O acidente ambiental de Mariana é também outro exemplo, mais recente, onde os riscos e a amplitude do ocorrido ainda não se pode mensurar, quantas pessoas foram atingidas, qual a extensão do dano e outras sequelas causadas pelo desastre. Mas este será um assunto a ser discutido mais adiante.

5. DA MEDIAÇÃO EM CONFLITOS AMBIENTAIS

A adoção da mediação para solução de conflitos já encontrou respaldo na Declaração do Rio de 1992, no Princípio 10:

A melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados. No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os Estados irão facilitar e estimular a

⁷ As cicatrizes nucleares 30 anos após o inferno de Chernobyl. Trinta anos após o pior desastre nuclear da história, na antiga União Soviética, o cenário permanece pós-apocalíptico e os custos humanos impagáveis. Estimativas apontam que cerca de 200.000 km² de terra foram contaminados e, ainda hoje, o número de vítimas permanece conflitante, já que é difícil calcular exatamente quantos foram os afetados em longo prazo pela radiação.

conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos.

A agenda 2030 em seu plano de ação global prevê em seu objetivo 16 a necessidade de “promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”, abrindo possibilidades da aplicação do instituto da mediação para resolução de conflitos ambientais.

Quando se deseja aplicar a mediação em conflitos, e principalmente naqueles que envolvem uma coletividade, é preciso considerar que as partes em conflito nem sempre tem a mesma voz, podendo haver uma desigualdade de poder que pode influenciar e até gerar uma situação de conflito dentro do processo de mediação. Tais cuidados precisam existir, por exemplo, quando de um lado grandes empresas e de outro, no caso de conflitos ambientais, de pessoas simples como ribeirinhos, quilombolas, índios e pescadores.

Como é o exemplo do que ocorreu com a questão polêmica que envolveu a construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte no Pará, apresentada como a principal obra do Plano de Aceleração do Crescimento. Em 2010 quando o IBAMA concedeu a licença previa já havia indícios fortes que algo muito sério poderia ocorrer. Em documento intitulado “O Dossiê Belo Monte – Não

há condições para a Licença de Operação”, realizado pelo Programa Xingu- Instituto Socioambiental⁸ foi relatado uma série de irregularidades, dentre as quais a falta de participação da população que seria atingida, e ainda o atraso no cumprimento das ações antecipatórias definidas no Projeto Básico Ambiental, previstas nos Estudos de Impacto Ambiental, destinados a prevenir, mitigar e compensar os impactos da obra. Tais descumprimentos provocaram inúmeros problemas nas cidades impactadas pela construção da Hidroelétrica como, por exemplo, na cidade de Altamira que hoje é considerada uma das cidades mais violentas do Brasil, e problemas como a criminalidade, falta de estrutura nos hospitais, falta de saneamento, moradia, foram causados pelo aumento da população e o deslocamento de tantas famílias à época da construção da obra.

Há ainda muitos outros desastres ambientais ocorridos no Brasil, onde podemos citar alguns para efeito de ilustração: como o ocorrido na cidade Paulista de Cubatão, em 1980; o acidente com material radioativo em 1987 na cidade de Goiânia; o vazamento de óleo na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro em 2000; o vazamento de barragem em Cataguases, Minas Gerais em 2003; em

⁸ De acordo com o dossiê Belo Monte – Não há condições para a Licença de Operação é um alerta da sociedade civil: afirmando que não há neste momento, condições suficientes para que o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama) autorize, de maneira socioambientalmente responsável, o início do enchimento dos reservatórios da usina hidrelétrica de Belo Monte (situada na região de Altamira, no Pará) e o desvio definitivo do rio Xingu para que parte da usina comece a operar (IBAMA, 2010).

2007 - Rompimento de barragem em Mirai, também em Minas Gerais. Em 2011, outro Vazamento de óleo no Rio de Janeiro na Bacia de Campos e ainda um Incêndio na Ultracargo em 2015, no terminal portuário Alemoa, em Santos, litoral Sul de São Paulo.

Há de se mencionar ainda o que hoje é considerado o maior desastre ambiental da história do País, que foi o rompimento da Barragem com resíduos na cidade de Mariana-MG. Em 5 de novembro de 2015, 34 milhões de metros cúbicos de rejeito de minério de ferro jorraram do complexo de mineração operado pela Samarco e percorreram 55 km do rio Gualaxo do Norte e outros 22 km do rio do Carmo até desagüarem no rio Doce. No total, a lama percorreu 663 km até encontrar o mar, no município de Regência (ES), a morte de 19 pessoas, além da destruição de comunidades inteiras.

Dentre estes exemplos citados, a pergunta é: poderia haver a aplicação das técnicas de mediação para a resolução pacífica destes conflitos? Segundo Salles, Viegas (2016, p. 6), “o método da mediação busca integrar valores como a inclusão social, diálogo, democracia, responsabilidade e cidadania aos conflitos existentes. Tratando, assim, do problema ambiental sem judicialização e sobreposição de interesses.”. Apontam ainda que a mediação é um caminho mais rápido e eficaz.

Outra questão que se levanta quanto a aplicação das técnicas de mediação é se o Ministério Público poderia ser o mediador nestas ações. Segundo a Resolução nº 118, de 1º de

dezembro de 2014, em seu artigo 1º, sim. Já no parágrafo único do artigo 1º tem-se que “Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos”.

No preâmbulo da Resolução já prevê:

CONSIDERANDO que a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, controvérsias e problemas e que a sua apropriada utilização em programas já implementados no Ministério Público têm reduzido a excessiva judicialização e têm levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento;

⁹ Artigo 1º da Resolução 118, de 1º de dezembro de 2014. Fica instituída a POLÍTICA NACIONAL DE INCENTIVO À AUTOCOMPOSIÇÃO NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição. Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

E sob esta ótica o Ministério Público do Estado de Minas Gerais inaugurou em 2013 o Núcleo de Resolução de Conflitos Ambientais (Nucam), com o objetivo de facilitar a busca pelo consenso e compatibilidade da proteção dos recursos naturais e o desenvolvimento econômico do estado. Segundo informações do próprio órgão, cerca de 90% dos casos de dano ambiental são resolvidos de forma conciliatória, sem o ingresso de qualquer tipo de ação no Judiciário.

Um exemplo que tem colhido resultados positivos é a experiência em Nova Lima- Minas Gerais em que a 1ª Promotoria de Justiça, junto com a Faculdade Milton Campos iniciaram o funcionamento da Câmara de Mediação em 2012. Este método se verifica da seguinte forma: o caso é selecionado e levado até a sessão de mediação, as partes interessadas (Sociedade civil, ONG's e o Ministério Público) são convidados a participar, estabelecem o procedimento e após a realização da mediação é redigido um Termo de Mediação que pode ser positivo ou negativo.

Outro exemplo é o acordo celebrado entre o Ministério Público de Minas Gerais com a empresa Gerdau Açominas S.A, empresa mineradora que explorava a região e que através de um TAC criou do Monumento Natural da Serra da Moeda uma unidade de conservação de proteção integral com grandes resultados para o meio ambiente e as comunidades afetadas.

Segundo o Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público:

Todo o método criado tem como base a informação clara e acessível a qualquer

cidadão, independente de seu grau de instrução. O papel primordial do mediador é, além de conduzir e facilitar o diálogo, empoderar as partes com informações científicas de cunho ambiental, econômico e social. Assim, o trabalho realizado visa a, primordialmente, que haja um diálogo entre iguais (em termos de informação técnica). E, se caso uma das partes for considerada hipossuficiente, não bastando explicação de ordem acadêmica, imparcial e técnica, instituições de ensino ou Organizações Não Governamentais serão convidadas (se ainda não tiverem se pronunciado sobre a questão) a participar das reuniões, como parte interessada, possibilitando um fortalecimento daquele diretamente afetado pela conduta, mas sem condições de manter um diálogo com os demais. Além das ONGs, o Ministério Público estará sempre garantindo um diálogo aberto, defendendo a constitucionalidade, a legalidade e a legitimação do Termo de Mediação.

Um dos caminhos que o Ministério Público de Minas Gerais adotou no caso do rompimento da barragem de Fundão, em Mariana é a campanha “Mar de Lama Nunca Mais”, uma parceria do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Cultural, Urbanismo e Habitação (Caoma) do Ministério Público de Minas Gerais com a Associação Mineira do Ministério Público e que busca o apoio da sociedade civil para a coleta de assinaturas favoráveis ao projeto

para uma efetiva segurança das barragens destinadas aos rejeitos. A participação de toda a população em meio a um problema crítico, e fazer com que esta participação venha ser de forma efetiva, pois aqueles que perderam tudo são os maiores interessados na resolução rápido deste conflito.

A população de Bento Gonçalves, e outras regiões afetadas, cerca de 40 cidades, a ainda cerca de três mil pessoas afetadas segundo contabiliza o Ministério Público de Minas Gerais, incluindo as que tiveram perdas materiais, de moradia e de renda até hoje, decorridos dois anos e meio o sentimento de perda ainda se faz presente. Segundo moradores da região o que se perdeu o dinheiro não vai conseguir reconquistar: lembranças, histórias, fotos, trabalho, esperança, amizades e dignidade.

O Projeto de Lei (PL) 3.676/16, do “Projeto Mar de Mala nunca Mais” dispõe sobre o licenciamento ambiental e a fiscalização de barragens no Estado de Minas Gerais. Se trata, no entanto, de uma árdua tarefa, em recente reunião ocorrida na Assembleia Legislativa de Minas Gerais (ALMG), precisamente em 09 de julho de 2018, o parecer de autoria do deputado João Vitor Xavier (PSDB) ao Projeto de Lei (PL) 3.676/16 que contava com a assinatura 56.318 mineiros foi rejeitado pela Comissão de Minas e Energia, em 2º turno. Mas a luta continua.

Em sua Carta Encíclica, o Padre Francisco fala sobre o cuidado da casa comum, ou seja, temos a mesma casa, todos os seres humanos e que devemos cuidar dela, através do diálogo, da cooperação que se transforma numa solidariedade universal, para resolver e reparar o dano causado pelos seres humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vivemos num Estado Democrático de Direito onde a peça principal é o cidadão. O direito a um acesso à justiça como um direito a todo cidadão resguardado pela Constituição não equivale dizer que a efetividade ocorrerá. O que vemos nos dias atuais são amontoados de processos que aguardam uma sentença, um ponto final e talvez um novo começo para o cidadão. E na busca por acelerar este processo novas ideias surgem, como soluções que levem o cidadão a vivenciar um verdadeiro sentimento de Justiça. E nesta busca o que deve ser deixado para trás é a cultura do litígio, onde o Estado assume um status de centralizador. É necessário a construção de uma nova cultura.

No estudo de novas soluções, surge a mediação, que adotando técnicas de negociação estudadas e meticulosamente aplicadas, dá-se a oportunidade ao cidadão de participar ativamente de decisões que vão influenciar e mudar sua vida, além de outras. E a aplicação destas técnicas em conflitos ambientais tem gerado boas soluções, mas ainda muito tímidas, quer seja pelo desconhecimento, negação, ou resignação acomodada ou quer seja pelo comodismo em se agarrar a velhas culturas, ainda que ineficientes. A participação ativa do Ministério Público nestas composições tem dado bons frutos.

A questão principal, no entanto, é a participação da população. Onde cidadãos comuns, ribeirinhos, quilombolas, vítimas diretas e indiretas dos conflitos devem participar efetivamente dos debates que poderão levar a uma solução. E

ainda, deve-se dar a eles reais condições de igualdade nas discussões, através da escolha de lideranças comunitárias, ONG's, e ainda o Ministério Público. Afinal foram aqueles, os mais atingidos pelas tragédias, que por uma busca sem limites do crescimento industrial, grandes empresas não tomaram as devidas precauções, não respeitaram o próximo, não respeitaram o meio ambiente, não respeitaram leis, não se atentaram para os riscos, ou ainda pior, os negligenciaram.

Falar-se em mediação nestes conflitos, grandes ou pequenos, é sem dúvida um passo, um grande passo na busca por participação efetiva do cidadão na busca por uma solução equilibrada, num direito atendido, onde a probabilidade de se ter uma justiça efetiva e justa caminha, ainda que vagarosamente, mas caminha.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tania. **Mediação e conciliação**: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. Disponível em: <https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_artigo%20tania.pdf>. Acesso: 23 abr.2018.

BARACHO JÚNIOR, José Alfredo de Oliveira. **Proteção do meio ambiente na Constituição da República**. Belo Horizonte: Fórum: 2008.

BBC. Portal de Noticias G1. Após dois anos, impacto ambiental do desastre em Mariana ainda não é totalmente conhecido. Disponível em: <<https://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/apos-dois-anos-impacto-ambiental-do-desastre-em-mariana-ainda-nao-e-totalmente-conhecido.ghtml>>. Acesso: 25 abr. 2018.

BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Ed. 34. 2010.

BRASIL. **Câmara de mediação**. Disponível em: <<http://www.premioinnovare.com.br/proposta/a-camara-de-mediacao-de-conflitos-socioambientais-de-nova-lima-20150507112126508072/print>>. Acesso: 25 abr. 2018.

BRASIL. **Ministério da Justiça**. Escola Nacional de Mediação e Conciliação. Disponível em:<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/MANUAL_DE_NEGOCIACAO_E_MEDIACAO_PARA_MEMBROS_DO_MP_ISBN_2_1.pdf> Acesso: 25 abr. 2018.

BRASIL. **Justiça em Números 2017**: ano-base 2016/Conselho Nacional de Justiça - Brasília: CNJ, 2017. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/b60a659e5d5cb79337945c1dd137496c.pdf>> Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Azevedo, André Gomma de (Org.). Manual de Mediação Judicial, 6ª Edição (Brasília/DF:CNJ), 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/07/f247f5ce60df2774c59d6e2dddbfec54.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça 2015**. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. (Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça) Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça-CNJ**. Disponível em:<<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80815-cnj-servico-quem-e-e-o-que-faz-o-mediador>> Acesso em: 25 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Carta de lei de 25 de março de 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto no 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2o do artigo 6o da Lei no 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/ Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de Setembro de 1996**. Dispõe sobre a arbitragem. Segundo a Lei de Arbitragem poderão ser submetidos ao Procedimento Arbitral, todas as controvérsias que versarem sobre “direitos patrimoniais disponíveis”, ou seja, quaisquer litígios que envolvam direitos que pertençam à pessoa, sendo ela física ou jurídica. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

BRASIL. **Lei 6938 de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Acesso em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 13 abr. 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. GARTH, Bryant. **Acesso a Justiça**. Porto Alegre: Ed. Sergio Antônio Fabris, 1988.

CARTA ENCÍCLICA LAUDATO SI'. 24 de maio de 2015. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/dam/francesco/pdf/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si_po.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **O poder judiciário e(m) crise**: reflexões de teoria. Editora Lumen Juris. 2008.

FLORIANO, Eduardo Pagel. Políticas de gestão ambiental, 3. ed. Santa Maria. UFSM-DCF, 2007. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/dcfl/seriestecnicas/serie7.pdf>>. Acesso em 20 mar. 2018.

GONÇALVES, Darly Prado. **Jornal Unicamp On line**. Principais desastres ambientais no Brasil e no mundo. Dezembro, 2017. Disponível em: <[file:///C:/Users/User/Desktop/repertagens/Principais%20desastres%20ambientais%20no%20Brasil%20e%20no%20mundo%20 %20Unicamp.html](file:///C:/Users/User/Desktop/repertagens/Principais%20desastres%20ambientais%20no%20Brasil%20e%20no%20mundo%20%20Unicamp.html)>. Acesso: 20 mar. 2018.

MAR DE LAMA NUNCA MAIS. Disponível em: <<http://www.mardelamanuncamais.com.br/>>. Acesso em: 20 mar. 2018.

MINISTERIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/meio-ambiente/noticias/mpmg->

[inaugura-nucleo-de-resolucao-de-conflitos-ambientais.htm](#)>

Acesso: 26 abr. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan. **Mediação e arbitragem**: alternativas à jurisdição. 1999.

ONU. As diretrizes das Nações Unidas para uma mediação eficaz foram lançadas como anexo do relatório do secretário-geral, intitulado Fortalecendo o papel da mediação na resolução pacífica de disputas, prevenção e resolução de conflitos (A/66/811, 25 de junho de 2012). Disponível em: <https://peacemaker.un.org/sites/peacemaker.un.org/files/GuidanceEffectiveMediation_UNDPA2012_pt_Jun2015correction_0.pdf> Acesso em: 23 mar.2018

ONU. **Declaração do Rio sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento**. 1992, s/p. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>>. Acesso em: 13 mar. 2018.

O DOSSIÊ BELO MONTE. **Não há condições para a licença de operação**. Disponível em: <https://documentacao.socioambiental.org/noticias/anexo_noticia/31046_20150701_170921.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2018.

PELUSO, Antônio Cesar; RICHA, Morgana de Almeida. **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional; colaboradores Ada Pellegrini Grinover...[et.al.]. – Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RELATÓRIO BRUNDTLAND. Nosso futuro comum. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>> . Acesso: 20 mar. 2018.

REVISTA EXAME on-line. Por Vanessa Barbosa. 19 nov. 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/mundo/as-cicatrices-nucleares-30-anos-apos-o-inferno-de-chernobyl/>>. Acesso em: 16 maio 2018

REDE. **Revista Institucional do Ministério Público de Minas Gerais**. Ano IX - Edição 22 - março de 2014.

SALLES, Tereza Helena Barros; VIEGAS, Thais Emilia de Sousa. **A mediação nos conflitos socioambientais**: um estudo de caso da portelinha (São Luís/MA) e a possibilidade de aplicação do método consensual para resolução de conflitos de direitos difusos. 2016., p. 6. Disponível em: <http://www.undb.edu.br/public/publicacoes/media%C3%A7%C3%A3o_nos_conflitos_socioambientais_-_theresa_helena_e_tha%C3%ADs_viegas.pdf?tipo=3>. Acesso: 25 abr. 2018.

SCHILLING, Taís Ferraz. **A conciliação e sua efetividade na solução dos conflitos**. Disponível em: <<https://www.tjap.jus.br/portal/images/stories/documentos/Eventos/Texto---A-conciliacao-e-sua-efetividade-na-solucao-dos-conflitos---Tais-Schilling-Ferraz.pdf>>. Acesso: 24 abr. 2018.

TRANSFORMANDO NOSSO MUNDO. **A agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>> . Acesso em: 13 mar. 2018.

WATANABE, Kasuo. **Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses**. Disponível

em:<https://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rbb_KAZUO.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.

TUTELA DA PAISAGEM: PERSPECTIVAS DE PROTEÇÃO
À LUZ DO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO E
ESPANHOL

THE ENHANCEMENT OF THE LANDSCAPE: PROSPECTS
OF PROTECTION OF BRAZILIAN AND SPANISH
ENVIRONMENTAL LAW ISSUES

Rafael Costa Freiria¹

RESUMO: A proteção da paisagem enquanto bem jurídico ambiental ainda é um tema, em grande medida, incipiente na realidade brasileira. No entanto, a dimensão paisagística do meio ambiente possui um papel de grande importância para o avanço do paradigma da sustentabilidade, uma vez que a paisagem qualificada traz o potencial de trazer proteção para valores não só paisagísticos, mas também naturais, culturais, históricos, bem como maior bem-estar para a população que a usufrui. Neste sentido, o objetivo principal do presente capítulo consiste em apresentar o panorama do direito ambiental brasileiro de proteção da paisagem, bem como trazer perspectivas doutrinárias e legislativas tidas como referenciais do sistema jurídico espanhol de tutela da paisagem, no sentido de contribuir para a maior efetividade ao chamado jus paisagismo.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção da Paisagem; Patrimônio Cultural; Tombamento; Direito Ambiental Espanhol; Sustentabilidade.

¹ Pós-doutor do Programa de Direito Ambiental e Sustentabilidade da Universidade de Alicante, Espanha. Professor efetivo da Universidade Estadual de Campinas-UNICAMP na área ambiental; E-mail: rafaelfreiria@ft.unicamp.br

ABSTRACT: The protection of the landscape as an environmental legal good remains a largely incipient theme in Brazilian reality. However, the landscape dimension of the environment plays a very important role in advancing the sustainability paradigm, since the qualified landscape has the potential to bring protection not only to landscape but also to natural, cultural, historical, and as well as greater well-being for the population that enjoys it. In this sense, the main objective of this chapter is to present the panorama of the Brazilian environmental law of landscape protection, as well as to bring doctrinal and legislative perspectives considered as referential of the Spanish legal system of landscape protection, in order to contribute to greater effectiveness called *jus landscaping*.

KEYWORDS: Landscape Protection; Cultural heritage; Tumbamento; Spanish Environmental Law; Sustainability.

SUMÁRIO:

Introdução.

2. A Paisagem enquanto dimensão ambiental.

3. A paisagem no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Vias de tutela da paisagem.

4. A paisagem segundo pontos referenciais do sistema jurídico espanhol: análise doutrinária e aspectos da Ley 4/2004 da Comunidad Valenciana.

Considerações finais.

Referências.

INTRODUÇÃO

No contexto atual de busca por novas perspectivas de respostas frente aos problemas ambientais, as políticas públicas têm papel estratégico devido às possibilidades decorrentes da sua função de definir os rumos e aprimorar as tomadas de decisões e critérios relacionados com as ações humanas que possuem interface com o meio ambiente.

De outra parte, considera-se que a efetividade desta função depende tanto dos papéis desempenhados pelo direito quanto pela gestão ambientais. No referencial presente em Freiria (2011) está desenvolvida proposta teórica de análise integrada entre os temas direito, gestão e políticas públicas ambientais.

Parte-se, portanto, da premissa da interdependência teórica e prática dessas três áreas do conhecimento, com especial ênfase ao papel do direito ambiental, para a efetivação das questões ambientais e, por consequência, para trazer novas perspectivas de soluções para o contexto de crise ambiental.

A partir dessa constatação teórica, o passo dado foi no sentido de pesquisar novas vias capazes de darem vazão prática a esta necessidade de integrações entre variáveis políticas, jurídicas e técnicas, com propósito de apresentar alternativas inovadoras de soluções aos problemas ambientais contemporâneos.

Para contribuição com a presente obra coletiva, foi escolhido o tema da “paisagem”, que ainda necessita de significativos avanços técnicos e jurídicos para aprimorar seu regime de proteção e a eficácia da sua gestão.

Neste sentido, o capítulo, dentro de uma perspectiva de

abordagem panorâmica e visando contribuir para o aprimoramento na governança ligada às políticas públicas de proteção e controle da paisagem, abordará o tema enquanto importante dimensão ambiental e realizará análise dos principais aspectos do ordenamento brasileiro, bem como de legislação referêcia do sistema jurídico espanhol.

2. A PAISAGEM ENQUANTO DIMENSÃO AMBIENTAL

No senso e na linguagem comuns, a paisagem é compreendida como uma parcela ou extensão do território que se abrange num lance da vista. Um panorama que compreende determinado espaço geográfico. Algo subjetivo cuja conotação vai depender muito do observador e das características do meio em que se insere.

Buscando contornos técnicos para a concepção de paisagem, Jean Paul Metzger (2001, p.2) explica que:

Apesar da diversidade de conceitos, a noção de espaço aberto, de espaço “vivenciado” ou de espaço de inter-relação do homem com seu ambiente está imbuída na maior parte dessas definições. Este cenário é vivenciado de diferentes formas, através de uma projeção de sentimentos ou emoções pessoais, da contemplação de uma beleza cênica, da organização ou planejamento territorial, da domesticação ou modificação da natureza segundo padrões sociais, do entendimento da

relação da biota com o seu ambiente, ou como cenário/palco de diferentes eventos históricos. A paisagem como noção de “espaço”, ganhando sentido ou utilidade através do “olho” ou percepção do observador, pode ser o conceito principal de confluência dessas diferentes visões.

Pode-se dizer que o ambiente, que integra determinado território, é composto por diversas paisagens. O desafio consiste em compreender e valorar estes recortes territoriais, segundo suas relevâncias naturais, culturais, para propiciar um sistema de proteção segundo as especificidades desse patrimônio, ao mesmo tempo, visual e espacial, refletido nas normas jurídicas e nas práticas de gestão.

Em termos jurídico-doutrinários, Ramon Martín Mateo (2003, p.328) considera que a paisagem “no es toda la naturaleza, sino los espacios singulares calificados como tales por los distintos instrumentos de planificación, encabezados por los de ordenación del territorio”.

Já o artigo primeiro do Convênio Europeu da Paisagem, celebrado em Florença no ano de 2000, entende por paisagem “cualquier parte del territorio tal como la percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción y la interacción de factores naturales y/o humanos”.

Fato é que as paisagens, enquanto espaços singulares e qualificados integram o meio ambiente. Cabe indagar que ambiente é esse que está em discussão. Compreender a dimensão de meio ambiente significa refletir a respeito das formas e

mecanismos que trazem potencial de oferecer maior proteção, conservação e possibilidades de usos aos recursos naturais, artificiais e culturais que fazem parte do meio, bem como as paisagens qualificadas relacionadas com essas dimensões.

Da mesma forma, ao se debruçar sobre as dimensões de meio ambiente e possibilidades de uso e proteção, também suscita os papéis atuais a serem exercidos pelo Direito, Gestão e pelas Políticas Públicas, nesse processo.

A Lei Federal brasileira número 6.938, de 31 de agosto de 1981, ao dispor sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, inciso I, define o meio ambiente como “o conjunto de condições, leis influências e integrações de ordem física, química, e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.” Tal conceito legal, sofreu aprimoramentos por parte da ciência jurídica ambiental, por ser indeterminado e com preponderância da identificação de meio ambiente com recursos naturais.

Atualmente está, em grande medida, estabelecido na doutrina ambiental brasileira (FREITAS, 2001; SILVA, 2005; AMADO, 2018) que o meio ambiente possui quatro dimensões que suscitam a atenção do sistema jurídico ambiental: 1) meio ambiente natural: constituído por elementos como solo, água, ar atmosférico, flora e fauna; 2) meio ambiente cultural: constituído por elementos como patrimônios históricos, artísticos, arqueológico, paisagístico, turístico, de uma sociedade; 3) meio ambiente artificial: constituído por elementos integrantes do espaço urbano desenvolvido pelo homem, englobando todo conjunto de edificações, praças e todos

os elementos que compõem a infraestrutura urbana; 4) meio ambiente de trabalho: constituído pelos elementos que integram o local da realização da atividade laboral, das relações de trabalho.

Portanto, meio ambiente tem uma abrangência muito grande de elementos e espaços que abrigam e regem a vida em todas as suas formas. Falar em meio ambiente, dentre outros aspectos, implica em falar em condições para existência digna, com saúde, qualidade de vida, preservação das condições naturais, artificiais e culturais, numa perspectiva local e global.

Esta concepção traz novos desafios para os papéis atuais do direito e das políticas públicas. Esses novos desafios estão relacionados com a interdependência de todas essas questões. Por outro lado, a paisagem vai surgir como espaços qualificados dessas dimensões ambientais. Neste sentido, existem paisagens naturais, artificiais e culturais que, por seus elementos peculiares e nitidamente caracterizadores de interesses difusos, vão exigir um regime de proteção e de gestão diferenciados.

É, portanto, papel atual da governança ambiental buscar a melhor eficácia possível na gestão das paisagens, que integram uma concepção mais qualificada de bem estar, qualidade de vida e sustentabilidade nos espaços urbanos e rurais. Uma cidade, um país que se preocupam com suas paisagens, com o estabelecimento de um sistema de normas que possibilita o planejamento, gestão e controle desses espaços qualificados, aprimora suas políticas ambientais e melhora a relação do cidadão com o espaço por ele vivido.

Com base neste entendimento da paisagem como espaços qualificados das dimensões ambientais, o desafio atual seria

estabelecer o “planejamento da ocupação territorial através dos limites e das potencialidades de cada “unidade de paisagem” (definida como espaço do terreno com características comuns)” (METZER, 2001, p.3). E seria papel do direito, neste contexto, incorporar esta lógica de planejamento e gestão da paisagem como forma de estabelecer os limites e possibilidades de seu uso dentro de uma concepção cada vez mais sustentável.

Entende-se que a realidade brasileira, tanto em termos de ordenamento jurídico, como nos efeitos práticos, não traz uma efetiva política pública voltada para a proteção e controle das paisagens qualificadas. Apesar de ser um bem tutelado pelo sistema normativo, inclusive constitucional, não há um direito ambiental voltado para a gestão efetiva e sistêmica da paisagem, mas sim para tratamentos pontuais, isolados, muitas vezes distantes de uma realidade de planejamento e visão de futuro na proteção e uso dos espaços originais e diferenciadores das cidades.

De outra parte, comparativamente, encontra-se no direito ambiental espanhol, em termos doutrinários e especialmente na legislação criada pela Comunidade Valenciana, instrumentos conceituais e normativos direcionados para a proteção, planejamento, gestão das paisagens qualificadas existentes em seus territórios.

Por consequência, atualmente várias cidades integrantes dessa Comunidade, desse recorte territorial espanhol com regime diferenciado de proteção das paisagens, apresentam bons resultados desse regime jurídico.

Municipalidades espanholas da Comunidade Valenciana

como, por exemplo, Altea, Torrevieja, Aspe, apresentam suas paisagens naturais, urbanas e culturais qualificadas, de forma geral, protegidas e dentro de um sistema de planejamento e gestão que traz frutos diretos aos seus habitantes em termos de bem estar, qualidade de vida e vivência sustentável; bem como incrementam o turismo, valorizado pelo prazer do visitante de conhecer, estar e vivenciar tais paisagens.

São cidades que não possuem grandes monumentos histórico-culturais ou mesmo um ambiente natural notável, mas tem suas originalidades destacadas, protegidas e/ou requalificadas. São frutos de um sistema normativo que, atrelado a um nível elevado de conscientização e participação de seus habitantes, gera a gestão de suas paisagens, resultando em uma efetiva política pública a respeito, com benefícios difusos, de todos os moradores e visitantes, presentes e futuros, que vivem ou passam por elas.

Na sequência, a proposta é realizar um estudo comparado entre os principais aspectos do estágio atual do ordenamento jurídico brasileiro, no que se refere ao regime de proteção da paisagem, e o espanhol (especialmente com análise doutrinária e da experiência da Comunidade Valenciana), procurando enfatizar critérios que possuem a potencialidade de aprimorar a gestão desses espaços qualificados no sentido de construção de uma efetiva política pública a respeito.

3. A PAISAGEM NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

No direito brasileiro está estabelecida e garantida a proteção da paisagem representativa do patrimônio cultural. É o que está previsto no artigo 216, V, da Constituição Federal de 1988:

Artigo 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.

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

Neste sentido, encontra-se estabelecido em termos legais e doutrinários no sistema jurídico brasileiro que os “bens estão incluídos no patrimônio cultural brasileiro, desde que sejam portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos

diferentes grupos formadores da nacionalidade ou sociedade brasileira” (AMADO, 2018, p.267).

Por este entendimento, se a paisagem for caracterizada como patrimônio cultural irá receber proteção constitucional. Estes chamados direitos culturais, por exemplo, à proteção da paisagem culturalmente relevante, vão designar os direitos que tem uma pessoa, individualmente ou em termos da coletividade que integra, de expressar-se e ter acesso aos recursos para proteger e usufruir aquilo que traz referência a sua identidade (MEYER-BISCH e BIDAULT, 2014).

Por outro lado, a mesma Constituição Federal de 1988, no seu art. 23, inciso III, estabelece a competência administrativa comum dos entes federativos, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, para proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as *paisagens naturais notáveis* e os sítios arqueológicos. Verifica-se que, além do patrimônio cultural, houve atribuição de competência executiva para proteger paisagens naturais qualificadas como notáveis.

Vale ressaltar que a competência legislativa, para criar leis de proteção e controle da paisagem, é definida como concorrente entre os entes federados, conforme preceitua a interpretação conjunta dos artigos 24, inciso VII, com o artigo 30, da Constituição Federal.

Nessas duas abordagens do regime jurídico constitucional, percebe-se a característica do ordenamento brasileiro de tratamento tipificado ou fragmentado da paisagem: ou se tem a garantia da proteção constitucional da proteção da paisagem cultural ou atribui-se ao Poder Público o papel de

proteger a paisagem que for naturalmente notável, desprestigiando a perspectiva de proteção da paisagem como um todo, seja cultural, natural ou urbana.

Este cenário normativo reflete nas situações aplicadas de controle e proteção das paisagens, que, quando isto ocorre, se concentram em bens paisagísticos culturais de forma pontual ou mesmo fragmentos naturais de maior relevância, de forma preponderantemente isolada da paisagem como um todo.

Entende-se que a garantia do art. 225 da Constituição Federal, do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como um direito de todos, essencial à sadia qualidade de vida, a ser protegido (pelo Poder Público e coletividade) para às presentes e futuras gerações, tem também na gestão da paisagem, como um todo, mais um de seus condicionantes de efetividade.

Além da paisagem cultural e notável, toda paisagem relevante para o equilíbrio do meio e qualidade de vida de seus habitantes e visitantes deve ser qualificada, de modo a integrar os objetivos de proteção do direito ambiental, bem como compor o escopo das decisões relativas às políticas públicas.

Este entendimento está associado também à perspectiva e busca de uma sustentabilidade real, que terá sua efetividade refletida ou não na relação que determinada sociedade tem com suas paisagens. Como enfatiza Jean Paul Metzger (2001, p.7): “Para compatibilizar uso das terras e sustentabilidade ambiental, social e econômica, é necessário planejar a ocupação e a conservação da paisagem como um todo”.

Além dessas previsões constitucionais de proteção da paisagem, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta vias processuais administrativas e judiciais voltadas para a garantia desse direito material.

3.1 Vias de tutela da paisagem

Dentre as principais vias de proteção, em linhas gerais, tem-se o tradicional processo administrativo voltado para o tombamento, que resulta na possibilidade de se declarar ou não uma paisagem como notável e, portanto, passível de um regime de proteção especial.

Em termos de previsões de direito que respaldam esse instrumento com potencialidade de proteção das paisagens, tem-se o instituto administrativo do *Tombamento*, que está disciplinado pelo Decreto-lei número 25, de 30 de novembro de 1937, conforme se verifica pelas redações de seu artigo primeiro e parágrafo segundo:

Artigo 1º Constitue o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

(...)

§ 2º Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e *paisagens* que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Na perspectiva doutrinária administrativista, Maria Sylvania Zanella Di Pietro (2011, p. 141) define o tombamento como procedimento administrativo pelo qual o Poder Público “sujeita a restrições parciais os bens de qualquer natureza cuja conservação seja de interesse público, por sua vinculação a fatos memoráveis da história ou por seu excepcional valor arqueológico ou etnológico, bibliográfico ou artístico.” Enquanto José dos Santos Carvalho (2011, p. 734) trata o tombamento como “forma de intervenção na propriedade pela qual o Poder Público procura proteger o patrimônio cultural brasileiro”.

Sem avançar aqui nos passos procedimentais para se chegar à declaração de um bem como tombado, tem-se como resultado prático final deste procedimento a impossibilidade do bem protegido ser destruído, demolido, mutilado, ou mesmo reparado, pintado e restaurado, salvo havendo, para estas três últimas situações, autorização do órgão competente. (Art. 17, do Decreto-Lei n. 25/37).

Ocorre que quando se direciona este instrumento administrativo para o contexto das cidades, tem-se a predominância de sua aplicação a patrimônios histórico-culturais

específicos, restando muitas vezes fora do foco a discussão da paisagem como um todo.

Neste contexto, normalmente nas cidades brasileiras existem alguns patrimônios culturais tombados, preponderantemente pelos Estados ou União, mas a maior parte das paisagens urbanas e rurais qualificadas segue ameaçada nas suas visões de conjunto, de totalidade, de dimensões ambientais que integram a concepção de qualidade de vida de seus moradores e visitantes.

Via de regra, a discussão do patrimônio passível de proteção, de eventual tombamento, além das situações de notável valor histórico-cultural, surge em situações práticas concretas, onde há uma ameaça de impacto ou mesmo quando ocorrem danos irreparáveis, quando, por exemplo, prédios históricos são demolidos na calada da noite. Além do impacto em si, com consequente perda de parcela da paisagem, tais casos refletem a necessidade de aprimoramentos nas políticas públicas existentes, para que possam ser mais geradoras de um planejamento prévio às tomadas de decisões e/ou conflitos pontuais, bem como para que influenciem no nível de conscientização a respeito da própria população relacionada.

Outro problema do modelo de proteção atual da paisagem é que ele fica à mercê de atuações pró-ativas dos órgãos públicos. Ou seja, após normalmente longo processo administrativo, determinados bens, por serem dotados de notável relevância histórica e/ou artística, são tombados. O restante da paisagem das cidades fica sob a gestão discricionária das municipalidades que, na maior parte dos casos, não possuem parâmetros legais urbanístico-

ambientais para nortear as decisões sobre obras, empreendimentos, reformas e todo tipo de intervenção que vão impactar no seu conjunto paisagístico. Isto reforça a tese da necessidade de novas perspectivas voltadas para uma política pública de efetiva proteção das paisagens qualificadas.

A par dos casos de tombamento, a forma de gestão do restante da paisagem fica a critério das decisões políticas e eventuais legislações de cada cidade. Algumas incluem esta discussão de controle e proteção das paisagens em seus Planos Diretores, suas revisões e legislações municipais relacionadas, trazendo a previsão de limitações administrativas diferenciadas, critérios e gabaritos voltados para a defesa e qualificação da paisagem enquanto patrimônio ambiental. Mas muitas outras, não apresentam nenhum tipo de preocupação, seja política, seja jurídica, com a gestão das paisagens, com prejuízos para todos que vivem e circulam por estes espaços.

Cabe dizer que o Estatuto da Cidade, disciplinado pela Lei Federal n. 10.257, de 10 de julho de 2001, que estabelece as diretrizes das políticas urbanas brasileiras, traz como uma delas, no seu artigo segundo, parágrafo XII: a proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, *paisagístico* e arqueológico.

E dentro do conteúdo mínimo que deve ser previsto pelo Plano Diretor, está, conforme artigo 42-B, inciso VI, a definição de diretrizes e instrumentos específicos para proteção ambiental e do patrimônio histórico e cultural. O que, segundo o entendimento da paisagem como mais um aspecto qualificado das dimensões

ambientais, traria a necessidade de cada cidade estabelecer instrumentos normativos de proteção e controle de seu patrimônio paisagístico como um todo.

No entanto, na realidade das políticas municipais, normalmente isto acaba não ocorrendo, o que faz com que a população assista gradualmente à perda de parcela de sua qualidade de vida, que muitas vezes está atrelada a cada paisagem que desaparece ou é transformada sem controle e/ou critérios.

Finalmente, quando estas vias descritas não geram efetividade na proteção das paisagens, o ordenamento jurídico brasileiro apresenta a possibilidade de se buscar conter ameaças ou reparar perdas, por meio das chamadas ações coletivas, que tutelam interesses difusos, da coletividade, dentre elas², a ação civil pública.

A ação civil pública é disciplinada pela Lei Federal n. 7.347/85 e no seu artigo 1º, inciso III, estabelece a possibilidade de seu exercício para responsabilização de danos morais e patrimoniais causados a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e *paisagístico*.

Fato é que este importante instrumento de tutela jurídico-processual na maioria das vezes é utilizado quando, em se tratando de proteção das paisagens, o dano já ocorreu de forma irreparável ou com características de difícil reparação. Normalmente a responsabilização, uma vez condenado o causador, se dá por meio de medidas compensatórias, onde a paisagem lesada ou perdida,

² Há também a possibilidade de se buscar guarita por meio da Ação Popular, disciplinada pela Lei Federal n. 4.717/65.

enquanto interesse difuso, na maior parte dos casos não volta ao estágio anterior ao dano.

Assim, ou o sistema jurídico brasileiro, que possui relação com a proteção da paisagem, funciona de forma pontual, onde alguns bens são escolhidos para o regime especial do tombamento, ou algumas cidades, de acordo com seus interesses, elegem instrumentos de proteção da paisagem em seus planos diretores e legislações relacionadas; ou ele tem potencial de ação para casos de ameaça de danos ou sua ocorrência, onde as ações coletivas, em especial a ação civil pública, podem ser acionadas pelos atores legitimados, para se tentar proteger paisagens enquanto interesses difusos.

O planejamento e a gestão da paisagem passam a ser exceção e não a regra no contexto desse arranjo jurídico difuso existente no Brasil, onde cada cidade possui ou não as suas políticas, carecendo de um direito definidor de critérios gerais obrigatórios, com potencial de fortalecer todo o sistema e influenciar nas decisões e no nível de pertencimento de cada cidadão e organizações em suas paisagens.

4. A PAISAGEM SEGUNDO PONTOS REFERENCIAIS DO SISTEMA JURÍDICO ESPANHOL: ANÁLISE DOUTRINÁRIA E ASPECTOS DA LEY 4/2004 DA COMUNIDADE VALENCIANA

Pesquisar, estudar, habitar e circular pelas paisagens espanholas possibilita verificar um estágio civilizatório-

institucional em que há um nível de identificação, consciência e valorização dos patrimônios paisagísticos importantes e referenciais com potencial para influenciar o aprimoramento de outros sistemas políticos-jurídicos, como o brasileiro.

No plano doutrinário é de grande relevância a obra do Professor Ramón Martín Mateo, especialmente em seu Tratado de Derecho Ambiental, em que aborda com grande profundidade e vanguardismo os mais diversos temas ambientais, dentre eles a tutela da paisagem.

Fazendo aqui uma síntese dos principais aspectos desta referência doutrinária, tem-se que um primeiro importante passo para compreender o seu regime jurídico de proteção é o entendimento da paisagem objeto do direito ambiental, como aquela qualificada pelas suas características diferenciadoras em termos estético-culturais. Nas suas lições:

El concepto de paisaje, pese a sus intrínsecas conexiones de ruralidad o naturalidad, es neutral a efectos de su posible protección, no todos los paisajes lo merecen, una planicie erosionada será defendible para evitar la contaminación de los acuíferos o por su juego de vaso de expansión frente a inundaciones, etc., pero no por su belleza intrínseca. (...) “no podemos proteger una plantación de girasoles no obstante su notable, pero efímera, belleza”. (MATEO, 2003, p.321).

E complementa Mateo (2003, p.322) que esta qualidade estética ambiental diferenciadora da paisagem deve ser considerada

relevante pela comunidade que nela vive e dela usufrui. Assim, a qualificação da paisagem a ser valorada e protegida pelas normas de direito vai depender dos valores daquela sociedade que ela está ligada.

As paisagens, neste sentido, devem ser tuteladas segundo as escalas culturais e territoriais em que estão inseridas. “Poco tiene en común por ejemplo el paisaje ideal para un tuareg, un esquimal, un aleutiano o un ciudadano de Nueva York (...)” (MATEO, 2003, p.322). Cada sociedade reflete e tem interesse em valorar e usufruir determinado tipo de patrimônio paisagístico.

Isto significa que apesar de a paisagem poder ser considerada dimensão ambiental a ser tratada pelos ordenamentos jurídicos ambientais com traços gerais comuns, a sua tutela e gestão variará de acordo com as escalas territoriais e culturais relacionadas. Trata-se de um bem jurídico ambiental que varia de acordo com a identificação das pessoas envolvidas e dos espaços relacionados.

Portanto, a premissa de todo sistema normativo de proteção da paisagem é que o mesmo reflita os valores de determinada coletividade relacionados com seu conjunto paisagístico. Da mesma forma, esta premissa irá influenciar e ser influenciada pela política pública da paisagem que deverá sempre procurar direcionar a utilização do solo “de acuerdo con el bienestar común” (MATEO, p. 330, 2003). E, como reflexo disso, a paisagem dependerá da governança, decorrente da articulação e cooperação entre os atores políticos e sociais envolvidos, para que

a aplicação das leis e ações de gestão sejam realizadas da forma mais eficaz possível.

Neste contexto, a Constituição Espanhola em vigor, de 27 de dezembro de 1978, estabelece, no seu artigo 148 1.3, competências para as Comunidades Autônomas³ legislarem e atuarem em defesa das paisagens qualificadas no contexto da ordenação do território.

A partir disso, a política pública paisagística é construída e aplicada de forma regionalizada, onde as Comunidades definem as normas e critérios gerais a serem respeitados e seguidos pelas cidades integrantes, e estas últimas devem efetivar esses comandos normativos por meio da implementação das ferramentas de gestão previstas, como estudos, catálogos, planos e instrumentos de controle das paisagens.

Há, portanto, uma padronização e normatização do controle paisagístico de forma regionalizada, segundo os valores, identificações e culturas das populações integrantes de cada uma dessas escalas territoriais, mas onde cada cidade deverá qualificar e proteger suas paisagens de acordo com suas especificidades, potencialidades e fragilidades.

Na sua obra Ramón Martín Mateo faz análise dos principais aspectos das legislações das Comunidades espanholas voltadas para a proteção da paisagem, mas destaca que “la normativa valenciana (da Comunidade Valenciana) del paisaje es sin duda, como adelantábamos, la mas desarrollada quizás por la

³ As Comunidades Autônomas são espaços institucionais semelhantes aos Estados brasileiros, enquanto entes federativos.

vocación turística de su economía, lo que no empecé a que el litoral de esta Comunidad haya sido probablemente el más castigado del país”.

Neste sentido, serão analisados alguns comandos normativos da Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje de la Comunidad Valenciana, presente na coletânea de legislação sistematizada por Estefania Martinez (2007), considerados com potencial de influenciar no aprimoramento de outros sistemas normativos.

A proteção e ordenação da paisagem estão previstas no Título II, Capítulo I de referida lei, sendo que o artigo 25 define como seu objetivo promover a proteção, gestão e ordenação da paisagem, assim como organizar a cooperação entre os órgãos da administração neste campo⁴.

O âmbito de aplicação da lei inclui, dentro da totalidade do território da Comunidade Valenciana, todos os espaços naturais, as áreas urbanas e rurais, alcançando tanto os espaços terrestres como as águas interiores e marítimas, no que diz respeito às paisagens consideradas notáveis, as cotidianas e também as degradadas (artigo 26, 1 e 2). Ou seja, para se estabelecer um regime

⁴ Sendo que este objetivo tem como marco e diretrizes as normativas estabelecidas no Convênio Europeu da Paisagem, formulado em Florença em 20 de outubro de 2000, ratificado pela Espanha em 6 de novembro de 2007 e em vigor desde primeiro de março de 2008. Portanto, além das legislações nacionais, a Espanha, assim como todos os demais países signatários, tem um compromisso supranacional de governança da paisagem. E um dos objetivos comuns é, segundo artigo 5 º; alínea a), de reconhecer juridicamente a paisagem como uma componente essencial do ambiente humano, uma expressão da diversidade do seu património comum cultural e natural e base da sua identidade.

diferenciado de proteção, coloca-se como objeto a paisagem como um todo, para posterior tratamento diferenciado conforme as especificidades e qualificações.

Por outro lado, este comando normativo determina a obrigatoriedade dos poderes públicos relacionados, fixarem nos seus âmbitos de competência, as políticas públicas em matéria de paisagem, por meio da formulação de princípios gerais, estratégias e diretrizes, adotando em função do meio ambiente de cada espaço, as medidas específicas para a proteção, gestão e ordenação da paisagem (artigo 27, 1).

Estas políticas públicas têm finalidades claramente definidas pela legislação, visando em todas as situações de aproveitamento e uso do solo, conservação e preservação recursos e elementos naturais e culturais, impedir qualquer alteração prejudicial ou degradação de seus valores paisagísticos. Também são finalidades das políticas manter e melhorar a qualidade paisagística e cultural do entorno urbano, regulamentando os usos do solo, as densidades, alturas e volumes, o uso de tipologias e morfologias edificatórias, assim como o emprego de materiais, texturas e cores adequadas para a formação do entorno visual (artigo 28, a) e b)).

Portanto, como diretriz normativa o sistema estabelece que a ordenação da paisagem seja constituída por ações que objetivem melhorar, restaurar ou criar paisagens. Sempre, este processo, tendo como fim guiar e harmonizar as transformações induzidas por processos sociais, econômicos e ambientais, na perspectiva do desenvolvimento sustentável (artigo 29, 3 e 4).

Verifica-se que a legislação em análise apresenta de forma geral e direcionadora a todas as cidades da Comunidade Valenciana os objetivos, diretrizes e finalidades a serem cumpridos na gestão de suas respectivas paisagens. Isto é obrigatório e deve influenciar a elaboração e o desenvolvimento dos instrumentos de gestão também previstos na referida lei, que cada município deve cumprir e implementar segundo as características e valoração de seus patrimônios paisagísticos.

Por sua vez, o sistema de gestão estabelecido legalmente, tem como instrumentos (artigo 30) os estudos da paisagem, que podem ser locais ou regionais, a catalogação desses estudos e os planos de ação territorial, integrados ou setoriais, que darão os nortes para as tomadas de decisões diárias que envolvam o patrimônio paisagístico e o seu controle e proteção.

Em linhas gerais, os estudos da paisagem cumprem a finalidade (artigo 30) de estabelecer os objetivos de proteção da qualidade paisagística no âmbito do estudo; analisar as atividades e processos que incidem sobre a paisagem; e indicar as medidas e ações necessárias para cumprir os objetivos de qualidade que devem refletir os anseios dos atores sociais e políticos interessados e usufrutuários da paisagem.

Como resultados práticos, tais estudos devem apresentar (artigo 32): 1) as unidades paisagísticas do seu âmbito de análise (regionais ou locais); 2) delimitar as áreas que devem ser objeto de atenção prioritária por sua qualidade, fragilidade ou aptidão e propor ações ordenadoras e gestoras que direcionarão os conteúdos dos respectivos planos; 3) estabelecer um regime

jurídico de proteção para as unidades de paisagem de alto valor e de seus elementos singulares, com a finalidade de evitar sua possível ocultação pela interposição por barreiras visuais; 4) delimitar zonas para proteção da visão de fachadas urbanas dos núcleos considerados de elevado valor paisagístico; 5) propor medidas para a melhora paisagística nos âmbitos degradados, especialmente os existentes nas periféricas e nas conurbações próprias das grandes aglomerações urbanas; 6) propor medidas de restauração ou reabilitação paisagística nos âmbitos com elevado grau de deterioração ou com significativa importância para a percepção do território.

Como se vê, os estudos sobre a paisagem formam o núcleo essencial dos instrumentos voltados para a proteção e gestão das mesmas. Referidos trabalhos técnicos resultarão em catálogos paisagísticos regionais ou locais, dependendo das áreas de influência que foram objeto dos dados levantados. Tais catálogos já representam o inventário local ou regional das unidades paisagística a serem protegidas segundo os resultados dos diagnósticos dos estudos.

Segundo Mateo (2003, p. 324) esta catalogação das unidades de paisagens influencia também outros instrumentos de gestão previstos pela legislação espanhola, como os planos hidrográficos, avaliação de impactos ambientais, bem como nas tomadas de decisões envolvendo as localizações de estações de tratamento de esgoto e locais para destinação adequada de resíduos, bem como a proibição ou não de instrumentos de publicidades em ruas e rodovias. Ou seja, a existência prévia de estudos sobre a paisagem propicia as melhores tomadas de decisões

relacionadas à aplicação de outros instrumentos jurídico-institucionais em situações que também propiciam a proteção e conservação da paisagem.

Esses catálogos, portanto, resultam em planos de ação territorial, que são os instrumentos de ordenação que desenvolvem, em âmbitos territoriais concretos, os objetivos e critérios previstos na legislação integrados com os estudos específicos da paisagem realizados (artigo 43). Os planos devem refletir os princípios definidos pelo sistema normativo, associados aos valores paisagísticos e a relação com o território de determinada comunidade.

Os planos de ação territorial que podem ser integrados (artigo 48), quando envolvem ao mesmo tempo o planejamento de todas as temáticas relacionadas à ordenação territorial, sendo que nesses casos a paisagem é mais uma variável do processo de gestão; ou setoriais (artigo 56), quando o planejamento pode ser direcionado para objetivos específicos da ação pública, sendo que nesses casos pode haver o desenvolvimento de planos específicos para a gestão da paisagem.

Fato é que de forma integrada ou setorial, tais planos serão os documentos técnicos referenciais de cada região ou cidade para toda e qualquer tomada de decisão que envolva paisagem qualificada levantada nos estudos, catalogadas e objeto de gestão diferenciada pelo plano.

Em termos estruturais, tais planos devem ter seu conteúdo elaborado e disponível de forma clara, a fim de que qualquer cidadão ou organização interessada possa compreender

seus termos. Nesta perspectiva, o artigo 55, item 2, alínea a), da mesma lei, estabelece que todo plano de ação territorial deve ficar disponível para consulta pública por no mínimo 2 (dois) meses. E antes da sua aprovação pelos órgãos competentes, deve haver audiências públicas para discussão dos seus termos com a população interessada (MARTINEZ, 2013).

Aprovado o plano, este deve constar (artigos 48 a 52) seus objetivos, o diagnóstico do território (no caso dos planos integrados o resultado dos estudos da paisagem) e as estratégias para aplicação do plano. Por sua vez, tais estratégias devem resultar em projetos e/ou ações dinamizadoras dos objetivos do plano e normativas de ordenação, que estabelecerão o regime de vinculação do mesmo às situações aplicadas e perspectivas de fiscalização.

Portanto, tem-se um panorama da estrutura de funcionamento da política pública de controle e proteção das paisagens da Comunidade Valenciana, que recepciona o Convênio Europeu da Paisagem, está juridicamente prevista na Ley 4/2004 da própria Comunidade e tem como instrumentos de gestão a interação de estudos, catalogação e planos de conteúdos paisagísticos obrigatórios e vinculantes a todas as ações e decisões que possuem significância para as unidades paisagísticas inseridas como objeto de proteção e gestão.

Abaixo um quadro (1) sintetizando os aspectos e decorrências do sistema político-jurídico analisado:

Política:	Política de Ordenação do Território e Proteção da Paisagem
Direito:	Ley 4/2004 , de 30 de junho, de Comunidade Valenciana, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje.
Gestão:	Estudos da Paisagem: Diagnóstico e delimitação das unidades paisagísticas que devem ser objeto de atenção prioritária por sua qualidade, fragilidade ou aptidão.
	Catálogos de Paisagem e de Imagem Urbana: Resultado dos Estudos da Paisagem que vão nortear a elaboração dos Planos e nortear tomadas de decisões.
	Planos de Ação Territorial: Definição dos critérios e estratégias para gestão e recuperação de paisagens qualificadas segundo as normas existentes e os estudos realizados para cada territorialidade, em escala regional ou local.

Fonte: Adaptado da Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje

E finalmente, o mesmo sistema jurídico institucional, ressalta a importância da governança para que a política de

ordenação do território com a preocupação de proteção da paisagem atinja seus objetivos de forma eficaz e sustentável, por meio da garantia de atuação eficiente e responsável dos órgãos públicos competentes e da participação dos cidadãos em todas as fases do processo decisão que envolva a formação e aplicação das políticas, planos e programas territoriais e de proteção da paisagem.

É o que está estabelecido pelo Título V (Governança do Território e Paisagem), artigo 89 (princípios da governança), que são sintetizados no quadro (2) abaixo, que devem direcionar as tomadas de decisões para uma ordenação equilibrada e sustentável do território e da paisagem:

<p>Princípios de Governança do Território e Paisagem:</p>	<p>a) Exercício responsável das competências aos diferentes órgãos da Administração Pública, com garantia do princípio da informação recíproca;</p> <p>b) Coerência nas ações da Administração Pública que tenham incidência sobre a ordenação do território dentro de um sistema complexo;</p> <p>c) Eficácia nas tomadas de decisões de ordenação territorial;</p> <p>d) Participação dos cidadãos nas fases dos processos de decisão sobre políticas, planos e programas territoriais;</p>
--	---

	e) Acessibilidade da informação territorial a todos os cidadãos.
--	--

Fonte: Adaptado da Ley 4/2004, de 30 de junio, de Ordenación del Territorio y Protección del Paisaje

Com isso, apresenta-se um panorama de alguns aspectos doutrinários e legislativos considerados diferenciados do sistema espanhol, que tem como qualidades ressaltar e proteger a paisagem enquanto bem jurídico ambiental, dentro de uma lógica de governança voltada para o aprimoramento contínuo das tomadas de decisões técnicas e políticas relacionadas.

Entende-se que estas características além de trazerem resultados práticos eficazes para as paisagens que fazem parte deste contexto, com ganhos para os cidadãos e visitantes dessa parcela do território espanhol, podem ser aproveitadas para o aprimoramento de outras políticas públicas, como a brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O propósito principal da abordagem foi trazer para o foco das discussões envolvendo novas tendências da proteção ambiental o tema da paisagem. Assim, num primeiro momento foi apresentada a paisagem enquanto importante dimensão ambiental, merecedora de um sistema normativo gerador de instrumentos de proteção e gestão condizentes com a sua complexidade.

Num segundo momento foi feita a análise de aspectos do ordenamento jurídico brasileiro relacionados com a paisagem. E

num terceiro momento foram apresentadas perspectivas doutrinárias e legislativas tidas como referenciais do sistema jurídico espanhol.

Entende-se que esta situação de estudos comparados, traz como potencialidade tirar alguns aprendizados do sistema jurídico espanhol, no sentido da criação de mecanismos normativos geradores de instrumentos políticos e de gestão que possam tratar a paisagem como um todo, nas suas fragilidades, potencialidades e valorizações estético-culturais.

A lógica seria aproveitar o exemplo da criação de padrões normativos mais gerais, que na Espanha são gerados pelas Comunidades Autônomas, mas que no Brasil poderiam ser estabelecidos por políticas federais ou estaduais da paisagem, que gerariam, por leis específicas, a obrigatoriedade de realizar estudos regionais ou locais voltados, não só para a notoriedade paisagística natural e/ou cultural, mas para a toda paisagem. Tais estudos, por sua vez, resultariam em catálogos, norteadores dos planos direcionadores e vinculantes para todas as tomadas de decisões relacionadas com as paisagens que foram apontadas como qualificadas e merecedoras de um tratamento diferenciado.

Este passo representaria a possibilidade de aprimoramento do sistema político-institucional existente no Brasil na atualidade e, conseqüentemente, da governança da paisagem. Avançar de um sistema mais reativo e fragmentado de proteção e gestão da paisagem, para um sistema mais pró-ativo e sistêmico.

Isto sem nunca perder de vista que proteger e gerir paisagens sempre irá depender do nível de consciência,

identificação e noção de pertencimento dos agentes públicos e da população envolvida. O arcabouço político-institucional será sempre ponto de partida necessário que para se efetivar dependerá, não só dos instrumentos de proteção frente às ameaças de mudanças e perdas de paisagens, mas fundamentalmente da mudança na percepção e valoração das pessoas por seu território.

Como concluí o mestre Ramón Martín Mateo (2003, p. 340), a conservação da paisagem “no es posible si las Comunidades respectivas y con ello sus representantes democráticos, no están identificados con su entorno y carecen al respecto de suficiente sensibilidad estética y emocional”.

Cada país, cada comunidade, com seus respectivos representantes, estabelecem suas relações com a paisagem de acordo com seus valores e interesses. É papel do direito ambiental influenciar nesta relação para que ela tenha a melhor gestão possível, para que as paisagens possam ser protegidas, conservadas e, quando necessário, recuperadas e melhoradas para usufruto das gerações presentes e também futuras, como condição de qualidade de vida; mesmo que parcela da população ainda demore em dar conta disto.

REFERÊNCIAS

AMADO, F. **Direito Ambiental**. 6 ed. Salvador: Jupodivm, 2018.

CONVÊNIO EUROPEU DEL PAISAJE. Disponível em <<http://www.upv.es/contenidos/CAMUNISO/info/U0670786.pdf>>. Acesso em 10 jul. 2018.

CARVALHO FILHO, J. S. **Manual de Direito Administrativo**. 24 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, M. S. Z. **Direito Administrativo**. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

D'ISEP, C. F. M. Políticas Públicas Ambientais: da definição à busca de um sistema integrado de Gestão Ambiental. In: _____; NERY JR, N.; MEDAUAR, O. (Coords.). **Políticas Públicas Ambientais: estudos em homenagem ao Professor Michel Prieur**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FREIRIA, R. C. **Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais**. São Paulo: Senac, 2011.

FREITAS, V. P. **A Constituição Federal e a Efetividade das Normas Ambientais**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, P. A. L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 19°. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARTÍN, G. V. Contenido y Alcance de la Autorización Ambiental Integrada. In: **Revista Aranzadi de Derecho Ambiental**, n. 3. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.

MARTINEZ, E. **La protección del medio natural en la Ley 4/2004 de ordenación del protección del paisaje de la Comunidad Valenciana**. Corts Valencianes, 2007.

_____. “**Ordenación del territorio y protección del paisaje**”. Clases del Máster en Derecho Ambiental y de la Sostenibilidad, UA, 15 y 16/05/2013

MATEO, R. M. **Tratado de Derecho Ambiental**. Vol I. Madrid: Ed. Trivium, 1991.

_____. **Tratado de Derecho Ambiental**. Vol IV. Madrid: Ed. Trivium, 2003.

MEYER-BISCH, P; BIDAULT, M. **Afirmar os Direitos Culturais: Comentários à Declaração de Friburgo**. São Paulo: Iluminuras, 2014.

METZGER, J. P. O que é ecologia de paisagens? **Biota Neotrópica**, Campinas/SP, v. 1, n. 2, p. 1-9, dez. 2001.

SILVA, J. A. **Direito Ambiental Constitucional**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.