

**NOVOS DIREITOS E
TRANSFORMAÇÃO
SOCIAL**

Organizadores

Felipe Asensi
Denise Mercedes Lopes Salles
Adriano Rosa
Eduardo Frias

NOVOS DIREITOS E TRANSFORMAÇÃO SOCIAL



EDITORA MULTIFOCO

Rio de Janeiro, 2017

EDITORA MULTIFOCO

Simmer & Amorim Edição e Comunicação Ltda.
Av. Mem de Sá, 126, Lapa
Rio de Janeiro - RJ
CEP 20230-152

CONSELHO EDITORIAL

Presidência:

Felipe Dutra Asensi
Marcio Caldas de Oliveira

Conselheiros:

André Guasti (TJES, Vitória)	Pedro Ivo (MPES, Vitória)
Bruno Zanotti (PCES, Vitória)	Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)
Camilo Zufelato (USP, São Paulo)	Raphael Carvalho (Mercosul, Uruguai)
Daniel Giotti (Intejur, Juiz de Fora)	Rogério Borba (UNESA, Rio de Janeiro)
Eduardo Val (UFF)	Santiago Polop (Argentina)
Gustavo Senges (Coursis, Rio de Janeiro)	Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)
Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)	Thiago Pereira (UFF, Rio de Janeiro)
José Maria Gomes (FEMPERJ, Rio de Janeiro)	Victor Bartres (Guatemala)
Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)	Yolanda Tito (Peru)
Paula Arevalo (Colômbia)	Vinicius Scarpi (UNESA, Rio de Janeiro)
Paulo Ferreira da Cunha (Portugal)	

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA 21

Novos Direitos e Transformação Social

ASENSI, Felipe Dutra
SALLES, Denise Mercedes Lopes
ROSA, Adriano
FRIAS, Eduardo

1ª Edição

Fevereiro de 2017

ISBN: 978-85-5996-422-6

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem
prévia autorização do autor e da Editora Multifoco.

CONSELHO DO CAED-JUS

Adriano Rosa (USU)

Antonio Santoro (UFRJ/UCP)

Bruno Zanotti (PCES)

Claudia Nunes (UVA)

Daniel Giotti (PFN)

Denise Salles (UCP)

Edgar Fuentes (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (UFF/UNESA)

Felipe Asensi (UERJ/USU/UCP)

Fernando Bentes (UFRRJ)

Glaucia Ribeiro (UEA)

Gunter Frankenberg (Johann Wolfgang Goethe-Universität - Frankfurt am Main, Alemanha)

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (UNIRIO)

Klever Filpo (UCP)

Luciana Souza (FMC)

Marcello Mello (UFF)

Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)

Oton Vasconcelos (UPE/ALBCJ)

Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitaria Los Libertadores, Colômbia)

Pedro Ivo Sousa (MPES)

Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)

Saul Tourinho Leal (UNICEUB/IDP)

Sergio Salles (UCP)

Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)

Thiago Pereira (UERJ/UCP)

Tiago Gagliano (ILAAJ)

SOBRE O CAED-Jus

O **Congresso Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus)** é iniciativa de uma rede de acadêmicos brasileiros e internacionais para o desenvolvimento de pesquisas jurídicas e reflexões de alta qualidade.

O **CAED-Jus** desenvolve-se exclusivamente de maneira virtual, sendo a tecnologia parte importante para o sucesso das discussões e para a interação entre os participantes através de diversos recursos multimídia. Com a sua criação, o **CAED-Jus** torna-se um dos principais congressos da América Latina com os seguintes diferenciais:

- ❖ Democratização da divulgação e produção científica
- ❖ Publicação dos artigos em livro impresso a ser enviado aos participantes
- ❖ Hall of fame com os premiados de cada edição
- ❖ Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online
- ❖ Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus** (hangouts, palestras, minicursos, etc)
- ❖ Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes
- ❖ Coordenadores de GTs são organizadores dos livros publicados

O Conselho Científico do **CAED-Jus** é composto por acadêmicos de alta qualidade no campo do direito em nível nacional e internacional, tendo membros do Brasil, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido e Alemanha.

Em 2016, o evento ocorreu entre os dias 23 a 25 de novembro e contou com 44 Grupos de Trabalho e mais de 400 participantes. A seleção dos coordenadores de GTs e dos trabalhos apresentados ocorreu através do processo de *peer review*, o que resultou na publicação dos cinco livros do evento:

- Direito público: desafios e perspectivas
- Efetividade dos direitos humanos e direito internacional
- Direito, sociedade e solução de conflitos
- Novos direitos e transformação social
- Direitos fundamentais e efetivação

Os coordenadores de GTs indicaram trabalhos para concorrerem ao Prêmio CAED-Jus 2016. A Comissão Avaliadora foi composta pelos professores Eduardo Manuel Val (UFF/UNESA), Mario Luis Gambacorta (UBA, Argentina) e Deraldo Dias (UCS). O trabalho premiado foi de autoria de Tatiana Lourenço Emmerich de Souza sob o título “O crime de lavagem de dinheiro por meio da internet: perspectivas e dificuldades da legislação brasileira”.

SUMÁRIO

ÁGUAS E RECURSOS HÍDRICOS..... 15

A OUTORGA DE DIREITOS DE USO DOS RECURSOS HÍDRICOS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE BACIAS HIDROGRÁFICAS NO ESTADO DO AMAZONAS.....17

Bárbara Dias Cabral

A ÁGUA COMO INSTRUMENTO POLÍTICO NO ORIENTE MÉDIO 29

Denison Melo de Aguiar, Carla Cristina Alves Torquato e Marklea da Cunha Ferst

O TRANSPORTE HIDROVIÁRIO NO PLANO DE MOBILIDADE DE MANAUS: MELHORIA DE TRÂNSITO E QUALIDADE DE VIDA URBANA..... 41

Eduardo Terço Falcão e Francisléa Nazaré Caxeixa de Menezes Falcão

BREVE HISTÓRICO DA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL E NO AMAZONAS..... 55

Erivaldo Cavancanti e Silva Filho e Wendell de Araújo Lima

O INFLUXO DO DIREITO À ÁGUA E O CONSEQUENTE ISOLAMENTO DA FOZ DO RIO DOCE COMO SEQUELA DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO (MARIANA - MG)..... 71

Janaina da Costa Flegler e Luna Nunes Belizário

NORMAS E POLITICAS PÚBLICAS DE USO DA
ÁGUA..... 81

Leandra Vasconcelos Roberto

BACIA AMAZÔNICA: GESTÃO HÍDRICA
TRANSFRONTEIRIÇA DO RIO AMAZONAS NA TRÍPLICE
FRONTEIRA BRASIL-COLÔMBIA-PERU..... 95

Leonardo Leite Nascimento

ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTÃO DOS RECURSOS
HÍDRICOS COMO GARANTIA ERGA OMNES
À VIDA 109

Maria Lenir Rodrigues Pinheiro e Mariana Faria Filard

A ÁGUA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E SEU
DUPLO ENQUADRAMENTO123

Natasha Yasmine Castelo Branco Donadon e Alcian Pereira de Souza

A RELEVÂNCIA DA CONSERVAÇÃO FLORESTAL
COMO MECANISMO PROPULSOR DA SALVAGUARDA E
MANUTENÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS137

Talita Benaion Bezerra

DIREITO INDÍGENA E SOBERANIA NACIONAL:
ANÁLISE SOBRE A DEMARCAÇÃO E OCUPAÇÃO
DO TERRITÓRIO NO CASO TERRA INDÍGENA RESERVA
RAPOSA SERRA DO SOL (TIRSS).....153

Thaísa Carvalho Batista e Adriana Carla Souza Cromwell

DIREITOS FUNDAMENTAIS..... 167

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PLURALISMO
JURÍDICO: UMA ANÁLISE DA “LEI MUWAJI” SOB A
ÓTICA DO INTERCULTURALISMO.169

Adriano Rodrigues Remor

O PANORAMA HISTÓRICO E LEGISLATIVO DO ABUSO
SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO
CENÁRIO BRASILEIRO.....185

Ana Morena Sayão Capute Nunes

CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A LEI
BRASILEIRA DE INCLUSÃO: ALTERAÇÕES BENÉFICAS
OU APENAS UM NÓ NA LEGISLAÇÃO EXISTENTE?....197

Caio Silva de Sousa

DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO
DE RUA: O QUE É VIVER NA RUA? COMO ESTÃO ESSAS
PESSOAS? UMA DAS MAIORES MARCAS DA SOCIEDADE
BRASILEIRA É A DESIGUALDADE SOCIAL..... 211

Caíque Machado Camilo

REFLEXÕES SOBRE O MULTICULTURALISMO E AS
MULHERES MUÇULMANAS.....229

Natália de Souza e Mello Araújo

A PÓLITICA DE COTAS PARA INCLUSÃO DE PESSOAS
COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA DE ENSINO SOB A
ÓTICA DE UMA TEORIA CONTEMPORÂNEA DE JUSTIÇA:
UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI 5357241

Paulo Fernando Paz Alarcón e Acácia Gardênia Santos Lelis

A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS
NA SOLUÇÃO DA APATRIDIA.....255

Simone Alvarez Lima

DIREITO E MEIO AMBIENTE 269

CERTEZA CIENTÍFICA ABSOLUTA E FALIBILISMO:
ANÁLISE EPISTÊMICA DO PRINCÍPIO DA
PRECAUÇÃO 271

Diego de Alencar Salazar Primo e Carla Mariana Aires Oliveira

A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS
NA FISCALIZAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS
PÚBLICAS QUE VISEM A PROTEÇÃO DO DIREITO
FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO287

Francisco Dias de Oliveira Júnior

O CUIDADO COM A CASA COMUM SOB A INFLUÊNCIA DA ENCÍCLICA LAUDATO SI E DO PENSAMENTO COMPLEXO: A NECESSIDADE DE UMA ECOLOGIA INTEGRAL PARA CONHECER E ESTUDAR O DIREITO AMBIENTAL..... 301

Iasna Chaves Viana e Lívia Cartaxo Chagas

A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA A EXPANSÃO DA ALTERNATIVA AGROECOLÓGICA NO BRASIL315

Marina Venâncio

A COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES ENTRE SUSTENTABILIDADE, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E JUSTIÇA AMBIENTAL329

Priscylla Gomes de Lima e Marília Rodrigues Mazzola

TEMAS DE VANGUARDA NO DIREITO341

O CONCEITO DE BANALIDADE DO MAL DE HANNAH ARENDT APLICADO ÀS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS DE 2013 E 2014 NO BRASIL..... 343

Jannice Amóras Monteiro e Marcelo Lessa da Silva

PROFILAXIA DA VIOLÊNCIA JUVENIL A PARTIR DE ESPAÇOS DE SOLIDARIEDADE.....355

Marconi do Ó Catão e Iasmim Barbosa Araújo

QUANDO PROIBIR OU REGULAR? A EXPERIÊNCIA DO UBER NO BRASIL.....367

Maria Tereza Couto Magrani

RESPONSABILIDADE PENAL INDÍGENA E O RESPEITO ÀS DIFERENÇAS: BASES À APLICAÇÃO DA JUSTIÇA

RESTAURATIVA PELA ANÁLISE DA COMUNIDADE
MANOÁ.379

Rafael Antônio Rodrigues

REPRESENTAÇÕES SOCIAIS QUANTO A PEDOFILIA: DA
DOENÇA AO CRIME393

Sátina Priscila M. Pimenta Mello

O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO POR MEIO DA
INTERNET: PERSPECTIVAS E DIFICULDADES DA
LEGISLAÇÃO BRASILEIRA 407

Tatiana Lourenço Emmerich de Souza

TEMAS EMERGENTES.....431

A MEDIAÇÃO SOB OS PERCALÇOS DA CELERIDADE:
ENTRE A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA
E O MODELO “EXPRESS” DE SOLUÇÃO DE
CONFLITOS 433

Adriana Goulart de Sena Orsini, Lucas Jerônimo Ribeiro da Silva e Mona Lisa Marangoni

LEI 15.556/14 DE SÃO PAULO, QUE PROÍBE O USO
DE MÁSCARAS EM MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS:
RETÓRICA GARANTIA DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL
AO ANONIMATO..... 449

Bruno Almeida de Oliveira

PROJEÇÕES DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA
ESTATAL 465

Bruno Joviniano de Santana Silva

AS AÇÕES DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA ENQUANTO
FORMA DE EMPODERAMENTO DO PÚBLICO INFANTO-
JUVENIL 483

Elaine Cristina da Silva, Nádila Eugênia Silva Domingues e Victória do Paço Nunes

PARCERIA ENTRE TERCEIRO SETOR E ESTADO NO ESTIMULO AO PROTAGONISMO DOS ADOLESCENTES SOCIOEDUCANDOS 495

Gabriela Moreira de Oliveira

MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE SEGUNDO O DIREITO AMBIENTAL E A ECONOMIA ECOLÓGICA 511

Hugo Rogério Grokskreutz

DIREITOS HUMANOS COMO REALIDADE DIALÓGICA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE 527

Jaime Leônidas Miranda Alves

EDUCAÇÃO AMBIENTAL: DO SOCIOAMBIENTALISMO AO DIREITO À EDUCAÇÃO INDÍGENA 535

Juliana Soares Viga

REVISITANDO O CONCEITO DA GARANTIA DO ACESSO À JUSTIÇA 551

Luís Henrique Bortolai

A IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA REALIDADE ACADÊMICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA: PROJETO MEDIAR UFBA..... 565

Manuela Vanesca da silva Cerqueira

TUTELA JURÍDICA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE: O BREVE HISTÓRICO SOBRE DIREITO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 579

Thaísa Carvalho Batista e Adriana Carla Souza Cromwell

POSITIVAÇÃO DA BUSCA PELA FELICIDADE? UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 19/2010 593

Victor Luz Silveira Santagada

ÁGUAS E RECURSOS HÍDRICOS

A OUTORGA DE DIREITOS DE USO DOS RECURSOS HÍDRICOS COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO DE BACIAS HIDROGRÁFICAS NO ESTADO DO AMAZONAS

Bárbara Dias Cabral¹

INTRODUÇÃO

hoje, em todo o país, os mananciais subterrâneos estão ganhando importância estratégica para o abastecimento devido aos custos crescentes cobrados pelas concessionárias, bem como o alto custo do tratamento das águas superficiais.

1. CONCEITOS E LEGISLAÇÃO SOBRE OUTORGA DE RECURSOS HÍDRICOS

1.1 CONCEITO DE OUTORGA

1.2 OUTORGA DE RECURSOS HÍDRICOS NA CONSTITUIÇÃO E LEGISLAÇÃO FEDERAL

A Resolução CERH-AM nº 01, de 19/07/2016 estabeleceu os critérios técnicos a serem considerados para que ela possa deferir a solicitação de outorga do direito de uso de recursos hídricos pertencentes ao Amazonas. Tal Resolução está juridicamente fundamentada na Constituição Federal e no Código de Águas.

Conforme o inciso I do artigo 26 da Constituição Federal, as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito são bens dos Estados. Seria inconstitucional qualquer disposição diversa em na Constituição, leis, decretos, portarias e regulamentos amazonenses.

As águas públicas de uso comum, bem como o seu álveo, pertencem aos Estados quando sirvam de limites a dois ou mais Municípios ou quando per-

1. Mestranda em Direito Ambiental e membro do Grupo de Pesquisa em Direito de Águas -GEDA pela Universidade do Estado do Amazonas -UEA. Especialista em Direito Processual Civil. Advogada, membro da Comissão OAB vai à Escola - OAB/AM. Email: advbcabral@gmail.com

corram parte dos territórios de dois ou mais Municípios. Assim dispôs o Decreto Federal nº 24.643, de 10 de julho de 1934 (Código de Águas) em seu artigo 29, inciso II, alíneas a e b.

O artigo 62 do Código de Águas dispõe que concessões ou autorizações para derivação que não se destine a produção de energia hidroeétrica serão outorgadas pela União pelos Estados ou pelos municípios, conforme o seu domínio sobre as águas a que se referir ou conforme os serviços públicos a que se destine a mesma derivação.

1.3 OUTORGA DE RECURSOS HÍDRICOS NA LEGISLAÇÃO ESTADUAL AMAZONENSE

A Resolução CERH-AM nº 01, de 19/07/2016 estabeleceu os critérios técnicos a serem considerados para que ela possa deferir a solicitação de outorga do direito de uso de recursos hídricos pertencentes ao Amazonas. Tal Resolução está juridicamente fundamentada e na Constituição Estadual amazonense.

Tal Resolução encontra fundamento também no inciso II do artigo 177 da Constituição do Estado do Amazonas, o qual afirma que a proteção e utilização racional das águas superficiais, subterrâneas e das nascentes é uma das diretrizes do Poder Público, executada por meio de sistemas estaduais de gerenciamento de recursos hídricos e minerais.

Para tanto, a Resolução em tela decidiu que as águas públicas de domínio do estado do Amazonas necessitam de outorga mesmo em caso de consumo, abastecimento público ou insumo de processo produtivo. Definiu que a outorga ocorrerá a cargo do Instituto de Proteção Ambiental do Estado do Amazonas – IPAAM; responsável por executar as políticas do Sistema Estadual de Gerenciamento dos Recursos Hídricos, conforme art. 57, IV da Lei nº 3.167, de 28 de agosto de 2007.

Esta mesma lei, em seu art. 63, inciso I, confere ao IPAAM a responsabilidade pela outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos de domínio do Estado e daqueles recebidos por delegação, competindo-lhe, na forma desta lei, do seu Regulamento e de normas complementares outorgar e suspender o direito do uso de água, mediante procedimentos próprios e vigência vinculada à publicação do ato no Diário Oficial do Estado.

1.4 A OUTORGA COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO PÚBLICA

2. A RESOLUÇÃO CERH-AM Nº 01, DE 19/07/2016

É necessário abordar o Conselho Estadual de Recursos Hídricos do estado do Amazonas –CHRH-AM antes de apresentar sua Resolução CERH-AM nº 01, de 19/07/2016, a qual estabelece critérios técnicos a serem utilizados pelo Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas –IPAAM para o processo de análise do pedido de outorga do direito de uso de recursos hídricos de domínio do Estado do Amazonas.

O supracitado Conselho foi criado em 16 de agosto de 2005. Conforme a Lei nº 3.167, de 27 de agosto de 2007, ele integra o Sistema Estadual de Gerenciamento dos Recursos Hídricos. De acordo com o inciso X do artigo 60 da referida Lei, o CHRH-AM é responsável por estabelecer critérios gerais para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos e para a cobrança por seu uso e homologar os feitos encaminhados pelos Comitês de Bacia Hidrográfica.

Considerando a necessidade de estabelecer uma normatização complementar a outorga de uso de recursos hídricos de domínio do estado do Amazonas, resolveu o CHRH-AM editar a Resolução abaixo apresentada.

2.1 DISPOSIÇÕES GERAIS E DEFINIÇÕES

A Resolução CERH-AM nº 01, de 19/07/2016 aborda regras referentes a extração de minério e obras de engenharia que afetem a qualidade das águas estaduais. Trata também sobre outorga preventiva de direito de uso de recursos hídricos de domínio da União.

Toca num ponto crucial: a falta de classificação e enquadramentos dos corpos de água de domínio estadual. Para suprir esta lacuna, indica resoluções subsidiárias a serem adotadas. Indica o Cadastro Nacional de Usuários de Recursos Hídricos- CNA-RH² como instrumento para inclusão de dados cadastrais e solicitações de outorga.

Adota definições e nomenclaturas complementares às consagradas em legislação estadual pertinente anterior. Entre os mais relevantes, destacam-se os conceitos de “águas de domínio estadual”, “águas superficiais”, “águas subterrâneas”, “aquífero”, “captação”, “interferência”, “uso de recursos hídricos” e “usuário”.

Define como “autorização” o documento expedido quando a utilização dos recursos hídricos não for de utilidade pública. Entende como “concessão” o documento expedido sempre que a utilização dos recursos hídricos for de utilidade pública.

2. Foi instituído pela Resolução ANA nº 317/2003 para registro obrigatório de pessoas físicas e jurídicas usuárias de recursos hídricos. O registro se aplica aos usuários de recursos hídricos que captam água, lançam efluentes ou realizam usos não consuntivos diretamente em corpos hídricos (rio ou curso d'água, reservatório, açude, barragem, poço, nascente, etc). O conteúdo do cadastro inclui informações sobre a vazão utilizada, local de captação, denominação e localização do curso d'água, empreendimento do usuário, sua atividade ou a intervenção que pretende realizar. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/servicos/cadastros/cnarh.aspx> Acesso em 02 set de 2016.

A mais importante expressão dentre todas é “outorga”, definida no inciso XXV do art. 8º da mencionada resolução como “ato administrativo que expressa os termos e as condições mediante as quais o poder público permite, por prazo de terminado, o uso do recurso hídrico”. Todas estas expressões são de vital relevância para não haver brecha legal favorável ao uso desordenado dos recursos hídricos disponíveis.

2.2 DA OUTORGA DE DIREITO DE ÁGUAS SUBTERRÂNEAS

Cumprе salientar que a Resolução CERH-AM nº 01, de 19/07/2016 no art. 8º diferencia “Água Subterrânea” de “Aqüífero”. A primeira refere-se à água presente no subsolo ocupando a zona saturada dos aqüíferos, e movendo-se sob o efeito da força gravitacional, suscetível de extração e utilização pelo homem. Já a segunda delimita a formação ou grupo de formações geológicas capazes de armazenar e conduzir água subterrânea.

Cabe ressaltar que a Resolução-CONAMA nº 396, de 03 de abril de 2008 em seu artigo 2º, inciso I, conceitua “águas subterrâneas” como aquelas que ocorrem naturalmente ou artificialmente no subsolo. Em seu inciso III entende por “aquífero” todo o corpo hidrogeológico com capacidade de acumular e transmitir água através dos seus poros, fissuras ou espaços resultantes da dissolução e carreamento de materiais rochosos.

Ao analisar a outorga do direito de uso de águas subterrâneas, a CERH avalia a capacidade do aqüífero pretendido, bem como as condições do poço tubular, bem como o contexto socioeconômico e jurídico, para causar o menor impacto possível. Antes de solicitar a outorga, o interessado deve obter a Licença Ambiental Única- LAU de perfuração de poço, conforme Lei Estadual nº 3.785, de 24/07/2012.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, as águas subterrâneas deixaram de ser bens privados. Tais águas, consoante o Código Civil de 1916, pertenciam ao proprietário do terreno por acessão, que delas poderia usufruir livremente, salvo prejuízos aos aproveitamentos anteriores (art. 526 CC/16). Mesmo que os aqüíferos extrapolem os limites do território nacional, as águas subterrâneas pertencem ao Estado.

A referida Resolução proíbe a constrição de cacimbas e poços amazonas (construídos manualmente) para fins de consumo humano na região metropolitana de Manaus. Também proibiu a comercialização por empresas privadas irregulares de água advinda de poços tubulares para consumo humano. Tal medida

foi necessária, visto que foi detectada a presença da **bactéria** *Escherichia coli*³ em amostras coletadas nesses poços clandestinos.

2.3 DOS CRITÉRIOS E PARÂMETROS PARA A CONCESSÃO DE OUTURGA

A Resolução CERH-AM nº 01, de 19/07/2016 estabelece que serão devidamente tampados não pelo poder público, mas por seu responsável, os poços tubulares⁴ que estejam secos, abandonados ou suados para fins diversos da exploração de água. Tais poços serão analisados para comprovação de riscos à saúde.

Como consequência da má qualidade da água, a população pode sofrer com doenças de veiculação hídrica (diarreia, hepatite, disenteria). Além da contaminação bacteriológica proveniente das fossas, é possível evoluir para uma contaminação química - ou seja, a decomposição das bactérias e a geração de nitratos e nitritos que permanecerão naquela água⁵.

Tantos as regras para o tamponamento como para sua comunicação ao IPA-AM estão contidas em formulários anexos à Resolução. A correta operação de poços tubulares será definida de acordo com regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas- ABNT. O local de sua construção deverá estar em acordo com regras municipais, não cabendo à resolução estadual defini-los.

Uma observação importante é a construção de poços tubulares em unidades de conservação⁶, os quais devem ter anuência de seu gestor. Isto porque o Estado do Amazonas contabiliza 41 Unidades de Conservação: 27% de seu território protegidos por Unidades de Conservação, incluindo as federais (15%) e estaduais (12%), totalizando 42.335.533,20 milhões de hectares⁷.

3. Amazônia Real. Na falta de água tratada, população de Manaus usa poços e cacimbas irregulares. Disponível em <http://amazoniareal.com.br/na-falta-de-agua-tratada-populacao-de-manaus-usa-pocos-e-cacimbas-irregulares/> Acesso em 03 set de 2016.

4. Obra de captação subterrânea, executada mediante perfuração vertical, geralmente mecanizada, de forma cilíndrica, seguindo normas da ABNT (art. 8º, XXIX, Resolução CERH-AM nº 01, de 19/07/2016). As empresas responsáveis por sua construção deverão ser inscritas no IPAAM (art. 16).

5. Globo. Em Manaus, aproximadamente dez mil poços artesanais são clandestinos. Disponível em: <http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2013/03/em-manaus-aproximadamente-dez-mil-pocos-artesianos-sao-clandestinos.html> Acesso em 03 set de 2016.

6. Espaços territoriais e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituídos pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção (art. 2º, I, da Lei 9.985/2000)

7. Socioambiental. Unidades de Conservação no Amazonas: estratégia para a conservação da biodiversidade e Modelo de Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/noticia/unidades-de-conservacao-no-amazonas-estrategia-para-a-conservacao-da-biodiversidade-e-modelo> Acesso em 03 set de 2016.

Também fica a cargo dos usuários de poços a apresentação dos laudos relevantes ao IPAAM. A Resolução definiu critérios para outorga em região de conflitos por excesso de poços. Em caso de suspeita de contaminação, o órgão outorgante poderá solicitar quaisquer análises permitidas pelo Ministério da Saúde. A Resolução CERH-AM n° 01, de 19/07/2016 atribuiu aos usuários de poços os custos de sua manutenção.

2.4 DA OUTORGA DE DIREITO DE USO DE ÁGUAS SUPERFICIAIS

A Resolução CERH-AM n° 01, de 19/07/2016 no art. 8° define como “águas superficiais” qualquer manancial hídrico superficial, curso d`água, trecho de rio, reservatório artificial ou natural, lagoa ou lago. A legislação tentou ser mais abrangente possível. Não há legislação federal conceituando águas superficiais.

Tal conceituação em Resolução estadual foi de extrema importância, visto que o Estado possui o maior rio do mundo em volume de água: Rio Amazonas, formado pela junção dos rios Negro e Solimões. Só a cidade de Manaus, com população de quase 1.8 milhão de habitantes, é abastecida por 75% de águas superficiais do Rio Negro⁸.

Os critérios para outorga de direito de uso de águas superficiais são técnicos e relacionados ao volume de água para o uso de captações, derivações e desvios, bem como à vazão adotada como referência. Podem ultrapassar os limites, mediante justificativa técnica, quando a finalidade for o consumo humano ou a dessedentação animal. Há regras especiais para períodos de estiagem prevendo-se, inclusive, o regime de racionamento de água para usuários.

É sabido que o potencial hidroelétrico brasileiro está entre os cinco maiores do mundo. O País tem 12% da água doce superficial do planeta e condições adequadas para exploração. O potencial hidrelétrico é estimado em cerca de 260 GW, dos quais 40,5% estão localizados na Bacia Hidrográfica do Amazonas⁹.

Alinhado à tamanho potencial, a Resolução CERH-AM n° 01, de 19/07/2016 prevê regras para aproveitamento de Potencial Hidroelétrico em corpos de águas superficiais superior a 1 MW. Tal aproveitamento também é passível de outorga. É preciso licitar a concessão ou uso, conforme o caso, após estudos energéticos. A ANEEL é peça importante do processo.

8. Revista Água. Águas Turbulentas. Disponível em: <http://www.abas.org/imagens/revista18.pdf> Acesso em 03 set de 2016.

9. Brasil. Potencial hidrelétrico brasileiro está entre os cinco maiores do mundo. <http://www.brasil.gov.br/infraestrutura/2011/12/potencial-hidreletrico-brasileiro-esta-entre-os-cinco-maiores-do-mundo> Acesso em 03 set de 2016.

3. RESOLUÇÃO CERH-AM Nº 02, DE 19/07/2016

Aproximadamente 80% dos poços tubulares¹⁰ profundos, popularmente conhecidos como poços artesianos, em Manaus estão irregulares, segundo a Gerência de Recursos Hídricos e Minerais do Ipaam. Esta situação é ainda pior no interior do Estado do Amazonas.

Para resolver a situação, o Governo do Amazonas, por meio da Secretaria de Mineração, Geodiversidade e Recursos Hídricos (Semgrh), criou a Câmara Técnica de Outorga (CTO) na estrutura do Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERH)

, constituído por 49 instituições públicas e privadas, para disciplinar o uso da água no Estado. Com essa ação pretendeu-se diminuir os impactos no aquífero Alter do Chão, que já vem sofrendo problemas de rebaixamento do lençol freático e de interferência entre poços.

Neste contexto foi criada a Resolução CERH-AM nº 02, de 19/07/2016, a qual estabelece critérios e classifica os usos insignificantes de derivação, captação, acúmulo e lançamento de recursos hídricos de domínio do Estado do Amazonas, que são dispensadas de outorga.

3.1 A ISENÇÃO DA OUTORGA DE RECURSOS HÍDRICOS

A Resolução CERH-AM nº 02, de 19/07/2016, em seu artigo primeiro, define como isentos de outorga quaisquer empreendimentos que possam demandar a utilização de recursos superficiais ou subterrâneos, após análise do IPAAM. De acordo com os parágrafos 1º e 2º do referido artigo, são considerados de uso insignificante para as seguintes finalidades:

- a) O uso de recursos hídricos para necessidades domésticas de propriedades de pequenos núcleos populacionais distribuídos no meio rural;
- b) Acumulações, vazões derivadas, captadas ou extraídas e lançamentos de efluentes, que isolados ou em conjunto, por seu pequeno impacto na quantidade e qualidade do corpo hídrico, possam ser considerados insignificantes.

Tal isenção só é possível, pois é prevista na Lei Federal nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, em seu art. 37. O citado dispositivo diz que os Comitês de Bacia Hidrográfica terão como área de atuação a proposição ao Conselho Nacional e aos

10. Amazônia. Conselho de Recursos Hídricos definirá critérios para outorga de uso dos recursos hídricos. <http://amazonia.org.br/2016/07/ipaam-perfuracao-de-pocos-tem-que-ser-cadastrada/> Acesso em 03 set de 2016.

Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos as acumulações, derivações, captações e lançamentos de pouca expressão, para efeito de isenção da obrigatoriedade de outorga de direitos de uso de recursos hídricos, de acordo com os domínios destes.

3.2 CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DE USOS INSIGNIFICANTES

A Resolução CERH-AM nº 02, de 19/07/2016 considera isentos de outorga os usuários que fazem uso da água na forma e com as finalidades de necessidades domésticas em área rural e Acumulações, vazões derivadas, captadas ou extraídas insignificantes em volumes iguais ou inferiores aos definidos na própria resolução.

A Resolução considera uso de recursos hídricos com dispensa de outorga para: Serviços de escavação e drenagem, em leito de rio ou reservatório para fins de desassoreamento, limpeza ou conservação das margens; Captações de água para atendimento de situações emergenciais de combate a incêndio; Obras de travessia de corpos d'água, tais como pontes, passagens molhadas e dutos; Drenagem urbana e Uso de recursos hídricos em corpos d'água de domínio estadual de curta duração não caracterizado como de uso permanente.

Tais critérios foram inspirados na Resolução nº 1.175, de 16 de setembro de 2013, que dispõe sobre critérios para definição de derivações, captações e lançamentos de efluentes insignificantes, bem como serviços e outras interferências em corpos d'água de domínio da União não sujeitos a outorga.

Oportuno ressaltar que podem ser revistos pelos comitês de bacia hidrográfica pertinentes os critérios supracitados para o uso de acumulações, derivações, captações e lançamentos insignificantes. No Amazonas conta apenas com o Comitê da Bacia Hidrográfica do Puraquequara e Comitê da Bacia Hidrográfica do Rio Tarumã

De forma semelhante dispõe o Decreto Estadual nº 41.578, de 08 de Março de 2001, de Minas Gerais, que dispõe em seu artigo 36 que a dispensa de outorga de uso para as acumulações, derivações ou captações e os lançamentos considerados insignificantes e para satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, respeitará os critérios e demais parâmetros normativos fixados pelos comitês de bacia hidrográfica.

3.3 DAS OBRIGAÇÕES

É obrigatório o preenchimento do Cadastro Nacional de Usuários de Recursos Hídricos (CNARH) por meio de requerimento ao IPAAM aos usuários cujos

empreendimentos fizerem utilização de recursos hídricos classificados como insignificantes e não sujeitos a outorga. O artigo 8º da Resolução CERH-AM nº 02, de 19/07/2016 prevê obrigações aos usuários dispensados de outorga.

Tal dispositivo está em consonância ao art. 6º da Resolução 707/2004, que define que os casos que não sejam objeto de outorga de direito de uso de recursos hídricos, precedem obrigatoriamente de cadastro no CNARH. O uso considerado insignificante não isenta da obrigatoriedade de efetuar o licenciamento ambiental nem libera o usuário de posterior fiscalização.

A título comparativo, pode-se mostrar que mesma forma procede o Estado de São Paulo em relação ao uso de recursos hídricos insignificantes, conforme o art. 5º da Portaria DAEE nº 2292, de 14 de dezembro de 2006. Os usuários que em seus empreendimentos fizerem utilização de recursos hídricos considerados insignificantes e não sujeitos a Outorga ficam obrigados a requerer ao Departamento de Águas e Energia Elétrica - DAEE a dispensa e o cadastramento.

Vale ressaltar que em cumprimento ao art. 8º da Lei 9.984/00, a ANA dá publicidade aos pedidos de outorga de direito de uso de recursos hídricos e às respectivas autorizações, mediante publicação sistemática das solicitações nos Diários Oficiais da União e do respectivo Estado e da publicação dos extratos das Resoluções de Outorga (autorizações) no Diário Oficial da União.

3.4 DA COBRANÇA DE TAXAS E EVENTOS CRÍTICOS

No estado do Amazonas, há isenção expressa de cobranças de taxas e emolumentos os usos considerados insignificantes. A explícita previsão é de suma importância, pois quem dela se beneficia são famílias e comunidades de pequenas propriedades rurais. A título exemplificativo, não há tal disposição expressa no Decreto Estadual nº 4.778, de 11 de outubro de 2006 do estado de Santa Catarina.

Tal isenção é constitucionalmente amparada no princípio da Isonomia, prescrito no caput do artigo 5º da Constituição Federal e no disposto no art. 155, § 2.º, XII, g, que prevê a edição de lei específica para casos de isenção. O dispositivo supracitado é um exemplo de atuação do estado na promoção da igualdade material.

Por fim, a supramencionada Resolução amazonense prevê que o órgão outorgante poderá instituir regimes de racionamento de água pelo período necessário, na ocorrência de eventos críticos de secas e enchentes, com efeitos na qualidade das águas, em situações pontuais, em comunidades e cidades.

Assegura ao usuário os volumes mínimos necessários para consumo hu-

mano, dessedentação de animais e uso domésticos. Porém prevê racionamento indistinto de captações de água e/ou diluições de efluentes que comprometam a qualidade da água do corpo receptor¹¹.

CONCLUSÃO

As resoluções nº 01 e 02 do CERH-AM sobre outorga de recursos hídricos são fruto de um trabalho que durou cerca de quatro anos. Em 2012 o Governo do Amazonas, por meio da Secretaria de Mineração, Geodiversidade e Recursos Hídricos (Semgrh), propôs a criação da Câmara Técnica de Outorga (CTO) na estrutura do Conselho Estadual de Recursos Hídricos (CERH) para disciplinar o uso da água no Estado.

De acordo com o secretário estadual de Mineração, Geodiversidade e Recursos Hídricos, Daniel Nava¹², o objetivo é estabelecer critérios para outorga do uso dos recursos hídricos, tendo como ponto de partida as águas subterrâneas. “Com essa ação pretendemos diminuir os impactos no aquífero Alter do Chão, que já vem sofrendo problemas de rebaixamento do lençol freático e de interferência entre poços”, justifica o secretário.

Art 40 a 43 resolucao 1

As resoluções nº 01 e 02 do CERH-AM sobre outorga de recursos hídricos foi publicada e entrou em vigor em agosto de 2016. Embora seja recente e ainda não seja possível analisar seus efeitos e consequências, pode-se observar que a referida legislação amazonense têm potencial de aplicabilidade para ser instrumento eficiente e compatível com sua finalidade: gerir os recursos hídricos no Amazonas e preservar as águas amazonenses para as presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Constituição Estadual. 1989.

_____. Lei nº 3.167, de 28 de agosto de 2007. Reformula as normas disciplinadoras da Política Estadual de Recursos Hídricos e do Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e estabelece outras providências.

_____. Lei nº 3.785, de 24 de julho de 2012. Dispõe sobre o licenciamento

11. corpo receptor é o corpo hídrico superficial que recebe o lançamento de um efluente (Art. 2º, inciso XV da Resolução no 357, de 17 de março de 2005).

12. Amazonas. Conselho de Recursos Hídricos definirá critérios para outorga de uso dos recursos hídricos. Disponível em: <http://www.amazonas.am.gov.br/2012/05/conselho-de-recursos-hidricos-de-finira-criterios-para-outorga-de-uso-dos-recursos-hidricos/> Acesso em 05 set de 2016.

ambiental no Estado do Amazonas.

_____. Resolução CERH-AM nº 01, de 19/07/2016. estabelece critérios técnicos a serem utilizados pelo Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas -IPAAM para o processo de análise do pedido de outorga do direito de uso de recursos hídricos de domínio do Estado do Amazonas.

_____. Resolução CERH-AM nº 02, de 19/07/2016. Estabelece critérios e classifica os usos insignificantes de derivação, captação, acúmulo e lançamento de recursos hídricos de domínio do estado do Amazonas, que são dispensados de outorga.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988.

_____. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Código Civil. Revogado.

_____. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

_____. [Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000.](#) Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA.

_____. Decreto nº 24.643, de 10 de julho de 1934. Institui o Código de Águas.

_____. Resolução CONAMA nº 396, de 3 de abril de 2008. Dispõe sobre a classificação e diretrizes ambientais para o enquadramento das águas subterrâneas.

_____. Resolução nº 1.175, de 16 de setembro de 2013. Dispõe sobre critérios para definição de derivações, captações e lançamentos de efluentes insignificantes, bem como serviços e outras interferências em corpos d'água de domínio da União não sujeitos a outorga.

_____. Resolução ANA nº 707, de 21 de dezembro de 2004. Dispõe sobre procedimentos de natureza técnica e administrativa a serem observados no exame de pedidos de outorga.

_____. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. Disponível em: <http://www2.ana.gov.br/Paginas/institucional/SobreaAna/uorgs/sof/geout.aspx> Acesso em 05 set de 2016.

BRITO, Francisco A.; CÂMARA, João B.D. **Democratização e gestão ambiental:** em busca do desenvolvimento sustentável. 3. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2002.

DONAIRE, Denis. **Gestão ambiental na empresa.** São Paulo: Atlas, 1995.

MINAS GERAIS. Decreto nº 41.578, de 08 de março de 2001. Regulamenta a Lei nº 13.199, de 29 de janeiro de 1999, que dispõe sobre Política Estadual de Recursos Hídricos.

SANTA CATARINA. Decreto nº 4.778, de 11 de outubro de 2006.. Regulamenta a outorga de direito de uso de recursos hídricos.

SÃO PAULO. Portaria DAEE nº 2292, de 14 de dezembro de 2006. Disciplina os usos que independem de outorga de recursos hídricos superficiais e subterrâneos.

SILVA, José Afonso da Silva. **Direito ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2011.

A ÁGUA COMO INSTRUMENTO POLÍTICO NO ORIENTE MÉDIO¹³

Denison Melo de Aguiar¹⁴, Carla Cristina Alves Torquato¹⁵ e Marklea da Cunha Ferst¹⁶

INTRODUÇÃO

A água pode ser um instrumento de poder político nas guerras que envolve os Estados do Oriente Médio. O Objetivo desta pesquisa é contextualizar a água como um instrumento político, seja para os meios bélicos (RODRIGUES JR, 2010), sejam para a manutenção da Paz entre os países que compõem o Oriente Médio (ROGERS, 2015).

A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica e a análise dialética. Inicialmente, fez-se o levantamento bibliográfico sobre o tema, para que se tivesse um contexto social e político da água no âmbito Oriente Médio, posteriormente, em especial nos conflitos que envolvem Israel e Palestina. De posse destes dados, se fez uma análise dialética da água como um instrumento promovedor da paz e também de guerra dependendo do contexto sociopolítico inserido.

II. ÁGUA NO CONTEXTO POLÍTICO DO ORIENTE MÉDIO

A água ou recursos hídricos, nos termos políticos, é um recurso natural que não possui limites geográficos e políticos. Esta é legalizada e pode determinar

13. Esta publicação, é o escrito da palestra proferida pelo autor no IV Workshop de Direitos Humanos e Relações Internacionais, em 29 de abril de 2015, na Universidade do Estado do Amazonas. Este evento foi promovido pela Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (CDHDA/UEA).

14. Advogado. Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA). Professor da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e do Centro Universitário do Norte (UNINORTE/LAUREATE). Fundador e coordenador do Núcleo de conciliação, mediação e arbitragem da Universidade do Estado do Amazonas (NCMA/UEA). Professor-membro da Clínica de Direitos Humanos e Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (CDHDA/UEA). E-mail: denisonaguiarx@hotmail.com.

15. Advogada. Mestra em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA/UEA). Professora da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e do Centro Universitário do Norte (UNINORTE/LAUREATE). E-mail: carla_torquato@hotmail.com.

16. Advogada. Mestra em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professora da Universidade do Estado do Amazonas (UEA) e do Centro Universitário do Norte (UNINORTE/LAUREATE). E-mail: mcferst@gmail.com.

as relações entre Estados, no entanto, a água não possui os limites geográficos e políticos, ao mesmo tempo em que as relações políticas e sociais que os seres humanos possuem, não tem limites biológicos independentes. Por exemplo, os rios tigre e Eufrates, em suas existências, passam pelos territórios do que no ano de 2015, entende-se como Turquia, Síria e Iraque. Estes abastecem a população destes Estados, e compõem bioma daquela região (LEITE, 2003).

Os Estados que compõem o Oriente Médio são ricos em petróleo, numa cifra de 64 % do mundo, no entanto, pobres em água, com um por cento (FREITAS, 2016). Por exemplo, A Arábia Saudita e as pequenas nações do Golfo Pérsico fazem a dessalinização da água do mar, ao mesmo tempo, são compradoras de água mineral, para abastecimento populacional. Quão se evidencia a realidade de escassez de água na região (LEITE, 2003).

No Oriente Médio, 9 entre 14 Estados vivem em condições de escassez, seis dos quais devem duplicar sua população dentro de 25 anos. Estes possuem, aproximadamente 40 por cento da população mundial, vive em bacias hidrográficas compartilhadas por dois ou mais Estados e estão freqüentemente em litígio, como é o caso da Turquia (LEITE, 2003).

III. ÁGUA COMO CAUSA DE CONFLITOS NO ORIENTE MÉDIO

Logo, no plano político, a água pode ser utilizada como causa de conflitos. Podem-se citar os seguintes conflitos ou tensões:

I. A disputa pela bacia do Rio Jordão, causou, em 1967, a invasão de Israel na Síria, por esta possuir a nascente do rio Jordão.

Israel controla as colinas de Golan, anexadas ao seu território em 1981 por causa da água e por questões militares. Da mesma forma, mantém presença militar no Sul do Líbano, em parte, pelo menos, porque lá também está a água, e não só por questão de segurança. Dois terços dos recursos hídricos de Israel originam-se em territórios controlados militarmente nas colinas de Golan e na Cisjordânia (LIPPMAN, 2014).

Israel passa por *stress* hídrico e com escassez hídrica assim, as suas reservas de água são de 1155 m³ *per capita* por ano. Além disso, seus recursos hídricos diminuem aceleradamente, por isso Israel considera estes recursos da maior importância, usando o seu poder para mantê-los e aumentá-los, através do uso da força. Um exemplo disso, é o boicote aos recursos hídricos palestinos e sírios, fazendo uso da força militar para impedir a população de aceder

aos recursos; e o ataque armado a poços palestinos e sírios, destruindo-os ou adquirindo-os para si (SANTOS, 2013).

O rio Jordão, o principal da região, que banha Israel, Síria, Líbano, Jordânia, Cisjordânia e os territórios da Autoridade Nacional Palestina, possui afluentes: i. O rio Hasbani, que nasce na Síria, dividindo parte de sua bacia com o Líbano e ii. rios Dan e Banyas, que se originam nas colinas de Golan, que desembocam no rio Jordão, a montante do lago Kinneret, antigo mar da Galileia (SANTOS, 2013).

Outra fonte de suprimento de água na região é a água subterrânea, proveniente dos dois principais aquíferos, o da montanha e o litorâneo, responsáveis por parte significativa do suprimento de água aos países integrantes da bacia hidrográfica do rio Jordão. O mais representativo é o aquífero da montanha, situado em território israelense e na Cisjordânia, o qual representa cerca de 25% de toda a demanda de Israel. Esse aquífero é composto por três bacias de captação - oriental, ocidental e nordeste - localizadas na margem oeste do rio Jordão, onde está assentada grande parte dos colonos israelenses (WOLF, 1995).

Na década de 1990, Israel explorava, além dos limites, suas disponibilidades hídricas de cerca de 2.100 milhões de metros cúbicos anuais contra uma afluência renovável que variava de 1.950 milhões a 1.600 milhões, dependendo das condições hidrológicas. Seus aquíferos diminuía a uma taxa 15% superior à capacidade de recarga natural (WOLF, 1995).

O uso da água era concentrado na agricultura com 73%, enquanto 22% eram destinados ao saneamento básico de cerca de 6 milhões de habitantes e 5% às indústrias (WOLF, 1995). O desempenho da Jordânia era ainda pior, pois usava 20% mais água que a afluência natural. Os aquíferos litorâneos, especialmente em Gaza, além de superexplorados, estavam sendo salinizados pela intrusão da água do mar. As previsões para 2010, segundo Villiers (2002), indicam que Israel terá um déficit de água de 360 milhões de metros cúbicos, enquanto na Jordânia e na Cisjordânia, o déficit será de 200 milhões e 140 milhões de metros cúbicos, respectivamente (VILLIERS, 2002).

A tensão política e a falta de uma solução aceitável tanto pelos árabes quanto pelos israelenses agravaram a situação, tornando muito difícil o gerenciamento adequado dos recursos hídricos da região.

II. Disputas, em 2014, pelo rio Nilo, entre Egito e Etiópia, pela construção, pela Etiópia, de uma hidrelétrica na cabeceira do rio Nilo (LIPPMAN, 2014).

Dentro deste contexto, podem-se elencar as seguintes causas, que envolva a água, como um elemento, nos conflitos entre Estados do Oriente Médio:

I. Crescimento demográfico descontrolado.

O Oriente Médio possui 5 por cento da população mundial e 1 por cento das reservas de água do mundo, ou seja, aproximadamente a cota anual 1500 m³ por ano, com previsão de que seja 700 m³. O Egito possui 86 milhões de habitantes, tem uma população duas vezes maior em 50 anos, mas sem água adicional.

II. Controle das nascentes dos principais rios.

É no território da Turquia que está as nascentes dos rios Tigre e Eufrates. Caso haja construção de hidrelétricas, repressão ou símiles, o abastecimento de água da Síria e do Iraque ficam comprometidas.

III. Anos de Guerra.

Perda do fluxo hidrológico em decorrência do bombardeamento do solo. A Guerra é ecologicamente devastadora. Ataques armados na região da Palestina ocorrida entre Abril e Agosto de 2002, como ação da mais recente Intifada, com as perdas pontuadas pelo *Palestinian Hydrology Group*, órgão responsável pelo setor e distribuição aquífera no Território Palestino (VICENTIM, 2010).

IV. Modelo de desenvolvimento de produção de energia elétrica.

Construção da Usina de Utaturk, na Turquia, na década de 1990.

V. Políticas agrícolas imprudentes e subsídios que a fomentam.

Caso de Israel que usa 73 dos recursos hídricos por cento da água na agricultura.

VI. Gestão descuidada das reservas de água

VI.I. Israel desenvolveu estratégia de usina de dessalinização da água do Mar. Este processo é demasiadamente caro e poluidor, ao mesmo tempo em que é uma necessidade (LIPMANN, 2014).

VI.II. A retirada excessiva de água subterrânea provoca a intrusão da salinidade do oceano na água do subsolo (LEITE, 2003). No planejamento do sistema de reuso de água para fins agrícolas, os esgotos constituem um importante elemento das políticas e estratégias de gestão de recursos hídricos. O oriente médio considera esgotos de água de baixa qualidade como parte integrante de seus recursos hídricos nacionais, utilizados nos sistemas locais de gestão urbanos e rurais. O que como reação se questiona: “Como ter uma política pública que reutilize para transformar a problemática poluidora e agressiva dos esgotos em um recurso econômico e ambientalmente seguro?” (LEITE, 2003)

VII. Mudanças ambientais: Diminuição das chuvas.

Importante destacar que com estes perfis o manejo da água é utilizado para o acirramento dos conflitos e da baixa qualidade de vida das populações dessas regiões.

IV. ÁGUA COMO CAUSA DA MANUTENÇÃO DE PAZ NO ORIENTE MÉDIO

A água como instrumento de manutenção de paz pode ocorrer através dos acordos hídricos transfronteiriços que são normalmente concebidos como acordos de alocação (BROOKS e TROTTIER, 2010). O sentido primordial destes acordos hídricos está no compartilhamento da água entre Estados que envolvem o mesmo Rio, ou meio ambiente natural. A ressalva que deve se ter é que a água enquanto propriedade, em curto prazo, pode solucionar conflitos a curta prazo, mas não é o que ocorre a longo prazo (BROOKS e TROTTIER, 2010).

Assim sendo, Brooks e Trottier (2010) propõem que os acordos hídricos não envolvam alocação de água, no âmbito de acordos internacionais sobre esta. Propõe-se uma gestão conjunta em curso que permite contínua resolução de conflitos sobre as demandas de água e se usa de uma forma que efetivamente se desnacionaliza usos da água (BROOKS e TROTTIER, 2010).

Esta pode ocorrer, baseada em instituições existentes, funcionando que já estão ativas nos seus níveis de competência e jurisdição. O foco principal está em não perceber a água como uma demanda nacional em suas instituições de componentes nacionais, mas sim em agregá-la dentro de um contexto institucional internacional. Esta é uma abordagem para a construção transfronteiriça de acordos de água que podem ser úteis em qualquer situação geográfica, neste caso, por exemplo, um conflito que pode ser citado é o conflito israelense-palestino como um modelo (BROOKS e TROTTIER, 2010).

Num primeiro plano, podem-se respeitar as diferenças existentes nas instituições de gestão da água. Brooks e Trottier (2010) propõem se atingir entre as duas entidades, quatro objetivos gerais: i. a eficiência econômica; ii. equidade social e política; iii. a sustentabilidade ecológica, e a iv. capacidade de implementar o acordo na prática. As instituições podem seguir cinco princípios-chave para a gestão compartilhada: i. a alocação de água que não são fixas, mas variáveis ao longo do tempo; ii. igualdade de direitos e responsabilidades; iii. prioridade para a gestão da demanda sobre a gestão da oferta; iv. monitorização contínua da qualidade e quantidade da água e v. e mediação entre competidos usos de água doce.

A proposta é que esta estrutura institucional equilibre a quantidade e qualidade da água; questões de água e objetivos econômicos e ambientais em uma estrutura sistêmica. Embora especificamente aplicada à água compartilhada por israelenses e palestinos, os objetivos, princípios e estrutura institucional são re-

levantantes para qualquer lugar no mundo onde seja transfronteiriça a água, onde se quer unir dois ou mais povos (BROOKS e TROTTIER, 2010).

Nesta caracterização, a Água, como instrumento político da manutenção de paz. Pode-se elencar o seguinte:

I. Gestão e educação da água: Políticas de manutenção de nascentes e tecnologia de água potável.

I.I Gestão participativa de recursos hídricos: as decisões são tomadas por meio de deliberações multilaterais e descentralizadas, realizadas em colegiados e

I.II Gestão burocrática: entidades públicas concentram a autoridade e o poder, funcionando por meio de negociações político-representativas e jurídicas ou financeiras.

II. Acordos bilaterais ou multilaterais e/ou de cooperação sobre a gestão compartilhada da água.

Tratado de Paz entre Jordânia e Israel, para compartilhar os recursos hídricos, entre países com as fronteiras definidoras pelo rio Jordão.

Um exemplo desta cooperação aconteceu na região de Belém, quando o servidor central de água sofreu danos pelas incursões, e funcionários da Mekrot, empresa Nacional de Distribuição de Água Israelense, foram chamados para reparar os danos. Mesmo com pressão dos assentados judeus para serem atendidos primeiro, decidiu-se pela urgência pela água dos 150.000 residentes palestinos de Belém à pequena comunidade de judeus, e como resultado de uma análise justa e cooperativa, o aqueduto de Belém reparado primeiro. (VICENTIM, 2010)

III. Cidadania planetária e Governança global.

Conservar o Meio ambiente natural é conservar a existência do ser humano, pois se trabalha na abordagem da alteridade para que os conflitos sejam atenuados.

IV. Mudança da racionalidade desenvolvimentista econômica para uma racionalidade econômica sustentável.

Instrumentos práticos para a proteção do meio ambiente natural, conforme as complexidades sociais, tecnológicas e políticas. Os Estados não são protagonistas, são participantes.

V. Evitar a tragédia dos comuns.

Falta de manejo e gestão das águas, se não uma gestão integrada de recursos naturais. A falta de água não é causada pela sua inexistência, mas é causada pela não vontade de se solucionar os conflitos.

VI. Desenvolvimento de soluções práticas de conflitos que envolvam os recursos naturais.

Legislação não resolve o problema, mas sim, se ter um sistema de gestão compartilhada, mesmo que utópica, de acordo com um acompanhamento de monitoramento avaliação, fiscalização e reavaliação.

Neste sentido, há de se destacar que, a ausência de qualquer função envolvendo a Autoridade Palestina também é suscetível de complicar qualquer solução duradoura para a sua crescente necessidade de água. Os palestinos têm buscado financiamento Árabe para usinas de dessalinização por algum tempo, mas sem sucesso, ao mesmo tempo que os israelenses ou os jordanianos estão dispostos a fazer concessões de água ou incluir os palestinos em seus planos de desenvolvimento de água, a situação da água talvez se agravará, caso a paz não seja uma prioridade entre estes (ROGERS, 2015).

Rogers (20015) afirma que:

Num futuro próximo a capacidade de sobrevivência no clima severo do Oriente Médio será conduzido sustentabilidade econômica. O aspecto mais desafiador de populações em expansão e infra-estrutura em Israel, Jordânia e a Autoridade Palestina será água. A infra-estrutura de água precisa ser projetada à frente das demandas domésticas, industriais e políticos. A água é fundamental à vida, tanto para o consumo corporal e manutenção de saneamento. A experiência passada com as nações altamente desenvolvidas, como os Estados Unidos mostrou que os sistemas de abastecimento de água deve ser redundante, de modo que o abastecimento não será consumida com os padrões normais de secas plurianuais.

Para Rogers (2015) se mostra que o caso de Israel e Palestina envolve caso de um sistema de redundância. Por isso, entende-se os sistemas redundantes como aqueles que empregam diferentes mecanismos de fornecimento e entrega para que colapso total de uma ou duas linhas de fornecimento, onde pode ser evitado quando utilizado fontes paralelas ou alternativas, através de uma abordagem multi-facetada de Israel, para o desenvolvimento dos recursos hídricos. Assim, as suas tentativas para elaborar esquemas para reduzir o consumo agrícola e qualidade da água são sempre para o presente.

Desse modo, os vizinhos de Israel provavelmente vão seguir o seu exemplo e imitar o maior número de fontes e métodos de conservação como eles podem individualmente ter recursos alternativos. No entanto, muito do que a infra-estrutura

permanecerá vulnerável a interdição através de ataques terroristas ou atos evidentes de guerra, algo que deve ser evitado para o devido abastecimento de água.

Para Garvett (2015) ao se tratar das implicações políticas e socioambientais sobre questões que envolve a água no conflito Israel-Palestina, a água é um canal viável para a paz entre Israel e a Autoridade Palestina, pois isso exige a interação estável e contínua para cumprir os objetivos mútuos para a gestão dos recursos transfronteiriços. Assim sendo, a questão da água foi politizada na década de 2010, é menos preponderantes do que outros aspectos do conflito israelo-palestiniano.

Como precedência para a continuação da cooperação existente entre 1996 e 2010. Esta época, há de se considerar que mesmo que a estrutura de gestão conjunta tenha sido extremamente falha, em decorrência da abordagem dos problemas de água num contexto do período provisório e antes da conclusão das negociações sobre o estatuto definitivo. O atual impasse político e a ação quadro, pode em breve transformar-se em uma catástrofe humanitária generalizada em todo o território palestino, bem como reduzir a quantidade e qualidade dos fornecimentos disponíveis para Israel no futuro. Portanto, a água merece uma maior atenção por representantes das duas partes e da comunidade internacional, bem como novos mecanismos de gestão partilhada. Ele requer uma ação rápida, independentemente da vontade política das partes (GARVETT, 2015).

Conforme Garvett (2015) a proposta é se centrar num sistema que satisfaz completamente os princípios da lei da água. No Direito Internacional consuetudinário e de compromissos razoáveis relacionado às posições israelenses e palestinos sobre a água é inatingível em 2015, dado o clima político altamente volátil na região. No entanto, as alternâncias para os comportamentos dos lados, e uma maior coordenação através destes, que reduzem as incertezas sobre as fontes comuns são superiores ao acordo provisório estagnado. Com isso, as questões políticas como a atividade de assentamentos israelenses e a violência inter-partido eclipsaram a gestão da água como uma prioridade.

Ao se tratar do conflito sobre a água entre Israel e Palestina, não existem soluções simples na questão da água (GARVETT, 2015). A cooperação superficial por meio de projetos selecionados e relatórios que os palestinos estão recebendo maior suprimentos enquanto Israel unilateralmente trata e desvia a água, obscurecendo a realidade negativa. Dentro da inação dos peritos ambientais do período intercalar e outras ações não-estatais em causa podem continuar a divulgar os défices do regime atual da água ao defender para ações de emergência.

Os governos devem priorizar a água, urgentemente, pois as condições bélicas podem deteriorar ainda mais a situação do conflito, enquanto a água continua a ser absolutamente ligada aos sucessos dos fracassos de conversações de paz (GARVETT, 2015). Eles devem demonstrar o seu desejo de substituir ou, pelo menos, completar ou modificar um sistema com medidas de confiança. Tem-se como alvo os aspectos críticos imediatos da disputa de água e assegurar a utilização que é mais equitativa e razoável, bem como a prevenção de danos significativos para fontes compartilhadas. Assim sendo, as ações que não ameaçam o conflito político, mas podem significativamente avançar as condições da água incluem selecionar dados e partilha de informação, notificação prévia de projetos unilaterais no âmbito direitos similares das partes, e demonstração de boa vontade através do aumento do abastecimento de água para os palestinos na Cisjordânia e em Gaza. Para Garvett (2015), no conflito político deve-se pensar na água para a prosperidade socioambiental das nações e Estados como um direito humano básico.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A água é um recurso natural compartilhado; não possui fronteiras políticas e é escassa. Neste sentido, ela se insere nas Relações Internacionais como um fator de Conflito e/ou Cooperação.

O conflito é inerente ao recurso dividido, em especial quando se tem também disputas que envolvam questões étnico-religiosas. A cooperação deve ser tomada sob a perspectiva de sobrevivência dos povos na mesma região (VINCENTIM, 2010).

As políticas públicas e a tomada de decisões sobre a cooperação de gestão dos recursos hídricos devem ser tomadas pelos técnicos e cientistas que possuam a preocupação de conservação socioambiental e não simplesmente, por políticos que possuem interesses de acordo com o grupo que faz parte, em sua generalidade. “Cada região e suas ideologias terão que reconsiderar o fato da sobrevivência humana antes de qualquer discrepância política” (VINCENTIM, 2010).

Dessa forma, A água é o recurso estratégico número um. Conservar a água é conservar a própria existência do ser humano. Ao se tratar da relação entre direitos fundamentais e recursos hídricos, pode-se afirmar que com propostas práticas de política internacional, pode-se ter a mudança dos paradigmas de competição e conflito para cooperação (VICENTIM,2010). Não por capricho político, mas por necessidade de existência que compõem os Estados do Oriente Médio.

REFERÊNCIAS

- BROOKS, D. E TROTTIER. Confronting water in an Israeli–Palestinian peace agreement. **Journal of Hydrology**. 382 (2010) 103–114. Disponível em < [https://collab12.water.ca.gov/documents/18/3334111/Israeli-Palestine + Water + Agreement.pdf](https://collab12.water.ca.gov/documents/18/3334111/Israeli-Palestine+Water+Agreement.pdf) > . Acesso em: 08 out 2016.
- FREITAS, E. Produção de petróleo no oriente Médio. **Mundo educação**. Disponível em: < <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/geografia/aproducaoepetroleonoorientemedio> > . Acesso em: 06 out 2016.
- GARVETT. A. P. **THE POLITICS OF WATER: Israeli-Palestinian Transboundary Resource Management and the Efficacy of Cooperation**. Tese. Arts in Global Liberal Studies New York University, April 2015.
- LEITE, A.M.F. **Reúso da água na gestão integrada de recursos hídricos**. Dissertação. Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em planejamento e Gestão ambiental da Universidade Católica de Brasília. Brasília: Universidade Católica de Brasília, 2003. Disponível em: < <https://bdt.d.ucb.br:8443/jspui/bitstream/123456789/1738/1/DissertAnaMaria.pdf> > . Acesso em: 06 out 2016.
- LIPPMAN. T. W. A grande crise do Oriente Médio que seguramente é ignorada. **INTER PRESS SERVICE**. 2014. Disponível em: < <http://www.ipsnoticias.net/portuguese/2014/05/ultimasnoticias/agrandecrisedoorientemedioque-seguramenteeignorada/> > . Acesso em: 06 out 2016.
- RODRIGUES JUNIOR, G. S. **Geografia Política e os Recursos Hídricos Compartilhados: O Caso Isarelo- Palestino**. Tese. Programa de Pós-Graduação em Geografia Humana do Departamento de Geografia da Faculdade de Filosofia, letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. São Paulo: USP, 2010.
- ROGERS. J. D. INNOVATIVE SOLUTIONS FOR WATER WARS IN ISRAEL, JORDAN AND THE PALESTINIAN AUTHORITY. **Internacional Conference on Military Geology and Geograph**. 2015. Disponível em: < <http://web.mst.edu/~rogersda/umrcourses/ge342/Article-Innovative%20Solutions%20Water%20Wars%20with%20header.pdf> > . Acesso em: 06 out 2016.

- SANTOS, T. F. V. **O conflito Israelo-Árabe e os problemas da água**: Da escassez ao conflito. Dissertação. Mestrado em relações Internacionais da Universidade de Coimbra. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2013.
- VICENTIM, A. Os Direitos Fundamentais e os recursos hídricos em Israel e no território Palestino. **Âmbito Jurídico**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8266> . Acesso em: 06 out 2016.
- VILLIERS, M. Água: como o uso desse precioso recurso natural poderá acarretar a mais séria crise do século XXI. Rio de Janeiro. Ed. Ediouro, 2002.
- WOLF, A. T. **Gerindo Disputas e Cooperação Hídrica**. Estado do Mundo. Universidade do Estado de Oregon. 2005.

O TRANSPORTE HIDROVIÁRIO NO PLANO DE MOBILIDADE DE MANAUS: MELHORIA DE TRÂNSITO E QUALIDADE DE VIDA URBANA¹⁷

Eduardo Terço Falcão¹⁸ e Francisléa Nazaré Caxeixa de Menezes Falcão¹⁹

1. INTRODUÇÃO

Prestes a completar 347 anos de fundação em 24 de outubro do corrente ano²⁰, Manaus, segundo estimativa do IBGE, conta atualmente com uma população 2.057.711 habitantes²¹, e, tal qual a maioria das cidades do Brasil, cresceu sem planejamento adequado, surgindo, com isso, problemas urbanos das mais diversas ordens, dentre os quais se pode destacar a questão da mobilidade urbana.

Vista de cima, Manaus tem a forma geométrica semelhante a um grande losango, cujas bases inferiores são banhadas pela margem esquerda do Rio Negro, o que dá em torno de 40 Km de orla do extremo Oeste ao extremo Leste. Mas o fato importante é que essa orla fluvial do Rio Negro é navegável. E considerando o problema de mobilidade, a utilização regulamentada e organizada do transporte de pessoas e bens pela orla da cidade poderá ser de grande auxílio na fluidez de veículos e pessoas que cruzam as zonas da capital amazonense.

Com a visão de se utilizar essa forma de transporte em Manaus, foi que a Câmara de Vereadores (em atendimento ao Estatuto da Cidade (Lei 10.257 de 10 de julho de 2001)), aprovou a Lei Municipal n. 2.075, de 29 de dezembro de 2015, que trata do plano de mobilidade urbana, contemplando a modalidade transporte hidroviário.

17. Modificado do original "O TRANSPORTE HIDROVIÁRIO COMO ALTERNATIVA DE MOBILIDADE URBANA DE MANAUS", submetido e aprovado para XXV Encontro Nacional do Conpedi.

18. Aluno regular do Curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade Estadual do Amazonas, turma 2016, (e-mail: eduardotfalcao@hotmail.com).

19. Advogada da União no Amazonas, Chefe da Consultoria Jurídica (e-mail: francislea2@yahoo.com.br).

20. Em 24 de outubro de 1848, por força da Lei n.º 147, votada pela Assembléia (sic) Provincial do Pará, a localidade teve o seu topônimo alterado para "Barra do Rio Negro", antecedido pelo título de cidade, que o mesmo Decreto lhe outorgou - <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/dtbs/amazonas/manaus.pdf>.

21. Dados extraídos do portal CIDADES@ do IBGE que é uma ferramenta para se obter informações sobre todos os municípios do Brasil e pode ser acessado no seguinte endereço eletrônico: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=130260>.

Longe de se conseguir esgotar totalmente o tema, este artigo tem como objetivo verificar a viabilidade do transporte hidroviário, bem como se o mesmo contribuirá auxiliando no trânsito trazendo uma melhor qualidade de vida para os moradores da capital, porém sem se perder de vista a proteção ao meio ambiente natural e urbanístico.

2. A FALTA DE PLANEJAMENTO DAS CIDADES E SEUS EFEITOS

A maioria das cidades brasileiras cresceu sem um adequado planejamento urbano, e hoje, mais do que nunca, colhe os frutos nada agradáveis dessa ausência, o que vem refletir diretamente na qualidade de vida dos cidadãos.

Ao contrário das cidades europeias e norte-americanas, a urbanização das cidades brasileiras decorreu mais de fatores nem sempre desenvolvimentistas (êxodo rural, por causa das condições de vida no campo e a mecanização das lavouras, por exemplo) do que a industrialização e o desenvolvimento econômico.

Como exemplo dessa falta de planejamento, José Afonso da Silva assim disserta sobre o crescimento desordenado de São Paulo e Rio de Janeiro:

Essa megalópole, no Brasil, formou-se por via de uma ocupação caótica do solo urbano; caótica, irracional, irracional e ilegal. Foi, de fato, o loteamento ilegal, combinado à autoconstrução parcelada da moradia durante vários anos, a principal alternativa de habitação para a população migrante instalar-se em algumas das principais cidades brasileiras. Dessa forma foram construídas as imensas periferias de São Paulo e Rio de Janeiro (SILVA, 2015).

Assim como nas grandes cidades brasileiras, os bairros mais populosos da cidade de Manaus são fruto de ocupação irregular, e essa falta de planejamento tem reflexos imediatos na qualidade ambiental da cidade, afetando diretamente a vida dos cidadãos.

Pode-se citar, como consequência do crescimento desorganizado, a existência de ruas estreitas e sinuosas, ausência e má-conservação de calçadas, obstáculos nos passeios públicos, inexistência de ciclovias, interligações de bairros sem levar em conta os obstáculos naturais – igarapés, elevações e áreas de conservação, falta de regulamentação e implementação de transporte hidroviário e a circulação da grande frota de veículos leves e pesados por ruas inapropriadas e

sem uma eficiente engenharia de tráfego, tudo isso aliado à falta de fiscalização permanente por parte do poder público, bem como sua inação.

Um meio ambiente urbano de boa qualidade é sempre almejado, visto que tem influência direta na vida de cada morador. Afinal, conforme adverte Perloff:

A qualidade do meio ambiente em que a gente vive, trabalha e se diverte influi consideravelmente na própria qualidade de vida. O meio ambiente pode ser *satisfatório* e *atrativo*, e permitir o desenvolvimento individual, ou pode ser *nocivo*, *irritante* e *atrofiante*.

(...).

A qualidade do meio ambiente transforma-se, assim, num bem ou patrimônio, cuja preservação, recuperação ou revitalização se tornaram um imperativo do Poder Público, para assegurar uma boa qualidade de vida, que implica boas condições do trabalho, lazer, educação, saúde, segurança – enfim, boas condições de bem-estar do Homem e de seu desenvolvimento (Perloff apud Silva, 2013).

Conforme se depreende, a qualidade de vida a que os referidos estudiosos se reportam diz respeito à qualidade de vida nas cidades, e isso envolve planejamento.

Desta feita, se o Poder Público e os cidadãos não atentarem para o planejamento habitacional e a fluidez de pessoas e veículos, em poucos anos Manaus terá piorada sua qualidade de vida, haja vista a tendência de aumento na emissão de gases e a multiplicação das ilhas de calor, que são áreas da cidade mais quentes do que o normal, ainda mais se for considerado que ela está à 3,12° ao Sul da linha do Equador (o que implica na recepção de raios solares em ângulo reto), bem como a retenção de calor pelo concreto das casas e edifícios e o asfalto das ruas.

É certo que o planejamento requer o envolvimento dos moradores e do Poder Público, e isso passa pela educação e fiscalização do cumprimento de normas. Não é ação estanque, mas dinâmica. Zelar pela boa qualidade do meio ambiente na cidade não está restrito ao Poder Público. Cada morador é peça importante devendo não só obedecer às normas a todos impostas como participar ativamente na proteção e fiscalização do meio ambiente urbano, bem como opinar e exigir.

Requer-se, portanto, que sejam tomadas medidas urgentes, utilizando-se os instrumentos de política urbana com a participação da população diretamente envolvida, e apontar possíveis soluções para os problemas, contribuindo assim para se alcançar um meio ambiente urbano mais sadio.

3. INSTRUMENTOS DE POLÍTICA URBANA

As cidades refletem a cultura de seus moradores. E esse reflexo muda constantemente, pois o ser humano, ao viver em sociedade, busca satisfazer suas dinâmicas necessidades biológicas e psicológicas.

É natural que da convivência surjam tensões sociais, e essas deverão ser mediadas por um poder central imparcial e representativo da vontade da maioria e que busque a composição entre as partes.

Surgem as regulamentações de ordem civil, administrativa e penal objetivando a composição de interesses, pois a boa convivência entre os cidadãos cria um ambiente propício ao progresso de todos.

Assim é que na busca por uma sadia qualidade de vida resultante de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição Federal estabeleceu em seu art. 182, e §§1º e 2º o seguinte:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

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

(...) (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Diante do ordenamento constitucional foi editada a Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001 (Estatuto das Cidades), bem como a Lei n. 12.587, de 3 de janeiro de 2012, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana.

As cidades brasileiras com mais de 20.000 habitantes ficaram encarregadas de aprovar seu Plano Diretor, do qual deriva também o Plano de Mobilidade Urbana da respectiva localidade.

Somado a esses instrumentos, o Direito Urbanístico, através de normas próprias, cuida também do uso e parcelamento do solo urbano de tal forma que o direito individual de cada indivíduo seja respeitado, ao mesmo tempo impede-se

que esse interesse não se sobreponha à de outro particular, ou mesmo atente contra o bem-estar de toda a coletividade.

Assim podemos citar como instrumentos na busca de uma boa qualidade de vida nas cidades, o Estatuto da Cidade, o Plano Diretor e o Plano de Mobilidade Urbana, aliado ao Direito Urbanístico. Não que esses instrumentos agasalhem todo tipo de solução para os problemas urbanos, mesmo porque deve ser levada em consideração a dinâmica da vida nas cidades, mas, sem dúvida, são instrumentos que traçam diretrizes e indicam soluções, sem deixar de abrir espaço para a criatividade humana na solução dos problemas.

4. A NECESSIDADE DE PLANEJAMENTO E URBANIFICAÇÃO DAS CIDADES

As cidades, por serem o resultado de aglomerações humanas e crescerem de forma ordenada ou desordenada, necessitam da criação de políticas urbanas para regulamentar esse crescimento com o escopo de conferir aos indivíduos uma sadia qualidade de vida.

Em vista disso, no Brasil uma das leis precursoras que tratou do parcelamento do solo urbano foi a Lei 6.766/1979, também conhecida como Lei Lehman²².

Autores como Maricato entendem que essa lei, por si só, não deu certo:

É certo que a Lei Lehman (*sic*) (Lei 6.766/1979) pretendeu corrigir essa situação, fechando essa alternativa, que era a única forma de acesso do trabalhador pobre à propriedade urbana, sem lhe abrir outra possibilidade. Por isso, um dos resultados que se aponta com a promulgação da lei é o crescimento de favelas. Mas sequer a lei contribuiu para produzir uma qualidade ambiental satisfatória. Essa articulação contraditória entre norma e infração no espaço da metrópole brasileira gera a “cidade oculta, disfarçada e dissimulada” de que nos fala Ermínia Maricato, com a pretensão de fundamentar uma leitura da metrópole em sua essência e a leitura circunstanciada do período pós-1980, “quando as manifestações de violência criminal evidenciam o que as camadas dominantes insistiram em esconder: a desastrosa construção socioecológica, a gigantesca concentração de miséria que resultou de um processo histórico

22. A lei 6.766/1979 é também conhecida como Lei Lehman por ter sido de iniciativa do Senador pelo Estado de São Paulo Otto Cyrillo Lehmann, pela ARENA.

de ocupação excludente e segregadora do solo urbano.” (Maricato apud Silva, 2013).

Concordo, em parte, com a opinião de Maricato. É certo que foi demais o autor da referida lei pensar ser a mesma suficiente para a solução dos problemas da desorganização no crescimento das cidades.

Porém, penso que houve boa intenção do legislador em se começar a corrigir um fato social que até hoje persiste que é o problema da ocupação desordenada do solo urbano de nossas cidades.

A Lei Lehman não levou em consideração que o desprovido de recurso financeiro e de pouco conhecimento dos procedimentos burocráticos não conseguiria sozinho atender aos ditames, como por exemplo, providenciar o registro de transmissão do imóvel, recolher os impostos e depois registrar a transferência no cartório de imóveis, haja vista que isso requer conhecimento, tempo, disposição e dinheiro, e não pouco, diga-se, levando a grande massa da população a ocupar uma área urbana, anotá-la num papel e depois repassá-la a outro que por essa mesma área se interesse, e tudo isso através de um simples recibo e uma procuração e que, aliás, os cartórios de notas, mesmo sabendo da exigência de formalidades, em nada se opõem, e simplesmente reconhecem as assinaturas deixando transparecer que tal procedimento é o suficiente para garantir a propriedade.

Por conta dessa corriqueira informalidade é que muitas áreas protegidas por leis ambientais ou inapropriadas para moradia são ocupadas, gerando grandes transtornos para ao poder público, à coletividade e aos próprios indivíduos ocupantes que acabam, por falta de opção, se submetendo à moradia em áreas de risco.

Com isso, os recursos públicos que antes tinha destinação específica, agora serão remanejados para o asfaltamento de ruas, para o saneamento, e para a reparação de áreas verdes destruídas resultantes do surgimento desses bairros não planejados.

É de se observar também que o Poder Público, relativamente a essas ocupações irregulares, não raras vezes mante-se omissivo, não promovendo a aplicação das normas legais e dos instrumentos de política urbanística, o que contribuiu para a manutenção de pessoas em situações de risco e de degradação ambiental.

E um dos fatores que explica essa omissão do poder público é o fato de medidas desse viés serem impopulares, o que traz o medo do impacto negativo aos governos que lutam para se manter no poder e precisam do voto popular.

É comum na cidade de Manaus em época de eleição, principalmente municipais, o aumento da ocorrência de ocupação irregular de áreas verdes. O período

eleitoral é um momento em que os governos estão mais preocupados com a sua manutenção no poder, o que coloca várias questões de interesse local, dentre as quais as questões urbanas para um plano secundário, dando espaço para que situações de ilegalidade como as ocupações irregulares de áreas verdes protegidas por lei se prolonguem no tempo, diante do receio dos governos de promoverem no período eleitoral medidas impopulares que possam influenciar negativamente no seu projeto eleitoral de manutenção no poder.

A cidade de Manaus, por exemplo, com a criação do Distrito Industrial na década de 60 do século passado, atraiu muitos interioranos que viram nos empregos nas indústrias uma forma de melhoria de vida, ou até mesmo de sobrevivência, e largaram as dificuldades no interior do imenso estado para irem morar na capital.

Como consequência dessa migração, Manaus, segundo dados levantados dados obtidos na página do IBGE, passou de 175.343 habitantes na década de 60 para 2,1 milhões de habitantes, concentrando mais da metade da população de todo o Estado do Amazonas.

Em dissertação de mestrado em direito ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas, Magalhães, no trabalho “O Patrimônio Cultural e a Cidade: uma análise dos conflitos relacionados ao tombamento do centro antigo e do centro histórico de Manaus”, fez as seguintes observações:

A cidade de Manaus com a implantação da zona franca e o desenvolvimento da indústria, na segunda metade do século XX, vivenciou um rápido crescimento populacional e o surgimento de inúmeros problemas urbanos relacionados à ocupação desordenada do solo e problemas de infraestrutura urbana.

Com efeito, a cidade da urbanização, do desenvolvimento e da vida social cede lugar à cidade da industrialização, do crescimento e da produção econômica baseada no capital. O sistema urbano encontra-se sobre a ação dos conflitos entre o valor de uso e o valor de troca. (MAGALHÃES, 2013).

E ainda, segundo Magalhães:

A divisão da terra em propriedades é uma característica básica da organização do espaço. A atuação do Estado neste processo de constituição do espaço urbano intervindo nas disputas pela apropriação dos espaços e nas tensões entre o valor de uso

e o valor de troca é facilmente perceptível, especialmente, através das administrações municipais.

A justaposição num mesmo espaço urbano de diversas classes sociais atraídas para as cidades pelo processo de industrialização e urbanização potencializa os conflitos e transforma em necessidade a imposição de uma ordem disciplinadora do espaço (Apud, 2013).

De fato, Manaus se urbanizou sem planejamento adequado e hoje se observa graves problemas principalmente de moradia e mobilidade urbana.

Constata-se que a urbanização gera problemas ao meio ambiente, e a solução desses problemas obtém-se pela intervenção do Poder Público aliada à participação popular, que procura transformar o meio urbano e criar novas formas urbanas.

Busca-se, então, a *urbanificação*, que vem a ser o processo deliberado de correção da urbanização, consistente na renovação urbana, que é a *reurbanização*, ou na criação artificial de núcleos urbanos, como as cidades novas da Grã-Bretanha e Brasília. O termo “urbanificação” foi cunhado por Gaston Bardet para designar a aplicação dos princípios do *urbanismo*, advertindo que a *urbanização* é o mal, a *urbanificação* é o remédio”. (SILVA, 2015, p. 27).

Ou seja, segundo esse pensamento os problemas urbanísticos têm que ser corrigidos pela urbanificação, mediante a ordenação dos espaços habitáveis, de onde se originou o urbanismo como técnica e ciência.

A atuação urbanística do Poder Público gera conflitos entre o interesse coletivo e a ordenação adequada do espaço físico. É natural que o particular nem sempre aceite a limitação em sua propriedade, mesmo que haja a necessidade de auxiliar no fluxo de pessoas e veículos. Com efeito, vamos analisar no tópico seguinte alguns princípios de direito urbanísticos que norteiam juridicamente a atuação urbanística do poder público.

5. O DIREITO URBANÍSTICO COMO AUXILIAR NA SOLUÇÃO DOS PROBLEMAS DE MOBILIDADE URBANA

O direito urbanístico ligado à cidade e às necessidades conexas com o estabelecimento humano, mostra-se um dos ramos do direito mais dinâmico do ordenamento jurídico.

Conforme dito, os problemas urbanísticos podem ser em boa medida enfrentados pela urbanificação, mediante a ordenação dos espaços habitáveis, de onde se originou o urbanismo como técnica e ciência, conforme já dito.

Essa ordenação dos espaços habitáveis tem natureza pública e se exerce criando direitos e impondo obrigações aos interesses privados, e como tal também atua no campo da Ciência do Direito, visto ter que ser respeitado o princípio da legalidade (art. 5º, inciso II, CF).

É fato que a atuação urbanística do Poder Público gera conflitos entre o interesse coletivo e a ordenação adequada do espaço físico. É natural que o particular nem sempre aceite a limitação em sua propriedade.

A composição desses conflitos de interesse urbanístico é função da lei. Surgem normas jurídicas para regular e fundamentar a intervenção no domínio privado, sendo que a teoria jurídica denomina “direito urbanístico”.

Meirelles dá a seguinte definição ao direito urbanístico:

“(...) ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo.”

E segue explicando;

Na amplitude desse conceito incluem-se todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer de suas quatro funções essenciais na comunidade – *habitação, trabalho, circulação e recreação* -, excluídas somente as terras de exploração agrícola, pecuária ou extrativa que não afetem a vida urbana.” (MEIRELLES, 2003).

Em suma, o direito urbanístico visa à ordenação das cidades, com alguma incidência sobre as áreas rurais que nele interferem. Não se confunde com o direito de construir nem com o direito de vizinhança. E, apesar de se relacionar com outros ramos do direito, como o direito administrativo, tributário e econômico, segue como direito autônomo.

7. O TRANSPORTE HIDROVIÁRIO COMO AUXILIAR DO TRÂNSITO DE MANAUS

Viu-se que as cidades brasileiras, por terem crescido sem planejamento adequado, estão tendo dificuldades em fornecer aos seus moradores um meio urbano com boa qualidade ambiental.

O IBGE confirmou que Manaus é a 7ª maior cidade em população do país. E, seguindo a regra das cidades brasileiras, cresceu sem o adequado planejamento.

Atualmente, o trânsito de veículos transportando pessoas e bens é intenso pelas ruas centrais da cidade. E porque as ruas e as construções de prédios e casas não seguiram nas normas urbanísticas e ambientais, a cidade está perdendo muito em qualidade de vida.

Justamente por se concentrar na região central da cidade, a população não percebe que a geografia da cidade oferece uma via que encurta distâncias podendo auxiliar na fluidez do trânsito da região central. E essa opção é a orla fluvial do Rio Negro que tem potencial de ligar pontos sequenciais entre a zona leste e a zona oeste da capital.

Ademais, a Lei Municipal n. 2.075, de 29 de dezembro de 2015, que instituiu o Plano de Mobilidade Urbana de Manaus, prevê a utilização de hidrovias como parte integrante no auxílio ao trânsito de pessoas e bens.

Constata-se, também, um potencial turismo, pois com o trânsito das pessoas pelo Rio Negro é possível apreciar toda a orla de Manaus e a beleza amazônica.

Dentre os objetivos gerais do plano de mobilidade de Manaus, encontra-se o de reestruturação, tratamento e ampliação do transporte hidroviário (art. 7º, inciso VII).

Também prevê que, com vistas a atingir o objetivo estratégico de promoção da melhoria contínua de serviços, equipamentos e instalações relacionados à mobilidade, o Poder Executivo priorizará estratégias, dentre as quais a construção e manutenção de equipamentos de apoio ao transporte público em geral, como bicicletários, paraciclos, e terminais hidroviários (art. 7º, inciso VII).

Daí um importante fator turístico: transformar os pontos de embarque desembarque em áreas de comércio e lazer.

É bom lembrar que Manaus, por ser recortada por grandes igarapés, convivia acerca de 5 décadas atrás com a figura dos canoístas conhecidos pelo nome de catraieiros. Eles eram os responsáveis por realizar as ligações de uma margem a outra dos igarapés que na Amazônia são verdadeiros rios.

Todavia, com a construção de pontes e o assoreamento dos igarapés, a maioria dos catraieiros perderam suas funções, ficando restritos às zonas mais afastadas do centro da cidade e onde a poluição e degradação ainda não prevalecem.

Mas ficou a ideia que agora ressurge com a possibilidade de aproveitamento da orla como via de transporte que era o que os catraieiros faziam na Manaus de antigamente.

Porém esse meio de transporte proposto deve garantir a segurança dos usuários bem como o respeito ao meio ambiente, com o devido Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e Relatório de Impacto Ambiental (RIMA).

Bem a propósito do respeito ao meio ambiente quando da implantação de hidrovias, no Brasil, o EIA/RIMA, como instrumento de preservação ambiental, ganhou foro constitucional. A elaboração do EIA/RIMA é obrigatória para a execução de obra ou atividade potencialmente causadora de significativos impactos ambientais. Em razão da sua natureza preventiva, o instrumento deve ser confeccionado antes da pretendida execução do projeto ou do início da atividade.

A não realização do EIA/RIMA, como ato de improbidade administrativa, deságua na responsabilização civil, penal e administrativa, do empreendedor e agente público responsável pela exigência ou expedição da licença. Havendo inércia do empreendedor ou do órgão licenciador na exigência ou no cumprimento dos condicionantes, poderá qualquer legitimado, através da ação civil pública ou ação popular, solicitar seja efetuado o EIA/RIMA, e também a suspensão das atividades até sua efetiva confecção. (...) Não se pode negar que o instituto do EIA/RIMA constituiu-se em notável avanço introduzido na legislação brasileira para a proteção ambiental. Porém, para que se possa dar efetividade à norma, é imprescindível o comprometimento de todos os seguimentos envolvidos, do âmbito administrativo ao judicial, porque muitos Canais Artificiais de Navegação estão sendo instalados ou em operação sem a realização do estudo (CHAGAS, 2005).

Em suma, desde que respeitadas as normas urbanísticas e ambientais, observa-se no transporte hidroviário pela orla de Manaus um grande potencial no auxílio à obtenção de uma melhor qualidade de vida urbana, com a possibilidade de revitalização da orla do Rio Negro e a ampliação do potencial turístico da cidade de Manaus.

8. Conclusão

As cidades brasileiras cresceram sem um adequado planejamento, e Manaus, sem fugir à regra, também cresceu sem esse planejamento.

Com a implantação das indústrias na Zona Franca de Manaus, houve migração de grande parte da população do interior para a capital, o que a transformou numa das cidades mais populosas do Brasil.

As construções em áreas de risco e sobre igarapés, a falta de calçadas e de asfaltamentos, a falta de infraestrutura e saneamento, o trânsito intenso nas áreas centrais da cidade, e a formação de ilhas de calor causam danos ao meio ambiente urbano, diminuindo a qualidade de vida dos moradores.

A Constituição Federal prevê a criação de instrumentos públicos para se atingir uma boa qualidade de vida nas cidades, como o Estatuto das Cidades, o Plano Diretor e o Plano de Mobilidade Urbana.

O direito urbanístico está interligado ao direito ambiental sendo uma importante ferramenta a ser utilizada na solução e prevenção de problemas observados nas cidades. A urbanificação apresenta-se como uma das soluções possíveis para as questões urbanas e para a urbanização.

Um dos grandes problemas urbanos relaciona-se a questão da mobilidade urbana, e faz ressurgir em Manaus a ideia de se utilizar o transporte hidroviário como auxiliar do transporte urbano terrestre, conforme previsão em lei de mobilidade urbana.

Contudo, deverá haver respeitado o meio ambiente e a segurança dos passageiros, quando da eventual implantação desse modo de transporte.

Tema mundial que é a Amazônia, e por Manaus estar bem no centro da Amazônia Brasileira, Manaus terá que resolver as questões relacionadas à qualidade de vida urbana.

O trânsito e transporte nessa capital tem grande influência na boa qualidade de vida almejada.

A Lei de Mobilidade Urbana de Manaus traz a diretriz que se utilizar o transporte hidroviário como forma de auxílio no trânsito da cidade.

O potencial turístico poderá ser agregado a esse tipo de transporte haja vista que será posto em prática no rio Negro, porém deverá ser buscado utilizar os recursos naturais com a máxima cautela de tal forma a se obter uma boa qualidade de vida aos moradores.

Referências

BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20. dez. 1979. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/> > . Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05, out.

1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > . Acesso em: 05 fev. 2016.
- _____. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais de política urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11. jul. 2001. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/> > . Acesso em: 10 jan 2016.
- _____. Lei n. 12.587, de 3 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4. jan. 2012. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/> > . Acesso em: 10 fev. 2016.
- CHAGAS, Galileu Marinho das. EIA/RIMA e canais artificiais de navegação. In: **Revista de direito ambiental**, v. 10, n. 39, p. 75-91, jul./set. 2005.
- IBGE. **Portal CIDADES@**. Disponível em: <http://cidades.ibge.gov.br/xtras/perfil.php?codmun=130260>. Acesso em: 03 dez. 2015.
- MAGALHÃES, Allan Carlos Moreira. **O patrimônio cultural e a cidade: uma análise dos conflitos relacionados ao tombamento do centro antigo e do centro histórico de Manaus**. Manaus, 2013. Dissertação de mestrado em Direito Ambiental. Universidade do Estado Amazonas, 2013. 136p. Disponível em: < <http://www.pos.uea.edu.br/data/area/titulado/download/59-1.pdf> > Acesso em: 03 dez. 2015.
- MANAUS. Lei Municipal n. 2.075, de 29 de dezembro de 2015. Institui o Plano de Mobilidade Urbana de Manaus (PLANMOB-MANAUS) e estabelece as diretrizes para o acompanhamento e monitoramento de sua implementação, avaliação e revisão periódica. **Diário Oficial do Município**, Manaus, AM. 30 dez 2015. Disponível em: < <https://leismunicipais.com.br/camara/am/manaus> > Acesso em: 12 fev. 2016
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

PADILHA, Norma Sueli. **Fundamentos Constitucionais do Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Campus Jurídico, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

_____, **Direito Ambiental Constitucional**. 10 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

BREVE HISTÓRICO DA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL E NO AMAZONAS.

Erivaldo Cavancanti e Silva Filho²³ e Wendell de Araújo Lima²⁴

INTRODUÇÃO

O Brasil vem produzindo, desde o início do século passado, legislação e políticas que buscam paulatinamente consolidar uma forma de valorização de seus recursos hídricos. Como recurso ambiental público limitado e de fundamental importância para a sobrevivência humana, as águas necessitam da mais ampla proteção, justificando a existência de várias legislações a respeito.

O início da história da gestão dos recursos hídricos no Brasil se deu com o decreto 24.643/34, conhecido como código das águas ou lei das águas, confirmando que, na época, as águas eram consideradas recursos naturais renováveis, portanto o importante era proporcionar o desenvolvimento industrial e agrícola do País, incentivando, principalmente, a produção de energia elétrica.

Na década de oitenta, as necessidades de controle das águas impuseram novo entendimento e motivaram intensas discussões entre técnicos e especialistas brasileiros. Ocorreram debates internacionais e como consequência, trouxe a concessão de criação de um sistema integrado e descentralizado, gerando um novo modelo para uma gestão descentralizada a nível de bacias hidrográficas e trata a água como um bem de valor econômico.

Já a CR/88 e a lei 9.433/97, modificaram a classificação quanto a dominialidade, também buscando, de maneira mais consuetudinária, o uso e o aproveitamento das águas no País, preocupando-se com a atualização do tratamento, tendo em

23. Doutor, Professor dos Mestrados em Direito Ambiental e de Segurança Pública da Universidade do Estado do Amazonas, Pesquisador-líder do Grupo de Estudos em Direito de águas (CNPq), Editor da Revista de Direito Ambiental da Amazônia (ISSN 2525-4537), UNINORTE - Professor dos Cursos de graduação e da pós-graduação, ABRADE - Conselheiro Científico e Membro do Banco de Especialistas da Associação Brasileira de Direito Educacional.

24. Advogado, Mestre em Direito ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas, Membro do Grupo de Estudos de Direitos de Águas-GEDA-UEA.

vista incentivar e controlar o uso industrial e suprir as exigências do ramo hidráulico, mantendo a prioridade do desenvolvimento econômico.

A Lei 9.433/97, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema de Gerenciamento de Recursos Hídricos, determinando, em seu artigo primeiro, que “Água é um bem de domínio público”. Em 2006, com base na mesma lei, foi criado o Plano Nacional de Recursos Hídricos tendo como principal objetivo dar um tratamento gerencial, ratificando a prioridade da água para consumo humano.

O presente trabalho de pesquisa tem o objetivo de pesquisar/investigar, junto aos órgãos responsáveis pela gestão (execução/fiscalização), entre outros, tais como: Secretaria do Meio Ambiente do Estado do Amazonas, Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM), Conselho Estadual de Recursos Hídricos do Amazonas, Comitês de Bacias Hidrográficas do Amazonas, Agências de Águas do Estado do Amazonas, CPRM e a Concessionária Manaus Ambiental, o que vem ocorrendo, para se efetivar a legislação, para equacionar essa omissão.

A metodologia usada, será feita através de estudo da legislação vigente (quantitativa) e entrevista (qualitativa) nos vários órgãos suso mencionados.

1. CONSIDERAÇÕES GERAIS

O Código de Águas – Dec. 24.643, de 10.07.1934 – foi o primeiro diploma legal que possibilitou ao Poder Público disciplinar o aproveitamento industrial das águas e, de modo especial, o aproveitamento e exploração da energia hidráulica. Foi editado na forma de decreto, e não de lei, por ser ato do então Governo Provisório decorrente da Revolução de 1930 (o diploma, assim, é considerado formalmente decreto e materialmente lei ordinária, pelos sucessivos fenômenos de recepção constitucional). O texto foi concebido com cunho essencialmente privatista, direcionado à tutela do direito individual e econômico, circunstância evidenciada pela preocupação com o aproveitamento “comercial da água”.

Por outro lado, a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH, atrelada à Lei 9.433, de 08.01.1997, foi, em vários sentidos, um “divisor de águas”. Ela introduziu, na doutrina e na prática, critérios indiscutivelmente renovadores.

Vale ressaltar que, apesar do seu caráter vanguardista, a Lei 9.433, de 08.01.1997, é um diploma com pouco mais de cinquenta artigos, sendo suas disposições insuficientes para um tema tão complexo. Ademais, nas últimas décadas sofreu pouca contribuição legislativa em seu texto (a última, por sinal, trazida pela Lei 12.334, de 30.09.2010 (Política Nacional de Segurança de Barragens),

que pouco agregou ao diploma original). Não há como negar certa decepção com o legislador pátrio pela ausência de um tratamento “à altura” do assunto.

Por seu turno, a Lei 9.433/1997, que ainda pode ser considerada recente, instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – Singreh, que altera profundamente a disciplina da aplicação do Código de Águas, modificação que será cada vez maior na medida em que as normas regulamentares forem estabelecidas e novas leis forem surgindo.

Alguns anos depois, a Lei 9.984, de 17.07.2000, criou a Agência Nacional de Águas – Ana, como entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e integrante do Sistema Nacional de Recursos Hídricos. No mesmo ano, o Dec. 3.692, de 19.12.2000, contemplou a estrutura organizacional e operacional da Ana.⁷

É bom lembrar que a edição do novo Código Florestal (Lei 12.651, de 25.05.2012) influi sobremaneira na história da gestão dos recursos hídricos no país. (MILARÉ, 2015, p. 915-916).

A repartição de competência em matéria ambiental, no Brasil, segue os mesmos princípios que a Constituição adotou para a distribuição da competência em geral entre as entidades federativas. União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm competência para a proteção ambiental²⁵. Encontramos competência material exclusiva, competência material comum, competência legislativa exclusiva e competência legislativa concorrente. (SILVA, 2013, p. 78)

1.1 CÓDIGO DE ÁGUAS. ESCOPO LEGISLATIVO

Na década de 30, o Brasil que era um País predominantemente agrícola, foi-se modificando gradativamente para um país industrializado. Nesse cenário, foi editado o Código de 1934, que prestigiou o aproveitamento das águas, largamente utilizadas pelas indústrias que surgiam.

Divide-se o Código em duas partes. A primeira trata das águas em geral e de seu domínio, estabelecendo as normas fundamentais do que podemos chamar de Direito das Águas. A segunda trata do aproveitamento dos potenciais hidráulicos e estabelece uma disciplina para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica. Esta parte é mais extensa do que a primeira, dado que foi o motivo determinante da edição do Código.

25. Sobre essa temática, cf. Toshio Mukai, *Direito Ambiental Sistematizado*, Capítulo II, especialmente; o já citado artigo de Fábio José Feldmann e Maria Ester Mena Barreto Camino, in RF 317/89 e ss.; e o de Luís Roberto Barroso, na mesma RF317/170 e ss.

Pelas circunstâncias e consciência da época, o Código de Águas possui um conceito essencialmente privatista e de tutela da atividade econômica, com pouca ou nenhuma preocupação preservacionista ou humanista, razão pela qual seus dispositivos devem ser adaptados, quando ainda aplicáveis (a questão da revogação será vista na sequência), à luz da técnica da interpretação progressiva, evolutiva ou adaptativa.²⁶

Neste trabalho, enfocaremos apenas a primeira parte, que trata das águas em geral e da sua propriedade, uma vez que se refere aos dispositivos básicos e de aplicação geral (como dito, a segunda parte é específica para regulamentação da atividade econômica). (MILARÉ, 2015, p. 916)

1.2 NA CR/88

A Constituição de 1988 por inovar muito na matéria ambiental foi denominada de constituição ambientalista, conforme a lavra de Silva (2004. p.46):

A Constituição de 1988 foi, portanto, a primeira a tratar deliberadamente da questão ambiental. Pode-se dizer que ela é uma Constituição eminentemente ambientalista. Assumiu o tratamento da matéria em termos amplos e modernos. Traz um capítulo específico sobre o meio ambiente, inserido no título da ‘Ordem Social’ (Capítulo VI do Título VIII).

Além de trazer esse capítulo específico sobre o meio ambiente, Capítulo VI com seu art.225, tutelando os bens ambientais onde a água se encaixa neste contexto, essa constituição traz no seu conteúdo várias referências sobre recursos hídricos.

A Constituição de 1988 alterou profundamente a dominialidade das águas no Brasil, conforme já demonstrado no item 2.1. Determinada pelo local a dominialidade do recurso hídrico é repartida entre a União ou os Estados, sendo os bens da União conforme o disposto: Art. 20 - São bens da União: [...] III - os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos; IV - as ilhas fluviais e

26. O método de interpretação progressiva, evolutiva ou adaptativa determina que o significado e extensão de certa norma ou dispositivo é obtido por meio das necessidades e concepções do presente.

lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias marítimas; as ilhas oceânicas e as costeiras, excluídas, destas, as áreas referidas no artigo 26, inciso II; [...] VI - o mar territorial; [...] VIII - os potenciais de energia hidráulica; [...] IX - os recursos minerais, inclusive os do subsolo.

E os bens dos Estados são delimitados através do Art. 26 da Constituição de 1988:

Art. 26 - Incluem-se entre os bens dos Estados: I - as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União; II - as áreas, as ilhas oceânicas e costeiras, que estiverem no seu domínio, excluídas aquelas sob domínio da União, Municípios ou terceiros; III - as ilhas fluviais e lacustres não pertencentes à União [...].

Os artigos: 21, inciso XIX; art. 22 inciso IV e parágrafo único, art. 23 incisos VI, IX, XI e parágrafo único; e art. 24 incisos VI e VIII, parágrafos 1^a, 2^o, 3^o e 4^o da Constituição Federal 1988, trouxeram uma importante disciplina em relação as competências material exclusiva, privativa, material comum, concorrente e suplementar, respectivamente. Pela complexidade do assunto e pela influência na gestão dos recursos hídricos, será dedicado, mais a frente, um estudo mais profundo sobre o tema.

No seu artigo 43, no Capítulo da Administração Pública, Seção IV – das Regiões, a Carta Magna de 1988 trouxe uma abordagem de aproveitamento econômico dos recursos hídricos para a redução de desigualdades regionais, conforme disposto:

Art. 43 - Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando o seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais. [...] § 2^o - Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei: [...] IV - prioridade para o aproveitamento econômico e social dos rios e das massas de água represadas ou represáveis nas regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas.

No seu artigo 49, XVI, cita os recursos hídricos ao definir a competência exclusiva do congresso para autorizar, em terras indígenas, a exploração e o aproveitamento de recursos hídricos e a pesquisa e lavra de riquezas minerais.

Articulado com o artigo 231, § 2º, que a Constituição garante aos índios, nas suas terras ocupadas, o usufruto exclusivo das riquezas do solo, dos rios e dos lagos existentes. Por fim, a Constituição de 1988, no artigo 200, incisos IV e VI, atribui competências ao Sistema Único de Saúde (SUS) respectivamente, a participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico e que o mesmo é competente para fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano.

1.3 NA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DO AMAZONAS.

A Constituição do Amazonas, trata dos recursos hídricos no capítulo IV, conforme os 176 a 178 abaixo:

Art. 176. A lei disporá sobre as jazidas em lavra ou não, os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica, visando ao seu aproveitamento racional e à proteção de recursos hídricos e minerais, obedecido a legislação federal. Art. 177. O Poder Público, por meio de sistemas estaduais de gerenciamento de recursos hídricos e minerais, atenderá, dentre outras, às seguintes diretrizes: I - adoção da bacia hidrográfica como base de gerenciamento e classificação dos recursos hídricos; II - proteção e utilização racional das águas superficiais, subterrâneas e das nascentes; III - conservação dos ecossistemas aquáticos; IV - fomento das práticas náuticas, pescas desportivas e recreação pública, em rios e áreas delimitados para tais finalidades; V - fomento à pesquisa, exploração racional e ao beneficiamento dos recursos minerais do seu subsolo, por meio da iniciativa pública e privada; VI - adoção de instrumentos de controle sobre os direitos de pesquisa e exploração dos recursos minerais e energéticos; VII - adoção do mapeamento geológico básico, como suporte para o gerenciamento e a classificação dos recursos minerais; VIII - democratização das informações cartográficas, de geociências e recursos naturais; IX - estímulo à organização das atividades pesqueiras e de garimpo, sob a forma de cooperativas, visando à promoção econômico-social de seus membros, ao incremento da produtividade e à redução de impactos ambientais decorrentes dessas atividades. Art. 178. A exploração de

recursos hídricos e minerais do Estado não poderá comprometer a preservação do patrimônio natural e cultural, sob pena de responsabilidade, na forma da lei.

A Constituição do Estado do Amazonas ainda apresenta os seguintes dispositivos em relação à gestão dos recursos hídricos: Art. 230, II – prevenir e eliminar as consequências prejudiciais do desmatamento, da erosão, da poluição sonora, do ar, do solo, das águas e de qualquer ameaça ou dano ao patrimônio ambiental; Art. 230, X - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direito de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais, bem como a recuperação do meio ambiente degradado de acordo com a solução técnica exigida pelo órgão competente; Art. 230, XI - controlar as atividades industriais que ocasionem poluição de qualquer ordem, especialmente aquelas que se localizem as margens de cursos d'água e Art. 230, XII controlar nos termos do art.21, XIX, da Constituição da República, o uso dos recursos hídricos através do gerenciamento de bacias hidrográficas.

1.3.1 Lei Nº 9433/07- Política Nacional de Recursos Hídricos-PNRH e Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos-SINGRED

1.3.2 Política Nacional de Recursos Hídricos.

A Política de Recursos Hídricos (art. 1º) fundamenta-se no fato de ser a água um bem de domínio público, ser um recurso natural limitado, dotado de valor econômico, que, em situação de escassez, seu uso deve ser prioritariamente o consumo humano e matar a sede de animais. Não obstante isso, a gestão dos recursos hídricos, de forma descentralizada e participativa do Poder Público, dos usuários e das comunidades, deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas.

1.3.2.1 Panorama Atual

Engana-se quem se contenta em ver na Lei 9.433, de 08.01.1997, conhecida como a Lei das Águas, apenas um instrumento disciplinador do uso das águas sob o aspecto jurídico-formal. O estudioso ou o observador atento vislumbrará, de pronto, uma formulação cabalmente inovadora, quer na doutrina do Direito, quer nos rumos da gestão. Não é de admirar, por conseguinte, que a efetiva implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos por ela instituída, assim como a implantação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos

Hídricos – SINGREH, ainda, encontrem dúvidas conceituais, resistências, ações de solapamento do objetivo nacional e outros óbices. Na realidade, serão necessárias ações de esclarecimento e transformação cultural, inovações tecnológicas, adequações econômicas e, em determinados casos, decisões políticas corajosas, para o concreto enfrentamento da dificuldade da má gestão das águas. A propósito, lembra Vladimir Passos de Freitas: “O Brasil, nos últimos anos, vem tomando consciência do problema. Afinal, um povo que possui os maiores rios do mundo tem dificuldade em imaginar que pode ficar sem água. Mas, apesar de termos cerca de 13,7% da água doce disponível no mundo, a verdade é que os problemas vêm se agravando. No Nordeste a falta de água é crônica. No Sudeste ela é abundante, porém de má qualidade. A invasão de áreas de mananciais hídricos pela população carente é um dos maiores problemas de São Paulo. Os dejetos industriais lançados no rio Paraíba do Sul tornam precária a água que abastece o Rio de Janeiro e outras cidades. Falta água para irrigar os arrozais do Rio Grande do Sul”.³⁶

Outros aspectos, inerentes à Política Nacional de Recursos Hídricos, surgirão com a implementação das diretrizes e dos instrumentos definidos pela legislação, o que é facilmente inferido da análise do texto legal. Sem embargo, a nova ordem constitucional associada à Lei 9.433/1997 não poderá ficar – e efetivamente não ficará – letra morta, porquanto o agravamento da situação referente ao recurso água forçará um estado de emergência, acarretando incalculáveis prejuízos e toda sorte de sacrifícios.

A oportunidade reformadora da Política Nacional de Recursos Hídricos é eloquente por si mesma. A economia, por seu turno, deverá encontrar alternativas para administrar um recurso tão essencial como a água, pois já começa a abrir espaço para usos múltiplos e racionais de toda essa preciosidade hídrica, especialmente através dos Planos de Recursos Hídricos.

Percebemos, assim, que a gestão racional e moderna dos recursos hídricos é indissociável das práticas do desenvolvimento sustentável. Aliás, é um requisito essencial para a sobrevivência do ecossistema planetário, que tem já o seu ciclo hidrológico seriamente afetado. (MILARÉ, 2015, p. 929-930).

1.4 A POLÍTICA ESTADUAL E O SISTEMA DE GERENCIAMENTO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO ESTADO DO AMAZONAS

1.4.1 Lei Nº 3167/07

No plano infraconstitucional estadual, a Lei nº 3.167, de 27 de agosto de 2007, disciplina a Política Estadual de Recursos Hídricos e estabelece o Sistema Estadual de Gerenciamento dos Recursos Hídricos do Estado do Amazonas. A Política de Recursos Hídricos no Estado do Amazonas fundamenta-se nos seguintes princípios: 1) a água é um bem de domínio público; 2) é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; 3) em situação de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o recurso humano e a dessedentação de animais; 4) a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; 5) a bacia hidrográfica é a unidade territorial de planejamento para implementação da Política Estadual de Recursos Hídricos; 6) a atuação do Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público dos usuários e da sociedade civil. Observa-se que a lei amazonense de recursos hídricos repete os princípios, no capítulo I, como os albergados pela Lei Federal nº 9.433/97.

Dentre os objetivos da lei amazonense das águas estão: assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos diversos usos; garantir a boa qualidade das águas, em acordo com seus usos múltiplos; disciplinar a utilização racional das águas superficiais e subterrâneas e compatibilizar o desenvolvimento econômico e social com a proteção ao meio ambiente, e a prevenção e a defesa contra eventos naturais.

Acrescenta mais oito incisos diferentes da lei nacional: assegurar o florestamento e o reflorestamento das nascentes e margens dos rios, estimular a capacidade regional em ciência e tecnologia para o efetivo gerenciamento dos recursos hídricos, desenvolver o setor hídrico respeitando os ecossistemas e a legislação ambiental, disciplinar a utilização das águas, difundir conhecimentos visando conscientizar a sociedade da importância do uso racional da água, viabilizar a articulação entre os entes federados, a sociedade civil visando a proteção, conservação e recuperação dos recursos hídricos e por fim compatibilizar o desenvolvimento sustentável (art.2º).

2. CONCLUSÃO

Apesar de o Brasil ter produzido legislação e políticas que busquem consolidar a valorização de seus recursos hídricos como recurso ambiental público limitado e de fundamental importância para a sobrevivência humana, ainda falta a consciência e vontade política para sua efetiva aplicabilidade.

Percebe-se que pelo fato de possuir a maior bacia hidrográfica do planeta, os políticos da região, relegaram a gestão hídrica dos recursos, à um segundo plano de ações governamentais, o que está a contribuir não apenas para a degradação dos recursos hídricos e da biodiversidade do meio ambiente como também comprometendo a saúde e a qualidade de vida da população que reside nessa região.

Como foi observado no decorrer do estudo, embora a Política Estadual de Recursos Hídricos do Estado do Amazonas seja um instrumento avançado tecnicamente, na prática, falta efetividade, justamente por falta do Plano Estadual dos Recursos Hídrico.

O diagnóstico pretendido pelo Serviço Geológico do Brasil-CPRM, para avaliar a qualidade e quantidade da água subterrânea dos poços da cidade, ainda não foi efetivado por questões orçamentarias, por conta da súbita crise econômica que passa o País.

O Plano Estadual dos Recursos Hídricos, que por se tratar de uma complexa ferramenta técnica de planejamento da gestão hídrica, cuja construção exige o cumprimento de critérios e objetivos técnicos e científicos, tornou-se o grande entrave para a efetivação da Política Estadual de Recursos Hídricos. Porém, a SEMA, com a colaboração do IPAAM, do CPRMe da MANAUS AMBIENTAL, como dito na entrevista, não vem poupando esforços para a elaboração do Plano Estadual dos Recursos Hídrico.

Somado à isso, a aprovação da minuta de resolução que trata da outorga no Estado do Amazonas, demonstram que a da Política Estadual de Recursos Hídricos está caminhando sua efetiva aplicabilidade.

Levando-se em conta que o Plano Estadual dos Recursos Hídrico já se encontra em elevado estágio licitatório realizado pelo Governo do Estado e diante da complexidade da temática, os gestores de recursos hídricos do Estado do Amazonas, vem recebendo apoio técnico e financeiro da Agência Nacional de Águas-ANA, para a elaboração do mesmo, o que reforça a posição dos entrevistados de que à médio prazo, o Plano Estadual dos Recursos Hídrico estará sendo aplicado efetivamente no Estado do Amazonas, podendo assim, implementar os demais instrumentos da gestão dos recursos hídricos presentes na Lei Estadual da Política Estadual de Recursos Hídricos.

REFERÊNCIAS

AYALA, P. A. Deveres ecológicos e regulamentação da atividade econômica na Constituição brasileira. In: CANOTILHO, J. J. G. . M. L. J. R. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 291.

- BENATTI, J. H. Comentários sobre a legislação e os sistemas institucionais de gestão de recursos hídricos no Brasil e sua relevância para a Amazônia. In: ARAGON, L. E.; GOGT, M. C. **Problemática do uso local e global da água na Amazônia**. Belém, PA: [s.n.], 2003.
- BENJAMIN, A. H. são os custos sociais do processo de desenvolvimento e que, só recentemente, através do princípio do poluidor pagador, passaram a ser computados - já que exigíveis - no preço final de produtos e serviços. Diz-se assim, que esses são custos internalizados. In: BENJAMIN, A. H. **Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 226-236.
- BERBERT, C. O. O Desafio das Águas. In: (ORG.), C. M. **Uso e gestão dos recursos hídricos no Brasil: Desafios teóricos e político-institucionais**. São Paulo: Rima, 2003.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > . Acesso em: 20 mai. 2016.
- CARNEIRO, R. Responsabilidade administrativa ambiental: sua natureza subjetiva e os exatos contornos do princípio do non bis in idem. In: WERNECK, M.; ET AL (COORDS) **Direito ambiental visto por nós advogados**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 585-607.
- CASTRO, N. D. D.; NETO, C.; AL, E. **Crimes e infrações administrativas ambientais**. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- CPRM. Missão, Valores e Princípios. **CPRM - Serviço Geológico do Brasil**, 2016a. Disponível em: < <http://www.cprm.gov.br/publique/Sobre-a-CPRM/Missao%2C-Valores-e-Principios-19> > . Acesso em: 20 mai. 2016.
- _____. Boas-Vindas do Diretor-Presidente. **CPRM - Serviço Geológico do Brasil**, 2016b. Disponível em: < <http://www.cprm.gov.br/publique/Sobre-a-CPRM-49> > . Acesso em: 20 mai. 2016.
- CUNHA, L. V. D. et al. **A gestão da água, princípios fundamentais e sua aplicação em Portugal**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1980.

D'ISEP, C. F. M. **Água Juridicamente Sustentável**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010.

DAWALIBI, M. **Licença ou autorização ambiental**. 14. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 17, 2000.

DOURADO JUNIOR, O. C. **Águas na Amazônia - Gestão de Recursos Hídricos Nos Países da Bacia Amazônica**. Curitiba: Juruá, 2014.

FARIAS, T. **Licenciamento ambiental: aspectos teóricos e práticos**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

FERREIRA, A. B. D. H. **Novo Aurélio Século XXI**. 3. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FIGUEIREDO, L. V. Discriminação constitucional das competências ambientais: aspectos pontuais do regime jurídico das licenças ambientais. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 6, n. 28, nov 2004. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/30958>> . Acesso em: 10 mai 2016.

FINK, D. E. A. **Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

_____; MACEDO, C. H. Roteiro para licenciamento ambiental e outras considerações. In: FINK, D. R.; ALONSO JR, H.; DAWALIBI, M. (**Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

FREITAS, V. P. D. **Águas – Considerações gerais. Águas – Aspectos jurídicos e ambientais**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

GOMES, C. A. **A Prevenção à prova no direito do ambiente: em especial, os actos autorizativos ambientais**. Coimbra: [s.n.], 2000.

GRANZIERA, M. L. M. **Direito de Águas e Meio Ambiente. Aspectos Jurídico-Ambientais do Uso, Gerenciamento e da Proteção dos Recursos Hídricos:**

- Aproveitamento Múltiplo de Recursos Hídricos Internacionais Compartilhados. São Paulo, SP: Ícone, 1993.
- _____. **Outorga de direito de uso da água:** aspectos legais. Revista de Direito Ambiental. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- _____. **Direito de Águas:** Disciplina jurídica das Águas Doces. 3. ed. São Paulo, SP: [s.n.], 2006.
- HOUAISS, A. **Dicionário Houaiss da língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.
- KELMAN, J.; FRAJTAG, D. K. Agências Reguladoras. **ABRH Notícias - Revista Informativa da Associação Brasileira de Recursos Hídricos**, Porto Alegre, v. 5, p. 16, jul/set 2000.
- LANNA, A. E. A gestão de recursos hídricos no contexto das políticas ambientais. In: MUNHOZ, H. R. (. **Interfaces da gestão dos recursos hídricos:** desafios da lei águas. Brasília: MMA/SRH, 2000.
- MACHADO, P. A. L. **Recursos hídricos:** direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.
- _____. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros, 2004.
- _____, P. A. L. **Direito ambiental brasileiro.** 16.. ed. [S.l.]: Malheiros, 2008.
- MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno.** 17. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2013.
- MEIRELLES, H. L. **Direito Administrativo Brasileiro.** 41. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MELLO, C. A. B. D. **Curso de Direito Administrativo.** 32.. ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2015.

MILARÉ, E. **Direito do Ambiente**. 10. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2015.

_____; BENJAMIN, A. H. V. **Estudo prévio de impacto ambiental**: teoria, prática e legislação. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 1993.

_____; JÚNIOR, P. J. D. C.; COSTA, F. J. D. **Direito penal ambiental**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____; MAZZILLI, H. N.; FERRAZ, A. A. D. M. D. C. O Ministério Público e a questão ambiental na Constituição. **Justitia**, São Paulo, n. 131-A, ed. especial 1985.

MIRRA, Á. L. V. **Impacto ambiental**. 3. ed. São Paulo, SP: Juarez de Oliveira, 2006.

MUKAI, T. A Lei Complementar 140, de 8 de dezembro de 2011, que fixa diretrizes para a cooperação entre os entes federativos em matéria ambiental. **Revista Síntese Direito Ambiental**, São Paulo, v. 5, p. 61, 2011.

NASCIMENTO, D. A. D. A outorga pelo uso dos recursos hídricos no Estado do Amazonas, 2012, 162 f. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental)- Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2012. Disponível em: <<http://www.pos.uea.edu.br/data/area/titulado/download/59-5.pdf>> . Acesso em: 10 Mai. 2016.

NERY JR, N.; NERY, R. M. D. A. **Constituição Federal comentada**. 5. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2014.

NUNES, A. D. P. **Código de Águas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

OLIVEIRA, A. I. D. A. **O licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2005.

PFEIFFER, R. A. C. A publicidade e o direito de acesso a informações no licenciamento ambiental. **Revista de direito ambiental**, São Paulo, SP, v. 2, n. 8, p. 20-34, out/dez 1997.

POMPEU, C. T. Recursos hídricos na Constituição de 1988. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 186, p. 19, 1991.

_____. **Direito de Águas no Brasil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RAO, V. **O Direito e A Vida Dos Direitos**. 7. ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2013.

SANTILLI, J. **Aspectos Jurídicos da Política Nacional de Recursos Hídricos**. Brasília: MPU/DF, 2007. Disponível em: < https://escola.mpu.mp.br/linha-editorial/outras-publicacoes/serie-grandes-eventos-meio-ambiente/Juliana_Santilli_Aspectos_juridicos_da_Politica_Nacional.pdf >. Acesso em: 10 mai. 2016.

SILVA, J. A. D. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2013.

WALCACER, F. C. E. A. Notas sobre a LC 140/2011. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, SP, v. 70, p. 50, 2013.

YOSHIDA, C. Y. M. Jurisdição e competência em matéria ambiental. In: (COORD.), J. R. M. **Leituras complementares de direito ambiental**. Salvador: Jus Podivm, 2007.

_____. Critérios de definição de competência em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: (ORG.), E. A. L. R. **Direito ambiental**. Campo Grande: Ed. UFMS, 2010.

O INFLUXO DO DIREITO À ÁGUA E O CONSEQUENTE ISOLAMENTO DA FOZ DO RIO DOCE COMO SEQUELA DO ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO (MARIANA - MG).

Janaina da Costa Flegler²⁷ e Luna Nunes Belizário²⁸

INTRODUÇÃO

O presente trabalho enseja destacar o déficit na garantia do Direito ao acesso à água em detrimento do desastre ambiental ocasionado pelo rompimento da barragem de Fundão, de propriedade da Sociedade Anônima Samarco Mineração S.A., localizada no Município de Mariana, em Minas Gerais, ocorrido no final do ano de 2015, desencadeando impactos ambientais e socioeconômicos nas regiões da barragem à foz do Rio Doce.

Partindo de uma análise crítica e equiparativa aos direitos fundamentais, a água por ser um recurso indispensável à vida é defendida por alguns doutrinadores do Direito, a exemplo de Zulmar Fachin (2013), como uma possível sexta dimensão dos Direitos Fundamentais. Já na Carta Magna brasileira de 1988 o Direito ao acesso à água está garantido implicitamente no artigo 225, que se refere ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, incluindo-se na terceira dimensão dos Direitos Fundamentais. Apesar da divergência doutrinária, ambas as dimensões possuem como primordial a proteção da dignidade da pessoa humana e o ser humano como sujeito elementar da relação jurídica.

Diante da potencialidade dos efeitos ocasionados pelo episódio supramencionado, evidenciam-se inúmeras violações aos Direitos ambientais, sociais e econômicos. Neste estudo destacam-se os problemas gerados pelo cerceamento ao acesso à água para consumo e desenvolvimento das atividades econômicas, principalmente à pis-

27. Janaina da Costa Flegler é graduanda em Direito pela Faculdade de Ensino Superior de Linhares (FACELI). Especialista em Gestão e Saúde pela Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ) e graduada em Enfermagem pela Universidade Presidente Antônio Carlos (UNIPAC).

28. Luna Nunes Belizário é graduanda em Direito pela Faculdade de Ensino Superior de Linhares (FACELI). Especialista em Auditoria, Controladoria e Perícia pela Multivix e graduada em Arquivologia pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

cicultura²⁹ no Município de Linhares - ES. Partindo desse pressuposto é imprescindível questionar quais as resultantes do rompimento da barragem de Fundão para o isolamento socioeconômico da Vila de Regência (Foz do Rio Doce).

Para tanto, objetiva-se descrever o Direito à água como primordial à economia e a sociedade da área em enfoque, demonstrando as sequelas ocasionadas pelo rompimento da barragem de Fundão, como causa do ostracismo da Foz do Rio Doce. A partir do raciocínio hipotético-dedutivo buscar-se-á desenvolver este artigo mediante a pesquisa bibliográfica, descritiva não experimental. De tal modo, o trabalho foi seccionado em três partes, além da introdução e da conclusão. A priori, será realizada uma abordagem legislativa sobre o Direito à água e em continuidade relatar-se-á os impactos decorrentes do rompimento da barragem como componente causal do isolamento social e econômico da Vila de Regência.

1. DIREITO À ÁGUA E A LEGISLAÇÃO PERTINENTE

Indubitavelmente a água é um dos recursos primordiais para a existência e desenvolvimento da vida, em contrapartida é evidente a inobservância de sua menção nos principais escritos jurídicos que relatam a proteção dos direitos fundamentais, destacando-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Segundo Yip e Yokoya (2016), infere-se que a água é tratada pelo Estado, predominantemente, como uma estratégia econômica e não como um direito essencial para o ser humano. Já na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a água está vinculada à sustentabilidade do meio ambiente. E conforme o julgado da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.540/DF, no ano de 2005, o ministro-relator Celso de Mello reitera que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um direito fundamental, incumbindo ao Estado e a sociedade a preservação e defesa para as gerações futuras.

A despeito do direito ao acesso à água, na Carta Magna brasileira, têm-se uma norma constitucional de eficácia limitada, que segundo Pedro Lenza (2014) consiste na precisão de uma lei infraconstitucional para a produção dos respectivos efeitos. Diante da ideia em destaque, os principais marcos legislativos da matéria supracitada, infraconstitucionalmente, são as Leis nº 6.938/81, 9.433/97 e a 11.445/07.

A Lei nº 6.938, de agosto de 1981, instituiu o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) regulamentado pelo decreto nº 99.274/90, e dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente que visa à preservação, melhoria e recu-

29. Segundo o dicionário Michaelis: piscicultura sf (pisci + cultura) Arte e profissão de criar e multiplicar os peixes, criação de peixes.

peração da qualidade ambiental. Abordando o entendimento acerca do meio ambiente, de forma denotativa, inciso I, do artigo 3º, da referida lei, temos: as condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Figueiredo (2015) complementa que na seara legislativa, as infrações e sanções penais e administrativas resultantes das condutas lesivas ao meio ambiente são, respectivamente, relatadas pela Lei 9.605/1998 e pelo Decreto 6.514/2008.

Do mesmo modo, a Política Nacional de Recursos Hídricos foi instituída pela Lei nº 9.433/97 que enfatiza, fundamentadamente, a água como um bem de domínio público, dotado de valor econômico. Para Araújo (2012), a lei aludida apresenta o modelo gerencial hídrico voltado para a economia, supervalorizando o uso da água para o crescimento do Brasil e em contrapartida ocasionando possíveis danos ao desenvolvimento humano. Partindo desse pressuposto, é imprescindível destacar que a:

[...] água é um fator estratégico para o desenvolvimento. É impossível se conceber desenvolvimento em toda a sua dimensão sem acesso à água, podendo-se até mesmo afirmar que onde não há água dificilmente poderá o homem se desenvolver em sua plenitude. A água é um recurso natural renovável, finito e fundamental para a sobrevivência de todos os seres vivos (XAVIER, IRUJO, SANTOS NETO, 2008, p. 11).

Ao compreender os aspectos referentes à água como um direito humano essencial, faz-se necessário enfatizar que a legislação sobre o direito ao acesso à água resume-se à potabilidade e ao saneamento básico, cujas diretrizes estão estabelecidas na Lei nº 11.445/07, que prevê a criação de políticas públicas, regionais, em um período de vinte anos.

A coordenação gerencial dos recursos hídricos bem como a regulamentação do acesso à água mediante a utilização sustentável é realizada pela Agência Nacional de Águas (ANA), instituída pela lei nº 9.984/00, que elabora o compartilhamento e a integração da gestão de água e saneamento em parceria com empresas privadas a fim de garantir a distribuição e abastecimento dos respectivos serviços.

Diante a análise do quantitativo legislativo infraconstitucional, referente ao direito ao acesso à água potável e seu uso sustentável, o Brasil pode ser considerado um país com uma gestão de recursos hídricos potencialmente desenvolvido

e visionário na sustentabilidade ambiental, promovendo métodos para assegurar um meio ambiente equilibrado para as futuras gerações.

2. O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE FUNDÃO (MARIANA - MG) E OS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS NA FOZ DO RIO DOCE

A Bacia Hidrográfica do Rio Doce é uma das mais importantes do Sudeste brasileiro, e segundo o geógrafo Coelho (2009) abrange aproximadamente 226 municípios pertencentes aos Estados de Minas Gerais e Espírito Santo, desaguardo no Distrito de Regência, Vila localizada no Município de Linhares - ES.

Levando em consideração que ao decorrer da jusante do Rio Doce desenvolveram-se grandes polos agroindustriais e de piscicultura, o rompimento da Barragem de Fundão, em 05 de novembro de 2015, contribuiu para o cerceamento do Direito ao acesso à água tanto para consumo quanto para utilização na agroeconomia.

De acordo com o laudo técnico, preliminar, realizado pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), em novembro de 2015, cerca de 34 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração de ferro, composto por ferro e manganês, foram lançados no meio ambiente. Parte desses rejeitos foi transportada pelo curso do Rio Doce até sua Foz, no Oceano Atlântico, e foi constatado um alto grau de turbidez na água, conhecida como “lama de rejeitos”, além da presença de diversos metais em quantidades alteradas.

No referido laudo, observou-se como consequências deste desastre ambiental: morte dos trabalhadores da empresa e moradores de algumas comunidades afetadas; assoreamento do curso da água; perda e fragmentação de habitats; a interrupção do abastecimento de água; destruição de áreas de preservação permanente; a mortandade da biodiversidade aquática e fauna terrestre; e demais fatos, sendo que alguns não foram apurados. Já o encarte especial sobre a Bacia do Rio Doce e o rompimento da barragem em Mariana/MG, divulgado pela ANA em 2016, especifica os impactos que comprometeram o uso da água nos seguintes aspectos: geração de energia hidrelétrica; realização de atividades industriais; pecuária e irrigação; pesca; balneabilidade e turismo.

Foram arrolados pelo Ministério Público Federal (MPF) na propositura das Ações Cíveis Públicas nº 60017-58.2015.04.01.3800 e 69758-61.2015.04.01.3400 inúmeros dados coletados alusivos aos impactos ocorridos na macrorregião da bacia do Rio Doce, em que foram atingidos, direta e indiretamente, 31 municípios do Estado de Minas Gerais e 04 municípios do Estado do Espírito Santo. Ressalta-

-se que os danos sofridos foram tanto na esfera produtiva e comercial quanto de ordem socioeconômica, compondo principalmente, lesões à infraestrutura de habitação, costumes, lazer, saúde e educação.

A princípio, sobre os aspectos socioeconômicos, é difícil a quantificação dos danos, em virtude da proporcionalidade da população afetada, bem como as características de cada indivíduo. Vale salientar que em determinadas áreas foram destruídas as formas de subsistência, como a devastação de lavouras, a perda da produção rural e, até mesmo, a redução dos serviços relativos ao turismo (IBAMA, 2015).

Belchior e Primo (2016) complementam que o acidente com a barragem de Fundão é um risco típico da nossa sociedade, apresentando consequências de elevada magnitude, transpondo os agravos ambientais e materializando-os em danos sócios culturais, que ultrapassarão gerações em detrimento da impraticabilidade de reparação *in statu quo ante*³⁰.

3. O ISOLAMENTO SOCIAL E ECONÔMICO NA VILA DE REGÊNCIA: FOZ DO RIO DOCE

Não obstante o rompimento da barragem de Fundão tenha ocorrido no dia 05 de novembro de 2015, segundo a ANA (2016), a lama de rejeitos só atingiu a Foz do Rio Doce no dia 21 de novembro de 2015 e, certamente, contribuiu para prejuízos nos ecossistemas estuários³¹ e marinhos, em distintas dimensões, frisando-se os de extensão litorânea, abrangendo as praias de Regência (Foz do Rio Doce), Povoação, Pontal do Ipiranga, entre outras. Além das consequências ambientais, têm-se os impactos socioeconômicos, visto que a economia regional é predominantemente relacionada à pesca e ao ecoturismo.

Diante o lapso temporal do acidente à transformação do mar em lama de rejeitos, algumas organizações anteciparam-se na realização de medidas paliativas e preventivas para minimizar as lesões decorrentes deste desastre ambiental.

Sendo a região da Foz um santuário ecológico e uma importante área de desova das tartarugas marinhas conhecidas, popularmente, como “cabeçudas” e “de couro”; dentre as ações paliativas relatadas nas medidas jurídicas do MPF, já mencionadas neste artigo, enfatiza-se a retirada dos ninhos das tartarugas, pelo Centro nacional de pesquisa e conservação de tartarugas marinhas (Tamar) e pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), para

30. Segundo Pessoa (2006), trata-se de um termo em latim que significa situação em que a coisa se encontrava antes: restituir a coisa ao seu *statu quo ante*.

31. Segundo o parecer técnico do IBAMA, “estuário como o do Rio Doce são um tipo único de ecossistema, altamente sensível e sujeito a flutuações de marés, salinidades, temperatura e diversos outros fatores”.

um local protegido. Já o IBAMA, em parceria com o ICMBio, realizou a captura de espécies de peixes, matrizes endêmicas do Rio Doce ameaçadas de extinção, e seu alojamento em tanques de aquicultura.

Apesar das medidas preventivas, os danos oriundos da chegada da lama ao mar foram inevitáveis e incalculáveis, principalmente, para a Vila de Regência que tem o estuário como um relevante atrativo turístico e econômico, além de ser conhecida nacionalmente como uma das melhores praias para a prática do surfe no país.

Vale ressaltar, também, que em decisão liminar referente à Ação Civil Pública nº 0002571-13.2016.4.02.5004, proposta pelo MPF, foi determinada a proibição da pesca, de qualquer natureza, na região da Foz do Rio Doce, a partir de 22 de fevereiro de 2016, sem prazo pré-estabelecido para retomada da atividade pesqueira, numa profundidade de 25 metros, salvo para pesquisa científica. Essa determinação se deu em detrimento das dúvidas acerca da possível contaminação da fauna marinha e estuarina, dado que a análise bioquímica da água, realizada pela Marinha do Brasil, constatou um índice de metais (arsênio, manganês e selênio) superiores ao permitido pela Resolução CONAMA 357³².

Perante a contaminação da água e a incerteza quanto ao prazo para a liberação da atividade pesqueira e da balneabilidade de Regência, podemos fazer uma alusão do contexto socioeconômico da referida Vila ao processo de Ostracismo originado na Grécia Antiga, que consiste na forma generalizada de isolamento ou exclusão do indivíduo do contexto social (MICHAELIS). Essa referência faz-se inevitável devido ao prejuízo à base econômica desta comunidade que possuía um modelo de economia sustentável, em total equilíbrio com as raízes culturais e com o meio ambiente, e após a transformação imprevisível da água em um “mar de lama” foi diretamente prejudicada, uma vez que:

[...] nas ciências econômicas, a complexidade dos fenômenos estudados é ainda maior devido à interação não-coordenada entre agentes heterogêneos, que tomam suas decisões num ambiente incerto, em que os resultados são imprevisíveis (FERRARI, 2000, p. 219).

Destarte que o caos determinístico na comunidade de Regência foi decorrente da imprevisibilidade das ações dos responsáveis pela gestão da barragem de

32. Resolução CONAMA 357 “dispõe sobre a classificação dos corpos de água e diretrizes ambientais para o seu enquadramento, bem como estabelece as condições e padrões de lançamento de efluentes, e dá outras providências”.

Fundão, que em uma análise de risco não previram a complexidade, bem como a proporção das consequências de um possível desastre.

Como veiculado na mídia, passado seis meses da tragédia, ainda, é possível observar as sequelas e evidenciar as falhas na resolução desta conjuntura. A população ribeirinha continua com dificuldades no abastecimento de água potável e seus meios de subsistência encontram-se comprometidos pela redução da demanda turística. Vale destacar que as medidas assistenciais e os recursos da empresa mineradora responsável foram insuficientes para sanar o cerceamento às garantias fundamentais dos moradores da Vila de Regência, culminando com o ostracismo socioeconômico.

CONCLUSÃO

Apesar do Brasil ancorar-se em um modelo de gestão hídrica proeminente e bem fundamentado em uma legislação e regulamentação para garantir o crescimento econômico do país, ainda faz-se necessário a reafirmação do direito ao acesso à água no cunho sociocultural e ambiental, garantindo o desenvolvimento humano sustentável em suas diversas dimensões.

Diante dessa perspectiva, o desastre ambiental ocorrido pelo rompimento da barragem de Fundão, em Mariana – MG, desencadeou modificações significativas sobre a qualidade e o acesso à água na Bacia do Rio Doce, violando as garantias dos direitos fundamentais das comunidades afetadas, principalmente, da população nativa de Regência.

A restrição do direito ao acesso à água contribuiu para o conseqüente ostracismo socioeconômico da Vila de Regência, mediante a um meio ambiente desequilibrado que impactou diretamente na realidade da população ribeirinha, tendo em vista que a economia baseava-se no ecoturismo e na pesca. Vale salientar, a necessidade de uma ampliação das vertentes econômicas sustentáveis, a fim de potencializar os meios de subsistência e desenvolvimento da comunidade local.

Evidencia-se que o processo de recuperação da Bacia do Rio Doce ocorrerá em longo prazo, com o intermédio de pesquisas e políticas públicas que proporcionam a minimização dos impactos resultantes do desastre ambiental em foco. Sendo assim, torna-se necessário a junção da sociedade, da empresa Samarco S.A e das representatividades estatais para compor um grupo equilibrado com a visão transparente e sustentável, objetivando redesenvolver as áreas deterioradas para garantir os direitos fundamentais às futuras gerações.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Alana Ramos. Água e desenvolvimento: análise da Lei n° 9.433/97 sob a perspectiva do direito de acesso à água potável. **Revista Jurídica da FA7**, v. 12, n. 1, 2016.
- BELCHIOR, Germana Parente Neiva; PRIMO, Diego de Alencar Salazar. A responsabilidade civil por dano ambiental e o caso Samarco: desafios à luz do paradigma da sociedade de risco e da complexidade ambiental. **Revista Jurídica da FA7**, v. 13, n. 1, 2016.
- BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. **Encarte Especial sobre a Bacia do Rio Doce. Rompimento da barragem em Mariana/MG: conjuntura dos recursos Hídricos no Brasil. Informe 2015.** Superintendência de Planejamento de Recursos Hídricos – SPR. Brasília – DF. 2016.
- COELHO, André L. N. Bacia Hidrográfica do Rio Doce (MG/ES): uma análise socioambiental integrada. **Revista Geografares**, n°7, p. 131-145, 2009.
- FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 6.ed.rev.e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- FERRARI, Marcos Adolfo Ribeiro. **Caos, complexidade e teoria econômica: uma abordagem dinâmica.** Perspectiva Econômica, ano I, vol. I, número 0. Vitória: Ufes - Departamento de Economia, 2000.
- FIGUEIREDO, Chrislayne Pereira; FIGUEIREDO, Elizio Lemes; FERMENTÃO, Cleide Rodrigues. A CRISE DA ÁGUA POTÁVEL NO BRASIL: DIREITO FUNDAMENTAL “VIDA” EM PERIGO. **Revista de Estudos Jurídicos**, v. 2, n. 25, p. 08-34, 2015.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MICHAELIS. **Moderno Dicionário da Língua Portuguesa**. Brasil: Melhoramentos, 1998.

PEROTA, Maria Luiza Loures Rocha; CARVALHO, Isabel Cristina Louzada; BECCALLI, Angela Maria. **Normalização e apresentação de trabalhos científicos e acadêmicos/Universidade Federal do Espírito Santo**. Vitória: A Biblioteca, 2006.

PESSÔA, Eduardo. **Dicionário Jurídico**: terminologia e locuções latinas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora e livraria jurídica do Rio de Janeiro, 2006.

YIP, César; YOKOYA, Mariana. Direito Internacional dos Direitos Humanos e direito à água: uma perspectiva brasileira. **ACDI-Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, v. 9, p. 167-195, 2016.

SITES:

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > . Acesso em: 24 mai.2016.

_____. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Institui a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm > . Acesso em: 24 mai.2016.

_____. **Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997**. Dispõe sobre a Política Nacional do de Recursos Hídricos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm > . Acesso em: 24 mai.2016.

_____. **Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007**. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm > . Acesso em: 24 mai.2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. **Laudo Técnico preliminar**: impactos ambientais decorrentes do desastre envolvendo o rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, Minas Gerais, nov. 2015. Disponível em: < http://www.ibama.gov.br/phocadownload/noticias_ambientais/laudo_tecnico-preliminar.pdf > . Acesso em: 18 mai.2016.

JUSTIÇA FEDERAL (Espírito Santo). **Consulta Processual à Ação Civil Pública** nº 0002571-13.2016.4.02.5004 de 02 de fevereiro de 2016. Disponível em:

< http://www2.jfes.jus.br/jfes/portal/consulta/cons_procs.asp > . Acesso em: 24 mai.2016.

JUSTIÇA FEDERAL (Minas Gerais). **Consulta Processual à Ação Civil Pública** nº 60017-58.2015.04.01.3800 e 69758-61.2015.04.01.3400 de 28 de abril de 2016. Disponível em: < <http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/numeroProcesso.php?secao=MG&enviar=ok> > . Acesso em: 24 mai.2016.

MINISTÉRIO MEIO AMBIENTE (Brasil). Resolução nº 357 de 17 de março de 2005. **Diário Oficial da União**, Brasília, 18 mar. 2005. Dou 053, págs. 58-63. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/port/conama/res/res05/res35705.pdf> > . Acesso em: 24 mai.2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, Paris, França, dez. 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br> > img > 2014/09 > DUDH > . Acesso em: 24 mai.2016.

STF. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.540-1 – Distrito Federal (ADI 3.540 – MC/DF). Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 de setembro de 2005. **Diário de Justiça**, Brasília, 03 fev. 2006. Disponível em: < http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/220_1.pdf > . Acesso em: 24 mai.2016.

XAVIER, Yanko Marcius de Alencar; IRUJO, Antonio Embid; NETO, Otacílio dos Santos Silveira. **O Direito de Águas no Brasil e na Espanha: um estudo comparado**. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. Disponível em: < http://www.kas.de/wf/doc/kas_16260-544-5-30.pdf > . Acesso em: 24 mai.2016.

NORMAS E POLITICAS PÚBLICAS DE USO DA ÁGUA

LEANDRA VASCONCELOS ROBERTO³³

1. INTRODUÇÃO

O Direito das Águas é autônomo do entendimento Jurídico por ser uma necessidade básica para a comunidade. Compreende e contribui significativamente com o debelar de problemas ecossistêmicos ambiental, assim, abordar sua evolução ao longo dos últimos anos, atividade relevante na busca de resoluções de problemas complexos nos recursos hídricos.

Ao contrário do que se pensava no passado, a água potável é um recurso limitado e sem a imposição de regras para o uso, a vida se torna grandemente ameaçada.

O Direito das Águas não é só necessário, como também dinâmico, uma vez que o uso, o controle e a proteção das águas também o são. O Direito constitucional, exigindo reflexões dos expoentes, das abordagens teóricas, do desnudamento de aspectos metodológicos, com o escopo de se permitir inserções no debate em torno de pontos da Lei de Águas nº 9.433/97 (regulamentadora do inciso XIX do Art. 21 da Constituição Federal de 1988), em situações de declaração e contribuição com o desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida, notadamente no que pertine aos instrumentos e regulamentos aplicados ao uso da água.

2. O CÓDIGO DAS ÁGUAS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Código das Águas - Decreto nº 24.643, de 10.07.1934, foi a primeira norma legal que disciplinou, em linhas gerais, o aproveitamento industrial das águas e, de modo especial, o aproveitamento e exploração da energia hidráulica.

Trata-se de um texto legal muito antigo, porém, embora muito alterado e revogado por leis posteriores.

33. Leandra Vasconcelos Roberto, aluna especial do curso de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade Estadual do Amazonas - UEA.

Estruturalmente, o Código de Águas é dividido em duas partes. A primeira trata das águas em geral e de seu domínio. A segunda trata do aproveitamento dos potenciais hidráulicos e estabelece uma disciplina legal para geração, transmissão e distribuição de energia elétrica.

O Código das Águas está, em grande parte, superado, especialmente nos seus artigos 68 a 95, que trata do aproveitamento das águas particulares, estando essas disposições revogadas por serem públicas todas as águas, por força da Constituição Federal de 1988 que estabelece que todas as águas são públicas.

Isso se deve ao fato de que a Constituição determinou que todas as águas passassem ao domínio público, revogando a previsão do Código de Águas de águas particulares.

A Constituição também, em seu art. 225, determina que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Não se quer dizer, entretanto, que o Poder Público federal e estadual sejam os proprietários das águas, mas gestores desse bem, no interesse de todos. O uso da água não pode ser apropriado por uma só pessoa física ou jurídica, com exclusão dos outros usuários; o uso da água não pode significar a poluição ou agressão desse bem; o uso da água não pode esgotar o próprio bem utilizado e a concessão ou autorização do uso da água deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público (MACHADO, 2006).

Na perspectiva desta previsão legal, a proteção dos recursos hídricos (no caso o controle e vigilância da qualidade da água) passou a ser um pressuposto para a garantia do direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A sociedade é dinâmica e muitos interesses diariamente entram em conflito. É o caso do uso da água que não pode ser utilizada indiscriminadamente necessitando-se de regramento para que a sadia qualidade de vida não seja afetada.

Eis o porquê da necessidade de normas que regulem a uso desse minério tão precioso e essencial à vida.

3. A POLÍTICA NACIONAL DOS RECURSOS HÍDRICOS

Em 08 de janeiro de 1997 foi publicada a Lei nº 9.433, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos.

Abaixo da Constituição, a Lei nº 9.433/97 é a mais importante norma legal relativa à proteção dos recursos hídricos. O artigo 2º da Lei define os objetivos da Política Nacional de Recursos Hídricos: I - assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos; II - a utilização racional e integrada dos recursos hídricos, incluindo o transporte aquaviário, com vistas ao desenvolvimento sustentável; III - a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrente do uso inadequado dos recursos naturais.

Verifica-se que um dos objetivos da Política Nacional dos Recursos Hídricos é justamente assegurar à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, o que também justifica a regulamentação de procedimentos para controle da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.

Já o artigo 1º da Política Nacional de Recursos Hídricos define seus fundamentos da seguinte forma: I - a água é um bem de domínio público; II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico; III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais; IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas; V - a bacia hidrográfica e a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos; VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades.

Além dos objetivos e fundamentos, a Política Nacional dos Recursos Hídricos tem também suas diretrizes: I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; III - A integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo; VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras. No âmbito das diretrizes, é importante destacar a relevância dos aspectos de controle de qualidade dos recursos hídricos na sua gestão.

O artigo quinto da Política Nacional dos Recursos Hídricos define os instrumentos de suporte para execução da política: I - os Planos de Recursos Hídricos; II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da

água; III - a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos; IV - a cobrança pelo uso de recursos hídricos; V - a compensação a municípios (este instrumento teve seu conteúdo vetado na Lei); VI - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

Concentraremos a nossa discussão no instrumento do inciso II, do artigo quinto (enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água) por se tratar do instrumento que incorpora a regulamentação de qualidade da água para consumo humano.

Com relação aos demais instrumentos, cabem ser feitas algumas considerações: O Plano de Recursos Hídricos é considerado o instrumento de Planejamento Estratégico da Bacia Hidrográfica (considerado o Plano Diretor para a gestão dos recursos hídricos), suas diretrizes e conteúdo mínimo estão previstos no art. 7 da Lei 9.433/97.

É através do instrumento da outorga de direitos de uso de recursos hídricos que o órgão ambiental competente irá controlar quantitativa e qualitativamente os usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

A concessão ou não da Outorga é realizada através de processo administrativo, por meio do qual, uma vez atendidas todas as providências do órgão ambiental responsável, poderá ser concedido ao interessado o direito de utilizar o recurso hídrico, através da confecção de Termo de Outorga.

Com relação ao instrumento de cobrança por uso dos recursos hídricos a própria Lei 9.433/97, através de seu art. 20 dispõe que:

“Serão cobrados os usos dos recursos hídricos sujeitos à outorga”.

Isso significa que o regime de Outorga procura, em última análise, instituir cobrança por uso de água proporcional à sua utilização.

Em outros termos, a água é tida pela própria legislação como um bem público de uso comum, isso nos termos do artigo 18 da Lei 9.433/97, *in verbis*:

Art. 18. A outorga não implica a alienação parcial das águas, que são inalienáveis, mas o simples direito de seu uso.

O que fundamenta a instituição de cobrança proporcional aos usos quantitativos e qualitativos dos recursos hídricos, como forma de incentivar uma utilização racional da água.

Com relação ao Sistema de Informações sobre Recursos, este visa assegurar que o acesso aos dados e informações sobre os recursos hídricos seja garantido a toda a sociedade.

Sobre a valoração desse bem público, veja-se posição de MACHADO:

Nesse sentido, “a cobrança pelos usos dos recursos hídricos objetiva reconhecer a água como um bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor” (art. 19, I, da Lei 9.433/97). Acentue-se que a água necessária para as necessidades básicas de cada pessoa, em que cada um vá diretamente abastecer-se, é uma captação insignificante do ponto de vista econômico, e, portanto, gratuita, consoante a interpretação dos arts. 20 e 12, § 1º, I e II, da Lei 9.433/97 (MACHADO, 2006).

Portanto, atribuindo-se valor a esse bem de uso comum, será possível ter uma dimensão do custo de sua captação, uso e desperdício, permitindo assim, a implantação de diretrizes e políticas voltadas a preservação e sustentabilidade.

4. O ENQUADRAMENTO DOS CORPOS DE ÁGUA EM CLASSES, SEGUNDO OS USOS PREPONDERANTES

O Enquadramento dos Corpos de Água em Classes, segundo seus Usos Preponderantes visa assegurar às águas, qualidade compatível com os diferentes usos a que forem destinadas e diminuir os custos de combate à poluição das águas, mediante ações preventivas permanentes.

Este instrumento da Política Nacional dos Recursos Hídricos incorpora duas importantes regulamentações: 1) Resolução CONAMA 357/05 que “Regulamenta a Classificação e Enquadramento de Corpos de Água, Padrão de Lançamento de Efluente”; e, 2) Portaria n. 518, de 25 de março de 2004, Ministério da Saúde que “Estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade, e dá outras providências”.

4.1. A RESOLUÇÃO CONAMA 357/05

Esta importante regulamentação classifica e enquadra os corpos d’ água e o padrão de lançamento de efluentes e também classifica as águas doces, salobras e salinas do Território Nacional, segundo a qualidade requerida para os seus usos preponderantes.

Em linhas gerais, a resolução considera que: - a classificação das águas doces, salobras e salinas é essencial à defesa dos níveis de qualidade dessas águas, necessitando de avaliações específicas, que assegurem os usos preponderantes para cada classe definida das águas. - o enquadramento dos corpos de água deve estar baseado nos níveis de qualidade para atender às necessidades da comunidade; - a saúde, o bem-estar humano e o equilíbrio ecológico aquático, não devem ser afetados pela deterioração da qualidade das águas; - a criação de instrumentos para avaliar a evolução da qualidade das águas, facilita a fixação e controle de metas para se atingir objetivos propostos; - a constante necessidade de se reformular as classificações existentes, aprimorando a distribuição dos usos das águas e melhorando as especificações e condições de padrões de qualidade requeridos; - o controle da poluição está diretamente relacionado com a proteção da saúde, a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e a melhoria da qualidade de vida.

A Resolução CONAMA 357/05 também classifica as águas doces, salobras e salinas do Território Nacional, segundo a qualidade requerida para os seus usos preponderantes, em treze classes de qualidade, no entanto, neste trabalho abordaremos apenas as cinco classes de qualidade das águas doces.

Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I- águas doces: águas com salinidade igual ou inferior a 0,5 ‰; II- águas salobras: águas com salinidade superior a 0,5‰ e inferior a 30‰; III - águas salinas: águas com salinidade igual ou superior a 30 ‰.

Ainda segundo o Art. 4º, da Resolução CONAMA 357/05, as águas doces são classificadas em: I - classe especial: águas destinadas a) ao abastecimento para consumo humano, com desinfecção; b) à preservação do equilíbrio natural das comunidades aquáticas; e, c) à preservação dos ambientes aquáticos em unidades de conservação de proteção integral. II - classe 1: águas que podem ser destinadas: a) ao abastecimento para consumo humano, após tratamento simplificado; b) à proteção das comunidades aquáticas; c) à recreação de contato primário, tais como natação, esqui aquático e mergulho; d) à irrigação de hortaliças que são consumidas cruas e de frutas que se desenvolvam rentes ao solo e que sejam ingeridas cruas sem remoção de película; e e) à proteção das comunidades aquáticas em Terras Indígenas. III - classe 2: águas que podem ser destinadas: a) ao abastecimento para consumo humano, após tratamento convencional; b) à proteção das comunidades aquáticas; c) à recreação de contato primário, tais como natação, esqui aquático e mergulho; d) à irrigação de horta-

liças, plantas frutíferas e de parques, jardins, campos de esporte e lazer, com os quais o público possa vir a ter contato direto; e e) à aquicultura e à atividade de pesca. IV - classe 3: águas que podem ser destinadas: a) ao abastecimento para consumo humano, após tratamento convencional ou avançado; b) à irrigação de culturas arbóreas, cerealíferas e forrageiras; c) à pesca amadora; d) à recreação de contato secundário; e e) à dessedentação de animais. V - classe 4: águas que podem ser destinadas: a) à navegação; e b) à harmonia paisagística.

Para cada uma das classes acima descritas, na seção desta resolução, são fixadas as condições e padrões orgânicos e inorgânicos à serem respeitados.

Conforme adverte Dantas:

“É recomendável o cumprimento da Portaria 357, pois somente o conhecimento das características da água destinada ao abastecimento público é que se podem selecionar apropriadamente as possíveis tecnologias de tratamento que garantam a produção de água que atenda à Portaria 518 (Padrão de Potabilidade em vigência no Brasil).” (DI BERNARDO; DANTAS, 2005).

Portanto, essa resolução é de essencial importância para saber se a água disponibilizada está apropriada ao consumo humano.

4.2. A PORTARIA N. 518/2004.

Esta Portaria estabelece os procedimentos e responsabilidades relativos ao controle e vigilância da qualidade da água para consumo humano e seu padrão de potabilidade.

Também estabelece os limites máximos permitidos que precisam ser respeitados em toda água distribuída para consumo humano em território nacional.

Algumas das definições utilizadas nesta resolução. I. água potável – água para consumo humano cujos parâmetros microbiológicos, físicos, químicos e radioativos atendam ao padrão de potabilidade e que não ofereça riscos à saúde; IV. controle da qualidade da água para consumo humano – conjunto de atividades exercidas de forma contínua pelo(s) responsável(is) pela operação de sistema ou solução alternativa de abastecimento de água, destinadas a verificar se a água fornecida à população é potável, assegurando a manutenção desta condição; V. vigilância da qualidade da água para consumo humano – conjunto de ações adotadas continuamente pela autoridade de saúde pública, para verificar

se a água consumida pela população atende à esta Norma e para avaliar os riscos que os sistemas e as soluções alternativas de abastecimento de água representam para a saúde humana; X. cianobactérias - microorganismos procarióticos autotróficos, também denominados como cianofíceas (algas azuis), capazes de ocorrer em qualquer manancial superficial especialmente naqueles com elevados níveis de nutrientes (nitrogênio e fósforo), podendo produzir toxinas com efeitos adversos à saúde; e XI. cianotoxinas - toxinas produzidas por cianobactérias que apresentam efeitos adversos à saúde por ingestão oral, incluindo: a) microcistinas - hepatotoxinas heptapeptídicas cíclicas produzidas por cianobactérias, com efeito potente de inibição de proteínas fosfatases dos tipos 1 e 2A e promotoras de tumores; b) cilindrospermopsina - alcalóide guanidínico cíclico produzido por cianobactérias, inibidor de síntese protéica, predominantemente hepatotóxico, apresentando também efeitos citotóxicos nos rins, baço, coração e outros órgãos; e c) saxitoxinas - grupo de alcalóides carbamatos neurotóxicos produzido por cianobactérias, não sulfatados (saxitoxinas) ou sulfatados (goniautoxinas e C-toxinas) e derivados decarbamil, apresentando efeitos de inibição da condução nervosa por bloqueio dos canais de sódio.

4.3. DEVERES E RESPONSABILIDADES

Os deveres e responsabilidades estão subdivididos em níveis hierárquicos de responsabilidade e função.

Na função de regulamentador e fiscalizado, nos níveis Federal, Estadual e Municipal, estão: o ministério da Saúde, as secretarias de estado da saúde e as secretarias municipais de saúde.

Estes possuem em conjunto e complementarmente uma série de obrigações sintetizadas abaixo: - promover e acompanhar a vigilância da qualidade da água; - estabelecer as referências laboratoriais nacionais, regionais e municipais para dar suporte às ações de vigilância da qualidade da água para consumo humano; e - aprovar e registrar as metodologias não contempladas nas referências citadas nesta resolução; - definir diretrizes para o estabelecimento de um plano de amostragem a ser implementado pelos Estados, Distrito Federal ou Municípios; e - executar ações de vigilância da qualidade da água; - sistematizar e interpretar os dados gerados pelo responsável pela operação do sistema, sob a perspectiva da vulnerabilidade do abastecimento de água quanto aos riscos à saúde da população; - efetuar, avaliação de risco à saúde humana de cada sistema de abastecimento; - auditar o controle da qualidade da água produzida e distribuída

e as práticas operacionais adotadas; -garantir à população informações sobre a qualidade da água e riscos à saúde associados; - manter registros atualizados sobre as características da água distribuída; -manter mecanismos para recebimento de queixas referentes às características da água; -informar ao responsável pelo fornecimento de água para consumo humano sobre anomalias e não conformidades detectadas, exigindo as providências para as correções que se fizerem necessárias; -aprovar o plano de amostragem apresentado pelos responsáveis pelo controle da qualidade da água de sistema; -implementar um plano próprio de amostragem de vigilância da qualidade da água.

Na função de operadoras do sistema, cabem às companhias, responsáveis pela captação, tratamento e distribuição da água para consumo humano, quer seja em regime de concessão ou permissão, as seguintes incumbências: - requerer, junto à autoridade de saúde pública, autorização para o fornecimento de água apresentando laudo sobre a análise da água a ser fornecida; -operar e manter sistema de abastecimento de água potável para a população consumidora, em conformidade com as normas técnicas aplicáveis publicadas pela ABNT - Associação Brasileira de Normas Técnicas e com outras normas e legislações pertinentes; -manter e controlar a qualidade da água produzida e distribuída, controlando operacionalmente as unidades de captação, adução, tratamento, reservação e distribuição; -manter avaliação sistemática do sistema de abastecimento de água, sob a perspectiva dos riscos à saúde, com base na ocupação da bacia contribuinte ao manancial; -encaminhar à autoridade de saúde pública, para fins de comprovação do atendimento a esta Norma, relatórios mensais com informações sobre o controle da qualidade da água; -promover, em conjunto com os órgãos ambientais e gestores de recursos hídricos, as ações cabíveis para a proteção do manancial de abastecimento e de sua bacia contribuinte; -fornecer a todos os consumidores, informações sobre a qualidade da água distribuída, mediante envio de relatório, dentre outros mecanismos, com periodicidade mínima anual. -manter registros atualizados sobre as características da água distribuída, sistematizados de forma compreensível aos consumidores e disponibilizados para pronto acesso e consulta pública; - comunicar, imediatamente, à autoridade de saúde pública e informar, adequadamente, à população a detecção de qualquer anomalia operacional no sistema ou não conformidade na qualidade da água tratada, identificada como de risco à saúde; -manter mecanismos para recebimento de queixas referentes às características da água e para a adoção das providências pertinentes.

Foram tabelados valores de referência máximos e mínimos para diferentes parâmetros, sendo eles: - Padrão microbiológico de potabilidade da água para consumo humano; - Padrão de turbidez para água pós-filtração ou pré-desinfecção; - Padrão de potabilidade para substâncias químicas que representam risco à saúde; - Padrão de radioatividade para água potável; - Padrão de aceitação para consumo humano.

Planos de Amostragem os responsáveis pelo controle da qualidade da água, ou seja, as companhias de abastecimento de água devem elaborar e aprovar, junto à autoridade de saúde pública, o plano de amostragem de cada sistema.

Devem ser coletadas amostras semestrais da água bruta, junto do ponto de captação, para análise de acordo com os parâmetros exigidos na Resolução CONAMA 357/05, avaliando a compatibilidade entre as características da água bruta e o tipo de tratamento existente.

A autoridade de saúde pública (federal, estadual e municipal), deve implementar um plano próprio de amostragem, consoante com as diretrizes específicas elaboradas no âmbito do Sistema Único de Saúde - SUS.

O sistema de abastecimento de água deve contar com responsável técnico, profissionalmente habilitado, além disso, toda água fornecida coletivamente deve ser submetida a processo de desinfecção, garantindo o atendimento ao padrão microbiológico desta Portaria.

Toda água para consumo humano, suprida por manancial superficial e distribuída por meio de canalização deve incluir tratamento por filtração.

Em todos os momentos e em toda sua extensão, a rede de distribuição de água deve ser operada com pressão superior à atmosférica.

Penalidades serão aplicadas as sanções administrativas cabíveis, aos responsáveis pela operação dos sistemas, que não observarem as determinações constantes desta Portaria.

As Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios estarão sujeitas à suspensão de repasse de recursos do Ministério da Saúde e órgãos ligados, caso não cumpra sua função de fiscalizador.

Cabe ao Ministério da Saúde, por intermédio da Secretaria de Vigilância Sanitária/MS, e às autoridades de saúde pública dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios representada pelas respectivas Secretarias de Saúde, observar o fiel cumprimento desta Norma.

Sempre que forem identificadas situações de risco à saúde, o responsável pela operação do sistema de abastecimento de água e as autoridades de saúde

pública devem elaborar de um plano de ação, incluindo comunicação à população, e imediatas ações para a correção da anormalidade.

Em função de características não conformes com o padrão de potabilidade da água ou de outros fatores de risco, a autoridade de saúde pública competente, com fundamento em relatório técnico, determinará ao responsável pela operação do sistema ou solução alternativa de abastecimento de água que amplie o número mínimo de amostras, aumente a frequência de amostragem ou realize análises laboratoriais de parâmetros adicionais ao estabelecido na presente Norma.

Inobstante a responsabilidade do Poder Público, cada cidadão também é responsável pela fiscalização e preservação da água, não podendo ficar esperando só o agir da administração pública.

5. A IMPORTÂNCIA DO AVANÇO NORMATIVO EM RELAÇÃO À DISPONIBILIDADE DE ÁGUA DE QUALIDADE

A legislação que trata dos padrões de portabilidade e qualidade da água para consumo humano é frequentemente revisada e atualizada.

A Portaria 518, de 25 de março de 2004, por exemplo, substitui a Portaria 1.469 de 29 de dezembro de 2000 e está prevista a sua revisão até o dia 24 de março de 2009, ou a qualquer tempo, mediante solicitação justificada de órgãos de reconhecida capacidade técnica, nos setores objeto dessa regulamentação.

Essas revisões são muito importantes, pois o avanço no conhecimento de novos problemas e o desenvolvimento de novas técnicas e substâncias possa tanto por em risco como beneficiar a saúde pública.

Nesta última revisão, não foram feitas alterações nas tabelas e nos parâmetros a serem analisados, tendo ocorrido apenas as seguintes alterações de prazos e competências, por exemplo: o prazo máximo para que as Instituições ou Órgãos promovam as adequações necessárias para o cumprimento desta portaria passou de 24 para 12 meses; quem promoverá a revisão desta norma, até 2009, será agora a Secretaria de Vigilância à Saúde (SVS) e não mais a FUNASA, como previsto na Portaria anterior.

A Portaria 1469 de 29 de dezembro de 2000 inseriu na legislação algumas considerações importantes.

Todas essas considerações permanecem na portaria 518 de 25 de março de 2004.: Prevê diferenciação, no plano de amostragem, com relação ao tipo de manancial utilizado, ou seja, superficiais e subterrâneos.

Nota-se que para os mananciais subterrâneos as exigências quanto à repetição das amostras é mais espaçada, pois efetivamente é preciso maior cuidado com as águas superficiais, mais sujeitas à poluição e contaminação.

Foi acrescentada uma tabela específica para padrões de turbidez, demonstrando que este parâmetro passou a ser analisado não apenas como padrão organoléptico, mas sim como um padrão sanitário.

Observa-se também que além do maior controle, pois vários parâmetros foram inseridos nas revisões das portarias, nota-se a preocupação de informar o consumidor.

As empresas de saneamento têm a obrigação de informar e manter disponibilizados os dados do manancial, bem como das análises das saídas do tratamento de água e das águas tratadas da rede de distribuição.

Ainda com relação à comunicação com os consumidores foi criado o Decreto Federal nº 5.440, de 4 de maio de 2005, que estabelece definições e procedimentos sobre controle de qualidade da água e institui mecanismos e instrumento para divulgação de informação ao consumidor sobre a qualidade de sua água tratada.

Segundo este Decreto, as empresas de saneamento deverão adequar à conta de água, de modo que o consumidor receba mensalmente dados sobre parâmetros básicos da qualidade do produto, além de solicitar o envio de relatórios anuais ao consumidor.

Com relação à qualidade da água tratada, o Padrão de Potabilidade vigente no Brasil é estabelecido pela Portaria 518 de 25 de março de 2004 do Ministério da Saúde.

Nessa Portaria estão previstos os limites máximos de diversos parâmetros que devem ser respeitados em toda água distribuída para consumo humano como condição de preservação da qualidade da água e, em última análise, como a garantia da efetividade da premissa constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito de todos e essencial à sadia qualidade de vida de cada um de nós.

7. CONCLUSÃO

Como recurso ambiental público, limitado e de fundamental importância para a sobrevivência humana, as águas necessitam da mais ampla proteção, justificando a existência de várias normas a respeito.

A água de qualidade é essencial à sadia qualidade de vida e devido à vivência em sociedade surgem os conflitos de interesse quanto à utilização desse precioso líquido.

O Estado tem o dever de proporcionar ao cidadão garantias mínimas de vida com dignidade e para tanto regulamenta os conflitos de interesse, e para o presente trabalho, regula a disponibilidade de água com padrão de boa qualidade.

Mas cada cidadão não está dispensado de suas responsabilidades com o meio ambiente, haja vista que qualquer dano afeta toda a comunidade.

O enquadramento dos corpos de água em classes pela legislação é feito para se garantir os usos adequados dos recursos hídricos de acordo com a sua classificação e evitar que cada pessoa a utilizem sem a mínima responsabilidade.

Por fim, inobstante ser bem de uso comum do povo, doutrina legislação apontam para que seja dado valor econômico ao uso da água como forma de dimensionar usos, bem como desperdícios e dessa forma atribuir valor para que a mesma seja conservada para a presente e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05, out. 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> . Acesso em 17. jun.2016.

_____. Lei nº 9.433, de 08 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09, jan. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm> . Acesso em 17. jun.2016.

DI BERNARDO, Luiz; DANTAS, Angela Di Bernardo. Métodos e Técnicas de Tratamento de Água. 2ª Edição. São Carlos: RiMa, 2005. in Revista Presença. Edição 20/04/2014. Disponível em: <http://www.utfpr.edu.br/concursos/campi/ld/arquivos/copy_of_03.AberturaEdital001.2016PSLD.pdf> . Acesso em 17. jun.2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEDAUAR, Odete. Coletânea de Legislação de Direito Ambiental. 5ª Edição. São Paulo, 2006. Disponível : <http://www.ceo.udesc.br/arquivos/id_submenu/109/ciencias_ambientais_2012_1.pdf> . Acesso em 01. Jun. 2016.

MILARÉ, Édis. Direito do Ambiente. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <<http://www.franca.unesp.br/#!/pos-graduacao/pp/docentes/>> . Acesso em 01. Jun. 2016.

PORTARIA, nº 1.469 de 29 de dezembro de 2000. Disponível em: <<http://www.aguabrasil.iciet.fiocruz.br/index.php?pag=leg>> . Acesso em 01. Jun. 2016.

BACIA AMAZÔNICA: GESTÃO HÍDRICA TRANSFRONTEIRIÇA DO RIO AMAZONAS NA TRÍPLICE FRONTEIRA BRASIL-COLÔMBIA- PERU.

Leonardo Leite Nascimento³⁴

1 INTRODUÇÃO

O uso e a conservação dos recursos hídricos transfronteiriços da Bacia Amazônica requer a cooperação efetiva de todos os países fronteiriços que compartilham deste recurso essencial à vida de suas populações.

A bacia hidrográfica do rio Amazonas é constituída pela mais extensa rede hidrográfica do globo terrestre, ocupando uma área total da ordem de 6.110.000 km², desde suas nascentes nos Andes Peruanos até sua foz no oceano Atlântico (na região norte do Brasil).

Assim, o maior rio do mundo nasce no Peru, com o nome de Vilcanota, passando a se chamar Ucaiali, Urubamba, Marañón, Solimões e recebendo a denominação de Amazonas, somente após o encontro com o rio Negro, na cidade de Manaus/AM, já no Brasil (ANA, 2015).

Esta bacia continental se estende sobre vários países da América do Sul: Brasil (63%), Peru (17%), Bolívia (11%), Colômbia (5,8%), Equador (2,2%), Venezuela (0,7%) e Guiana (0,2%). Em termos de recursos hídricos, a contribuição média da bacia hidrográfica do rio Amazonas, em território brasileiro, é da ordem de 132.145 m³/s (73,6% do total do País). Adicionalmente, a contribuição de territórios estrangeiros para as vazões da região hidrográfica é da ordem de 76.000 m³/s (ANA, 2015).

As maiores demandas pelo uso da água na região ocorrem nas sub-bacias dos rios Tapajós, Madeira e Negro, e têm por finalidade o uso para abastecimento humano e dessedentação animal, representando respectivamente 33% e 32% da

34. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA), integrante do Grupo de Estudo em Direito de Águas (GEDA), docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Norte (UNINORTE) e Oficial do Exército Brasileiro.

demanda total da região, que é de 78,8 m³/s. De um modo geral, os consumos estimados são pouco significativos quando comparados com a disponibilidade hídrica da região, por sub-bacia (ANA, 2015).

Por toda esta relevância estratégica e a fim de reafirmar suas soberanias nacionais, os países da Bacia Amazônica firmaram o Tratado de Cooperação Amazônica (TCA), em 3 de julho de 1978, visando a promoção de ações conjuntas para o desenvolvimento da bacia, incentivando processos de cooperação regional entre seus participantes (CAVALCANTI; TORQUATO, 2013, p. 35).

Dentre essas ações conjuntas, ainda em seu preâmbulo, o TCA (1978) cita a necessidade de ampliação dos esforços conjuntos em matéria de conservação ecológica. Afirmando que para que seja logrado um desenvolvimento integral dos territórios da Amazônia é necessário que se mantenha um equilíbrio entre o crescimento econômico e a preservação do meio ambiente.

Sendo assim, as supracitadas características do TCA ilustram, ainda que de forma programática, a preocupação e o pioneirismo dos países amazônicos, membros do Tratado, com a tutela do ambiente; haja vista que o desenvolvimento da temática ambiental no âmbito internacional à época, ainda era por demais incipiente.

Para tanto, os países signatários do Tratado de Cooperação Amazônica (TCA) e hoje integrantes da Organização do Tratado de Cooperação Amazônica (OTCA), no caso Brasil, Peru, Colômbia, Venezuela, Bolívia, Equador e Guiana, devem unir esforços para implementação de um gerenciamento integrado e sustentável dos recursos hídricos transfronteiriços, com adoção efetiva de políticas públicas bilaterais e multilaterais sob a égide do Direito Internacional, visando combater a degradação deste ecossistema e dos conexos e, assim, por intermédio de sua conservação, buscar garantir a disponibilidade de água doce às presentes e futuras gerações.

Nas lições de Ramos Júnior, gerações assim consideradas, de acordo com seus conceitos jurídicos, como presente e futura. No caso a presente, como a coletividade de indivíduos com uma vida ativa, política e economicamente, com um perfil etário de 18 a 70 anos de idade; e a futura, compreendendo todas as pessoas vivas, menores de 18 anos, não plenamente ativas, política e economicamente (seja por restrições constitucionais ou limitações econômicas), além daquelas não nascidas ou nem mesmo concebidas (RAMOS JÚNIOR, 2012, p. 147-152).

Sendo assim, com emprego do método dedutivo, com base em procedimento científico e utilização das técnicas de pesquisa bibliográfica, a pesquisa buscou analisar como o Direito Internacional, em especial o Tratado de Cooperação Amazônica, e os países da tríplice fronteira Brasil, Colômbia e Peru regulam o

uso e a conservação dos recursos hídricos transfronteiriços da Bacia Amazônia, em especial, do rio Amazonas, especificamente de seus afluentes, rio Marañón (Peru/Colômbia) e rio Solimões (Brasil), no trecho que compreende as cidades-gêmeas de Tabatinga/BR e Letícia/CO e a ilha de Santa Rosa/PE, visando a tutela jurídica da água doce para às presentes e futuras gerações.

2 DESENVOLVIMENTO

É notório que ao longo dos anos, a sociedade tem usufruído dos recursos ambientais disponíveis sem uma maior preocupação com o risco de sua escassez. Com isso, surge à possibilidade, em um futuro não muito distante, do desabastecimento global de recursos naturais essenciais à vida humana, entre eles a água doce.

Esta preocupação impactou as relações institucionais entre os Estados, que passaram a vincular a tutela do meio ambiente como algo essencial, com foco prioritário na conservação dos recursos naturais às gerações futuras, como exposto no 6º objetivo da Declaração sobre Meio Ambiente Humano de Estocolmo:

[...] por ignorância ou indiferença, podemos causar danos imensos e irreparáveis ao meio ambiente da terra do qual dependem nossa vida e nosso bem-estar. [...] A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade [...] (ONU, 1972).

Com efeito, a partir da Conferência de Estocolmo, a questão ambiental foi inserida como um tema de agenda importante nas relações internacionais e no Direito Internacional, cabendo destacar o Princípio n. 21, *in verbis*:

Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional (ONU, 1972).

Igualmente, na mesma década, em 1978, o Brasil e outros 07 (sete) países amazônicos, no caso Bolívia, Colômbia, Equador, Guiana, Peru, Suriname e

Venezuela, preocupados em preservar, prioritariamente, sua soberania sobre a região e o uso autônomo dos recursos naturais disponíveis em seus territórios, firmaram o TCA, promulgado pelo Decreto n. 85.050/80. Segundo Silva (2002, p. 9, grifo nosso): “Os Tratados são a fonte por excelência do direito ambiental internacional, tendo a virtude de determinar de maneira nítida, ou quase nítida, os direitos e as obrigações das partes contratantes”.

Este acordo multilateral foi pioneiro à época por regular a organização entre Estados na tutela de um mesmo interesse, no caso a conservação da Amazônia, com foco no estímulo à cooperação e à coordenação entre os signatários, visando à adoção de políticas comuns para a região, como se pode inferir de trecho do seu artigo I: “[...] promover o desenvolvimento harmônico de seus respectivos territórios amazônicos, de modo que essas ações conjuntas produzam resultados equitativos e mutuamente proveitosos [...]” (BRASIL, 1980, grifo nosso).

No entanto, a efetividade do TCA foi colocada em dúvida, uma vez que se passaram vários anos, sem que os Estados conseguissem, harmonicamente, promover o desenvolvimento sustentável, econômico e social da região e, garantissem a conservação dos recursos naturais. Esta situação resultou, em 1998, na assinatura de um protocolo de Emenda, promulgado pelo Decreto n. 4.387/02, que criou a Organização do Tratado de Cooperação Amazônico (OTCA), buscando dar sentido mais estratégico e dinâmico às ações desenvolvidas em seu âmbito.

Outrossim, a partir da Conferência de Estocolmo (1972) e das Conferências do Rio (1992) e Rio (2012) a temática ambiental tem adquirido maior destaque no âmbito internacional. De forma que, a preocupação global de se criar normas ambientais de aplicabilidade internacional somada à necessidade de ser estabelecida uma cooperação efetiva entre os países, com o objetivo de valorar a importância da matéria ambiental para garantir a qualidade de vida e a perpetuação da espécie humana através do desenvolvimento sustentável, atualmente é assunto fundamental no âmbito das discussões e decisões geopolíticas dos países.

Neste contexto, avulta de importância a questão da água doce em face do paradoxo hídrico existente atualmente, de países com abundância a outros com escassez e estresse hídrico, seja pela sua imprescindibilidade a vida, a universalidade do acesso a mesma inerente a todo ser humano, bem como por sua valoração econômica assim considerada recurso hídrico.

Desta maneira, a Organização das Nações Unidas (ONU) tem reiterado a necessidade de serem empreendidos esforços globais para a proteção deste recurso

natural e da biodiversidade, como se pode inferir de trecho do discurso do Secretário-Geral, Ban Ki-Moon, no dia internacional da diversidade biológica de 2013:

Vivemos em um mundo cada vez mais inseguro, onde a demanda de água muitas vezes supera a oferta, onde a qualidade da água muitas vezes não consegue atender aos padrões mínimos de qualidade. De acordo com as tendências atuais, as futuras demandas por água não serão cumpridas (ONU, 2013).

Sobre o assunto, o Brasil, apesar de dispor de cerca de 12% da água doce do planeta, tem de enfrentar grandes desafios, entre os quais o crescimento exagerado das demandas localizadas e da degradação da qualidade das águas (REBOUÇAS, 2002, p. 29-30), além de avançar na implementação e efetividade das leis, acordos, princípios e instrumentos que formam a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH). Tais necessidades, se considerada a relevância da temática transfronteiriça, são agravadas, uma vez que segundo o Governo Federal (2013, p. 9 e 24, grifo nosso):

[...] cerca de 60% do território nacional está inserido em bacias hidrográficas que se estendem pelos territórios de nossos vizinhos. Segundo dados da Agência Nacional de Águas, estas bacias reúnem 83 rios fronteiriços ou transfronteiriços [...] Há ainda cinco rios que se encontram em regiões de tríplice fronteira: um entre Brasil, Venezuela e Colômbia; um entre Brasil, Colômbia e Peru; um entre Brasil, Bolívia e Paraguai; um entre Brasil, Argentina e Paraguai e um entre Brasil, Argentina e Uruguai.

Afinal, apesar da implementação dos princípios da PNRH e de comitês de bacia hidrográfica serem práticas fundamentais para a conservação da água doce, na temática transfronteiriça, existe o receio, em caso de adoção da gestão integrada, de ser mitigada e até mesmo ameaçada a soberania e o interesse nacional na parcela do território compreendida na área de drenagem dos recursos hídricos transfronteiriços, em especial na Amazônia.

Cabe ressaltar, que a Amazônia internacional promove um incremento entre 73.000 e 35.003 m³/s na produção hídrica brasileira (REBOUÇAS, 2002, p. 28). Afinal, a bacia hidrográfica amazônica abrange além do Brasil, outros países sul-americanos, considerando-se a nascente do rio Amazonas nos Andes Peruanos

até a sua foz no Atlântico norte brasileiro. Ou seja, não há como se indagar sobre qualquer falta de recursos em água doce na região.

Todavia, apesar deste enorme potencial hídrico, ainda assim, a Amazônia apresenta problemas ambientais e de saneamento nas suas principais cidades, que carecem de investimentos em infraestrutura, no intuito de garantir acesso à água potável e de qualidade às suas populações.

Outrossim, cabe destacar que os rios podem ser classificados como nacionais ou internacionais. Rios nacionais são aqueles compreendidos inteiramente dentro do território de um único país, ao passo que os internacionais passam pelo território de dois ou mais países, compreendendo-se como tal, os que correm na superfície e os de cursos d'água subterrâneos. Considera-se também rio internacional aquele cuja bacia é formada por rios ou nascentes que se encontrem em outros países (VARELLA, 2012, p. 206).

Por certo, neste conceito não se questiona a legitimidade do exercício da soberania pelo país ribeirinho nos limites de suas fronteiras, mas a necessidade do uso desta para o alcance de uma efetiva tutela das águas, por meio da cooperação entre os Estados que compartilham do recurso hídrico transfronteiriço. Afinal, as consequências de uma ação degradante ao meio ambiente aquático ou conexo pode vir a impactar toda bacia de drenagem internacional, em especial quando praticada rio acima.

Levando-se em consideração a grande quantidade de cursos d'água internacionais e a importância do assunto, uma vez que influenciam diretamente na qualidade de vida da grande totalidade de seres vivos do planeta, é imprescindível que exista a cooperação internacional entre Estados soberanos e ribeirinhos, a fim de que sejam evitados conflitos pelo uso dessas águas. Nas palavras de Cretella Neto (2012, p. 830, grifo nosso):

Globalmente, existem 263 cursos d'água compartilhados, que atravessam territórios de 145 Estados e representam 45,3% da superfície da Terra, excluindo a Antártida, ou 62% da massa terrestre da África, 60% da América do Sul, 54% da Europa, 39% da Ásia e 35% da América do Norte. Dos países do mundo banhados por cursos d'água compartilhados, 39 possuem mais de 90% de seus territórios banhados por essas bacias. Assim, parece evidente que é fundamental a cooperação entre os Estados para a administração sustentável dessas águas, com base

nos instrumentos internacionais existentes, especialmente no contexto da crise global de abastecimento hídrico.

Todavia, ainda hoje, alguns países como o Brasil, defendem a não vinculação de seus interesses a quaisquer outros, quando do aproveitamento dos recursos naturais, em especial, dos recursos hídricos em curso pelo seu território. Tais países defendem sua soberania territorial, com base no conceito de rio internacional estabelecido remotamente, ainda em Viena (1815), deixando de lado a tutela do meio ambiente e o harmônico convívio com os países vizinhos. Ou seja, prevalece os interesses nacionais, principalmente em seu aspecto econômico, frente ao socioambiental e transnacional. Como exemplo, cabe citar a recente construção das hidroelétricas de Jirau e Santo Antônio, no rio Madeira, onde o Brasil deu seguimento às suas construções, apesar de ressalvas e ponderações bolivianas quanto à possibilidade de alagamentos com a edificação das barragens.

Infelizmente, tal posicionamento não é novo, conforme se observa em argumento apresentado pelo Brasil em um litígio com a Argentina, quando da construção da barragem de Itaipu, conforme lição de Accioly, Casella e Silva (2012, p. 762-763, grifo nosso):

Para a Argentina, ‘o afluente principal e os secundários de um rio devem ser considerados internacionais, mesmo quando se encontrem inteiramente dentro do território nacional, visto que constituem parte do sistema fluvial de uma bacia de drenagem internacional’. O Brasil, ao contrário, argumentou que o estudo a ser feito deveria basear-se na definição clássica de rio internacional, tal como adotada em Viena, em 1815. Consultados os Estados-Membros a respeito, a maioria esmagadora optou pela doutrina clássica.

No entanto, tal posição firmada em uma noção de soberania absoluta é inadequada a realidade de mundo transnacional, em constante modificação e conexão, e à necessidade efetiva de tutela do meio ambiente, em face de sua indisponibilidade e caráter difuso. Esta noção não pode mais prevalecer, sob pena de consequências inestimáveis para o próprio Brasil quanto a gestão hídrica transfronteiriça, por estar rio abaixo; bem como para a própria vida no planeta, afinal o recurso natural água doce é fundamental.

Por certo, o TCA já demonstrava a época de sua assinatura, no contexto amazônico, a preocupação dos países ribeirinhos com a boa vizinhança, segundo Caubet (2006, p. 175, grifo nosso):

As instituições previstas no tratado colocam igualmente a ênfase sobre a vontade de preservar o exercício dos direitos soberanos dos oito países signatários. A regra da unanimidade é afirmada para todas as decisões importantes a serem tomadas pelos Estados-Partes (art. XXV) que sublinham seu direito ao uso e à exploração exclusiva dos recursos naturais e que são encontrados nos respectivos territórios, nos limites fixados pelo Direito Internacional e, notadamente, pelas normas de boa vizinhança (arts. IV e XVI).

Cabe ressaltar assim, que a simples previsão de princípios como este, não mais é admitida. Há real necessidade de ser adotado o conceito de bacia de drenagem internacional, visando fomentar e efetivar a cooperação e o gerenciamento integrado e conjunto de águas compartilhadas no contexto transnacional, conforme assevera Yahn Filho (2004, p. 2, grifo nosso):

No séc. XX, um maior desenvolvimento do Direito Internacional, aliado a uma preocupação ambiental, traz à tona uma discussão a respeito dos recursos naturais compartilhados. No que tange à água, um marco nesse debate foi a 52^a Conferência da International Law Association, em 1966, realizada na cidade de Helsinque, Finlândia. Nela, foram discutidas e aprovadas as chamadas Regras de Helsinque, que estabeleceram o conceito de bacia de drenagem internacional. Segundo aquele documento, 'uma bacia de drenagem internacional é uma área geográfica que cobre dois ou mais Estados, determinada pelos limites fixados pelos divisores de água, inclusive as águas de superfície e as subterrâneas, que desembocam num ponto final comum'. Por este conceito, não apenas o rio é internacional, mas sim, toda a bacia da qual ele faz parte. Destarte, um curso d'água que esteja completamente em território nacional, mas pertença a uma bacia internacional, também será considerado como tal. Este conceito leva em conta, também, todo o ciclo d'água. Em 1997, após anos de estudos da Comissão de Direito Internacio-

nal da ONU, foi aprovada, em Assembléia Geral, a Convenção Internacional sobre a Utilização de Rios Internacionais para Fins Diferentes da Navegação (ONU, 1997), que adota o conceito de bacia de drenagem internacional.

Contribuindo com tais assertivas, dando maior enfoque a necessidade de uma efetiva gestão das bacias hidrográficas e de uma cooperação, em especial, entre os países mazônicos, em face da consolidação ainda que incipiente de um “mercado da água”, Becker (2009, p. 43, grifo nosso) assim infere:

Sua valorização reside na ameaça de escassez decorrente do forte crescimento do consumo, a tal ponto que é considerada como o “ouro azul”, capaz de, à semelhança do petróleo no século XX, instigar guerras no século XXI. [...], mas o maior problema não é o crescimento demográfico, e sim a gestão dos recursos, de modo a estender os serviços de abastecimento e esgotamento sanitário às grandes massas que deles não usufruem. Ademais, as previsões apocalípticas e seus argumentos não se aplicam de forma alguma à Amazônia, que detém grande percentual da água doce do planeta e baixo consumo. É claro que uma melhor gestão contra o desperdício é fundamental para todos. Mas há que se ter em mente as condições diversificadas do planeta, para evitar imposições globais que não atendem aos interesses nacionais e regionais.

Em especial, cabe destacar a relevância hídrica da bacia do rio Solimões, dentro do recorte metodológico limitado à região de tríplice fronteira nas cidades de Tabatinga/BR, Letícia/CO e Santa Rosa/PE, que segundo MMA (2006, p.34 e 45, grifo nosso):

[...] representa cerca de 36% da área total da Bacia Amazônica continental, seguida pelas Bacias dos rios Madeira, com 23% e do Rio Negro, com 11% da superfície total. Merecem ainda destaque as participações dos rios Tapajós e Xingu, cujo percentual agrupado em termos de área dessas Bacias em relação à área total da Bacia representa 16% e 8% respectivamente. No entanto, a participação das descargas médias de cada tributá-

rio na descarga média total do rio Amazonas na foz (estimada em 209.000 m³/s), considerando-se os valores de Molinier et al. (1995), mostra uma participação de 49% da Bacia do Solimões e uma quase igualdade entre os rios Negro (14%) e Madeira (15%). [...] O Sistema Aquífero Solimões é representado pelos sedimentos localizados no topo da sequência sedimentar da Bacia do Amazonas. A sua área de recarga é de 457.664 km², correspondente ao Estado do Acre e à parte do oeste do Estado do Amazonas (Sub-região Hidrográfica Solimões e Sub-região Hidrográfica Purus). [...] em termos microbiológicos há limitações nas áreas urbanas, devido à elevada vulnerabilidade natural (aquífero freático com nível da água raso, próximo à superfície) e elevado potencial de contaminação devido a poços mal construídos, ausência/inadequação de proteção sanitária e carência de saneamento básico.

Com isso, se depreende à relevância estratégica da Bacia Amazônica para o Brasil e para os demais países ribeirinhos que dela fazem parte, em especial os integrantes da OTCA. Os quais devem primar pela efetivação do desenvolvimento sustentável da região, dispendo às populações amazônicas condições salutarres de vida, precipuamente, garantindo seu acesso à água e ao saneamento, por meio de ações conjuntas de cooperação no âmbito da Amazônia transnacional, fundamentais a manutenção de suas soberanias sobre a vasta riqueza natural ainda existente, em especial, a hídrica.

Finalmente, dentro deste contexto de cursos d'água internacionais, um dos grandes desafios do país é a implantação de um comitê de bacia hidrográfica transfronteiriço como unidade de gestão e espaço transnacional, em especial na Bacia Amazônica e na Tríplice fronteira Brasil-Colômbia-Peru, no caso no rio Amazonas, especificamente seus afluentes, rio Marañón (Peru/Colômbia) e rio Solimões (Brasil), no trecho que compreende as cidades-gêmeas de Tabatinga/BR e Letícia/CO e a ilha de Santa Rosa/PE.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto e frente ao atual cenário de crise da água, realidade em alguns países cuja disponibilidade de água é menor que mil metros cúbicos por habitante por ano, o Brasil e os países signatários do TCA devem cooperar em prol de uma gestão conjunta, integrada e compartilhada dos recursos hídricos da Bacia Amazônica.

Na verdade tal ação é necessária, inclusive, para manterem suas soberanias sobre a Hileia e estimularem a conscientização de todos pela utilização racional, equilibrada e adequada dos recursos hídricos disponíveis para sua conservação e distribuição aos presentes e futuras gerações, especialmente na Tríplice fronteira Brasil-Colômbia-Peru, com a implantação de um comitê de bacia hidrográfica compartilhado e trilateral, de preferência, com o estabelecimento de um espaço transnacional para lidar com as problemáticas comuns fronteiriças.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hidelbrando; SILVA, G. E. do Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ANA, Agência Nacional de Águas. **Região Hidrográfica Amazônica**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www2.ana.gov.br/Paginas/portais/bacias/amazonica.aspx>>. Acesso em: 21 set. 2016.

BRASIL. Decreto n. 4.387, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Protocolo de Emenda ao Tratado de Cooperação Amazônica. **Planalto**, Brasília, DF, 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4387.htm>. Acesso em: 06 jul. 2016.

_____. Decreto n. 85.050, de 18 de agosto de 1980. Promulga o Tratado de Cooperação Amazônica, concluído entre os Governos República da Bolívia, da República Federativa do Brasil, da República da Colômbia, da República do Equador, da República Cooperativa da Guiana, da República do Peru, da República do Suriname e da República da Venezuela. **Planalto**, Brasília, DF, 1980. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=126133>>. Acesso em: 06 jul. 2016.

BECKER, Bertha K. **Amazônia: geopolítica na virada do III milênio**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

CAUBET, Christian Guy. **A água doce nas relações internacionais**. Barueri, SP: Manole, 2006.

CAVALCANTI, Erivaldo; TORQUATO, C. C. A.. Regimes internacionais e soft law: uma análise a partir da organização do tratado de cooperação amazônica. In:

MENEZES, Wagner; MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; WINTER, Luiz Alexandre Carta (Org.). **25 anos da Constituição cidadã**: Os atores sociais e a concretização sustentável dos objetivos da república. Florianópolis: Funjab, 2013, v. 01, p. 151-168.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Direito Internacional do Meio Ambiente**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOVERNO FEDERAL, Presidência da República. Recursos Hídricos Fronteiriços e transfronteiriços do Brasil. **Secretaria de Assuntos Estratégicos - SAE**, Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://www.sae.gov.br/site/wp-content/uploads/Publica%C3%A7%C3%A3o-%C3%A1gua_SAE.pdf> . Acesso em: 20 jun. 2016.

MMA, Ministério do Meio Ambiente. Caderno da região hidrográfica amazônica. **Secretaria de Recursos Hídricos**, Brasília, DF, 2006. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/161/_publicacao/161_publicacao03032011024915.pdf> . Acesso em: 2 set. 2016.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente Humano**. Estocolmo, 1972. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>> . Acesso em: 08 jul. 2016.

_____. Escassez de água doce. **ONUBR**, [S.l.], 23 maio 2013. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/alertando-para-escassez-de-agua-doce-onu-pede-esforcos-globais-para-protoger-recursos-naturais>> . Acesso em: 20 jun. 2016.

RAMOS JÚNIOR, Dempsey Pereira. **Meio ambiente e conceito jurídico de futuras gerações**. Curitiba: Juruá, 2012.

REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Água Doce no Mundo e no Brasil. *In*: REBOUÇAS, Aldo da C.; BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galízia (Orgs.). **Águas doces no Brasil: Capital ecológico, uso e conservação**. São Paulo: Escrituras Editora, 2002.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Direito Ambiental Internacional**. 2. ed. Rio de Janeiro: Thex Editora, 2002.

VARELLA, Marcelo Dias. **Direito internacional público**. 4. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

YAHN FILHO, Armando Gallo. O conceito de bacia de drenagem internacional no contexto do Tratado de Cooperação Amazônica e a questão hídrica na região. In: **II Encontro da Associação Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Ambiente e Sociedade (ANPPAS)**, 2004, Indaiatuba/SP. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2005000100006/ > . Acesso em: 15 jul. 2016.

ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS COMO GARANTIA ERGA OMNES À VIDA

MARIA LENIR RODRIGUES PINHEIRO³⁵ e MARIANA FARIA FILARD³⁶

INTRODUÇÃO

Os problemas locais e gerais trazidos pela degradação ambiental, remetem à consideração das relações entre o meio ambiente e a democracia, a pobreza, as desigualdades internacionais, a fome, a produção industrial, o parcelamento do solo, a produção científica, dentre outros problemas.

Pode-se dizer que o homem é resultado da relação entre ele e o meio ambiente do qual participa. Essa concepção de meio ambiente abarca aspectos naturais e sociais, não mais isolando uma faceta de outra, já que a inter-relação homem-natureza é uma totalidade dinâmica, onde um e outro são personagens ativos que contracenam e dependem um do outro. Essa participação inclui, em primeiro lugar, a busca de espaços políticos para a concretização dos princípios oriundos desse exercício, produção de novas práticas sociais, pela expressão de novas formas de conduta e introdução de novos paradigmas no conhecimento.

Essa participação inclui, em primeiro lugar, a busca de espaços políticos para a concretização dos princípios e práticas oriundos desse exercício. Manifesta-se, também, pela produção de novas práticas sociais, pela expressão de novas formas de conduta e pela introdução de novos paradigmas no conhecimento e nas práticas sociais.

No que diz respeito aos recursos hídricos, não ocorre de forma diferente. A água consubstancia um bem público, sendo um dos temas da atualidade justamente a sua escassez, situação que vem provocando acirrados debates sobre a possibilidade de racionamento de seu fornecimento.

35. Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Professora do curso de Direito do Centro Universitário do Norte - UNINORTE e do Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA; e-mail: lenirpinheiro@gmail.com.

36. Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Ciência Jurídica pela UNIVALI. Coordenadora e professora do curso de Direito do Centro Universitário do Norte - UNINORTE; e-mail: marianafilard@gmail.com.

A preocupação com a gestão de recursos hídricos no Brasil é antiga, encontrando-se registros de uma forma de exploração desregrada que evoluiu e culminou com a Política Nacional de Recursos Hídricos – PNRH, segundo a qual se deve sempre proporcionar ao homem o uso múltiplo das águas (art. 1º, inciso IV, da Lei PNRH). Nesse sentido, tal multiplicidade somente pode se efetivar na situação em que houver que uma aferição quanto ao uso dos recursos hídricos, a cargo do Poder Público.

Desta forma, a utilização dos recursos hídricos, tema tratado neste trabalho, mediante aval da Administração, tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos a seu acesso.

2. A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS

É notório que o planeta vem passando por fortes transformações, e a água, que sempre foi considerada um recurso inesgotável, passou a receber uma atenção maior devido ao perigo de esgotamento deste recurso natural no planeta e ao aumento populacional.

A evolução histórica da gestão de recursos hídricos no Brasil desenvolveu-se juntamente com a história evolutiva do pensamento jurídico-ambiental e por conta das grandes transformações pela qual o nosso planeta vem passando, crescem, entre as Nações e os Organismos dos mais diferentes seguimentos da sociedade, debates internacionais discutindo a relevância do acesso à água, condição indispensável para alcançar os demais direitos humanos, visto que a inacessibilidade conduziria a prejuízos à vida, saúde, bem-estar, o mínimo para a existência digna.

Com o fito de conscientizar acerca da preservação do meio ambiente, em virtude da preocupação mundial com a preservação dos recursos naturais, em 1972, realizou-se, na Suíça, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que resultou na inclusão da temática, obrigatoriamente, na pauta dos Organismos Internacionais.

Na Conferência Internacional das Nações Unidas sobre a Água, realizada na Argentina, em 1977, debateu-se o uso consciente dos recursos hídricos no mundo e o seu aproveitamento em vários setores, a partir de constatações da escassez e conflitos advindos desta. Há alguns anos, antes da ECO-92, a ONU organizou a Conferência Internacional sobre a Água e Meio Ambiente na Irlanda na cidade de Dublin (1992), no qual sugeriu-se a implementação de pactos que

garantam adoções de gestão dos recursos hídricos e “inscreveu um princípio que contribuiu com a mudança de paradigma sobre as questões hídricas, qual seja: a água doce como um recurso finito e vulnerável, essencial para garantir a vida, o desenvolvimento e o meio ambiente”.

Ainda em 1992, realizou-se no Rio de Janeiro, a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, a ECO-92, consolidando propostas de âmbito internacional, por meio da Agenda 21, com implantação de políticas de desenvolvimento sustentável, com o fito de integrar a espécie humana e a natureza, conciliando crescimento econômico com a preservação do meio ambiente.

A Agenda 21 foi adotada por 178 países; tem destaque especial o capítulo 18 que versa sobre a proteção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos: Aplicação de Critérios Integrados no Desenvolvimento, Manejo e Uso dos Recursos Hídricos.

Posteriormente foi promovido o Fórum Mundial da Água, pelo Conselho Mundial da Água, em vários países, com o fito de despertar a consciência sobre os problemas diretamente relacionados com a água, em busca de consenso entre os diversos organismos envolvidos e elaboração de políticas públicas mundiais e regionais (BARBOSA, 2016).

Em 2002, na Declaração de Johannesburgo, foram propostas as “Metas do Milênio”, as quais tentam reduzir pela metade a população sem acesso à água potável (aproximadamente 1,4 bilhões de pessoas) e sem sistema básico de saneamento (2,3 bilhões de pessoas) até o ano de 2015. E em seu artigo 26, ratifica todo o exposto a cerca da participação pública na gestão ambiental e hídrica.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, apresentou importantes inovações, demarcando as competências para legislar, conferindo à União Legislar sobre águas e energia, autorizando os Estados a legislar sobre a matéria (art. 22, parágrafo único), com competência respeitante ao aproveitamento e utilização dos recursos hídricos de seu domínio (art. 26, I e II), ou seja, a União cabe legislar sobre o Direito de Águas, enquanto aos Estados e o Distrito Federal cabe legislar sobre as normas administrativas destinadas à gestão dos recursos hídricos de seu domínio sendo-lhes vedado: criar, alterar ou extinguir direitos. (POMPEU *apud* GRANZIERA, 2001).

Quanto aos Estados, segundo Freitas (2000, p. 24) outro ganho foi a concessão do domínio das águas subterrâneas, as quais anteriormente não tinham titular definido. Assim, é de domínio estadual: “as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União” (art. 26, I, CF).

Consolidou-se um sistema jurídico de proteção ambiental integrado em nossa Constituição Federal de 1988. Especificamente, é no art. 225 que encontramos o princípio basilar de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Além das normas constitucionais, citamos o Código de Águas de 1934 que é o marco legal do gerenciamento dos recursos hídricos no Brasil, onde está assegurado “o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades de vida” (art.34) e “permite a todos usar de quaisquer águas públicas conformando-se com os regulamentos administrativos” (art.36) e que quando o uso depender de derivação, terá “em qualquer hipótese preferência a derivação para o abastecimento de populações” (art. 36, §1º).

2 POLÍTICA NACIONAL DE RECURSOS HÍDRICOS - PNRH E SEUS FUNDAMENTOS

O art. 21, XIX, da Constituição Federal de 1988 dispõe que compete à União instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir critérios de outorga de direitos de seu uso. Em 8 de janeiro de 1997, foi promulgada a Lei 9.433, que instituiu a Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) e criou o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SNGRH), regulamentando, assim, o dispositivo constitucional.

Nas palavras de Freitas (2000, p. 66): “a Lei 9.433, configura um marco que reflete uma profunda mudança valorativa no que se refere aos usos múltiplos da água, às prioridades desses usos, ao seu valor econômico, à sua finitude e à participação popular na sua gestão”.

Antes da referida lei, outras normas legislaram sobre os recursos hídricos. Ressalte-se que o Código de Águas, editado em 1934, através do Decreto 24.643, foi a primeira legislação que criou instrumentos destinados à gestão dos recursos hídricos; no entanto, os dispositivos legais não foram regulamentados e consequentemente os instrumentos não foram implementados.

Toda água é insuscetível de apropriação privada e livre para o consumo humano, animal e para fins agrícola e industrial, segundo José Afonso da Silva (1997, p. 13), tanto é que as águas situadas em terras particulares devem seguir seu leito, não podendo ser retidas pelo particular como coisa de sua propriedade.

Discorre Machado (1998, p. 329) que a característica relevante do conceito de “bem de domínio público” não é o fato de este pertencer à União ou aos Estados. Segundo ele, “a dimensão jurídica do domínio público hídrico não deve levar o Poder Público a conduzir-se como mero proprietário do bem, mas como gestor que presta contas, de forma contínua, transparente e motivada”.

É o dever de prestar informações ao público, que a Lei n. 9.433/97 pretende assegurar mediante a criação de um Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos (arts. 25 e seguintes), cujo funcionamento é regido pelo princípio básico de garantia de acesso aos dados e informações a toda a sociedade, e não apenas aos órgãos públicos.

Para Souza Filho (1997, p. 16), o Direito Ambiental fez avançar o conceito de “bens de interesse público”; segundo ele, “todos os bens, materialmente considerados, sejam ambientais ou não, são públicos ou privados. Os ambientais, porém, independentemente de serem públicos ou privados, revestem-se de um interesse que os faz ter um caráter público diferente. A diferença está em que, seja a propriedade pública ou particular, os direitos sobre estes bens são exercidos com limitações e restrições, tendo em vista o interesse público, coletivo, nela existente.

Granziera (1993, p. 16) enfatiza que a constatação de que os recursos hídricos são esgotáveis e vulneráveis, já é entendimento universalmente aceito, inclusive explicitado na Declaração de Dublin, Irlanda, de janeiro de 1992. O reconhecimento da água como bem de valor econômico e passível de cobrança pelo seu uso é também recomendação pela Agenda 21.

O art. 19 da Lei n. 9.433/97, dispõe acerca dos objetivos da cobrança pelo uso de recursos hídricos, sujeitos à outorga pelo Poder Público. Granziera (1993, p. 22) ressalta que “o conceito de que ‘a água é grátis’ está profundamente enraizado na cultura de alguns países”. A água como um bem ambiental, dotado de valor econômico significa que o usuário poderá, em um futuro próximo, vir a ter que pagar para utilizá-la, pois atualmente o que se paga é a prestação dos serviços de captação de água e o seu tratamento.

Apesar da Lei n. 9.433/97 ter estabelecido, nos seus arts. 20 e seguintes, critérios para fixação de valores e sua aplicação prioritária, o sistema de cobrança pelo uso de recursos hídricos ainda não foi implementado eficazmente no Brasil, ficando ao encargo das Agências de Água, conforme consta no Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, de modo a resguardar, por meio da atuação do Poder Público e da coletividade, a sustentabilidade ambiental.

Estes fundamentos visam o equilíbrio entre os diversos usos da água, priorizando as necessidades sociais vigentes. De acordo com Irachande (1997, p. 37), as águas se prestam a diversos usos, classificados em dois tipos: consuntivos e não-consuntivos.

Os usos consuntivos são aqueles em que há o consumo efetivo da água e, conseqüentemente, seu retorno ao manancial é pequeno, inexistente, ocorre após muitos meses ou com alteração de qualidade, como o uso doméstico, des-sedentação de animais, agricultura, irrigação, pecuária etc. Os usos não-consuntivos são aqueles no qual o consumo de água não ocorre ou é muito pequeno e a água permanece ou retorna ao manancial, como nos casos de navegação.

A Lei n. 9.433/97 não estabeleceu um conceito de bacia hidrográfica; entretanto podemos, para fins de estudo conceituar como é a unidade territorial de planejamento e gerenciamento das águas.

Granziera (1993, p. 22) assevera que as bacias hidrográficas devem ser consideradas como um “todo indivisível” e que a gestão dos seus recursos deve limitar-se no âmbito da bacia hidrográfica natural e não no das fronteiras administrativas e políticas.

Machado (1998, p. 290) também destaca a relevância do estudo global de um rio e seus afluentes, ou seja, da bacia hidrográfica vez que. Acrescenta que a idéia de bacia hidrográfica não se restringe só ao rio e aos cursos d’água que a ele afluem, mas pode atingir toda a região drenada por um único rio.

Vê-se, portanto, que a nova lei incorporou expressamente fundamento que encontra amplo respaldo na doutrina especializada e em princípios internacionais embora sua aplicação prática dependa de uma efetiva articulação entre representantes da União, Estados, DF, Municípios e usuários das águas e organizações civis (de ensino, pesquisa e dedicadas à defesa dos recursos hídricos e dos interesses coletivos), integrantes dos Comitês de Bacia Hidrográfica criados pela nova lei.

Vários tratados e declarações internacionais (em especial a Declaração de Dublin, Irlanda, de 1992) já recomendavam expressamente a descentralização na administração dos recursos hídricos, para proporcionar uma parceria entre os órgãos públicos, privados e cidadãos interessados no aproveitamento e na conservação das águas. A Constituição de São Paulo também já estabelecia, entre seus objetivos, a “gestão descentralizada, participativa e integrada em relação aos demais recursos naturais e às peculiaridades da bacia hidrográfica”.

A Lei nº 9.433/97 procura criar alguns mecanismos institucionais de participação dos cidadãos e comunidades usuárias de recursos hídricos, incluindo seus representantes no Conselho Nacional de Recursos Hídricos e nos Comitês de Bacia

Hidrográfica, que integram o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos. Saliente-se que a participação de órgãos públicos nesses colegiados é legalmente limitada à metade do total de representantes, de forma que se proporcione, pelo menos em tese, uma representação minimamente equitativa de Estado e sociedade.

É fundamental que, para uma participação cidadã efetiva na definição de políticas públicas atinentes aos recursos hídricos, o Poder Público permita o livre e amplo acesso público a informações, o que, em tese, se pretende fazer mediante a criação do Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos, cujo acesso estaria garantido à sociedade.

Finalmente, outros princípios aplicáveis à água são consagrados pela legislação brasileira, ainda que não incluídos expressamente no rol de fundamentos da Lei nº 9.433/97. Eles são lembrados por Maria Luiza Machado Granziera (1993, p. 22): 1) A manutenção de uma cobertura vegetal é essencial à conservação dos recursos hídricos e 2) Entendimento da água a partir do binômio quantidade/qualidade.

3. OBJETIVOS, DIRETRIZES, INSTRUMENTOS DE AÇÃO DA PNRH E GERENCIAMENTO DE RECURSOS HÍDRICOS

A percepção da escassez tem levado governos do mundo todo a reorganizar o ambiente institucional e definir novos direitos de propriedade por meio de um sistema de gestão participativo e descentralizado que estimule a utilização do recurso de forma racional. (ALSTON & MUELLER, 2002)

A Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH), estabelecida pela Lei nº 9.433/97, é um dos instrumentos que orienta a gestão das águas no Brasil. O conjunto de diretrizes, metas e programas que constituem a PNRH foi construído em amplo processo de mobilização e participação social. O documento final foi aprovado pelo Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) em 30 de janeiro de 2006.

O objetivo geral desta Política é “estabelecer um pacto nacional para a definição de diretrizes e políticas públicas voltadas para a melhoria da oferta de água, em quantidade e qualidade, gerenciando as demandas e considerando ser a água um elemento estruturante para a implementação das políticas setoriais, sob a ótica do desenvolvimento sustentável e da inclusão social”.

Trata-se de uma Política nacional, que deve ser adequado periodicamente às realidades das Regiões, devendo haver um processo de estudo, diálogo e pactuação contínuos, o que resulta em “retratos” da situação dos recursos hídricos em diferentes momentos históricos, sob a coordenação do Ministério do

Meio Ambiente, sob acompanhamento da Câmara Técnica do Plano Nacional de Recursos Hídricos (CTPNRH/CNRH).

A PNRH estabeleceu em seu art. 2º os objetivos para promover a utilização sustentável dos recursos hídricos e a prevenção contra os eventos hidrológicos nocivos, assegurando à atual e às futuras gerações a necessária disponibilidade de água, em padrões de qualidade adequados aos respectivos usos, bem como a utilização racional e integrada com a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos de origem natural ou decorrentes de seu uso inadequado.

Observa-se que, a Política nacional de Recursos Hídricos está em consonância com a legislação pátria e internacional que visa assegurar a integridade e sustentabilidade dos recursos naturais a longo prazo, impondo restrições e limitações ao seu uso e exploração, afastando-se da visão de exploração para fins econômicos e do setor elétrico.

Depreende-se ainda, pela leitura dos incisos I e II, que a aspiração pela sustentabilidade hídrica, tornou imprescindível a obtenção de outorga, instrumento de planejamento, monitoramento e fiscalização dos recursos hídricos, concedida pelo poder público aos usuários se a utilização almejada for compatível com o plano da bacia hidrográfica.

Quanto às diretrizes gerais de ação da gestão hídrica, estas estão elencadas no art. 3º da PNRH, que tem a finalidade de integrar e articular a gestão dos recursos hídricos com a gestão dos demais recursos naturais e do meio ambiente.

A premissa maior é de que a água é fundamental em todos os aspectos da vida, e que a escassez generalizada, a destruição gradual e o agravamento da poluição dos recursos hídricos exigem o planejamento e a gestão integrada desses recursos.

Segundo o art. 5º, da Lei 9.433/97, os instrumentos da PNRH são: os planos de recursos hídricos, o enquadramento dos corpos de água em classes segundo os usos preponderantes, a outorga dos direitos de uso dos recursos hídricos, a cobrança pelo uso dos recursos hídricos e o sistema de informações sobre recursos hídricos.

A implantação dos planos de recursos hídricos está fundamentada por meio de planos diretores, que tem por função orientar, articular, controlar e racionalizar a utilização dos recursos hídricos (art. 6º da PNRH). Desta forma, podemos defini-los como, instrumentos preventivos e conciliadores dos conflitos entre os setores usuários e usuários.

O art. 7º, da Lei 9.433/97, apresenta o conteúdo mínimo dos planos, constando em seu rol: diagnóstico da situação atual dos recursos hídricos; análise de alternativas de crescimento demográfico, de evolução das atividades produtivas

e de modificações dos padrões de ocupação do solo; balanço entre disponibilidades e demandas futuras dos recursos hídricos, em quantidade e qualidade, com identificação de conflitos potenciais; metas de racionalização de uso, aumento da quantidade e melhoria da qualidade dos recursos hídricos disponíveis; medidas a serem tomadas, programas a serem desenvolvidos e projetos a serem implantados, para o atendimento das metas previstas; prioridade para a outorga de direitos de uso de recursos hídricos; diretrizes e critérios para a cobrança pelo uso dos recursos hídricos; e propostas para à criação de áreas sujeitas a restrição de uso, com vistas à proteção dos recursos hídricos.

Os objetivos principais do enquadramento dos corpos de água em classes segundo os usos são, nos termos do art. 9º da Lei n. 9.433/97: “assegurar a qualidade da água compatível com os usos mais exigentes a que se destinam e diminuir os custos do combate à poluição mediante adoção de ações preventivas permanentes”.

Conforme estabelece a Resolução CNRH n. 12/2000, em seu artigo 4º, o procedimento para a realização do enquadramento deverá seguir 4 etapas: 1ª - diagnóstico do uso e da ocupação do solo e dos recursos hídricos na bacia hidrográfica; 2ª - prognóstico do uso e da ocupação do solo e dos recursos hídricos na bacia hidrográfica; 3ª - elaboração da proposta de enquadramento; e 4ª - aprovação da proposta de enquadramento e respectivos atos jurídicos;

A classe de uso das águas brasileiras está disciplinada pela Resolução do CONAMA n. 20, de 18/06/1986, que dispõe sobre a classificação e enquadramento das águas. De acordo com a referida resolução classificar é «estabelecer níveis de qualidade para a água e fixar os usos compatíveis com tais níveis» e enquadrar é «estabelecer o nível de qualidade apresentado por um segmento de corpo d'água ao longo do tempo».

Após, a aprovação e adoção do enquadramento, compete aos órgãos públicos gestores dos recursos hídricos fiscalizar, monitorar e controlar os corpos d'água para verificar se as metas estão sendo cumpridas, cabendo aos Conselhos Estadual ou Federal determinar as providências e intervenções que se fizerem necessárias.

Outro instrumento a ser analisado é a outorga de direitos do uso da água. A outorga é uma autorização que o Poder Público concede, sob condições e prazo determinados, para que alguém explore economicamente atividade relacionada à água. De acordo com o art. 11 da Lei n. 9.433/97, o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água.

Para Granzieira (2001, p. 181),

à medida que, o recurso hídrico deixa de ser entendido como um bem infinito, e passa a ser considerado escasso e de valor econômico, o controle sob seu uso assume contornos de garantia de sobrevivência. E é justamente neste quadro que vislumbro, hoje, a outorga de direito de uso da água, assim como os demais instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos.

Nos termos do art. 12, estão sujeitos à outorga pelo Poder Público os direitos dos usos de derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água para consumo final, inclusive abastecimento público, ou insumo de processo produtivo; extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo; lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final; aproveitamentos dos potenciais hidrelétricos; outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a qualidade da água existente em um corpo de água.

Quanto à cobrança pelo uso da água, é considerado preço público, isto é, uma retribuição que o usuário faz à sociedade por utilizar privativamente um bem que é de uso comum (GRANZIERA, 2001, p. 181). Atualmente, são pagos os serviços de tratamento e captação da água e não a utilização do bem ambiental, água.

Segundo o artigo 19, da PNRH, a cobrança objetiva reconhecer a água como um bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor, incentivar a racionalização do uso da água, obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

O último instrumento da Lei n. 9.433/97, conceitua-o em seu art. 25, como «um sistema de coleta, tratamento, armazenamento e recuperação de informações sobre os recursos hídricos e fatores intervenientes em sua gestão». É o sistema de informações sobre recursos hídricos que objetiva, em suma, reunir, dar consistência e divulgar informações sobre a qualidade e a quantidade dos recursos hídricos, atualizando-os permanentemente e fornecendo subsídios para a elaboração dos Planos de Recursos Hídricos.

O uso sustentável dos recursos hídricos leva à participação do cidadão quanto à conscientização, participação institucional, atividade profissional, divulgação de informações, defesa da ordem jurídica, educação, valorização de profissionais especializados, participação política e comunitária e encaminhamento de denúncias.

A preocupação em preservar a natureza e cuidar do meio ambiente surgiu a partir do momento em que a humanidade passou a usar crescentemente os

meios tecnológicos para a produção. Tais meios utilizam grande quantidade de energia e deixam detritos insolúveis ou de difícil absorção como fruto da produção em grande quantidade. Por detrás dessa prática destruidora está a falta de consciência de que existem recursos naturais renováveis, mas existem outros que são não-renováveis, isto é, em quantidade limitada.

A consciência dos problemas de meio ambiente nos países desenvolvidos, em lugar de suscitar um movimento solidário no sentido de sua preservação, levou a um movimento de radicalização das diferenças entre nações desenvolvidas e subdesenvolvidas, na medida em que as indústrias ambientalmente inadequadas foram exportadas para os países em desenvolvimento, onde a mão-de-obra é mais barata, o controle ambiental é fraco e as questões sociais são de difícil solução.

As questões da democracia e do meio ambiente também estão interligadas, pois nos regimes autoritários, onde a cidadania não é plena, o meio ambiente é agredido, sem qualquer reação, em proveito de uma minoria. Vale ressaltar que a questão do meio ambiente impõe uma retomada da reflexão antropológica sobre o papel e a natureza do ser humano.

Para que a relação entre o homem e a natureza desenvolva-se de forma satisfatória, é necessário que aquele participe do gerenciamento das águas, de forma a integrar o processo decisório com vistas à adequada utilização desses recursos na atualidade e com a preocupação da disponibilidade hídrica, com boa qualidade, para as gerações futuras.

CONCLUSÃO

Impulsionada pela urgência internacional de proteger os recursos naturais do planeta, notadamente a água, o bem da vida, no Brasil é implantada a Política Nacional de Recursos Hídricos.

A CF/88 já havia classificado a água e os demais recursos naturais existentes no território nacional, bem comum do povo, visto que são essenciais à sadia qualidade de vida, e podem ser desfrutados por toda e qualquer pessoa dentro dos limites constitucionais. O acesso básico à água deve ser considerado um direito fundamental político, econômico e social para indivíduos e coletividades, já que a segurança biológica, econômica e social de todos os seres humanos e de todas as comunidades humanas depende do gozo desse direito.

A Lei n. 9.433/97, não só ratificou o dispositivo constitucional como estabeleceu a publicização das águas como um dos seus fundamentos e ratifica que a água é um bem de uso comum do povo e seu uso não pode esgotar o próprio

bem utilizado, assim como a concessão ou a autorização para tal deve ser motivada ou fundamentada pelo gestor público.

A água tornou-se recurso natural dotado de valor econômico, portanto, passível de cobrança, onde levar-se em conta o preço da conservação, da recuperação e da melhor distribuição desse bem. Assim, um dos pilares da PNRH é a gestão dos recursos hídricos, descentralizada e participativa, para uso múltiplo, ou seja, uso urbano, industrial, geração de energia elétrica, navegação, lazer e irrigação, combatendo a cultura de desperdício e uso insustentável fundada na ultrapassada crença da infinitude deste recurso natural.

Desta feita, tanto o governo quanto a sociedade deve estar consciente da necessidade e primazia da gestão dos recursos hídricos, de modo a melhorar a qualidade de vida dos cidadãos, conservando, recuperando, distribuindo esse bem valioso que é a água e assim, colaborar para o crescimento e desenvolvimento econômico de nosso País.

REFERÊNCIAS

Barbosa, Eivaldo Moreira, Mota, Tercio de Sousa, Mota, Gabriela Brasileiro Campos Mota. **Recursos hídricos: Direito Internacional e legislação pátria.** Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9044&nlink=revista_artigos_leitura. Acesso em 10 jun 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília.

BRASIL. **Resolução CONAMA 20,** de 18.jun.1986. Estabelece a classificação das águas doces, salobras e salinas do território nacional. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30. jul.1986.

BRASIL. **Lei 9.433, de 08. jan. 1997.** Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, Cria o Sistema Nacional de Gerenciamento dos Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do artigo 21 da CF, e altera o artigo 1 da Lei 8.001 de 13.03.1990 que modificou a Lei 7.990, de 28.12.1989. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09. jan.1997.

BRASIL. **Decreto 24.643, de 10. jul. 1934.** Cria o Código de Águas. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10. jul.1934.

BRASIL. **Decreto do Conselho Nacional de Recursos Hídricos nº 2612**, de 03.jul 1998. Regulamenta o Conselho Nacional de Recursos Hídricos, e dá outras providências.

BRASIL. **Resolução Conselho Nacional de Recursos Hídricos nº 12**, de 19.jul. 2000. Estabelece procedimentos para o enquadramento de corpos de água em classes segundo os usos preponderantes.

FREITAS, V.P.(Org). **Águas: Aspectos Jurídicos e Ambientais**. Curitiba: Juruá, 2000.

GRANZIEIRA, M.L.M. **Direito de Águas e Meio Ambiente**. São Paulo: Ícone, 1993.

_____. **Direito das Águas: Disciplina Jurídica das Águas Doces**. São Paulo: Atlas, 2001.

IRACHANDE, Aninho M.; CHRISTOFIDIS, Demetrios. **A legislação e os sistemas de gerenciamento de recursos hídricos: gestão das águas**. 1997. Tese (Doutorado em Meio Ambiente e Desenvolvimento) – Universidade de Brasília, Centro de Desenvolvimento Sustentável. Disciplina: Gestão Ambiental.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 9^aed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1997.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **Bens culturais e proteção jurídica**. Porto Alegre: UE, 1997.

A ÁGUA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E SEU DUPLO ENQUADRAMENTO³⁷

NATASHA YASMINE CASTELO BRANCO DONADON³⁸ E ALCIAN PEREIRA
DE SOUZA³⁹

INTRODUÇÃO

Dentre as maiores e principais preocupações ambientais da atualidade, encontra-se a água doce, que ganha destaque por ser um bem ambiental imprescindível para a manutenção de todas as formas de vida. O acesso à água potável ainda é uma realidade distante a um considerável número de pessoas em todo o planeta, que fere diretamente os direitos fundamentais e a mínima garantia da efetivação da dignidade humana.

O abastecimento de água e o acesso ao saneamento básico para cada pessoa deve ser constante, proporcional e razoável para usos pessoais e domésticos. Estes usos incidem sobre saneamento, lavagem de roupa, higiene pessoal e do lar, preparo de refeições, dentre outras. Conforme a Organização Mundial de Saúde (OMS), são necessários entre 50 a 100 litros de água por pessoa, por dia, para garantir o conteúdo das necessidades mais básicas e a minimização dos problemas de saúde.

Grosso modo, o escopo é a reflexão acerca da dimensão e importância da água no contexto social, atual e futuro, sob o prisma constitucional e infraconstitucional, numa visão integral, verificando a relevância necessária, à qual é dada ao tema na atualidade considerando seu duplo enquadramento.

O trabalho se divide em quatro tópicos, onde se almeja através da pesquisa, fixar alguns vetores constitucionais, realizar a discussão e reflexão da dimensão

37. Modificado do original "O DIÁLOGO ENTRE O DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL À ÁGUA E SEU ENQUADRAMENTO COMO BEM ECONÔMICO, SOCIAL E AMBIENTAL" submetido e aprovado para o II Simpósio Estadual de Políticas e Pesquisas Socioambientais - SIEPPS AMAZONAS.

38. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA, advogada, (e-mail: natasha.donadon@hotmail.com)

39. Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA, advogado, (e-mail: alcian@hotmail.com)

econômica, social e ambiental da água, trabalhar com aspectos da água, ora como direito fundamental, estabelecer considerações acerca da importância da água para a sobrevivência dos seres vivos, sua escassez quantitativa e qualitativa e os impactos sociais, posteriormente, verificar-se-ão as implicações e consequências do reconhecimento da água como direito fundamental, tanto para o poder público, quanto para a sociedade, bem como tecer considerações finais, porém sem o propósito de esgotar os debates inerentes ao tema proposto.

A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica, vez que baseou-se em materiais publicados acerca do tema em livros, artigos, dissertação.

1. A ÁGUA ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL E SUAS IMPLICAÇÕES

Para entender a água como direito fundamental é necessário fazer um retrospecto histórico e legal:

O meio ambiente equilibrado, enquanto direito fundamental que o é, guarda ligação histórica com a própria evolução dos direitos humanos, cuja Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão francesa de 1789 é uma de suas gênesis. Tal Declaração, aprovada pelos deputados da Assembleia Nacional Constituinte francesa em 26 de agosto de 1789, foi um marco no que tange à defesa dos direitos humanos.

Consoante assevera Andrade (1997, p. 489):

“A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 26 de agosto de 1789 constituiu, de fato, um marco fundamental no que concerne a defesa dos direitos inalienáveis e imprescritíveis de todos os homens, independentemente de sua condição econômica, social, da sua religião, etc.” (ANDRADE, 1997, p.489)

Sem dúvidas, este documento representou um grande avanço quanto à massificação do ideário de igualdade. A declaração traz em seu bojo os ideais liberais e de liberdade possuindo, portanto, íntima conexão com a Revolução Francesa de 1789.

Além dos preceitos basilares de liberdade, de vida em sociedade e de propriedade, os artigos mencionados, em especial os artigos 2º, 4º e 17, já reproduziam naquela época entendimento sobre os direitos naturais e imprescindíveis do homem (Art. 2º), tinham também a preocupação do uso racional dos bens naturais a fim de assegurá-los em mesmas condições para as gerações futuras (art. 4º) e, de certa forma, previam a supremacia do interesse público sobre o particular

ao assegurar as desapropriações, bem como traz o que se pode definir como as bases principiológicas relativas ao meio ambiente. (Art. 17).

Para Bobbio (2004, p.99) a declaração dos direitos do homem e do cidadão “representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”.

A importância desta declaração não se restringiu à sua época, apesar de ser quase 200 anos mais antiga que a vigente Carta Magna Brasileira o texto é bastante atual e encontra-se espalhado, não apenas no art. 5º da CF/88, o qual se destina especialmente aos direitos e garantias fundamentais, mas em todo o sentido normativo disposto na referida Constituição Federal.

Tal entendimento pauta-se no fato de que a soberania em relação à ingerência nas questões ambientais encontra limites no direito dos outros espaços soberanos de também usufruírem e terem acesso a um meio ambiente ecologicamente adequado. É justamente neste ponto que o teor do art. 4º, especialmente quando diz “A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo”, encontra pertinência.

Nas palavras de Silva (2008, p.17) “a consideração do direito ao ambiente como direito do Homem resulta da necessidade de repensar a posição do indivíduo na comunidade perante os novos desafios colocados pelas modernas sociedades”.

Verifica-se, ainda, que a declaração dos direitos do homem e do cidadão foi um marco divisor na história humana e, certamente, é fonte de grande importância à construção da democracia, o que inclusive, é reconhecido por Bobbio (2004, p.114) que diz: “hoje, o próprio conceito de democracia é inseparável dos conceitos de direitos do homem”.

Desse modo, a Declaração Francesa, além de inaugurar a proteção para uma vida digna do homem, enquanto direito fundamental, serviu para permitir a posterior consolidação da necessidade de vida ambiental equilibrada e saudável, e a proteção de todos os seus bens, especialmente à água.

É oportuno ainda, citar a definição teórica de Direitos Fundamentais de Ferrajoli (2011, p.9):

“São “direitos fundamentais” todos aqueles direitos subjetivos que dizem respeito universalmente a todos os seres humanos enquanto dotados do status de pessoa, ou de cidadão ou de pessoa capaz de agir. Compreendo por “direito subjetivo” qualquer ex-

pectativa positiva (a prestação) ou negativa (a não lesão) vinculada a um sujeito por uma norma jurídica, e por status a condição de um sujeito prevista também esta por uma norma jurídica positiva qual pressuposto da sua idoneidade a ser titular de situações jurídicas e/ou autor dos atos que estão em exercício.

Essa definição é uma definição teórica enquanto, também sendo estipulada com referência aos direitos fundamentais positivamente determinados pelas leis e constituições nas modernas democracias, prescinde da circunstância de fato de que nesse ou naquele ordenamento tais direitos sejam ou não formulados em cartas constitucionais ou em leis fundamentais e, por assim dizer, do fato de que eles sejam (ou não) enunciados em normas de direito positivo. Com base nisso, diremos que são “fundamentais” os direitos atribuídos por um ordenamento jurídico a todas as pessoas físicas enquanto tais, ou enquanto cidadãos, ou enquanto capazes de agir”. (FERRAJOLI, 2011, p.9)

Assim, reconhecer o direito à água como um direito intocável o faz dele, digno de ser considerado um direito fundamental, cujo núcleo essencial jamais poderia ser afastado sob pena de eliminação do próprio direito, e, certamente, comprometeria o também direito ao meio ambiente equilibrado e a sadia qualidade de vida.

A constituição de 1988 consagrou em seu texto uma conotação verde⁴⁰, ao estabelecer vários parâmetros e disposições de proteção ambiental, dentre as quais não se pode esquecer do art. 225, previsto no capítulo do meio ambiente:

“Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”. (BRASIL, 1988)

A carta Magna, em seu artigo 225, foi além do contexto esverdeado, assegurou a proteção do meio ambiente como um direito fundamental a qualquer cidadão (de hoje, e principalmente, de amanhã), pois previu um recorte constitu-

40. A expressão “constituição verde” ou “esverdeada” teve como pioneiro Jose Afonso da Silva (2003, p. 46).

cional em favor do meio ambiente, onde tal direito jamais será atingindo em seu núcleo essencial, devendo no máximo de amoldar, se coadunar com os demais direitos fundamentais previstos na Constituição.⁴¹

Carli (2012, p. 15) complementa a respeito que:

*“Há de se destacar, ademais, que o meio ambiente natural, nos termos da L. 6.938/198, art. 3º, I (diploma normativo que dispõe sobre a política nacional sobre meio ambiente) compreende, in verbis: “art. 3º. Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I – **Meio Ambiente**, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. (Grifo Nosso)*

“Dentre os elementos do meio ambiente está a água”. (CARLI, 2012, p.15)

A imprescindibilidade do direito à água encontra-se amparado no bem jurídico que, ao final, ela protege, qual seja a vida em suas variadas formas de apresentação na natureza. Vida e água estão diretamente relacionadas, sendo esta indispensável não só para o homem, como também para os animais e vegetais. E o direito à vida está inserido em nosso ordenamento jurídico como um direito fundamental (art. 5º, caput, da CF). No entanto, muito se questionou sobre a fundamentalidade do direito à água potável, já que, surpreendentemente, nenhum documento oficial o reconhecia como tal expressamente. Recentemente, a sua direta ligação com o direito à vida e com a dignidade da pessoa humana acabou o elevando a tal status.

Assim, dentre todos os bens ou recursos naturais que a Constituição Federal proteja ou ainda que se verifique proteção anterior, como na Declaração Francesa, a água, poder-se-ia dizer, constitui o mais essencial de todos, pois sem água, inexistem outras formas de vida.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, trata em seu texto, fora do rol destinado aos direitos fundamentais, sobre a água, mas sendo no Título III, da Organização do Estado, no Capítulo II, assinala:

*“Art. 20. São **bens da União**:*

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de

41. Não obstante não se tenha expressa referência à água ou aos recursos hídricos no citado artigo, depreende-se, por razões lógicas, a inclusão da proteção fundamental ao direito à água, enquanto elemento do próprio meio ambiente, nos termos do art. 3º, I da Lei 6.938/1981.

limites com outros países, ou se estendam a territórios estrangeiros ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais. (Grifo nosso).

*Art. 26. Incluem-se entre os **bens dos Estados**:*

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União”. (BRASIL, 1988).

Destarte, nota-se que o direito fundamental à água tem papel preponderante na concretização dos direitos básicos integrados nos textos constitucionais como a exemplo dos direitos relacionados com os direitos fundamentais essenciais como o direito à vida, saúde, alimentação, moradia, educação, direito ao ambiente e a qualidade de vida.

No Brasil, temos uma Proposta de Emenda à Constituição para que o direito à água seja incluso no rol dos direitos sociais, dentro dos direitos fundamentais. Assim, preceitua Barbosa (2010, p.37-46):

“Interpretando a Emenda Constitucional proposta, compreende-se que o art. 6º pertence ao Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, Dos Direitos Sociais. Em resumo, a água ao ser elevada ao âmbito dos Direitos Sociais, se positivaria como um Direito Fundamental da Pessoa Humana, tais como a educação, a saúde, o trabalho e a moradia. Importante frisar que, na justificação da proposta de Emenda à Constituição, a água é percebida como um bem imprescindível e insubstituível e, exatamente por isso, é considerada um bem natural. Ninguém pode ser privado do acesso à água, sob pena de ser violentado em sua natureza. O não acesso à água põe em risco o direito fundamental à integridade física, à saúde e à vida. Em outras palavras, ainda como justificativa, reconhecer a água como um direito fundamental implica que o Estado deva ser responsabilizado pelo seu provimento para toda a população. E implica, também, que o acesso à água não pode estar sujeito a outras estritas regras de mercado, mas à lógica do direito à vida”. (BARBOSA, 2010, p. 37-46)

Eis a Proposta, encaminhada por um Deputado Federal, que há muito tempo já deveria ter sido aprovada:

“Proposta de Emenda à Constituição que dá nova redação ao art. 6º da Constituição Federal de 1988.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto constitucional:

Art. 1º. O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, a água, o lazer, a segurança, a previdência, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”. (Grifos nossos)

Analisando a proposta de Emenda Constitucional, observa-se que o artigo 6º adentra ao Título II, Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo II, Dos Direitos Sociais. Em síntese, ao estar no rol dos Direitos Sociais, a água seria positivada como Direito Fundamental da Pessoa Humana, juntamente com o direito à saúde, moradia, educação e trabalho.

É oportuno consubstanciar a justificativa da proposta de Emenda Constitucional, onde considera a água como um bem essencial e insubstituível, de tal modo de ninguém pode ser privado de tal bem natural. Qualquer cidadão privado do acesso à água, também está sendo privado de sua integridade física, saúde e vida digna, senão do próprio direito à vida.

Em suma, o tão almejado reconhecimento da água como um direito fundamental impõe que o Estado deva ser responsabilizado pelo seu fornecimento para toda a população. Impõe também, que o alcance ao recurso hídrico não deve e nem pode estar relacionado a outras estritas regras de mercado, e sim, propriamente ao direito à vida.

2. A ÁGUA E SEUS ASPECTOS SOCIAIS E AMBIENTAIS

A Lei Federal nº. 9.433/97, no Título I, da Política Nacional de Recursos Hídricos, em seu capítulo I, Dos Fundamentos, Art. 1º, inciso II, dispõe que: “a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”. Embora os textos legais que tratam sobre os recursos hídricos tecerem tais considerações, a água necessita ser reconhecida como um bem sócio-ambiental. Então, apesar de se priorizar unicamente a água enquanto bem econômico, de igual modo, deve-se reconhecê-la como um bem social. Em resumo, é oportuno construir um

diálogo entre as vertentes econômicas, sociais e ambientais da água, bem como considerar e positivar a água na Constituição Federal de 1988 como Direito Fundamental da Pessoa Humana.

Neste sentido, faz-se necessário ressaltar o aspecto social, econômico e ambiental da água em razão da obviedade da necessidade da água para o equilíbrio do meio ambiente. Levando em consideração que a cada dia se eleva a necessidade da proteção do meio ambiente diante das lesivas ações humanas, e que um dos fatores mais relevantes é a produção industrial, ao disparar o lançamento de substâncias no ecossistema que produzem efeitos nocivos ao ser humano.

Na atualidade, todos sentem os efeitos da degradação do meio ambiente, que se produzem desde a Revolução Industrial, e mesmo que hipoteticamente parássemos todas as atividades geradoras de efeitos negativos ao meio ambiente, ainda sim, continuaríamos a sofrer tais efeitos.

O meio ambiente deve ser visto de forma integral, com conectividade a todas as esferas, principalmente no tocante à água, que é fonte de vida para o planeta. Toda e qualquer ação que cause impacto no meio ambiente será refletida de forma direta ou indireta no ecossistema aquático, que possui certa sensibilidade a tais mudanças e interações negativas.

Segundo Viegas (2005, p. 23) no que diz respeito à degradação das águas, é relevante frisar que, estima-se hoje mais de 1 bilhão de pessoas que não possuem água suficiente para o consumo e que, em 25 anos, cerca de 5,5 bilhões estarão vivendo em locais de moderada ou considerável falta d'água. A ONU, de outro lado, aponta que faltará água potável para 40% da população mundial em 2050, enquanto especialistas com visão mais pessimista antecipam esse prazo para 2025.

Ter acesso à água em quantidade e qualidade é condição essencial para que o ser humano possa viver dignamente. Este acesso significa tanto físico como econômico, o que não tem a capacidade de dar a impressão de água sem custo, mas um equilíbrio entre a recuperação dos custos e a condição do ser humano para pagar.

Segundo Fonseca (2011, p.154), por ser derivação de riqueza e reserva mineral estratégica, a água, constitucionalmente publicizada, agregou valor econômico, passando a ser comandada, basicamente, por mecanismos de comando e controle e instrumentos econômicos iniciativos, tais como o Princípio Poluidor Pagador e sua generalização, o Princípio Usuário Pagador, para:

“otimizar a relação entre os benefícios do controle e seus respectivos custos (contexto da análise custo-benefício) ou, se isto

não for possível atingir ao custo mínimo para a sociedade, estabelecer padrões de qualidade ambiental, politicamente acordados (contexto da análise de custo-efetividade)”. (Lanna, Canepa e Pereira, 1999 apud FONSECA, 2011, p. 154)

Feitas estas considerações, entende-se que a água e sua condição, são elementos essenciais para a vida, e pretensão de que esta visão econômica se traduzirá em uma maior qualidade de vida para o indivíduo e a coletividade onde ele está inserido.

Além do aspecto econômico a água funciona como um bem social: pois é elemento indissociável a todo tipo de sociedade desde os tempos remotos até à vida moderna, atual.

Atualmente, é impensável raciocinar um Estado socialmente (além de econômico e ambientalmente) desenvolvido que não tenha água à sua disposição, tanto de fácil acesso à sua população como também, com políticas de uso racional deste precioso bem natural.

A qualidade de vida das pessoas em sociedade também passa pela disponibilidade de água em suas vidas, em suas casas, vide a crise de água no Estado de São Paulo nos últimos tempos: houve afetação na vida particular das pessoas, na produção agrícola e na industrial, ou seja, o enquadramento social da água é elemento caracterizador de sua fundamentabilidade.

No Amazonas a água produz efeitos distintos, em parte de seus municípios do interior do Estado, trazendo com consequência uma espécie de ecomigração (por motivação ecológica), traduzida na consequência imediata das características do pulso enchente e vazante, ao qual o ribeirinho está sujeito todos os anos, onde este, de forma imposta, deixa sua casa (moradia) localizada na beira do rio e sai em direção à terra firme.

Ao primeiro olhar, poderia parecer um ciclo ao qual o caboclo pudesse estar acostumado, até porque acontece há milhares de anos, mas as mudanças impostas não são simples. A retirada ou mudança obrigatória (ainda que não definitiva) em razão da cheia dos rios impõe uma série de restrições e dificuldades cotidianas com as amplitudes típicas da Amazônia, especialmente, quando nesta, os rios comandam a vida.

As áreas alagáveis onde o ribeirinho vive, segundo Fonseca (2011, p. 175), são extensões de terra periodicamente inundadas pelo fluxo lateral de rios ou lagos no período de enchente, pela precipitação pluviométrica direta, ou pela elevação do

nível da água subterrânea. Essas áreas podem ser definidas como Várzea (inundadas por rios de água branca) ou Igapó (inundadas por rios de água preta).

Entretanto, o pulso de maior relevância e que reflete na citada ecomigração é o do tipo monomodal, caracterizado pelo ciclo anual que atinge os principais rios da bacia, representando um “drama of nature” e, atualmente, um drama social, com as populações sofrendo com a abundância que prova escassez de qualidade. (Fonseca, 2011; Spix e Matius *apud* FONSECA, 2012)

A abundância mencionada força um deslocamento do ribeirão de sua moradia na beira do rio para terra firme por conta da subida das águas, impõe o isolamento de animais de criação para outras áreas, perda de produção agrícola, enfim, determina uma forçosa (eco)migração para terra firme.

De outro lado não se pode olvidar que os efeitos da vazante podem representar, de igual forma, imposição natural para deslocamentos do homem amazônico, pois, quando significativa, é capaz de deixar várias localidades literalmente isoladas, o que impede a essência e garantia de uma vida livre e digna, pois pode transformar municípios em locais ermos, desabastecidos de tudo (alimentos, itens de higiene e saúde etc), inclusive de esperança.

A água, portanto, inclusive para efeitos sociais, apresenta-se como bem natural essencial para uma vida digna e humana, da mais simples a mais complexa forma de sociedade.

E sob o aspecto ambiental, a água, enquanto bem natural, possui um valor vital a justificar a subtração à apropriação privada e a garantia a todos enquanto pessoas, como objeto de direito fundamental de imunidade, como ensina FERRAJOLI (2011, p. 184).

A água além de elemento basilar da biologia, necessária para quase todas as formas de vida se desenvolver, é um dos bens ou direitos fundamentais que merecem maior atenção, pois como já dito, reflete positiva ou negativamente além do meio ambiente, também no meio social e econômico.

O mestre italiano FERRAJOLI (2011, p. 172) ao tratar da água, enquanto bem fundamental, afirma que:

[...] “tornou-se um bem escasso por dois motivos: pelas agressões ao patrimônio florestal, que provocam todo ano a devastação de milhões de hectares, muitos dos quais viram deserto; pela poluição das nascentes dos rios e dos aquíferos, provocados pelas atividades industriais desreguladas; e pela massiva privatização, enfim, dos recursos hídricos que paradoxalmente são

reduzidos a bens patrimoniais no mesmo momento em que se exige, pela sua escassez, a sua garantia como bens fundamentais”. (FERRAJOLI, 2011, p.172).

Logo, as formas de proteção das variadas formas de floresta ou vegetação, indiretamente, servem como proteção aos leitos naturais de águas, e, inversamente, qualquer afastamento ou permissão de uso ou exploração, e consequentemente, degradação além do razoável quanto à flora, representa risco iminente à contaminação ou supressão de tais fontes, e, portanto, violação do núcleo essencial do direito fundamental à água.

Neste sentido, é válido destacar que os dois critérios adotados para flexibilizar a proteção (e a recuperação) de Área de Preservação Permanente (APP), no novo Código Florestal, em favor em relação aos recursos hídricos (além de outros) estão sendo alvo de Ações Diretas de Inconstitucionalidade perante o STF, no caso em específico do ART. 61-A a ADI 4902 de 13 de janeiro de 2013, cujos fundamentos principais são:

[...] “portanto, os artigos 61-A, 61-B e 61-C e o art. 63 da Lei. 12.561/2012 devem ser declarados inconstitucionais, pois violam o dever geral de proteção ambiental previsto no art. 225, caput da Constituição da República; as exigências constitucionais de reparação dos danos ambientais causados (art. 225, § 3º) e de restauração de processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º); a vedação de utilização de espaço especialmente protegido de modo a comprometer os atributos que justificam sua proteção (art. 225, § 1º, III); a exigência constitucional de que a propriedade atenda sua função social; bem como o princípio da vedação de retrocesso em matéria socioambiental”.[...]

Desta feita, o direito fundamental à água dialoga com os efeitos sociais, econômicos e ambientais que este bem natural possui, tendo em vista que uma vez atingido o conteúdo essencial deste direito do Homem assegurado na Carta Magna, não terá vida em sociedade, produção ou desenvolvimento econômico e muito menos formas de vida na natureza.

CONCLUSÃO

A água é reconhecida como bem finito e limitado, sua quantidade no planeta Terra se tornará insuficiente em face do aumento populacional – há um cresci-

mento populacional incompatível com a quantidade de água existente, isso sem levar em conta com o seu uso desordenado e irracional – e da constante e crescente poluição. Sua qualidade também está ameaçada em virtude da poluição.

O estudo da água enquanto direito fundamental, formulou ao longo do trabalho, pertinentes, ainda que limitadas, considerações correlacionadas ao seu aspecto econômico, social e ambiental, onde resta claro a relevância de tais ponderações para corroborar o seu entendimento enquanto elemento intrínseco ao ser humano e a necessidade de sua determinação expressa enquanto direito fundamental. Nessa órbita, o reconhecimento da água como direito fundamental implicaria na atribuição do Estado, numa conjunta atuação com a sociedade, a tutela efetiva da água. De modo que ente estatal deverá garantir um mínimo de água potável aos cidadãos, em respeito ao princípio máximo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, inclusive exigi-lo através da esfera judicial.

De tal modo, extraímos a importância da água no contexto social, atual e futuro, sob o prisma constitucional e infraconstitucional, numa visão integral, verificando a relevância necessária e à qual é dada ao tema na atualidade considerando seu triplo enquadramento.

O alcance da água integrando os direitos fundamentais, assinala para o alcance do princípio da igualdade material, sendo este recurso natural fundamental para a garantia de uma vida digna, bem como para a sobrevivência de todos os seres vivos, inclusive o ser humano. O princípio ou fundamento, “Dotado de Valor Econômico”, não deixa de oferecer seu aspecto contributivo, pois influenciará os beneficiários à utilização racional da água, porém tal fenômeno, de certo, deve estar baseado na razoabilidade e proporcionalidade, pois esse princípio não poderá oportunizar uma ocasião para se repassar custos econômicos de maneira desacerbada para as populações mais desfavorecidas economicamente.

Concluindo, porém sem a pretensão de esgotar os debates inerentes ao tema proposto na pesquisa, adotou-se a centralidade da tese monista, ou seja, a **água** deve ser considerada em ambas vertentes, como Direito Fundamental da Pessoa Humana e Dotada de Valor Econômico, respeitando seus aspectos sociais e ambientais.

REFERÊNCIAS

AGENDA 21. **Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992)**. Brasília: Gráfica do Senado Federal, 1996.

ANDRADE, Luis. **Os direitos humanos e a atual conjuntura internacional. Repositório da Universidade dos Açores**, 1997. Disponível em <<https://>

repositorio.uac.pt/bitstream/104_00.3/484/1/Lu%C3%ADsAndrade_p489-497.pdf > Acesso em dezembro de 2015.

BARBOSA, Erivaldo Moreira. *Água doce: direito fundamental da pessoa humana*. In: FARIAS, Talden; COUTINHO, Francisco Seráfico da Nóbrega (Coord.). *Direito ambiental: o meio ambiente e os desafios da contemporaneidade*. Belo Horizonte : Fórum, 2010. p.37-46.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. Nova era ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 99-114.

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

_____. **Lei nº 9433, de 8 de janeiro de 1997**. Congresso Nacional. Brasília, DF: Senado. 1997.

_____. **ADI 4902**. Supremo Tribunal Federal. Brasília: 2013.

_____. **Lei Federal nº. 9.433, de 08 de janeiro de 1997**. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inc. XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei 8.001, de 13.03.1990, que modificou a Lei nº. 7.990, de 28.12.1989. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br> > . Acesso em: 25 de julho de 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CARLI, Ana Alice de. O Direito Fundamental ao Acesso à Água Potável e o Dever Fundamental de Sua Utilização Sustentável. **Hiléia Revista de Direito Ambiental da Amazônia**, Manaus, n. 18, p. 15, jan. / jun. 2012.

DERANI, Cristiane. **Direito Ambiental Econômico**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

- FERRAJOLI. Luigi. **Por uma Teoria dos Direitos e dos bens fundamentais**. Tradução Alexandre Salim et.al. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- FONSECA. Ozorio. **Pensando a Amazônia**. 22. ed. Manaus: Editora Valer, 2011. p. 154.
- GRANZIERA. Maria Luiza Machado. **Direito de Águas**. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2003.
- HUNT, Lynn. **A Invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- NAÇÕES Unidas no Brasil. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/index.php>> Acesso em: 25 de julho de 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004
- SARLET. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- SILVA, Vasco Pereira da. **Verde direito: o direito fundamental ao ambiente**. In: DAIBERT, Arlindo (org). **Direito Ambiental comparado**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 17-46.
- SOUZA. Luciana Cordeiro de. **Águas e Sua Proteção**. 1. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2006.
- VIEGAS. Eduardo Coral. **Visão Jurídica da Água**. Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

A RELEVÂNCIA DA CONSERVAÇÃO FLORESTAL COMO MECANISMO PROPULSOR DA SALVAGUARDA E MANUTENÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

Talita Benaion Bezerra⁴²

INTRODUÇÃO

O modelo socioeconômico capitalista hodiernamente vivenciado, em que a velocidade do consumo exacerbado não pondera o adequado processo de regeneração dos recursos naturais, com o desequilíbrio entre a oferta dos insumos dispensados pela natureza – que são finitos –, e a ávida demanda desses bens pelo homem que não se contenta com o que é necessário, ocasionou a atual crise ambiental.

Tal crise é resultado, portanto, das ações antrópicas desvinculadas dos cuidados necessários com o meio ambiente, sem a devida preocupação com a salvaguarda destes recursos para as presentes e futuras gerações.

Seja pelos desmatamentos e queimadas de florestas – promovidas especialmente por madeireiras e agropecuaristas –, pela erosão acelerada, pelo aumento de impermeabilização do solo ou pela poluição dos solos e mananciais hídricos, que contaminam as águas superficiais e subterrâneas, dentre tantos outros exemplos, todas estas práticas ecologicamente incorretas acarretam sérios problemas ao planeta, modificando o clima e a disponibilidade dos recursos, podendo alterar consideravelmente a dinâmica natural da água em bacias hidrográficas, comprometendo diversos ecossistemas e afetando, conseqüentemente, a própria vida humana.

A água doce, fonte essencial à vida em todas as suas formas, está se tornando um recurso escasso e tal problema já está afetando diretamente a vida de bilhões de pessoas no mundo que não dispõem do seu acesso adequado, isto porque – além de questões geopolíticas que prejudicam sua igualitária distribuição – vem sofrendo a diminuição de sua disponibilidade, tanto pela poluição, como

42. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (UFAM). Pós-graduada em Direito Público pelo Damásio de Jesus. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). tatabenayon@gmail.com.

já mencionado, que afeta sua potabilidade, quanto pelo desperdício em todas as suas formas – seja pelo consumo direto humano ou por seu uso exacerbado em irrigação e em atividades industriais –, assim como pelo assoreamento de rios e desmatamento de matas ciliares que lesam os recursos hídricos.

Assim, faz-se necessária a implementação de medidas que caminhem na contramão das supracitadas práticas, a fim de assegurar a preservação, manutenção e salvaguarda do recurso mais imprescindível à existência, seja ela humana, animal ou vegetal: a água.

Neste diapasão, o presente artigo tem como objetivo apresentar a conservação florestal como uma aliada direta à manutenção dos recursos hídricos, expressando sua influência tanto em águas superficiais quanto nos aquíferos, elucidando a contribuição da legislação florestal existente para a conservação dos recursos hídricos e a presença e importância das populações tradicionais neste processo.

Para tanto, utilizou-se como método a pesquisa bibliográfica e documental, recorrendo a livros, artigos e legislação relacionadas ao tema abordado.

Dividiu-se o artigo em três seções: na primeira são apresentados conceito e relevância da água enquanto um recurso hídrico e ambiental; posteriormente é elucidada a influência da conservação florestal associada à manutenção dos recursos hídricos; e, por fim, adentra-se na legislação florestal, com a presença das Áreas de Preservação Permanente e Unidades de Conservação, e sua consequente contribuição na conservação hídrica.

1. A ÁGUA ENQUANTO RECURSO HÍDRICO E AMBIENTAL

A água doce, enquanto um bem fundamental para a existência e garantia da sadia qualidade de vida em todas as suas formas e um recurso limitado e esgotável – visto seu mau uso e poluição, que geram sua atual escassez –, adquire um valor econômico de uso, conceituando-se recursos hídricos as águas superficiais ou subterrâneas destinadas quaisquer tipos de utilização.

Neste sentido, elucida Rebouças (2006, p. 01):

O termo “água” refere-se, regra geral, ao elemento natural, desvinculado de qualquer uso ou utilização. Por sua vez, o termo “recurso hídrico” é a consideração da água como bem econômico, passível de utilização para tal fim. Entretanto, deve-se ressaltar que toda a água da Terra não é, necessariamente, um

recurso hídrico, na medida em que seu uso ou utilização nem sempre tem viabilidade econômica.

A Carta Magna, reconhecendo a água como um bem público, de uso de todos, devendo ser compartilhada no intuito de atender de forma profícua aos interesses coletivos, estabeleceu, em seus artigos 20, incisos III e VIII, e 26, inciso I, o seguinte domínio:

Art. 21. São bens da União:

[...]

III – os lagos, rios e quaisquer correntes de água em terrenos de seu domínio, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, bem como os terrenos marginais e as praias fluviais;

[...]

VIII – os potenciais de energia hidráulica.

Art. 26. Incluem-se entre os bens dos Estados:

I – as águas superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes e em depósito, ressalvadas, neste caso, na forma da lei, as decorrentes de obras da União.

Nota-se, assim, que não existem no Brasil águas sobre domínio dos Municípios e que estas são insuscetíveis de domínio privado. Destarte, ainda que se fale em domínio, o Poder Público exerce na verdade a gestão do bem, visto que, embora dotado de valor econômico, não há direito de propriedade previsto no Código Civil em relação ao recurso hídrico, sendo, como supracitado, um bem de uso comum do povo (SOUZA, 2009).

Na seara legislativa, a Constituição Federal atribui competência privativa à União na matéria de águas. Sobre o tema, Machado (2002, p.19) bem esclarece:

Legislar sobre as águas significa instituir normas sobre a qualidade e a quantidade de águas e estabelecer regras de como as águas serão tratadas, partilhadas e utilizadas. Não se compreenderia que a Constituição fizesse referência às águas somente como um elemento da Natureza que devesse ficar nos rios e

nos lagos. Há uma ampla abrangência do poder normativo da União, que deve ser utilizado para que as legislações estaduais não criem normas discriminatórias ou que estimulem políticas diferentes e até antagônicas sobre o uso das águas.

Neste sentido, mediante a necessidade de uma legislação específica para a proteção da água, com a devida regulação, planejamento e controle de sua utilização, a Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, denominada “Lei das Águas”, instituiu a Política Nacional dos Recursos Hídricos – PNRH, estabelecendo importantes fundamentos em seu artigo 1º, *ipsis litteris*:

Art. 1º. A Política Nacional de Recursos Hídricos baseia-se nos seguintes fundamentos:

- I - a água é um bem de domínio público;**
- II - a água é um recurso natural limitado, dotado de valor econômico;**
- III - em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais;
- IV - a gestão dos recursos hídricos deve sempre proporcionar o uso múltiplo das águas;**
- V - a bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e atuação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;
- VI - a gestão dos recursos hídricos deve ser descentralizada e contar com a participação do Poder Público, dos usuários e das comunidades. (grifos meus)**

Destarte, imperioso mencionar a possibilidade da outorga dos direitos de uso pelo Poder Público a concessionárias, prevista no artigo 5º, inciso III, desta Lei, diretamente vinculada ao valor econômico da água, a qual assegura o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos seus direitos de acesso, os quais podem se dar pela derivação ou captação de parcela da água existente em um corpo de água ou extração de água de aquífero subterrâneo para consumo final ou insumo de processo produtivo; pelo lançamento em corpo de água de esgotos e demais resíduos líquidos ou gasosos, tratados ou não, com o fim de sua diluição, transporte ou disposição final; pelo aproveitamento dos potenciais hidrelétricos; e por outros usos que alterem o regime, a quantidade ou a

qualidade da água existente em um corpo de água, conforme preveem os artigos 11 e 12, da Lei em questão.

Interessante observação de Granziera (1993, p. 22), acerca da possibilidade de cobrança pelo uso da água:

O conceito de que “a água é grátis” está profundamente enraizado na cultura de alguns países. Não se costuma imaginar o trabalho e o custo agregado no armazenamento, captação, tratamento e distribuição da água, quando se abre a torneira de casa e dela verte água.

Ademais, merecem destaque os artigos 20 e 21 da PNRH, que corroboram a importância da dotação econômica dos recursos hídricos, para fins de outorga:

Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I - reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II - incentivar a racionalização do uso da água;

III - obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei.

Para a boa consecução de seus fins, cabe ao Poder Público Federal e Estadual, além da outorga, a devida regulamentação e fiscalização de seus usos. Quanto aos Municípios, a despeito de não possuírem direito de outorga, compete a eles a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estaduais de recursos hídricos, mediante estabelece os artigos 29, 30 e 31 da “Lei das Águas”.

Outrossim, além de caracterizada como recurso hídrico, cumpre afirmar a água enquanto recurso natural ambiental de tamanha relevância, posto que, além de seu papel fundamental na vida em todas as suas formas, seu uso de forma indevida coopera para a deterioração ambiental.

Neste sentido, nota-se o ciclo integrado do meio ambiente, no qual à medida que a poluição da água afeta a qualidade ambiental, esta prejudica não apenas

a flora e a fauna, mas as condições sanitárias, as atividades socioeconômicas e, assim, toda a sadia qualidade de vida da população.

A Política Nacional de Meio Ambiente – PNMA, instituída pela Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, conceituou em seu artigo 3º, inciso V, águas interiores, superficiais e subterrâneas como recursos ambientais e, por conseguinte, em seu inciso II, considerou degradação da qualidade ambiental a alteração adversa das características do meio ambiente, em que se inclui a água.

2. A INFLUÊNCIA DA CONSERVAÇÃO FLORESTAL NOS RECURSOS HÍDRICOS VISÍVEIS E INVISÍVEIS

Resta claro a importância da disponibilização dos recursos hídricos para a existência. Mediante esclarece Tundisi & Matsumura Tundisi (2008), existe evidência científica relevante acerca do efeito da existência ou não de vegetação na regulação do ciclo hidrobiológico, tanto no que concerne à qualidade, quanto na quantidade de água.

Neste sentido, alterações na qualidade, quantidade e distribuição dos recursos hídricos ameaçam a sobrevivência humana e as demais espécies, sendo fundamental a disponibilidade de água de boa qualidade, bem como a capacidade de sua conservação e proteção (Tundisi, 1999).

Dentre os diversos fatores que modificam e/ou deterioram a qualidade e disponibilidade destes recursos, causando distúrbios ambientais, destaca-se a ação antrópica de uso e ocupação dos solos – principalmente por práticas agropecuárias predatórias –, especialmente nas florestas ripárias, que compreendem as matas ciliares e de galeria, degradando sua cobertura florestal e contribuindo para o escoamento superficial e aporte de sedimentos no leito dos mananciais. O resultado disto é o assoreamento e soterramento, os quais, além de afetarem a qualidade da água, ocasionam a redução da sua disponibilidade hídrica.

Segundo Sopper (1975), as bacias com cobertura de floresta natural tem grande relevância para a manutenção do abastecimento de água de boa qualidade, visto que a vegetação promove a proteção contra a erosão do solo, a sedimentação e a lixiviação excessiva de nutrientes.

Assim, a existência das matas ripárias, que são as áreas de vegetação aos redores de rios, lagos, córregos, nascentes e represas, é de suma importância, posto que se relacionam diretamente com a vazão, o equilíbrio térmico e a qualidade dos recursos hídricos, além da conservação física dos solos, tornando-os mais estáveis contra os processos de erosão.

Noutro giro, a destruição das matas ciliares tem colaborado para o assoreamento, a elevação da turbidez das águas, o desequilíbrio do regime das cheias, a erosão das margens de grande número de cursos d'água, além dos impactos negativos à flora e à fauna silvestre (OLIVEIRA-FILHO et al., 1994).

Destarte, como efeito danoso de tal desmatamento da vegetação ao longo dos cursos d'água tem-se a elevação da quantidade de sólidos e nutrientes na água dos mananciais, ocasionada pelo carreamento de parcelas abundantes de solo, matéria orgânica e materiais tóxicos de práticas agrícolas para o leito dos cursos d'água na época das chuvas.

Como bem explanam Minatti-Ferreira e Beaumord (2006), o desmatamento nas cabeceiras colabora para a elevação e a aceleração de processos erosivos. A retirada da vegetação associada à declividade do terreno contribui para a infiltração da água da chuva e o aumento da velocidade do escoamento superficial, ocasionando, assim, o acréscimo de sedimentos recebido pelo corpo d'água, reduzindo, portanto, a disponibilidade de habitats para a biota aquática.

Ademais, diante a situação de escassez de água já abordada, ocasionada por diversos fatores antrópicos, como a poluição, o grande desperdício e a destruição de mananciais hídricos, tem se majorado a procura pelos aquíferos – águas subterrâneas dotadas de maior qualidade e menor probabilidade de poluição –, sendo que diversos centros urbanos já são atualmente abastecidos com água de poços tubular e escavados de forma regular ou complementar.

Tais águas subterrâneas, também chamadas de “águas invisíveis” ou aquíferos, segundo Karmann (2001), podem ser definidas como as unidades rochosas ou sedimentos, porosos e permeáveis, que armazenam e transmitem volumes significativos de água subterrânea passível de ser explorada pela sociedade.

Contudo, as reservas de água subterrâneas também vêm sofrendo degradação ao longo do tempo, oriundas especialmente da ação antrópica como erosão, assoreamento, desmatamento e contaminação, com a ampliação de áreas impermeabilizadas.

Neste sentido, é notável a função das florestas na regulação do ciclo hidrológico em terra. Conforme elucida Pereira (2006, p. 32):

A cobertura vegetal tende a aumentar a infiltração, retardando o fluxo de escoamento superficial e permitindo um tempo maior para infiltração da água. As raízes das plantas também podem favorecer a infiltração aumentando a condutividade hidráulica

da superfície do solo. Devido a esses efeitos, a infiltração pode variar amplamente sob diferentes tipos de vegetação. A manutenção da cobertura vegetal aumenta a macroporosidade, pois o sistema radicular das plantas cria caminhos preferenciais que favorecem o movimento da água e protegem os agregados do impacto direto das gotas de chuva.

O uso do solo pode acelerar ou retardar as taxas de infiltração. As áreas urbanizadas apresentam maiores taxas de impermeabilização da superfície do solo, o que limita sua capacidade de infiltração. Entretanto, em áreas de cultivo, o solo, geralmente, tende a aumentar a capacidade de infiltração em razão da quebra da estrutura da camada superficial.

Além disso, Prado (2005) explica a função ambiental de regulação do fluxo da água por conta da vegetação intervir como auxiliadora na infiltração em períodos chuvosos, motivando a diminuição do escoamento superficial, com uma acomodação apropriada no que concerne ao fluxo de água superficial e subterrânea.

Do mesmo modo, as matas ciliares de rios e nascentes operam como filtros, retendo poluentes, defensivos agrícolas e sedimentos que seriam conduzidos para os cursos d'água, tornando possível o processamento da água para os mananciais subterrâneos (QUINTAS; STOLF; CASAGRANDE, 2007).

Portanto, ainda com relação às águas subterrâneas, conforme elucida Mota (1995), a vegetação existente em suas áreas de recarga, conjuntamente ao solo, favorecem a infiltração da água, permitindo que as impurezas existentes sejam parcialmente filtradas.

3. A LEGISLAÇÃO FLORESTAL ALIADA À CONSERVAÇÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS

O Código Florestal, sendo uma legislação precursora em matéria ambiental, desde sua primeira versão, em 1965, reconheceu a importância de se mitigar os impactos antrópicos com ações de preservação e manutenção da fauna, flora, margens de rios, lagos e nascentes, e para tanto instituiu as Áreas de Preservação Permanente – APP's, com a função ambiental, dentre outras, de proteger o solo e preservar os recursos hídricos, operando na redução e filtragem do escoamento superficial e do carregamento de sedimento para os cursos d'água, assegurando, assim, o bem-estar das populações humanas.

Corroborada sua definição pelo Novo Código Florestal (Lei 12.651/2012), em seu artigo 3º, inciso III, as APP's têm suas deliberações previstas no Capítulo II da Lei, o qual estabeleceu no artigo 4º as medidas geográficas de proteção das faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, desde a borda da calha do leito regular; das áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento; das áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes; das restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues; dos manguezais, em toda a sua extensão; dentre outras áreas relacionadas mais diretamente ao tipo do solo, como encostas, montanhas, chapadas, etc.

Como já supracitado, é inegável a importância destas áreas protegidas para os recursos hídricos, agindo no controle hidrológico de bacias hidrográficas e regulando o fluxo de águas superficiais e aquíferos.

A vegetação presente nas áreas de nascentes e margens de rios atua como um amortecedor das chuvas, fazendo com que o solo permaneça poroso e capaz de absorver tais águas, alimentando os lençóis freáticos. Tal cobertura vegetal evita igualmente o escoamento superficial excessivo de água, o que carregaria partículas de solo e insumos agrícolas para o leito dos cursos d'água, poluindo-os e assoreando-os.

Contudo, diante de tal importância, insta consignar que o atual Código Florestal promoveu mudanças na abrangência das áreas delimitadas como APP's, resultando em significativo impacto com a redução da extensão dessas áreas marginais nos cursos d'água, sendo considerado um retrocesso ambiental.

Dentre tais alterações destaca-se a alteração do referencial para demarcação da faixa de preservação permanente às margens de qualquer curso d'água natural, deixando de ser do leito maior para o leito regular (artigo 4º, inciso I), reduzindo consideravelmente a extensão da área atualmente protegida às margens dos cursos hídricos.

Cumprir destacar que tal mudança possibilitará a ocupação do leito maior de cursos d'água por atividades antrópicas e até mesmo por assentamentos humanos. Desta forma, levando em consideração que o leito maior é sujeito a inundações no período de cheias, é provável que se agrave a ocorrência de danos materiais, tal como de riscos à vida em todas as suas formas, inclusive humana.

Outra matéria legislativa que merece destaque em questões hídricas é a criação das Unidades de Conservação - UC's, com o objetivo de proteger e conservar a biodiversidade diante das constantes ameaças e crescentes índices oriundos

dos desmatamentos no país, por meio da Lei nº 9.985, de 18 de julho de 2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação – SNUC.

Tal Lei conceitua Unidades de Conservação em seu artigo 2º, inciso I, *ipsis litteris*:

Art. 2º Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

I - unidade de conservação: espaço territorial e seus recursos ambientais, incluindo as águas jurisdicionais, com características naturais relevantes, legalmente instituído pelo Poder Público, com objetivos de conservação e limites definidos, sob regime especial de administração, ao qual se aplicam garantias adequadas de proteção;

No que concerne à amplitude da proteção, as Unidades de Conservação dividem-se em duas categorias, mediante estabelece o artigo 7º da presente Lei, quais sejam, Unidades de Proteção Integral, com o objetivo de preservação da natureza, admitindo apenas o uso indireto dos recursos naturais, e Unidades de Uso Sustentável, com o objetivo conservacionista, com a conservação do meio ambiente aliada ao uso sustentável de parcela de seus recursos naturais.

Neste diapasão, segundo Kitamura (2001), as Unidades de Conservação, principalmente as de uso sustentável, têm adquirido uma função essencial na conservação da biodiversidade na Amazônia.

Não obstante a visão conservadora de que apenas as Unidades de Uso Integral são as que efetivamente garantem a preservação dos recursos naturais, na visão do meio ambiente intocável, uma posição contrária, pautada em diversas pesquisas e ações concretas, vem obstinadamente corroborando que as florestas naturais são também florestas culturais, posto que apoiadas pela cultura de diferentes populações tradicionais que desenvolveram saberes sobre o funcionamento destes ecossistemas, múltiplos valores nos usos das florestas e práticas sociais compatíveis, com a devida utilização de seus recursos dentro de diversos sistemas de manejo que asseguram a sustentabilidade (SEARS & PINEDO-VASQUEZ, 2005).

Neste sentido, as florestas culturais caracterizam-se como aquelas manejadas por estas populações tradicionais rurais, compreendendo os ribeirinhos, quilombolas, caboclos, varzeiros, indígenas, extrativistas – sejam estes seringueiros, babaqueiros, campeiros, castanheiros, coletores de frutos, sementes, ervas medicinais, óleos e resinas, caiçaras, pastores, pescadores, praieiros, entre outros.

Estes povos tiveram o reconhecimento de sua existência formal apenas em 2007, por meio do Decreto Presidencial nº 6.040, que institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais e define em seu artigo 3º, inciso I, *verbum ad verbum*:

Art. 3º Para os fins deste Decreto e do seu Anexo compreende-se por:

I - Povos e Comunidades Tradicionais: grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição;

A função destas populações para a conservação destas áreas contempladas por recursos naturais é de suma relevância, pela forma do manejo nativo sustentável que desenvolvem nas florestas tropicais, com base no conhecimento milenar tradicional e comunitário, pautado na observação e experimentação, e pela relação de valorização e respeito com a natureza, com uma relação harmoniosa dos ciclos naturais, tudo isto contribuindo também para a reafirmação dos povos, tanto no que concerne às suas identidades culturais quanto aos espaços territoriais.

Outrossim, conforme destaca Diegues (1996), as populações tradicionais desenvolveram, por conta do parcial isolamento, modos de vida diferenciados, relacionando-se com uma forte conexão dos ciclos naturais, tanto pelo conhecimento profundo dos ciclos biológicos, quanto dos recursos naturais.

Mostra-se clarividente a influência positiva das populações tradicionais na composição da biodiversidade, bem como na conservação dos recursos naturais, posto que sua cultura e seus saberes acerca do meio ambiente permitem uma melhor compreensão, manejo e até mesmo o enriquecimento dos recursos florestais, com base em reciprocidades sociais.

Assim, as populações tradicionais hoje inseridas, ainda que timidamente, nas Unidades de Conservação de Uso de Sustentável caracterizadas nas Reservas Extrativistas e Reservas de Desenvolvimento Sustentável, previstas nos artigos 18 e 20, respectivamente, da Lei do SNUC, tem um importante papel na conservação dos recursos naturais devido à sustentabilidade ecológica de sua ocupação

territorial, tanto nas áreas florestais de terra firme, quanto nas de várzea – contribuindo, assim, para a preservação das matas ciliares e consequentemente salvaguarda dos recursos hídricos –, evitando manejos artificiais que comprometam grandes áreas contínuas de florestas e sendo verdadeiros guardiões contra a extração ilegal de madeiras e as ações agrosilvopastoris de forma extensiva.

Além disto, as populações tradicionais também têm sua relevância pelo bom exemplo ofertado da relação homem *versus* natureza, seja por seus rituais ou conexões simbólicas e socioculturais, que valorizam sobremaneira o lugar ao qual pertencem e, por conseguinte, os recursos naturais ali inseridos.

Por fim, conforme certifica Diegues (1996, p. 97):

Mais do que repressão, o mundo moderno necessita de exemplos de relações mais adequadas entre homem e natureza. Essas unidades de conservação podem oferecer condições para que os enfoques tradicionais de manejo do mundo natural sejam valorizados, renovados e até reinterpretados, para torná-los mais adaptados a novas situações emergentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A água, enquanto recurso natural hídrico e ambiental, é um bem comum essencial à existência em todas as formas. Contudo, diante de ações antrópicas lesivas ao meio ambiente, este recurso fundamental encontra-se escasso, sendo fundamentais medidas mitigadoras e afirmativas de preservação e manutenção dos recursos hídricos.

Neste sentido, a conservação florestal mostra-se estreitamente vinculada à salvaguarda da água, posto que, conforme apresentado, a presença de vegetação especialmente ao longo de florestas ripárias, com matas ciliares e de galeria, auxilia na regulação do ciclo hidrológico da água, protege os solos contra a erosão, prevenindo o assoreamento que contaminam os rios, facilita a infiltração, bem como garante o controle e recarga dos mananciais e aquíferos, e a água reposta pela evapotranspiração.

A legislação ambiental vigente, corroborando tal afirmativa, prevê no Código Florestal as Áreas de Preservação Permanente, sendo este um importante instrumento a fim de contribuir na preservação e manutenção da fauna, flora, margens de rios, lagos e nascentes, com a delimitação exata do espaço natural a ser protegido ao entorno destas áreas, ainda que se pese a redução sofrida destes espaços no Código atualmente vigente em relação ao anterior.

Ademais, a existência de Unidades de Conservação, especialmente as de Uso Sustentável que contam com a presença de povos tradicionais, também são de suma relevância para a preservação dos recursos hídricos, pelo manejo sustentável da terra e pela maneira como estas populações se relacionam com os recursos naturais, sendo verdadeiros guardiões florestais tanto em áreas de terra firme quando nas matas ciliares.

Desta forma, diante da importância já demonstrada da presença florestas para a manutenção da disponibilidade e qualidade da água, mostra-se necessária a inversão de práticas prejudiciais aos recursos naturais florestais, que afetam diretamente os hídricos, com a implantação de ações alternativas em prol de sua conservação, com a promoção de uma adequada correlação entre o uso e a ocupação dos solos e a salvaguarda dos recursos hídricos, como mecanismo propulsor de uma eficiente gestão de tais recursos.

Tornam-se, assim, imprescindíveis medidas de proteção de áreas verdes tanto em centros urbanos quanto rurais, por meio da definição e implantação de Unidades de Conservação, com a devida valorização dos povos tradicionais, principalmente em áreas estratégicas para preservação dos mananciais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 de maio de 2016.

BRASIL. DECRETO Nº 6.040, DE 7 DE FEVEREIRO DE 2007. Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/decreto/d6040.htm. Acesso em: 30 de maio de 2016.

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: 27 de maio de 2016.

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, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera

o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em: 25 de maio de 2016.

BRASIL. LEI Nº 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000. Regulamenta o art. 225, § 1º, incisos I, II, III e VII da Constituição Federal, institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9985.htm. Acesso em: 29 de maio de 2016.

DIEGUES, Antonio Carlos. O mito moderno da natureza intocada. São Paulo: HUCITEC / NUPAUB – USP, 1996.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Direito de Águas e Meio Ambiente. São Paulo, Editora Ícone, 1993.

KARMANN, I. Ciclo da água, água subterrânea e sua ação geológica, In: TEIXEIRA, W. et al. (Org.) Decifrando a terra, 2 ed., São Paulo: Oficina de textos, 2001.

KITAMURA, P. C. “Biodiversidade na Amazônia: por uma abordagem regional das unidades de conservação”. Em GARAY, I e DIAS, B. (orgs.). Conservação da biodiversidade em ecossistemas tropicais: avanços conceituais e revisão de normas e metodologias de avaliação e monitoramento. Petrópolis, Vozes, 2001.

MACHADO. Paulo Affonso Leme. Recursos hídricos: direito brasileiro e internacional. São Paulo: Malheiros, 2002.

MINATTI-FERREIRA, D. D.; BEAUMORD, A. C. Adequação de um protocolo de avaliação rápida de integridade ambiental para ecossistemas de rios e riachos: Aspectos físicos. Health and Environmental Journal, v. 7, n. 1, 2006.

MOTA, S. *Preservação e conservação de recursos hídricos*. 2. ed. Rio de Janeiro: ABES, 1995.

OLIVEIRA-FILHO, A. T. ; ALMEIDA, R. J. de; MELLO, J. M. de; GAVILANES, M. L.. Estrutura fitossociológica e variáveis ambientais em um trecho de mata

- ciliar do córrego Vilas Boas, Reserva Biológica do Poço Bonito, Lavras (MG).
Revista Brasileira de Botânica, São Paulo, v.17, n.1, 1994.
- PRADO, T. B. G.. *Evolução do uso dos temas e produção de sedimentos na bacia hidrográfica ao rio Jundiá-Mirim*. Dissertação (Mestrado em Agricultura) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2005.
- PEREIRA, E. D.. Avaliação da vulnerabilidade natural à contaminação do solo e aquífero do reservatório Batatã - São Luís (MA). Tese (Doutorado em Geociências) – Universidade Estadual Paulista, Rio Claro, 2006.
- QUINTAS, D. A. C.; STOLF, R.; CASAGRANDE, J. C.. Recuperação de matas ciliares na micro bacia do Ribeirão das Furnas no Município de Araras, SP. In: IV CONGRESSO DE PÓS-GRADUAÇÃO, São Carlos, SP. *Anais de Eventos da UFSCar*, São Paulo, 2007.
- REBOUÇAS, Aldo da Cunha, BRAGA; Benedito; TUNDISI, José Galizia (Org). *ÁGUAS DOCES NO BRASIL, Capital Ecológico, Uso e Conservação*. São Paulo: Escrituras Editora, 2006.
- SEARS, Robin R.; PINEDO-VASQUEZ, Miguel. “Cortando as árvores e cultivando a floresta: a produção mandeireira de pequenos proprietários na várzea da Amazônia”. In ZARIN. (et al), orgs. *As florestas produtivas nos neotrópicos: conservação por meio do manejo sustentável*. São Paulo/SP Ed. Peirópolis, 2005.
- SOPPER, W. E. Effects of timber harvesting and related management practices on water quality in forested watersheds. *Journal of Environmental Quality*, Madison, v.4, n.1, 1975.
- SOUZA. Luciana Cordeiro. *Águas subterrâneas e a legislação brasileira*. Curitiba: Juruá, 2009.
- TUNDISI, J.G. *Limnologia do século XXI: perspectivas e desafios*. São Carlos: Suprema Gráfica e Editora, IIE, 1999.
- TUNDISI, J. G.; MATSUMURA-TUNDISI, T.. *Limnologia*. São Paulo: Oficina de Textos Editora, 2008.

DIREITO INDÍGENA E SOBERANIA NACIONAL: ANÁLISE SOBRE A DEMARCAÇÃO E OCUPAÇÃO DO TERRITÓRIO NO CASO TERRA INDÍGENA RESERVA RAPOSA SERRA DO SOL (TIRSS)

Thaís Carvalho Batista⁴³ e Adriana Carla Souza Cromwell⁴⁴

INTRODUÇÃO

O Brasil assiste ainda hoje, a um intenso debate em torno da política governamental para a demarcação de terras indígenas. As opiniões estão divididas: de um lado, os defensores do resgate histórico dos direitos dos índios, primeiros habitantes do nosso território; de outro, aqueles que acreditam que a sistemática em vigor representa uma ameaça, presente ou futura, à integridade e à soberania nacionais.

O enfoque desse trabalho está localizado justamente na soberania nacional e a questão das fronteiras do país uma vez que todo o norte de Roraima, estado onde está localizada a terra indígena Raposa/Serra do Sol, já foi território disputado entre Brasil e Venezuela. O marco teórico escolhido será entre o período de 1970, década em que se dão os primeiros passos na questão, até a atualidade.

Este assunto partiu em razão da acuidade do tema. Trata-se de matéria atual e de suma importância para o enriquecimento das discussões acerca do regime jurídico no âmbito da soberania nacional e, em especial, no que concerne àqueles que, de algum modo, estão envolvidos nas áreas objeto de discussão territorial.

Os objetivos reais do estudo são: Analisar os aspectos do Direito Indígena no Brasil e na seara internacional. Estabelecer um esboço do Estudo do Direito Comparado sobre a questão da demarcação indígena no mundo. Ressaltar as opiniões envolvidas no caso da demarcação da reserva Raposa Serra do Sol.

43. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Master of Laws pela Università di Pisa. Pós-graduada em Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas - CIESA. Advogada.

44. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas - UEA. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Federal do Amazonas - UFAM. Procuradora Municipal.

Por fim, tem-se que apesar de não ter a pretensão de esgotar as possibilidades do tema, este trabalho, ao levantar a questão da demarcação das terras indígenas brasileiras, poderá oferecer subsídios de pesquisa a outros pesquisadores que queiram saber mais sobre o histórico da terra Raposa Serra do Sol, com as opiniões e pareceres dos atores envolvidos, bem como a influência de parte do processo de criação da legislação indígena.

1 HISTÓRICO

O conflito na região da Reserva Raposa Serra do Sol tem origem anterior ao século XX, quando os portugueses chegaram à região hoje corresponde a Roraima e iniciaram a exploração indígena. Isso ocorreu em praticamente todos os locais onde houve contato dos nativos com o homem branco, sendo este apenas mais um caso.

Em 1917, o Estado do Amazonas – a quem pertencia a região na época – edita a Lei Estadual n° 941, que delimita as terras entre os rios Surumu e Cotingo para a ocupação e usufruto dos índios Macuxi e Jaricuna. Baseado no dispositivo suprajacente, em 1919, o Serviço de Proteção aos Índios – SPI, iniciou demarcação da região, o que não garantiu o respeito ao estipulado pela legislação amazonense, ou seja, não se conseguiu findar as invasões.

Essa situação não teve significativas alterações até 1977, quando a Presidência da Fundação Nacional do Índio – FUNAI, assina a portaria GM/111, que instituiu um Grupo de Trabalho Interministerial – GTI, para demarcar a Terra Indígena, mas não apresenta relatório conclusivo de seus trabalhos. Em janeiro 1979 um novo GTI é formado e, sem executar estudos antropológicos ou historiográficos, propõe uma demarcação provisória de 1,34 milhão de hectares.

Em 1984, um novo GTI propõe a ampliação da reserva para 1,57 milhão de hectares. No ano de 1993, tem-se um parecer conclusivo, no qual GTI's formados pela FUNAI a reestudam a área e propõe ao Ministério da Justiça o reconhecimento da extensão contínua de 1,678 milhão de hectares.

O então presidente Fernando Henrique Cardoso, no ano de 1996, garante a possibilidade de contestação da demarcação da Terra Indígena. A partir disso, surgiram muitas contestações administrativas por não-índios e pelo governo de Roraima. Com o Despacho ocorrido em 1980, o ministro da Justiça, Nelson Jobim, rejeitou todos os pedidos, mas propôs alguns ajustes, como a preservação de alguns vilarejos utilizado para garimpo, que excluíram cerca de 300 mil hectares da demarcação.

Quando Renan Calheiros assumiu o Ministério da Justiça, em 1998, revogou as medidas de Nelson Jobim e declarou o território indígena Raposa Serra do Sol posse permanente dos povos indígenas, com exceção da área do 6º Pelotão Especial de Fronteiras. No ano seguinte, o estado de Roraima entrou com mandado de segurança no Superior Tribunal de Justiça e ganhou liminar parcial, que em 2002 lhe foi negada pelo mesmo tribunal.

Em 2004, ocorreu um longo capítulo.

No mês de março, o juiz da 1ª Vara Federal de RR, suspendeu parte dos efeitos da portaria do Ministério da Justiça que demarcou a reserva. Em maio, o TRF excluiu da área de demarcação da TIRRSS todas as vilas, cidades, e zonas de expansão existentes na região. Em agosto, tanto o Superior Tribunal de Justiça quanto o Supremo Tribunal Federal negaram pedidos do Ministério Público Federal e da Advocacia Geral da União para derrubar a decisão do TRF. No ano seguinte, o Ministério da Justiça emitiu portaria que manteve a sede da cidade de Uiramutã fora da Terra Indígena, assim como as estradas que atravessam a reserva.

Ademais, os equipamentos e vias públicas seriam preservados. Na sequência, o presidente Lula assinou a homologação, por meio do decreto 15 de abril de 2005, da TIRRSS. Desgostoso com o ocorrido, o governador de Roraima, Ottomar Pinto, decretou luto oficial na unidade federativa por uma semana e protocolou uma Ação Popular pedindo liminar para suspensão do decreto homologatório do presidente, além de outra ação, no STF, com o mesmo pedido.

Dessa forma, vê-se que o Estado garantiu a posse aos indígenas e que estava liberado o acesso as forças armadas tanto para defesa dos direitos constitucionais indígenas, quanto para a defesa do território e da soberania nacionais.

Em 2006, fazendeiros entraram na justiça para tentar manter a posse de suas terras dentro da área demarcada da reserva, atrasando o processo de pagamento de benfeitorias e a desocupação da área. Em abril, o STF negou o pedido de suspensão da demarcação da Reserva.

Na metade de 2007, o STF derrubou a liminar, concedida pelo ministro Carlos Ayres Britto, que garantia a permanência de 12 empresas agrícolas na reserva. Em setembro, o Estado de Roraima ajuizou uma cautelar contra a União e a Fundação Nacional do Índio – FUNAI, pedindo a suspensão parcial da portaria do Ministério da Justiça e do decreto presidencial que tratavam a ampliação e demarcação da reserva, apontando supostas ilegalidades no processo de demarcação de parte de área em questão.

Em 2008, o STF deferiu o pedido de ação cautelar do Estado de Roraima, que entrou com nova ação tentando anular o laudo antropológico que serviu de base para a demarcação. Em março, a Polícia Federal iniciou a Operação Upakaton, a fim de retirar os não-índios da Terra Indígena, como pequenos proprietários rurais, comerciantes e um grupo de grandes produtores de arroz. Evidentemente, a operação encontrou resistência, inclusive de índios contrários à demarcação da reserva em área contínua.

Com os conflitos, o STF decidiu suspender a ação da Polícia Federal.

Vale ressaltar que, em conformidade com o artigo 102, III, “c” de nossa Constituição, o STF não decide tamanho da TIRSS, mas sim, a validade do processo demarcatório. Apesar disso, a perspectiva não se restringe apenas a este aspecto de mérito, mas também em relação às dimensões da mesma em virtude da importância da questão.

De acordo com as pesquisas do Instituto Sócio Ambiental – ISA, tramita no Congresso Nacional mais de 70 proposições referentes aos direitos ou interesses indígenas, a maior parte delas na Câmara dos Deputados. A maior com intenção de diminuir as garantias estabelecidas pela Constituição de 1988 e disciplinar o acesso aos recursos naturais nelas existentes. Mais de 30 dessas proposições buscam alterar o procedimento de demarcação das Terras Indígenas. Algumas também querem mudar a Constituição Federal para incluir, entre as competências do Congresso Nacional, a aprovação das demarcações. Outras pleiteiam que as demarcações sejam feitas por lei. Entretanto, existem interpretações que consideram cláusulas pétreas os dispositivos do artigo 231 da Constituição Federal, relativo aos direitos dos índios a terra. Ou seja, não podem ser emendados nem seriam passivos de revisão.

Embora o STF tenha fixado entendimento no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 710-6-RR, de que os atos de reconhecimento de Terras Indígenas ou de estabelecimento do procedimento relativos ao processo de demarcação não são atos normativos, mas administrativos, e, portanto, fogem ao controle do Congresso Nacional, existem 14 projetos de decretos legislativo, para sustar portarias de reconhecimento de Terras Indígenas expedidas pelo ministro da Justiça.

Outros projetos de decretos legislativos autorizam a exploração do potencial energético dos rios em Terras Indígenas. Na ausência de lei ordinária que regulamente o Artigo 176, parágrafo 1º e o Artigo 231, parágrafo 3º da Constituição Federal, que dispõem sobre a pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais hídricos em terras indígenas, o Congresso Nacional vem

autorizando a construção de hidrelétricas como a de Belo Monte, no Rio Xingu, no Pará e Serra da Mesa, no Rio Tocantins, em Goiás. Estão tramitando ainda propostas que autorizem a utilização do Rio Cotingo, dentro da Terra Indígena Raposa-Serra do Sol, objeto e estudo esta pesquisa, em Roraima e do Rio Tibagi, que afeta comunidades Kaingang, em Santa Catarina.

De acordo com a Constituição Federal, o aproveitamento dos recursos minerais e hídricos só poderá ser realizado mediante autorização ou concessão da União, interesse nacional, na forma da lei, que estabelecerá as suas condições específicas.

O decreto legislativo, de competência exclusiva do Congresso Nacional, é a medida por meio da qual o Congresso autoriza à exploração dos recursos minerais e hídricos, caso a caso, ouvidas as comunidades a serem afetadas. Mas é imprescindível a aprovação da lei, a ser sancionada pelo Presidente da República, estabelecendo as condições, o procedimento, as cautelas e as garantias a serem tomada para que tais recursos sejam explorados. No Congresso Nacional, por exemplo, tramitam projetos de lei que dispõem sobre as condições específicas de exploração mineral em Terras Indígenas e projetos de decretos legislativos que autorizam a utilização de recursos hídricos na ausência de lei.

O parâmetro estabelecido na Convenção 169 da OIT, sobre povos indígenas e tribais, em vigor desde 2003, e a Declaração dos Povos Indígenas da ONU, aprovada em dezembro de 2007 também são outros marcos que devem ser levados em consideração no caso de tomada de decisão do governo. Ambos são documentos legais internacionais e preveem os direitos dos povos indígenas de serem consultados previamente sobre as medidas legislativas que os afetarão.

No caso do Brasil, tal existência configura-se de uma vulnerabilidade delicada, pois a demarcação de Terras Indígenas – que assumiram o estágio de reservas como Raposa Serra do Sol, que será amplamente discutida nesse estudo, - representa o último estágio para a sua transformação em nações. Suas linhas de fronteira são representadas pelas serras Parimã, Pacaraima e Araí, onde são abundantes as riquezas minerais.

Sobre a questão de demarcação de terras, a Fundação Nacional do Índio – FUNAI diz que por muito tempo se quis impedir ou protelar a demarcação das terras indígenas, com a desculpa de que se estaria pondo em risco a segurança nacional, tese que acabou sendo desmentida com o tempo, pois, ao contrário, o avanço nas medidas de regularização destas terras serviu para assegurar o direito dos índios, para pôr fim a conflitos pela posse da terra, os quais muitas vezes se estendiam por décadas, e para garantir a integridade territorial brasileira.

É importante defender que o Direito Estatal nega toda importância e qualidade da pluralidade antropológica aos índios. Já nas relações entre índios e não índios acredita-se que se aplicam as normas do direito comum. Contudo, essa negação não é uma peculiaridade do direito brasileiro.

A Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Populações Indígenas e Tribais define que ao serem aplicados os direitos e obrigações dessas populações deve-se levar em conta o seu direito costumeiro/consuetudinário e que essas populações poderão conservar seus costumes e instituições que não sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional. Se porventura houver algum choque entre os dois sistemas, prevalece a vontade do Estado.

Complementa-se esse raciocínio e coloca-se que são os movimentos sociais e órgãos ambientais do governo federal, coniventes com as Organizações Não-Governamentais, que desprezam os alertas dos riscos à soberania e integridade territorial, a exemplo das reais atividades desses organismos internacionais.

Anteriores às novas ideias, já correntes causas nobres passam a justificar a atual sanha intervencionista internacional, como os direitos humanos, o direito das minorias, a justiça social e os direitos dos povos indígenas.

A combinação das causas nobres com as novas idéias, invocadas pelas ONGs, reforçadas pelos governos sob o slogan “em nome da comunidade internacional”, evidenciam, uma posição intervencionista como regra normal e legítima de atuação internacional, afrontando as normas jurídicas do Direito Internacional, o Princípio de Autodeterminação dos Povos e o exercício da soberania nacional.

Como se pode perceber, são vários os motivos que perpassam a questão do Direito indígena e a soberania nacional. Desse modo, passa-se a análise do tema seguinte.

2 O DIREITO INDÍGENA

2.1 O Direito indígena no Brasil.

Embora os povos indígenas formem sociedades complexas, com sistemas internos próprios de funcionamento e regulação de sua vida social, política, cultural e econômica, o Estado Brasileiro não dava o devido reconhecimento a essa forma particular que cada povo tem de se organizar. Isto se percebe no não reconhecimento dos sistemas jurídicos internos desses povos, que formam seu o direito, regem suas vidas e são fator da regulação de uma vivência em comunidade de forma harmônica.

O dogmatismo do direito acredita que o direito estatal seja onisciente, onipresente e onipotente. Porém, a existência de mais de 215 povos espalhados por todo o território brasileiro, com maior ou menor contato com a sociedade nacional, colocam em destaque essas concepções dogmáticas.

São sistemas jurídicos completos com os direitos e deveres, normas e sanções, criadas coletivamente por toda a comunidade, conforme as necessidades do grupo. A legitimidade da norma e da punição não é questionada, pois se origina da vontade própria da comunidade e não de um poder externo, criado especificamente para legislar sobre a vida das pessoas e que muitas vezes legisla em causa própria, em detrimento do interesse da maioria da população, procedimento comum no Parlamento Brasileiro.

O direito estatal não avalia a importância e qualidade dessa pluralidade e coloca o direito indígena como fonte secundária do direito, uma vez que só é admitido que ele seja utilizado nas relações entre índios determinando que serão respeitados os usos, costumes e tradições das comunidades indígenas e seu e seus efeitos, nas relações de família, na ordem de sucessão, no regime de propriedade e nos atos e negócios realizados entre índios, salvo se optarem pela aplicação do direito comum”. Nas relações entre índios e não índios aplicam-se as normas do direito comum.

Contudo, essa negação não é uma peculiaridade do direito brasileiro. A Convenção 107 da Organização Internacional do Trabalho sobre as Populações Indígenas Tribais define que ao serem aplicados os direitos e obrigações dessas populações deve-se levar em conta o seu direito costumeiro/consuetudinário e que essas populações poderão conservar seus costumes e instituições que sejam incompatíveis com o sistema jurídico nacional. Se porventura houver algum choque entre dois sistemas, prevalece a vontade do Estado.

Nesse raciocínio, Direito Indígena, para o Estado, é o ramo do direito que se compõe das normas jurídicas que reconhecem a existência e os direitos dos povos indígenas. Os direitos constitucionais dos índios estão expressos num capítulo específico da Constituição Brasileira, além de outros dispositivos dispersos ao longo de seu texto e de um artigo do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Trata-se de direitos marcados por pelo menos duas inovações conceituais importantes em relação a Constituições anteriores e ao chamado Estatuto do Índio. A primeira inovação é o abandono de uma perspectiva assimilacionista, que entedia os índios como categoria social transitória, fadada ao desaparecimento. A segunda é a que os direitos dos índios sobre suas terras são definidos enquanto direito originários, isto é, anterior à criação do próprio Estado. Isto decorre do

reconhecimento do fato histórico de que os índios foram os primeiros ocupantes do Brasil. A nova Constituição estabelece, desta forma, novos marcos para as relações entre o Estado, a sociedade brasileira e os povos indígenas. Com novos preceitos constitucionais, assegurou-se aos povos indígenas o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições.

Nota-se que o direito à diferença não se implica menos direito nem privilégios. Daí porque a Carta de 88 inovou em todos os sentidos, estabelecendo, sobretudo, que os direitos dos índios sobre as terras que tradicionalmente ocupam de sua natureza originária. Isso significa que são anteriores à formação do próprio Estado, existindo independentemente de qualquer reconhecimento oficial.

São determinados elementos, portanto, que definem a terra como indígena. Presentes esses elementos, a serem apurados conforme os usos, costumes e tradições indígenas, o direito a terra por parte da sociedade que a ocupa existe e se legitima independentemente de qualquer ato constitutivo.

Nas Disposições Constitucionais Transitórias, fixou-se em cinco anos o prazo para que todas as Terras Indígenas no Brasil fossem demarcadas. O prazo não se cumpriu, e as demarcações ainda são um assunto pendente.

Dispersos pelo texto constitucional, outros dispositivos referem-se aos índios quanto à responsabilidade de defender judicialmente os direitos indígenas que se inclui dentre as atribuições do Ministério Público Federal, sobre a legislação sobre a população indígena ser assunto de competência exclusiva da União, que processar julgar a disputa sobre o direito indígenas é competência dos juízes federais e que o Estado deve proteger as manifestações das culturas populares, inclusive indígenas.

A CF/88 criou a necessidade de revisão da legislação ordinária e inclusão de novos temas de debate jurídico relativo aos índios. A partir de 1991, projetos de lei foram apresentados pelo Executivo e por deputados, a fim de regulamentar dispositivos constitucionais e adequar uma velha legislação, pautada pelos princípios da integração dos índios à “comunhão nacional” e da tutela, aos termos da nova Carta.

Assim, a base legal das reivindicações mais fundamentais dos índios no Brasil foi construída pela nova Constituição e vem sendo presentemente ampliada e rearranjada. Porém, a realidade brasileira demonstra que cabe aos índios e seus aliados a tarefa de, fazendo cumprir as leis propostas e a fim de garantir, na prática, o respeito aos direitos indígenas na prática.

2.2 Declarações das Nações Unidas sobre o Direito dos povos indígenas

Em 13 de setembro de 2007, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas aprovou uma Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas. Isto se seguiu por mais de vinte anos de discussão no âmbito do sistema das Nações Unidas. De acordo com estatística da referida Organização, existem mais de 370 milhões de indígenas na África, nas Américas, Ásia, Europa e Pacífico. Eles estão entre os mais pobres, marginalizados e frequentemente vítimas de pessoas no mundo.

O texto reflete o conjunto das reivindicações atuais dos povos indígenas em todo o mundo acerca da melhoria de suas relações com os Estados nacionais e serve para estabelecer parâmetros para outros instrumentos internacionais e leis nacionais. Na declaração consta princípios como a igualdade de direitos e a proibição de discriminação, o direito à autodeterminação e a necessidade de fazer do consentimento e do acordo de vontades o referencial de todo o relacionamento entre povos indígenas e Estados, por exemplo.

A Organização das Nações Unidas vem trabalhando no sentido de estabelecer uma declaração sobre direitos dos povos indígenas desde 1985. Anos de negociações em um grupo de trabalho sobre populações indígenas fizeram surgir uma proposta com a participação de governos, representantes indígenas e da sociedade civil. Esta proposta foi galgando degraus na burocracia internacional, passou por uma Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias da ONU, em 1994, desde então estava emperrada na comissão de Direitos Humanos.

Foi no ano de 1993, que a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas proclamou na primeira Década Internacional dos Povos Indígenas do Mundo para o período entre 1995 e 2004. O objetivo principal nesse tempo era aprovação da declaração. Em 2004, diante dos impasses nas negociações e do risco de o processo esfriar, lideranças indígenas chegaram a fazer greve de fome em frente ao prédio da ONU para pressionar os países por uma segunda Década, que foi enfim aprovada a partir de 2005 até 2014.

Em 29 de junho de 2006, os países chegaram a consenso junto aos representantes indígenas quanto a teor da declaração, aprovando-a na Comissão de Direitos Humanos. Durante todo esse processo, a estratégia do movimento indígena foi a de preferir estender o tempo de negociação a ceder suas reivindicações básicas frente aos países contrários, capitaneados pelos Estados Unidos.

A declaração já aguardava a aprovação final da Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas desde novembro de 2006, mas um grupo de países africanos apoiados por Estados Unidos e Canadá levantou de última hora ob-

jeções quanto ao alcance de termos como “povos” e “autodeterminação”. Os argumentos se referiam aos supostos riscos de criar divisões e conflitos étnicos, bem como ameaça às fronteiras dos países.

Esse instrumento foi aprovado por 143 países, teve 11 abstenções e quatro votos contrários (Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia e Austrália). O Brasil, outro opositor, votou a favor e, desse modo criou, aceitou o que rezava no documento. De acordo com a declaração, o direito a terra é um dos pontos mais importantes, e ação alguma pode ocorrer em terras indígenas sem consentimento prévio, sendo vedada, por exemplo, operações com fins militares.

No caso do Brasil, tal exigência configura-se de uma vulnerabilidade delicada, pois a demarcação de Terras Indígenas – que assumiram o estágio de reserva como a Raposa Serra do Sol – representa o último estágio para as transformações desses povos em nações. Nesse caso, o Brasil perderia o controle de suas fronteiras e, aos índios, estaria confiada toda a segurança das fronteiras do país.

2.3 O Direito Indígena na Constituição da República.

Todas as Constituições da era republicana da história do Brasil, ressalvada a omissão da Constituição de 1981, reconheceram aos povos indígenas direito sobre território por eles efetivamente habitados.

A Constituição Federal de 1988 além do reconhecimento aos direitos territoriais, trouxe importantes inovações no tocante ao reconhecimento dos direitos indígenas como um todo. Foi somente com ela que a visão limitada vigente no país se modificou, assegurando aos povos indígenas o respeito à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições; isto é, o direito de serem índios e de permanecerem como tal indefinidamente.

Desse modo, a demarcação de uma terra indígena, fruto do reconhecimento feito pelo Estado, portanto, é ato meramente declaratório, cujo objetivo é simplesmente precisar a real extensão da posse para assegurar a plena eficácia do dispositivo constitucional, que impõe ao Estado a obrigação de protegê-las. A Constituição Federal finalmente reconhece que os povos indígenas fora os primeiros senhores de fato e de direito dessa terra chamada Brasil, incorporando a seus ideais de justiça a ideia do indígena nato, já defendida pelo jurista brasileiro, João Mendes Júnior, no início do século passado.

3 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS À DEMARÇÃO DE TERRAS

Aqui, discorre-se a respeito dos argumentos desfavoráveis à atual forma de demarcação. Para fins didáticos, essas argumentações serão citadas e, em seguida, comentados.

Em relação à perda da soberania nacional, tem-se os partidários contra a demarcação, que afirmam que a reserva em região fronteira restringiria a soberania nacional, seja pela impossibilidade de acesso de militares na região, seja pelo amplo acesso de ONGs internacionais, o que se revelaria perigoso em se tratando de terra de fronteira.

É evidente que as afirmações são pertinentes, vistos que não há como negar que uma reserva indígena não obstará o acesso militar à área, bem como o problema das ONGs internacionais em região estratégica. Posto que sejam válidas; não são, contudo, absolutas. No decreto de 15 de abril de 2005, sem número, estabelece-se em seu artigo 4º que as Forças Armadas utilizarão os meios necessários e com liberdade para tomar as medidas cabíveis para cuidar das fronteiras. Destarte, vê-se que o governo já buscou uma solução para o problema.

Quanto às ONGs internacionais, nota-se que, de certa forma, em qualquer lugar onde se estabelecem, compartilham parte das atribuições estatais, ou seja, incumbem-se, ainda que de modo subsidiário da máquina pública. Desta forma, onde quer que estejam, influenciam em parte da soberania estatal. O fato de ser em área fronteira é um fator preocupante, embora possam atuar em qualquer parte do território quando permitido pelo Estado. Cabe então a este, fiscalizá-las e não deixar de cumprir uma norma constitucional em virtude de suas ineficiências.

Em relação ao excesso de terras, tem-se que a perda demasiada de território do Estado de Roraima, que teria imobilizado com a reserva Raposa Serra do Sol, 46% de sua área, sendo, pois, muita terra para somente 15 mil índios.

Este é um dos argumentos mais contundentes contrários à demarcação nos atuais moldes da nossa Lei Maior.

Neste ponto são importantes duas análises: a da originariedade e a da necessidade. Basicamente, as terras de quase todo o território foram inicialmente ocupadas por índios. Dessa forma, deve-se restringir esta interpretação apenas às terras que ainda têm ocupação indígena.

Outro ponto a ser levantado é a necessidade dos silvícolas. As terras tradicionalmente ocupadas são aquelas imprescindíveis à preservação do índio, em toda a extensão possível. É sabido que, quando chegaram os portugueses, a agri-

cultura praticamente inexistia ou era extremamente rudimentar entre os nativos, sendo estes, majoritariamente, nômades. No entanto, hodiernamente, o cenário mudou. Já se vê que muitas nações dominam a agricultura, sendo demasiada a quantidade de terras estipuladas.

Há quem afirme que não são indígenas as terras que, nos dias atuais, não preenchem os requisitos e as condições estabelecidas na Constituição, mesmo que no passado pré-colombiano tenham sido ocupadas pelos índios. Do contrário chegaríamos à absurda conclusão de que todas as terras brasileiras pertenceriam aos índios.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os grupos indígenas se denominam nações porque esta é também a nomenclatura aceita nos tratados internacionais, e a própria Convenção 169 OIT reafirma que a utilização da expressão povos não deve ser interpretada no sentido de ter implicação alguma no que se refere aos direitos que possam ser conferidos a esse termo no direito internacional. O conceito de terras abrange territórios, aqui entendido a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam, tendo em vista a importância que esta relação tem para a cultura e os valores espirituais dos indígenas. Disto segue que a definição de territórios indígenas longe está de qualquer demanda por constituição de novos países, o que pode ser verificado em todas as lutas indígenas do continente. Também, discorre-se sobre a base da questão, que se encontra implícito um racismo anti-índio, que separa brasileiros e que deve, constitucional e legalmente, ser rejeitado, e alegada intromissão tem por base, também, a denúncia, realizada por ONGs, à Comissão de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, portanto, dentro do legítimo interesse de utilização de mecanismos de resolução de conflitos.

Sendo assim, nota-se que o debate ainda merece amadurecimento e é imprescindível que as partes envolvidas analisem todas as variáveis do caso concreto para, então, decidir a vida de milhares de pessoas que representam as comunidades tradicionais indígenas.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 6. ed. v. II. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BODIN DE MORAES, Maria Celina. Constituição e Direito Civil: Tendências. *In*: **Direito, Estado e Sociedade**. v. 15. Rio de Janeiro: PUC, 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado Federal. 2014.

CIRCULUS. Revista da Justiça Federal do Amazonas, v.1, n.1 (maio/agosto.2003) Manaus, **Justiça Federal de Primeiro Grau**. Seção Judiciária do Estado do Amazonas / Editora da Unidade Federal do Amazonas – EDUA, 2003.

SALAZAR, Admilton Pinheiro. **Amazônia: globalização e sustentabilidade**. 2.ed. Manaus, Valer ed. , 2006.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**, ministro Fernando Gonçalves, Recurso Especial REsp. 757411, 2006.

_____. **Supremo Tribunal Federal**, relatora ministra Ellen Gracie, Recurso Especial REsp, 567164, 2008.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PLURALISMO JURÍDICO: UMA ANÁLISE DA “LEI MUWAJI” SOB A ÓTICA DO INTERCULTURALISMO.

Adriano Rodrigues Remor⁴⁵

1. INTRODUÇÃO.

Segundo dados levantados pelo Instituto Brasileiro de Geografia Estatística no censo 2010⁴⁶, 0,4% da população brasileira pertencem a alguma etnia indígena, neste contexto, em nome da manutenção de parâmetros culturais ancestrais determinadas comunidades praticam condutas nocivas à perspectiva dos Direitos Humanos, com destaque à retirada de vida de crianças portadoras de deficiência, prática comum em determinados povos indígenas no Brasil, como, por exemplo, os suruwahas, ianomâmis e kamaiurá.

Na tentativa de combater estas práticas foi aprovado recentemente, pela Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei 1057-B/2007⁴⁷, denominado “Lei Muwaji” homenageou uma indígena de etnia suruwaha que fugiu da comunidade para proteger seu filho que nasceu deficiente, visa coibir determinados comportamentos, com base nos princípios gerais e direitos fundamentais do Estado.

Contudo, o referido projeto foi alvo de duras críticas por parte de parte dos antropólogos que adotam a ideologia relativista, estes, em oposição à universalidade dos Direitos Humanos, acreditam que a multiculturalidade torna impossível a padronização condutas com base nos princípios fundamentais do Estado. No entanto, se olvidam da Dignidade Humana, preceito basilar da teoria dos

45. Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio Atual/RR (2014). Mestrando do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá/RJ. Professor de Direito Constitucional e Jurisdição Constitucional do Centro Universitário Estácio da Amazônia. Integrante do Grupo de Pesquisa Direitos Humanos E Transformação Social-DHTS da Universidade Estácio de Sá. Advogado atuante no Estado de Roraima. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6342644139437990>, e-mail: adrremoradv@gmail.com.

46. Disponível em: <http://indigenas.ibge.gov.br>.

47. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/494777-CAMARA-APROVA-PROJETO-QUE-PREVE-COMBATE-AO-INFANTICIDIO-EM-AREAS-INDIGENAS.html>.

Direitos Humanos e fundamental para o Estado brasileiro, que tem em seu conteúdo valorativo a guarda universalizada ao ser humano e a proteção destes a métodos que o utilizem como meros instrumentos.

Deste modo, o presente ensaio delimita-se em propor um estudo do supra-mencionado projeto de lei, explicitando o debate entre os Direitos Humanos e os argumentos relativistas e, a partir de uma noção interculturalista, apresentar a Dignidade da Pessoa Humana como fundamento Constitucional limitador de um pluralismo jurídico compatível com o sistema jurídico nacional.

Busca-se esclarecer se seria possível o uso do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como instrumento constitucional de efetivação de um pluralismo jurídico intercultural e recepcionado pela Constituição.

Para tanto, foram abordados os principais dispositivos legais de direitos indígenas e, ainda as mudanças propostas pelo Projeto de Lei 1057-B/2007. No segundo momento, demonstra-se, de forma breve, os principais pontos de conflito entre as teorias relativistas e o universalismo dos Direitos Humanos e a proposta de diálogo intercultural, além disto, apresentam-se aspectos sobre a dignidade humana e seu *status* no sistema jurídico nacional.

Por fim, verifica-se que as inovações trazidas, se o Projeto de Lei 1057-B/2007 for aprovado, na verdade somente reprisam elementos já constantes no ordenamento jurídico brasileiro. Sobretudo, em relação ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, colocado pelo constituinte originário como fundamento do Estado Democrático e que pode servir de instrumento valorativo para a hermenêutica diatópica dos dispositivos constitucionais a fim de preservar a cultura indígena e suas organizações sociais e, ao mesmo tempo, coibir determinadas práticas degradantes em nome de um pluralismo jurídico constitucionalmente recepcionado.

2. A PROTEÇÃO LEGAL DOS POVOS INDÍGENAS NO SISTEMA JURÍDICO NACIONAL, INTERNACIONAL E AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELO PROJETO DE LEI 1057/2007.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o panorama dos direitos indígenas do Brasil foi drasticamente alterado. Neste contexto, antes de analisar as alterações propostas pelo Projeto de Lei 1057/2007, faz-se necessário tecer breves apontamentos acerca da legislação voltada para o direito dos povos indígenas no Brasil e nos tratados assinalados pelo país.

Conforme supramencionado, o constituinte originário se preocupou em adicionar ao texto constitucional as diretrizes que norteiam a proteção ao índio no Estado Brasileiro, precisamente, o artigo 231 e parágrafos a Carta Magna consolida os direitos do índio, preservando, dentre outros bens, a cultura, a forma de organização social das comunidades, mas também o direito à terra, com destaque ao *caput* que fala sobre a proteção cultural:

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

A respeito do dispositivo Souza Filho (2013, p.2149) nos ensina que a Constituição de 1988 “foi a primeira a romper com a tradição integracionista do continente”, ou seja, respeitou o direito dos indígenas a continuarem sendo índios, além disto, frisou o autor supramencionado que o centro das mudanças trazidas pela Constituição de 1988, precisamente pelo artigo 231, é o reconhecimento e proteção à organização social e cultural⁴⁸ dos povos indígenas.

Ainda sobre o do artigo 231 da Constituição, Villares (2013, p. 17) leciona que o “Estado passa a reconhecer os povos indígenas como tais, dotados de culturas, organizações sociais, línguas, religiões, modos de vida, visões de mundo peculiares a cada grupo ou povo”. Abandonando assim a ideia de que a cultura indígena é inferior e que a aproximação com sociedade brasileira seria necessária.

Em termos de legislação infraconstitucional a principal fonte legislativa relacionada aos povos indígenas, no Brasil, é o Estatuto do Índio (Lei 6.001/73), que traz no texto do seu artigo 3º, I, a definição legal de índios (no texto da lei ainda chamados de silvícolas) como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional”.

Ademais, o Estatuto do Índio, no artigo 4º, também explicitou regras para classificação dos povos indígenas quanto a integração, ou seja, quanto ao nível de incorporação à cultura nacional mais difundida.

De acordo com a classificação proposta, os povos indígenas são divididos em isolados, ou seja, os que não possuem contato algum com elementos da cultura

48. Spiro, citado por Chase (2014, p. 26), cultura é um conjunto ideias, valores e normas tradicionais, amplamente compartilhadas em um determinado grupo social, que inclui, ainda, preposições normativas e instituições e arranjos sociais.

mais difundida nacionalmente; em vias de integração, quando conservam seus fortes traços culturais, mas incorporaram alguns institutos da cultura nacional; e os integrados, definidos como aqueles que ainda conservam padrões culturais, contudo, aderiram a comunhão nacional e estão em pleno gozo de seus direitos civis.

Além disto, cabe destaque ao artigo 47 do Estatuto que, no passo da Constituição, visa proteger as expressões culturais dos povos indígenas.

Em relação aos pactos internacionais, inicia-se com o Pacto Internacional Sobre Direitos Humanos e Civis⁴⁹, assinado em Nova Iorque em 1966 que, no artigo 1º⁵⁰, dispõe sobre a autodeterminação dos povos e garante aos povos o direito de determinar livremente seu estatuto político, assegurando livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

A autodeterminação, segundo Souza Filho (2009 p. 80), revela uma dupla face, isto é, visa o respeito dos órgãos internacionais para com aquele povo e, ainda, no viés mais antropológico, diz respeito à vontade coletiva de um grupo em se manter socialmente organizado.

Deste modo, diante dos apontamentos, entende-se por autodeterminação a vontade de determinado povo em se organizar socialmente a partir de suas convicções econômicas e culturais. No mesmo sentido, o artigo 26 do supramencionado pacto orienta os Estados que possuem minorias étnicas a garantir a essas pessoas o pleno exercício de seus padrões culturais.

Ademais, Albuquerque citada por Moron (2013, p. 57), destaca a autodeterminação como um direito dos povos a estabelecerem seu conjunto de regras e padrões culturais sem serem subjugados por outros grupos, segmentos, classes sociais ou povos estranhos a sua formação específica.

De outra banda, por meio do decreto 5.051 de 2004, foi recepcionada pelo ordenamento jurídico nacional a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho Organização Mundial (sobre povos indígenas e tribais), realizada em Genebra em 27 de junho de 1989.

A presente convenção, logo em seu artigo primeiro, 'b'⁵¹, trata de estabelecer os elementos que definem o índio e, segundo Villares (2013, p. 31), moderniza os

49. Incorporado no ordenamento jurídico nacional através do Decreto nº 592/1992, publicado no Diário Oficial do Estado em 07/07/1992.

50. Artigo 1º "Todos os povos têm direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural."

51. b) aos povos em países independentes, considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que habitavam o país ou uma região geográfica pertencente ao país na época da conquista ou da colonização ou do estabelecimento das atuais fronteiras estatais e que, seja qual for sua situação jurídica, conservam todas as suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas.

critérios dispostos no Estatuto do Índio destacando atenção especial ao critério da “autoidentificação” constante no parágrafo 2º⁵².

Além disto, a Convenção endossa direitos já contemplados pela Constituição Federal, como a proteção à cultura, às instituições sociais e ao modo de vida, deixando claro, contudo, por força do artigo 5.º⁵³, que ao aplicar a convenção devem ser respeitados as particularidades e problemas de cada povo.

Outro dispositivo da Convenção 169 da OIT que merece nossa atenção é o artigo 8.º, parágrafos 1º e 2º, com a seguinte redação:

1. Ao aplicar a legislação nacional aos povos interessados deverão ser levados na devida consideração seus costumes ou seu direito consuetudinário.

2. Esses povos deverão ter o direito de conservar seus costumes e instituições próprias, desde que eles não sejam incompatíveis com os direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico nacional nem com os direitos humanos internacionalmente reconhecidos. Sempre que for necessário, deverão ser estabelecidos procedimentos para se solucionar os conflitos que possam surgir na aplicação deste princípio.

Neste contexto de respeito aos direitos fundamentais definidos pelo sistema jurídico, o Projeto de Lei 1057/2007, de relatoria do Deputado Marcos Rogério, aprovado pela Câmara dos Deputados no dia 26 de outubro de 2015, propõe acrescentar o artigo 54-A que delega aos órgãos responsáveis pela política indigenista, como a Fundação Nacional do Índio (Funai), o dever proteger crianças, adolescentes, mulheres, pessoas com deficiência e idosos indígenas, de práticas que atentem contra a vida, a saúde e a integridade físico-psíquica.

Importante destacar que dentre o rol de práticas consideradas nocivas estão o infanticídio, o homicídio, estupro, tortura e outras constantes no §2º e incisos do artigo incorporado.

Desta forma, dispõe o projeto que o *caput* do artigo 54-A terá o seguinte mandamento:

52. 2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as disposições da presente Convenção.

53. Ao se aplicar as disposições da presente Convenção:

a) deverão ser reconhecidos e protegidos os valores e práticas sociais, culturais religiosos e espirituais próprios dos povos mencionados e dever-se-á levar na devida consideração a natureza dos problemas que lhes sejam apresentados, tanto coletiva como individualmente;

b) deverá ser respeitada a integridade dos valores, práticas e instituições desses povos;

Reafirma-se o respeito e o fomento às práticas tradicionais indígenas, sempre que elas estejam em conformidade com os direitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal e com os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos de que a República Federativa do Brasil seja parte

Portanto, o Projeto de Lei 1057/2007, converge com a Convenção 169 da OIT, no sentido de respeitar as práticas tradicionais e o Direito Consuetudinário dos povos indígenas desde que compatíveis com o rol de Direitos Fundamentais consagrados pelo sistema jurídico nacional.

3. OS DIREITOS HUMANOS E O PLURALISMO JURÍDICO NA SOCIEDADE MULTICULTURAL: UMA APORIA INSUPERÁVEL?

Em coluna vinculada ao CONJUR, Streck (2015) chamou a atenção para determinadas práticas comuns em áreas indígenas que violam os direitos fundamentais e destacou, na oportunidade, que determinadas tribos tiram a vida de crianças portadoras de deficiência alertando: “em nome de certo multiculturalismo ingênuo, alguns parlamentares e antropólogos tem se posicionado contra qualquer tipo de interferência do Estado em relação à prática desse comportamento.”

Parte da doutrina do direito o compreende como um fenômeno social e nas palavras de Abooud (2015, p. 85), nenhum jurista deve negar este fato. Neste sentido afirma Reale (2009, p. 02): “O Direito é um fato ou fato ou fenômeno social; não existe senão na sociedade e não pode ser concebido fora dela”, e complementa o entendimento sustentando que mesmo as formas mais rudimentares de sociedade constituíam um esboço de ordem jurídica mesmo sem propor seu significado lógico e moral.

De outro lado, a corrente mencionada por Streck (2015), em uma perspectiva antropológica, Geertz (2014, p. 221) também entende o direito como fenômeno social e cultural que a luz do saber local e em conjunto com outros elementos sociais dão movimento as comunidades:

o direito, em vez de ser um simples apêndice técnico acrescentado a uma sociedade moralmente (ou imoralmente) pronta

é, juntamente com um conjunto imenso de outras realidades culturais – desde os símbolos da fé, até os meios de produção – parte ativa dessa sociedade.

Este tipo de concepção antropológica, segundo Barretto (2013, p. 224), traduz a concepção relativista dos Direitos Humanos que considera o Direito como produto da cultura e, aliada a ideia de multiculturalismo, compreende que “não seria possível uma ordem jurídica capaz de satisfazer de forma equânime as exigências de bem-estar de todos os seres humanos”.

Sob este contexto Wolkmer (2015, p. 257) aponta para o fenômeno do pluralismo jurídico, que nas suas palavras ocorre quando múltiplas práticas e manifestações normativas, oriundas de necessidades existenciais materiais e culturais, ocorrem em um mesmo espaço sociopolítico, podendo ser oficiais (reconhecidas) ou não.

Neste quadro, se remontarmos ao conceito de índio, percebemos que a comunidade indígena é uma sociedade de cultura, costumes e organização social própria, pode-se dizer, em tese, que possuem uma organização jurídica distinta, que se opõe ao conceito de jurisdição monista do Estado, assim afirma Curi (2015, p. 238):

Considerando a diversidade cultural existente no país e a perspectiva de que o conceito de cultura abrange aspectos sociais, mitológicos, religiosos, simbólicos, jurídicos etc., reconhece-se que cada sociedade, dentre elas as indígenas, possui modos próprios de expressar e traduzir a realidade a sua volta. Nesse contexto, contrapondo a proposta de um Direito Estatal monista, introduz-se, como forma de garantir normas internas, a ideia de pluralismo jurídico.

Contudo, alerta Barretto (2013, p. 246) que as evidências antropológicas não permitem a existência dos Direitos Humanos, pois, por serem estritamente empíricas, não conseguem ler com exatidão a existência ou não de valores humanos universais, tratando-se de uma resposta a ser obtida a partir de reflexões filosóficas.

Mas afinal, o que são Direitos Humanos?

Carlos Santiago Nino (2011, p. 19) descreve essa categoria de direitos como uma das maiores invenções da humanidade e os considera uma “ferramenta indispensável para evitar o tipo catástrofe que com frequência ameaça a vida humana”.

Partindo desta análise, Flavia Piovesan (2007, p. 37), cita Joaquim Herrera Flores, ao afirmar que “os direitos humanos compõem uma racionalidade de

resistência, na medida em que traduzem processos que abrem e consolidam espaços de luta pela dignidade humana”.

Nesta linha, em consonância com os entendimentos de Nino (2011, p.21), entende-se que os Direitos Humanos servem como instrumento de consciência moral da humanidade e, quando consolidado, servirá de barreira eficaz na proteção da dignidade humana.

Além disto, segundo Piovesan (2007, p.37), o movimento contemporâneo dos Direitos Humanos é marcado pela universalidade, pois vive “sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade”.

Deste modo, este caráter universal e de consciência generalizada traduzem o principal ponto de fricção com os relativistas, ao passo que estes acreditam, conforme mencionado anteriormente, ser impossível, em virtude da variedade cultural existente no mundo, um direito que comportasse todas as necessidades; e por outro lado, os Direitos Humanos buscam, por seu caráter universal, como principal objetivo, a proteção globalizada da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante desta aporia ideológica Santos (1997, p. 22-23) apresenta uma proposta de diálogo intercultural da dignidade da pessoa humana que visa sua proteção a partir de uma concepção mestiça de Direitos Humanos e, complementa, afirmando que o diálogo intercultural não propõe apenas uma troca de saberes, mas também uma troca de culturas.

4. A DIGNIDADE HUMANA: FUNDAMENTO KANTIANO E SEU *STATUS* NORMATIVO NO ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ao estudarmos os Direitos Humanos, pelos conceitos reprisados, percebe-se a intrínseca ligação à ideia de dignidade humana. Partindo deste contexto, passa-se a um estudo da Dignidade Humana sob o ponto de vista da doutrina kantiana e de seu status no ordenamento jurídico nacional, segundo a análise de Sarlet.

Nas palavras de Sarlet (2015, p. 41) a doutrina kantiana é ainda a mais expressiva fonte de fundamentação, nacional e estrangeira, para a Dignidade Humana e de certa forma, para a conceituação deste instituto.

Contudo, antes de adentrar no cerne da discussão sobre a Dignidade Humana, faz-se necessário um estudo acerca das formulações kantiana que representam os Imperativos kantianos.

Kant (2011, p.61), compreende que o ser humano deve obedecer a princípios supremos, denominados imperativos, regidos por máximas⁵⁴. O primeiro princípio, denominado de imperativo categórico, pode ser descrito da seguinte forma “age só segundo máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne universal” (KANT, 2011, p.51).

Por outro lado, o segundo princípio, o imperativo prático é descrito como “age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em sua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio. ” (KANT, 2011, p. 59).

Vale salientar que os imperativos kantianos são possíveis em virtude da racionalidade humana e autonomia da vontade⁵⁵, esta difere-se da vontade heterônoma⁵⁶ pelo fato de ser fruto da liberdade individual, livre de qualquer inclinação, ou seja, as máximas representam um dever, enquanto a vontade inclinada, um dever ser.

No tocante ao segundo imperativo mencionado, tratar o ser humano como um fim em si mesmo nunca simplesmente como um meio, dele pode ser extraído o conteúdo da dignidade humana pois, segundo Kant (2011, p. 54):

No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo o preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade.

Neste contexto, Barretto (2013, p. 74-75), baseado nos ideais kantianos, afirma que o conteúdo do princípio da Dignidade da Pessoa Humana visa, além de ser universalizada, impedir que o ser humano, por ter finalidade em si mesmo, seja utilizado com fins deturpados ou degradantes, ou um objeto de satisfação de outro.

Portanto, pode-se dizer que a Dignidade da Pessoa Humana, possui em seu conteúdo axiológico estabelecer condutas universais que, extraídas da liberdade individual, visam tratar o ser humano de forma digna, ou seja, com um fim em si mesmo, e nunca como um objeto de uso.

54. Segundo Kant, Máxima é o princípio subjetivo da ação e deve se distinguir do princípio objetivo, isto é, da lei prática, ou seja, a máxima é o princípio segundo o ser age, e a lei define como o sujeito deve agir (2011, p. 51)

55. Autonomia da vontade segundo Kant é o princípio que determina ao ser humano, agir de acordo com sua vontade.

56. Segundo Kant, é a vontade movida por inclinações externas. (2011, p. 63-65).

Definida a matriz filosófica que norteia o conteúdo da Dignidade Humana, se faz importante, estabelecer também um conceito, para tanto, utiliza-se o entendimento de Sarlet (2015, p. 70) que após o confronto de diversas teorias definiu o princípio como:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua satisfação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

O conceito proposto por Sarlet buscou dar sentido amplo ao princípio, adicionando, além das matrizes kantianas de respeito ao ser humano pela sua humanidade e a proteção aos direitos e deveres fundamentais, a proteção aos seres que não são humanos, quando menciona “devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.

Desta forma, estabelecida a matriz filosófica e o paradigma conceitual, a pesquisa conduzirá uma breve abordagem acerca do *status* normativo do princípio, no âmbito do ordenamento constitucional, à luz dos ensinamentos de Sarlet.

A dignidade da Pessoa Humana foi inserida na Constituição brasileira no artigo 1º, III como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, quanto a isso, Sarlet (2015, 79-83) destaca que a opção feita pelo constituinte originário, em colocar o princípio como fundamento do Estado e não no rol dos direitos fundamentais, demonstra sua força normativa superior em relação aos demais princípios e regras.

Na oportunidade, o supramencionado autor, se utiliza palavras Bonavides, acerca da Dignidade Humana, ao afirmar que:

sua densidade jurídica no sistema constitucional há de ser, portanto, máxima e se houver reconhecidamente um princípio supremo da hierarquia das normas, esse princípio não deve ser

outro senão aquele em que todos os ângulos éticos da personalidade se acham consubstanciados.

Diante disto, como princípio, a Dignidade da Pessoa Humana assume a forma de valor superior, norteador do sistema jurídico nacional.

Quanto a sua acepção jurídico-normativa, a Dignidade da Pessoa Humana, segundo Sarlet (2015, p. 87-88) aparece como norma constitucional de plena eficácia, portanto, deve ser dotada de aplicabilidade imediata tanto em sua perspectiva objetiva quanto na subjetiva.

Nesta linha, Barretto (2013, p. 77-78) afirma que a Dignidade da Pessoa Humana, em virtude de seu conteúdo e força normativa, torna-se instrumento de análise logico-racional nos casos concretos ocorridos no sistema jurídico, ou seja, um elemento interpretativo da norma.

Diante disto, imperioso resgatar o debate acerca do pluralismo jurídico, destacando, nos ensinamentos de Wolkmer (2015, p. 261), que mesmo as manifestações jurídicas plurais podem ser submetidas ao direito estatal a fim de que sejam reconhecidas e controladas pelo Estado, com base nos seus princípios fundamentais.

Resgata-se, também, a proposta de diálogo intercultural de Santos (1997, p. 22-23), uma sugestão de integração cultural que, a partir da hermenêutica diatópica, visa ampliar as incompletudes no cenário multicultural estabelecendo, assim, uma concepção cosmopolita de Direitos Humanos.

Partindo desta análise, a Dignidade da Pessoa Humana pode servir de parâmetro limitador de um pluralismo jurídico desrespeitoso com o sistema de direitos fundamentais proposto pelo Estado, para que não ocorra, conforme alerta Streck (2015), uma multiculturalidade ingênua com “sérias dificuldades para apresentar argumentos consistentes em defesa dos direitos humanos”.

5. CONCLUSÃO.

O projeto de lei 1057-B/2007, em face de seu conteúdo material que, em apertada síntese, coíbe o uso da cultura como fundamento a situações degradantes em desfavor de determinados membros de tribos indígenas, trouxe ao cenário jurídico nacional um novo embate acerca de teorias relativistas, de cunho antropológico, e aqueles adeptos dos Direitos Humanos, em sua concepção universal.

No entanto, apesar do grande impacto que uma eventual aprovação do Projeto de Lei pode gerar na vivência de determinadas comunidades indígenas, a *tellos* do Projeto não representa uma inovação no sistema jurídico nacional, pois

o artigo 8º da Convenção 169 da OIT (outrora reprisado), recepcionado pelo ordenamento nacional, já fazia menção expressa à necessidade de manutenção e preservação dos padrões culturais e organizacionais da sociedade indígenas desde que, haja a adequação de determinadas praticas culturais aos princípios e direitos fundamentais vigentes.

Contudo, como destacou Streck, argumentos relativistas pregam a total separação do direito estatal do direito exercido nas comunidades indígena, invocando o mandamento constitucional, contido no artigo 231, que garante a preservação dos padrões culturais e organização social.

Ademais, os índios são definidos pelo ordenamento nacional e internacional como indivíduos que se destacam da sociedade comum por, além de outros elementos, exercerem padrões culturais e métodos de organização social próprios, deste modo, tomadas as teorias do pluralismo jurídico, em virtude desta característica, manifestam-se juridicamente de forma alternativa ao Estado.

Logo, se observamos pelo prisma antropológico do direito como mera expressão cultural, assim como as artes, seria inconcebível a imposição de uma norma estatal “opressora” a povos indígenas que não as aceitam, além disto, a imposição de uma organização social que não permita determinadas práticas seria um meio de negar a própria identidade destes povos, sobretudo em relação a aqueles povos isolados, ou seja, os que pouco tem contato com a comunhão nacional.

No entanto, a Constituição Federal traz em seu texto a Dignidade da Pessoa Humana com *status* de princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, alocando-o em posição superior ao ordenamento. Além disto, possui em seu conteúdo valorativo, se consideramos as bases kantianas, a universalização de práticas (máximas) morais que visam proteger o indivíduo de ser tratado como mero objeto ou instrumento de satisfação de outrem, ou seja, sempre com fim em si.

Vale salientar que esse caráter de universalidade, segundo as máximas kantianas, define que a valoração da Dignidade da Pessoa Humana, a partir dos imperativos, está presente em todos os seres humanos em virtude de sua autonomia e racionalidade, independentemente dos padrões culturais exercidos.

Deste modo, mesmo antes da incorporação da Convenção 169 ao ordenamento jurídico nacional, determinadas práticas culturais adeptas de situações degradantes e, sobretudo, o uso degradante do ser humano como instrumento de expressão cultural, confrontam um dos fundamentos do Estado a partir da Constituição Federal, a dignidade humana.

De outro lado, a imposição de uma cultura ideológica universal, a partir da dignidade humana, corre o risco de se tornar imperialista às sociedades culturalmente vulneráveis. Assim, partindo-se de um diálogo intercultural, pode-se completar as falhas presentes em ambas as culturas (em relação a dignidade humana) e a partir disto, torná-las, na medida do possível, cosmopolitas.

Com isso, mesmo sem a aprovação do projeto, a partir de um olhar hermenêutico diatópico do sistema jurídico nacional em relação as manifestações jurídicas dentro do âmbito das comunidades indígenas, se podem, eventualmente, desvelar elementos suficientes para integração cultural no sentido de coibir determinadas práticas reprovadas pelo crivo do conteúdo valorativo do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e assim, um pluralismo jurídico constitucionalmente recepcionado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABBOUD, Georges; CARINO, Henrique Garbellini; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de.

Introdução à teoria e à filosofia do direito. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição.** Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 de dezembro de 1973. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6001.htm > Acesso em: 15 de abr. de 2015.

_____. Decreto-lei nº 5.051, de 19 de abril de 2004. Promulga a Convenção nº

169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF 19 de abr. de 2004. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm > Acesso em: 15 de abr. de 2015.

BARRETTO, Vicente de Paulo. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas.**

2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CAMINHA, Pero Vaz de. **Carta a el-rei dom manuel sobre o achamento do**

Brasil. disponível em < http://www.soliteratura.com.br/biblioteca_virtual/biblioteca02d.php > acesso em 18 de mai. de 2015.

CHASE, Oscar G. **Direito, cultura e ritual**: sistemas de resolução de conflitos no contexto da cultura comparada. Trad. Sergio Arenhart, Gustavo Osna. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

CURI, Melissa Volpato. O direito consuetudinário dos povos indígenas e o pluralismo jurídico. **Espaço Ameríndio**, Porto Alegre, v. 6, n. 2, p. 230-247, jul./dez. 2012. Disponível em: < <http://seer.ufrgs.br/EspacoAmerindio/article/view/32216> > . Acesso em: 30 de jul. 2015.

GEERTZ, Clifford. **O saber local**: novos ensaios em antropologia interpretativa. Trad. Vera Joscelyne. 14. ed., Petrópolis: Vozes, 2014.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. 2. Reimp. São Paulo: Martin Claret, 2011.

MORÓN, Eduardo Daniel Lazarte. **As implicações jurídicas e socioambientais na criação de um município em terra indígena**, Curitiba: Edição do Autor, 2013.

NINO, Carlos Santiago. Ética e direitos humanos. Trad. Nélio Schneider. São Leopoldo: UNISINOS, 2011.

PIOVESAN, Flavia. Ações afirmativas e direitos humanos. **Revista USP**, São Paulo, n.69, p. 36-43, mar/mai. 2006.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SACCO, Rodolfo. **Antropologia jurídica**: contribuição para uma macro-história do direito. Trad. Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, nº 48, Junho, p.11-31, 1997. Disponível em: < http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF > . Acesso??

- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lênio Luiz. A morte de crianças pode ser considerada uma questão cultural?. **CONJUR**, out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-29/senso-incomum-morte-criancas-questao-cultural>> . Acesso em: 20 nov. 2015.
- SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coodrs). **Comentários a constituição do brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p.2148 - 2156.
- VILLARES, Luiz Fernando. **Direito e povos indígenas**, (ano 2009), 2^a reimpr. Curitiba: Juruá, 2013.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

O PANORAMA HISTÓRICO E LEGISLATIVO DO ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO CENÁRIO BRASILEIRO

Ana Morena Sayão Capute Nunes⁵⁷

INTRODUÇÃO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, pela primeira vez no ordenamento jurídico de nosso país, ao menor de dezoito anos foi dada prioridade absoluta, sendo sua proteção um dever não apenas da família, mas também da sociedade e do Estado.

Para introduzir estes novos paradigmas de proteção e garantia dos direitos infantojuvenis, foi instituída a Lei n.º. 8.069/90, conhecida como Estatuto da Criança e do Adolescente, a qual internaliza uma série de documentos internacionais.

No entanto, o estudo acerca dos direitos infantojuvenis não se restringe à análise destes dois documentos normativos, os quais, embora sirvam como diplomas jurídicos norteadores da atuação dos profissionais desta área jurídica, fazem parte de um momento da história recente, caso comparados com outros dispositivos legais já existentes sobre a matéria, notadamente no que diz respeito à violência sexual.

Assim, apresentar-se-á como se chegou ao contexto histórico da atual tutela integral dos direitos de crianças e adolescentes, desde a vinda dos primeiros europeus para o Brasil, com ênfase no tratamento dado ao abuso sexual praticado contra menores de idade, prática que, como restará demonstrado, não faz parte apenas do presente, participando, também, do passado da população infantojuvenil brasileira.

Também serão trazidos os princípios relacionados a crianças e adolescentes, que, na condição de sujeitos de direitos, têm suas garantias fundamentais violadas diante da prática da violência sexual.

57. Mestranda em Direito Público e Evolução Social do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá; Especialista em Direito da Criança e do Adolescente pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Pós-graduada em Direito Público e Privado pelo Instituto Superior do Ministério Público. Email: ana.morena.capute@hotmail.com

Assim, adotando como metodologia a análise bibliográfica e documental, será verificado se a evolução jurídica representa efetivamente um avanço na busca pela concretização da doutrina da proteção integral pregada, ao menos formalmente, pelo conjunto normativo vigente.

1 HISTÓRICO PSICOSSOCIAL E LEGISLATIVO DO ABUSO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NO BRASIL

Quando os europeus chegaram às terras brasileiras, as crianças indígenas eram criadas de forma bastante livre, tinham seus direitos respeitados, de acordo com os costumes de sua cultura, que não guardava (como talvez ainda não guarde) qualquer proximidade com a visão da criança europeia, que era, à época, enxergada como um “miniadulto” (supremacia dos adultos). Como aponta Alberton (2005, p. 43), os colonizadores abusavam sexualmente das índias e não aceitavam responsabilidades nem mesmo com os filhos nascidos dessa conjunção.

Embora o Brasil tenha sido descoberto em 1500, somente em 1530 passou a ser povoado de forma concreta. Muitas crianças estiveram a bordo das embarcações lusitanas do século XVI, especialmente na condição de grumetes para substituir os adultos no trabalho marítimo, já que consumiam menos alimento. Seu cotidiano foi marcado por tragédias. Vinham, ainda, na condição de pajens, órfãs do Rei ou como simples passageiras que viajavam na companhia dos pais ou de parentes. De acordo com os ensinamentos de Ramos (2013, P. 18-19),

A presença de mulheres era rara, e muitas vezes, proibida a bordo, e o próprio ambiente nas naus acabava por propiciar atos de sodomia que eram tolerados até pela Inquisição. Grumetes e pajens eram obrigados a aceitar abusos sexuais de marujos rudes e violentos. Crianças, mesmo acompanhadas dos pais, eram violadas por pedófilos e as órfãs tinham que ser guardadas e vigiadas cuidadosamente a fim de manterem-se virgens, pelo menos até que chegassem à Colônia.

Quando piratas atacavam as embarcações, quer da chamada Carreira do Brasil ou da Carreira da Índia, esta última, vale lembrar, constantemente de passagem pela costa brasileira, os adultos pobres eram com frequência assassinados. Os poderosos, por sua vez, eram aprisionados e trocados por um rico resgate, e as crianças, escravizadas e forçadas a servirem nos navios dos

corsários franceses, holandeses e ingleses, sendo prostituídas e exauridas até a morte.

A violência sexual e a pedofilia homoerótica eram tão comuns nesses navios que os grumetes, quando eram estuprados por marinheiros, nem reportavam tais fatos aos oficiais, já que, muitas vezes, estes também eram abusadores. As vítimas não podiam contar nem com o apoio dos religiosos que estavam a bordo, que, da mesma forma, costumavam tolerar tais atos. O mesmo acontecia com os pajens, que, por sua proximidade com os oficiais, corriam o mesmo risco de estupro e sevícias.

As órfãs do Rei, meninas consideradas pobres, que possuíam entre quatorze e trinta anos de idade, também eram vítimas corriqueiras de estupro nas embarcações. Vale mencionar que, para serem consideradas órfãs, bastava que tivessem o pai falecido. Assim, cumprido esse simples requisito, era permitido que fossem enviadas para se casarem com homens de destaque na colônia portuguesa. Ressalta-se, ainda, que a tradição medieval só punia o estupro de vítimas que possuíssem entre doze e quatorze anos, o que nos leva a crer que, igualmente, a violência sexual perpetrada contra as órfãs do Rei embarcadas não era reprimida⁵⁸.

Com efeito, a Inquisição portuguesa foi instituída em 1536 e, apesar de ter enfraquecido ao longo do século XVII, apenas em 1821 foi extinta. Como ensina Alberton (2005, p. 43), “durante todo o período colonial e nos subseqüentes, até inícios do século XX, todo amparo à infância e adolescência, basicamente foi exercido pela Igreja Católica”.

Há poucos registros da infância das crianças negras e pobres. Os registros existentes dessa época muito falam sobre a vida social, familiar e escolar da população infantil branca e abastada. Durante o século XVIII, o grupo mais numeroso de habitantes das capitanias era formado por mulatos e mestiços. Com quinze anos, a pessoa já era considerada adulta. As meninas eram consideradas aptas para o casamento a partir dos doze anos.

Dos escravos que desembarcavam no Rio de Janeiro, no início do século XIX, quatro por cento eram crianças, sendo certo que apenas um terço delas sobreviviam até os dez anos. Este foi o século que consagrou a infância e a adolescência como idades da vida, já sendo possível encontrar os termos criança,

58. Apesar dos casamentos realizados entre as órfãs do Rei e os colonos, os relacionamentos sexuais extraconjugais dos colonizadores com as índias não diminuíram, constituindo atos violentos de subjugação e submissão, de imposição de força e de poder dos homens brancos sobre as nativas. Muitas “crianças ilegítimas” foram geradas desses abusos. E as esposas legítimas, por também viverem subjugadas, conviviam com o adultério de seus maridos, fingindo ignorar a infidelidade. Era uma época em que a sociedade era caracterizada pela desvalorização total da mulher. (ALBERTON, 2005, p. 43)

adolescente e menino em dicionários da década de 1830, em que pese o uso habitual da palavra criança, referindo-se à espécie humana, ter sido adotado apenas nas primeiras décadas do século XIX.

Não muito distante da realidade vivenciada, hoje, por muitas adolescentes, a mãe do século XIX praticamente trocava as bonecas de porcelana ou pano pelas bonecas de carne e osso.

O trabalho infantil foi o grande protagonista, em matéria de infância e adolescência, do fim do século XIX e início do século XX. Contudo, a prostituição também tinha espaço, tornando-se um dos meios utilizados pelas meninas menores de idade para proverem a própria subsistência e, muitas vezes, o sustento de suas famílias. O termo “menina”, acompanhado do adjetivo “perdida”, também foi muito difundido, nessa época, para se referir às moças pobres, negras ou brancas, que se permitiam a prática de sexo antes do casamento. Salienta-se que não se afasta a possibilidade de meninas pertencentes a famílias ricas também serem “defloradas”, porém, tal acontecimento certamente permanecia velado ou era, quando descoberto, acobertado por casamentos forçados.

Conforme destacado por Abreu (2013, p. 292),

Para os principais juristas do final do século XIX, e seus herdeiros das décadas posteriores, o judiciário teria um grande papel na organização de uma política voltada para disciplinar os comportamentos sexuais e amorosos, ao melhor punir os crimes sexuais, especialmente os de defloração, que, segundo eles, ameaçavam tanto a honra feminina e, indiretamente, o próprio corpo social e o ingresso do país numa pretendida civilização dos bons costumes.

O Código Penal republicano de 1890 considerava mulher, para fins do crime de defloração, a vítima que possuísse entre dezesseis e vinte e um anos, sendo presumida a violência se a ofendida tivesse menos de dezesseis. O Código Penal de 1940, por sua vez, substituiu o crime de defloração pelo de sedução, compreendendo como vítima as jovens de quatorze a dezoito anos de idade. Vale destacar que a idade mais comum entre as “meninas perdidas” oscilava entre os treze e os dezesseis anos.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Wolff (2010, p. 117):

A presença de crianças e adolescentes depondo em processos civis ou criminais é uma prática recente na história processual brasileira; mesmo que permitido pelo Código de Processo Penal em vigor desde 1940, estes raramente eram ouvidos. A administração da justiça juvenil e o arcabouço institucional existente especialmente durante a vigência do último Código de Menores (1979 – 1990) dificultavam, ou até mesmo impediam, o reconhecimento e a denúncia de atos de violência ou abuso sexual.

No início do século XX e até os anos de 1980, era comum o sistema de colocação familiar, no qual meninas, que antes viviam em instituições de abrigo ou eram oriundas de famílias pobres, iam trabalhar nas casas de famílias abastadas, tornando-se “filhas de criação” ou “crias da casa”, responsabilizando-se os patrões pela vestimenta, educação e alimentação das meninas em troca de seu trabalho, depositando, em contrapartida, também, pequena monta de dinheiro em caderneta de poupança em seu nome. Apesar da aparência de bom trato, não raras vezes, as adolescentes preferiam fugir a permanecer sendo exploradas e até abusadas sexualmente. Vale conferir, nessa mesma linha, caso relatado pela autora Rizzini (2013, p. 383-384):

Relatos dessas situações podem ser observados, às centenas, por especialistas e estudiosos da questão. É o caso, por exemplo, de Joana, que sonhava em ter uma vida melhor. Criança pequena trabalhou duro na roça. Não gostava. Passou fome, não conseguia aprender nada na escola. A vida se resumia a trabalhar e dormir. Conseguiu ir para São Luís para trabalhar em casa de família, cuidando de crianças. A sua mãe, separada do marido, trabalhava na capital. Aos nove anos de idade foi para o Rio de Janeiro, levada por uma família carioca de classe média. Como não obteve permissão da mãe, foi escondida, levando consigo sua certidão de nascimento. Na nova casa, no Rio, era responsável por cuidar de duas crianças pequenas e demais afazeres domésticos. Apesar de ter sido pega como “filha de criação”, só vestia roupas usadas e não se sentia à vontade nas reuniões de família. Já mocinha, em torno dos 12 anos, temia ficar em casa somente com o patrão, pois era pressionada a se banhar no banheiro do casal, onde ele pudesse vê-la. Algumas vezes, tentou

agarrá-la. Nestas ocasiões, ela trancava-se no seu quartinho. Por incentivo de amigas que cursavam o supletivo, começou a estudar à noite. Com medo das investidas sexuais do patrão, largou a “família” aos 17 anos e foi trabalhar como doméstica em outra casa. Nunca mais voltou ao Maranhão.

A Declaração Universal dos Direitos das Crianças, de 1959, normativa paradigmática, já estabelecia, em seu preâmbulo, que as crianças precisavam de proteção e cuidados especiais, além de amparo legal apropriado, antes e depois de seu nascimento, em virtude de sua imaturidade física e mental. Pela primeira vez, um documento internacional menciona, de forma expressa, o princípio do superior interesse da criança.

A preocupação com a defesa dos direitos das crianças vítimas de maus-tratos é despertada apenas na década de 1960, quando despontam, nos Estados Unidos, as primeiras discussões sobre a “síndrome da criança espancada”, culminando no surgimento de diversas associações e centros de referências que passaram a receber notícias de crimes contra a criança e o adolescente e acionar os órgãos públicos competentes para apuração. A violência contra crianças e adolescentes sai do estudo teórico e passa a ser tratada com destaque como um dos grandes problemas enfrentados pela saúde pública de vários países.

O Pacto de São José da Costa Rica, assinado em 1969 e ratificado pelo Brasil em 1992, disciplina que toda criança tem direito de receber da família, da sociedade e do Estado as medidas de proteção que sua condição de menor de idade requer.

É indiscutível que a promulgação da Carta Magna de 1988 foi um grande marco no enfrentamento das desigualdades sociais, incorporando direitos humanos e especificando novas diretrizes e balizas sob as quais deve pautar-se todo o ordenamento jurídico brasileiro. Sobre as constituições anteriores, salienta-se o seguinte comentário de Nucci (2010, p. 9):

Nas Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, bem como na EC 1/1969, encontramos títulos que, em conjunto ou separadamente, cuidavam da família, da educação e da cultura, apontando regra geral quanto à obrigação do Estado em prestar assistência à infância e à adolescência; mas, apenas em 1988, o constituinte voltou sua atenção às crianças, fazendo-se inserir capítulo denominado “Da Família, da Criança, do Adolescente

e do Idoso”, no qual determina que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente” (art. 227, § 4.º, da CF/1988).

Vê-se, portanto, que o direito da criança e do adolescente foi, enfim, constitucionalizado, merecendo destaque o fato de ter representado profunda transformação paradigmática da doutrina da situação irregular para a doutrina da proteção integral, que já era sustentada e estimulada em diversos documentos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing – 1985), como preleciona Kreuz (2012, p. 64).

Pode-se afirmar que a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em 1990, pela Lei nº 8.069, buscou humanizar o tratamento destinado à infância, rompendo com a dicotomia existente entre aqueles que eram tratados como crianças e os que eram considerados menores, compreendendo todas as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, detentores privilegiados dos direitos de cidadania (GONÇALVES, 2005, p. 37). Trouxe, ainda, o abandono da doutrina da situação irregular, adotando a doutrina da proteção integral, de modo que a população infantojuvenil passou a ser, desta vez, discriminada positivamente.

Vale mencionar que, em âmbito internacional, a Assembleia Geral das Nações Unidas, adotou, no ano de 2000, o Protocolo Facultativo para a Convenção dos Direitos da Criança (*Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*), que foi promulgado pelo Brasil, através do Decreto nº 5.007/04, versando sobre a venda de crianças, a prostituição e a pornografia infantil. Em seu artigo 8º⁵⁹, o referido protocolo dispõe sobre uma série de medidas que re-

59. In verbis: 1. Os Estados Partes adotarão as medidas apropriadas para proteger os direitos e interesses de crianças vítimas das práticas proibidas pelo presente Protocolo em todos os estágios do processo judicial criminal, em particular: a) reconhecendo a vulnerabilidade de crianças vitimadas e adaptando procedimentos para reconhecer suas necessidades especiais, inclusive suas necessidades especiais como testemunhas; b) informando as crianças vitimadas sobre seus direitos, seu papel, bem como o alcance, as datas e o andamento dos processos e a condução de seus casos; c) permitindo que as opiniões, necessidades e preocupações das crianças vitimadas sejam apresentadas e consideradas nos processos em que seus interesses pessoais forem afetados, de forma coerente com as normas processuais da legislação nacional; d) prestando serviços adequados de apoio às crianças vitimadas no transcorrer do processo judicial; e) protegendo, conforme apropriado, a privacidade e a identidade das crianças vitimadas e adotando medidas, em conformidade com a legislação nacional, para evitar a disseminação inadequada de informações que possam levar à identificação das crianças vitimadas; f) assegurando, nos casos apropriados, a segurança das crianças vitimadas, bem como de suas famílias e testemunhas, contra intimidação e retaliação; g) evitando demora desnecessária na condução de causas e no cumprimento de ordens ou decretos concedendo reparação a crianças vitimadas. 2. Os Estados Partes assegurarão que quaisquer dúvidas sobre a idade real da vítima não impedirão que se dê início a investigações criminais, inclusive investigações para determinar a idade da vítima. 3. Os Estados Partes assegurarão que, no tratamento dispensado pelo sistema judicial penal às crianças viti-

conhecem o interesse superior de crianças e adolescentes, a sua vulnerabilidade decorrente da condição de pessoas em desenvolvimento, permitem a sua participação em processos nos quais seus interesses pessoais estejam sendo afetados e lhe asseguram um especial tratamento.⁶⁰

Atualmente, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 8.045/2010, que pretende alterar o Código de Processo Penal, dispondo expressamente sobre a forma de inquirição das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de crimes sexuais, prevendo a possibilidade de produção antecipada de provas nestes casos. Nessa mesma linha, tramita na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro o Projeto de Lei nº 443/2011⁶¹.

Por fim, merece destaque a Lei nº 12.015/2009, que trouxe para o ordenamento jurídico penal o estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), incidente quando a vítima é criança ou adolescente com idade até 14 anos⁶², não sendo necessário avaliar a violência e sua presunção, pois há objetividade fáctica, entendimento que vai ao encontro da doutrina da proteção integral destinada ao público infanto-juvenil, consagrando o entendimento no sentido de que a criança ou o adolescente menor de 14 (quatorze) anos, ainda que tivesse uma vida sexualmente ativa, não seria considerado suficientemente desenvolvido para consentir com o ato sexual, posicionamento que, frise-se, não refletia a inclinação predominantemente adotada pelos Tribunais brasileiros até a edição da referida lei⁶³

mas dos delitos descritos no presente Protocolo, a consideração primordial seja o interesse superior da criança. 4. Os Estados Partes adotarão medidas para assegurar treinamento apropriado, em particular treinamento jurídico e psicológico, às pessoas que trabalham com vítimas dos delitos proibidos pelo presente Protocolo. 5. Nos casos apropriados, os Estados Partes adotarão medidas para proteger a segurança e integridade daquelas pessoas e/ou organizações envolvidas na prevenção e/ou proteção e reabilitação de vítimas desses delitos. 6. Nenhuma disposição do presente Artigo será interpretada como prejudicial aos direitos do acusado a um julgamento justo e imparcial, ou como incompatível com esses direitos.

60. No que diz respeito à possibilidade de tomada do depoimento especial infantojuvenil, leva-se em conta no ordenamento jurídico brasileiro as regras gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispositivos da Constituição Federal (artigos 5º, 226 e 227). Desde o advento da Lei nº 11.690/2008, o Código de Processo Penal, em seu artigo 156, passou a admitir a produção antecipada de provas, permitindo que o depoimento seja videogravado no momento do ajuizamento das provas para posterior juntada ao processo.

61. Apenas a título de conhecimento, resalto que tramitavam, originalmente, outras duas proposições: o Projeto de Lei nº 4.126/2004 – que se transformou no Projeto de Lei nº 35/2007 – e o Projeto de Lei nº 7.524/2006, tendo sido o primeiro arquivado em razão da propositura de projeto substitutivo e o segundo retirado de tramitação, em virtude da existência de proposição anterior, com tema semelhante.

62. Também incide quando a vítima é pessoa que, por enfermidade ou deficiência mental, não possui discernimento para a prática do ato sexual, e aquela que não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência à conjunção carnal ou a ato libidinoso.

63. A jurisprudência brasileira discutia se a presunção de violência tipificada no art. 224, a, do Código Penal era de natureza relativa (*iuris tantum*), dependendo da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), que não carecia de questionamento.

2 PRINCÍPIOS QUE ORIENTAM OS DIREITOS DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Não se pode deixar de considerar alguns princípios insculpidos no Estatuto da Criança e do Adolescente, que devem ser observados, sobrevalorizados e respeitados em todas as situações que envolvem direitos da população infanto-juvenil, quais sejam:

O princípio da condição da criança e do adolescente como sujeitos de direitos está previsto no artigo 100, parágrafo único, I, do ECA. De acordo com esse postulado, crianças e adolescentes devem ser compreendidos como seres humanos em desenvolvimento, que não conhecem seus direitos e não têm plena capacidade de exercê-los, devendo, portanto, receber tratamento e proteção diferenciados em virtude de sua peculiar condição, tendo em vista que ainda não alcançaram a maturidade física, emocional, mental e psicológica de um adulto.

O princípio da prioridade absoluta se encontra expressamente previsto no artigo 100, parágrafo único, II, do diploma legal infantojuvenil. Exterioriza a ideia trazida pela doutrina da proteção integral de que toda criança e todo adolescente devem ser conhecidos e respeitados como sujeitos de direitos, independentemente de sua condição econômica, social, familiar ou intelectual, possuindo os mesmos direitos fundamentais assegurados aos adultos, tendo sido contemplados, ainda, com outros direitos especialmente destinados à infância e à adolescência, cujo atendimento e efetivação devem ser realizados sempre que possível de modo prioritário pelo Estado, pela sociedade e pela família.

O princípio do superior interesse, tipificado no artigo 100, parágrafo único, IV, da lei infantojuvenil, preconiza que os direitos e as necessidades das crianças e adolescentes devem ser primordialmente considerados na hermenêutica jurídica, na resolução de conflitos, na futura elaboração de normas legais ou na análise do caso concreto, sendo resguardados da forma mais ampla possível.

O artigo 100, parágrafo único, V, do ECA preceitua o princípio da privacidade, que se relaciona diretamente ao exercício dos direitos à intimidade, à imagem e à reserva da vida privada, impedindo que crianças e adolescentes sejam expostos desnecessariamente e de forma nociva.

Os princípios da intervenção precoce e mínima, por seu turno, estão elencados nos incisos VI e VII do artigo 100, parágrafo único, do ECA. Através destes princípios, busca-se a atuação mais célere e simplificada dos órgãos protetivos competentes toda vez que estiverem em risco os direitos da população infantojuvenil.

O princípio da oitiva obrigatória e da participação, por derradeiro, está previsto no artigo 100, parágrafo único, XII, do estatuto infantojuvenil. Oportuniza à criança e ao adolescente a possibilidade de serem ouvidos e participarem de todos os atos que envolvem a aplicação de medidas protetivas ou a definição de sua situação jurídica, sendo-lhes concedido expressamente o direito de falarem e de terem sua opinião considerada em Juízo, quer estejam sozinhos ou na companhia dos pais, dos responsáveis ou de outra pessoa em quem confiem.

CONCLUSÃO

Como restou demonstrado, a violência sexual perpetrada contra crianças e adolescentes é um fenômeno antigo, presente desde o início da formação da sociedade brasileira, que envolve diversos aspectos, além dos sociais (culturais, políticos, econômicos e jurídicos), ocorrendo tanto em contexto familiar quanto extrafamiliar.

Constatou-se que, historicamente, foi se modificando o tratamento dado a crianças e adolescentes abusados sexualmente, de modo que, com o reconhecimento de sua condição de sujeitos de direitos, os mecanismos de proteção dessas pessoas, consideradas, por sua essência, socialmente vulneráveis, foram se ampliando. Com isso, as violações aos direitos infantojuvenis passaram a ser mais noticiadas e, conseqüentemente, mais combatidas.

Assim, a normatização legal surge refletindo o momento histórico e social em que está inserida, servindo, hodiernamente, como forma de consagrar os princípios da proteção integral e da dignidade humana, na busca de um olhar com enfoque consciente e protetivo do Estado sobre a população infantojuvenil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Martha. Meninas perdidas. In: PRIORE, Maria Del. *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2013.

ALBERTON, Mariza Silveira. *Violação da infância: crimes abomináveis humilham, machucam, torturam e matam!* Porto Alegre: Age, 2005.

GONÇALVES, Hebe Signorini. Medidas Socioeducativas: avanços e retrocessos no trato do adolescente autor de ato infracional. In: ZAMORA, Maria Helena. *Para além das grades: elementos para a transformação do sistema socioeducativo*. Rio de Janeiro: Ed. PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2005.

- KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar e da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba, Juruá, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. MONTEIRO, André Vinícius. GEMIGNANI, Daniel. MARQUES, Ivan Luís. *Os contornos normativos da proteção do vulnerável prescrita pelo Código Penal (arts. 218-a e 218-b, introduzidos pela lei 12.015/2009)*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 86, set. 2010.
- RAMOS, Fábio Pestana. A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI. In: PRIORE, Maria Del. *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2013.
- RIZZINI, Irma. Pequenos trabalhadores do Brasil. In: PRIORE, Maria Del. *História das Crianças no Brasil*. São Paulo: Contexto, 2013.
- WOLFF, Maria Palma. Inquirição de crianças vítimas de violência e abuso sexual: uma análise da participação do serviço social. In: POTTER, Luciane (Coord.) *Depoimento sem dano*. Uma política criminal de redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CAPACIDADE DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA E A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO: ALTERAÇÕES BENÉFICAS OU APENAS UM NÓ NA LEGISLAÇÃO EXISTENTE?

Caio Silva de Sousa⁶⁴

INTRODUÇÃO

Neste trabalho serão estudados os aspectos referentes à capacidade das pessoas com deficiência, como era tratado e como passa a ser, em função das recentes alterações na legislação brasileira.

O grande desafio se dá quanto à observância da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2007 (Decreto Federal nº 6.949/09), pela ruptura do modelo adotado no Brasil que, de certa forma, estigmatiza a pessoa com deficiência através da adoção de meios de efetiva inclusão da pessoa com deficiência na sociedade, garantindo a convivência entre os atores sociais com e sem deficiência.

Essa mudança paradigmática exigiu uma completa reformulação do sistema brasileiro, inclusive com a mudança do modelo exclusivamente biomédico da deficiência. As terminologias utilizadas na legislação e na área médica baseada exclusivamente no Código Internacional de Doenças – CID⁶⁵, que serve de referência para as equipes multidisciplinares que emitem os laudos médicos nos atendimentos de pessoa com deficiência, foram alteradas para o Código Internacional das Funcionalidades – CIF⁶⁶.

64. Mestrando em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá. Especialista em Direito Desportivo pelo Instituto A Vez do Mestre – Universidade Candido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes – Campus Centro. Professor de Direito Constitucional, Direito Processual Civil e Deontologia Jurídica na Faculdades São José. Secretário Geral da Comissão de Defesa de Direitos da Pessoa com Deficiência da OAB/RJ. E-mail: caiosilvadesousa@gmail.com.

65. A sigla CID designa a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (em inglês: International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems – ICD) e fornece códigos relativos à classificação de doenças e de uma grande variedade de sintomas, aspectos anormais, circunstâncias sociais e causas externas para ferimentos ou doenças.

66. A sigla CIF é um sistema novo de classificação inserido na Família de Classificações Internacionais da Organização Mundial de Saúde (World Health Organization Family of International Classifications – WHO-FIC), constituindo o quadro de referência universal adotado pela OMS para descrever, avaliar e medir a saúde e a incapacidade quer ao nível individual quer ao nível da população.

A aludida Convenção também introduz novo conceito de deficiência, considerando o modelo social baseado em direitos humanos. Assim, a deficiência não mais se encontra somente na pessoa, mas aparece na interação com fatores e barreiras existentes no ambiente, senão vejamos:

Pessoas com deficiência são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em **interação com diversas barreiras**, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas (artigo 1º da Convenção – grifou-se).

Cumprir destacar que a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU de 2007, conforme dispõe o artigo 5º, §3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por se tratar de convenção internacional sobre direitos humanos, e sendo aprovada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, tem equivalência à emenda constitucional.

Neste ponto, cabe ressaltar que a Lei Brasileira de Inclusão (LBI)⁶⁷ utiliza redação semelhante em seu artigo 2º. Destaca-se nas origens da Lei Federal nº 13.146/15, a homologação da Convenção da ONU sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência.

Trata-se do primeiro Projeto de Lei da Câmara dos Deputados a ser traduzido para Libras (Língua Brasileira de Sinais) durante sua discussão. Seu texto preliminar ficou sob consulta pública no portal “e-democracia”, mantido pela Câmara dos Deputados, por cerca de seis meses. Por meio deste canal foram encaminhadas cerca de mil propostas. A consulta pública virtual no portal “e-democracia” foi feita de uma forma que pessoas com deficiência visual conseguissem acessar e também pudessem contribuir.

Por fim, foi sancionada no ano de 2015, após 15 anos de tramitação, com vigência a partir de 02 de janeiro de 2016 com mudanças em várias áreas. É um real avanço na inclusão de pessoas com deficiência na sociedade. Um dos principais pontos desta lei é o seu objetivo de “mudar a visão sobre o conceito de deficiência”, que deixa então de ser atribuída à pessoa e passa a ser vista como consequência da falta de acessibilidade que não só o Estado, mas a sociedade como um todo apresenta.

1. A capacidade civil das pessoas com deficiência

Quando se fala na capacidade civil das pessoas com deficiência, principalmente após a internalização, no ordenamento pátrio, da Convenção sobre os

67. Lei Federal nº 13.146/15.

Direitos das Pessoas com Deficiência⁶⁸ (CDPD), busca-se a garantia de sua plena capacidade. Mas a que ponto deve-se chegar para garantir essa capacidade?

A capacidade é reconhecida como universal no artigo 1º do Código Civil, onde *“Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”*. Assim, a capacidade é a noção de obrigações de uma pessoa, bem como uma maior ou menor extensão de direitos. Essa não pode ser negada a pessoa, mas apenas sofrer restrições legais quanto ao seu exercício, devido a uma incapacidade.⁶⁹

A CDPD, ao garantir o direito à igualdade das pessoas com deficiência⁷⁰, determina que os Estados Partes reafirmarão que as pessoas com deficiência têm o direito de serem reconhecidas como pessoas, bem como ao gozo de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas em todos os aspectos da vida. Além disso, fixa a obrigação de adoção das medidas apropriadas para prover o acesso das pessoas com deficiência ao apoio que necessitem no exercício de sua capacidade legal⁷¹.

O artigo 12 da Convenção vai além, ao informar que as medidas relativas ao exercício da capacidade legal devem respeitar os direitos, a vontade e as preferências da pessoa, sendo isentas de conflito de interesses e de influência indevida, proporcionais e apropriadas às circunstâncias da pessoa, aplicando-se pelo período mais curto possível e que sejam submetidas à revisão regular por uma autoridade ou órgão judiciário competente, independente e imparcial. As salvaguardas serão proporcionais ao grau em que tais medidas afetarem os direitos e interesses da pessoa.

Percebe-se nitidamente que o objetivo da CDPD é garantir igualdade de condições, mas entendendo que cada pessoa tem suas habilidades e possibilidades. De clareza solar que nem todas as pessoas com deficiência possuem autonomia e independência para a prática dos atos da vida civil diárias. E essas diferenças, próprias da natureza humana, devem ser consideradas também quando se trata da capacidade civil de cada pessoa. Diante disso, como definir a capacidade da pessoa com deficiência?

Conforme dispõem os artigos 1º à 4º do Código Civil, após a alteração da Lei Brasileira da Inclusão, existem no ordenamento jurídico brasileiro atualmente três definições para capacidade, consubstanciadas na **capacidade plena, incapa-**

68. Decreto nº 6.949/09.

69. DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005, pag. 144/147.

70. Artigo 5º.

71. Artigo 12.

cidade absoluta e incapacidade relativa. Com relação à primeira, cumpre destacar que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, sendo que a personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, colocando a lei a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro. Portanto, é a possibilidade plena de exercer pessoalmente os atos da vida civil.

Na incapacidade absoluta encontram-se todos os menores de dezesseis anos, situação legalmente imposta de impossibilidade de realização pessoal dos atos da vida civil senão por representante.

Já na incapacidade relativa, a impossibilidade é parcial para a realização pessoal dos atos da vida civil, exigindo-se alguém que o auxilie/assista. No rol de incapacidade relativa, encontram-se as seguintes pessoas⁷²: os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; os ébrios habituais e os viciados em tóxico; aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade; bem como os pródigos, sendo que a capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial.

É de salutar importância informar que todos os incisos do artigo 3º do Código Civil foram expressamente revogados pela Lei Brasileira da Inclusão. A título de conhecimento, o artigo anteriormente tinha a seguinte redação, vejamos:

São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- I – os menores de dezesseis anos;
- II – os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;
- III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Ou seja, legalmente, as pessoas com deficiência das quais tratava o referido artigo, passaram a ser plenamente capazes para exercer os seus direitos, buscando, assim, sua inclusão social, com pleno atendimento aos princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania.

Já a atual redação do artigo 4º, II do Código Civil não se refere mais às pessoas com discernimento reduzido, passando a não mais considerá-las relativamente incapazes.

72. Artigo 4º.

Também foi alterado o inciso III do mesmo artigo, que não menciona mais os “excepcionais sem desenvolvimento completo”. Sua nova redação passou a enunciar “*as pessoas que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir vontade*”, o que antes estava previsto no inciso III do artigo 3º como situação típica de incapacidade absoluta. Passa-se então a considerá-la como incapacidade relativa.

Dessa forma, capacidade é a possibilidade de uma pessoa exercer pessoalmente os atos da vida civil, ou seja, adquirir direitos e contrair deveres em nome próprio. No caso de incapacidade relativa ou absoluta a pessoa deveria ser interdita com a posterior nomeação de um curador por parte do Poder Judiciário.

2. As implicações das mudanças na capacidade civil das pessoas com deficiência

É necessário entender que a questão da capacidade da pessoa com deficiência é uma das questões mais complexas da Convenção, dadas as diferenças culturais, políticas e econômicas entre os países membros. O entendimento de que a incapacidade depende do meio em que a pessoa vive, por si só, não garante a alteração legislativa drástica ocorrida no Brasil.

A partir dessa mudança paradigmática, inclusive exposta na legislação antes aludida, tem início toda a problemática da mudança que gerará, sem dúvida, insegurança jurídica para as pessoas com deficiência.

A pessoa com deficiência, se tiver necessidade, pode ser “apoiada” para exercer sua capacidade civil, mas a alteração legislativa realizada pela LBI, com a retirada da pessoa com deficiência do rol de possíveis curatelados⁷³, pode não ser a melhor forma de proceder, sob pena de deixá-las sem qualquer tipo de proteção jurídica.

A figura do “curador” garantia, na maioria dos casos, antes da LBI, um certo “auxílio” à pessoa com deficiência. No entanto, com as alterações introduzidas pela LBI na lei civil, essa forma de ajuda será quase inviável.

A curatela sempre foi medida protetiva e não excludente, com prazo fixado e com possibilidade de revisão independentemente de pedido da parte interessada, pois o Ministério Público atua em processos onde há interesse de “incapaz”.

Os excessos do curador sempre foram coibidos com a sua criminalização como, por exemplo, o desvio de patrimônio, rendimentos e benefícios.

Na verdade, a nova regulação da capacidade civil das pessoas com deficiência pode ensejar a sua falta de amparo. Garantir o protagonismo das pessoas com

73. Artigo 114 da LBI

deficiência não pode ensejar a sua desproteção legal, o que infelizmente ocorreu com as mudanças efetuadas pela LBI.

Antes de qualquer alteração legislativa, seria necessária a eliminação do preconceito que existe na sociedade como um todo, distinguindo-se as pessoas com deficiência como iguais às outras, respeitando a peculiaridade do direito à igualdade, bem como os princípios da dignidade da pessoa humana e da cidadania. Mas isso não ocorreu.

A pessoa com deficiência deve ser tratada como pessoa humana, respeitadas as suas limitações de acordo com as suas reais condições. Termos como “descapacitados”, “mongoloides”, “excepcionais”, “diferentes”, “anormais”, dentre outros, traduzem preconceitos e reproduzem diversos estigmas, o que não pode e/ou deveria acontecer.

Na verdade, a aludida mudança legislativa, além de se gerar insegurança jurídica, deixa nítido que a pessoa com deficiência poderá trocar um tipo de preconceito por outro.

3. O instituto da interdição frente à LBI

A LBI informa, em seu artigo 6º, que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa com deficiência. Estabelece que é dever do Estado, da sociedade e da família assegurar **à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, bem como das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico.**

No mesmo diploma legal, o artigo 84, repetindo o disposto no artigo 12 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, determina que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas.

E aqui se dá o principal ponto da discussão. No último artigo citado, bem como nos artigos posteriores do mesmo diploma legal (artigos 85 e 86)⁷⁴, se en-

74. Artigo 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial.

§1º A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à privacidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto.

§2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado.

§3º No caso de pessoa em situação de institucionalização, ao nomear curador, o juiz deve dar pre-

contram as orientações necessárias para a aplicação dos institutos da Curatela e Interdição, ainda que a própria Lei Brasileira da Inclusão tenha efetivamente modificado a relação de incapacidades do Código Civil em seus artigos 3º e 4º.

A interdição é um instituto de caráter protetivo relacionado à tutela da pessoa e dos seus interesses existenciais e patrimoniais. A interdição diz respeito à constatação, pelo Poder Judiciário, da incapacidade da pessoa que ao completar dezoito anos de idade não tem o pleno discernimento para manifestar livremente a necessária vontade para a prática dos atos da vida civil. De um modo geral, a interdição abrange a supressão da capacidade de exercício da pessoa, cujos atos e interesses passam a ser realizados e tutelados por seu curador (DINIZ, 2005, p. 171-188).

É um procedimento de jurisdição voluntária, que não encontra interesses subjetivos contrapostos, mas sim a tutela dos interesses do próprio interditando.

Pontes de Miranda denomina como a “capacidade de obrar” (2012, p. 247-248), ou seja, a capacidade para o exercício não pode se confundir com a capacidade de ser sujeito de direito. A interdição visa a tutelar os interesses do interditando suspendendo-lhe a capacidade de exercício, uma vez que o seu discernimento não está perfeito para a plena manifestação de vontade no mundo, notadamente, no mundo jurídico.

Nos termos do artigo 755, I, do Novo Código de Processo Civil de 2015 (NCPC)⁷⁵, a interdição pode se dar de forma parcial, com a declaração da incapacidade para o exercício de determinados atos da esfera de interesses da pessoa. Isto porque o regime da incapacidade, ligado ao instituto da interdição, está diretamente vinculado ao discernimento da pessoa para a realização da universalidade dos atos da vida.

Entende-se então que a interdição é um ato necessário, de natureza constitutiva e prévio à curatela, tendo seu papel renovado junto aos tribunais, seja pela maior longevidade das pessoas, sem que venha, necessariamente, acompanhada da lucidez plena, seja porque o desenvolvimento das áreas da medicina vem impactando a aplicação do Direito ao revelarem a existência de doenças, ou síndromes, que interferem, ainda que de modo parcial, no campo do pleno discernimento da pessoa. Nesse mesmo sentido, no espectro que vai da capacidade à incapacidade, total ou parcial, definitiva ou temporária, se pode falar em estágios de capacidade intermediária.

Nessa esteira de raciocínio, o artigo 749 do NCPC possibilita a distinção entre a capacidade específica para a administração de bens e direitos e aquela atinente

ferência a pessoa que tenha vínculo de natureza familiar, afetiva ou comunitária com o curatelado. Artigo 86. Para emissão de documentos oficiais, não será exigida a situação de curatela da pessoa com deficiência.

75. Lei nº 13.105/2015.

aos demais atos da vida civil. Da interpretação do artigo, extrai-se o dever e, portanto, a obrigação de, no processo, ser detalhada em que esfera da vida do interditando ele carece do total discernimento para o exercício dos atos da vida civil.

Assim, também é necessário informar em qual momento se revelou a incapacidade, pois a sentença, que é de natureza constitutiva, poderá vir a ser oposta contra eventuais atos realizados pelo interditando quando ele não mais detinha total discernimento. É, no entanto, de se reconhecer difícil precisar o momento em que se deu a incapacidade, sobretudo quando ela vai se manifestando gradativamente, sem que se possa saber se antes ou depois da falta do total discernimento o interditando tinha condições de manifestar plena e validamente a sua vontade.

Continuando a tratar do procedimento da interdição, o artigo 751 do NCPC melhora a redação do artigo 1.181 do Código de Processo Civil de 1973, tendo em vista que o contato com o juiz se dá sob o enfoque de maior dignidade da pessoa do interditando, na medida em que ele é citado para comparecer ao Poder Judiciário e ser entrevistado, e não mais examinado ou inspecionado, como se referia o Código de Processo Civil anterior.

É a oportunidade onde o Poder Judiciário tem de ter contato direto com o interditando e de mensurar, por seus próprios meios, suas condições de sanidade e de discernimento. É também fase de suma importância para que o amplo direito de defesa e para que o pleno exercício do contraditório pelo próprio interditando possam ser exercidos, em face da medida de cunho restritivo sobre ele requerida.

A necessidade de contato pessoal, com o obrigatório comparecimento do interditando em juízo, é importante para que o juiz e o membro do Ministério Público possam aferir as reais circunstâncias da saúde física e mental do mesmo, assim como as suas relações de cunho afetivo e emocional com aqueles que dele se ocupam e/ou que tenham requerido a medida.

Há uma importância nesse ato, fundamental para que se evitem abusos contra pessoa vulnerável, ainda que não absolutamente incapaz. O juiz deve, inclusive, ir até o interditando na hipótese de ele não poder ser conduzido até a sala de audiência. Reforçados ainda os poderes do magistrado para o seu livre convencimento, porque os parágrafos do artigo supracitado permitem, de ofício, a requisição da presença de um *expert* para aferir as reais condições do interditando quando da sua oitiva, assim como do chamamento de parentes e/ou pessoas próximas que possam, inclusive, ter sido referidas por ele em seu depoimento.

Trata-se do momento onde o julgador terá a percepção da demanda, sobretudo diante da drasticidade e das consequências da medida de interdição e curatela.

O artigo 751 NCPC deixa claro também que o interditando poderá impugnar o pedido de interdição que sobre ele recai.

Por sua vez, a norma não se refere à contestação, mas dá o prazo legal de 15 dias para que o mesmo possa trazer a juízo toda a matéria para defender os seus interesses no âmbito da interdição que está sendo requerida contra a sua pessoa.

Entende-se que é uma faculdade do interditando, e não um ônus processual, a impugnação do pedido de interdição. Por essa razão, se o interditando não se utilizar dessa faculdade processual, não haverá prejuízo processual porque não se trata de contestação *stricto sensu* com a advertência da possibilidade de decreto judicial de pena de confissão e revelia.

Por tratar-se de ação que visa reduzir/suprimir a capacidade civil de uma pessoa quando o interesse público é evidente, na medida em que o Estado tem o dever de zelar pelo respeito aos direitos individuais fundamentais de toda pessoa, o Ministério Público deve officiar no processo a fim de contribuir para a devida instrução da demanda no sentido de serem verificados essencialmente os interesses a serem tutelados da pessoa vulnerável e, portanto, passível de interdição ou, ao contrário, o interesse público na ampla defesa da autonomia e capacidade civil do cidadão⁷⁶.

Após todas as ponderações realizadas, ainda se tem a prova pericial, que é ato essencial ao processo de interdição e deve ser realizada por determinação do juízo sob pena de nulidade do processo. Ainda em situações de interditando acamado ou mesmo abrigado em instituição de cuidados especiais, a perícia judicial se faz imprescindível, pois não basta relatório médico, ainda que circunstanciado, atestando a incapacidade da pessoa sobre a qual recai o pedido de curatela.

A perícia judicial é ato essencial da produção de provas porque traz ao feito a segurança acerca da imprescindibilidade da interdição, carreando elementos e aspectos fundamentais para o julgador estabelecer os limites da interdição e, portanto, a extensão da curatela e dos atos de gestão do futuro curador sobre a pessoa e/ou sobre os bens do interditando.

O NCPC, atendendo à dinâmica da vida moderna, possibilita⁷⁷ ao juiz que nomeie uma equipe de profissionais de áreas diversas e complementares para a realização da perícia, o que melhora e muito a dinâmica do pedido de interdição quando diz respeito às curatelas parciais, nas quais o interditando possui condições de realizar diversos atos da vida cível, mas não todos.

76. Artigo 752 NCPC

77. 753 NCPC

Uma vez provada a incapacidade total ou parcial do interditando, a sentença será de procedência⁷⁸. A curatela é múnus, encargo e, como tal, deve ser analisada sempre em favor do cumprimento das suas prerrogativas: melhores interesses do curatelado ou interdito. Atendendo-se às peculiaridades do caso, à razão e à natureza da interdição, o juiz poderá eleger, dentre os pretendentes, aquele que exercerá de forma mais eficaz a curatela, inclusive sopesando quem tem maior proximidade afetiva e de relacionamento com o curatelado⁷⁹.

Regra geral do artigo 757 do NCPC, os atos do curador estendem-se a toda a esfera jurídica do curatelado. Assim, se este tinha sobre si a responsabilidade por menores ou incapazes, ou por bens e direitos desses, será o curador quem irá responder e administrar também esses interesses.

No entanto, considerando as peculiaridades do caso concreto, a lei autoriza⁸⁰, em prol do melhor exercício da curatela, assim como para a plena preservação dos interesses dos menores ou incapazes sob custódia do interditando, que outra solução seja adotada, podendo, por exemplo, ser nomeado tutor para a tutela dos interesses dos menores ou outro curador no caso de incapazes.

A proposta e o interesse do legislador são dar a maior proteção possível aos interesses pessoais e patrimoniais desses sujeitos, dada a vulnerabilidade que os marca. Outra hipótese ainda de não ser o mesmo curador para o interdito e para pessoas sob a sua responsabilidade se dá diante de conflito de interesses entre esses sujeitos, razão a recomendar que cada um tenha um representante próprio.

A postura do legislador visa a preservar o restabelecimento do interditado, tanto que determina, no artigo 758, que o curador deverá garantir os meios para que, quando possível, possam restabelecer a plena autonomia do interditando.

De clareza solar, portanto, a importância da autonomia e independência de vida, que, na medida do possível, devem ser asseguradas a toda e qualquer pessoa. Assim, ainda que decretada a interdição da pessoa, total ou parcialmente, a finalidade da medida é de proteção e, se possível, que seja transitória, pois é interesse do Estado. E daí o comando ao curador para a promoção da dignidade da pessoa e o restabelecimento de sua autonomia pessoal e negocial, com o incentivo ao levantamento da interdição sempre que possível.

78. Artigo 755 NCPC

79. Artigo 755, §1º NCPC

80. Artigo 755, §2º NCPC

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, não se pode negar os avanços trazidos pela CDPD e pela LBI no tratamento e nas garantias dos direitos das pessoas com deficiência.

No entanto, com relação à capacidade civil dessas pessoas, há que se ter uma visão crítica das alterações ocorridas no Código Civil Brasileiro, em função da referida LBI.

Quando a CDPD afirma que a deficiência é um conceito em evolução⁸¹ condicionado pela interação com os fatores ambientais, coloca em xeque a sociedade e os profissionais da saúde para ampliar as bases de suas criações teóricas ao redor das questões relativas à funcionalidade, incapacidade e saúde.

Portanto, os direitos das pessoas com deficiência devem ser protegidos, mas a alteração do regime das incapacidades, embora muito bem-intencionada, pode ter impacto desastroso sobre a segurança jurídica no ordenamento pátrio. Esses institutos sempre existiram para proteção e não para punição do sujeito, e não será assim que as pessoas com deficiência terão a sua capacidade plena garantida.

Tais alterações geram insegurança e, eventualmente, podem causar prejuízo às pessoas com deficiência, tendo em vista que o afastamento das mesmas do regime das incapacidades, na forma das alterações inseridas pela Lei Brasileira de Inclusão, sem considerar as peculiaridades do caso concreto, não é uma garantia de proteção às pessoas com deficiência. Ou seja, o Código Civil, com a redação atual, não protege as pessoas com deficiência que não tenham capacidade para a prática dos atos da vida civil.

O grande desafio quanto à observância da CDPD se dá pela ruptura da visão estigmatizante, para a adoção de práticas de efetiva inclusão da pessoa com deficiência, semeando na sociedade a capacidade de conviver com a diversidade, sem se sentir ameaçada por ela.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO JUNIOR, Gediel Claudino de. **Prática no processo civil**: cabimento - ações diversas, competência, procedimentos, petições e modelos. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ASSIS, Olney Queiroz; POZZOLI, Lafayette. **Pessoa portadora de deficiência**: direitos e garantias. 2. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2005.

81. Artigo 1º

BARCELLOS, Ana Paula de; CAMPANTE, Renata Ramos. A acessibilidade como instrumento de promoção de direitos fundamentais. In: **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. Coord: FERRAZ, Carolina V.; LEITE, George Salomão; LEITE, Glauber Salomão; LEITE, Glauco Salomão. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > . Acesso em: 10 mar. 2016.

_____. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm > . Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. Decreto Legislativo nº 186, de 2008. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm > . Acesso em: 07 mar. 2016.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm > . Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm > . Acesso em: 29 mar. 2016.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm > . Acesso em: 12 mar. 2016.

_____. Presidência da República. Secretaria de Direitos Humanos. **Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**: protocolo facultativo à convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência: Decreto Legislativo nº

- 186, de 09 de julho de 2008: Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. 4 ed. rev. e atual. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos, 2010.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. v. 1. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DONIZETTI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERRAZ, Carolina Valença. **Manual dos direitos da pessoa com deficiência**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NEME, Eliana Franco. Dignidade, igualdade e vagas reservadas. In: ARAUJO, Luiz Alberto David. **Defesa dos direitos das pessoas portadoras de deficiência**. São Paulo: RT, 2005.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- _____. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Tomo I. São Paulo: RT, 2012.
- RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva. (Coord.). **A convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência**: versão comentada. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2008.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico conciso**. 2. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- THEODORO JR., Humberto. **Curso de direito processual civil**: procedimentos especiais. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- WALZER, Michel. **Esferas da justiça**: uma defesa do pluralismo e da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

DIREITOS FUNDAMENTAIS DAS PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: O QUE É VIVER NA RUA? COMO ESTÃO ESSAS PESSOAS? UMA DAS MAIORES MARCAS DA SOCIEDADE BRASILEIRA É A DESIGUALDADE SOCIAL.

Caíque Machado Camilo

1 Introdução:

A população em situação de rua vive em extrema exclusão social. É invisível aos olhos do cidadão comum e muitas vezes esquecidos ou ignorados pelos olhos de profissionais.

Para o morador de rua é tudo mais difícil: emprego, acesso à saúde, relacionamento interpessoal. Eles necessitam de ajuda. Muitas vezes quando é dada a esmola pelo cidadão comum, a entrega da esmola é feita por medo e/ou desconforto e acabam não se colocando no lugar do outro.

É necessário abordagem multidisciplinar, interdisciplinar e coletiva (poder público e sociedade) para solucionar esse grave problema social: pessoas em situação de rua.

O Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009, institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências:

Art. 5º São princípios da Política Nacional para a População em Situação de Rua, além da igualdade e equidade:

- I - respeito à dignidade da pessoa humana;
- II - direito à convivência familiar e comunitária;
- III - valorização e respeito à vida e à cidadania;
- IV - atendimento humanizado e universalizado; e
- V - respeito às condições sociais e diferenças de origem, raça, idade, nacionalidade, gênero, orientação sexual e religiosa, com atenção especial às pessoas com deficiência.

Art. 6º São diretrizes da Política Nacional para a População em Situação de Rua:

I - promoção dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais;

II - responsabilidade do poder público pela sua elaboração e financiamento;

III - articulação das políticas públicas federais, estaduais, municipais e do Distrito Federal;

IV - integração das políticas públicas em cada nível de governo;

V - integração dos esforços do poder público e da sociedade civil para sua execução;

VI - participação da sociedade civil, por meio de entidades, fóruns e organizações da população em situação de rua, na elaboração, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas;

VII - incentivo e apoio à organização da população em situação de rua e à sua participação nas diversas instâncias de formulação, controle social, monitoramento e avaliação das políticas públicas;

VIII - respeito às singularidades de cada território e ao aproveitamento das potencialidades e recursos locais e regionais na elaboração, desenvolvimento, acompanhamento e monitoramento das políticas públicas;

IX - implantação e ampliação das ações educativas destinadas à superação do preconceito, e de capacitação dos servidores públicos para melhoria da qualidade e respeito no atendimento deste grupo populacional; e

X - democratização do acesso e fruição dos espaços e serviços públicos.

As Pessoas em situação de rua e Políticas públicas

Segundo Pellegrini (2014, p.17-18) país real é muito diferente do país legal, onde falham em implementar estruturas de políticas públicas para fruição de Direitos Fundamentais.

De acordo com a escritora, existe uma Coordenação Geral de Direitos Humanos e Segurança Pública onde se tem uma visão geral sobre a efetivação das políticas públicas. O meio para enfrentar o problema, é um conjunto de ações integradas com os municípios, Estados, União e a população. A União e os Estados têm que oferecer recursos tais como saúde, segurança, lazer, para o ser

humano enquanto descansa. A população fazer campanhas contra o suicídio, contra o aborto, drogas, contra fugir de casa, relacionamento saudável, além de doações. Tudo isso para alcançar os direitos prestacionais previsto no artigo 6º da Constituição Federal, de modo a alcançar os Direitos fundamentais previstos no artigo 3º da Carta Magna:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

[...]

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

Segundo Rodrigues (2014, p. 21), a criminalidade, achatamento salarial, transporte urbano precário e caro, falta de profissionalização, ausência de moradia e custo de vida altíssimo contribuíram para uma desestabilização familiar que levou o autor a ter que morar nas ruas mais tarde.

A Política Nacional para a População em Situação de Rua, conceitua:

População em situação de Rua como o grupo populacional heterogêneo que possuem em comum a pobreza extrema, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular, e que utiliza os logradouros públicos e as áreas degradadas com espaço de moradia e de sustento, de forma temporária ou permanente, bem como as unidades de acolhimento para pernoite temporário ou como moradia provisória.

De acordo com Samuel Rodrigues:

O Estado que outrora ignorou a existência dessas pessoas, hoje nega seus direitos. Não só nega como também viola tais direitos, principalmente por meio de agentes de segurança pública que se coloca a serviço da União, Estados e Municípios. As pessoas em situação de rua são vistas como dependentes químicos e pouco capazes de reverter esse quadro. (RODRIGUES, 2014, p. 23)

Para Gustin (2014, p. 31), da urgência em satisfação de necessidades humanas para corrigir injustiças, surgiram os Direitos Fundamentais. A autora alega que as necessidades têm quatro suposições:

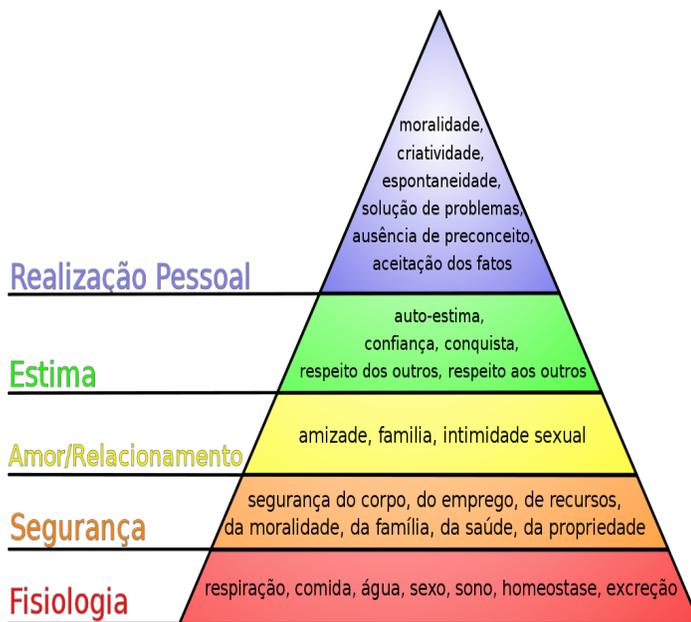
Indivíduos precisam sobreviver: A sobrevivência é mais fundamental e importante de todas as necessidades.

Os indivíduos dependem de integração societária: as pessoas precisam se relacionar, participar de uma alocação social de bens e serviços justa e digna. Ninguém faz nada sozinho. O ser Humano dá um passo sozinho. Ele precisa de algum. Todo mundo precisa de alguém.

As pessoas necessitam de uma identidade: As pessoas são diferentes, precisam fazer o que gostam, ser o que desejam ser, conhecer-se a si mesma, garantindo assim o pluralismo de ideias e a eficácia dos direitos fundamentais.

d) **A sociedade humana demanda a maximização das competências coletivas e individuais da atividade criativa:** é necessário que as pessoas se unam e maximizem sua força, superem as desigualdades e limitações naturais e culturais. (GUSTIN, 2014, p. 32)

Baseado em Maslow (2011 apud KOERICH, p.20), conforme abaixo, todas ou quase todas as necessidades são negadas às pessoas em situação de rua.



Fonte: http://www.guiadastartup.com.br/wp-content/uploads/2012/04/Hierarquia_das_necessidades_de_Maslow.png.

Acesso em 09.10.2016

Conforme Maslow (2011 apud KOERICH, p.20):

Se todas as necessidades estão insatisfeitas e o organismo é dominado pelas necessidades fisiológicas, quaisquer outras poderão tornar-se inexistentes ou latentes. Podemos então caracterizar o organismo como simplesmente faminto, pois a consciência fica quase inteiramente dominada pela fome. Todas as capacidades do organismo servirão para satisfazer a fome [...]. (MASLOW, 1975, p.342).

Segundo Gustin (2014, p. 33) autores mais recentes tendem a conceituar necessidades a partir da noção de dano, relacionando a ideia, quer como frustração, quer como indicador negativo de desenvolvimento.

[...] necessidade é uma situação ou estado de caráter não intencional e inevitável que se constituiu como privação daquilo que é básico e imprescindível coloca a pessoa – individual ou

coletiva em relação direta com a noção de dano, privação ou sofrimento grave, um estado de degeneração da qualidade de vida Humana e de bem-estar a qual se mantém até ser obtida uma satisfação que atue em direção reversa. (GUSTIN, 2004, p. 33)

Novamente, Gustin (2014, p. 41) entende que é necessidade o grau de compreensão da pessoa sobre si mesma, sobre sua cultura e sobre as relações com as demais pessoas afetando diretamente sua autonomia. Em outras palavras é a consciência do Eu, e a capacidade de gerir e administrar emoções e pensamentos que elevará a qualidade de vida.

Conforme a autora, é entendimento que, “a condição de autonomia como necessidade básica do ser humano surge a partir de matriz social e deriva de autorreflexão crítica: alguém para ser autônomo deve saber que o é e ser capaz de justificá-lo racionalmente”.

A pessoa tem que ter suas habilidades de vida e sociais preservadas. São habilidades de vida as cognitivas e as emocionais. As cognitivas são: a memória, a capacidade de aprender, discernimento; emocionais, como o indivíduo reage a diversos estímulos: raiva, tristeza, amor, ódio, perdão); e sociais são: o conjunto, o repertório de habilidades e competências de interagir com o outro e outros grupos.

Novamente Gustin (2014, p.41) descreve que as categorias sobre autonomia são: autonomia de ação e autonomia crítica.

Autonomia de ação: é a pessoa ser livre para agir como quer, livre arbítrio.

Autonomia crítica: É a pessoa ter consciência de si mesmo, consciência da cultura de sua sociedade, de seus direitos, poder aprender, de poder ser ouvido e poder escutar.

É necessário ter uma economia justa e solidária de modo a ajudar, desenvolver, toda potencialidade humana, de todas as camadas sociais, dando oportunidade dignas para todos. (GUSTIN, 2014, p. 38)

Viver na rua não é tarefa fácil, como afirma Melo (2014, p. 51); a violência contra população de rua ocorre desde a violência simbólica: aquela que nega, aquela que tem olhar feio contra a pessoa, preconceito, até a mais drásticas de todas as violências: o homicídio.

Segundo Melo (2014, p. 51-52) são indivíduos cujo acesso aos mais básicos direitos, como moradia, saúde, educação, trabalho e renda, lhes é negado.

Nas lições de Wanderley (2014, p. 65) e Silva (2016, p. 65), considera-se “população em situação de rua” as pessoas que, não tendo moradia e, geralmente, não

tendo emprego formal, vivem em condições precárias e sujeitas, diariamente, aos riscos de fome, da miséria, das doenças, além da violência urbana e do preconceito.

É preciso mudar a imagem que têm as pessoas da população de rua, de “agressor”, para “vítima” de uma situação social.

A professora Costa (2008), em sua tese de doutorado, conceitua 4(quatro) modos de habitar:

Casa: Induz o significado de presença de família. Pai, Irmão, Mãe. Lar. Aconchego.

Escola: Principalmente no caso de adolescentes em situação de rua. Habitar na escola é fazer relações sociais. É apreender.

Na Rua: Este é o pior de todos. Viver em logradouros públicos e locais abandonados.

Abrigo: viver com desconfiança das outras pessoas, mas com ajuda psicológica e equipe multidisciplinar.

Mulheres em situação de rua

De acordo com (Costa, 2015):

Essa população apresenta duas principais atividades diárias: a busca por meios de sobrevivência e por trabalhos temporários, como “bicos” na construção civil, recolhimento de materiais recicláveis para a venda, guardador de carro ou no setor de limpeza (GHIRARDI et al., 2005).

O trabalho, a igreja, a escola são fontes de relacionamento saudável, mas é muito difícil para alguém em situação de exclusão e discriminação praticar essas atividades.

Sexo em situação de rua

Nas lições de Costa (2015):

Nos dizeres das pessoas em situação de rua sexo é bom. A mulher sonha com um príncipe que irá tirá-la das ruas e mudar de vida e os homens em situação de rua, dizem que querem casar, mas que as mulheres em situação de rua não servem para casar.

Em um teste realizado com grávidas foi constatado que as que não fazem acompanhamento médico, todas, são usuárias de drogas.

Outro tipo de pessoas em situação de rua

Os imigrantes:

São aqueles que por causa de guerra ou pós guerra e/ou situação do País de extrema pobreza nesses termos podemos citar o caso da Síria, Afeganistão, Iraque, Eritreia.

Muitos países europeus estão sofrendo além da crise econômica a crise migratória. Milhares de pessoas buscam se aventuram a sair de seu lar para buscar melhores condições de vida em outros países como a Grécia com mais de 600 mil migrantes.

No Brasil não é diferente, desde chineses a Haitianos.

Haitianos entram no País legalmente e ilegalmente. Buscam trabalho e não acham. Será que vale a pena a empresa contratar um haitiano sem carteira assinada, uma vez que não têm visto, não têm como ter a carteira. Isso fere nossa Constituição? Seria isso trabalho escravo? Pois isso vem acontecendo, haitianos com 5 (cinco) formações universitárias e falantes de 5 línguas são contratados a salários baixíssimos. (REPORTER BRASIL, 2014)

Ocorre que os direitos trabalhistas são indisponíveis, mesmo contratando ilegalmente, uma vez acionado a justiça do trabalho, as verbas trabalhistas são devidas.

O refúgio é um direito garantido na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e ratificado no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei nº 9.474/97:

- Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:
- I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;
 - II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;
 - III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

O Brasil já abriga hoje mais de 7.000 (sete mil) refugiados. Até 2014 são 8.302 solicitações de refúgio no Brasil e 7.289 refugiados reconhecidos no Brasil (ONU, 2014),

Os Apátridas

Conforme Cera (2009):

Concernente ao tema direitos de nacionalidade, um apátrida, heimatlo ou sem pátria é o indivíduo destituído de qualquer nacionalidade, ou seja, é uma pessoa não titular de nacionalidade e, por isso, não é considerada nacional de qualquer Estado.

Andarilhos de estrada:

Segundo Nascimento e Justo (2014), andarilhos de estrada são:

Os andarilhos de estrada são indivíduos que percorrem longas distâncias a pé pelas rodovias do país com um saco às costas onde carregam todos os seus pertences e em situações de extrema dificuldade recorrem às instituições assistenciais na busca de auxílio. Esta pesquisa teve como objetivo verificar como os trabalhadores assistenciais compreendem o modo de vida dos andarilhos pelas rodovias do país. A pesquisa foi realizada em quatro instituições assistenciais no Estado de São Paulo, sendo duas públicas e duas filantrópicas. Os relatos foram analisados pela técnica de análise de conteúdo. Os resultados indicaram que a compreensão desses trabalhadores em relação aos andarilhos está associada à vagabundagem, doença mental e desestrutura familiar. Esses dados mostram a necessidade de uma ampliação do debate em torno das políticas assistenciais e seus impactos diretos na errância dos andarilhos de estrada.

A Fome

As pessoas em situação de rua vivem com fome, disfarçando tal medida com uso de *crack* e outras drogas. É de chocar a proporção de pessoas que vivem abaixo de um dólar por dia conforme quadro a seguir.

Existem algumas teorias que demonstram o porquê do indivíduo ir para rua.

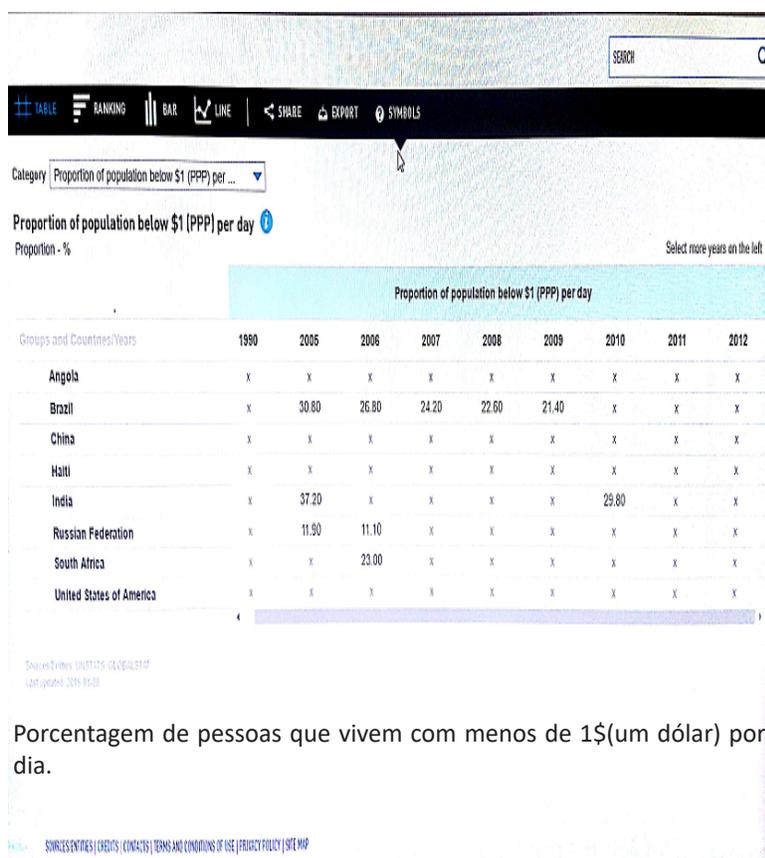
Teoria da anomia

Segundo Merton, é a quebra do vínculo entre sociedade e indivíduo, o que gera conduta desviante (crime, agressão); se encaixa perfeitamente no perfil do morador de rua. (LIMA, 1994).

Teoria da Estrutura social

O ser humano nasceu para viver em sociedade, o rompimento desse laço pode diminuir o desempenho e causar prejuízos incalculáveis.

Há também uma teoria de redução de criminalidade, podendo ser aplicado aos moradores de rua que tenham praticado algum delito.



Porcentagem de pessoas que vivem com menos de 1\$(um dólar) por dia.

Fonte: <http://www.globalstat.eu/en/homepage.aspx>

Teoria do *Broken Windows* (ou teoria das janelas quebradas)

Foi uma teoria adotada pelos Estados Unidos, na década de 90, também chamada de criminalidade zero, a qual consiste em prender, corrigir, qualquer delito, por menor que seja, como jogar uma pedra na janela do metrô (que deu origem ao nome *Broken windows*), roubar uma balinha, todo mundo é preso. A criminalidade reduziu drasticamente. Talvez pudesse ser aplicada, associada com pessoal de apoio (saúde) aos moradores de rua.

A reconstrução do ser Humano

Todo ser humano por pior que ele seja, ou pior que ele esteja, tem direito a uma nova chance. Um renascimento. Todos têm o direito de ser feliz. Muitos não têm oportunidade. É difícil! Porque a vida é dura! Muitas vezes é difícil a felicidade do ser humano, quando já ultrapassou barreiras inalcançáveis, se autodestruuiu. É difícil, porém, tem tratamento, basta ter objetivos, foco e muita força. O dito popular reforça o que afirma Gustin (2014, p.41):

“Um soldado sangra. Mesmo quando sujo de sangue continua lutando, por que? Porque ele tem um objetivo. Ele sangra e sangra até morrer, mas não para de lutar, por quê? Porque ele tem um objetivo, ele perde braço, perna, mas continua a lutar, por quê? Porque ele tem um objetivo” (Autoria desconhecida).”

O homem é uma pedra bruta que precisa ser lapidada e formar uma linda escultura. O ser Humano em situação de rua, embora esteja em situações muito ruins, no fundo, no fundo, tem um coração, tem algo de bom.

Nunca esqueça quem você é!

O pior pecado que podemos cometer na vida é esquecer quem somos. Existem pessoas que têm o dom de nos fazer esquecer quem somos, mas existem outras que têm o dom de nos devolver e de nos fazer lembrar quem somos. Este foi o grande poder do olhar de Jesus, o olhar de Jesus fazia aquela pessoa recordar-se que ela era filha do céu! Um diamante mesmo quando sujo continua sendo diamante, mesmo quando ele está com a aparência de barro e de cascalho, lá dentro a dignidade está preservada: é diamante! E sua vida é isso, pode ser que em al-

gum momento da sua história você tenha se sentido cascalho, só sentido, porque você não é, você é um diamante precioso”. (MELO, 2013).

Treinamento em Habilidades sociais, de vida e educacionais.

De acordo com Del Prette e Del Prette (2006, p. 1) existem certos conceitos chaves em habilidades sociais. Para esses autores, **desempenho social** (grifo meu) refere-se à emissão de um comportamento ou sequência de comportamentos em uma situação social qualquer. Já o termo **Habilidades sociais** (grifo meu) aplica-se a noção de existência de diferentes classes de comportamentos sociais no repertorio dos indivíduos para lidar com demandas em situações interpessoais. A **competência social** (grifo meu) tem sentido a avaliativo que remete os efeitos do desempenho das habilidades nas situações vividas pelo individuo.

A pessoa em situação de rua geralmente encontra-se com extremos déficits de Habilidades sociais (HS) e Habilidades educacionais (HSE), que as impedem de conviver com outras pessoas fora do ciclo negativo.

Habilidades sociais (HS) é o repertório de Habilidades que a pessoa tem e Habilidades sociais educativas ou educacionais(HSE) é aquela que Pais, professores tem para instruir uma pessoa.

O desempenho do morador de rua é menor, pois fica sob condições de risco e preocupação constante. Muitos não têm habilidade social. Nem de falar! Não possuem comunicação, falam com dificuldade, sem competência para se relacionar, fazer amigos fora do ciclo negativo. A competência social é negativa, pois, vivem em um submundo (um mundinho), onde é um círculo de negatividade, sem aumento de percepção sobre o mundo.

É necessário treinar as Habilidades sociais. De acordo com Murta (2005, p. 284), são duas etapas, **avaliação e intervenção**. Na avaliação são levantadas as situações deficitárias, através de entrevistas, questionários, Inventários de Habilidades sociais. Quanto à prevenção, existem 3(três) tipos de prevenção: primária, secundária e terciária.

Na primária, busca intervir a fim de que não venha a acontecer o dano psicológico. É o caso de crianças ou pessoas que têm a influência de ir viver na rua, mas ainda não o fizeram.

Na secundária, o dano já ocorreu, no caso, já é morador de rua, propenso a usar drogas, tenta-se aqui a reabilitação diminuindo a evolução do problema.

Na prevenção terciária, o indivíduo já está totalmente inserido na rua, nas drogas, muitas vezes acaba desenvolvendo transtornos mentais.

Os escritores Del Prette e Del Prette (2006) elencam classes de habilidades sociais; entre as principais:

Habilidades de comunicação: fazer e responder perguntas, dar e pedir *feedback*, elogiar, iniciar, manter e encerrar conversação;

habilidades de civilidade: dizer por favor, agradecer, apresentar-se, cumprimentar;

habilidades assertivas de enfrentamento ou defesa de direitos e de cidadania (expressar opinião, discordar, fazer e reusar pedidos, interagir com as autoridades, lidar com críticas, expressar desagrado, lidar com raiva do outro, pedir mudança de comportamento e etc);

habilidades empáticas e de expressão de sentimento positivo[analisar sentimentos, se colocar no lugar do outro, se sentir feliz, emocionalmente equilibrado];

habilidades sociais profissionais ou de trabalho(coordenação de grupo e falar em público;

Habilidades sociais educativas de pais professores e envolvidos.

Esses comportamentos podem ser assertivos, passivos e/ou agressivos; por exemplo: na fila do supermercado passa um produto com um preço muito acima do que estava na prateleira, o agressivo grita, fica nervoso, o passivo deixa passar e o assertivo, pede com educação para conferir o preço do produto por que na prateleira estava mais barato. Existem exceções em que não se usa tão somente o comportamento assertivo, há momentos que você tem que ser passivo e/ou agressivo.

Considerações Finais:

O ser humano em situação de rua precisa de ajuda inter/multidisciplinar; apresenta normalmente déficits do repertório de habilidades sociais e pensamentos desregulados, mal instruídos. Eles roubam para matar a fome, por isso é um problema social. Principalmente nas terras brasileiras onde há pedintes em todo sinaleiro e a insegurança toma conta. A Teoria das Habilidades Sociais é uma boa saída. Tive algumas experiências pessoais em situação de rua. 1) Fui

assaltado. 2) Muitos usam drogas e pedem esmola. 3) A mãe moradora de rua é mais propensa a receber tanto ajuda financeira(esmola) quanto, ajuda médica.

A pessoa em situação de rua passa por um momento quase inimaginável, pobreza extrema em pleno século XXI, fome, frio, sede, dor. É necessário que sejam colocadas em prática as medidas previstas em legislação, e sejam criadas oportunidades para diminuir a quantidade de pessoas na rua através do pleno emprego, e, em especial, seja disponibilizada a atenção à saúde.

E, ainda, entende-se que o treinamento em Habilidades sociais e Habilidades Sociais Educativas ajudam a quebrar o déficit deixado pela situação de exclusão, tornando a pessoa mais humana, mas relacionável.

Referências:

BRASIL. Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersectorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências.

BUSS, Paulo Marchiori. Globalização, pobreza e saúde. **Ciênc. saúde coletiva**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 6, p. 1575-1589, Dec. 2007. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232007000600019&lng=en&nrm=iso>. access on 09 Oct. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232007000600019>.

CERA, Denise Cristina Mantovani. O que se entende por apátrida? Publicado em 2 de outubro de 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1935617/o-que-se-entende-por-apatrida-denise-cristina-mantovani-cera>>. Acesso em 24 abr. 2016.

COSTA, Virginia Elizabeth Suassuana Martins. Compreendendo o tempo vivido por adolescentes do gênero feminino com experiência de viver na rua e em abrigos. 2008. 187 f. Tese (Doutorado em Ciências da Saúde) – Universidade Federal de Goiás, 2008.

COSTA, Samira Lima de. et al. Gestantes em situação de rua no município de Santos, SP: reflexões e desafios para as políticas públicas. 2015.

DEL PRETTE, A., DEL PRETTE, Z. A. P. (2006). Habilidades sociais: conceitos e campo teórico. Texto online. Disponibilizado em www.rihs.ufscar.br em dezembro de 2006.

DEL PRETTE, Z. A. P. & DEL PRETTE, A. Psicologia das Habilidades Sociais: Terapia e educação. Petrópolis: Vozes, 1999.

DÚSRO, Luiz Flávio Filizzola. “A questão dos refugiados e do visto humanitário” publicado em 05.06.2014; em [http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202131,51045-A + questao + dos + re fugiados + e + do + visto + humanitario](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI202131,51045-A+questao+dos+refugiados+e+do+visto+humanitario) > último acesso em 09.10.2016

GUSTIN, Miracy. **Necessidades Humanas, autonomia e o direito a inclusão em uma sociedade que se realiza na interculturalidade e no reconhecimento do bem-estar**. IN: PELLEGRINI, Ada; ASSAGRA, Gregório; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de; LEMACO, Rodrigo (Orgs). Direitos Fundamentais em Pessoas em Situação de Rua. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014.

KOERICH, Thaise. Análise descritiva do processo de pós-venda da indústria de telecomunicações brasileira - intelbras s/a.2011 Defesa de Trabalho de conclusão de Curso de Administração Empresarial do Centro Universitário Municipal de São José – USJ.2011.

LIMA, Nísia Trindade. **Valores sociais e atividade científica: Um retorno à agenda de Robert Merton**. In.: PORTOCARRERO, Vera (Org.). Filosofia, História e Sociologia das Ciências. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994. 268 p. p. 151-173.

MELO, Cíntia de Freitas. **População de Rua: entre a exclusão e a justiça social**. In: PELLEGRINI, Ada; ASSAGRA, Gregório; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de; LEMACO, Rodrigo (Orgs). Direitos Fundamentais em Pessoas em Situação de Rua. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2014.

MELO, Fabio de, Pe. **Nunca esqueça quem você é!** 24 de novembro de 2013. Disponível em: <http://momentodopefabio.tumblr.com/post/67948933541/nunca-esque%C3%A7a-quem-voc%C3%AA-%C3%A9-o-pior-pecado-que>.

MURTA, Sheila Giardini. **Aplicações do Treinamento em Habilidades Sociais:** Análise da Produção Nacional. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 2005, 18(2), pp.283-291. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/prc/v18n2/27480.pdf>.

PELLEGRINI, Ada; ASSAGRA, Gregório; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de; LEMACO, Rodrigo (Orgs). **Direitos Fundamentais em Pessoas em Situação de Rua.** Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2014.

NASCIMENTO, Eurípedes Costa, JUSTO, José Sterza. *Andarilhos de Estrada segundo os relatos de trabalhadores existenciais.* Universidade Estadual Paulista. 2014. Assis/SP Brasil.

ONU; UNHCR-ACNUR. **Refúgio no Brasil – Uma Análise estatística.** Janeiro de 2010 a outubro de 2014. Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Refugio_no_Brasil_2010_2014.pdf. Acesso em 10.09.2016.

REPORTER BRASIL. (com apoio da *Catholic Relief Services (CRS)*). **Imigrantes.** Publicado em 15.12.2014. Disponível em: <http://imigrantes.webflow.io/>. Acesso em 10.09.2016.

RODRIGUES, Samuel. A Voz da Rua IN: PELLEGRINI, Ada; ASSAGRA, Gregório; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de; LEMACO, Rodrigo (Orgs). **Direitos Fundamentais em Pessoas em Situação de Rua.** Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2014.

SANTOS, Boa ventura de Sousa. Poderá o direito ser emancipatório? *Revista Crítica de Ciências Sociais*, 2003.

SAWAYA, Ana Lydia et al . Os dois Brasis: quem são, onde estão e como vivem os pobres brasileiros. **Estud. av.**, São Paulo , v. 17, n. 48, p. 21-44, Aug. 2003 . Available from < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142003000200003&lng=en&nrm=iso > . access on 09 Oct. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40142003000200003>.

STORNER, James A.F. . Administração – /Rio de Janeiro: Editora Prentice-Hall do Brasil Ltda, 1982 – 5º edição.

WANDERLEY, Bruno Junior e SILVA, Carla Riberiro Volpini. **As pessoas em situação de rua e o sistema interamericano de Direitos Humanos: Importante instrumento em prol da dignidade humana.** In: PELLEGRINI, Ada; ASSAGRA, Gregório; GUSTIN, Miracy; LIMA, Paulo César Vicente de; LEMACO, Rodrigo (Orgs). Direitos Fundamentais em Pessoas em Situação de Rua. Belo Horizonte: Editora D'Placido, 2014.

REFLEXÕES SOBRE O MULTICULTURALISMO E AS MULHERES MUÇULMANAS

Natália de Souza e Mello Araújo⁸²

INTRODUÇÃO

O tema sobre a universalidade dos direitos humanos vem sendo protagonista de debates em diversos lugares do mundo. E assim deve sê-lo, principalmente, para que não nos deparemos com um relativismo moral que impeça a garantia de direitos fundamentais aos imigrantes que vêm para países ocidentais.

No islamismo muitas mulheres muçulmanas são criadas e socializadas para conviver, aceitar e, principalmente, acreditar na justiça e na essencialidade de sua própria opressão. Desta forma, o objetivo é refletir se os requisitos de liberdade destas mulheres estão presentes e se podem ser satisfeitos, uma vez que desde que nascem, tudo à sua volta lhes faz crer que é natural, justa e até mesmo divina a sua opressão.

O fenômeno do multiculturalismo é moralmente aceitável, incentivado e influente em razão da necessidade de coexistência pacífica e harmoniosa de diversas minorias e no princípio de integração dos diferentes povos e da necessidade de preservação de suas identidades étnicas e culturais.

O problema dessa visão multicultural, na opinião de alguns, é que ela não considera (ou até mesmo nega) que alguns padrões culturais e religiosos possam prejudicar a integração dos povos, além de contrariar valores que são essenciais em nossa cultura e em nossa sociedade, negando direitos e a possibilidade de emancipação de indivíduos, especialmente das muçulmanas.

A ativista na luta pelo direito das imigrantes muçulmanas Ayaan Irsi Ali, em seu livro “A virgem na jaula” afirma que:

Ao não classificar fenômenos culturais como “melhores” ou “piores”, mas apenas como neutros ou discrepantes, os multiculturalistas acabam encorajando a segregação e, contra a sua

82. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ e mestranda em Direito Público e Evolução Social pela Universidade Estácio de Sá - UNESA. Email: nsmelloar@gmail.com

vontade, perpetuam, por exemplo, a situação insatisfatória da mulher muçulmana. (ALI, 2008, p.90).

Esta mesma autora narra que na Europa são construídas escolas privadas com subsídios estatais para que os muçulmanos tenham suas próprias instituições educacionais, onde vigora a segregação de gênero e nas quais, nos internatos femininos, as mulheres são doutrinadas unicamente a esperar um futuro como mães e donas-de-casa, “de acordo com as práticas islâmicas mais conservadoras” (ALI, 2008, p.90).

Por outro lado, Charles Taylor, ao tratar das exigências para que se vislumbre uma política democrática liberal, comprometida com os ideais de igualdade e liberdade, afirma que a criação de ambientes de inclusão, que respeitem todos os povos na sua diversidade cultural, é uma delas: “(...) a exigência adicional que examinamos aqui é que todos reconheçam o igual valor de diferentes culturas; que não apenas as deixemos sobreviver, mas reconheçamos seu valor” (TAYLOR, 2000, p.268), diz o autor.

O desafio é, portanto, encontrar um equilíbrio entre reconhecer, respeitar e dar legitimidade a todas as culturas e não abandonar o ideal de que a liberdade, a igualdade e o bem-estar dos indivíduos não são disponíveis e não são relativos, de forma que este deve ser o limite do multiculturalismo.

1. RELATIVIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

Santos (2014) faz uma classificação dos fenômenos jurídicos e sociais, dividindo-os entre universais e fundacionais. Segundo ele, universal é aquilo que tem validade em todos os contextos, em todos os tempos e lugares. O que é universal tem sua representação em razão de sua extensividade. Por outro lado, diz-se fundacional aquilo que é representativo devido à sua exclusividade e sua intensidade. O fundacional, ao contrário do universal, representa uma identidade específica, que tem lugar, história e memórias (SANTOS, 2014, p.57).

O autor cita a Escola de Frankfurt de Adorno e Horkheimer, ao afirmar que quando se fala em “universalismo europeu” não se está atentando ao fato de que “*se o universalismo é europeu não é universal e se é universal pode surgir na Europa ou em qualquer outra região do mundo*”(SANTOS, 2014, p.57).

Feita esta classificação, Santos (2014) explica que o que se entende hoje como universal é, na realidade, o fundacional eurocêntrico, ocidental. Isto é, ao se definir algum fenômeno como universal está-se a extrair um fenômeno que, embora

tenha grande representatividade em razão de sua intensidade, não pode ser considerado válido em todos os tempos e lugares, mas sim na Europa, no Ocidente.

Prossigue este raciocínio informando que a razão pela qual os princípios fundacionais e particulares de outras culturas não se apresentam como universais é que passaram pelo mesmo processo histórico que permitiu ao fundacional eurocêntrico universalizar-se e narra que:

O nosso tempo talvez represente um momento de transição para outro regime do universal/fundacional que não está ainda definido. Por agora, são visíveis dois movimentos epocais. Por um lado, a contestação crescente do universalismo eurocêntrico e sua reconversão num particularismo fundacional. Não é um regresso ao passado; é acima de tudo uma revisão do passado em função da ideia, cada vez mais credível, que o mundo do futuro será menos eurocêntrico que o mundo dos últimos quinhentos anos. Por outro lado, é a emergência de concepções alternativas de valores últimos, válidos em outros contextos culturais (SANTOS, 2014, p.57).

A questão que se coloca é se podemos utilizar os valores e princípios ocidentais para legitimar ou não atos e costumes praticados por muçulmanos? Nossos valores são mesmo universais? Deve-se garantir liberdade religiosa (valor ocidental) aos muçulmanos, de forma que se garantam e protejam seus hábitos e atos?

Quando se fala em relativismo moral refere-se ao fato de que os conteúdos morais mudam constantemente conforme as épocas, aos grupos e as diferentes culturas. Desta forma, para que se defina o que é certo ou errado, o que é bom e o que é ruim, deve-se situar dentro de determinado grupo. Ademais, ao se alcançar respostas neste determinado grupo, deve-se ter consciência de que aquela resposta não necessariamente será válida para outros grupos.

Isso ocorre porque cada grupo, cada comunidade, tem seus costumes e tradições próprias e, muitas vezes, não há entre os grupos um denominador comum, de forma que as opções morais entre diversos grupos são também distintas.

Pode-se, portanto, falar em uma forma de “relativismo cultural”, de forma que, como anteriormente exposto, a escolha dos parâmetros e critérios morais dependem dos diferentes grupos e diferentes culturas. Adela Cortina afirma que o relativismo cultural está presente também em outras duas posições: a primeira é o chamado “contextualismo”, segundo o qual uma mesma ação será julgada de

forma distinta a depender do contexto em que foi praticada. A segunda é o “etnocentrismo”, por meio do qual uma opção só poderá ser considerada boa ou ruim a depender de quem é o seu interlocutor. Esta autora afirma que “*Para o etnocêntrico, só podemos justificar uma decisão em face daqueles que já compartilham nossa forma de vida, pois só eles poderiam entender-nos*” (CORTINA, 1996, p.97).

Cortina (1996) segue afirmando que o relativismo conduz, algumas vezes, ao ceticismo, movimento iniciado pelo filósofo Pirron no século III a. C. Explica que, de acordo com este movimento, uma vez que não se pode estabelecer qualquer critério para que se opte entre uma opção ou outra, todas as opções devem ter o mesmo valor, isto é, nenhuma pode ser considerada melhor do que a outra e, por esta razão, seria impossível definir o que é justo ou injusto, bom ou ruim (CORTINA, 1996).

Não obstante a questão do ceticismo, Cortina (1996) afirma que:

A nós, europeus, sufocados e envergonhados por nosso inveterado etnocentrismo, parece mal-educado, autoritário e dogmático dizer que as diferentes opiniões não são igualmente respeitáveis; por isso afirmamos que qualquer cultura é tão racional quanto a nossa, e talvez até mais. Mas, na realidade, consideramos irracional que uma cultura condene à morte um cidadão por causa de um livro que escreveu, por mais blasfemo que seja o livro; indignamo-nos com o tratamento que essa mesma cultura dá as mulheres; desaprovamos o sistema de castas; afirmamos inclusive que os fundamentalistas do FIS (Frente Islâmica da Salvação) “ainda” estão na Idade Média e “ainda” não chegaram à Modernidade, como se todos tivessem de seguir o nosso próprio processo cultural (CORTINA, 1996, p.99).

Segundo ela, embora se afirme que todas as culturas têm suas concepções morais de justiça e que todas elas são igualmente válidas, no fundo ninguém parece realmente acreditar no relativismo. Isso porque, explica a autora, as pessoas que vivem em uma sociedade em que há consensos mínimos, como não tirar a vida, ou não causar lesões a terceiros, ou garantir a liberdade e os mínimos materiais e culturais para que se assegure uma vida digna e decente, pensam que tais consensos deveriam ser aplicados não apenas à sua, mas a todas as sociedades. “*Quer o diga ou não, considera que uma cultura indiferente à observância desses mínimos está abaixo dos níveis de racionalidade ou, o que vem a dar no mesmo, de moralidade*” (CORTINA, 1996, p.99), afirma a autora.

2. DIREITOS DA PERSONALIDADE

Foi Immanuel Kant quem, pela primeira vez, reconheceu que todo ser humano possui em si mesmo um valor absoluto. Precisamente, foi em 1785, em seus Fundamentos da Metafísica dos Costumes, que ele afirmou que toda pessoa é um ser absolutamente valioso e que, por esta razão, deve ser sempre tratada como um fim, e não como um meio para que se alcance outra finalidade.

Com fundamento no pensamento Kantiano é que se pode falar em dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, nos direitos de personalidade, que visam tutelar a pessoa humana em todos os seus aspectos (BORGES, 2007, p. 12).

Segundo Borges (2007), a personalidade vem sendo entendida não mais como mero atributo jurídico, mas sim como valor jurídico ou como princípio do ordenamento jurídico. Trata, ainda, a personalidade jurídica, no sentido dos direitos de personalidade, como um conjunto de atributos inerentes à condição humana.

O objetivo é, agora, analisar a questão de três direitos fundamentais, que tutelam a pessoa humana e a sua personalidade, e verificar se tais direitos podem ser universalizados, isto é, se seus conceitos são válidos em uma cultura diferente.

2.1. DIREITO À VIDA

Szaniawski (2005) defende que deixar alguém viver não significa garantir a esta pessoa o direito à vida. Isto significa que o direito à vida não é suficiente por si só, mas deve ser associado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Desta forma, só se estará garantindo o direito à vida quando se garante que esta vida seja vivida com dignidade. Isto é o que o autor chama de direito à qualidade de vida.

Neste sentido, cabe-nos realizar uma análise para verificar se o direito à vida (a vida digna) é realmente assegurado àquelas mulheres muçulmanas que não possuem livre arbítrio. Àquelas mulheres que são criadas para obedecer a seus maridos, doutrinadas a serem boas donas de casa, boas filhas e esposas, sem a possibilidade de escolher outro caminho, lhes é assegurado o direito à qualidade de vida?

Essas mulheres têm seu direito à vida, nos termos em que nós o conhecemos, garantido? São estas mulheres sequer detentoras deste direito? Ainda que não se cogite em pena de morte, e que lhes seja assegurado o direito de existir, de permanecerem vivas, estas mulheres têm uma vida digna, uma vida com qualidade?

2.2 DIREITO À AUTODETERMINAÇÃO

Szaniawski define o direito à autodeterminação como “o poder que todo o indivíduo possui de decidir, por si mesmo, o que é melhor para si, no sentido de

sua evolução e da formação do seu próprio tipo de personalidade” (SZANIAWSKI, 2005, p. 162). É, portanto, a capacidade de todo indivíduo de gerenciar seu comportamento e governar sua própria vida, de forma que tais fatos consistem em elementos fundamentais para a individuação e personalidade de cada ser humano.

Prossegue o mencionado autor afirmando que “*O direito à autodeterminação é exercido constantemente por todas as pessoas, a todo momento, ao procurar entender a si mesmo, querer e vivenciar seu comportamento na busca constante do que será melhor para si*” (SZANIAWSKI, 2005, p. 162).

Isso significa que todo o indivíduo tem direito ao autoconhecimento, a saber, e, principalmente, a ter a oportunidade de descobrir, quem é, quais são seus gostos, desejos, aspirações, quais as suas oportunidades e, inclusive, como quer ser vista e reconhecida pelos demais indivíduos.

Ao tratar sobre a questão da autonomia, elemento imprescindível para que se garanta o direito à autodeterminação da pessoa, Barroso (2013, p. 275) afirma que:

A autonomia é, no plano filosófico, o elemento ético da dignidade, ligado à razão e ao exercício da vontade em conformidade com determinadas normas. A dignidade como autonomia envolve a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas. Decisões sobre religião, vida afetiva, trabalho e outras opções personalíssimas não podem ser subtraídas do indivíduo sem violar a sua dignidade.

Ao se exigir que as mulheres se cubram, ao impedir que estudem, ao obrigá-las a servir e submeter-se a um Deus, ao obrigá-las a casar com um homem escolhido pelos pais, impedir que escolham suas amizades, suas roupas, está-se impedindo que se assegure o seu direito à autodeterminação, assim como seu direito à identidade pessoal.

2.3 DIREITO À IDENTIDADE PESSOAL

Todo ser humano é único e exclusivo e, sendo assim, cada indivíduo possui uma identidade, que o identificará, tanto para si, como para os outros. A necessidade de ser individualizado, identificado, está presente em todo ser humano.

A identificação humana consiste, portanto, em um direito que todos os indivíduos possuem de exigir que terceiros reconheçam a sua individualidade, que é distinta das demais individualidades.

Para que isso ocorra, ao indivíduo devem-lhe ser garantidas condições externas que possibilitem que ele possua característica que o identifique e diferencie dos demais indivíduos. Sobre o tema Szaniawski (2005, p. 166) afirma que:

Constituindo-se o direito à identidade pessoal, de sua reputação ou retrato moral, de seu nome familiar, de seu pseudônimo, de sua identidade sexual, de sua identidade genética, de sua caligrafia, de seu estado civil, entre outros, qualquer um destes interesses jurídicos sendo atingidos por atentados, não só pela prática de usurpação alheia de elementos da identidade, de falsificação e de contrafação, mas, também, na hipótese de falsa representação da pessoa, omissão ou insuficiência nos elementos ou sinais retratados, constituirá em atentado contra a identidade pessoal do indivíduo e de sua personalidade, que merecerá ampla tutela pelo direito.

Desta forma, pelo que foi exposto anteriormente, seria correto afirmar que as mulheres não possuem direito à identidade pessoal? Possuem estas mulheres condições externas que possibilitem sua individualidade e identificação? Qual é a real diferença de uma mulher muçulmana para outra, quando nenhuma delas pode mostrar seu corpo na rua, escolher a roupa que usa, o livro que lê, o marido com quem se casa ou as pessoas com quem conversa?

Se as escolhas destas mulheres são feitas por outras pessoas, como seus pais, por exemplo, não seria correto afirmar que estas mulheres não são pessoas, mas sim, projeções dos desejos de seus pais, seus maridos e de um Deus que lhes é imposto?

3. LIBERDADE RELIGIOSA?

A jornalista francesa Nabila Ramdani, em reportagem publicada no jornal do Reino Unido *The Observer*, sobre a proibição ao uso da burca adotada pela França em 2011, afirma que “*A proibição na França é um ataque odioso às liberdades básicas, e foi encampada por uma aliança improvável de políticos de direita e feministas*” (NÃO SIGAM...,2013).

O questionamento que deve ser feito é se é possível utilizar-se de valores conhecidos por nós, mas que não são conhecidos pelo mundo islâmico, para legi-

timar uma prática que lhes é usual? É possível invocar o valor fundamental da liberdade religiosa para que se permita, por exemplo, que as mulheres muçulmanas usem véus onde quiserem, ainda que estas mulheres não façam uso dele por escolha própria, mas sim por imposição (ainda que imposição religiosa, temor divino)?

Como tratado mais adiante, muitas muçulmanas – e são estas o objeto deste trabalho – não podem escolher como se vestir, como se comportar, o que falar, se querem estudar ou não, ou sequer podem andar sozinhas nas ruas. Como, então, falar em liberdade, um valor ocidental, para legitimar práticas que muitas vezes se opõem ao conceito de liberdade?

Ali (2011, p.228), em uma de suas obras, ao tratar sobre a questão do uso do véu pelas mulheres muçulmanas narra que:

Cada inspiração exterior às quatro paredes do lar é sufocada por um pano espesso e pesado; cada passo leva a um obstáculo, cada centímetro da pele é protegido do sol. Mesmo do lado de fora, uma mulher de véu está sempre do lado de dentro. O ar que ela respira é abafado; um tecido espesso pesa contra seus olhos, seu nariz e sua boca. Tudo o que ela faz é oculto e furtivo. Vendadas e reduzidas, apagadas do contato público, as muçulmanas muitas vezes perdem a confiança na própria capacidade de agir com independência. Mesmo o movimento independente parece estranho. Toda mulher que já usou um véu como esse durante anos e depois o retirou pode atestar que no início é difícil caminhar. É como se, descobertas, suas pernas não funcionassem da mesma maneira.

Há que se questionar, portanto, se o uso do véu e de outras “práticas” realizadas por diversas mulheres muçulmanas podem ser legitimados e enquadrados no conceito de liberdade.

Adiante serão expostos casos em que as mulheres, após engravidarem e se submeterem a um procedimento cirúrgico grave no momento do parto, uma vez que tiveram suas genitais mutiladas e costuradas, pedem para que os médicos as costurem novamente.

Diante de certas situações como, por exemplo, o simples uso do véu, devemos questionar se estamos a falar em liberdade, em vontade pura e simples da mulher, vontade esta que seria expressão de seu livre arbítrio, livre de qualquer coação, elemento que integra sua identidade e sua personalidade ou se essa “vontade” não é livre e voluntária, mas sim por elementos externos como medo e opressão.

4. DEMOCRACIA X TEOCRACIA

No mesmo sentido do que foi anteriormente analisado, é primordial ressaltar que ao afirmar que devemos respeitar a liberdade de religião e de etnias, está-se a falar em liberdade como um valor fundamental dos países ocidentais, onde prevalecem os direitos humanos, direitos da personalidade, direito à busca pela identidade pessoal, etc.

Ocorre que essa liberdade não existe em países nos quais vigora a teocracia, como em diversos países muçulmanos. Isso significa que a opção pelo uso do véu, ou por não trabalhar, ou por viver em um relacionamento poliafetivo, por exemplo, pode não se tratar de simples escolhas das mulheres muçulmanas, mas sim de imposições que lhes são feitas.

O fato de tingir os cabelos, o uso de um *piercing*, o fato de vestir roupas pretas ou tatuar seus braços, são todos traços da personalidade de uma mulher, da construção de sua identidade. As mulheres ocidentais optam por usar maquiagem ou não, se o seu batom será vermelho, se são católicas ou ateias, se usam salto alto ou não, se mostram suas pernas ou não.

No entanto, deve-se refletir que ser muçulmana pode não ser uma opção, assim como usar o véu também não. Muitas mulheres muçulmanas não podem decidir o que fazer com seu corpo, tampouco escolher com quem se relacionar. Não podem optar por serem donas de casa ou intelectuais, ou executivas. Algumas mulheres não podem escolher se querem ter um filho ou não tê-lo. Então que liberdade é essa? Quais são os traços externos que diferem uma mulher muçulmana da outra?

Ao contrário da sociedade islâmica, o Ocidente dá muita importância à responsabilidade dos indivíduos pelos atos por eles cometidos, à independência e à necessidade de se investir nesta vida, e não na vida após a morte. O nível de sucesso alcançado na vida é medido pela educação e pelo emprego, não pela piedade. Nas sociedades ocidentais coexistem diversas ideologias, e não há a dominação de uma única.

Em uma democracia, ao contrário da teocracia, a Constituição do Estado está acima do livro sagrado religioso, independente de qual seja esta religião. Ademais, nas sociedades democráticas Deus somente tem relevância no âmbito da vida privada, e não é fundamento para nenhuma regra de conduta a ser imposta coercitivamente.

Os relacionamentos e condutas sociais são regulados por leis e regras estabelecidas pelo Estado, imbuídos do poder emanado do povo, não por poderes divinos, podendo ser modificados com a história e com as modificações sociais. Todos são iguais perante a lei, independente de suas crenças e dos princípios que regem suas vidas.

A Constituição do Irã, por exemplo, é denominada “Constituição da República Islâmica do Irã” e em seu artigo 1º dispõe que o Governo do Irã é uma República Islâmica baseada na verdade e justiça do Alcorão. Seu artigo 4º prevê que “*Todas as leis e decretos civis, penais, financeiros, econômicos, administrativos, culturais, militares e políticos, etc. devem basear-se em preceitos islâmicos. Este artigo tem absoluta e universal prioridade sobre todos os outros artigos da Constituição (...)*” (BRASIL, 2013).

Desta forma, como exposto anteriormente, não podem as mulheres (tampouco qualquer cidadão) escolher a sua religião – o islamismo lhes é imposto e, juntamente com ele, sua submissão a Alá e a todos os mandamentos constantes no Alcorão.

Desta forma, há que se analisar diversos fatores que envolvem a vida de cada mulher muçulmana antes que se levante a bandeira dos valores oriundos do Ocidente, como a liberdade de expressão, de religião, o respeito às etnias e até mesmo o feminismo.

Muitas lutas por direitos humanos no Ocidente, principalmente pela igualdade de gênero, na qual têm papel fundamental os movimentos feministas, são ainda uma realidade distante do Islã, de forma que não podemos ser levianos ao bradar pelo reconhecimento da igualdade de valores entre todas as culturas e, ao mesmo tempo, pretender que as mulheres muçulmanas sejam sujeitos das lutas por direitos oriundos da cultura ocidental.

CONCLUSÃO

O objetivo deste trabalho foi provocar o leitor para questões atinentes à diversidade cultural e religiosa para que se procure responder às seguintes perguntas: até que ponto os costumes de uma cultura devem ser aceitos em outra sociedade? Valores e conceitos de uma sociedade podem ser utilizados para que se resguarde a validade de um ato proveniente de outra cultura, ainda que este ato contrarie seus valores mais fundamentais?

Há, ainda, que se questionar se, em uma ponderação entre princípios e direitos, o direito à vida, à integridade física e psicológica, à autodeterminação, identidade

pessoal, isto é, todos os direitos que tutelam a personalidade e a dignidade humana devem ou não prevalecer ao respeito ao multiculturalismo e à liberdade religiosa.

Deve-se refletir se, ao imigrar para um país democrático e ocidental, uma mulher muçulmana deve ter seus direitos fundamentais protegidos e tutelados, ainda que em nome desta proteção seus costumes culturais sejam afrontados e desrespeitados.

REFERÊNCIAS

ALI, Ayaan Hirsi. **A virgem na jaula**: um apelo à razão. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ALI, Ayaan Hirsi. **Infidel**: a história de uma mulher que desafiou o islã. São Paulo: Companhia das letras, 2012.

ALI, Ayaan Hirsi. **Nômade**: do islã para a América. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Direitos de Personalidade e Autonomia Privada**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

BRASIL. Embaixada da República Islâmica do Irã. **Constituição da República Islâmica do Irã**. Brasília, DF, 2013. Disponível em: <http://brasil.mfa.ir/index.aspx?fkeyid=&siteid=424&pageid=28469>. Acesso em 30/09/2016.

CORTINA, Adela. Ética civil e religião. Ed. Paulinas São Paulo, 1996. P.97.

NÃO SIGAM A FRANÇA NA PROIBIÇÃO DA BURCA. **Carta Capital**. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/internacional/nao-sigam-a-franca-na-proibicao-da-burca-ela-cerceou-a-liberdade-e-a-justica-867.html>. Acesso em 03/10/2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. 1 ed. São Paulo:Ed. Cortez, 2014.

SZANIAWSKI, Elimar. **Direitos de personalidade e sua tutela**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

TAYLOR, Charles. **Argumentos filosóficos**. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

A PÓLITICA DE COTAS PARA INCLUSÃO DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO SISTEMA DE ENSINO SOB A ÓTICA DE UMA TEORIA CONTEMPORÂNEA DE JUSTIÇA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA ADI 5357

Paulo Fernando Paz Alarcón⁸³ e Acácia Gardênia Santos Lelis⁸⁴

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa a analisar a política de cotas para inclusão de pessoas com deficiência no sistema educacional brasileiro, sob a ótica das teorias contemporâneas dos direitos fundamentais, especificamente sob as mais variadas perspectivas do conceito de justiça, desde o legalismo puro, racionalismo, até o utilitarismo.

O estudo será realizado a partir da análise dos argumentos apresentados na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.357, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN), que tem como objeto a declaração de inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei Brasileira de Inclusão/Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015). A finalidade da ação é desobrigar as entidades de ensino da iniciativa privada de aceitarem pessoas com deficiência em seus quadros de alunos, e traz à tona um embate sobre a questão da justiça, que pode ser analisada sob o ponto de vista de diversas teorias do moralismo jurídico.

No caso em questão, podem-se analisar duas vertentes de justiça: A busca pela justiça para as pessoas com deficiência, através de sua inclusão no sistema nacional de ensino, com as necessárias adequações e reestruturações das insti-

83. Advogado, Doutorando pela Sociedade Superior Estácio de Sá na linha de Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Mestre em Direito pela UNAERP/SP, do Programa de Direitos Coletivos, Especialista em Direito Processual Penal, com ênfase no Processo Pedagógico de Ensino Superior pela PUCPR, E-mail: <paulo@padv.com.br>

84. Advogada, Doutoranda pela UNESA na linha de Direitos Fundamentais e Novos Direitos, Mestre em Direito pela PUC/PR, do Programa de Direito Econômico e Socioambiental, Especialista em Direito Processual pela Universidade Federal de Sergipe, Conselheira Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil (SE), Presidente Estadual do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM/SE), professora do Curso de Direito da Universidade Tiradentes (SE), professora do curso de Direito da Faculdade Pio Décimo e membro do Núcleo Docente Estruturante (NDE), Vice-presidente da Comissão da Criança, do Adolescente e do Jovem da OAB/SE. E-mail: <aglelis@infonet.com.br>

tuições para atender satisfatoriamente a essas pessoas; e, por outro lado, responder a questão sobre se é justo ou não, as instituições privadas arcarem com as despesas para a adequação de suas instalações, com vistas à necessidade de se adequar à nova legislação vigente.

Inicialmente, o trabalho apresentará a ADI 5357, que servirá como base do presente estudo, mostrando alguns detalhes das partes envolvidas, a partir de notícias veiculadas na imprensa e na mídia nacional. Através de coleta das informações trazidas sobre o fato, buscará comparar a situação concreta com as ideias de justiça apresentadas na contemporaneidade, sem, entretanto, esgotar o assunto.

Em razão da importância do tema na atualidade, a proposta trazida pelo presente estudo visa a contribuir para uma análise atual da necessidade de inclusão das pessoas com deficiência, para que se possa, passo a passo, garantir seus direitos fundamentais, na tentativa de, em breve, assegurar o máximo de equidade em relação às pessoas com plena capacidade.

2 A LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei 13.146 de 2015, nominada Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, também apelidada como Estatuto da Pessoa com Deficiência, entrou em vigor em janeiro de 2016, e traz em seu texto muitas inovações para a garantia dos direitos fundamentais às pessoas com deficiência.

Em seu artigo 1º, o Estatuto dispõe que a lei é “[...] destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania”.⁸⁵

Dentre as várias inovações no sentido de garantir o exercício dos direitos e liberdades fundamentais, o Estatuto apresenta, em seu capítulo IV, as disposições acerca do Direito à Educação, indicando, taxativamente, em seu artigo 28, inciso I, a norma que incumbe ao poder público assegurar, criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar sistema educacional inclusivo, em todos os níveis e modalidades, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida.

Nos demais incisos do artigo 28, a lei apresenta todos os aspectos que devem ser atendidos para a garantia da plena inclusão das pessoas com deficiência no sistema de ensino, tais como aprimoramento dos sistemas educacionais, processo pedagógico que institucionalize o atendimento com as adaptações razoáveis,

85. BRASIL. Lei 13.146 de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 19 jun. 2016.

oferta de educação bilíngue em Libras⁸⁶, adoção de medidas individualizadas e coletivas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico, pesquisas voltadas para o desenvolvimento de novos métodos e técnicas pedagógicas, materiais didáticos e equipamentos, oferta do ensino de Libras, *Braille*, e de recursos de tecnologia assistiva, entre outras disposições.

Porém, a polêmica que se analisará no presente trabalho originou-se da interpretação do parágrafo primeiro do referido artigo, no momento em que a nova norma dispõe que:

Art. 28 [...]

§ 1º Às instituições privadas, de qualquer nível e modalidade de ensino, aplica-se obrigatoriamente o disposto nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do caput deste artigo, sendo vedada a cobrança de valores adicionais de qualquer natureza em suas mensalidades, anuidades e matrículas no cumprimento dessas determinações.⁸⁷

Em fria análise do dispositivo legal, todas as instituições de ensino, públicas ou privadas, deverão adequar-se às novas políticas públicas de inclusão, com o fim de garantir a plena capacitação de todas as pessoas com deficiência, em igualdade de condições com as pessoas de plena capacidade.

A Constituição Federal já dispunha em seu artigo 205 que “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”⁸⁸.

Na mesma esteira, os direitos fundamentais, insculpidos no artigo 5º da Constituição, por si só já albergariam o direito à igualdade, e por se tratarem de direitos fundamentais, teriam a sua aplicabilidade imediata através do próprio texto da Norma Fundamental.

Sarlet (2015, p. 340), ao discorrer sobre a eficácia dos direitos fundamentais, ensina que:

A aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as

86. Língua de sinais, ou língua gestual que é utilizada para comunicação de pessoas surdas ou com deficiência auditiva.

87. BRASIL, 2015.

88. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, aprovada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

normas que o consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade, e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas autoexecutáveis.

Porém, com a promulgação da do Estatuto da Pessoa com Deficiência, o direito fundamental à educação dessas pessoas passa a ser efetivado de forma concreta, e possibilita que a tão buscada igualdade esteja mais próxima do campo do “ser” do que do “dever ser”.

Araújo (1997), antes mesmo da promulgação do Estatuto, já defendia a tese de que a Norma Constitucional deveria, por si só, produzir seus efeitos no sentido da inclusão no sistema de ensino, sob a justificativa de que a educação é direito de todas as pessoas, com deficiência ou não; para ele,

As pessoas com deficiência têm direito à educação, à cultura, como forma de aprimoramento intelectual, por se tratar de bem derivado do direito à vida. A educação deve ser ministrada sempre tendo em vista a necessidade da pessoa com deficiência. (ARAÚJO, 1997, p. 57).

Segundo o Censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística-IBGE, realizado em 2010, o Brasil possui 45 milhões de pessoas com deficiência⁸⁹, porém, em pesquisa realizada em conjunto com o Ministério da Saúde, em 2013⁹⁰, chegou-se à conclusão de que 6,2% da população possui algum tipo de deficiência⁹¹; portanto, a Lei da Inclusão passa a possibilitar o acesso incontestado ao sistema de ensino para essa faixa da população que, pela falta de preparo, muitas vezes, acabava ficando à margem das oportunidades.

3 A ADI 5357

Em agosto de 2015, a Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino (CONFENEN) ingressou perante o Supremo Tribunal Federal Ação Direta de In-

89. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Censo 2010. Disponível em: < <http://censo2010.ibge.gov.br/>>. Acesso em: 04 out. 2016.

90. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional de Saúde, 2013. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pns/2013/>>. Acesso em: 04 out. 2016.

91. Dados do IBGE revelam que 6,2% da população brasileira tem algum tipo de deficiência. A Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) considerou quatro tipos de deficiências: auditiva, visual, física e intelectual. O levantamento foi divulgado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e feito em parceria com o Ministério da Saúde (VILLELA; GRIESINGER, 2015).

constitucionalidade acerca do parágrafo primeiro do artigo 28 do Estatuto da Pessoa Com Deficiência, sob a alegação de que tal dispositivo legal seria inconstitucional, vez que transferiria à iniciativa privada, incumbência exclusiva do Poder Público.⁹²

Segundo a CONFENEN, os dispositivos ali impugnados ferem o princípio da razoabilidade, uma vez que,

Obrigam à escola comum, regular, pública ou privada, não especializada e despreparada para a incumbência de receber todo e qualquer portador de necessidade especial, de qualquer natureza, grau ou profundidade; prometem ao portador de necessidade especial uma inclusão social com eficiência, tratamento e resultado, de que carecer cada um que a escola regular, comum, não conseguirá propiciar; jogam ônus dos sobrecustos para a escola particular e para todos seus demais alunos, alterando injustamente o orçamento familiar, com verdadeira expropriação; frustram e desequilibram emocionalmente professores e pessoal da escola comum, regular, por não possuírem a capacitação e especialização para lidar com todo e qualquer portador de necessidade e a inumerável variação de cada deficiência; causarão o desemprego e o fechamento de escolas particulares; lançam sobre a iniciativa privada encargos e custos de responsabilidade exclusiva dos poderes públicos.⁹³

Para a Confederação, a educação é de livre iniciativa e não uma concessão pública, portanto, a ela é permitido contratar civilmente com aquele que quiser e pelo mesmo raciocínio, não é obrigada a contratar com quem não quiser.

Outro ponto apontado como crucial na ADI é que, de acordo com a nova legislação, todas as escolas privadas, sem exceção, teriam que, a partir de janeiro de 2016, estar plenamente equipadas e preparadas para atender todas as solicitações de matrículas de pessoas com deficiência, em qualquer nível ou grau, independente de haver procura pelo estabelecimento.

A CONFENEN questiona a possibilidade de a escola ter que alocar muitos recursos para se preparar e adequar à nova legislação e não surgir nenhum aluno

92. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN contra o § 1º do art. 28 e art. 30, caput, da Lei 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão Julgador: Pleno. Julgamento em: 09 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/57658649/processo-n-5357-do-supremo-tribunal-federal>>. Acesso em: 04 out. 2016.

93. Trecho da petição inicial da ADI 5357 (BRASIL, 2015).

com deficiência, demonstrando que, como não poderá cobrar o custo adicional originado da sua adequação para o portador de necessidade especial, já em outubro, quando muito em novembro, ocasião em que as escolas preparam as análises de orçamentos e despesas e preparam os valores a cobrar dos futuros alunos, “[...] terá que calculá-lo, colocá-lo na planilha e diluí-lo nos preços que todos os demais alunos pagarão. E ainda: processo criminal e prisão para seus gestores e pessoal.”⁹⁴ É Razoável? É Justo?”⁹⁵

Nota-se que o próprio questionamento apresentado à Suprema Corte brasileira encara o ponto principal que o presente estudo busca trabalhar, a questão de uma teoria de justiça para a situação em questão.

Muitas entidades representativas aderiram ao processo na qualidade de *Amicus Curiae*, não somente entidades representantes de pessoas com deficiência (auditiva, visual, autismo, entre outros), mas também instituições representativas, como o Conselho Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil e Defensorias Públicas, representantes de APAEs e outros movimentos em favor de pessoas com deficiência.

O ministro relator, ao decidir sobre a habilitação das entidades na qualidade de “amigo da corte”, demonstrou claramente que essa “interferência” no debate que se trava sobre a questão tem justamente o condão de apontar e demonstrar outras óticas sobre a visão de justiça pois,

[...] essa interação dialogal entre o Supremo Tribunal Federal e os órgãos e entidades que se apresentam como ‘amigos da Corte’ tem um potencial epistêmico de apresentar diferentes pontos de vista, interesses, aspectos e elementos nem sempre alcançados, vistos ou ouvidos pelo Tribunal diretamente da controvérsia entre as partes em sentido formal, possibilitando, assim, decisões melhores e também mais legítimas do ponto de vista do Estado Democrático de Direito.⁹⁶

Os representantes das entidades se manifestaram a favor da nova legislação, no sentido de que a inclusão das pessoas com deficiência deve ser considerada

94. Art. 8º Constitui crime punível com reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa: I - recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta. (BRASIL, 1989).

95. Trecho da petição inicial da ADI 5357 (BRASIL, 2015).

96. Decisão do ministro Edson Fachin sobre habilitações como *amicus curiae* na ADI 5357. (BRASIL, 2015).

mais importante que a liberdade das instituições privadas, por se tratar de políticas públicas relativas a direitos fundamentais.

Após muitos debates, com nove votos a favor, e um contra a constitucionalidade da norma, a Suprema Corte nacional julgou constitucional a questão. Em voto contrário e vencido, o Ministro Marco Aurélio se manifestou contrário à norma, afirmando que:

Não pode o Estado cumprimentar com o chapéu alheio. Não pode o Estado, se é que vivemos em uma Constituição democrática, compelir a iniciativa privada a fazer o que ele não faz, porque a obrigação principal é dele quanto à educação. Em se tratando de mercado, a intervenção estatal deve ser minimalista. A educação é dever de todos, mas é dever precípua do Estado. A abertura à iniciativa privada deveria ser subsidiária.⁹⁷

Em seu voto, o ministro relator Edson Fachin demonstra uma linha de fundamentação muito alinhada com a teoria dos direitos fundamentais, denotando que “[...] à escola não é dado escolher, segregar, separar, mas seu dever é ensinar, incluir e conviver. Ademais, o enclausuramento em face do deficiente furta o colorido da vivência cotidiana, privando-nos da estupefação diante do que se coloca como novo e como diferente”⁹⁸, vindo ao encontro de novas tendências e teorias contemporâneas, segundo as quais o direito à propriedade e livre iniciativa particular vai dando maior espaço aos interesses coletivos e difusos, principalmente os voltados para os direitos humanos.

4 UMA ANÁLISE DO CASO SOB A ÓTICA DE UM CONCEITO CONTEMPORÂNEO DE JUSTIÇA

Após a Segunda Grande Guerra, no embalo de uma ideologia capaz de abstrair as mazelas vividas e as consequências do período de conflito, na busca de um mundo apoiado em novos alicerces ideológicos, a Organização das Nações Unidas expediu a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁹⁹, documento que

97. Voto do Ministro Marco Aurélio Mello durante o julgamento, de cujo acórdão ainda não foi publicado. (BRASIL, 2015).

98. Voto do Ministro Edson Fachin no julgamento da ADI 5357, de cujo acórdão não foi publicado até a presente data. (BRASIL, 2015).

99. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/declaracao/>>. Acesso em: 04 out. 2016.

se caracteriza pelo tratado internacional com maior número de assinaturas e também com maior número de traduções para línguas distintas de sua, passando a balizar as diretrizes para novas legislações, julgamentos e políticas, que passam a ser muito mais voltadas aos direitos dos indivíduos, deixando de lado o foco nas questões de propriedade e relações privadas. Nota-se a mudança na essência do documento no qual se revela que:

A Assembleia Geral proclama a presente Declaração Universal dos Direitos Humanos como o ideal comum a ser atingido por todos os povos e todas as nações, com o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade, tendo sempre em mente esta Declaração, se esforce, através do ensino e da educação, por promover o respeito a esses direitos e liberdades, e, pela adoção de medidas progressivas de caráter nacional e internacional, por assegurar o seu reconhecimento e a sua observância universal e efetiva, tanto entre os povos dos próprios estados-membros, quanto entre os povos dos territórios sob sua jurisdição.¹⁰⁰

Na sequência, em 1975 com a intenção mútua de promover padrões mais altos de vida, pleno emprego, e condições de desenvolvimento e progresso econômico e social, a Organização das Nações Unidas aprovou, em sua Assembleia Geral, a Declaração Dos Direitos da Pessoa Deficiente¹⁰¹, em que aponta diretrizes tendo em vista a necessidade de prevenir deficiências físicas e mentais, e de prestar assistência às pessoas deficientes para que elas possam desenvolver suas habilidades nos mais variados campos de atividades e para promover, portanto, quanto possível, sua integração na vida normal.

Em sua base ideológica, a declaração aponta como estrutura que,

As pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana. As pessoas deficientes, qualquer que seja a origem, natureza e gravidade de suas deficiências, têm os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos da mesma idade, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível.¹⁰²

100. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948.

101. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração das Pessoas com Deficiência. Resolução aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 09/12/75. Disponível em: < http://direitoshumanos.gddc.pt/3_7/IIIPAG3_7_3.htm>. Acesso em: 04 out. 2016.

102. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1975

Nota-se, portanto, um amadurecimento no sentido de garantir direitos e liberdades coletivas e sociais para as pessoas com deficiência, na busca de que essas passem a ter o mínimo de dificuldade para a vida, comparada a pessoas com plena capacidade.

Por consequência lógica, uma guinada no foco dos direitos sociais, fazendo com que o direito à propriedade e também as relações privadas se enfraqueçam diante de interesses, direitos e liberdades difusas, traz como consequência o descontentamento daquele que passa a estar em uma situação desfavorável.

O conceito de justiça não é algo matemático, através do qual há apenas uma avaliação como positivo ou negativo, mais justo ou menos justo, por certo, quando se trata de justiça, há sempre dois pontos de vista, o daquele que tem sua situação favorecida, que certamente entenderá a situação como justa, e o que possui um desfavorecimento em suas pretensões, e que, certamente, entenderá a situação concreta como injusta.

Na visão de Kelsen¹⁰³, para quem a justiça se apresenta através da conduta do agente perante a norma e para quem as normas de justiça são normas que regulam a conduta dos indivíduos, o conceito de justiça enquadra-se no conceito da moral. Para o autor,

[...] a justiça é, portanto, a qualidade de uma conduta humana específica, de uma conduta que consiste no tratamento dado a outros homens. O juízo seguindo o qual uma valoração da conduta é justa ou injusta representa uma apreciação, uma valoração da conduta. A conduta que é um fato da ordem do ser existente no tempo e no espaço, é confrontada com uma norma de justiça, que estatui um dever-ser. (KELSEN, 20011, p.4).

Na teoria de Kelsen, fica claro que o conceito de justiça passa pela valoração da conduta. Para os proprietários de escolas privadas, a promulgação da norma que inclui a obrigação de inclusão das pessoas com deficiência no seu quadro de alunos é uma norma injusta, porque vai contra a norma que dispõe que a responsabilidade da educação para pessoas com deficiência é do Estado. Por outro lado, para as instituições que defendem os direitos das pessoas com deficiência, o fato de uma escola particular regular não estar adaptada e em condições de

103. KELSEN, Hans. O problema da justiça; tradução João Baptista Machado - 5ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2011.

atender uma deficiente visual, por exemplo, é uma conduta injusta perante a norma constante no tratado internacional de que as pessoas com deficiência serão tratadas em igualdade de condições.

Dworkin¹⁰⁴ trata dessa ligação da justiça com a moral, de forma a nos aproximar muito da questão concreta que aqui se debate. O autor demonstra que:

[...] a maioria de nós acredita que não temos o dever geral de tratar todos os outros membros da nossa comunidade com igual preocupação e interesse em tudo o que fazemos. Mas acreditamos que nosso governo, a comunidade personificada, tem esse dever, e nessa responsabilidade pública geral poderíamos esperar encontrar alguma explicação de por que, enquanto indivíduos, também temos às vezes esse dever. O governo toma decisões relativas à produção, à distribuição, à posse de bens e ao uso que as pessoas estão autorizadas a fazer de seus bens. Em conjunto, essas decisões constituem um sistema de propriedade, e a responsabilidade do governo em tratar as pessoas como iguais em todas as suas decisões rege o sistema de propriedade que cria e faz cumprir. Isto coloca o seguinte problema sobre a atitude permissiva que adotamos enquanto indivíduos, a atitude que nos permite favorecer a nós próprios e as pessoas que nos são mais próximas no uso que damos aos bens que tal sistema nos atribui. Por que, no exercício de suas responsabilidades igualitárias, não deveria adotar exatamente o princípio imperativo que, como afirmei, rejeitamos – aquele de eu nunca deveríamos usar nossos bens, a não ser de um modo que reconhecesse, para todos, o igual interesse que guiou o governo na elaboração de seu sistema? (DWORKIN, 2014, p. 356).

Pode-se constatar que um tratamento igualitário é um ideal comum, que todos tenham as mesmas oportunidades e, principalmente, que possam ter seus direitos e liberdades garantidos pelo Estado, porém, quando estes aspectos, de qualquer forma, atingem a propriedade particular, ou até mesmo a liberdade, há grande resistência para que a mesma vontade se exprima.

Certamente, não é forçoso imaginar que os proprietários de escolas particulares também almejem o ideal de que seja assegurado um tratamento igualitário, e que as pessoas com deficiência sejam assistidas com igualdade de oportunidades

104. DWORKIN, Ronald. O império do direito; tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

e, principalmente, que suas necessidades especiais sejam atendidas de forma plena, porém, quando a efetivação dessa igualdade esbarra na necessidade de terem suas escolas adequadas, capacitadas e com profissionais habilitados para tanto, esse desejo já não é tão patente.

A política de cotas ou Ações Afirmativas objetivam a instituir uma igualdade no plano material, como destinação de recursos ou ações em benefício de pessoas que se encontrem em situação de desigualdade por circunstâncias socioeconômicas, discriminados ou tão somente hipossuficientes. Para Sarmiento (2010, p.154), “[...] a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavoráveis”.

Segundo Sarmiento (2010), a igualdade mostra-se mais concreta nas constituições sociais. O foco não é mais o indivíduo abstrato e racional idealizado pelos filósofos iluministas, mas a pessoa em carne e osso, que tem necessidades materiais que precisam ser atendida, sem as quais não consegue nem mesmo exercitar as suas liberdades fundamentais.

Críticos tentam demonstrar que, por mais que uma sala de aula mais diversificada ou uma sociedade mais equânime tenham seu valor, e por mais que as ações afirmativas consigam atingi-lo, atingir raça ou etnia, como fator, é injusto. Analisando tal sujeição em casos reais verifica-se que, ao serem introduzidas cotas raciais em universidades públicas, muitos casos foram aos tribunais e a premissa que se difundia é a de que as ações afirmativas nada mais seriam do que puro assistencialismo, o que não foge do raciocínio de Dworkin (2014), de que, quando a responsabilidade atinge a propriedade, surge o sentimento de revolta e injustiça perante o atendimento do direito alheio.

Analisando a questão sob o ponto do conceito aristotélico de justiça, com a questão teleológica e a questão da virtude, talvez remeta a pensar o que é essencial e quais as características necessárias para um aluno cursar uma turma regular em uma escola particular. Qual é a razão de uma turma regular de ensino e qual é a virtude de ser prestigiada com a honra?

Talvez esteja no momento de alterar-se o paradigma de uma turma e de uma sala de aula, para algo com inclusão e diversidade, oportunizando diferentes experiências tanto para aqueles que estão sendo incluídos, como para aqueles que passaram a conviver com pessoas em situação diversa da sua.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo procurou analisar a questão da inclusão das pessoas com deficiência no sistema de ensino, de acordo com teorias contemporâneas de justiça,

analisando, porém, tal inclusão sob a ótica de um caso prático, qual seja, a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357.

O conceito de justiça não é algo aberto e que sempre trabalhará como o fiel de uma balança com dois pratos. Haverá sempre duas óticas baseadas em duas pretensões distintas, como bem visto, daqueles que tem a sua perspectiva de direito em um lado, e daqueles que terão sua liberdade ou sua propriedade afetados pela presunção de direito do primeiro grupo.

No caso específico, a inclusão das pessoas com deficiência no sistema de ensino é medida que se busca, não somente na tentativa de atingir políticas públicas de inclusão, ou para atenderem ideologias internacionais de Direitos Humanos, desse grupo especificamente, mas o fato é, de que adianta em outros campos trabalhar pela igualdade das pessoas com deficiência, como no mercado de trabalho, nas barreiras arquitetônicas, no transporte público, nas edificações em geral, nos serviços públicos, se, em uma questão que é primordial, que é o preparo e a educação, não os deixa em igualdade de condições.

Percebe-se que, sempre que uma teoria trabalha a questão de justiça, o faz partindo da premissa que “os dois pratos da balança” estão em igualdade de condições, para que se possa então partir para quaisquer das construções filosóficas; porém, se esse aspecto for trazido para a situação real, tem-se uma grande disparidade entre as pessoas com deficiência e as de plena capacidade.

Certamente a legislação recentemente positivada trará uma série de controvérsias e discussões que necessitarão de interferência do Poder Judiciário para a sua resolução, porém, assim como muitos outros casos em que a legislação veio direcionar políticas públicas para direitos sociais, como o Código de Defesa do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Estatuto do Idoso, entre outras, tais problemas serão assentados com o tempo e com a própria atuação da sociedade em si que, convivendo com a nova situação fática, terá o seu cotidiano moldado e flexibilizado para um novo critério de turma e sala de aula.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência**. Brasília: Coordenadoria Nacional para a Proteção da Pessoa Portadora de Deficiência, 1997.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, aprovada em 05 de outubro de 1988. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei 7.853**, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Disponível em: < https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7853.htm > . Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. **Lei 13.146**, de 06 de julho de 2015. Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência) Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm > . Acesso em: 19 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.357**. Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino - CONFENEN contra o § 1º do art. 28 e art. 30, *caput*, da Lei 13.146/2015, que institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência. Relator: Ministro Edson Fachin. Órgão Julgador: Pleno. Julgamento em: 09 jun. 2016. Disponível em: < <http://www.jusbrasil.com.br/topicos/57658649/processo-n-5357-do-supremo-tribunal-federal> > . Acesso em: 04 out. 2016.

DWORKIN, Ronald. O império do direito; tradução Jeferson Luiz Camargo; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 3ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Censo 2010**. Disponível em: < <http://censo2010.ibge.gov.br/> > . Acesso em: 04 out. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Pesquisa Nacional de Saúde, 2013. Disponível em: < <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/pns/2013/> > . Acesso em: 04 out. 2016.

KELSEN, Hans. **O problema da justiça**; tradução João Baptista Machado – 5ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris, em 10 de Dezembro de 1948, através da Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral. Disponível em: < <http://www.dudh.org.br/declaracao/> > . Acesso em: 04 out. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12ed. rev, atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARMENTO, DANIEL. **Livres e iguais**: Estudos de Direito Constitucional. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

VILLELA Flávia; GRIESINGER, Denise. IBGE: 6,2% da população têm algum tipo de deficiência. **EBC**, 21/08/2015. Disponível em: < <http://www.ebc.com.br/noticias/2015/08/ibge-62-da-populacao-tem-algum-tipo-de-deficiencia> > . Acesso em: 04 out. 2016.

A ATUAÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS NA SOLUÇÃO DA APATRIDIA¹⁰⁵

Simone Alvarez Lima

Introdução

O objetivo deste artigo é abordar como os sistemas proteção aos direitos humanos podem solucionar e como vêm tratando os problemas relacionados à apatridia. Traremos um olhar diferenciado sobre o direito à nacionalidade, que é normalmente tratado sob o enfoque constitucional, uma vez que o tratará como o direito humano que é e apresentando os documentos internacionais específicos a respeito do tema, como a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia.

Reuniremos em um único estudo como o direito à nacionalidade tem sido violado e solucionado em países de todos os continentes e como tem sido tratado perante o sistema interamericano, o europeu e o africano. Além destes ainda será mostrado como a apatridia tem sido solucionada em áreas que não são padrão no quesito direito humanitário, como a Ásia e o Mundo Árabe, onde não existe uma Corte de direitos humanos.

A metodologia utilizada foi a pesquisa documental, uma vez foi levantada algumas decisões dos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos na busca de temas relacionado à nacionalidade e apatridia. Além da documental, foi utilizada a pesquisa bibliográfica, devido ao uso de recursos como livros e artigos a respeito do tema nacionalidade e direitos humanos com a finalidade de trazer histórias reais de apátridas de continentes diferentes e oriundos dos quatro tipos de causas de apatridia: perseguição estatal (ciganos da união europeia), sucessão

105. AUTORA: LIMA, Simone Alvarez. Doutoranda na Universidade Estácio de Sá, na linha de pesquisa Direitos Fundamentais e Novos Direitos. Especialista em Direito Civil e Internacional. Tutora da disciplina Organizações Internacionais II na Universidade Municipal São Caetano do Sul. E-mail: sissyalvarez22@yahoo.com.br

de Estados (a situação dos ex-iugoslavos e dos ex-soviéticos), conflito negativo de nacionalidade na América Latina e a discriminação em países africanos.

1- Causas da Apatridia

Conforme o artigo 1º da Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas, apátrida é “toda pessoa não considerada por qualquer Estado, segundo sua legislação, como seu nacional”. A apatridia pode decorrer de diferentes fontes: renúncia voluntária, retirada de nacionalidade por ato atentatório, conflito (negativo) de leis, sucessão de Estados e privação estatal de nacionalidade.

A *renúncia voluntária* diz respeito a ato de espontânea vontade de renúncia à nacionalidade. A pessoa que a renuncia está agindo de boa-fé, uma vez que a motivação é o cumprimento das condições para adquirir outra nacionalidade e a pessoa acredita que a situação de apatridia perdurará por pouco tempo.

A renúncia voluntária de nacionalidade não deve gerar apatridia, pois a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, apenas a permite quando a pessoa irá receber outra nacionalidade. Esta situação não é a mais grave, tendo em vista que é possível que aqueles que renunciaram sua nacionalidade voluntariamente a readquiram. O Brasil adotou uma atitude exemplar ao promulgar o Decreto nº 8.757/2016, desburocratizando a naturalização de estrangeiros, abolindo a necessidade da renúncia de nacionalidade para se tornar cidadão brasileiro.

A apatridia oriunda de *conflito de leis de nacionalidade* tem, progressivamente, sido solucionada. Alguns países latinos adotaram atitudes para reduzir a apatridia. No Chile, por exemplo, a Constituição de 1980 previa em seu artigo 10 que a aquisição de nacionalidade se dava pelo critério *ius solis*, exceto os filhos de estrangeiros residentes. A maior crítica a este artigo é que não havia definição do que era considerado estrangeiro residente, o que permitia ao governo mudar arbitrariamente o entendimento. Em 1982, o Registro Civil e de Identificação considerou estrangeiro residente aquele que não tinha 1 ano de residência contínua. Em 1996 foram considerados estrangeiros residentes os turistas, os tripulantes e os que estavam no país irregularmente (EQUIPO MIGRACION, 2016).

Até 2014, filhos de estrangeiros residentes eram registrados como filhos de “transeuntes” e a apatridia seria permanente caso o país de origem dos pais não reconhecesse a nacionalidade da criança. A partir de julho de 2014, após o advento das resoluções 3.207 e 3.509 da Direção Nacional do Serviço de Registro Civil e Identificação, todos os filhos de qualquer estrangeiro, regular ou não, passaram a ter direito à nacionalidade chilena (AHUMADA, 2015).

Por *mudança territorial*, entende-se a sucessão de estados. Os Estados, no decorrer de suas existências, são passíveis de sofrerem influências internas e externas que podem transformá-los ou até mesmo extingui-los. Quando ocorre a sucessão, obrigações e direitos do Estado extinto se transferem para o novo Estado e um dos efeitos da sucessão de Estados é que a nacionalidade anterior some, dando lugar à nacionalidade do novo Estado (MAZZUOLI, 2015, p. 831).

Em 1996, a preocupação com os casos de sucessão estatal levou a comunicações entre o ACNUR e a Comissão de Direito Internacional, que passou a discutir o caso específico dos princípios do direito internacional de apatridia criada nestas circunstâncias. Em 1999, a CDI divulgou um rascunho de Convenção sobre *a Nationality of natural persons in relation to the succession of States*. JUSTO (2016) nos conta que entre 1997 e 1999 o ACNUR cooperou com uma série de Estados com a assistência técnica para as legislações de nacionalidade, dentre eles: Polônia, Canadá, Federação Russa, Romênia, República Checa, Bósnia e Herzegovina, Albânia e Azerbaijão. Programas de identificação dos apátridas e ajuda com procedimentos legais foram estabelecidos na República Checa e Ucrânia, Estados com grande contingente de apátridas.

Quanto à *privação estatal da nacionalidade*, esta é oriunda de discriminação racial e étnica, onde falta vontade política para resolver o problema. O genocídio perpetrado pela Alemanha nazista contra os judeus foi o ato final de um processo de exclusão social que teve diversas medidas que inviabilizaram o exercício da cidadania por parte dos judeus. Em 1941, a lei de nacionalidade do Reich privou os judeus que residiam fora do território alemão da nacionalidade alemã (ALMEIDA, 2015, p. 135).

O nazismo acabou, mas a privação estatal da nacionalidade permaneceu como uma ameaça pairando em determinados países. Segundo a ACNUR, em 1980, através de um decreto, Saddam Hussein privou os curdos Faili da cidadania iraquiana. No Barein, em 2014, alterações na legislação nacional permitiu ao governo revogar a cidadania de qualquer pessoa que “provoque danos aos interesses do Reino”, falhe em seu dever de “lealdade” ou forneça assistência a “um estado hostil”. Desde então, pelo menos 250 pessoas teriam tido sua cidadania revogada, sendo obrigados a devolver seus passaportes e cartões de identificação e a solicitar autorização de residência. (ACNUR, 2016). O escritório da ONU lembrou que a privação de nacionalidade, que não sirva a um objetivo legítimo, é proibida.

2- Situações Reais de Apatridia no Mundo

A história dos ciganos na União Europeia é marcada pela perseguição. Desde o século XIV, com a institucionalização do anticiganismo oriunda da prática de

racismo apoiada pelo próprio governo, eles passaram por períodos de escravidão. Tal como os judeus, foram excluídos da sociedade após Hitler ser empoderado, em 1933. Apenas nos campos de concentração, morreram em torno de 500 mil ciganos e atualmente essa etnia ainda sofre discriminação, sendo comum sua expulsão, tal como ocorreu em 2008, quando ciganos foram expulsos da França para a Romênia. (ROCHA, BEIDER. S/D).

Essa perseguição se reflete também no direito à nacionalidade. Milhares de *ciganos na União Europeia* permanecem apátridas em países europeus. Os ciganos europeus sofrem negligência, pois são considerados delinquentes, iletrados e mentalmente inferiores. Milhares de pessoas de etnia cigana vivem em campos segregados na área metropolitana de Roma, na Itália, vítimas de uma dupla discriminação (AMNISTIA INTERNACIONAL, 2016).

A situação dos ciganos é peculiar, pois a doutrina moderna aponta a nacionalidade não apenas como o mero vínculo jurídico com o Estado, e sim a união de identidade de uma comunidade baseada em conhecimentos, crenças, valores e hábitos que lhes são característicos. Contudo, CORRÊA e OLIVEIRA (2016) afirmam que isto não impede que seja concedida nacionalidade a ciganos “independentemente de onde estejam temporariamente localizados ou das diferenças internas e variações culturais que lhes sejam próprias”.

Informação relevante é que alguns ciganos se negam a contrair uma nacionalidade, partindo do pressuposto de enxergarem a si próprios como pessoas pertencentes não a um ou outro Estado, mas sim a uma “nação cigana” baseada no nomadismo, possuindo a sua própria nacionalidade. Por outro lado, a renúncia deliberada em se adquirir uma nacionalidade parece não favorecer um estilo de vida baseado na migração, peculiar à cultura cigana, uma vez que esta se choca com as limitações impostas pelo aparato burocrático oriundo das formas de controle exercidas pelo Estado moderno (CORRÊA e OLIVEIRA, 2016).

Quanto à *situação dos ex-soviéticos*, JUSTO explica que os novos Estados que surgiram adotaram leis de nacionalidade para definir quais pessoas constituiriam seu corpo de cidadãos, que propositalmente excluía etnias específicas. Como um dos mecanismos utilizados pela União Soviética para promover a integração foi a transferência de populações e um incentivo à migração, muitas pessoas que haviam nascido em um território tinham vínculos intergeracionais com o que tinha sido outro Estado antes da URSS. As elites estatais nos novos Estados reafirmaram seu nacionalismo por meio da exclusão dessas minorias, especialmente os descendentes dos russos que se encontravam fora da Rússia. Esta situação de inde-

terminação da nacionalidade motivou os deslocamentos de um grande número de apátridas, fazendo que a preocupação com a apatridia no ACNUR se desse em um primeiro momento pela preocupação com os apátridas no contexto de sucessão estatal na Europa (JUSTO, 2016). A Corte Europeia de Direitos Humanos tem sido decisiva na recuperação da nacionalidade de apátridas oriundos deste tipo de perda da nacionalidade, conforme será estudado no próximo capítulo.

Na África, além da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981, existe a Carta Africana de 1990 dos Direitos e Bem-Estar da Criança que favorece a aquisição da nacionalidade do país de nascimento, caso contrário a criança se tornaria apátrida.

Em 2003 surgiu o Protocolo sobre os Direitos das Mulheres na África, que reconhece o direito à aquisição de uma nacionalidade e, no caso de casamento, o direito de aquisição da nacionalidade do marido.

A apatridia na África Ocidental ocorre por uma série de razões, incluindo a discriminação contra determinados grupos; práticas administrativas que obstruem o acesso à documentação; conflito de leis e falha na inclusão de todos os residentes no grupo de cidadãos quando um estado se torna independente, ou quando uma parte do território é anexado a um novo Estado.

Muitas leis de nacionalidade adotadas nos anos 60 não cumprem com normas internacionais contemporâneas sobre a prevenção e redução da apatridia, tais como a Carta Africana de 1990 sobre Direitos e Bem-Estar da Criança e o Protocolo de 1999 sobre os Direitos das Mulheres.

Conforme os padrões de direitos humanos atuais, nas leis africanas devem ser previstos dispositivos para garantir que se conceda a nacionalidade automaticamente às crianças nascidas no território africano que, do contrário, se tornariam apátridas. Alguns países da África Ocidental permitem que as crianças nascidas no território africano adquiram a nacionalidade, desde que sejam nascidas de pais desconhecidos ou de pais sem nacionalidade, entretanto isso não evita a apatridia para crianças filhas de pais estrangeiros advindos de países que adotem o critério *jus soli*.

Há países que ainda vão além, tais como Nigéria, Senegal e Serra Leoa, uma vez que restringem a aquisição da nacionalidade às crianças nascidas de pais que também nasceram no território (duplo *ius soli*). Esse tipo de lei contraria o art. 1º da Convenção de 1961 e ao ar. 6º da Carta Africana sobre os Direitos e Bem-Estar da Criança.

Na Constituição Liberiana, de 1986, artigos. 22 e 27 e no artigo 2 do Estatuto de Cidadania de Serra Leoa, há critérios discriminatórios para a concessão de na-

cionalidade, uma vez que restringem a elegibilidade de nacionalidade às crianças com base em um critério racial ou étnico. Entretanto, existem países que são menos burocráticos, permitindo aos indivíduos que sempre foram considerados e tratados como cidadãos serem confirmados como cidadãos, conforme o princípio da posse de estatuto aparente, tais como as legislações sobre nacionalidade de Benin e Togo.

No Brasil, a Emenda Constitucional de revisão nº 03 de 1994 alterou o art. 12, I, “c” da Constituição Federal que passou a conter a seguinte redação: “os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, pela nacionalidade brasileira” são brasileiros natos. A consequência disto foi que os filhos de brasileiros residentes em país estrangeiro só poderiam adquirir a nacionalidade brasileira quando viessem a residir no Brasil e fizessem a opção pela nacionalidade brasileira, através de um processo judicial. Os filhos de pai brasileiro ou mãe brasileira que não viessem a residir no Brasil para optar pela nacionalidade brasileira não eram considerados brasileiros e com isto, crianças que nasceram em países como o Japão ou europeus, os quais utilizam o critério *ius sanguinis*, acabaram por se tornar apátridas (PARREIRA; SILVA, 2016).

O movimento dos brasileirinhos apátridas foi iniciado por pais brasileiros que tiveram seus filhos nascidos no exterior e por este motivo tinham suas crianças como “brasileiros provisórios”, enfrentando diversas dificuldades burocráticas. Essas crianças possuíam um passaporte provisório, mas ao completarem 18 anos, caducando o passaporte, se tornariam automaticamente apátridas, a menos que viessem a fixar residência em território brasileiro. O movimento surgiu para lutar por uma mudança no dispositivo constitucional, já que a revisão de 1994 ainda manteve a fonte do problema, aumentando o número de crianças em situação de apatridia.

Com o advento da emenda constitucional nº 54, promulgada em 20 de setembro de 2007, essa situação foi revertida e a redação do art. 12 da Constituição Federal foi alterada de modo que são brasileiros natos aqueles indivíduos que, nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou mãe brasileira, sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham residir no Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira.

A título de observação, vale ressaltar que a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas entrou em vigor no Brasil apenas no ano de 2002, o que fazia com que os apátridas que residissem no Brasil ficassem totalmente sem direitos antes do citado ano.

3- Soluções Advindas dos Tribunais Regionais de Direitos Humanos e as Adotadas pelos Países que não Possuem Este Tipo de Tribunal

No sistema europeu, a Corte Europeia já teve a oportunidade de se manifestar a respeito do direito à nacionalidade. No Caso Kurić e outros v. Eslovênia, Mustafá Kuric e outros dez e iugoslavos foram prejudicados em sua nacionalidade devido à sucessão de Estados, no caso, a independência da Eslovênia em 1991.

Em 26 de fevereiro de 1992, a Eslovênia arbitrariamente removeu ao menos dezoito mil registros civis de ex-iugoslavos que residiam legalmente na Eslovênia, uma vez que, conforme a legislação do novo país, iugoslavos de outras repúblicas que ali residissem permanentemente, mesmo com autorização governamental, receberam prazo de 6 meses para requerer a nova nacionalidade (art. 40 do Ato de Cidadania da República Eslovena).

No caso Kaftailova e outros *versus* Letônia, Natella Kafailova nasceu em 1958, na Geórgia, parte da URSS, possuindo a nacionalidade soviética, se tornando apátrida em 1990. Ela havia solicitado o registro de seu nome como residente permanente na Letônia e este foi negado. A Corte verificou que a aplicante já habitava território letão há quase vinte anos, desenvolvendo laços sociais e econômicos no local e a negativa da Letônia trazia prejuízos imensuráveis. Ao final do julgamento, a autora e sua filha receberam a nacionalidade letã, deixando de ser apátridas (PAGNANI, 2016).

A atuação da Corte Europeia tem sido de grande importância na recuperação de nacionalidade especialmente dos ex-soviéticos e de ex-iugoslavos. Durante a pesquisa foi verificado que sem a atuação da Corte Europeia, muitos permaneceriam sem nacionalidade devido a má vontade política dos países sucessores.

No Sistema Interamericano, o instrumento fundamental é a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual foi assinada em 1969, entrando em vigor apenas em 18 de julho de 1978, quando obteve o mínimo de 11 assinaturas (MAZZUOLI, 2015, p. 136). O Brasil ratificou esta Convenção em 1992.

A nacionalidade está prevista no artigo 19 da citada Convenção e a Corte Interamericana de Direitos Humanos já foi acionada por violação ao direito à nacionalidade devido à infração praticada pela República Dominicana.

Em 11 de julho de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos submeteu à Corte uma demanda contra a República Dominicana oriunda da denúncia nº 12.189, recebida pela Comissão em 28 de outubro de 1998, com objetivo de declarar a responsabilidade internacional da República Dominicana pela

violação aos artigos 3º (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 8º (garantias judiciais); 19 (direitos da criança), 20 (direito à nacionalidade), 24 (direito à igualdade perante a lei) e 25 (proteção judicial) da Convenção Americana de Direitos Humanos em conexão com os artigos 1º, 1 (obrigação de respeitar os direitos estabelecidos na Convenção) e 2º (dever de adotar disposições de Direito interno concernentes aos direitos estabelecidos na Convenção). A violação teria iniciado desde 25 de março de 1999, quando a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte.

As vítimas desta violação eram Dylcia Oliven Yean e Violeta Bosco Bosico Cofi, nascidas na República Dominicana e filhas de pais haitianos. As autoridades do Registro Civil dominicano negaram às crianças a emissão da certidão de nascimento, embora elas tenham nascido em território dominicano e a Constituição deste país estabeleça o princípio *jus soli* como critério de aquisição de nacionalidade.

A Comissão declarou que o Estado da República Dominicana obrigou as duas crianças a permanecerem em situação de contínua ilegalidade e vulnerabilidade social decorrente da apatridia, violações que adquiriram grave dimensão por se tratarem de menores e, por isso, essas crianças foram impossibilitadas de frequentar a escola por um ano devido à falta de documentos de identidade.

Em 23 de setembro de 2013, o Tribunal Constitucional decidiu revogar retroativamente a nacionalidade dominicana adquirida desde 1929 por milhares de cidadãos. A maioria das pessoas afetadas pela sentença é de ascendência haitiana. A sentença 0168/2013 oferece uma definição da nacionalidade dominicana baseada em critérios “históricos, linguísticos, raciais e geopolíticos”, legitimando a discriminação racial (ROSAS, 2016). Esta decisão adveio do recurso proposto contra a sentença nº 473-2012, proferida pela Câmara Civil, Comercial e de Trabalho da primeira instância do Distrito Judicial de Monte Plata.

No âmbito do Sistema Africano de proteção aos Direitos Humanos, no caso de John K. Modise X Botswana (comunicação nº 97/93, 2000), a Comissão considerou que a falta de nacionalidade do requerente constituía negação dos direitos humanos específicos consagrados na Carta Africana. Esta posição foi confirmada no caso da Amnistia Internacional x Zâmbia, onde a Comissão decidiu que “forçando os requerentes a viverem como apátridas em condições degradantes, o Governo da Gâmbia priva-os da dignidade de um ser humano. Assim, viola o art. 5º da Carta, que garante o direito ao respeito inerente à pessoa humana e ao reconhecimento de sua personalidade jurídica” (Amnistia Internacional *Versus* Gâmbia. Comunicação nº 212/98).

No mundo árabe, a Carta Árabe de Direitos Humanos surgiu em 1994, mas não existe um sistema de direitos humanos, pois não há órgãos de monitoramento das obrigações estatais e nem um tribunal com jurisdição sobre os Estados-partes (MAZZUOLI, 2015, p. 154). Nesta Carta, a nacionalidade está protegida no artigo 29.

O que se ressalta nos países de tradição árabe é a apatridia decorrente da negação ao direito à mulher de passar sua nacionalidade para seus filhos. Neste tipo de situação, se o pai é desconhecido ou morto, a criança fica sem nacionalidade. A Arábia Saudita, Iraque, Omã, Bahrein, Líbano, Jordânia negam este direito.

Em 2005, a Constituição do Iraque estabeleceu que todos os desnacionalizados por Saddam Hussein poderiam solicitar sua nacionalidade de volta. A lei de nacionalidade adotada no ano seguinte criou mecanismos específicos para ajudar os curdos Faili a reconquistar sua cidadania e, segundo dados do Ministério do Deslocamento e da Migração do país, desde 2003, cerca de 20 mil famílias readquiriram a nacionalidade iraquiana (ACNUR, 2016).

Na Ásia, até o presente ano (2016) não há nenhuma expectativa regional a respeito da criação de um órgão ou documento normativo protetivo aos direitos humanos. Segundo MAZZUOLI (2015, p. 80), “tal faz com que a Ásia fique, entre todas as regiões do planeta, na posição mais atrasada relativamente à proteção dos direitos humanos, o que se deve, em grande medida, ao relativismo cultural.”

Cerca de 300 mil pessoas da etnia bihari de língua urdu tiveram negada cidadania pelo governo de Bangladesh, quando o país conquistou a sua independência, em 1971. Os biharis permaneceram sem nacionalidade por três décadas, porém a Suprema Corte de Bangladesh, em 2008, confirmou o direito à nacionalidade bangladeshí aos biharis (ACNUR, 2016).

Na Tailândia, existiam em torno de 400 mil apátridas, muitos provenientes de tribos montanhosas de áreas remotas, que possuem informação limitada sobre como acessar seus direitos. Sabendo disto, o ACNUR, em conjunto com as autoridades tailandesas, buscaram alcançar essas comunidades para acelerar seus respectivos registros, incluindo o financiamento de equipes móveis para áreas mais remotas (NAÇÕES UNIDAS, 2016).

Entretanto, apesar da falta de tratado de direitos humanos assinado, há países que estão procurando respeitar o direito à nacionalidade das pessoas, tal como a Tailândia, que foi parabenizada pelo ACNUR (2016) ao conceder nacionalidade para mais de 18 mil apátridas desde 2012, sendo destaque no esforço de acabar com a apatridia até 2024 conforme os ditames da campanha *I Belong* da ONU.

Não há como dizer que o fato de um país não assinar nenhum tratado ou convenção sobre direitos humanos o deixa livre para cometer violações, tendo em vista que o sistema de investigações da ONU conta com procedimentos não convencionais, que são acionados em caso de não assinatura dos tratados internacionais pelos países violadores em um caso específico. “Nestes casos, a ONU analisará as violações com base em requisitos como a persistência, a sistematicidade, a gravidade e a prevenção, para decidir se intervirá através de um dos seus órgãos, tomando providências concretas” (DHNET, 2016). Desta forma, apátridas oriundos de países asiáticos podem se valer do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, no caso de criança; ou da Declaração Universal de Direitos Humano, no caso de adulto.

Como pode-se verificar, não é a ausência de uma Corte específica de direitos humanos que impede a solução à apatridia nestas localidades, pois é possível verificar uma boa vontade política na erradicação da apatridia em determinados países ainda que estes não estejam sob a jurisdição de uma corte internacional humanitária.

Conclusão

Conclui-se que apesar da nacionalidade ser um direito humano citado em diversos documentos internacionais de direitos humanos, a união em prol da erradicação da apatridia apenas foi alcançada em 2014 quando do lançamento da campanha *I Belong* cuja meta é erradicar a apatridia até o ano de 2024 e a partir de então leis mudaram, emendas constitucionais surgiram, o acesso ao registro de nascimento foi facilitado e a apatridia tem diminuído, porém, existem situações que permanecem e são incompatíveis com os ideais universais de proteção aos direitos humanos.

Existem países que têm maior boa vontade política do que outros na erradicação da apatridia, reconhecendo como seus nacionais pessoas que, de outra forma, estariam condenadas a serem fantasmas no universo jurídico. Por outro lado, existem Estados que teimam em manter situações de apatridia por questões étnicas, xenofóbicas, preconceituosas e um bom exemplo disto é a República Dominicana e os países que sucederam a antiga Iugoslávia e União Soviética.

A atuação das Cortes Regionais de Direitos Humanos tem sido relevante, e as vezes a única forma da pessoa ter reconhecido seu direito à nacionalidade nos continentes sob jurisdição deste tipo de tribunal. Por outro lado, algo curioso se destaca: a Ásia, continente cuja tradição é não absorver a cultura ocidental, tem alcançado bons resultados na busca do fim da apatridia e justamente na América

Latina há um grave problema que ainda está sem solução, que é o impacto da rivalidade histórica entre Haiti e República Dominicana.

O maior problema da apatridia não está no conflito negativo de nacionalidade, o qual tem sido paulatinamente resolvido nas leis dos Estados, mas sim no preconceito, na xenofobia e em argumento do tipo “autodeterminação dos povos” usado por países que insistem em excluir de seu conjunto de nacionais pessoas que possuem o direito à nacionalidade daquele país, tal como a República Dominicana. Resta-nos esperar e ver se a meta de erradicar a apatridia até 2024 será cumprida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. Apatridia: *ACNUR ajuda indígenas sem fronteiras na América Central*.

Disponível em: [http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/apatridia-acnur-ajuda-indigenas -sem-fron teiras-na-america-central/](http://www.acnur.org/t3/portugues/noticias/noticia/apatridia-acnur-ajuda-indigenas-sem-fron-teiras-na-america-central/). Acesso em 18 de março de 2016.

_____. *Manual de proteção aos apátridas*. Disponível em: [http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/Manual de protecao aos apatridas.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/Publicaciones/2014/Manual_de_protecao_aos_apatridas.pdf?view=1) Acesso em 16 de junho de 2016.

AHUMADA, Marcela. *La nacionalidad de los hijos de extranjeros en situación migratoria irregular*. 2015. Disponível em: <http://www.diarioconstitucional.cl/>. Aceso em 09 de outubro de 2016.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Direitos Humanos e não violência*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

AMNISTIA INTERNACIONAL. *Os campos de segregação de ciganos em Roma: uma dupla discriminação*. Disponível em: <http://www.amnistia-internacional.pt/index.php?option=comcontent&view=article&id=1565:2013-10-29-18-01-26&catid=24:noticias&Itemid=84>. Acesso em 10 de janeiro de 2016.

ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia de Bolso, 2012.

- BUJALIC, UNIVERSITY OF NIŠ FACULTY OF LAW MEETINGS, 1., 2005, Niš. *The development of the legal system of Serbia and its harmonisation with the EU Law* (legal, economic and social aspect). Belgrado: Pravni Fakultet, 2005.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Vol. III. Porto Alegre: Fabris, 2003.
- CISNEIROS, Cesar Diaz. *Derecho Internacional Público*. Vol. 1. Buenos Aires: Tipografía Editora Argentina, 1955.
- CORRÊA, Maxilene Soares; OLIVEIRA, Raphael de Almeida Lôbo. *Apontamentos sobre o fenômeno jurídico da apatridia no Brasil e no mundo contemporâneo*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/23175/apontamentos-sobre-o-fenomeno-juridico-da-apatridia-no-brasil-e-no-um-ndo-contemporaneo/2>. Acesso em 03 de julho de 2016.
- COSENDEY, Larissa Rodrigues da Silva. *Apatridia e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2014.
- DHNET. *A estrutura normativa do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/mundo/oea/cejil/aestruuranormativa.html>. Acesso em 20 de janeiro de 2016.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Allan. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- EQUIPO MIGRACION Y REFUGIO AMNISTIA INTERNACIONAL. *Niños y niñas apátridas en Chile: El abandono por parte del Estado*. 01.12.2014. Disponível em: <http://www.theclinic.cl/2014/12/01/ninos-y-ninas-apatridas-en-chile-el-abandono-por-parte-del-estado/>. Acesso em 16 de abril de 2016.
- G1. *ONU quer resolver situação de apátridas pelo mundo em 10 anos*. Disponível em: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/onu-quer-resolver-situacao-de-apatridas-pelo-mundo-em-10-anos.html>. Acesso em 17 de junho de 2016.

LOBATO, André. *Dez milhões de pessoas apátridas no mundo*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/dez-milhoes-de-pessoas-estao-apatridas-no-mundo-14202260>. Acesso em 09 de janeiro de 2016.

LOCK, Salus. *Relembre as guerras na antiga Iugoslávia nos anos 1990*. Disponível em: <http://super.abril.com.br/historia/relembre-as-guerras-na-antiga-iugoslavia-nos-anos-1990>. Acesso em 06 de janeiro de 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. São Paulo: Método, 2015.

NAÇÕES UNIDAS. *ACNUR parabeniza Tailândia após concessão de 18 mil nacionalidades para pessoas apátridas*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-parabeniza-tailandia-apos-comcessao-de-18-mil-nacionalidades-para-pessoas-apatridas/>. Acesso em 16 de junho de 2016.

PAGANINI, Nicole Cardoso. *Apatridia e o sistema internacional de proteção aos apátridas: um estudo de casos no âmbito da Corte Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://documents.tips/documents/apatridia-e-o-sistema-internacional-de-protecao-aos-apatridas-um-estudo.html>. Acesso em 14 de junho de 2016.

PAOLINELLI, Camilla Mattos. *A Apatridia sob a perspectiva do caso Las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana - Acórdão nº 130 de 08 de setembro de 2005*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=10497. Acesso em 29 de dezembro de 2015.

PARREIRA, Carolina Genovêz; SILVA, Nádia Teixeira Pres da. *Os apátridas à luz de “O Terminal”*. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1134ac57b5b1d38b. Acesso em 03 de março de 2016.

PEREIRA, Vitor Moreira Soliano. *Interações judiciais transnacionais em matéria constitucional*. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/16600/1/VITOR%20MORENO%20SO%20LIANO%20PEREIRA%20-%20>

Disserta% C3 % A7 % C3 % A3 o % 20 - % 20 Tex to.pdf. Acesso em 14 de janeiro de 2016.

RIBEIRO, Deborah Cristina Rodrigues; NASCIMENTO, Isabela Ottoni Penna do; VALLE JUNIOR, Luiz Artur Costa, *et. al.* *Apatridia e Cidadania: protegendo indivíduos legalmente invisíveis*. Disponível em: <http://www.sinus.org.br/2013/wp-content/uploads/2013/03/13.-SoCH um-Arti go.pdf>. Acesso em 31 de dezembro de 2015.

ROCHA, Vinícius de Souza; BEIDER, Danilo Guedes A. *Povo cigano: exclusão e preconceito na União Europeia*. Disponível em: <https://uspdigital.usp.br/siicusp/cdOnlineTrabalhoVisualizarResumo?numeroInscricaoTrabalho=3679&numeroEdicao=19>. Acesso em 25 de setembro de 2016.

ROSAS, Erika Guevara. *Milhares de apátridas: a vergonha da República Dominicana*. Disponível em: <https://anistia.org.br/milhares-de-apatridas-vergonha-da-republica-dominicana/>. Acesso em 25 de abril de 2016.

SILVA, Cristina Gomes da. *Perspectivas asiáticas dos Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/textos/silva_dh_asia.pdf. Acesso em 11 de janeiro de 2016.

UNHCR. *Nacionalidade e Apatridia na África Ocidental*. Disponível em: <http://www.unhcr.org/ecowas2015/Apatridia-na-Africa-Occidental-BACKGROUND-POR.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2016.

_____. *Stateless Report*. Disponível em: http://unhcr.org/statelesscampaign2014/Stateless-Reporteng_final3.pdf. Acesso em 23 de abril de 2016.

DIREITO E MEIO AMBIENTE

CERTEZA CIENTÍFICA ABSOLUTA E FALIBILISMO: ANÁLISE EPISTÊMICA DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Diego de Alencar Salazar Primo¹⁰⁶ e Carla Mariana Aires Oliveira¹⁰⁷

INTRODUÇÃO

A importância do conhecimento científico para o Direito vem, há tempos, intensificando-se. Apenas recentemente, porém, começou-se a compreender que a ciência também tem limites e que, muitas vezes, os avanços tecnológicos por ela proporcionados acabam engendrando problemas que a própria ciência não consegue resolver, os quais se convolvam em conflitos.

O Direito, todavia, embora precise dar uma resposta aos conflitos sociais, continua delegando boa parcela de seu papel decisório ao conhecimento científico, aparentemente sem se dar conta de que o caráter absoluto e objetivo da ciência é, hoje, tido como inatingível, não sendo ela capaz de resolver a totalidade dos impasses que afligem as sociedades humanas.

No campo do Direito Ambiental, essa influência do conhecimento científico é especialmente notada no chamado princípio da precaução, que desempenha, na atualidade, relevante papel na proteção jurídica do meio ambiente, sendo frequentemente empregado como lastro para a prolação de decisões judiciais que, diante de ameaças de danos sérios ou irreversíveis ao meio ambiente, impõem a adoção de medidas que previnam a degradação ambiental, mesmo quando não exista certeza científica absoluta acerca da concretização dos danos, caso não se tomasse nenhuma providência.

Repete-se, à exaustão, que, justamente nessa última característica – a existência ou não de certeza científica absoluta de que ocorrerão danos ambientais –, residiria a característica distintiva do princípio da precaução em relação ao princípio da prevenção, o qual obriga a adoção de medidas em defesa do meio

106. Mestrando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Advogado. E-mail: dasp55@gmail.com

107. Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). E-mail: cmariaires@hotmail.com

ambiente nos casos em que se tenha certeza de que, em não se adotando tais medidas, o dano ambiental se concretizará.

Ocorre que essa distinção, aparentemente trivial, tem sido, no mais das vezes, feita de modo um tanto quanto raso, pois o conceito-chave em que se escoram ambos os princípios – i.e., a certeza científica absoluta – é empregado sem maiores reflexões quanto ao seu conteúdo e mesmo quanto à sua possibilidade, do ponto de vista da teoria do conhecimento.

A ausência de maior aprofundamento epistêmico acerca do elemento “certeza científica absoluta”, que integra o núcleo do princípio da precaução, pode levar a uma má compreensão de seu alcance e, conseqüentemente, à sua má aplicação, o que há de ser evitado, se se deseja que o Direito ambiental cumpra a contento os seus desideratos.

Daí porque, no presente trabalho, pretende-se investigar a possibilidade ou não de que seja alcançada uma “certeza científica absoluta”, de modo a delimitar, com maior rigor epistêmico, o conteúdo jurídico do princípio da precaução.

Para tanto, emprega-se o método hipotético-dedutivo (pois se parte da hipótese, a ser verificada, de que é necessário reinterpretar o princípio da precaução, para adequá-lo às premissas da epistemologia falibilista, com a qual é atualmente incompatível), desenvolvendo-se pesquisa de natureza qualitativa, exploratória e bibliográfica.

1 O CRESCENTE PRESTÍGIO DO CONHECIMENTO CIENTÍFICO NO DIREITO AMBIENTAL: O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO ÁPICE DESSA ESCALADA

É notória a influência do conhecimento científico nos diferentes campos do saber. Na verdade, “a ciência está no âmago da sociedade” (MORIN, 2014, p. 20). Como ressalta Santos (1989, p. 28), a ciência adquiriu, em meados do século XIX, total hegemonia no pensamento ocidental, passando a ser reconhecida pelas virtudes instrumentais da sua racionalidade, isto é, pelo desenvolvimento tecnológico que veio a possibilitar.

Essa expansão abrangeu, também, o Direito, onde o conhecimento científico passou a desfrutar de extraordinária relevância. Tendo os sistemas jurídicos, nos últimos três séculos, considerado a certeza, isto é, a segurança de suas referências, um dos seus valores mais caros, perenemente construído e defendido em prol das sociedades humanas sob a forma do princípio ou postulado da “segurança jurídica”, é até natural a sua aproximação da ciência moderna (PARDO,

2015, p. 65-66), que, por muito tempo, se arvorou da capacidade de estabelecer leis claras, objetivas, universais, corretas, *seguras*, em suma.

Como reconhece Pannarale (2006), a ciência assume um papel auxiliar da decisão jurídica não apenas na experiência judiciária, mas também nos âmbitos legislativo e executivo. Os expertos têm tido, com frequência, papel determinante na definição dos aspectos mais problemáticos das questões submetidas aos parlamentos, reduzindo, muitas vezes, a sua margem de discricionariedade política, afora o fato de que diversos atos infralegais expedidos pela Administração Pública são também fortemente impregnados de linguagem e conteúdo científicos.

Referido movimento, segundo Pardo, assume, na realidade, ares de verdadeira delegação da atividade jurídica às conclusões científicas, fenômeno por ele denominado “*deriva cientificista do direito*” (2015, p. 27), causado não apenas pela rendição deste às conclusões da ciência, mas também pela pressão externa que ela, ciência, exerce nas instâncias públicas, de forma organizada, para ganhar espaços de decisão (PARDO, 2015, p. 25).

No Direito Ambiental, particularmente, por se tratar de ramo jurídico que, em virtude de seu próprio objeto de estudo, demanda análises ecossistêmicas (LEFF, 2002, p. 77), passíveis, por definição, de abordagem interdisciplinar, por meio de um constante diálogo com outros saberes (como a Física, a Biologia, a Oceanografia, a Engenharia Ambiental e a Economia, por exemplo), esse fenômeno é ainda mais acentuado.

De fato, como lembram Funtowicz e De Marchi (2003), a Agenda 21, instrumento de planejamento para a construção de sociedades sustentáveis adotado no Rio de Janeiro, em 1992, por ocasião da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CNUMAD, “Rio 92” ou “Declaração do Rio”), prevê expressamente, em seu capítulo 35, que é necessário “aplicar os conhecimentos científicos para articular e apoiar as metas de desenvolvimento sustentável”, pregando tanto um fortalecimento da ciência, quanto uma maior “interação entre as ciências e a tomada de decisões”, já que as ciências seriam “um componente indispensável” na busca de formas exequíveis de se alcançar a sustentabilidade.

E essa tem sido, precisamente, a realidade normativa contemporânea em matéria ambiental, pautada cada vez mais nas conclusões das ciências: tratados internacionais que impõem o dever de reduzir o quantitativo de emissões de gases do efeito estufa são baseados em dados científicos acerca das mudanças climáticas, e assim também leis que dispõem sobre a exploração dos recursos marinhos; resoluções que consideram determinadas áreas como “zonas de amor-

tecimento” de determinada unidade de conservação, impondo restrições ao seu uso; decisões judiciais que vedam a instalação de indústrias em certas regiões, a fim de evitar a poluição sonora etc.

O ápice dessa influência científica no direito ambiental, pelo menos até o presente momento, deu-se com o advento do princípio da precaução, surgido na Alemanha, na década de 70 do século passado, sob o nome de *Vorsorgeprinzip*, resultado de uma política centralizadora e intervencionista do Governo Federal alemão na área da poluição atmosférica (SARLET; FENSTERSEIFER, 2014, p. 165).

Sua consagração no âmbito internacional, todavia, como princípio jurídico voltado à proteção universal do meio ambiente, ocorreu em 1992, na Declaração do Rio (CRETILLA NETO, 2012, p. 227), mencionada em linhas anteriores, com o seguinte teor:

Princípio 15: Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

Segundo Thieffry (1998, p. 67), os termos em que foi erigido o princípio da precaução são tão precisos que chegam a evocar uma verdadeira regra de direito positivo, tendo ele, muito rápido, galgado papel central no direito do meio ambiente, a ponto de ser considerado um de seus “mais promissores princípios” (ARAGÃO, 2015).

O recente maravilhamento da comunidade jurídica com a questão ambiental, embora salutar, por se tratar de temática urgente, parece, todavia, ter sido acompanhado de uma certa precipitação na busca internacional por meios jurídicos capazes de assegurar a proteção do meio ambiente, culminando na produção de textos normativos muitas vezes carentes de um necessário aprofundamento epistemológico e, justamente por isso, controversos do ponto de vista da possibilidade e, no campo jurídico, da efetividade e razoabilidade.

O princípio da precaução, edificado sobre expressão extremamente polêmica no campo da teoria do conhecimento (“certeza científica absoluta”), sem que essa fundamental discussão subjacente pareça ter sido sequer considerada quan-

do de sua positivação, é exemplo claro desse fenômeno, que tem passado ao largo da doutrina ambientalista.

Dada a vasta utilização desse princípio na fundamentação de decisões judiciais, percebe-se que a deriva cientificista do Direito ocorre em grau cada vez mais elevado, mediante cega confiança nas certezas científicas, mesmo quando a própria ciência já passou a reconhecer que o conhecimento por ela produzido padece de várias imperfeições.

2 FALIBILISMO E CONHECIMENTO CIENTÍFICO: É POSSÍVEL QUE A CIÊNCIA ASSEGURE A CERTEZA?

O paradigma cartesiano, simplificador, disjuntor, que, desde o século XVII, controlou a aventura do pensamento ocidental, permitiu, sem dúvidas, conquistas extremamente benéficas à humanidade, mas, a partir do século XX, começou a deixar entrever suas consequências nocivas (MORIN, 2015, p. 11) e seus vícios, o que demandou uma reformulação do conceito e da visão que se tinha da ciência.

Nos dizeres de Pardo, foi Karl Popper quem mais precoce e lucidamente advertiu para essa mudança de postura da ciência (PARDO, 2015, p. 34), embora o lançamento das bases filosóficas daquilo que viria a ser denominado falibilismo seja atribuído a Charles Peirce, que, já no século XIX, defendia a existência de três coisas insuscetíveis de serem obtidas através da razão: a certeza absoluta, a exatidão absoluta e a universalidade absoluta (PEIRCE, 1931).

Popper, em sua obra “A lógica da pesquisa científica”, publicada pela primeira vez em 1934, rompeu com a crença de que conhecimento científico seria aquele passível de verificação conclusiva, adotando, ao revés, a falseabilidade como critério de demarcação (POPPER, 2013, p. 38), o que transforma a ciência em algo essencialmente refutável, jamais definitivo.

Segundo Popper (2013, p. 41), “as teorias científicas nunca são inteiramente justificáveis ou verificáveis”, mas sempre suscetíveis de serem submetidas à prova, fazendo com que a pretensa objetividade dos enunciados científicos passe a ser vista tão-somente como a circunstância de eles poderem ser intersubjetivamente submetidos a teste.

E prossegue afirmando que “os que não se disponham a expor suas ideias à eventualidade da refutação não participarão do jogo científico”, uma vez que todo enunciado científico é irremediavelmente provisório: “apenas em nossas experiências subjetivas de convicção, em nossa fé subjetiva, podemos estar absolutamente certos” (POPPER, 2013, p. 244-245).

Em 1962, Thomas Kuhn, por meio do seu “A estrutura das revoluções científicas”, dá outro forte golpe na concepção moderna de ciência, ao introduzir o conceito de paradigma, unidade fundamental que reúne suposições teóricas e leis genéricas sob as quais se desenvolveria a atividade científica, asseverando ele que, ao contrário do que imaginava Popper, a ciência não progrediria de forma cumulativa, gradativa, com o surgimento e a resolução de anomalias, mas sim aos saltos, por meio de verdadeiras revoluções causadas por crises na ciência “normal”, a partir das quais emergiria um novo paradigma, que passaria a orientar, então, a nova atividade científica “normal” (KUHN, 2013).

Não só isso, a partir do século XX, até o método empregado pela ciência passa a ser visto com desconfiança, questionando-se, ainda, a primazia do conhecimento científico sobre outras tradições.

Passa-se, assim, a reconhecer a imperfeição e o caráter não-absoluto do conhecimento científico, porque sempre falível, aproximado e construído pelo sujeito, jamais perfeito, definitivo, acabado. De fato, “a realidade tal como ela é, isto não podemos saber” (ARAÚJO, 2004, p. 263), considerando que a apreensão do real pelos nossos sentidos é falha e que os dados por eles obtidos são sempre interpretados pela mente, à luz de experiências anteriores do próprio intérprete (MACHADO SEGUNDO, 2014).

Esse fato, todavia, não justifica a adoção de uma postura de absoluto ceticismo, pois é certo que *alguma coisa* podemos conhecer, do contrário a própria sobrevivência da espécie humana já teria, há muito, chegado ao fim, e, mesmo que assim não fosse, não haveria como se explicar o sucesso de muitas de suas empreitadas.

Ademais, duvidar de todas as coisas pode nos levar tão longe quanto não duvidar de nada, uma vez que o próprio jogo da dúvida pressupõe que se admitam certas premissas como seguras (WITTGENSTEIN, 1969, p. 18; FATTURI, 2014).

Por outro lado, tampouco é recomendável a admissão de um completo relativismo, o qual nega a existência de um padrão de racionalidade universal não-histórico, em relação ao qual se possa julgar se uma teoria é melhor ou pior que outra (CHALMERS, 1993, p. 139), admitindo, assim, tudo como igualmente verdadeiro, o que é falacioso.

Como afirma Machado Segundo (2014) é possível, diante desse impasse, adotar-se postura intermediária, que é o falibilismo. Embora o conhecimento seja imperfeito, ele é calcado em presunções, que podem ser mais fortes ou menos fortes, mas são, sempre, refutáveis.

Ou, como assevera Wittgenstein (1969, p. 10), “*I make assertions about reality, assertions which have different degrees of assurance*”. O falibilismo, assim, admite a existência de uma parcela da realidade ainda desconhecida e aceita a possibilidade de que conheçamos as coisas, embora sempre de modo precário, provisório, inacabado, com diferentes graus de certeza, jamais com certeza absoluta.

Nesse sentido é, também, a opinião de Reed (2002), para quem o falibilismo é a visão filosófica que reúne duas afirmações aparentemente óbvias: de um lado, nós, seres humanos, somos falíveis, cometemos erros (às vezes até sobre as coisas mais evidentes), mas de outro, nós até temos bastante conhecimento, pois, apesar da tendência de ocasionalmente cometermos erros, na maioria das vezes, nós acertamos.

Não se pode, portanto, concordar com Bazarian (1998, p. 169), quando afirma que a humanidade já possui uma série de conhecimentos científicos sobre diversos aspectos da realidade dotados do caráter de verdades absolutas, irrefutáveis no futuro. Mesmo porque o autor emprega, como exemplos de verdade absoluta, algumas “verdades” científicas (as únicas, segundo ele, capazes de adquirir esse *status*) já extremamente controversas no próprio meio científico, o que não ocorreria fossem elas absolutas.

O século XX, portanto, presenciou uma aguda crise na ciência, o que representou um dos fatores mais marcantes do encerramento da Modernidade. A ciência, a partir de então, não mais se dedica a simplificar o universo para conhecê-lo ou saber como funciona, tal como ele é na realidade (VASCONCELLOS, 2013, p. 93), pois passou a ter consciência das suas próprias limitações.

O advento da assim chamada “pós-modernidade” acentuou essa virada epistemológica: reconhece-se, agora, que o conhecimento científico não representa a totalidade do conhecimento e que o conhecimento que se acumulou sob a forma de afirmações já aceitas pode, sempre, ser questionado (LYOTARD, 1984).

Como explica Giddens (1999, p. 40), no mundo atual, não podemos jamais estar seguros de que qualquer elemento do conhecimento não será revisado. No campo da física quântica e da matemática, Prigogine (1996, p. 12) constatou a mudança no perfil da ciência, que outrora prestigiava a ordem, a estabilidade e a certeza, mas passou a incorporar as instabilidades e a exprimir possibilidades em vez de dados certos e acabados.

Ferry (2015, p. 31), analisando o que ele denomina “lógica da inovação destruidora”, chega mesmo a afirmar que a principal característica do mundo contemporâneo seria a de que ele perdeu o sentido que éramos capazes de, estando

certos ou errados, atribuir-lhe no passado, já que não mais sabemos nem que mundo construímos, nem porque o fazemos.

Vive-se hoje, segundo Bauman e Bordoní (2016, p. 122), em um interregno: os modos velhos, familiares e testados de fazer as coisas já não funcionam; ao passo que os seus substitutos mais eficientes ainda não são visíveis, ou são demasiadamente precoces, voláteis e rudimentares para serem levados a sério.

Em suma: na pós-modernidade, reina a incerteza. “Estamos numa nuvem de desconhecimento e incerteza, produzida pelo conhecimento” (MORIN, 2014, p. 104). A ciência não mais é vista, sequer por ela mesma, como fonte autorizada de produção de saberes ou conclusões absolutas, seguras, certas. Não obstante, o Direito Ambiental parece estar aprisionado ao paradigma moderno, não se dando conta de que o seu anacronismo tem consequências gravíssimas, dada sua natureza essencialmente normativa, isto é, prescritora de condutas humanas.

3 UMA NECESSÁRIA REINTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO À LUZ DO NOVO PARADIGMA DE CIÊNCIA NA PÓS-MODERNIDADE

Diante do que se constatou no tópico anterior, pode-se afirmar, com Machado Segundo (2010, p. 109), que

A epistemologia contemporânea não mais considera como características do conhecimento científico a objetividade, a neutralidade, a clareza e a certeza. De fato, hoje se entende que a ciência é essencialmente provisória, composta de teorias e enunciados considerados verdadeiros até que se demonstre o contrário. As mudanças pelas quais passaram as principais teorias científicas nos séculos XIX e XX são testemunhas disso.

De fato, o caráter de “científico” não é mais visto como gerador de certeza. Muito menos de certeza absoluta, que evidencia um grau a mais de segurança, a reforçar uma suposta irrefutabilidade do enunciado. Frise-se que, como destaca Moore (1959), há de existir alguma diferença entre “certeza” e “certeza absoluta”, pois, do contrário, jamais nos sentiríamos tentados a utilizar esta última expressão.

Não obstante, o princípio da precaução continua vigorando nos exatos termos em que formulado em 1992, tendo-se tornado uma referência incontornável em qualquer discurso relativo aos riscos (PRIEUR, 2004, p. 155). Rememore-se: o

princípio impõe o dever de adotar medidas economicamente viáveis para evitar a degradação ambiental, mesmo quando não houver “certeza científica absoluta” sobre as ameaças de danos graves ou irreversíveis.

Os signatários da Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, ou Rio 92, portanto, acabaram por estabelecer, pela via legiferante, de forma peremptória e sem maior rigor epistemológico, que há a possibilidade de se atingir uma “certeza científica absoluta”, o que contraria as transformações ocorridas ao longo de aproximadamente um século de evolução da Filosofia da Ciência.

Pode até ser que estivessem corretos, afinal, mas era fundamental que indicassem os motivos pelos quais chegaram a essa conclusão, de modo a submetê-los à crítica. E isso, todavia, não foi feito. O princípio da precaução, portanto, já nasce com uma mancha de impropriedade epistêmica quanto à sua possibilidade ou, no mínimo, com uma grave deficiência em sua justificação, o que torna o Direito Ambiental mais suscetível à perda de efetividade.

Faz-se necessária, assim, claramente, uma releitura do princípio da precaução. A doutrina, entretanto, parece não ter atentado para essa insustentabilidade, ao menos literal (mas que deve ser enfrentada), do princípio, diante da virada paradigmática sofrida pela ciência a partir do século XX. Machado (2013, p. 108), por exemplo, continua afirmando, junto a diversos outros teóricos do Direito Ambiental¹⁰⁸, que o princípio da prevenção atua nos casos de certeza, enquanto que o da precaução, nos casos de incerteza.

As vozes em abono à tese ora defendida, com um enfoque crítico mais aguçado ao analisar-se o princípio da precaução do ponto de vista epistêmico, têm sido escassas, podendo-se citar, porém, a valiosa contribuição de Bim (2015, p. 35), para quem, justamente por inexistirem certezas científicas absolutas, o princípio da precaução, tal como definido na Declaração do Rio, há de ser encarado com

108. No mesmo sentido: MILARÉ, Édís. *Direito do ambiente*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 264; BETIOL, Luciana Stocco. *Responsabilidade civil e proteção ao meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 52; LEITE, José Rubens Morato et al. *Princípios fundamentais do Direito Ambiental*. In: _____ (Coord.). *Manual de direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 97-98; GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121-122; GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito ambiental*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 63 (embora a autora reconheça, em breve passagem, que risco existe em toda atividade, variando apenas a probabilidade de ocorrência do dano, mantém acriticamente o uso do vocábulo “certeza”, escorando seus ensinamentos na tradicional distinção entre prevenção e precaução com base na existência ou não de certeza científica absoluta); ARAGÃO, Alexandra. *Direito constitucional do ambiente da União Europeia*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 72; CRETELLA NETO, José. *Direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 225; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Princípios do direito ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 167-168; SADELEER, Nicolas de. *Origin, status and effects of the precautionary principle*. In: _____ (Ed.). *Implementing the precautionary principle: approaches from the Nordic countries, EU and USA*. New York: Earthscan, 2007, p. 3-4.

cautela, admitindo o intérprete que sempre haverá incerteza científica e que ignorar esse fato pode tanto hipertrofiar o princípio da precaução, quanto anulá-lo.

Sunstein (2005, p. 4-5) também condena o princípio em referência, acoimando-o de incoerente, pois, como, nos dias atuais, os riscos se localizam em todas as facetas das situações sociais, a precaução conduziria à paralisação, proibindo as próprias medidas por ela determinadas, já que também essas medidas são geradoras, elas mesmas, de novos riscos.

Em suma, aplicar literalmente o princípio da precaução tornaria forçoso reconhecer que ele é aplicável diante de qualquer mínimo sinal de ameaça de dano ambiental (já que não se pode ter certeza absoluta quanto à concretização ou não de ameaça nenhuma), o que, na prática, significaria a paralisação de praticamente toda atividade humana e o aniquilamento, no plano do ordenamento jurídico brasileiro, do direito constitucional ao desenvolvimento econômico (e de outros, como a própria liberdade).

O princípio referido tem sido utilizado pelo Direito com o mesmo fetiche que ele tinha em relação à ciência moderna no passado, com o mesmo fascínio que sentia quanto às certezas que o conhecimento científico prometia, outrora, assegurar.

Ao agir dessa forma, porém, o Direito tende a adotar decisões de caráter eminentemente negativo (vedações, proibições), engendrando um verdadeiro estado de exceção, em que reina a ciência (PARDO, 2015), na medida em que a ordem jurídica fica suspensa, bloqueada, privada de exercer as funções de decisão e regulação que lhe são próprias, as quais são simplesmente transferidas a uma ciência que nunca teve como finalidade decidir, mas apenas propor.

Além do problema epistemológico, essa delegação acarreta ainda um grave problema de legitimidade (PARDO, 2015, p. 25), pois as deliberações do Poder Judiciário são legítimas somente enquanto amparadas no regime democrático. Ao aderir ao pacto social, abdicando de parcela de sua liberdade, o povo o fez em favor do Estado, e não da ciência. Com que autoridade, portanto, o conhecimento científico poderia ditar o modo como as atividades humanas devem-se desenvolver?

E mais: a impropriedade da deriva cientificista do direito é agravada pelo fato de que, na pós-modernidade, muitos dos riscos sociais (sobre os quais a ciência está autorizada a dar a última palavra) são causados pelo próprio conhecimento científico. Como afirma Morin (2014, p. 18), a ciência não gera apenas potencialidades benéficas, mas também subjugadoras e mortais, o que é ainda mais preocupante dado o fato de que os poderes criados pelo conhecimento científico

escapam ao poder da própria ciência. Ela não tem controle sobre suas próprias criações e acaba, assim, por tornar-se refém de si mesma.

CONCLUSÃO

O princípio da precaução não pode continuar sendo interpretado, hoje, sob a vigência da contemporânea epistemologia falibilista, tal como se ainda vivêssemos sob a égide do paradigma cartesiano, que orientava a atuação e as pretensões da ciência moderna, mas se revelou insuficiente para abranger a complexidade da ciência do século XXI.

Esperar uma certeza científica absoluta sobre riscos ambientais para que se desenvolvam certas atividades humanas, além de não ser justificável com base em uma suposta “superioridade” do conhecimento científico, é inviável do ponto de vista da teoria do conhecimento, que, entre o ceticismo e o relativismo, aponta ser o falibilismo a atitude científica mais adequada.

Não só isso: carece de legitimidade, na medida em que desautoriza a força normativa do Direito e a sua racionalidade própria, tipicamente voltada ao desenvolvimento de processos decisórios, alheios às finalidades da ciência.

Ademais, precisamente por ser inalcançável a certeza absoluta referida pelo princípio da precaução, verifica-se que ele, a rigor, impõe uma situação de completa paralisação do agir humano, o que não é admissível, por acarretar o aniquilamento de outras normas de idêntico patamar hierárquico na ordem jurídica. A precaução, nos moldes como enunciada, é incomplacente: se só é lícito agir havendo certeza científica absoluta sobre a ausência de riscos e se essa certeza é inatingível, forçoso reconhecer que jamais se poderá agir licitamente.

Essa conclusão lógica, que se extrai de uma leitura do princípio da precaução feita à luz da epistemologia falibilista, é incompatível com a Teoria do Direito hodierna, que rechaça a ideia de direitos absolutos. O direito ao meio ambiente é muito, mas não é tudo. Não pode ser infenso à ponderação, à comparação, à análise de riscos, à avaliação razoável de custos e benefícios, à proporcionalidade, enfim, à apreciação da instância competente, o Estado-juiz. E, lembre-se, há de ser harmonizado com os demais princípios que informam a Ordem Econômica.

Talvez a melhor interpretação ao princípio em referência deva partir da ideia de graus de certeza de que fala Wittgenstein, tendo-se em mente que a verdade, embora exista, é inacessível, tornando, assim, automaticamente, provisórias todas as certezas, o que não significa dizer, contudo, que elas não possam ter

diferentes graus de confiabilidade, com base no grau de solidez dos elementos e argumentos que as justificam, a serem oportunamente avaliados pelo Direito.

A dialética entre interesses conflitantes, portanto, há de ser resolvida não com base na proibição taxativa e apriorística de um deles (por ser, supostamente, absoluto), mas com base na análise dos graus de confiabilidade dos argumentos que empregam. A ciência pode até fornecer, total ou parcialmente, elementos para aferição da confiabilidade dos argumentos, mas não pode, jamais, decidir qual interesse deverá prevalecer. O Direito precisa recuperar o seu protagonismo na resolução dos conflitos sociais em matéria ambiental, incumbência essa que, como se viu, é exclusiva.

Nesse sentido, o pensamento sistêmico complexo, que incorpora a incerteza, reconhece o papel da intersubjetividade e lida não com verdades absolutas, mas com probabilidades, revela-se um importante aliado do jurista na retomada do papel de ator principal do fenômeno decisório em lides que girem em torno da aplicação do princípio da precaução. Em qualquer caso, a concepção moderna de ciência não pode mais servir de embasamento para a aplicação de medidas precaucionais.

REFERÊNCIAS

- ARAGÃO, Alexandra. Direito constitucional do ambiente da União Europeia. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 34-82.
- ARAÚJO, Inês Lacerda. **Do signo ao discurso**: introdução à filosofia da linguagem. São Paulo: Parábola, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.
- BAZARIAN, Jacob. **O problema da verdade**: teoria do conhecimento. 3. ed. São Paulo: Alfa-Omega, 1998.
- BIM, Eduardo Fortunato. **Licenciamento ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

- CHALMERS, Alan F. **O que é ciência afinal?** Tradução de Raul Filker. Brasília: Brasiliense, 1993.
- CRETELLA NETO, José. **Direito internacional do meio ambiente.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERRY, Luc. **A inovação destruidora:** ensaio sobre a lógica das sociedades modernas. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.
- FUNTOWICZ, Silvio; DE MARCHI, Bruna. Ciência pós-normal, complexidade reflexiva e sustentabilidade. In: LEFF, E (Org.). **A complexidade ambiental.** São Paulo: Cortez, 2003, p. 65-98.
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade.** Tradução de Raul Filker. São Paulo: UNESP, 1999.
- HIEFFRY, Patrick. **Direito europeu do ambiente.** Tradução de Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Piaget, 1998.
- KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas.** 12. ed. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 2013.
- LEFF, Enrique. **Epistemologia ambiental.** 5. ed. Tradução de Sandra Valenzuela. São Paulo: Cortez, 2002.
- LYOTARD, Jean-François. **The postmodern condition:** a report on knowledge. Tradução de Geoff Bennington e Brian Massumi. Manchester: Manchester University Press, 1984.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Epistemologia falibilista e teoria do direito. **Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Universidade de Lisboa**, Lisboa, Ano 3. 2014, n. 1, p. 197-260. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/01/2014_01_00197_00260.pdf> . Acesso em: 03 jul. 2016.
- _____. **Fundamentos do direito.** São Paulo: Atlas, 2010.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MOORE, G. E. Certainty. In: _____. **Philosophical papers**. London: George Allen & Unwin, 1959, p. 227-251.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 16. ed. Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Doria. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

_____. **Introdução ao pensamento complexo**. 5. ed. Porto Alegre: Sulina, 2015.

PANNARALE, Luigi. **A ciência do direito, conhecimento científico e decisões jurídicas: um confronto impossível**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, p. 9-29, jan./jun. 2006.

PARDO, José Esteve. **O desconcerto do Leviatã: política e direito perante as incertezas da ciência**. Tradução de Flávia França Dinnebier e Giorgia Sena Martins. São Paulo: O Direito por um Planeta Verde, 2015.

PEIRCE, Charles Sanders. **Collected papers**. Editado por Paul Heiss e Arthur Burks. Cambridge: Harvard University Press, 1931-1935.

POPPER, Karl. **A lógica da pesquisa científica**. 2. ed. Tradução de Leonidas Hegenberg e Octanny Silveira da Mota. São Paulo: Cultrix, 2013.

PRIEUR, Michel. **Droit de l'environnement**. 5. ed. Paris: Dalloz, 2004.

PRIGOGINE, Ilya. **O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza**. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: UNEP, 1996.

REED, Baron. How to think about fallibilism. **Philosophical Studies**, v. 107, n. 2, p. 143-157, jan. 2002.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Introdução a uma ciência pós-moderna**. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2014.

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

VASCONCELLOS, Maria José Esteves de. **Pensamento sistêmico: o novo paradigma da ciência**. 10. ed. Campinas: Papirus, 2013.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **On certainty**. Tradução de Denis Paul e G. E. M. Anscombe. Oxford: Basil Blackwell, 1969.

A ATUAÇÃO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS NA FISCALIZAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS QUE VISEM A PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE SADIO

Francisco Dias de Oliveira Júnior¹⁰⁹

INTRODUÇÃO

Existem atualmente no Brasil dez agências reguladoras federais, além de algumas dezenas de agências estaduais e municipais. Nesta pesquisa, apenas aquelas (federais) serão objeto de estudo. Sendo que, em detrimento do princípio da simetria constitucional muitas das considerações e conclusões feitas com relação às agências federais são aplicáveis, por analogia, às agências estaduais e municipais.

Não podemos olvidar que as agências reguladoras fazem parte do cotidiano da sociedade brasileira, desde a década de 90, tanto pela constante vinculação na mídia quanto pelas suas expressivas áreas de atuação, afetando diretamente a vida de cada indivíduo, visto que, detém importante papel na universalização e fiscalização dos serviços públicos delegados à iniciativa privada.

Os setores regulados, em regra, monopólios naturais ou atividades que exigem grandes infraestruturas, movimentam grande parte do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro. Logo, a atuação eficaz das agências reguladoras é de fundamental importância para o desenvolvimento do País, tanto pela manutenção da atratividade dos negócios regulados quanto pelo incremento de investimentos nesses setores.

Posto este cenário, e evidenciado a importância essencial desses entes reguladores, que foram concebidas, no Direito pátrio, tendo como corolário de sua existência, a autonomia política, funcional e administrativa, surge a primeira indagação: qual o papel dessas agências na implementação de políticas públicas que visem proteger e fomentar o direito fundamental ao meio ambiente sadio?

109. Mestrando em Direito Privado (Faculdade 7 de Setembro - FA7), MBA em Regulação de Serviços Públicos (FGV). Especialista em Direito e Processo Tributário (Faculdade Leão Sampaio). Bacharel em Direito (FA7). Professor convidado do curso de pós-graduação lato sensu MBA em Logística da FA7. E-mail: fdoj2009@hotmail.com.

Destaque-se que há uma infinidade de trabalhos acadêmicos abordando tanto os direitos fundamentais como as agências reguladoras. Entretanto, são poucos aqueles que traçam uma correlação entre o papel destas autarquias especiais e a implementação daqueles direitos. Surge, portanto, diante disso, a necessidade de se estudar qual o papel dessas agências na implementação e efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

O objetivo principal deste trabalho é investigar qual o papel das agências reguladoras federais, como *longa manus* do Estado regulador, na proteção do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, mas especificamente por meio da fiscalização e implementação de políticas públicas.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DO ESTADO NA SUA CONCRETIZAÇÃO

Inicialmente há que se levar em consideração que existe uma verdadeira balbúrdia terminológica que assola a doutrina, no que concerne à apresentação de um conceito de direitos fundamentais. Pode-se registrar, por exemplo, autores que usam nomes tão díspares quanto “direitos humanos”, “direitos humanos fundamentais”, “liberdades públicas”, “direitos dos cidadãos”, “direitos da pessoa humana”, “direitos do Homem”, dentre outros. É preciso, porém, sedimentar uma terminologia adequada, pois se trata de uma questão essencial (TAVARES, 2010, p. 527).

Consideramos que, no direito interno, a nomenclatura mais adequada é a que ora utilizamos, ou seja, direitos fundamentais. Essa é a posição, também, de Dirley da Cunha Jr., Paulo Gustavo Gonet Branco, Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins (DIMOULIS; MARTINS, 2007, p. 53). Além do mais, a Constituição Federal utiliza essa terminologia (Título II), que adotaremos aqui.

Conforme ensina Paulo Bonavides (2012, p. 578), com embasamento em Konrad Hesse, os direitos fundamentais são aqueles direitos que o Direito vigente qualifica como tais.

Nessa mesma linha de inteligência, Carl Schmitt sistematizou critérios formais de caracterização dos direitos fundamentais, sendo que um desses critérios é aquele que estabelece que tais direitos são todos aqueles nomeados ou especificados na Constituição, ou seja, aqueles que receberam do Texto Maior um grau mais elevado de garantia ou de segurança (BONAVIDES, 2012, p. 579). Vale dizer, partindo desse pressuposto cada Estado-nação tem seus direitos fundamentais específicos, posto que positivados em sua Carta Magna.

Portanto, parte-se do conceito do que vem a ser um direito fundamental, para em seguida relacionar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado

Numa primeira análise, histórica, dos direitos fundamentais, percebe-se que estes podem ser vistos como a retratação legislativa dos valores precípuos da sociedade, confundindo-se até mesmo com os princípios que norteiam o ordenamento jurídico. Vale dizer, de outra forma, que os direitos fundamentais são princípios norteadores das ações estatais.

É neste sentido o intento do presente trabalho: considerar os direitos fundamentais e os seus mecanismos de proteção como princípios norteadores das ações do Estado regulador, através da ingerência desempenhada pelas agências reguladoras federais.

Nesse diapasão, analisar-se-á o Estado regulador como apto a concretizar as normas de direito fundamental, tendo como base as ações das agências reguladoras federais nos setores que regulam, procurar-se-á defender a bandeira da concretização e, conseqüentemente, de sua proteção e salvaguarda, como fim supremo de um Estado Social de Direito.

A teoria hermenêutica de concretização nos remete à utilização de três elementos para concretizar a norma: deve-se ter uma norma a ser concretizada, uma pré-compreensão do seu conteúdo e finalmente o caso prático a ser analisado. Mediante a conjugação destes elementos, tem-se a concretização da norma fundamental (QUEIROZ; MENDONÇA, 2008, p. 141).

Partindo-se desse pressuposto, as agências reguladoras federais, por meio de seu poder normativo – que lhes dar competência para editar comandos normativos e direcionar o comportamento dos agentes do setor regulado –, reúnem todo aquele conteúdo, que no entender de Hesse, deve existir para a concretização de uma norma, que nesse caso será uma norma de direito fundamental, ou seja, a pré-compreensão da norma e do caso concreto de forma especializada, de modo a entender qual a melhor interpretação a ser dada à norma para que seja concretizada e alcançada a sua finalidade.

Não se pode olvidar que,

Investido no papel de hermeneuta, as agências possuem, sim, condição de implementar as políticas públicas, assim como já o fazem, porém, conferindo efetividade aos direitos fundamentais. Como já mencionado, com arrimo em uma interpretação con-

cretizadora, direcionada à salvaguarda e proteção dos direitos fundamentais, as competências que lhe são atribuídas podem se tornar verdadeiros mecanismos de efetivação dos direitos fundamentais. (QUEIROZ; MENDONÇA, 2008, p. 141).

Assim, ao fazer uso de seu poder normativo, as agências visam a efetuar comandos direcionados e concretos a todos os seus agentes e àqueles que porventura venham a ter interesse naquele determinado setor.

Nesse diapasão, conclui-se que a atuação das agências reguladoras de forma a direcionar a atuação dos entes regulados, deve ser utilizada e entendida como meio de concretização dos direitos fundamentais.

Partindo desses pressupostos verificar-se-á o papel do Estado regulador como apto a concretizar as normas de direito fundamental a partir das ações das agências reguladoras nos setores que regulam. Logo, será defendida a bandeira da concretização e, conseqüentemente, de sua proteção e salvaguarda, como fim supremo de um Estado Social de Direito.

Além do mais, por meio de seu poder normativo, ao emitir portarias, resoluções e instruções normativas, dentre outros dispositivos normativos, as agências reguladoras podem – e devem – se pautar pelos valores preconizados constitucionalmente mediante os direitos fundamentais.

Intervenção do Estado na economia: breve revisão sobre o papel do Estado regulador contemporâneo

Segundo Eros Roberto Grau (2001, p. 14) sempre houve intervenção estatal no domínio econômico, merecendo distinção apenas a forma, a intensidade, a motivação e a dinamização dessas diversas formas de intervenção. Afirma ele que o Estado sempre desenvolveu atuação no campo econômico, ou seja, o Estado sempre interviu na economia, no entanto, o Estado agora o faz sob e partir de renovadas motivações e mediante a dinamização de instrumentos mais efetivos, o que confere substância a essas políticas.

Antes de relacionar os principais aspectos sobre a intervenção estatal, por meio da regulação da atividade econômica, é salutar fazer uma breve análise histórica sobre os vários papéis assumidos pelo Estado, desde o Estado liberal do século XIX ao Estado regulador dos dias atuais.

Em que pese sempre ter havido a intervenção na economia, na formulação da teoria liberal (Estado mínimo) predominou o distanciamento do Estado em relação à vida social, econômica e religiosa dos indivíduos.

Essa época foi consagrada pela expressão *laissez-faire/laissez-passer* vinculada à doutrina de Adam Smith, do liberalismo econômico, que se assentava sobre a base de que o interesse individual coincide com o interesse geral, portanto, deve-se, na prática, dar plena liberdade de ação aos interesses privados, ou seja, aos mercados (HUGON, 1984, p. 106).

Para os defensores do liberalismo a verdadeira liberdade é “que cada homem deve ser deixado livre para dispor de sua propriedade, do seu tempo, força e aptidão, qualquer que seja a maneira que julgue adequada, desde que não prejudique seus vizinhos” (KEYNES, 1926, online).

Para Rubens Bezerra Falcão (2013, p. 39), no pensar dos liberais mais ortodoxos, o Estado não deveria ir além das tarefas de cuidar da defesa exterior, e de alguns serviços e instituições estritamente públicas, relacionadas com a educação e com a instrução.

Não há dúvida de que o liberalismo preconizava a plena liberdade na esfera econômica. Entretanto, conforme ressalta Raimundo Bezerra Falcão (2013, p. 27), seria “inviável supor que alguém que não dispusesse do mínimo sustentáculo econômico tivesse como participar desse festim libertário”. Complementa o autor, com fulcro na lição de Voltaire, que a liberdade para fazer algo está relacionada ao poder para fazer.

Logo, percebeu-se que o ideário nascido na França revolucionária e disseminado pelo mundo sobre a tríade da *liberdade, igualdade e fraternidade* se contrapôs à realidade do poder econômico. Afinal, o modelo clássico de mercado surgido àquela época, sob os auspícios de Adam Smith, ignorava e recusava a ideia de poder econômico.

Na batalha entre o poder econômico e o cidadão (usuário, consumidor etc.) o Estado nada mais era do que um simples árbitro das competições econômicas, destinada a garantir aos vencedores o resultado de uma luta socialmente desigual (GRAU, 2001, p. 19).

Os defensores do Estado mínimo falharam ao não perceber que a liberdade absoluta, sem a intervenção estatal, não trouxe consigo a garantia, aos menos afortunados, do direito ao seu pleno exercício; da mesma forma que a igualdade formal, tão defendida, não representou a igualdade material tão sonhada.

Na lição de Paulo Bonavides (2011, p. 188) essa liberdade conduzia, com efeito, a graves e irreprimíveis situações de arbítrio, e expunha, no campo do domínio econômico, os fracos à sanha dos poderosos.

Para este autor o velho liberalismo, na estreiteza de sua formulação habitual, não pôde resolver o problema essencial de ordem econômica das vastas camadas proletárias da sociedade, e por isso entrou irremediavelmente em crise (BONAVIDES, 2011, p. 188).

Conforme leciona Eros Roberto Grau (2001, p. 14), as imperfeições do liberalismo associada à incapacidade de autorregular os mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado, ou seja, a regulação dos mercados.

Piero Sraffa (apud FALCÃO, 2013, p. 66) já havia previsto, antes de Keynes, o fim da doutrina do Estado liberal pois – uma década antes da publicação da obra *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, de John Maynard Keynes –, em artigo publicado no *Economic Journal* já advertia o mundo para uma realidade que muitas pessoas não viam e mais pessoas ainda faziam não ver, ou seja, a ilusão da concorrência perfeita na atividade concreta dos mercados.

Essa ilusão da concorrência perfeita alertada por Pietro Sraffa se faz presente ao mundo de forma escancarada com a crise de 1929. Tido como marco final do declínio do Estado liberal e surgimento do Estado social (*Welfare State*). E, mais recentemente com a crise financeira de 2007, nos Estados Unidos da América.

Acredita-se, conforme ensina Fernando Quadros da Silva (2012, p. 20), que as últimas resistências à necessidade de uma constante e necessária regulação dos mercados, ao que parece, foram dissipadas com a crise econômica e financeira mundial que se iniciou em 2008 e se espalhou pelas economias do mundo.

Para Rubens Bezerra Falcão (2013, p. 29) o Estado intervencionista nasce do receio, já encontrado em Maquiavel e Hobbes, de que “os apetites potestativos dos mais fortes terminassem por esmagar o patrimônio libertário individual dos mais fracos, o que era o caso da grande maioria”.

Com a crise de 1929, e as grandes contribuições de John Maynard Keynes, ganha corpo os defensores da teoria da intervenção do Estado na economia. Posteriormente com o *New Deal*, de Franklin Delano Roosevelt, sai de cena o Estado liberal e ganha espaço o Estado do bem-estar social (ou Estado Providência).

A partir desse marco histórico tem-se o surgimento do Estado Social, marcado pela intervenção direta na economia, sendo o próprio Estado o maior provedor dos serviços públicos.

Leciona Paulo Bonavides (2011, p. 184) que o Estado social representou efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Não se deve, por oportuno, confundir as bases ideológicas do Estado social com as do Estado proletário, que socialismo marxista tentou implantar, dado que aquele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia.

Para Paulo Bonavides (2011, p. 38) o Estado Social, que teve sua construção baseada nos valores da dignidade da pessoa humana, “despontou para conciliar de forma duradoura e estável a Sociedade com o Estado”. Vê-se, portanto, que o fim primordial do Estado social era a dignidade da pessoa humana. Entretanto, o Estado providência –, com o passar dos anos, diante do inchaço de suas instituições, da burocracia e a ineficiência –, não foi capaz de atingir esse fim almejado.

Daí, Sérgio Guerra (2010, p. 15), com arrimo na lição de Carlos Ari Sundfeld, afirmar que os modelos econômicos experimentados no mundo, o Liberal e o Intervencionista, não lograram êxito no bem mais precioso a ser protegido: o bem-estar e a dignidade da pessoa humana.

Portanto, com o crescimento da demanda dos serviços públicos cominado com a ineficiência do Estado providência em fornecer tais serviços, esse papel do Estado passou a ser vigorosamente questionado a partir dos anos oitenta do século passado, na afirmação dos discursos de desregulamentação e do neoliberalismo.

Com efeito, o agigantamento do Estado moderno, caracterizado pela multiplicação das finalidades que lhe foram reconhecidas como próprias e pela intensificação dos seus poderes, fez proliferar uma generalizada convicção de que se tornara um Estado muito grande, com notória incapacidade no atendimento das demandas coletivas. A partir daí, desenvolveram-se teorias, como a preconizada por Gaspar Arino Ortiz (1999), de um Estado mínimo, perfeitamente articulado com a ideologia neoliberal.

Como contraponto as ideias neoliberais, Eric Hobsbawn (2007, p. 11) ao fazer menção às mudanças ocorridas na década de 1970, principalmente na Inglaterra e nos Estados Unidos, ressalta o enfraquecimento do poder do Estado, ocorrido “pelo retorno, por parte de políticos e ideólogos, a um *laissez-faire* ultra-radical, que critica o Estado e sustenta que seu papel tem que ser reduzido a qualquer preço”.

Para Eric Hobsbawn (2007, p. 11) essa

[...] linha argumenta, mas por convicção teórica do que por evidência histórica, que todo e qualquer serviço que as autoridades públicas podem proporcionar ou são indesejáveis ou podem ser fornecidos pelo “mercado” de maneira melhor, mais eficiente e mais barata. Desde então a substituição dos serviços públicos por serviços privados ou privatizados tem sido maciça.

Plantada estava a semente do neoliberalismo e do Estado regulador.

Preleciona Eric Hobsbawn (2007, p. 105) que essa nova onda do *laissez-faire*, chamada por ele de ultrarradical, conhecido por nós, por ensinamentos de doutrinadores da área, como surgimento do Estado Neoliberal, ou seja, essa globalização acompanhada de mercados livres trouxe consigo uma acentuação das desigualdades econômica sociais no interior das nações e entre elas.

O crescimento da demanda dos serviços, até então sob o controle do Estado, juntamente com a globalização da economia e o processo de privatização que varreu a Europa, a América Latina e o Brasil, obrigaram a uma nova readequação do papel do Estado capitalista.

No Brasil, assim como em parte da América Latina, a reformulação do papel do Estado na economia, pressupôs necessariamente a privatização da maioria dos serviços públicos que eram prestados diretamente pelo Estado.

Antônio José Avelãs Nunes (2011, p. 15) ao estabelecer uma correlação entre o neoliberalismo e a privatização narra que “Sob a inspiração do Neoliberalismo, uma onda privatizadora varreu a Europa e o mundo, desencadeada, fundamentalmente, por razões ideológicas. Privatizou-se tudo, entregando ao grande capital a produção e a distribuição de bens e de serviços essenciais à vida humana – inclusive, a água”.

Na precisa lição de Marcos Juruena Villela Souto (2002, p. 31)

[...] o surgimento do Estado-regulador decorreu de uma mudança na concepção do conteúdo do conceito de *atividade administrativa* em função do *princípio da subsidiariedade* e da crise do Estado bem-estar, incapaz de produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos com o sacrifício da sociedade. Daí a descentralização de funções públicas para particulares.

Para Francisco Villar Rojas (apud AMARAL, 2008, p. 3) a privatização desvelou a vontade política de substituir a titularidade pública das empresas de serviços por monopólios privados regulados, dado que se considerava que a regulação permitiria uma prestação muito mais eficiente e econômica dos serviços.

Destaca ainda o jurista espanhol que as vantagens dessa substituição “justificavam a necessidade de desenhar um marco normativo que servisse para controlar qualquer abuso de posição dominante, fomentar o acesso de outras companhias ao mercado e garantir o serviço universal”. Portanto, a solução foi a regulação (apud AMARAL, 2008, p. 3).

Logo se notou que as privatizações arrastavam consigo a necessidade de garantir a salvaguarda de determinados interesses públicos trazendo consigo a necessidade de imposição às empresas privadas, agora prestadores dos serviços públicos concedidos (privatizados), de um conjunto de obrigações cujo objetivo é acautelar o interesse público, no tocante a garantir aos usuários serviços de qualidade, contínuo, seguro e acessível, assim como a preços razoáveis.

Para Antônio José Avelãs Nunes (2011, p. 17) o Estado regulador nasce como uma compensação aos processos de privatização e de desestatização. “Este foi o quadro em que surgiu, a partir dos anos 80 do século XX, o novo figurino do Estado capitalista, o Estado regulador”. A partir daí, “a defesa da concorrência é entregue a agências – ou autoridades – de defesa da concorrência, enquanto a regulação setorial dos vários mercados regulados é confiada a agências reguladoras”.

A importância da intervenção do Estado na economia por meio da regulação da atividade econômica é uma das formas de buscar o equilíbrio entre os interesses das empresas prestadores de serviços, dos consumidores e do Governo.

Defende, acertadamente, Eric Hobsbawm (2007, p. 105) que “o ideal de soberania do mercado não é um complemento à democracia, e sim uma alternativa a ela”. Necessitando, portanto, que a soberania dos mercados seja constantemente limitada pela atuação dos órgãos reguladores como forma até mesmo de manter a democracia.

Fernando Facury Scaff (2001, p. 4) contestando as nuances do estado neoliberal e fazendo um paralelo com a defesa dos direitos, assim critica:

Deixar os direitos ao sabor do mercado – pregação neoliberal –, equivalerá a estabelecer uma corrida de obstáculos entre atletas em perfeitas condições físicas e paraplégicos em cadeiras de rodas. Você já sabe o resultado da disputa. Os mais ricos aumentarão o fosso existente de poder aquisitivo, de educação, saúde, segurança, enfim, de bem estar social. A reprodução desta situação apenas gerará maior exclusão social. Um direito que se escreva com letra maiúscula não pode coadunar com isso.

Para Fernando Facury Scaff (2001, p. 4) o neoliberalismo, portanto, necessita da manutenção do Estado fiscalizador, a fim de que as regras do jogo econômico sejam asseguradas e o livre mercado possa atuar.

Como contraponto à efetiva atuação do Estado Regulador (fiscalizador) na defesa dos direitos dos usuários e aos seus benefícios, defende Lenio Luiz Streck (2001, p. 27) que

(...) os benefícios de um Estado intervencionista-desenvolvimentista-regulador foram sentidos apenas pela elite brasileira. Ele afirma que, o Estado interventor-desenvolvimentista-regulador, que deveria fazer esta função social, foi — especialmente no Brasil — pródigo (somente) para com as elites, enfim, para as camadas médio-superiores da sociedade, que se apropriaram / aproveitaram de tudo desse Estado, privatizando-o, dividindo / loteando com o capital internacional os monopólios e os oligopólios da economia e, entre outras coisas (...).

As afirmações de Streck induz-nos a verificar se a atuação deste Estado regulador, externalizado por meio das agências reguladoras, tem favorecido aos usuários igualmente ou apenas as elites, conforme afirma o citado autor.

A regulação é uma forma contemporânea de ação do Estado regulador e tem como função trazer equilíbrio ao mercado, sendo o ponto equidistante de coordenação entre as ações do Governo (Poder Público), das empresas (prestadores de serviços) e dos cidadãos consumidores. E tem como objetivo primordial o de “estimular, vedar ou determinar comportamento envolvendo determinados mercados, que por traços próprios, requerem interferência estatal” (BRASIL, 2003, p. 9).

A ação regulatória dá-se por meio de leis, regulamentos ou quaisquer outras regras editadas pelo poder público ou pelas próprias agências reguladoras. Dentre dessa nova faceta da regulação, pode-se destacar a participação do administrado (usuário, prestador de serviços, governo etc.).

Nessa mesma linha, Marçal Justen Filho (2002, p. 31) aponta algumas das finalidades da regulação, a seguir relacionadas: suprimir ou reduzir a incapacidade do mercado de autorregulação, suprir as deficiências na concorrência, reduzir as externalidades negativas, reduzir a assimetria de informações (entre o principal e o agente), reduzir o desequilíbrio de mercado (inerente ao próprio funcionamento do mercado), fomentar a proteção ao meio ambiente e ao direito das minorias (aos usuários/consumidores de modo geral).

Defende Ricardo Pinto Pinheiro (2006, p. 49) que uma regulação efetiva e bem dimensionada tem importância vital na proteção e prosperidade da sociedade em geral. Ela reduz as vulnerabilidades, protege o meio ambiente, promove a equidade e eleva o padrão de qualidade dos serviços.

O PAPEL DESEMPENHADO PELAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS NA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO AMBIENTE SADIO

Nesta seção, o objetivo principal é buscar na legislação, ou melhor, na lei de criação de cada agência alguma correlação ou determinação relacionada à proteção do meio ambiente.

A Lei nº 9.427/1996, que criou a Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), não faz referência ao meio ambiente em seu texto. Ao mesmo passo que, a Lei nº 9.472/1997, que criou a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), também não faz referência à proteção do meio ambiente. O Regimento Interno da Anatel, aprovado por meio da Resolução nº 612/2013, também é omissivo no que se refere a proteção do meio ambiente.

A Lei nº 9.478/1997, que criou a Agência Nacional de Petróleo (ANP), regulamentada em seu art. 8º, inciso IX, que cabe a ANP fazer cumprir as boas práticas de conservação e uso racional do petróleo, gás natural, seus derivados e biocombustíveis e de preservação do meio ambiente.

A Lei nº 9.782/1999 que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) não faz referência expressa ao termo meio ambiente.

A Lei nº 9.961/2000 que criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) também não faz referência ao meio ambiente.

A Lei nº 9.984/2000 criou a Agência Nacional de Águas (ANA) e estabeleceu que a ANA seria vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de implementar, em sua esfera de atribuições, a Política Nacional de Recursos Hídricos, integrando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (art. 3º).

A Lei nº 10.233/2001 que criou a Agência Nacional de Transportes Aquaviários (Antaq) e a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) estabelece em seu art. 11, incisos V e VI, que o gerenciamento da infraestrutura e a operação dos transportes aquaviário e terrestre serão regidos pelos seguintes princípios gerais: compatibilizar os transportes com a preservação do meio ambiente, reduzindo os níveis de poluição sonora e de contaminação atmosférica, do solo e dos recursos hídricos e promover a conservação de energia, por meio da redução do consumo de combustíveis automotivos. Estabelece, ainda, a Lei, no art. 12, inciso V, que constituem diretrizes gerais do gerenciamento da infraestrutura e da operação dos transportes aquaviário e terrestre: promover a adoção de práticas adequadas de conservação e uso racional dos combustíveis e de preservação do meio ambiente.

Logo, pelo exposto, verifica-se que a ANTT e a Antaq têm papel direto e primordial na defesa do meio ambiente.

A Medida Provisória nº 2.228-1/2001 criou a Agência Nacional de Cinema (Ancine) não faz referência expressa ao meio ambiente

A Lei nº 11.182/2005, que criou a Agência Nacional de Aviação Civil (Anac), não faz referência expressa o vocábulo meio ambiente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Das dez agências reguladoras federais, apenas a ANP, ANA, Antaq e ANTT tem previsão expressa em suas leis criadoras estabelecendo como uma de suas diretrizes a proteção do meio ambiente.

A Anac, em que pese atuar no setor de infraestrutura de transporte área, um dos mais caros e mais poluentes – se comparado ao aquaviário e ao ferroviário, em relação a carga efetivamente transportada – não traz em sua lei de criação diretrizes diretas relacionadas à proteção do meio ambiente. Idêntica conclusão se coloca em relação à Anatel, que atua na regulação do setor de infraestrutura de telecomunicações.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Agências reguladoras de serviços públicos.

Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 14, mai./jun./jul.-2008, Salvador, Bahia. ISSN 1981-1861.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 27.ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. **Do Estado liberal ao Estado Social**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

BRASIL. Casal Civil. **Análise e avaliação do papel das agências reguladoras no atual arranjo institucional brasileiro**. Relatório Final do Grupo de Trabalho Interministerial. Brasília, setembro de 2003. Disponível em: < http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/Agencias/avaliacao_das_agencias_reguladoras_-_casa_civil.pdf > . Acesso em: 28 ago. 2015.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 5 de outubro de 1988.

- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: RT, 2007.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Direito econômico**: teoria fundamental. São Paulo: Malheiros, 2013.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1998**: interpretação e crítica. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GUERRA, Sérgio. **Serviços públicos e controle da administração pública**. Colaboradora: Patrícia Sampaio. 6. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2010.
- HOBSBAWN, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Tradução: José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- HUGON, Paul. **História das doutrinas econômicas**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 1984.
- JUSTEN FILHO, Marçal. **O direito das agências reguladoras independentes**. São Paulo: Dialética, 2002.
- KEYNES, Jonh Maynard. **The end of laissez-faire**. Disponível em: < <http://www.panarchy.org/keynes/laissezfaire.1926.html> > . Acesso em: 15 mar. 2015.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes**: fundamentos e seu regime jurídico. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- NUNES, Antônio José Avelãs. O Estado capitalista no quadro da política de globalização neoliberal. PARAÍBA, **Revista do Tribunal de Contas do Estado**. Ano V, n.9, jan./jun. 2011 – João Pessoa, Paraíba. P. 15-67.
- NUNES, Edson. **Agências regulatórias**: gênese, contexto, perspectivas e controle. Observatório Universitário: Documento de Trabalho n° 1. Outubro de 2001.
- ORTIZ, Gaspar Arino. **Principios de Derecho Público Económico, modelo de Estado, gestión pública, regulación económica**. Granada: Comares Editorial. 1999.

- PINHEIRO, Ricardo Pinto. A visão da ABAR. In: **Desafios da regulação no Brasil**. Organizadores: Jadir Dias Proença, Patrícia Vieira da Costa e Paula Montagner. Brasília: ENAP, 2006. 342 p.
- QUEIROZ, Lizziane Souza; MENDONÇA, Queiroz Fabiano André de Souza. O papel do Estado regulador na concretização de direitos fundamentais. In: MENDONÇA, Fabiano André de Souza; FRANÇA, Vladimir da Rocha; XAVIER, Yanko Marcius de Alencar (Orgs.). **Regulação econômica e proteção dos direitos humanos**: um enfoque sob a óptica do direito econômico. Fortaleza: Fundação Konrad Adenauer, 2008. p. 121-148.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2008.
- SANTOS, Antônio Jeová. **Função social do contrato**. São Paulo: Método, 2004
- SCAFF, Fernando Facury. **Responsabilidade civil do Estado intervencionista**. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 306 p.
- SILVA, Fernando Quadros. **Controle judicial das agências reguladoras**: a contribuição do processo civil brasileiro. Tese de Doutorado, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Programa de Pós-graduação em Direito – PPGD. p. 406. Porto Alegre, 2012.
- SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 27-28.
- SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo e econômico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

O CUIDADO COM A CASA COMUM SOB A INFLUÊNCIA DA ENCÍCLICA LAUDATO SI E DO PENSAMENTO COMPLEXO: A NECESSIDADE DE UMA ECOLOGIA INTEGRAL PARA CONHECER E ESTUDAR O DIREITO AMBIENTAL

Iasna Chaves Viana¹¹⁰ e Livia Cartaxo Chagas¹¹¹

INTRODUÇÃO

O crescimento a qualquer custo faz com que o homem utilize os recursos naturais sem ponderar as consequências de suas atitudes, acreditando ser ele o centro do universo. O meio ambiente estaria inteiramente à disposição da satisfação dos ilimitados desejos humanos. Assim, durante bom tempo, prevaleceu o entendimento de infinitude dos insumos ecológicos, sendo a natureza algo meramente utilitário.

Em resposta ao que foi exposto, o presente trabalho torna-se relevante por observar que a Encíclica *Laudato Si* traz a preocupação ecológica integral como novo paradigma de justiça, o que justifica a necessidade de seu estudo no âmbito da Ciência do Direito. Reconhece, ainda, a insuficiência que existe em olhar os danos causados ao meio ambiente sob o viés estritamente ecológico ambiental e propõe uma preocupação ecológica humana.

Neste contexto, o Papa Francisco expõe a emergência do combate à cultura do descarte para articular a cultura do encontro, em uma proposta de comunhão com todos os homens de boa vontade. Para tanto, a educação é enfatizada ao promover uma aliança entre a humanidade e o ambiente, sendo preciso uma conversão ecológica como fruto de um amor civil e político.

110. Mestranda em Direito pela Faculdade 7 de Setembro (FA7). Especialista em Direito Tributário pelo IBET. Membro do Grupo de Pesquisa em Tributação Ambiental - UFC/CNPq. Membro do Grupo de Estudos e de Pesquisa sobre Direito, Complexidade e Meio Ambiente. Advogada. E-mail: iasnaviana@yahoo.com.br

111. Graduanda em Direito pela Faculdade 7 de Setembro (FA7). Membro do Grupo de Estudos e de Pesquisa sobre Direito, Complexidade e Meio Ambiente. E-mail: liviacartaxo@hotmail.com

Por sua vez, o pensamento complexo, como novo paradigma de conhecimento, pretende distinguir os saberes para religá-los, partindo-se da incerteza do conhecimento para articular os saberes através da transdisciplinaridade. A complexidade é uma oposição ao modelo simplista, o qual apreende o conhecimento de forma isolada, por meio do pensamento cartesiano, positivista e disciplinar, incapaz de conhecer algo de forma articulada à compreensão do mundo.

Nesse sentido, a pergunta de partida da pesquisa é a seguinte: como e em que medida a Encíclica *Laudato Si e o pensamento complexo* influenciam a forma de ver o Direito Ambiental? O trabalho, portanto, busca investigar a possibilidade de aplicação desta forma de pensar nos estudos da Encíclica *Laudato Si*. Para tanto, a partir dos princípios norteadores deste paradigma, adota-se como metodologia da pesquisa a própria complexidade, proposta por Edgar Morin, percebida como um método científico em construção e em movimento.

A hipótese inicialmente levantada é de que o pensamento complexo se mostra como uma alternativa para conhecer e estudar a Casa Comum, sendo o diálogo do Direito Ambiental com outros saberes fundamental para articulação e efetivação da Encíclica *Laudato Si*.

O trabalho tem natureza teórica e exploratória porque mediante pesquisa bibliográfica serão interpretados conceitos e narrativas expostas pela Encíclica *Laudato Si*. Será também qualitativa pelo fato da temática central, meio ambiente, ter como pano de fundo fenômenos ambientais que, sem dúvida, têm repercussão social.

Para alcance dos objetivos delineados, o trabalho foi dividido em três tópicos. Inicialmente, trata da relação homem-natureza, dos danos ambientais e da proteção jurídica do meio ambiente nos âmbitos internacional e nacional. No segundo tópico, aborda-se como a Encíclica *Laudato Si* propõe o alcance da conversão ecológica. Parte-se em seguida, para um aprofundamento dos princípios do pensamento complexo, para uma melhor fundamentação de conhecimento e estudo do Direito Ambiental. Ao final, serão feitas considerações de como a aplicação deste paradigma nos estudos da Encíclica *Laudato Si* podem influenciar uma nova forma de conhecer e estudar o Direito Ambiental.

1. O cuidado com a Casa Comum no contexto internacional e nas legislações brasileiras

A percepção de que os recursos naturais são escassos faz com que se empenhe em preservar o que resta. Danos ecológicos ocorridos em diversos lugares do

mundo têm feito várias populações sofrerem com as consequências pelo desrespeito à natureza. A crise ambiental é multifacetária e global. Seus impactos são transfronteiriços e efeitos, muitas vezes, irreversíveis. As ameaças à qualidade ambiental podem ser de toda ordem: contaminação da água e dos alimentos a serem ingeridos, poluição do ar atmosférico, derramamento de óleo em rios, perda da biodiversidade planetária, descontrole no gerenciamento de resíduos sólidos e outros mais.

Preocupados com a situação ecológica, várias nações, organismos internacionais, representantes de governos e de empresas dos países capitalistas começaram a debater o tema. Primeiramente, os primeiros encontros foram organizados com abrangência nacional ou internacional sobre bens isoladamente ou de grupo de indivíduos, sem considerar a proteção ambiental de forma sistematizada ou das relações das diversas espécies e o meio no conjunto da biosfera¹¹² (MODÉ, 2004, p. 18). Conferências internacionais sobre a temática ambiental foram ampliadas e propiciaram o estudo do Direito Ambiental no âmbito jurídico internacional.

Pelo fato de o caos ambiental ter ficado mais acirrado após a Segunda Guerra Mundial, vários governos passaram a incorporar em suas legislações, políticas de proteção ao meio ambiente, a partir da década de 70 (BENJAMIN, 2010, p. 79). Assim, se deu no Brasil.

Primeiramente, no âmbito da legislação infraconstitucional, a tutela ambiental teve importante previsão com a Lei 6.938/81, quando instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, definindo-o no seu art. 3º, I. Capez (2007, p. 7) esclarece que o meio ambiente “permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas, partindo pelo conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica”.

O meio ambiente atingiu o *status* de direito fundamental com a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988, dispondo em seu artigo 225, caput e art. 5º, §2º a necessidade de se tê-lo de forma equilibrada para o indivíduo e para a coletividade. Para isso, consagra a proteção ambiental como objetivo do Estado de Direito Brasileiro (BELCHIOR, 2015, p. 106), e, por isso, urge a necessidade de cumprir de forma efetiva o que traz explicitamente a Lei Maior.

Dessa forma, a constitucionalização do meio ambiente, segundo Benjamin, “simboliza a consolidação dogmática e cultural de uma visão jurídica do mundo”. (BENJAMIN, 2010, p. 64). O Direito Ambiental se fortalece. Seu estudo justifica a

112. O autor cita como exemplos “a Convenção de 1883, firmada em Paris, para a proteção das focas de pele do Mar de Behring, a Convenção de Paris, de 1911, ‘para a proteção das aves úteis à agricultura’ e a ‘Convenção para a regulamentação da pesca da baleia’, Washington, 1946”.

implementação da disciplina em grades curriculares de universidades no mundo. Documentos internacionais, doutrina, jurisprudência têm sido fonte de informações e campo fértil para a construção de conceitos e teorias referentes ao tema.

A visão pragmática e formal da Ciência Jurídica não pode esconder a necessidade de um olhar mais sensível para a Casa Comum. É preciso uma nova forma de estudo que permita ao aluno, ao professor e à instituição de ensino abraçarem a causa que há por trás dos livros, das salas de aulas, das lousas... É necessário estudo integral, articulado à compreensão do mundo. Nesse contexto, a Encíclica *Laudato Si*, objeto do presente artigo, articula-se à realidade do Direito e, particularmente, na disciplina do Direito Ambiental – o que será desenvolvido no tópico a seguir.

2. A Encíclica *Laudato Si*: uma forma de lançar as sementes da Ecologia Integral e apresentar o alcance da conversão ecológica

De forma geral, Aquino (2016) esclarece que Cartas Encíclicas são circulares escritas pelos Papas. Na temática escolhida, o Bispo de Roma transmite seus conhecimentos e guia os católicos do mundo inteiro para que professem uma fé em unidade, mesmo em diversos lugares habitados. Em algumas, inclusive, por ser um assunto relevante a nível social, é feito um diálogo com pessoas de diversos credos.

A Encíclica *Laudato Si*, nesse contexto, em clamor de combate à deterioração global do ambiente, é direcionada a todas as pessoas identificadas como “homens de boa vontade” (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 4). Por homens de boa vontade, entende-se todos aqueles que se dispõem a acolher a referida mensagem mesmo que não professem a fé católica. Assim, o termo designado nesta expressão compreende que se tratam de pessoas em comunhão com o Papa, não necessariamente sendo um fiel católico, mas alguém de boa vontade que se une ao propósito que clama o Bispo de Roma.

Portanto, há um diálogo que parte da religião sobre assuntos nos quais a Igreja também mostra seu cuidado para a sociedade como um todo, em uma proposta de unidade sob o âmbito civil. Para alcançar o objetivo da *Laudato Si*, o Pontífice esclarece a necessidade do diálogo com todos ser a “consciência amorosa de não estar separado das outras criaturas, mas de formar com os outros seres do universo uma estupenda comunhão universal” (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 175), afinal “o cuidado da natureza faz parte de um estilo de vida que implica capacidade de viver juntos e em comunhão”. (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 181).

Assim, é nesse contexto que o Pontífice destaca a necessidade de construir um zelo para com a Casa Comum em laços de união com todos. Para isto, destaca esta construção a partir de uma experiência afetuosa, como se observa: “O objetivo não é recolher informações ou satisfazer a nossa curiosidade, mas tomar dolorosa consciência, ousar transformar em sofrimento pessoal aquilo que acontece ao mundo e, assim, reconhecer a contribuição que cada um lhe pode dar (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 18).

Diante do que foi exposto, o Papa utiliza uma expressão intitulada por “Ecologia Integral”. Esta repercute em construir uma forma de ver o ambiente muito além de um conhecimento científico isolado. A título ilustrativo, o Papa evidencia a postura de Francisco de Assis diante do mundo, quando pondera que, para este, a preocupação com a natureza, a justiça para com os pobres, o empenho na sociedade e a paz interior são características inseparáveis na sua forma de viver (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 11).

No contexto de construir uma visão integral da Ecologia, surge também a preocupação com as gerações futuras como uma questão essencial de justiça, pois é preciso garantir a Terra que se administra hoje também àqueles que ainda virão. Não se trata, portanto, de um olhar meramente opcional. Nisto, convém destacar:

Quando pensamos na situação em que se deixa o planeta às gerações futuras, entramos noutra lógica: a do dom gratuito, que recebemos e comunicamos. Se a terra nos é dada, não podemos pensar apenas a partir dum critério utilitarista de eficiência e produtividade para lucro individual (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 129).

Logo, observa-se que os aspectos pertinentes ao desenvolvimento sustentável também são fomentadores desta visão. É nesse contexto, de não acolher o critério utilitarista, que o Papa apresenta uma proposta de educação ambiental permeada por uma espiritualidade ecológica. Por meio desta, encontram-se valores que motivam o conhecimento científico e o cuidado com a Casa Comum.

Assim, o Papa expõe que o desafio em face do cuidado com o meio ambiente repercute em observar que a educação ambiental não pode ser considerada efetiva apenas porque está contida em dispositivos normativos

A existência de lei e normas não é suficiente, a longo prazo, para limitar os maus comportamentos, mesmo que haja um válido

controle. Para a norma jurídica produzir efeitos importantes e duradouros, é preciso que a maior parte dos membros da sociedade a tenha acolhido, com base em motivações adequadas, e reaja com uma transformação pessoal (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 168).

Aqui, o Pontífice dialoga diretamente com o Direito Ambiental. É própria do Direito a sua função de regular condutas pela força normativa. Todavia, defende a necessidade de uma educação ambiental que implique uma aliança da humanidade para com o meio ambiente. Justifica-se, assim, a necessidade de se conhecer e de estudar o Direito, sobretudo nos âmbitos das universidades, fomentando motivações para afirmar o valor jurídico do bem que é o meio ambiente. Trata-se, segundo o Bispo de Roma, de gerar uma educação ambiental pautada em uma luta que se volte a valores imprescindíveis para reconhecer o meio ambiente como, de fato, nossa Casa Comum. Sobre o assunto, ele, então, propõe:

A educação ambiental deveria predispor-nos a dar este salto para o Mistério, do qual uma ética ecológica recebe o seu sentido mais profundo. Além disso, há educadores capazes de reordenar os itinerários pedagógicos de uma ética ecológica, de modo que ajudem efetivamente a crescer na solidariedade, na responsabilidade e no cuidado apoiado na compaixão (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 168).

Assim, nestas palavras, pode-se ver a importância do papel dos professores e das instituições de ensino enquanto pedagogos. Não se trata de passar aos alunos simplesmente informações jurisprudenciais, planos pedagógicos repletos de dispositivos legislativos. Aqui cabe aos educadores a capacidade de passar aos alunos uma certa mística, no aspecto de dar um sentido mais profundo, que se comprometa com a realidade social e não pare nas provas e no diploma de Bacharel. Neste sentido, o Papa destaca a força que há em se educar de uma forma tal, sob um aspecto humano e ecológico, que integre o ser humano em um novo estilo de vida, no ato de assumir certas renúncias por uma felicidade, para a qual houve uma conquista positiva, como pondera:

A doação de si mesmo em um compromisso ecológico só é possível a partir do cultivo de virtudes sólidas [...] É muito nobre assumir o dever de cuidar da criação com pequenas ações

diárias, e é maravilhoso que a educação seja capaz de motivá-las até dar forma a um estilo de vida. [...] A educação na responsabilidade ambiental pode incentivar vários comportamentos que têm incidência direta e importante no cuidado do meio ambiente (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 168).

Essa aliança, assim, repercute em uma educação fecunda, em uma forma de olhar para o Direito Ambiental não apenas como leis que devem ser ensinadas para que sejam aplicadas e tuteladas. É educar de uma forma comprometida com a humanidade, por isso a necessidade de se referir em uma aliança para com esta.

Por isso, como observa o Papa Francisco, convém uma preocupação em fomentar um novo modelo referente ao ser humano, à vida, à sociedade e à relação com a natureza, no combate ao modelo consumista e aos mecanismos do mercado. Para isto, o Pontífice não esgota em si mesmo as soluções, pois ressalta que tudo isso precisa ser construído em uma criatividade generosa e dignificante, capaz de fazer emergir o melhor que há no ser humano. (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 168-171)

Nesses termos, revela-se a dimensão, o peso e a efetividade da conversão ecológica para formar uma Ecologia Integral, bem como os aspectos do que consiste um amor civil e político, nas seguintes palavras:

A conversão ecológica, que se requer para criar um dinamismo de mudança duradoura, é também uma conversão comunitária. [...] O amor, cheio de pequenos gestos de cuidado mútuo, é também civil e político, manifestando-se em todas as ações que procuram construir um mundo melhor. O amor à sociedade e o compromisso pelo bem comum são uma forma eminente de caridade. [...] Neste contexto, juntamente com a importância dos pequenos gestos diários, o amor social impele-nos a pensar em grandes estratégias que detenham eficazmente a degradação ambiental e incentivem uma cultura do cuidado que permeie toda a sociedade (PAPA FRANCISCO, 2015, p. 182).

Assim, construir uma Ecologia Integral resulta em um não agir de forma isolada, até mesmo no sentido de não ter a pretensão de que uma só pessoa será capaz de resolver tudo. Faz parte do pensamento do Papa Francisco o alcance e os frutos de construir algo em comunhão e em diálogo.

Observa-se, portanto, que a Ecologia Integral e a importância de se obter uma educação ambiental efetiva muito tem a ver com a necessidade de amplos diálogos. Entre os homens, entre os saberes, para além dos saberes, sobretudo neste último aspecto sob o ponto de vista de valores mais profundos, como a compaixão, a solidariedade e a fraternidade universal.

É dentro desse contexto que o pensamento complexo de Edgar Morin ganha corpo no presente trabalho: em saber como articular os valores semeados pela Encíclica *Laudato Si* em face de uma Ecologia Integral na educação ambiental, a destacar essa contribuição para uma forma de ver o Direito e, especificamente, o Direito Ambiental.

Portanto, concluindo os ensinamentos do Papa, é preciso adentrar nos fundamentos de um paradigma científico contemporâneo em construção, que se revela em comunhão com os valores da Encíclica. Para tanto, serão apresentados alguns dos seus pressupostos e dos seus princípios norteadores no tópico a seguir.

3. Pensamento complexo: pressupostos para uma Ecologia Integral de conhecimento e estudo do Direito Ambiental

O estilo de vida da atualidade é marcado pela crise ambiental, consequência do modelo antropocêntrico economicista adotado. O desenvolvimento tecnológico, característico da sociedade pós-moderna, colocou o planeta em situação de permanente ameaça. Para o estudo dos riscos ecológicos, Beck (1998, p. 24) apresentou a teoria da sociedade de risco, caracterizada por incremento na incerteza, em virtude das atividades e tecnologias dos processos econômicos.

Alguns riscos podem ser controlados, outros não, e tantos mais neutralizam os sistemas de controle social. Em tal sociedade, convive-se com os riscos. Eles não são eliminados (BECK, 1998, p. 34). Dita situação, criada pela própria sociedade, é também fruto da crise de valores espirituais e culturais e de hábitos predatórios. Ao longo do tempo, compromete a sobrevivência humana e a possibilidade de vida das gerações futuras. É a crise da própria civilização. Põe em cheque a perpetuidade da existência humana na Terra. Bauman, assim, ao referir-se à sociedade de risco, aponta seu “caráter líquido dos conceitos clássicos” (BAUMAN, 2001, p. 20-21). Seguindo o raciocínio do autor, não existem mais conceitos sólidos, tudo se desintegra. Vive-se uma realidade em que tudo é líquido, relacionamentos, sentimentos, coisas e, inclusive, o ambiente. Vê-se que a incerteza e a insegurança encontram-se em todas as facetas do cotidiano.

Constata-se que os riscos se espraiam em várias dimensões da vida contemporânea: social, econômica, política e jurídica. (BELCHIOR, 2011, p. 115). Os riscos estão em todos os ramos do conhecimento.

O paradigma do conhecimento disjuntor, redutor, cartesiano, típico do século XVII, propiciou algumas conquistas, mas também, consequências nocivas. Neste paradigma, Descartes, seu criador, formulou uma separação do observador e da coisa observada (MORIN, 2011, p. 11). Tais lacunas só passam a ser percebidas a partir do século XX, quando entra em crise o pensamento científico clássico e inicia-se uma virada epistemológica da ciência.

A ciência se mostra falível e não consegue dar respostas a novas demandas. Erros, perigos, ignorâncias e cegueiras retratam como o conhecimento foi criado de forma distorcida. A realidade impõe um diálogo entre outros saberes. As diversas facetas da realidade cobram uma nova forma de estudar os problemas para suprir o que está incompleto.

O Paradigma da Complexidade, assim, não é visto como algo que está no mercado (MORIN, 2014, p. 331). É reconhecido como um método vivo, em construção. Visto, portanto, como uma resposta às insuficiências do “paradigma de simplificação” diante das urgências do mundo contemporâneo (MORIN, 2011, p. 11).”, mas que parte como “uma palavra-problema e não uma palavra-solução” (2011, p. 6). Logo, é importante esclarecer desde já duas ilusões pertinentes à temática (MORIN, 2011, p. 6-7).

Este novo paradigma não propõe a exclusão da simplicidade, não vem querer ocupar o lugar daquele paradigma formulado por Descartes, no Ocidente, apenas reconhece as insuficiências do pensamento positivista, linear, cartesiano, quando este não conseguir dar as respostas necessárias. O que cabe ao pensamento complexo, portanto, é responder quando o pensamento simplificador não conseguir dispor. Portanto, fazer ciência com complexidade não é substituir a diferença pelo holismo, nem dizer que o método se refere a um totalitarismo epistemológico.

O termo “complexidade”, também, não é sinônimo de “completude”. O fato deste novo paradigma se propor a articular os campos disciplinares, ora separados em razão do pensamento disjuntivo, reconhece, na verdade, que o conhecimento completo não é possível. É intrínseco à sua construção ter a noção de partir da incompletude e da incerteza para se conhecer de forma clara (MORIN, 2014, p. 176). Para Morin (2014, p. 59), “conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza”.

O que ocorre, portanto, é que o método contemporâneo propõe a distinção dos saberes, mas não para isolá-los. É necessário religá-los para, então, haver uma interação entre estes, na busca de um conhecimento articulado à compreensão do mundo. Pelo fato de não se constituir em um método pronto, a complexidade pode causar dificuldades em sua compreensão. Não é um coquetel de ciências ou de saberes. Por isso, não significa também um sincretismo metodológico.

Assim, pode-se tentar estruturá-lo a partir de sete princípios norteadores: a) princípio sistêmico e organizacional; b) princípio hologramático; c) princípio retroativo; d) princípio do círculo recursivo; e) princípio da autonomia/dependência; f) princípio dialógico; e g) princípio da reintrodução do sujeito em todo o conhecimento (BELCHIOR, 2015, p. 72-83)

Martínez (2014, p. 56) expõe que o a) princípio sistêmico e organizacional implica o ato de religar o conhecimento das partes com o todo e vice-versa. O princípio se fundamenta na ideia de ser insuficiente conhecer o todo sem conhecer a parte e de nada vale conhecer a parte sem conhecer o todo.

A autora explica, ainda, que por meio do b) princípio hologramático cada parte contém a totalidade da informação do objeto representado. O todo não deve ser dissociado da parte porque um locupleta o outro em relação de interdependência de funcionalidade. Esse princípio contradiz o paradigma cartesiano de separação e estudo das partes apartadas do todo. A construção do conhecimento se faz de forma interconectada, onde o contexto relacional entre o todo e as partes não pode ser ignorado. O conhecimento se constrói em rede, como uma raiz articulada.

Ao explicar o c) princípio retroativo pontua que este rompe o princípio redutor de causalidade linear com o conceito de círculo retroativo; não é mera causa e efeito linear, pois aparece as nuances das probabilidades, o que gera uma nova causalidade. Importam as conexões das partes com o todo, havendo uma dinâmica entre continuidade e ruptura. O Sistema, dessa forma, pode se autogerir e se autoadaptar.

Belchior (2015, p. 77) esclarece, ainda, no princípio do d) círculo recursivo que o “produto e o efeito são os próprios produtores e causadores daquilo que os produz” e “o que é produzido volta sempre sobre o que produziu”, pois diante da relação de causa e efeito envolve o “sujeito observador enquanto participante” (FOLLONI, 2013, p. 338; MORIN, 2005b). Como pontua Ost (1997, p. 280-281) as ideias de recursividade implicam em imbricadas causalidades múltiplas e circulares, por meio de interações e probabilidades, comparando isto com o movimento do relógio.

O e) princípio da autonomia/dependência também é conhecido por princípio eco-organizacional, como pondera Martínez (2014, p. 56) por compreender um processo nos seguintes termos. Uma organização para manter sua autonomia

necessita estar aberta ao ecossistema do qual se alimenta e que transforma. Não há, portanto, autonomia sem essa dependência do meio ambiente.

Já o f) princípio dialógico, como pondera Martínez (2014, p. 56-57) permite pensar em um mesmo espaço mental onde as lógicas se complementam e se excluem. Deve-se pensar em um mesmo espaço dialógico de indivíduo-sociedade, como unidade complexa entre as lógicas; são, portanto, instâncias complementares, concorrentes e antagônicas que se alimentam uma na outra, no qual “o antagonismo permanece e é constitutivo de entidades e fenômenos complexos” (MORIN, 2005, p. 333).

Belchior (2015, p. 27) expõe que este princípio faz um paralelo com a ordem, a desordem e a organização, fundamentos pertinentes ao pensamento complexo. Isto porque, muitas vezes, uma ordem precisa ser desfeita, no caso, para haver a desordem, a fim de se obter o conhecimento sem ilusão, partindo-se das premissas de incerteza e de incompletude e, assim, buscar conhecer de forma diferente uma realidade já tida por conhecida.

Por fim, o g) princípio da reintrodução do sujeito em todo o conhecimento, conforme expõe Belchior (2015, p. 83) ensina que o homem se reestrutura renovando o sujeito que conhece, ao se deparar com a problemática de como conhecer. Martínez (2014, p. 58) contribui ao afirmar que “o sujeito reconstrói a realidade por meio dos princípios que mencionamos”, ou seja, rompe com uma epistemologia cega e descobre novos horizontes epistemológicos a partir do pensamento complexo.

Assim, percebe-se que construir ciência com complexidade é uma nova forma de pensar. No contexto levantado sobre os valores encontrados na Encíclica *Laudato Si* no corpo do presente trabalho, o pensamento complexo mostra-se como alternativa para uma melhor compreensão do estudo jurídico, e ainda, do Direito Ambiental. Isto se justifica pela nítida interligação entre os seres vivos bem como destes para com todo o sistema organizacional. Portanto, não se pode pretender ter uma educação ambiental efetiva apenas observando as leis do Direito Ambiental. É preciso ver a necessidade de um diálogo entre os saberes que motive o aluno, como uma forma de conhecimento que desperte o melhor do ser humano, que o envolva no contexto e na realidade do mundo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do que foi exposto no contexto internacional e nas importâncias dadas aos diplomas legislativos brasileiros referentes ao Direito Ambiental, percebe-se, de fato, a importância que tem o estudo e a tutela da responsabilidade de manter um meio ambiente equilibrado.

Entretanto, com a contribuição levantada pela Encíclica *Laudato Si* como resposta à crise ambiental e como solução para uma nova forma de conhecer e estudar o Direito Ambiental, vê-se que não se pode reduzir o Direito Ambiental a uma visão pragmática, formal, que se atém apenas às leis.

Isso se justifica pelo fato da necessidade de se atribuir outros fatores, além do conhecimento científico, na proposta da educação ambiental. Aqui, destaca-se a importância da Ecologia Integral levantada pelo Papa Francisco, no contexto de uma conversão ecológica que brote um amor civil e político.

É preciso, portanto, defender, ver e estudar a proteção ao meio ambiente de forma integral. Cognitiva, sim, mas, também, afetiva, a fim de transformar as situações de crise por motivações fortes contextualizadas na realidade do mundo.

Logo, a Encíclica *Laudato Si*, mostra-se, de fato, relevante para o estudo do Direito Ambiental, de uma forma articulada com a realidade atual e complexa da crise ambiental. Isto se revela na medida em que se apresenta os valores da compaixão, fraternidade e solidariedade em um combate à forma utilitarista de ver o meio ambiente. Levanta, portanto, aspectos afetivos, de educação também humana, no conteúdo ambiental, por isso que se destaca a expressão Ecologia Integral.

Conclui-se, portanto, que o meio ambiente, por se constituir de fatores e elementos em constante transformação, requer um olhar que se vincule às incertezas científicas, à complexidade, à pós-modernidade e à própria lógica do macro bem ambiental. Dessa forma, o cuidado com a Casa Comum sob a influência da Encíclica *Laudato Si* e do pensamento complexo possibilitam um novo olhar de uma Ecologia Integral para conhecer e estudar o Direito Ambiental.

REFERÊNCIAS:

AQUINO, FELIPE. **O que é uma Carta Encíclica?** Lorena, mar. 2016. Cléofas. Disponível em: < <http://cleofas.com.br/o-que-e-uma-carta-enciclica/> > . Acesso em: 20 ago. 2016.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Trad. José Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Ed. Paidós Ibérica, 1998.

BELCHIOR, Germana Parente Neiva. **Hermenêutica jurídica ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2011.

- _____. **Fundamentos epistemológicos do direito ambiental.** Tese (doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de ciências jurídicas. Programa de pós-graduação em direito. Orientador: José Rubens Morato Leite. Florianópolis, SC, 2015.
- BENJAMIM, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da constituição brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes e LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito constitucional ambiental brasileiro.** 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CAPEZ, Fernando; coordenador da obra. **Direito Ambiental:** perguntas e respostas. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FOLLONI, André. **Ciência do Direito Tributário no Brasil:** crítica e perspectivas a partir de José Souto Maior Borges. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARTÍNEZ, Ana Cecília Espinosa. **Abrir los saberes a la complejidad de la vida:** nuevas prácticas transdisciplinarias em la universidad. Puerto Vallarta: CEUArkos, 2014.
- MODÉ, Fernando Magalhães. **Tributação ambiental:** a função do tributo na proteção do meio ambiente. Curitiba: Juruá, 2004.
- MORIN, Edgar. **A cabeça bem-feita:** repensar a reforma, reformar o pensamento. Tradução de Eloá Jacobina. 21. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- _____. **Ciência com consciência.** Tradução de Maria D. Alexandre e Maria Alice Araripe de Sampaio Dória. Ed. revista e modificada pelo autor. 16. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- _____. **Introdução ao pensamento complexo.** Tradução Eliane Lisboa. 4. ed. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- OST, François. **A natureza à margem da lei:** a ecologia à prova do direito. Lisboa: Piaget, 1997.
- PAPA FRANCISCO. **Carta encíclica Laudato Si:** sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulinas, 2015.

A EDUCAÇÃO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO PARA A EXPANSÃO DA ALTERNATIVA AGROECOLÓGICA NO BRASIL

Marina Venâncio¹¹³

1. Introdução

A Agroecologia, ciência transdisciplinar por natureza, constitui uma importante elemento na busca por um sistema de produção mais sustentável no âmbito das crises sistêmicas e interligadas que acometem a sociedade global de riscos. Nesse sentido, o presente artigo busca tratar das interconexões entre a educação ambiental e a Agroecologia, enaltecendo a relevância e o papel da primeira para a expansão da alternativa agroecológica no Brasil.

Dessa forma, abordar-se-á a temática em quatro momentos. Primeiramente, realizar-se-á uma breve contextualização do objeto de pesquisa à crise ambiental e à necessidade de uma reforma paradigmática do pensamento. Na sequência, trabalhar-se-á, respectivamente, com a legislação e os principais elementos da educação ambiental e da Agroecologia no país. Por fim, tratar-se-á das contribuições da educação ambiental formal e informal para o fortalecimento da perspectiva agroecológica.

2. A proteção e a educação ambiental na sociedade global de riscos

O século XXI é marcado por muitas crises, interligadas e complexas¹¹⁴, que demandam respostas urgentes e coerentes da sociedade em risco. A esse fenôme-

113. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e integrante do grupo de pesquisa de Direito Ambiental e Ecologia Política na Sociedade de Risco (GPDA/UFSC/CNPq). E-mail para contato: marina.venancio@posgrad.ufsc.br

114. Para Morin (2011, p.35), a complexidade é, em um primeiro momento, um fenômeno quantitativo, “a extrema quantidade de interações e de interferências entre um número muito grande de unidades”, que desafiam as possibilidades humanas de cálculo, compreendendo também “incertezas, indeterminações, fenômenos aleatórios”. A complexidade coincide assim “com uma parte de incerteza, seja proveniente dos limites de nosso entendimento, seja inscrita nos fenômenos”, no âmbito de sistemas ricamente organizados (MORIN, 2011, p.35).

no Morin (2003, p. 94) denomina de *policrise*, uma vez que “[...] não se poderia destacar um problema número um, que subordinaria todos os demais”, mas sim vários problemas vitais que em conjunto constituem o cerne da problemática a ser enfrentada pela humanidade.

Nesse conjunto policrísico enquadra-se a crise ambiental, cujos efeitos vêm intensificando-se ao longo das últimas décadas, paralelamente aos avanços da tecnociência, às mudanças climáticas, aos eventos climáticos extremos e às consequências catastróficas da agricultura industrial sobre os ecossistemas terrestres. Nesse contexto, os sistemas ambientais têm sido levados à desestabilização (PNUMA, 2012, p.4) e os problemas ambientais têm aumentado em complexidade, ameaçando a resiliência da biosfera. Tornam-se necessárias, portanto, novas abordagens para essa crise que levem em consideração tais características da conjuntura ambiental. Nesse contexto, a Agroecologia, em sua condição de ciência transdisciplinar, tem contribuído para o fomento de novas maneiras de enfrentar a problemática da produção de alimentos e todos os problemas ambientais a ela associados.

Ademais, a humanidade se encontra em um período denominado de *modernidade reflexiva*. O sociólogo Beck (2008, p.2) rejeita a ideia de que a humanidade caminha para uma pós-modernidade, uma vez que, em sua perspectiva, as sociedades atuais são todas capitalistas modernas, que se tornam cada vez mais capitalistas e mais modernas. Não há, assim, um movimento para além do moderno em direção ao seu oposto, mas sim a construção de uma segunda modernidade, conhecida também como modernidade reflexiva, a qual é marcada pelo teorema da individualização forçada, da globalização multidimensional e da sociedade de risco (BECK, 2008, p.2).

O que define a última são as incertezas fabricadas, ou seja, os efeitos colaterais inesperados do desenvolvimento econômico e tecnológico, o qual – paradoxalmente – visava à resolução e não à criação de novos problemas (BECK, 2008, p.4). Nessa sociedade de riscos, os homens tornam-se membros de uma sociedade global de ameaças, que não mais se restringem às fronteiras dos países e afetam todas as áreas de sociedade indistintamente, sobretudo os sistemas legais (BECK, 2012) e educacionais.

Nesse sentido, reflete a *teoria crítica da sociedade global de riscos* que antecipação de perigos e catástrofes globais desestabiliza os pilares das sociedades modernas (BECK, 2008, p.5), impondo uma série de desafios não somente ao Estado (em suas funções de legislador, juiz e administrador) como também à sociedade,

que agora se deparam com riscos transfronteiriços, onipresentes, incalculáveis, não compensáveis e complexos. Nesse âmbito, surge a difícil tarefa de se pensar em uma educação ambiental para o século XXI, que possa contribuir para a superação da policrise, instrumentalizando a expansão da alternativa agroecológica.

Nesse sentido, aduz Morin (2000, p. 36) que a educação do futuro confronta-se com uma incongruência “cada vez mais ampla, profunda e grave entre [...] os saberes desunidos, divididos, compartimentados e [...] as realidades ou problemas cada vez mais multidisciplinares, transversais, multidimensionais, transnacionais, globais e planetários”¹¹⁵, que acaba por ocultar o contexto, o global, o multidimensional e o complexo. Faz-se necessária, assim, uma reforma paradigmática do pensamento com o intuito de organizar e articular os conhecimentos, não apenas conhecendo e reconhecendo os problemas do mundo (MORIN, 2000, p. 35), como também reclamando a *complexificação* dos entendimentos (MORIN, 2003, p. 152). Na perspectiva de Leff (2003, p. 22), a complexidade ambiental seria então uma nova visão que emerge como resposta ao “constrangimento do mundo e da natureza pela unificação ideológica, tecnológica e econômica”, abrindo

[...] uma nova reflexão sobre a natureza do ser, do saber e do conhecer; sobre a hibridação do conhecimento na interdisciplinaridade e na transdisciplinaridade; sobre o diálogo de saberes e a inserção da subjetividade dos valores e dos interesses na tomada de decisões e nas estratégias de apropriação da natureza.”

Com base, pois, no papel da Agroecologia no âmbito da reforma paradigmática do pensamento que obrigatoriamente deve-se operar na sociedade global de riscos, bem como no necessário protagonismo da educação ambiental em sua instrumentalização, realizam-se nas seções que seguem algumas reflexões acerca da educação ambiental e da Agroecologia no direito brasileiro, tendo-se em mente o viés da complexidade.

115. Nas palavras de Morin (2003, p.21), a era planetária teve início com a realização de que a terra é um planeta e com o início da comunicação entre as suas mais diversas partes. Desenvolveu-se, assim, por intermédio “da violência, da destruição, da escravidão, da exploração feroz das Américas e da África” (MORIN, 2003, p. 23). O esboço de uma consciência planetária, todavia, ocorreu apenas na segunda metade do século XX, a partir (1) da persistência de uma ameaça nuclear, (2) da formação de uma consciência ecológica planetária, (3) da entrada no mundo do terceiro mundo, (4) do desenvolvimento da mundialização civilizacional, (5) do desenvolvimento de uma mundialização cultural, (6) da formação de um folclore planetário, (7) da tele-participação planetária, e (8) da visualização da terra a partir da terra (MORIN, 2003, p.36-42).

3. Educação ambiental e o direito brasileiro

Destaca-se que a educação ambiental possui um caráter de educação planetária, que compreende que o planeta terra é singular e finito, demandando o estabelecimento de outro modelo de desenvolvimento civilizatório (PORTANOVA, 2011, p. 147). Nessa perspectiva, a legislação brasileira traz relevantes elementos em termos de educação ambiental, que se encontram consolidados, sobretudo, na Lei n. 6.938/81 da Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), na Constituição Federal de 1988 e na Lei n. 9.795/99 da Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA).

Nesse sentido, já em 1981, a Lei n. 6.938 incluiu entre seus princípios a educação ambiental em todos os níveis de ensino, abrangendo a educação da comunidade, com o intuito de “capacitá-la para a participação ativa na defesa do meio ambiente” (BRASIL, 1981, art.2º, inciso X).

Nessa mesma esteira, a Constituição Federal de 1988, inserida no contexto da ascensão da cultura ecologista e dos valores ecológicos nos cenários jurídicos e políticos contemporâneos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 94), consagrou no ordenamento jurídico brasileiro o direito ao ambiente sadio e equilibrado como um direito humano e fundamental, abraçando uma “concepção holística e juridicamente autônoma de meio ambiente” (BENJAMIN, 2012, p. 110). O meio ambiente passou, portanto, a ser compreendido como um verdadeiro valor constitucional e um direito-dever do Estado (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 28).

Destaca-se que a maioria dos dispositivos constitucionais relacionados à proteção ambiental encontra-se no artigo 225 da Carta Maior, que incumbe ao Poder Público a tarefa de “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente” (BRASIL, 1988, art. 225, VI).

Diante disso, Derani e Rodrigues (2013, p. 115) inferem que esses dois instrumentos normativos supramencionados pensaram a educação ambiental para além do processo de ensino, compreendendo-a “como formação, um processo mais abrangente e mais lento do que o da simples instrução”, fundada na ética e na propositura de um novo estilo de vida.

Nesse mesmo sentido, em 1999, foi promulgada a Política Nacional de Educação Ambiental (PNEA), por intermédio da Lei n. 9.795/99. O referido texto normativo trouxe uma definição de educação ambiental, como sendo

[...] os processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades,

atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade (BRASIL, 1999, art. 1º).

Ademais, a lei consagrou a educação ambiental como um componente *essencial e permanente* da educação nacional, em caráter formal e não-formal, que deve se encontrar presente de maneira articulada em todas as modalidades e níveis do processo educativo¹¹⁶ (BRASIL, 1999, art. 2º), sendo incumbência do Estado zelar por sua aplicação (DERANI; RODRIGUES, 2013, p. 122). Igualmente, o texto distribuiu variadas incumbências às instituições educativas; aos órgãos integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente (Sisnama); aos meios de comunicação em massa; às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas; e à sociedade; os quais devem, de uma maneira geral, zelar pela promoção do meio ambiente por meio de programas e de uma atuação proativa preventiva (BRASIL, 1999, art. 3º).

Cumprir destacar aqui que a Lei n. 9.795 instituiu o enfoque holístico e participativo; o pluralismo de concepções e ideias, na perspectiva da multidisciplinaridade, interdisciplinaridade e transdisciplinaridade; a vinculação entre a educação, o trabalho, a ética e as práticas sociais; e abordagem articulada das questões ambientais locais, regionais, nacionais e globais; entre seus princípios, estabelecendo uma verdadeira base axiológica para se repensar a educação na era da complexidade (BRASIL, 1999, art. 4º).

Por fim, a título de complementação, cumpre destacar que o artigo 26, parágrafo 7º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), estabelece que os currículos do ensino fundamental e médio devem incluir a educação ambiental de forma integrada aos conteúdos obrigatórios (BRASIL, 1996).

4. Agroecologia: O que é qual sua importância?

Após essa breve explanação acerca da legislação brasileira referente à educação ambiental, questiona-se quais são os seus pontos de interconexão com a temática da Agroecologia. Para adentrar-se com mais profundidade nesse tópico, cumpre, todavia, tecer antes alguns comentários acerca da ciência agroecológica, situando-a no âmbito crise ambiental.

116. Destaca-se que o Decreto n. 4.281/02, que regulamentou a PNEA, no que tange à inclusão da educação ambiental em todos os níveis e modalidades de ensino, recomendou como referência os Parâmetros e as Diretrizes Curriculares Nacionais, observando-se "a integração da educação ambiental às disciplinas de modo transversal, contínuo e permanente; e a adequação dos programas já vigentes de formação continuada de educadores (BRASIL, 2002, art. 5).

Observa-se que a população mundial tem crescido de maneira significativa e as predições indicam que esta deve aumentar ainda mais ao longo das próximas décadas (FAO, 2013, p.4). Apenas no período compreendido entre os anos de 1970 e 2013 a população global aproximadamente duplicou (FAO, 2013, p.4), o que chama a atenção para um dos grandes desafios da humanidade, a saber, o de alimentar a população humana crescente de maneira sustentável, cumprindo as quatro dimensões da segurança alimentar¹¹⁷.

Compreende-se aqui sustentabilidade em sua acepção forte, a qual indica que (1) os recursos naturais não devem ser utilizados para além de sua taxa de reprodução, (2) os recursos não renováveis devem ser gerenciados economicamente e substituídos por renováveis, e que (3) a capacidade de absorção de poluentes pelo meio ambiente não deve ser excedida (WINTER, 2008, p. 31). Destaca-se que essa acepção do termo conta com um fundamento [os recursos naturais] e dois pilares [a economia e sociedade], cuja representação pode ser exemplificada com o desenho de uma casa, em que os recursos naturais constituiriam a base; a economia e a sociedade as paredes; e as futuras gerações o telhado (WINTER, 2008, p. 27-28).

Dito isso, sabe-se que a agricultura industrial é caracterizada pela utilização intensiva da terra e pelo uso massivo de fertilizantes químicos, pesticidas e organismos geneticamente modificados (OGMs). Nesse contexto, Shiva (2003, p.68) aduz que a “característica crucial das monoculturas é que, além de substituir as alternativas, destroem até mesmo a sua base”. Nesse sentido, Gliessman (2002, p.3) complementa que tal modelo agrícola é verdadeiramente insustentável e não possui o potencial de produzir alimentos, em quantidade e qualidade satisfatórias para atender a demanda, exatamente porque degrada os meios que tornariam isso possível.

Sendo assim, a busca por práticas agrícolas mais sustentáveis, que levem em consideração a complexidade dos problemas ambientais, é uma necessidade dentro da sociedade global de riscos. Nesse contexto enquadra-se a agricultura sustentável que, nas palavras de Capra (2002), é responsável pela preservação e manutenção dos grandes ciclos ecológicos, desempenhando um importante papel na integração entre os seus processos biológicos e os de produção de alimentos.

De uma maneira geral, o termo agricultura sustentável se refere a sistemas de produção que garantam a

117. As quatro dimensões da segurança alimentar compreendem: (1) a disponibilidade de alimentos; (2) o acesso aos alimentos; (3) a utilização dos gêneros alimentícios por meio do tratamento sanitário e de saúde, de uma dieta adequada e de água potável; e (4) a estabilidade em seu fornecimento (FAO, 2014, p.1).

manutenção, a longo prazo dos recursos naturais e da produtividade agrícola; o mínimo de impactos adversos ao ambiente; a otimização da produção com um mínimo de insumos externos; satisfação das necessidades humanas de alimentos e renda; atendimento às necessidades sociais das famílias e das comunidades rurais (EHLERS, 2008, p.414).

Nessa perspectiva, enquadra-se a Agroecologia, ciência transdisciplinar nascida da Ecologia e da Agronomia, que consiste no estudo da aplicação dos princípios ecológicos ao manejo e desenho de agroecossistemas sustentáveis (ALTIERI, 2012, p.104). Como muito bem coloca o relatório intitulado *Da uniformidade à diversidade*, do Painel Internacional de Experts em Sistemas Alimentares sustentáveis (2016, p.7), a Agroecologia não é um nicho de mercado para pequenos agricultores, muito menos uma certificação obtida com base em certas práticas, mas sim uma lógica universal para o redesenho de sistemas agrícolas de maneira a maximizar a biodiversidade e estimular interações entre variadas plantas e espécies, como parte integrante de um conjunto de estratégias holísticas para construir fertilidade em longo prazo, agroecossistemas saudáveis e meios de vida seguros.

Para muito além de seus aspectos técnicos, a Agroecologia também ficou conhecida na América Latina como uma teoria crítica, uma prática social e um movimento social que, de uma maneira geral, advogam para o estabelecimento de um sistema de produção de alimentos mais sustentável e socialmente inclusivo. Trata-se, portanto, de uma forma de combate à crise ambiental, de natureza transdisciplinar, que tem introduzido importantes reflexões no âmbito da política, educação e direito, como será mais bem trabalhado na próxima seção.

4.1. Agroecologia e direito no Brasil: as políticas públicas agroecológicas

No Brasil, como resultado da coordenação entre organizações e movimentos sociais¹¹⁸ articulados relacionados à produção agroecológica, bem como de diversas conferências a nível regional e nacional que debateram a temática extensamente, as reivindicações agroecológicas foram incorporadas em um projeto de lei que mais tarde se tornou a Política Nacional de Agroecologia e Produção Or-

118. Dentre os quais é possível citar a Articulação Brasileira de Agroecologia (ANA), a Associação Brasileira de Agroecologia (ABA), a Sociedade Brasileira de Saúde Coletiva (ABRASCO), a Sociedade Científica Latinoamericana de Agroecologia (SOCLA), a Confederação dos Trabalhadores na Agricultura (Contag), o Movimento de Pequenos Agricultores (MPA), o Movimento de Atingidos por Barragens (MAB) e o Movimento de Trabalhadores Sem Terra (MST), dentre muitos outros grupos engajados.

gânica (PNAPO). A Política foi estabelecida pelo Decreto n. 7.794/12 e instituiu, em nível nacional, um conjunto de objetivos, diretrizes e princípios objetivando a promoção da Agroecologia, delimitando um caminho político para a adoção de novas abordagens para a produção de alimentos no Brasil. Nos termos do Decreto n. 7.794/12, a PNAPO foi promulgada com o fito de

[...] integrar, articular e adequar políticas, programas e ações indutoras da transição agroecológica e da produção orgânica e de base agroecológica, contribuindo para o desenvolvimento sustentável e a qualidade de vida da população, por meio do uso sustentável dos recursos naturais e da oferta e consumo de alimentos saudáveis (BRASIL, 2012, art. 1º).

Nessa perspectiva, a formação profissional e a educação foram incorporadas ao rol de instrumentos da Política e constituem a base para a difusão e fortalecimento da iniciativa agroecológica, a qual ainda carece de maiores investimentos, sobretudo em termos de educação e de difusão do conhecimento tradicional.

A título de complementação, é importante destacar que há no Brasil outros instrumentos normativos direcionados à Agroecologia além da PNAPO. Nesse sentido, Venâncio (2015) destaca três distintos períodos que conformam a legislação agroecológica brasileira. O primeiro, anterior à Política Nacional, caracteriza-se pela promulgação de leis estaduais esparsas que “apesar de levarem o termo produção agroecológica em sua ementa, se referem a todas as formas de produção de base ecológica, não traduzindo todas as características integrativas dessa ciência e movimento social” (VENÂNCIO, 2015, p. 92-93). Já o segundo, o qual se dá entre os anos de 2011 e 2012, concomitantemente com a convergência dos movimentos sociais agroecológicos que impulsionaram a PNAPO, singulariza-se pela edição de leis em nível estaduais direcionadas à promoção da Agroecologia e pela promulgação da Política Nacional (VENÂNCIO, 2015, p. 93). Por fim, o terceiro e atual, caracteriza-se pela “instituição de políticas estaduais de Agroecologia pelos Estados, mais adaptadas as suas realidades regionais” (VENÂNCIO, 2015, p. 93).

No que tange à legislação correlata, cumpre destacar aqui que, em três de novembro de 2015, foi instituído o Pacto Nacional para Alimentação Saudável (PNAS) por intermédio do Decreto n. 8.553, o qual incluiu entre seus eixos o aumento da disponibilidade de alimentos saudáveis, com ênfase aos provenientes da Agroecologia; a redução da utilização de agrotóxicos; e a indução a modelos

de produção de alimentos agroecológicos (BRASIL, 2015). Igualmente, o PNAS elencou o fomento à “educação alimentar e nutricional nos serviços de saúde, educação e de assistência social” (BRASIL, 2015) como um de seus eixos, firmando um compromisso do Estado para garantir a segurança alimentar e nutricional.

5. Educação ambiental como ferramenta de promoção da Agroecologia

Assim, diante de tudo que já foi exposto, destaca-se que a educação ambiental formal e informal constituem importantes instrumentos na promoção da Agroecologia no Brasil, sendo que ambas as políticas, a PNEA e PNAPO, são interconexas e seus processos de implementação devem caminhar juntos, com o intuito de se fortalecer a expansão de iniciativas agrícolas mais sustentáveis no país.

A educação ambiental no *ensino formal* compreende aquela desenvolvida como prática educativa integrada, contínua e permanente, na esfera dos currículos das instituições de ensino públicas e privadas, compreendendo a educação básica, superior, especial, profissional e de jovens e adultos (BRASIL, 1999, art. 9º e 10º). Nesse sentido, como muito bem destacam Derani e Rodrigues (2013, p.119),

A educação ambiental deve ser trabalhada desde os primórdios na vida escolar dos jovens estudantes, através de um processo educativo de forma ativa e atuante, em uma escola aberta e participativa, onde as atividades desenvolvidas permitam a assimilação da verdadeira conscientização ambiental, de valores muito mais duradouros, diferente do que se tem conseguido através da educação tradicional.

Ademais, tal processo de formação, como visto, deve estender-se até o ensino superior. No que concerne mais especificamente ao ensino jurídico, este “precisa estar preparado para desenvolver a capacidade crítica e transformadora de seus alunos”, direcionando-os ao bem universal que ultrapassa segregações, fronteiras e preconceitos: o meio ambiente (MAROCCO, 2012, 93).

No que concerne a essa temática, o próprio PLANAPO coloca que a “inclusão e o incentivo à abordagem da agroecologia e dos sistemas orgânicos de produção nos diferentes níveis e modalidades de educação e ensino representam alguns dos principais desafios a ser superados” (BRASIL, 2013, p. 36). A ampliação dos processos de capacitação de educadores, a orientação dos cursos para a

incorporação dos princípios e diretrizes da Agroecologia, a ampliação dos meios de acesso ao conhecimento e a ampliação das pesquisas na área (BRASIL, 2013, p. 36), são apenas algumas das várias problemáticas a serem enfrentadas nessa esfera, dentro de um novo paradigma nas relações de ensino.

Já a educação ambiental *não formal* compreende as “ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente” (BRASIL, 1999, art. 13). Nesse âmbito, é incumbência do Poder Público, entre outras coisas, o incentivo à difusão por meio dos meios de comunicação de massa de programas educativos; a ampla participação das organizações não governamentais, as quais são de extrema importância ao movimento agroecológico brasileiro, da escola e da universidade na criação e implementação de programas e atividades; e a sensibilização ambiental dos agricultores (BRASIL, 1999, art. 13).

Sendo assim, a educação ambiental não-formal, ao lado da formal, possui um papel de extrema relevância na difusão da abordagem agroecológica, sobretudo na conscientização dos consumidores e produtores acerca dos benefícios e características dessa ciência transdisciplinar. São variados os projetos que podem ser conduzidos, à luz de uma metodologia que leve em conta a complexidade, nesse âmbito.

Há de se destacar aqui a iniciativa do Estado do Paraná, que estabeleceu o Dia Estadual da Agroecologia, por intermédio da Lei Estadual n. 17.796/13. Como muito bem destaca Venâncio (2015, p.127), o “estabelecimento de datas comemorativas oficiais serve ao propósito de promover atividades não somente de celebração como também de conscientização acerca das temáticas que homenageiam”, sendo de grande importância para a promoção da educação ambiental.

Observa-se que, diante de uma legislação desenvolvida acerca da educação ambiental, o grande desafio da sociedade global de riscos reside na operacionalização das disposições legais a fim de que a PNEA possa efetivamente cumprir os seus objetivos elencados no artigo 5º, dentre os quais é possível destacar “o desenvolvimento de uma compreensão integrada do meio ambiente em suas múltiplas e complexas relações, envolvendo aspectos ecológicos, psicológicos, legais, políticos, sociais, econômicos, científicos, culturais e éticos” (BRASIL, 1999, art. 5º). Como muito bem elucidam Derani e Rodrigues (2013, p. 128), os princípios enumerados neste artigo fortalecem a ideia de uma ética planetária pautada na solidariedade, que seja ciente da interdependência e da complexidade.

Vale a pena ressaltar, por fim, que o século XX foi marcado por grandes progressos nos conhecimentos na esfera das especializações disciplinares (MORIN,

2000, p. 40). Todavia, tais progressos resultaram dispersos e desagregados em virtude da própria especialização, que frequentemente dissociou as complexidades, globalidades e contextos. Nessa perspectiva, o saber torna-se parcelado, fragmentado e de pouca acessibilidade (MORIN, 2000, p. 111). Em virtude disso, tem-se que na modernidade reflexiva o exercício do conhecimento pertinente encontra barreiras nos próprios sistemas de ensino, que acabam por provocar a disjunção entre as ciências e as humanidades, influenciando “a separação das ciências em disciplinas hiperespecializadas, fechadas em si mesmas” (MORIN, 2000, p. 40).

Trazendo essa discussão para o âmbito da temática trabalhada nessa pesquisa, tem-se que transpor a compartimentalização entre as ciências é um dos maiores desafios na consolidação e no fortalecimento da Agroecologia como prática, bem como na tarefa levar as suas contribuições para o mundo jurídico, sendo a educação ambiental poderosa ferramenta nesse processo.

6. Conclusão

Enfim, diante de tudo que foi exposto, é possível observar que a Agroecologia se desenvolveu na América Latina como uma ciência traduzida em movimento social, teoria crítica e prática social, que ainda carece de apoio para que possa atingir os seus objetivos de proteção ambiental. Sendo assim, no Brasil, as políticas de educação ambiental e Agroecologia devem caminhar juntas, iluminadas à luz de um pensamento complexo que leve em conta o contexto, o global e multidimensional.

Dessa forma, em tempos de crise, faz-se imperativa a necessidade de uma educação ambiental participativa, integrativa, solidária e transdisciplinar, a qual constitui um instrumento valioso para o fortalecimento da ciência agroecológica.

Referências

- ALTIERI, Miguel. **Agroecologia**: Bases científicas para uma agricultura sustentável. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular; AS-PTA, 2012.
- BECK, Ulrich. **World at risk**. Cambridge: Polity Press, 2012.
- BECK, Ulrich. World at risk: The new task of critical theory. **Development and Society**, v. 37, n. 1, p. 1-21, jun. 2008.
- BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, Joaquim Gomes; LEITE, José

Rubens Morato. **Direito constitucional ambiental brasileiro**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 83 – p. 156.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Decreto n. 4.281, de 25 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4281.htm> . Acesso em: 04 jun. 2016.

_____. Decreto n. 7.794, de 20 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/decreto/d7794.htm> . Acesso em: 05 jun. 2016.

_____. Decreto n. 8.553, de 03 de novembro de 2015. Institui o Pacto Nacional para Alimentação Saudável. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8553.htm> . Acesso em 02 jun. 2016.

_____. Lei n. 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: 02 jun. 2016.

_____. Lei n. 9.392, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> . Acesso em: 03 jun. 2016.

_____. Lei n. 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a educação ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9795.htm> . Acesso em 03 jun. 2016.

_____. Ministério do Desenvolvimento Agrário. Câmara Interministerial de Agroecologia e Produção Orgânica. Brasil agroecológico: Plano Nacional de Agroecologia e Produção Orgânica. Brasília, 2013. Relatório.

_____.; RODRIGUES; Horácio Wanderlei. Educação ambiental: O direito, caminho para a consciência ambiental. In: CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (Org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. Fortaleza: Premium, 2013. p. 113-145. 1 v.

CAPRA, Fritjof. **Conexões ocultas**. São Paulo: Cultrix, 2002.

EHLERS, Eduardo. Agricultura sustentável. In: INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL. **Almanaque Brasil Socioambiental: uma nova perspectiva para entender o país e melhorar nossa qualidade de vida**. São Paulo: ISA, 2008.

[FAO] FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION. **FAO statistical yearbook 2013: World food and agriculture**. Roma, 2013. Relatório.

_____. **The state of food insecurity in the world**. Roma, 2014. Relatório.

GLIESSMAN, Stephen. **Agroecologia: procesos ecológicos en agricultura sostenible**. Turrialba, Costa Rica: CATIE, 2002. Versão em espanhol do original inglês.

LEFF, Enrique. Pensar a Complexidade ambiental. In: LEFF, Enrique (Coord.). **A complexidade ambiental**. Tradução Eliete Wolf. 1. ed. São Paulo: Cortez, 2003, p. 15-64.

MORIN, Edgar. **Introdução ao pensamento complexo**. Porto Alegre: Sulina, 2011a.

_____. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução Catarina da Silva e Jeanne Sawaya. 2. ed. São Paulo: UNESCO, 2000.

_____.; KERN, Anne Brigitte. **Terra-Pátria**. Porto Alegre: Sulina, 2003.

MAROCCO, Andréa de Almeida Leite. O ensino jurídico: desafios à formação do profissional do século XXI. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; JÚNIOR, Edmundo Lima de Arruda. **Educação Jurídica**. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2012.

PAINEL INTERNACIONAL DE EXPERTS EM SISTEMAS ALIMENTARES SUSTENTÁVEIS. **From uniformity do diversity:** A paradigm shift from industrial agriculture to diversified agroecological systems. [S.l], 2016. Relatório.

PARANÁ. Lei n. 17.796, de 05 de dezembro de 2013. Institui o Dia Estadual da Agroecologia, a ser comemorado anualmente na primeira segunda-feira do mês de julho. Disponível em: < <http://www.alep.pr.gov.br/web/baixarArquivo.php?id=43765&tipo=LM&tlei=0&arq=26551> > . Acesso em: 05 jun. 2016.

PORTANOVA, Rogerio. Educação ambiental e educação planetária. In: RODRIGUES, Horácio Wanderlei; DERANI, Cristiane (Org.). **Educação ambiental**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 141-172.

[PNUMA] PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O MEIO AMBIENTE. **Global Environment Outlook (GEO5)**. Vellela, 2012. Relatório.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: Constituição, Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SHIVA, Vandana. Monoculturas da mente: perspectivas da biodiversidade e da biotecnologia. São Paulo: Gaia, 2003.

VENÂNCIO, Marina Demaria. **A tutela jurídica da Agroecologia no Brasil**. 1. ed. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2015.

WINTER, Gerd. A fundament and two pillars: The concept of sustainable development 20 years after de Brundtland report. In: BUGGE, Hans Christian; VOIGT, Christina (Ed.). **Sustainable development in international and national law: What did the Brundtland report do to legal thinking and legal development, and where can we go from here?** [S.l]: Europa Law, 2008, p. 23-45.

A COMPLEXIDADE DAS RELAÇÕES ENTRE SUSTENTABILIDADE, DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E JUSTIÇA AMBIENTAL

Priscylla Gomes de Lima¹¹⁹ e Marília Rodrigues Mazzola¹²⁰

1. INTRODUÇÃO

A humanidade, desde a virada do século, vem sofrendo modificações na forma de percepção de seus valores, o que tem causado grandes impactos na sociedade e também no Direito. Desde a tomada de consciência pelo homem de que o meio ambiente possui recursos finitos que poderão tornar-se indisponíveis para as futuras gerações, pela utilização desses recursos de forma desenfreada e desregulada, fez com que os conceitos de sustentabilidade, desenvolvimento sustentável e justiça ambiental se tornassem os conceitos que marcaram tendência nas últimas décadas.

Apesar do desenvolvimento econômico de um país estar intrinsecamente relacionado com o bem-estar da sociedade, diante do cenário acima exposto, vem crescendo a percepção da necessidade de compreender que os sistemas econômico, financeiro, social e ambiental são integrados, sendo então essenciais a uma convivência e atuação harmônica, baseada nos princípios do desenvolvimento sustentável e da sustentabilidade.

A preocupação e consciência crescente dos desafios socioambientais relacionados à sustentabilidade presente e futura asseguram que a discussão acerca da sustentabilidade, do desenvolvimento sustentável e da justiça ambiental seja constante, de maneira que é necessário compreender os objetos, conceitos, instituições e princípios a eles relacionados, para que se assegure uma consolidação de um

119. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Advogada em Londrina-PR. Endereço eletrônico: priscyllalimaadv@gmail.com

120. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina; Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania - IDCC Londrina; Mestre em Direito Civil pela Universidade de São Paulo. Advogada em Araraquara-SP. Endereço eletrônico: mariliamazzola@gmail.com

sistema econômico que sempre almeje a preservação e proteção ambiental, atingindo assim os patamares da dignidade da pessoa humana a todos os cidadãos.

2. RELAÇÃO DA ECONOMIA COM A SUSTENTABILIDADE E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Para que se possa falar em sustentabilidade, convém antes tecer algumas considerações acerca de alguns princípios e conceitos econômicos.

Faz-se imperativo destacar que os conceitos de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável não se coadunam com os princípios da economia capitalista, de produção desenfreada e política de aferição de lucro a qualquer custo, sem preocupação séria com os custos ambientais envolvidos no processo.

Acerca da economia, tanto a escola neoclássica quanto a keynesiana consideram a economia a alocação de recursos escassos, cujo mecanismo, manipulado pela “mão invisível”, corresponde ao mercado, que manifesta que aquilo que constitui o ótimo para uma pessoa se converta no melhor para o bem comum.¹²¹

Porém, ficam de fora da análise econômica as bases materiais que sustentam a produção, bem como seus resíduos, ou seja, os polos externos ao processo econômico, em que se manifestam os problemas ambientais de depredação e poluição¹²², o que constitui um completo contrassenso.

Neste sentido, Guillermo Foladori ressalta que sem uma análise aprofundada de como as relações capitalistas obrigam a um determinado comportamento do ser humano em face de seu ambiente, não se poderá compreender as causas da crise ambiental contemporânea.¹²³

E pontua Ademar Ribeiro Romeiro¹²⁴ a grande dificuldade para que seja adotada uma atitude precavida de buscar a estabilidade do nível de consumo dos recursos naturais reside na alteração comportamental que viria de encontro à lógica do processo de acumulação de capital em vigor.

Complementando o raciocínio acerca da produção econômica consideradas em face de consequências ambientais, Rachel Sztajn e Decio Zylbersztajn¹²⁵ afirmam que é importante recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise eco-

121. FOLADORI, Guillermo. Limites do desenvolvimento sustentável. Tradução: Marise Manoel. Campinas: Editora da Unicamp, 2001, p.143.

122. FOLADORI, Guillermo, op. cit., p. 142-143.

123. Idem, p. 207.

124. ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade? Texto para discussão. IE/UNICAMP n. 102, set. 2001, p. 15.

125. ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. Direito e economia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

nômica na formulação de normas jurídicas com o intuito de torná-las cada vez mais eficientes, mesmo porque não há como dissociar os conceitos e princípios econômicos e seus efeitos do impacto nas normas de proteção do meio ambiente.

Diante deste cenário, é possível afirmar que há uma grande dificuldade para a adoção de uma atitude precavida, de buscar estabilizar o nível de consumo de recursos naturais, já que esta estabilização pressupõe uma mudança de atitude que contraria a lógica do processo de acumulação de capital em vigor desde a ascensão do capitalismo¹²⁶ o que por si só já altera as bases contemporâneas de desenvolvimento e crescimento, as quais nas últimas décadas foram determinantes para a suposta constatação de dignidade e bem estar dos seres humanos.

Mesmo assim, as drásticas mudanças ambientais observadas após a era industrial possibilitaram com que o meio ambiente passasse a ser uma temática de importância, garantindo com que sua discussão no mundo globalizado fosse possível, mesmo esbarrando na temática do crescimento econômico.

3. SUSTENTABILIDADE

Com o amadurecimento da concepção de tutela do meio ambiente no mundo, percebe-se o surgimento de novos conceitos que possibilitariam a valoração devida do meio ambiente, com a criação de modelos de gestão diferentes dos até então adotados na sociedade moderna.

Por isso, com o surgimento do termo sustentabilidade, inúmeros acordos, políticas e estratégias foram e continuam sendo desenvolvidas e construídas ao longo dos anos, baseados em princípios e recomendações que objetivam a sustentabilidade.

Segundo conceituação de José Eli da Veiga, sustentabilidade é a possibilidade de um ecossistema não perder a sua resiliência, compreendida como a capacidade de um ecossistema de absorver tensões ambientais sem mudar seu estado ecológico para um estado diferente.¹²⁷

No âmbito jurídico organizacional brasileiro, a sustentabilidade dá efetividade ao dever constitucional de preservação e proteção do meio ambiente (art. 225, CF/88), além de permitir o desenvolvimento da dignidade e do bem-estar dos cidadãos.

Por isso, cita Juarez Freitas¹²⁸ que a sustentabilidade permite assegurar o bem-estar físico, psíquico e espiritual no presente, sem empobrecer ou inviabilizar o bem-estar futuro.

126. ROMEIRO, Ademar Ribeiro, 2001, op. cit., p. 15.

127. VEIGA, José Eli da. Sustentabilidade: a legitimação de um novo valor. São Paulo: Editora Senac, 2010, p. 11.

128. FREITAS, Juarez. Sustentabilidade: direito ao futuro. 1. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 16.

O termo possui feições multidimensionais, pois trata de âmbitos éticos, sociais, econômicos, jurídico-políticos e ambientais, além de se tratar de um princípio constitucional que vincula, *erga omnes*, ética e juridicamente, ao assegurar a tutela de gerações futuras.¹²⁹

Como bem destacado por Juarez Freitas, a sustentabilidade

é princípio constitucional que determina, independentemente de regulação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidaria 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 físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos.¹³⁰

Destaque-se que a sustentabilidade enquanto princípio pretende resguardar a dignidade de todos os seres incluídos no sistema, mas, como bem asseveram Ayala e Rodrigues¹³¹, “a dignidade [...] é um valor que não se limita à dimensão humana; que não a exclui, mas, abrangendo-a, ultrapassa-a, para ser reconhecida à vida em geral.”

Assim, tem-se que um princípio de sustentabilidade que considere como finalidade do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado e sadio apenas o ser humano, assegura um nível de proteção insuficiente à natureza, eis que exclui da esfera protetional situações em que o dano ambiental não apresente reflexos à qualidade de vida e bem-estar de todos.¹³²

Por isso, deve-se enfatizar que o conceito trata de problemas sistêmicos, com causas profundas e reponsabilidades que geram sérias implicações em âmbito ambiental, de modo que aborda os mais variados assuntos, aspectos de grande impacto na sociedade moderna, tais como uso de energia, estruturação de transporte e moradia, práticas agrícolas, estilo de vida e consumo, etc.¹³³

129. Idem, p. 18-19.

130. FREITAS, Juarez, 2011, op. cit., p. 41.

131. RODRIGUES, Eveline de Magalhães Werner; AYALA, Patryck de Araújo. Diálogo intercultural e proteção do meio ambiente: por um princípio de sustentabilidade integrado pela ideia de bem viver. Artigo apresentado no 18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental, p. 325.

132. Idem, p. 326.

133. DOVERS, Stephen R. Sustainability: Demands on Policy. *Journal of Public Policy*, Vol. 16, No. 3 (Sep. - Dec., 1996), pp. 303-318, Cambridge University Press. p. 306.

Neste sentido, deve-se levar em consideração os ensinamentos de Freitas¹³⁴, de que a sustentabilidade é novo paradigma de gestão regulatória, a serviço deliberado da homeostase, concebida como a capacidade biológica e institucional de promover o reequilíbrio dinâmico e propício ao bem-estar continuado, a favor da vida.¹³⁵

Quando se discute acerca de sustentabilidade, devem ser observadas três dimensões que são indissociáveis, a saber: a dimensão ambiental, a dimensão social e a dimensão econômica, pois elas refletem a complexidade da sustentabilidade, visto que esta abrange não apenas a preservação do meio ambiente, mas engloba ainda aspectos de justiça social, do desenvolvimento econômico, aspectos culturais, educacionais e éticos, componentes do quadro de fatores necessários ao desenvolvimento das capacidades e da ampliação da liberdade individual, com o escopo de melhorar o bem estar da humanidade¹³⁶.

Por isso, a sua gestão não é uma fórmula pré-concebida e imutável, podendo-se afirmar que existem meios factíveis de se implementar políticas de sustentabilidade. Segundo Spadotto¹³⁷, a implantação de políticas de sustentabilidade e sua devida gestão pelas empresas, devem ser observadas objetivando a orientação, persuasão, motivação, acompanhamento, envolvimento, participação, divulgação e existência de ferramentas eficazes de sustentabilidade, com vistas a atender às expectativas do mercado e da sociedade civil, que passaram a exigir uma gestão que privilegie a transparência, a ética e a responsabilidade corporativa, nas relações mantidas com o mercado, com os clientes/consumidores e com o meio ambiente.

Verifica-se assim que a sustentabilidade, é um supra princípio, prático e concreto, que deve vincular plenamente as ações com as suas consequências (isso especialmente considerado no âmbito do desenvolvimento econômico), não podendo se conciliar com um suposto descumprimento da função socioambiental, por desrespeito a todos os elementos os quais a constituem.

4. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Se a sustentabilidade é vista como um sistema proprietário, o desenvolvimento sustentável é visto como uma política ativa que busca enfatizar esse sistema proprietário.

134. FREITAS, Juarez, 2011, op. cit., p. 331.

135. Idem, p. 50.

136. MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. É preciso discutir o Direito Internacional da Sustentabilidade. Consultor Jurídico, 21 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-21/eduardo-matias-urgencia-criacao-direito-sustentabilidade>>. Acesso em: 28 set. 2016.

137. SPADOTTO, Rafael De Castro. Sustentabilidade aplicada aos escritórios de advocacia. Migalhas, 04 de junho de 2007. Disponível em <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,M140000,61044-Sustentabilidade+aplicada+aos+escritorios+de+advocacia>>. Acesso em: 28 set. 2016.

Segundo Dovers¹³⁸¹³⁹, a sustentabilidade é a habilidade natural, humana ou mista de resistir ou se adaptar, em uma escala de tempo indefinida, de mudanças endógenas ou exógenas percebidas como ameaças. Desenvolvimento sustentável é um caminho de mudança endógena, uma melhoria, que mantém ou aumenta esse atributo em um certo nível, ao mesmo tempo que responde a certas necessidades de uma população.

A ideia de desenvolvimento sustentável deve servir para conciliar desenvolvimento econômico e proteção ambiental. Por isso, desenvolvimento sustentável, além de um conceito, também pode ser entendido como um princípio.

Segundo Matias¹⁴⁰, a definição de desenvolvimento sustentável mais difundida é de 1987, utilizada no relatório da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU), intitulado *Nosso futuro comum* (Relatório Brundtland) segundo a qual trata-se de um desenvolvimento “que satisfaz às necessidades do presente sem comprometer a habilidade das gerações futuras de satisfazerem suas próprias necessidades”.

A definição ali adotada e difundida refletia o comprometimento político entre crescimento e sustentabilidade que as delegações das Nações Unidas que eram favoráveis ao crescimento poderiam aceitar acerca da questão ambiental, em um cenário de visualização de degradação econômica e ambiental em especial nos países em desenvolvimento baseado na agenda neoliberal^{141 142}.

O termo desenvolvimento sustentável veio a ganhar verdadeiro significado com a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92, tendo em vista a participação de líderes da maioria dos países desenvolvidos.

Acerca do desenvolvimento sustentável, Freitas assevera que deve ser praticada a sustentabilidade homeostática, com o equilíbrio em todas as fases: a responsabilização de todos pelos direitos presentes e futuros, com o monitoramento de metas e indicadores viáveis; a responsabilidade objetiva pela prevenção e precaução; a sindicabilidade das escolhas públicas e privadas, com o dever de

138. DOVERS, Stephen R., 1996, op. cit., p. 304.

139. Tradução livre.

140. MATIAS, Eduardo Felipe Pérez, 2015, op. cit.

141. CASTRO, Carlos J. Sustainable Development: Mainstream and Critical Perspectives. Disponível em <<http://oae.sagepub.com/cgi/content/abstract/17/2/195>>. Acesso em: 30 set. 2016.

142. Mas, considerando as diretrizes do referido documento, alguns autores, como Carlos J. Castro (CASTRO, Carlos J. Sustainable Development: Mainstream and Critical Perspectives. Disponível em <<http://oae.sagepub.com/cgi/content/abstract/17/2/195>>. Acesso em: 30 set. 2016.), apontam que a adoção de uma agenda neoliberal para o desenvolvimento sustentável (com a simples adoção de parâmetros de desenvolvimento já construídos pelos países de maior poderio econômico perante os países em desenvolvimento) é justamente a principal fraqueza do programa desenvolvido durante a Eco-92.

promoção segura e do desenvolvimento material e imaterial; a instituição de educação ambiental voltada ao desenvolvimento de baixo carbono.¹⁴³

Por isso, a busca do desenvolvimento sustentável deve requerer a união de diversos sistemas (político, econômico, social, administrativo e de produção), de modo que ao promover o desenvolvimento sustentável seria possível também promover a consciência ecológica.

5. JUSTIÇA AMBIENTAL

Em busca da sustentabilidade através de um desenvolvimento sustentável, também é demanda imperativa soluções que busquem contemplar, de forma integrada, os problemas ambientais e sociais. Por isso, intrínseca ao desenvolvimento sustentável está a ideia de justiça ambiental.

O movimento por justiça ambiental teve origem nos Estados Unidos, na década de 80, e relaciona meio ambiente e questões sociais, dando visibilidade e voz às minorias.

Nos dizeres de Bullard¹⁴⁴, a definição de justiça ambiental, segundo o Movimento de Justiça Ambiental dos EUA,

É a condição de existência social configurada] através do tratamento justo e do envolvimento significativo de todas as pessoas, independentemente de sua raça, cor ou renda no que diz respeito à elaboração, desenvolvimento, implementação e aplicação de políticas, leis e regulações ambientais. Por tratamento justo entenda-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes da operação de empreendimentos industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, ou municipais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão destas políticas.

Para Loureiro e Layrargues¹⁴⁵, o conceito de justiça ambiental é um conjunto de práticas organizadas de agentes sociais que estão na condição de apropria-

143. FREITAS, Juarez, 2011, op. cit., p. 32-33.

144. BULLARD, R. D. *Dumping in Dixie: Race, Class and Environmental Quality*. San Francisco/Oxford: Westview Press, 1994, apud ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 16.

145. LOUREIRO, Carlos Frederico B.; LAYRARGUES, Philippe Pomier. *Ecologia política, justiça e educação ambiental crítica: perspectivas de aliança contra-hegemônica*. *Trab. Educ. Saúde*. v. 11. n. 1. Rio de Janeiro: p. 53-71. jan./abr. 2013, p. 63-64.

dos, e que defendem politicamente projetos societários anticapitalistas, firmados em princípios como:

- equidade na distribuição das consequências ambientais negativas, de forma que nenhum grupo social, étnico ou de classe suporte uma parcela desproporcional dessas consequências;
- justo acesso aos bens ambientais do país;
- amplo acesso às informações relevantes sobre as atividades poluentes, tais como o uso dos recursos naturais, o descarte de seus rejeitos e a localização das fontes de risco;
- fortalecimento e favorecimento da constituição de sujeitos coletivos de direitos, isto é, de movimentos sociais e organizações populares capazes de interferirem no processo de decisão da política e da economia.

As redes de justiça ambiental se orientam pautadas nos seguintes princípios: a) Princípio de poluição tóxica para ninguém: defendem que não haja o deslocamento espacial da poluição, exportando a injustiça ambiental para cidades ou países onde haja menos organização da sociedade civil; b) Busca por outro modelo de desenvolvimento: busca por um novo modelo de produção e consumo, mais consciente e que beneficie a coletividade; c) Transição justa: buscar fomentar a discussão e a transformação do modelo econômico dominante de maneira gradual, de modo a não prejudicar o emprego dos trabalhadores nas indústrias poluentes, e para evitar que haja penalização das populações dos países menos desenvolvidos; d) Busca por políticas ambientais democraticamente instituídas.¹⁴⁶

Já uma situação de injustiça ambiental restaria caracterizada quando é destinada “a maior carga dos danos ambientais a grupos sociais de trabalhadores ou grupos étnicos discriminados, entre outros segmentos em estado de maior vulnerabilidade social e econômica, ameaçando a integridade da saúde ambiental e comprometendo a sua reprodução social”.¹⁴⁷

Neste contexto crítico, a análise e discussão dos problemas sociais referentes à justiça ambiental são de extrema importância na elaboração de um planejamento coerente, equilibrado e coordenado com os princípios da sustentabilidade e do desenvolvimento sustentável, que podem conviver harmonicamente com o

146. ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. O que é justiça ambiental. Rio de Janeiro: Garamond, 2009, p. 26-30.

147. LOUREIRO, Carlos Frederico B.; LAYRARGUES, Philippe Pomier, 2013, op. cit., p. 63.

desenvolvimento econômico se devidamente respeitados os patamares jurídicos de proteção estabelecidos para tanto.

6. CONCLUSÃO

O direito ao meio ambiente sadio é um direito coletivo difuso que busca garantir aos cidadãos a dignidade humana. Um direito que ao mesmo tempo é de todos, transpessoal e não se pode delimitar com exatidão, tão pouco seus resultados são determinados de forma antecipada.

Por isso, se os impactos e danos são perceptíveis e afetam a todos, deve-se estabelecer que, para minimizar e prevenir os problemas ambientais futuros, o desenvolvimento da humanidade na era contemporânea deve se curvar às necessidades da sustentabilidade, para que se possa progredir sem agredir e/ou destruir, segundo o tripé econômico, social e ambiental.

Justamente por isso é que o conceito de sustentabilidade apresenta tanta complexidade, abrangendo aspectos referentes à justiça social, ao desenvolvimento econômico equilibrado, à valorização de aspectos culturais, educacionais e éticos, sempre com o escopo de proporcionar desenvolvimento humano e bem-estar a todos os indivíduos, ao meio ambiente e aos seres vivos que nele habitam.

Para a adoção de comportamentos que respeitem esse tripé de desenvolvimento é necessária a compreensão dos conceitos relacionados à proteção ambiental.

A sustentabilidade é objetivo supra nacional, para a busca de uma crescimento consciente e respeitoso a todos os seres vivos e ao meio ambiente no qual habitam. O desenvolvimento sustentável é, portanto, finalidade que os países devem perseguir, e neste contexto, a cooperação é fundamental para uma atuação eficiente, que englobe os sistemas econômico, financeiro, social e ambiental e traga a todos eles consequências positivas.

O embate entre o modelo econômico de desenvolvimento vigente e os princípios que consagram a preservação ambiental são antigos, mas se faz urgente a união dos agentes públicos, políticos e da sociedade civil, para estimular o debate e alcançar soluções que sejam coerentes com as necessidades da sustentabilidade.

Neste cenário, muito importante se faz a atuação dos movimentos sociais que buscam a justiça ambiental, não como forma de deslocamento de danos e riscos para outras comunidades, mas sim lutando para que esses riscos inerentes à produção sejam reduzidos, mediante a adoção de práticas ambientalmente favoráveis, e quebras dos paradigmas dominantes.

Assim, ao adotar políticas ambientais seguras e equilibradas, os Estados poderão estimular a instalação de empreendimentos (econômicos e sociais) rentáveis, mas principalmente responsáveis e sustentáveis, que através do desenvolvimento sustentável, trarão ainda o almejado desenvolvimento econômico, em perfeito equilíbrio com a sustentabilidade, um dos maiores e principais objetivos da sociedade contemporânea.

BIBLIOGRAFIA

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

CASTRO, Carlos J. **Sustainable Development: Mainstream and Critical Perspectives**. Disponível em <<http://oae.sagepub.com/cgi/content/abstract/17/2/195>> . Acesso em: 30 set. 2016.

DOVERS, Stephen R. **Sustainability: Demands on Policy**. *Journal of Public Policy*, Vol. 16, No. 3 (Sep. - Dec., 1996), pp. 303-318, Cambridge University Press.

FOLADORI, Guillermo. **Limites do desenvolvimento sustentável**. Tradução: Marise Manoel. Campinas: Editora da Unicamp, 2001.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 1. ed. 3. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

LOUREIRO, Carlos Frederico B.; LAYRARGUES, Philippe Pomier. **Ecologia política, justiça e educação ambiental crítica: perspectivas de aliança contra-hegemônica**. *Trab. Educ. Saúde*. v. 11. n. 1. Rio de Janeiro: p. 53-71. jan./abr. 2013.

MATIAS, Eduardo Felipe Pérez. **É preciso discutir o Direito Internacional da Sustentabilidade**. *Consultor Jurídico*, 21 de janeiro de 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-jan-21/eduardo-matias-urgencia-criacao-direito-sustentabilidade>> . Acesso em: 28 set. 2016.

RODRIGUES, Eveline de Magalhães Werner; AYALA, Patryck de Araújo. **Diálogo intercultural e proteção do meio ambiente: por um princípio de sustentabi-**

lidade integrado pela ideia de bem viver. Artigo apresentado no 18º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental.

ROMEIRO, Ademar Ribeiro. **Economia ou economia política da sustentabilidade?** Texto para discussão. IE/UNICAMP n. 102, set. 2001.

SPADOTTO, Rafael De Castro. **Sustentabilidade aplicada aos escritórios de advocacia.** Migalhas, 04 de junho de 2007. Disponível em <[http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI40000,61044-Sustentabilidade + aplicada + aos + e scritorios + de + advocacia](http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI40000,61044-Sustentabilidade+aplicada+aos+escritorios+de+advocacia)> . Acesso em: 28 set. 2016.

VEIGA, José Eli da. **Sustentabilidade:** a legitimação de um novo valor. São Paulo: Editora Senac, 2010.

ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel. **Direito e economia.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

TEMAS DE VANGUARDA NO DIREITO

O CONCEITO DE BANALIDADE DO MAL DE HANNAH ARENDT APLICADO ÀS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS DE 2013 E 2014 NO BRASIL

Jannice Amóras Monteiro¹⁴⁸ e Marcelo Lessa da Silva¹⁴⁹

INTRODUÇÃO

O processo de globalização, entendido como a crescente interdependência entre os povos, é antigo, disseminando-se mais fortemente após a desregulamentação da economia durante a gestão de Margaret Thatcher na Inglaterra e Ronald Reagan nos Estados Unidos, produzindo efeitos em variados setores, como o econômico, o social, o político e o cultural. No campo econômico caracteriza-se pela emergência de uma nova divisão internacional do trabalho com destaque para o papel exercido pelas empresas multinacionais e pelo deslocamento dos investimentos estrangeiros. Do ponto de vista institucional e das políticas governamentais, tal globalização se traduz pela drástica redução da regulação pública da economia, privatização de empresas estatais, fortalecimento dos direitos de propriedade internacional para os investidores estrangeiros, sobretudo no tocante ao direito de propriedade intelectual; ataques aos direitos sociais e implantação da flexibilização das relações de trabalho, acarretando descartabilidade, vulnerabilidade e instabilidade dos trabalhadores assalariados.

Por sua vez, na seara social realiza-se mediante o incremento das desigualdades sociais, acirrando a diferença entre as classes sociais dos que possuem mais bens daqueles que pouco ou nada possuem, com clara concentração da riqueza nas mãos de poucos.

Por fim, a globalização política se caracteriza, essencialmente, por ter introduzido importantes mudanças no sistema interestatal mundial, modificando as

148. Doutora em Direito Internacional Privado pela Universidade de São Paulo. Aluna do Programa de Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires. E-mail: jannicemonteiro@gmail.com

149. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP); Aluno do Programa de Doutorado em Direito Civil pela Universidade de Buenos Aires. E-mail: marcelolessa.federal@yahoo.com.br

estruturas internas dos estados nacionais, notadamente dos países semiperiféricos e periféricos. Assim, o atual processo de globalização tem permeado, como nunca permeou, as fronteiras nacionais, solapando a soberania nacional, princípio inerente ao Estado moderno, bem como a categoria de soberania popular, fundamental para a idéia de democracia.

Assim, as mudanças econômicas influenciam todos os campos da sociedade, razão pela qual este trabalho propõe a analisar, ainda que sucintamente, a inter-relação entre globalização, política e manifestações sociais, adotando-se, para tanto, uma abordagem que segue os ensinamentos de Hannah Arendt, filósofa política alemã de origem judaica, uma das mais influentes do século XX, de modo que se possa investigar de que forma a banalidade do mal deu contornos de violência às manifestações sociais de protesto, que se iniciaram como pacíficas, no Brasil, especialmente nos anos de 2013 e 2014 e o que isso representa.

1. UM BREVE PANORAMA DAS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS NO BRASIL

As manifestações sociais que tomaram as ruas do Brasil, a partir do chamado para um ato nacional do Movimento pelo Passe livre em São Paulo, desencadearam uma série de atos públicos que ocorreram em todo o país, caracterizado por intensos protestos, especialmente dos mais jovens e, também, por atos de extrema violência e depredação do patrimônio público, por parte de alguns.

Com pautas iniciais centradas no transporte público, como passe livre para estudantes, desempregados, idosos, indígenas e quilombolas e a estatização do transporte público, seguidas da crítica à democracia atual e à corrupção, as manifestações sociais tomaram as ruas das principais cidades brasileiras e repercutiram nas mídias tradicionais e nas redes sociais.

Diferentes pessoas de classes econômicas, posições políticas e outras tantas distinções sociais unidas no espaço público para protestar contra o aumento das tarifas de ônibus, por melhores condições de acesso e deslocamento pela cidade, além de mais transparência política e informacional por parte das grandes emissoras televisivas. São diversas pautas que buscam juntas a transparência e novas relações políticas e sociais entre Estado e cidadão.

Destaque-se que a busca por mudanças sociais propunham uma revisão dos valores culturais e políticos, onde os sujeitos dispostos a elas se transformavam em atores sociais¹⁵⁰. As manifestações ganharam destaque e mobilização nas

150. CASTELLS, 2009.

redes sociais¹⁵¹, mas foi nas ruas que essa força realmente ganhou expressão, ao ocupar espaços representativos da política atual.

Vale destacar que, embora o aumento das tarifas de ônibus tenha sido o estopim da deflagração das manifestações ocorridas, especialmente em junho de 2013, o movimento das manifestações sociais traduziu um profundo descontentamento da população brasileira com as políticas públicas adotadas, o elevado grau de corrupção presente no país em todas as esferas de poder e as excludentes relações sociais, há muito esquecidas pela democracia atual. A luta por melhores condições de deslocamento é uma forma de garantir direitos a outros serviços públicos, como acesso à escola, saúde e lazer. Mas é também o resgate do espaço público como espaço político e de liberdade.

As manifestações são compreendidas como o direito de ter direito a protestar; uma vez que o Estado não reconheça e não forneça condições sociais iguais.

Apesar dos estudos sobre política analisados por Hannah Arendt se concentrarem em um contexto dos governos totalitários, sua preocupação maior é com a restrição da liberdade, ou seja, com a política privativa que o totalitarismo exerceu, mas que outros modos de governabilidade também podem vir a restringir.

Por isso não se pode simplesmente contentar-se com o desaparecimento histórico do fascismo e do comunismo, senão que se deve ter consciência de que a restrição da liberdade, a repressão da espontaneidade humana e a corrupção do poder através da violência também são uma ameaça constante para a política dos pretensos sistemas liberais. (ARENDR, 2009, p.10)

Para este artigo, nos interessa destacar que Hannah Arendt menciona a importância de não se banalizar o fenômeno da violência, que se caracteriza pela via da própria instrumentalidade e se distingue do poder, da força e da autoridade, buscando o reconhecimento de que cada indivíduo tem direito a ter direitos.

O direito a ter direitos, segundo Arendt, fundamenta-se na sua concepção de humanidade e não na natureza humana, como pensavam os contratualistas ou nas declarações das Revoluções Americana e Francesa. Ela vai buscar na moral universalista e cosmopolita kantiana o conceito de humanidade e atribui a ele a dimensão política necessária para se compreender o espaço público internacio-

151. A utilização das Redes Sociais, principalmente sites como Facebook, Twitter e Youtube como dispositivos para a organização, potencialidade e circulação das manifestações sociais, caracterizam não só as manifestações ocorridas no Brasil, mas outras formas de resistência política mundialmente conhecidas. Experiências em que manifestações potencializadas pelas redes sociais tomam as ruas tem se mostrado um fenômeno atual. Desde 2011, grandes centros econômicos e cidades do mundo têm sido ocupados por pessoas que buscam, através de motivações individuais, a organização coletiva como forma de mudança: Primavera Árabe (Egito), Movimento 15M (Espanha), Movimento Occupy Wall Street (EUA).

nal, em que o direito a ter direito decorre do mero pertencimento a ela, não se dissolvendo nos limites de cada nação. Essa concepção de um espaço político internacional, em que a liberdade essencial dos indivíduos realiza-se independentemente da sua nacionalidade, não é nada trivial, considerando as hodiernas relações internacionais vigentes.

2. A BANALIDADE DO MAL

O conceito de “Banalidade do Mal”, aprofundado por Hannah Arendt no livro “Eichmann em Jerusalém” (2000, tradução para o português), trouxe-lhe as críticas da comunidade judaica e também a polêmica que ainda se mantém. O livro surgiu na sequência do julgamento em Jerusalém de Adolf Eichmann, raptado pelos serviços secretos israelitas na Argentina em 1960, e que a filósofa acompanhou para a revista “The New Yorker”. Nesta obra a filósofa defende que, em resultado da massificação da sociedade, se criou uma multidão incapaz de fazer julgamentos morais, razão porque aceitam e cumprem ordens sem questionar. Eichmann, um dos responsáveis pela solução final, não é olhado como um monstro, mas apenas como um funcionário zeloso que foi incapaz de resistir às ordens que recebeu. O mal torna-se, assim, banal.

Trata-se de uma análise desmistificatória do carrasco nazista Adolf Eichmann, que foi preso na Argentina e teve seu julgamento em 1962, na cidade de Jerusalém. O que se esperava deste indivíduo era que o mesmo fosse um ser humano perverso, maligno, louco, cruel, enfim, um monstro. Causou mal estar a Arendt, quando teve a percepção desse protagonista histórico e de sua postura cotidiana que o deixava igual às outras pessoas, até porque Eichmann era mais um burocrata, recebedor de ordens, que colocava para funcionar a “engrenagem” do sistema, fato que qualquer pessoa pode fazer a cada momento em que venha a se libertar do raciocínio que liga, na capacidade de discernir e julgar, seja na teoria ou na prática, seguindo as “orientações dominantes”, como servos livres, porém, de si próprios. Abandonar a banalidade do mal é optar pela forma ética e responsável que vem de encontro a tendência ao extermínio que leva todo os dias cada um a adotar.

Banalizar o mal significa dizer que este não é exercido de maligna. O autor do mal banal é o ser humano comum, que ao receber ordens não faz uma reflexão ou as julga, não responsabilizando assim, por seus atos. Arendt (2000) caracteriza Eichmann como uma pessoa presa pelo “vazio do pensamento”, como alguém que não raciocinava, sendo incapaz de uma análise de consciência. A

autora ainda diz que a banalidade do mal, refere-se ao mal praticado no dia a dia como um simples ato qualquer.

É, portanto, a banalidade do mal uma particularidade de uma cultura desprovida de pensamento crítico, reflexivo, em que qualquer pessoa – alemão, judeu, brasileiro, cristão, mulher, homem – é capaz de praticar a negação do outro e de si mesmo.

Segundo Arendt, o mal, quando atinge grupos sociais, é político e ocorre onde encontra espaço institucional. A banalidade do mal se instala no vácuo do pensamento, trivializando a violência.

No Brasil, a banalidade do mal se concretiza através da corrupção autorizada, no tratamento homofóbico e também nas manifestações sociais, chegando mesmo a produzir-se como resultado a morte de um jornalista-cinegrafista chamado Santiago Andrade, atingido por um rojão numa manifestação enquanto realizada a cobertura jornalística do evento, como será melhor visto no capítulo seguinte.

3. A ECLOSÃO DAS MANIFESTAÇÕES SOCIAIS COMO ATO DE PROTESTO E DE VIOLÊNCIA

Cumprir destacar que os efeitos da globalização nem sempre são positivos, razão pela qual o Estado e a sociedade em geral têm vivenciado momentos de crises econômicas que provocam profundas repercussões no campo social e político.

A globalização cultural se traduz essencialmente pela tentativa persistente e poderosa de homogeneização dos universos simbólicos com a imposição dos modos de pensar e de agir conforme os interesses hegemônicos do mercado internacional. Os meios de comunicação eletrônicos, a indústria cultural, especialmente a televisão, desempenham um papel crucial da disseminação desses valores e mapas cognitivos dominantes.

Reflexo disso é que os direitos sociais recuaram, os impostos incrementaram, o desemprego acentuou-se e a contestação ganhou contorno e relevo por todo o mundo ocidental.

Exemplo do descrito acima foram as manifestações do primeiro semestre de 2013, no Brasil, onde uma série de manifestações populares tomaram as ruas de centenas de cidades brasileiras. Tendo inicialmente como foco de reivindicação a redução das tarifas do transporte coletivo, principalmente em Manaus, Fortaleza, Natal, Salvador, Recife, Belo Horizonte, Porto Alegre, São Paulo e Rio de Janeiro, esses protestos ganharam grande apoio popular após a forte repressão policial contra as passeatas, levando grande parte da população a apoiar as mobilizações.

Atos semelhantes rapidamente começaram a se proliferar em diversas cidades do Brasil e do exterior em apoio aos protestos, passando a abranger uma grande variedade de temas, como os gastos públicos em grandes eventos esportivos internacionais, a má qualidade dos serviços públicos, da educação e a indignação com a corrupção política em geral.

As manifestações no Brasil seguiram o mesmo processo de “propagação viral” de protestos em outros países, como a Primavera Árabe, no mundo árabe, *Occupy Wall St*, nos Estados Unidos, e *Los Indignados*, na Espanha.

Quanto a esta última, os protestos de 2011 na Espanha, chamados por alguns meios espanhóis de *Movimiento 15-M*, *Indignados* e *Spanish revolution*, são uma série de protestos espontâneos de cidadãos inicialmente organizados pelas redes sociais e idealizados em um primeiro momento pela plataforma civil e digital ¡Democracia Real Ya!¹⁵² (em espanhol: Democracia Real Já!), que obteve nessa fase inicial o apoio de mais de mais de duzentas pequenas associações. Começaram em 15 de maio de 2011, com uma convocação em cinquenta e oito cidades espanholas.

No Brasil, mas manifestações de 2013 e 2014, além dos números superlativos de pessoas que atraíram para as ruas, tomaram as cidades de todo o Brasil, marcando-os por cenas de violência, seja pela forte repressão policial ou por atos de vandalismo cometidos por grupos isolados entre manifestantes que eram, em sua maioria, pacíficos.

Muito embora não seja exclusividade do Brasil, a crescente violência em manifestações populares é preocupante, especialmente quando pode causar a morte de pessoas inocentes, como a do jornalista-cinegrafista Santiago Andrade morto por um rojão lançamento por dois indivíduos durante uma manifestação, enquanto cobria o evento.

Uma onda de manifestações tomou, desde Junho de 2013, inúmeras cidades em todo país, pelo que milhões de pessoas foram para as ruas protestar, pri-

152. Trata-se de protestos pacíficos que reivindicam uma mudança na política e na sociedade espanhola, pois os manifestantes consideram que os partidos políticos não os representam nem tomam medidas que os beneficiem. No decorrer dos protestos, surgiu uma série de reivindicações políticas, econômicas e sociais heterogêneas, reflexo do desejo de seus participantes de mudanças profundas no modelo democrático e econômico vigente. Os protestos se iniciaram próximo às eleições municipais, marcadas para 22 de maio de 2011. Foram relacionados pela imprensa com a crise econômica de 2008, as medidas do governo em relação à crise, com o livro *Indignai-vos!*, de Stéphane Hessel, a problemática dos jovens que já não estudam mas tampouco encontram trabalho e o exemplo dos protestos no mundo árabe, em Portugal, Grécia e Islândia. A maior parte dos manifestantes é de jovens, mas também participam idosos e famílias inteiras. Todos eles têm repetido a natureza pacífica dos protestos, fato que também é refletido pela imprensa mundial. Os indignados em geral, como os chama a imprensa, eiDemocracia Real Ya! em particular, desvincularam-se publicamente dos diversos incidentes ocorridos durante as manifestações. As concentrações prontamente adquiriram caráter próprio, tal qual afirmou iDemocracia Real Ya!, que quis enfatizar que, apesar de ter feito o primeiro chamamento, não tem nada a ver com os acampamentos que se produziram em distintas cidades.

meiramente em face do abusivo aumento dos valores das passagens de ônibus, depois quanto a qualidade dos serviços públicos e contra a corrupção na política. Desde essa época, observou-se a ação violenta de alguns grupos de militantes contra os patrimônios público e privado, polícias e até mesmo contra profissionais da imprensa, os expondo a grandes riscos como também as pessoas que acompanham ou estão nos arredores das passeatas.

Os militantes violentos, grande parte seguidores da tática anarquista chamada “black bloc”, praticam o vandalismo como uma marca e o justificam como uma reação à violência do Estado, utilizando-se desse método para criticar a ordem política e social vigente. Entretanto, são contraditórios, pois arruinam aquilo que proclamam proteger ou promover, qual seja: a liberdade, os direitos fundamentais, a dignidade humana e a justiça. Esses grupos se utilizam, ainda, da internet e das redes sociais como forma de recrutar e motivar jovens a se filiarem a esta prática. Por fim, para este grupo a violência é utilizada como estratégia e arma política, o que banaliza o vandalismo chegando a produzir vítimas fatais, como foi o caso do cinegrafista da TV Bandeirante, Santiago Andrade.

Apesar da proibição constante nas leis pátrias acerca da violência nas manifestações populares, a despeito de ser admitido a liberdade de expressão, estando nessa inserida a liberdade de protestar como demonstração legítima da cidadania no regime democrático de direito, tem-se observado a ocorrência cada vez maior do uso do vandalismo nesses episódios, por parte dos militantes que usam da violência como meio político.

Segundo a antropóloga e cientista política Jacqueline de Oliveira Muniz¹⁵³, “eventos de massa, seja a entrada e saída de estádios, grandes shows, uma grande passeata ou um bloco (de carnaval) são oportunidades para ações oportunistas de predação, vandalismo e roubo”¹⁵⁴, especialmente pelo alto grau de atenção política e social, onde podem se dar ações vândalas e predatórias oportunistas. Para a cientista, na verdade, quem inaugurou a ação de violência foram os governos, por meio das instruções que passaram para suas polícias, qual seja, de inicialmente adotar uma atitude de criminalização as manifestações voluntárias do povo. As orientações eram que as manifestações nada mais eram do que uma grande confusão, o que fez com que a sociedade respondesse indo às ruas em números cada vez maiores, desprezando esse pensamento.

153. Professora do IUPERJ, da Universidade Cândido Mendes.

154. Quero, Caio. Por que há confrontos em manifestações que começam pacíficas? Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/06/130620_manifestacoes_confrontos_pacificos_cq>. Acesso em 06 out de 2016.

Psicologicamente, são utilizadas as ideias do pioneiro da psicanálise, Sigmund Freud (1976, p. 10) no texto *Psicologia das massas e análise do eu*, publicado originariamente em 1921, para explicar o comportamento das pessoas durante eventos em que comparecem grandes massas, como as manifestações. Segundo ele, em situações de massas, os indivíduos acabam por tomar atitudes que não teriam se estivessem sozinhos ou em pequenos grupos.

No entanto, o filósofo, afirma que quando se trata de indagações sociais, algumas pessoas acabam por utilizar atos violentos para demonstrar sua insatisfação.

4. PODER E VIOLÊNCIA NA PERSPECTIVA DE HANNAH ARENDT

Arendt (1985, p. 23) entende que é de reponsabilidade da ciência política a conceituação teórica e a distinção entre os conceitos poder, força, autoridade e violência, que não podem ser classificados como antagônicos nem como sinônimos pelo fato de serem diferentes entre si, mas se coadunam erroneamente no desenvolvimento da mesma função. Segundo ela, é fundamental saber quem governa quem, pois a atribuição das quatro palavras-chave acima mencionadas é de indicar quais os mecanismos que o homem utiliza para governar o outro.

Ninguém que se tenha dedicado a pensar a história e a política pode permanecer alheio ao enorme papel que a violência sempre desempenhou nos negócios humanos, e, à primeira vista, é surpreendente que a violência tenha sido raramente escolhida como objeto de consideração especial. Isto indica o quanto a violência e sua arbitrariedade foram consideradas corriqueiras ao longo da história da humanidade e, portanto, desconsideradas; ninguém questiona ou examina o que é óbvio para todos. Quem quer que tenha procurado alguma forma de sentido nos registros do passado viu-se quase que obrigado a enxergar a violência como um fenômeno marginal (ARENDR, 1981, p. 16).

Segundo Arendt (1985, p. 24), o “poder” significa agir em comum acordo e quando desaparece o grupo que o originou também segue esta tendência, portanto sendo um fim em si mesmo e as pessoas utilizam dessa distorção conceitual para justificar os fins. Ela acrescenta a “[...] violência não reconstrói dialeticamente o poder. Paralisa-o e o aniquila” (ARENDR, 1985, p. 12).

Já no que se refere à “força”, deveria ser entendida no âmbito de uma linguagem terminológica, que abrange duas perspectivas: as “forças da natureza” ou as “forças das circunstâncias”, em que se desenvolve um mecanismo de liberação de movimentos físicos ou sociais. O conceito de “autoridade” é aplicado às pessoas,

e para que se possa conservá-la, é necessário respeitar a pessoa ou cargo. Já a “violência” tem por finalidade um caráter instrumental que justifica o propósito da independência natural, mas, em seus estágios, é substituída para justificar os fins.

Para a autora, o poder precisa de legitimidade e deve ser uma oposição à violência. Emana do povo, que deve se manter unido, pois aspectos de violência e de comando não cabem dentro desse escopo de projeto. Mas a sociedade é acostumada a desenvolver uma relação errônea no que tange à combinação da violência com o poder. Entretanto, não se pode concluir que a autoridade, o poder e a violência estão no mesmo nível e têm o mesmo sentido, porquanto a violência não sustenta nenhum sistema ou governo, e o poder só pode ser sustentado pelo apoio daqueles que dão o consentimento e pelos números. Nesse contexto, a tirania não se justifica, porque é impotente, pois a população não lhe confere respaldo. O terror nasce depois da violência, e sua finalidade é de manter o total controle. A violência não cria o poder, e seus mecanismos podem destruí-lo. Assim se justificaria o caráter instrumental. Arendt (1985, p. 35) assevera que “a forma extrema de poder é o Todos contra Um, e a forma extrema da violência é o Um contra Todos”.

A violência nunca poderá ser a essência de um governo, mas sim o poder, que deve ser legítimo e íntegro. Nesse sentido, os cidadãos são os principais aliados. Entretanto, é um processo que se dá na relação entre iguais. Contudo, na perspectiva da autora, é pela via da legitimidade que se compreende a obediência às normas das instituições políticas e às leis que regem a dinâmica de um país, pois a finalidade de uma lei é sempre um ato impositivo, em que existem a questão do consentimento do processo punitivo e a sanção ao sujeito que deixa de cumprir com as normas da lei.

No capítulo terceiro, a autora propôs-se a analisar a natureza e as causas da violência. Ela entende que a violência não é um ato animalesco nem irracional, ela pode ser originária do ódio, todavia, esse fenômeno não é automático, pois é criado pelas diversas condições dadas pela razão, ou seja, o senso de justiça.

A linha tênue do fenômeno são as condições e a rapidez com que a violência acontece, portanto, a dificuldade é de distinguir uma emoção natural e a racionalidade, pois, caso se opte pela racionalidade humana, estar-se-á desenvolvendo um processo de desumanização do homem (p.35). Para a Filosofia, as emoções não influenciam na racionalidade, e o ódio e a violência não podem ser considerados como irracionais, mas apenas quando substitutos (p. 36). Segundo Arendt (op., Cit, p. 44), “poder e violência são opostos; onde um domina absolutamen-

te, o outro está ausente. A violência aparece onde o poder está em risco, mas, deixada o seu próprio curso, ela conduz à desapareção do poder”.

CONCLUSÃO

Com essas considerações, pretendeu-se chamar a atenção para a intrínseca relação existente entre globalização, a política e os movimentos sociais, abordando-se, para tanto, em especial, a teoria funcionalista do direito, pela qual este consiste em um instrumento destinado a cumprir determinados objetivos sociais normativamente estabelecidos, para o que o Estado assistencialista contemporâneo utiliza a função promocional do direito, com a finalidade de premiar ou incentivar aqueles particulares que realizam determinadas ações socialmente desejáveis, conforme aqueles valores definidos pelo ordenamento jurídico.

O ano de 2013 foi um ano de muitas reviravoltas. As ruas estiveram cheias de jovens que anunciavam o desejo de mudança e de participação. O sabor das massas nas ruas fez acender a necessidade de novos olhares sobre o momento atual e impôs a urgência de se desenvolver novos saberes sobre o que se pode enxergar nessa nova configuração política e social. Estão postos os desafios para os próximos anos e para as futuras gerações.

Entretanto, as manifestações tiveram destaque por grandes atos de violência e vandalismo realizados por uma parcela de pessoas, com mérito para o grupo “black bloc”, que adota estes meios como marca registrada para atacar a ordem política e social.

Responde-se, assim, a pergunta problema desta breve investigação: por que as manifestações que inicialmente eram pacíficas tornam-se violentas? A resposta, em resumo, é porque a violência e o vandalismo são contraditórios, pois arruinam aquilo que proclamam proteger ou promover, qual seja: a liberdade, os direitos fundamentais, a dignidade humana e a justiça, e ainda porque os ativistas que buscam violência como estratégia e arma política, banalizam o mal, nas lições de Hannah Arendt, chegando com isso ao absurdo de produzir vítimas fatais, como foi o caso do cinegrafista da TV Bandeirante, Santiago Andrade. Além disso, recorrem à internet, redes sociais, e eventos de doutrinação para inspirar, recrutar e mobilizar jovens que simpatizam com esses meios.

Para Hannah Arendt, a modernidade configura um período histórico de obscurecimento das determinações políticas democráticas, pois, onde a política não foi reduzida ao plano da violência, como no caso dos fenômenos totalitários, ela foi reduzida ao plano da administração burocrática dos interesses econômicos da sociedade.

BIBLIOGRAFIA

- ARENDDT, Hannah. **Sobre a Revolução**. São Paulo: Companhia das Letras (2013 [1963]).
- _____. **O que é política?** Tradução de GUARANY, Reinaldo. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009. 240p.
- _____. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. **A condição humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária. Rio de Janeiro, Salamandra; São Paulo, Edusp, 1981.
- _____. **Sobre a violência**. Trad. Maria Cláudia Drummond Trindade, Ed. Universidade de Brasília 1985.
- _____. **Origens do totalitarismo**. Tradução Roberto Raposo. 5 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- _____. **Entre o passado e o futuro**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva, 1992.
- BERGER, Peter; Luckmann, Thomas. **La construcción social de la realidad**. Amorrortu: Buenos Aires, 1997.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 14. ed. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- _____. **Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito**. Tradução de Daniela Baccaccia Versani. Barueri-SP: Editora Manole, 2007.
- CASTELLS, Manuel Olivan. **Comunicación y poder**. Tradução de DÍAZ, María Hernández. Madrid: Alianza Editorial, 2009. 680p.
- FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. v. xvi, Edição Standard Brasileira das Obras Completas de S. Freud. Rio de Janeiro, Imago Editora, 1976.

HABERMAS, Jurgen. O conceito de poder de Hannah Arendt. In: Rouanet, S.P. & Freitag, B. (orgs.) Habermas. São Paulo, Ática, 1980 (Coleção Grandes Cientistas Sociais).

QUERO, Caio. Por que há confrontos em manifestações que começam pacíficas? BBC Brasil Rio de Janeiro. 21 jun de 2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/06/130620_manifestacoes_confrontos_pacificos_cq> . Acesso em 06 out. de 2016.

PROFILAXIA DA VIOLÊNCIA JUVENIL A PARTIR DE ESPAÇOS DE SOLIDARIEDADE

Marconi do Ó Catão¹⁵⁵ e Iasmim Barbosa Araújo¹⁵⁶

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem como base a ideia de solidariedade proposta por Émile Durkheim (1999, p.40 e 128), partindo da análise do que ele propõe como vínculos que conectam a sociedade moderna, que vem passando por transformações ao longo da história. Nesse sentido, é possível perceber que na sociedade contemporânea, observa-se um aspecto paradoxal, como bem enfatizado por Gilles Lipovetsky (2004, p.21), uma vez que é possível observar a coexistência das duas sociedades – simples e complexa – e dos dois vínculos de solidariedade idealizados por Durkheim –mecânica e orgânica –na mesma sociedade.

Exemplo disso é a sociedade brasileira, ao possuir tanto uma macrosociedade, que envolve a todos os cidadãos brasileiros, e também um complexo de microsociedades, análogas às sociedades simples, em que os membros estão unidos por interesses comuns e por uma relação de pertencimento, como é o caso das favelas.

Muito comuns no Brasil, as favelas são ambientes, na maioria das vezes, segregados, cujos habitantes frequentemente só conhecem a intervenção repressiva do Estado, ao invés das “garantias” do Estado Democrático de Direito. Nesses espaços urbanos, as relações sociais são diferenciadas, visto que geralmente são mais próximas e com caráter de reconhecimento entre seus membros, que se mantêm coesos por elos de solidariedade mecânica, que serão tratados em seguida.

Tais elos, a princípio, são análogos aos quais se referia Durkheim, porém, no contexto hodierno, são diferentes, haja vista que esses mesmos grupos estão imersos em uma macrosociedade individualista, unitária, consumista e, por conseguinte, agregadora de características de ambas as sociedades, criando, ainda, no-

155. Professor Associado do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) – Campus I; Doutorado em Direito pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ); Doutorado em Sociologia pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Email: moct@uol.com.br

156. Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba (UEPB) – Campus I. Graduanda do curso de Bacharelado em Direito. Email: iasmimb.araujo@hotmail.com

vos elementos a serem analisados no decorrer deste texto. Como exemplos, têm-se os efeitos da satisfação do consumo individual, considerado por Lipovetsky como hiperconsumo presente nessas comunidades, excluídas por sua própria natureza.

A perspectiva de solidariedade mecânica, descrita anteriormente, passou por um intenso processo de transformação na sociedade moderna, sobretudo durante o período da Revolução Francesa, em que houve uma significativa mudança nas relações sociais. Neste período, foram desenvolvidos os Princípios da Igualdade, da Liberdade e da Fraternidade, inspiradores das Cartas Constitucionais seguintes, que passaram a contemplar direitos e garantias individuais.

Desde então, os Princípios de Liberdade e Igualdade foram amplamente disseminados, porém, o Princípio da Fraternidade apresenta uma dificuldade em sua garantia, já que não há uma observância de sua efetivação na realidade social (CAMPOS; MIRANDA, 2005, p.292-299), de maneira que tal aspecto traz consigo um amplo individualismo e, conseqüentemente, maior segregação das comunidades menos abastadas. Para Louis Dumont (1985, p.99-100), o individualismo surge a partir de um processo histórico de transformação dos ideais sociais clássicos e judaico-cristãos, sendo uma característica da modernidade.

Em síntese, relacionando-os conceitos de individualismo e da quebra de fraternidade, anteriormente expostos, com a sociedade hodierna, podem ser feitas análises acerca das conseqüências desses fenômenos na mesma sociedade, sobretudo em suas parcelas de grupos sociais excluídos. Em outras palavras, tais desdobramentos podem ser claramente visualizados quando se analisam os registros de violência do Brasil, que têm como principais sujeitos os membros da população carente, em especial os jovens de 15 a 29 anos, que, de certa forma, são suscetíveis à ideologia do consumo como forma de afirmação social, já que a nossa sociedade, por não ser fraterna, de certa forma, exclui aqueles que não têm poder de consumo, ignorando suas características individuais.

No decorrer da elaboração deste estudo, foi realizada pesquisa de campo com jovens de comunidades dos quatro pontos cardeais da cidade de Campina Grande – PB, por meio de entrevistas semiestruturadas, objetivando a analisar as percepções dos jovens dessas comunidades a respeito dos Princípios da Liberdade, Igualdade e Fraternidade, com foco especial na noção de Solidariedade, no intuito de propor mudanças estruturais na conjuntura social atual, no sentido de suscitar a possibilidade de inclusão no âmbito desses grupos sociais, objetivando oportunidades desses jovens exteriorizarem suas capacidades e potencialidades, além de procurar afastar comportamentos desviantes que possam resultar em criminalidade.

Importa destacar ainda, quanto à metodologia, que foram realizados levantamentos bibliográficos, documentais e de legislações relacionadas com a temática em foco. Ressaltamos que, para a abordagem desses jovens, esta pesquisa, inicialmente, submeteu o projeto ao Comitê de Ética e Pesquisa em Seres Humanos, da Universidade Estadual da Paraíba (CEP/UEPB), no sentido de obter a aprovação ética para a realização do estudo; em outras palavras, este projeto foi eticamente aprovado pelo CEP/UEPB, em consonância com a resolução nº 466/12, que norteia as diretrizes para a apreciação ética, proposta pela Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, do Conselho Nacional de Saúde/MS.

DESENVOLVIMENTO

Na análise do processo de evolução social, Durkheim (1999, p.40 e 128 et seq) compreende a sociedade como sendo semelhante a um organismo vivo, em que os membros existem e executam determinados papéis em função de um todo. Entre tais membros haveria um elo, denominado por este autor de solidariedade, sendo esta subdividida em dois tipos: mecânica ou orgânica.

Nas sociedades simples, em que há uma homogeneidade em sua composição, da qual deriva um alto grau de coesão social, podemos observar o primeiro tipo de solidariedade, a mecânica, por meio da qual as pessoas estão ligadas por haver uma relação de identificação entre seus membros, em que os valores e interesses coletivos sobrepõem-se ao indivíduo e o define; assim, tal relação possibilita que, mecanicamente, os membros sejam solidários entre si. Nesse sentido, pode-se notar que a solidariedade mecânica é configurada em face do “ser coletivo”, haja vista que os homens não pensam no seu modo de agir diante do outro, mas agem mecanicamente, com um ideal de coletividade; em outras palavras, não se vive para o “eu”, mas para o “nós”, para a comunidade.

Com o passar do tempo, as sociedades simples (ou primitivas) foram mudando e se tornando mais complexas, sendo diversos os fatos históricos que sucederam transformações em vários aspectos da vida social nessas comunidades, dentre os quais se destacam: o aumento populacional, o avanço tecnológico, a formação dos Estados nacionais, o Renascimento cultural e comercial, as revoluções burguesas etc.

Em resumo, esses fatores desencadearam mudanças no modo de relacionamento das sociedades, que deixaram de ser simples, com elos baseados na identificação, e tornaram-se complexas, com elo agora baseado nas diferenças (CAMPOS; MIRANDA, 2005, p.292-302). Logo, na análise das sociedades complexas, é possível perceber que o aspecto que prevalece é a segunda solidariedade: orgânica.

Realmente, com o desenvolvimento das sociedades, sobretudo nos campos tecnológico e produtivo, elas adquiriram um novo caráter, em que os indivíduos passam a ser vistos como pessoas unitárias, com vontades próprias, não estando, necessariamente, interessados nos anseios da comunidade; de maneira que a vontade da pessoa é posta antes da coletividade. De fato, tal fenômeno é responsável pelo desenvolvimento de uma sociedade individualista, que, quando exacerbada, resulta em outro fenômeno, que Durkheim chama de anomia moral, favorecendo a perda dos valores morais que orientam os indivíduos, sendo que mantêm, mesmo com as diferenças, o vínculo social.

Assim, torna-se importante fazer o seguinte questionamento: em que fase do processo de individualização está a sociedade atual e até que ponto essa individualização é positiva? Na coletividade, por não ter o foco no indivíduo, pode haver a marginalização de aspectos considerados fundamentais para a construção de uma vida humana digna e para a realização pessoal individual. Porém, é percebido que chegamos a um ponto de excessiva individualização, o que gera a segregação daqueles que têm poucas condições financeiras e, também, a exclusão do Princípio da Fraternidade, como se verá adiante.

O Princípio da Fraternidade foi amplamente manifestado na Revolução Francesa, que, somado a esse, teve dois outros princípios como pilares, quais sejam, o da Liberdade e da Igualdade, como já ressaltado antes. Todos eles, vale salientar, eram idealizados no sentido de contemplar a classe burguesa, autora da revolução, sendo interessante perceber o viés individual dos Princípios da Igualdade e Liberdade, visto que, ao atingir um desses princípios, é alcançado o direito subjetivo de cada indivíduo, baseado exatamente nesses preceitos norteadores.

Por exemplo, ao ferir o direito à disposição do corpo, ou de ir e vir, de determinado indivíduo, ou até mesmo de uma coletividade, direitos esses baseados no Princípio da Liberdade, fere-se uma garantia individual.

De igual modo, quanto ao Princípio da Igualdade, pode-se depreender seu viés de garantia individual, vez que garante a igualdade do indivíduo face à sociedade, possibilitando o surgimento de um direito subjetivo no sentido de requerer essa garantia.

Por sua vez, o Princípio da Fraternidade, destaca-se por seu viés coletivo, porém revela-se com o maior grau de dificuldade na aplicação e cumprimento, dependendo de ações do Poder Público em conjunto com a Sociedade Civil para que seja efetivamente realizado.

Com efeito, tais princípios consagrados pela Revolução Burguesa foram positivados em Constituições pós-revolucionárias, as quais a Doutrina Constitucional chama de Constituições Liberais. Nesse contexto, é importante também ser feita a análise sobre a efetividade desses princípios, que seria um estudo do caráter programático dos mesmos nas Constituições e nas Declarações do Direito do Homem. De forma que tais princípios teriam eficácia limitada, por necessitarem de regulamentação posterior que lhes dariam efetividade, já que eles, necessariamente, não podem ser auto executáveis.

Na Constituição Brasileira de 1988 é perceptível a tentativa de tornar efetivos os princípios supracitados, especialmente os da Igualdade e da Liberdade, tendo em vista que o próprio texto constitucional fornece meios para sua execução, buscando, igualmente, ampliar a interpretação dos mesmos, objetivando promover uma igualdade também material, além, evidentemente, da formal.

No entanto, a regulamentação do Princípio da Fraternidade ainda tem caráter de norma com eficácia relativa complementável, isso em conformidade com a classificação de normas constitucionais de Maria Helena Diniz (1988, p.109), necessitando de uma regulamentação posterior para se efetivar, tornando-se, assim, uma norma programática. Nesse sentido, no artigo 205 da Constituição Federal de 1988 é possível perceber que há a defesa desse princípio, sendo que de forma muito sutil, ao afirmar que para sua efetivação: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”.

Na atualidade, é possível perceber que o notório progresso científico-tecnológico presente no mundo globalizado e permeado pelas políticas neoliberais, que trouxe diversos benefícios para o bem-estar social, como os avanços na medicina, que aumentaram a expectativa de vida da população, os avanços nas tecnologias de informação e telecomunicação, que ampliaram o acesso ao conhecimento, as novas técnicas das engenharias, que possibilitaram uma melhor infraestrutura das cidades, entre outros.

No entanto, tal desenvolvimento também acarretou algumas mazelas sociais, como a intensificação da exclusão social, principalmente nos países subdesenvolvidos, que entraram em um processo de industrialização sem possuir estrutura social para tal, tampouco capacidade de investimento por parte do poder público, criando assim um preocupante quadro de desemprego estrutural. Registre-se que, em parte, isso foi devido aos avanços tecnológicos, que trouxeram a possibilidade

de substituir a mão-de-obra humana e, por conseguinte, maximizar os lucros da produção, de acordo com os princípios neoliberais (BECK, 2010, p.23-27).

No Brasil, o processo de exclusão foi intensificado notadamente no início do século XX, com as reformas urbanas ocorridas principalmente nas grandes metrópoles e capitais dos Estados. Porém, o objetivo desse projeto de urbanização era “limpar” a cidade, segregando tudo o que não estivesse em conformidade com os padrões de beleza das nossas cidades. Desse modo, foi segregada a parcela social de “indesejáveis”, como os residentes nos cortiços, que em decorrência disso buscaram os morros como morada, criando assim as favelas, lugares com precária infraestrutura, em que a atuação do Estado é, na maioria das vezes, meramente repressiva. Nessa ótica, Elimar Pinheiro do Nascimento (2003, p.27) defende que o processo de repressão é um gradativo afastamento desses “agentes incômodos” do espaço de representação social.

Assim, enquanto nos séculos XVII a XIX a repressão se dava para domesticar a população, suprimindo a demanda da força de trabalho, a repressão contemporânea desencadeia a manutenção da segregação, porém, os segregados não são mais necessários ao mercado de trabalho, tornando-se o que Nascimento (2003, p.70) chama de “excluídos desnecessários”; sendo que, além desta forma de segregação, existe também aquela baseada no poder aquisitivo. Nesse sentido, esclarece Gilberto Dupas (1999, p.218-221) que o indivíduo pós-moderno tem caráter performático, sendo esta característica definidora do local social que cabe a cada um. Ademais, segundo esse autor, o indivíduo está voltado para o gozo em curto prazo e a qualquer preço, na tentativa de se afirmar socialmente nesses espaços de convivência, em que deve mostrar a sua performance.

Para Lipovetsky (2004, p.24-25), na atual sociedade de hiperconsumo, há a necessidade da afirmação pelo consumo. De maneira que a parcela excluída, sobretudo os jovens, público alvo das relações de consumo, não consegue se integrar ao modelo social que é imposto, muitas vezes buscando meios escusos para obter tais bens.

Exemplo disto é a atração causada pelo tráfico de drogas nos jovens das comunidades carentes, como exposto no documentário “Notícias de uma Guerra Particular”, lançado em 1999, mostrando, sob diversos pontos de vista, como os riscos de uma vida de criminalidade acabam sendo menos importantes para o jovem do que a possibilidade de afirmação gerada por esta vida (LUND; SALLES, 1999). Em um dos relatos, um dos traficantes afirma saber que vai morrer cedo, mas afirma também que todos nós morreremos um dia; logo, para ele, nada im-

porta, pois, ao menos, a vida curta que teve lhe possibilitou que desfrutasse de alguns bens de consumo que, sem o tráfico, não poderia obter.

Além disso, a sociedade civil em geral e a própria polícia, de certo modo, acabam generalizando os habitantes das favelas, considerando todos, independentemente de sua atuação pessoal, bandidos em potencial, pelo simples fato de lá morarem, sendo isso o que Nascimento chama de “geografia da exclusão”, pois as pessoas de comunidade carente já nasceriam excluídas (2003, p.65-69).

Nessa discussão, é importante é salientar que a generalização da criminalidade realizada pelos policiais acaba gerando efeitos ainda mais negativos do que a feita pela sociedade civil, já que aqueles são responsáveis pela manutenção da ordem e, muitas vezes, acabam abusando do poder, como se todos os habitantes da comunidade devessem ser alvo de sua repressão. Ainda no documentário citado anteriormente, um dos traficantes afirma que entrou para o tráfico para proteger a sua comunidade, já que, segundo ele, os policiais não “faziam o serviço direito” e acabava havendo uma confusão sobre qual seria o sujeito da ação policial: o traficante ou o trabalhador.

Em síntese, as situações descritas mostram como a exclusão social é determinante para o surgimento da violência, como bem lembra Cristina Costa (1997, p.285-287), ao desenvolver uma relação entre os procedimentos de segurança pública com a violência interna, afirmando que esta se tornou um recurso utilizado corriqueiramente, em nome da “defesa social”.

Diante do exposto, destaca-se a problemática existente na relação entre a juventude e a criminalidade, fomentada pela alta tensão do apelo ao consumo, voltada para o público jovem, como também pela falta de coesão entre os atores sociais, fortalecendo assim o vínculo associativo entre condição de pobreza e criminalidade.

De acordo com Aléssio e Santos *apud* Almeida (2006, p.125-126), nas pesquisas realizadas com pais e professores sobre a incidência dos jovens na criminalidade é ressaltado o binômio pobreza-violência, sendo as classes menos favorecidas a ameaça da violência vivida pelas camadas mais abastadas. Porém, nessas pesquisas, a violência causada por jovens de classe média não chega a ser citada, com a desigualdade social sendo considerada como a causa principal da violência causada e sofrida pelos jovens.

Feitas essas considerações, torna-se então pertinente analisar o impacto que o discurso relacionado com os valores almejados como projeto de vida tem na vida dos jovens de uma comunidade; ou seja, quais seriam os meios que eles vislumbrariam para alcançarem seus objetivos: por meio do esforço, do trabalho,

ou por meios ilícitos, mais lucrativos e rápidos? Quais das possibilidades possíveis permitiriam a esses jovens alcançarmos ditames sociais convencionais e o acesso aos padrões de consumo? Não se caracteriza tanto como uma questão de escolha, mas muito mais de viabilidade.

Realmente, são raros os que conseguem, em meio à miséria, à fome, ao preconceito e à escassez de recursos, estudar ou trabalhar e, com méritos admiráveis, ascender socialmente, visto que, na maioria das vezes, mesmo os que optam por uma vida lícita, não tiveram acesso à qualificação, para ter um bom emprego e poder consumir. Por sua vez, o consumo, cada vez mais vem sendo fomentado pelas mídias e propagandas publicitárias, imperando nas sociedades, com importantes mudanças, como retrata Lipovetsky (2004, p.16 e 40). A sociedade hodierna, ou pós-moderna, segundo este autor, passou de uma sociedade do consumo para a sociedade do hiperconsumo, ressaltando as individualidades e as representações pessoais de cada consumidor. Hoje, não é a figura familiar que consome, como predominava nos anos de 1940, 1950 ou 1960, mas, sim, o indivíduo, a fim de saciar um desejo próprio e particular, diretamente projetado pela sociedade.

Outrossim, vale salientar que, mesmo com essa flexibilização de valores, a ética, de certa forma, ainda se faz presente na hipermodernidade, que sente repulsa ao emprego generalizado da violência ou mesmo da reprodução não autorizada de determinada obra. Contudo, há pouco interesse ou sentido de dever do indivíduo para com a coletividade. Nesse sentido, Lipovetsky (2004, p.45) afirma que a hipermodernidade só pode prosperar se houver uma prevalência de comportamentos éticos ao da irresponsabilidade, de forma que, mais uma vez, percebe-se que há a necessidade de que as pessoas revivam o Princípio de Fraternidade na sociedade.

Tradicionalmente, a análise socioeconômica vem atribuindo responsabilidades a certos fatores (propriedade fundiária dividida de maneira desigual, catástrofes naturais etc.) no desencadeamento do processo de exclusão social, estabelecendo assim as políticas econômicas possíveis de minimizar esta iniquidade social, especialmente ao atuar sobre os aspectos que a teriam agravado.

Todavia, a experiência em vários países vem demonstrando que a elaboração de providências baseadas em critérios e indicadores possibilita mais efetivamente a realização das propostas a serem implementadas (redistribuição salarial, medidas fiscais, entre outras) para diminuir a pobreza. De modo que tais iniciativas poderão ser úteis para a estruturação de uma teoria de justiça que seja

compatível com a realidade social brasileira, onde determinados grupos sociais ainda vivenciam tal forma de iniquidade social (SEN; KLIKSBERG, 2010, p.7-10).

Visando oferecer alternativas de saída mais compatíveis com a realidade social, desde o final do século passado vem se observando uma relevante proposta de estudo sobre as necessidades humanas fundamentais no âmbito da pobreza, baseada nas capacidades e potencialidades de que as pessoas dispõem para viver dignamente, manifestando o exercício da liberdade e o respeito aos direitos de cidadania. Assim, no decorrer deste texto são destacadas as principais argumentações apresentadas por Amartya Sen (2000, p.17) sobre o tema das capacidades e potencialidades, objetivando a articulação com o estudo da inclusão de jovens que vivenciam exclusão socioeconômica e de acesso aos instrumentos públicos que ofereçam oportunidades para exercerem suas capacidades, potencialidades e habilidades particulares.

Nesse sentido, Sen (2008, p.29 e 165) leciona que é preciso esclarecer dois conceitos basilares para que exista uma efetiva compreensão das iniquidades sociais.

O primeiro deles diz respeito à noção de capacidade (*capability to function*), que é um neologismo que apresenta a ideia de capacidade para realizar funcionamentos, representando assim às várias combinações de funcionamentos (estados e ações) que uma pessoa pode praticar; em outros termos, seria as possibilidades e oportunidades que o indivíduo teria para realizar seus objetivos, de optar pelo tipo de vida que considera adequada e de exercer suas faculdades reais de escolha.

Já o segundo é o de funcionamentos (*functionings*), que é igualmente outra construção de linguagem que se refere às várias coisas que alguém pode considerar valioso fazer ou ter, sendo que tais funcionamentos variam desde os mais elementares (estar adequadamente nutrido e livre de doenças evitáveis, por exemplo) até as atividades ou estados pessoais mais complexos (por exemplo, poder participar da vida da comunidade e ter respeito próprio); ou seja, funcionamentos seriam todos os modos de ser e de agir dos seres humanos, estando relacionado ao poder ser e ao poder fazer de uma pessoa.

A distinção apresentada por Sen (2000, p.54-57) torna possível a elaboração de uma concepção de justiça social que ultrapassa as clássicas alternativas, distributivas e de bens sociais primários, possibilitando assim o estabelecimento de outra noção de iniquidade social, que advém do nível de desigualdade socioeconômico de uma sociedade. Ademais, em sua construção teórica de justiça social, esse autor insere as denominadas liberdades instrumentais (liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparências e segurança protetora) que contribuem para a liberdade global que as pessoas

têm para viver como desejariam; em outras palavras, tais liberdades tendem a contribuir para a capacidade geral das pessoas viverem mais livremente, tendo também elas o efeito de complementar umas às outras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente estudo, temos a expectativa que o mesmo venha a possibilitar o desenvolvimento de uma perspectiva crítica a respeito do cenário social atual do nosso país, que é de forte marginalização aos menos favorecidos economicamente, típicos da atual sociedade capitalista, notadamente caracterizada por um amplo individualismo e forte apelo ao consumo.

De fato, com os estudos realizados, foi possível perceber as preocupantes consequências do individualismo e do consumismo, destacando os malefícios trazidos por essa subversão de valores, a partir do qual o consumo passa a ser um meio de afirmação social. De forma que indagamos: será o consumo uma forma de inclusão ou de intensificação da segregação?

Foi também concluído que, diante de toda essa situação relacionada com o individualismo, o consumo e a falta de oportunidades vivenciada por significativas parcelas dos jovens, que muitas vezes se desviam socialmente e ingressam na marginalidade, surgem as possibilidades de inclusão social a partir de espaços de solidariedade, no sentido de despertar aos jovens suas capacidades, potencialidades e habilidades específicas nas mais variadas áreas de conhecimento (música, esporte, literatura, arte etc.).

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Ângela Maria de Oliveira et al (Orgs). **Violência, exclusão social e desenvolvimento humano**: estudos em representações sociais. Brasília: UnB, 2006.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.
- BURSZTYN, Marcel org. **No meio da rua** – nômades, excluídos e viradores. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.
- CAMPOS, Flávio; MIRANDA, Renan. **A Escrita da História**. São Paulo: Escala Educacional, 2005.

- CASTRO, Valdir José de; COELHO, Cláudio Novaes Pinto (Orgs). **Comunicação e sociedade do espetáculo**. São Paulo: Paulus, 2006.
- COSTA, Cristina. **Sociologia**: introdução à ciência da sociedade. São Paulo: Moderna, 1997.
- DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos** – 4ed. Atual. São Paulo: Saraiva 1988.
- DUMONT, Louis. **O individualismo**: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
- DUPAS, Gilberto. **Economia global e exclusão social**: pobreza, emprego, estado e o futuro do capitalismo. São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- LIPOVETSKY, Gilles. **Os tempos hipermodernos**. São Paulo: Editora Barcarolla, 2004.
- LUND, Katia; SALLES, João Moreira. **Notícias de uma guerra particular**. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=EAMlhC0klRo> > . Acesso em 24 abr 2015.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- _____. **Desigualdade reexaminada**. 2. ed. Trad. Ricardo *Dominelli* Mendes; Editora Record, 2008.
- _____; KLIKSBURG, Bernardo. **As pessoas em primeiro lugar**: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Trad. Bernardo Ajzenberg; Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

QUANDO PROIBIR OU REGULAR? A EXPERIÊNCIA DO UBER NO BRASIL

Maria Tereza Couto Magrani¹⁵⁷

“Em algum momento do dia de hoje, você certamente irá incorrer em alguma transação econômica. Utilize esta oportunidade para refletir sobre a gloriosa dinâmica subjacente a este ato. Você pode dizer “obrigado” ao receber o bem adquirido. A pessoa que irá receber seu dinheiro muito provavelmente também irá dizer “obrigado”. Tais momentos explicam boa parte da paz e de prosperidade que desfrutamos deste lado do paraíso.” Jeffrey Tucker

I. INTRODUÇÃO

Em 1939, o filósofo espanhol José Ortega Y Gasset publicou um livro intitulado de “Meditação sobre a técnica”¹⁵⁸, no qual ele tratou o tema da técnica sob a perspectiva histórica do seu surgimento e desenvolvimento, desde o período paleolítico até a revolução industrial. Já nesse tempo o autor relacionou a técnica à produção de bem-estar humano, ainda que este seja variável em cada época e cultura.

Tempos mais tarde, o filósofo Jürgen Harbermas, publicou um livro chamado: Técnica e Ciência como “Ideologia”, que, aliás, foi dedicado ao filósofo alemão Herbert Marcuse em contraposição a tese desenvolvida por este a respeito da força libertadora da tecnologia. Em linhas rasas, Marcuse entendia que o domínio da técnica ou ciência importaria, via de consequência, na dominação dos homens. Contudo, e daí contrariando as teses de Ortega e de Marcuse, o alemão Harbermas disse que a cientificação da técnica já não exprime uma projeção da vida boa, como queria crer Ortega, tampouco que o domínio sobre a técnica aconteceu de forma racionalizada com o fim de dominação dos homens, como crê Marcuse. Para Harbermas, essa nova ideologia “não é o resultado de uma

157. Advogada especialista em direito civil e tributário, mestranda em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Email: mariatereza.smde@gmail.com

158. ORTEGA Y GASSET, José. Meditação sobre a técnica, p. 14-15.

planificação, racional dirigida a fins e controlado pelo êxito, mas produto de uma evolução espontânea”.¹⁵⁹

Retomando as discussões travadas por Ortega em seu livro retroreferido, disse o autor, com certo tom de inconformismo, que as respostas dadas à pergunta sobre “o que é a técnica” são superficialmente pavorosas, da mesma maneira que o são todas as questões que envolvem o homem. Para ele, a resposta estaria numa excursão ao subsolo da técnica, onde seria possível deduzir que o homem começa quando começa a técnica, cuja missão inicial é dar liberdade ao homem para ele poder entregar-se a si mesmo.¹⁶⁰ E ele conclui o raciocínio reverberando que a capacidade técnica do homem serve para inventar procedimentos mais simples e seguros no intuito de alcançar as necessidades humanas que, segundo ele, são o que o povo ou a pessoa pretende ser em cada época, pois, a primeira invenção pré-técnica e por excelência, é o desejo original por uma vida boa. Como vimos alhures, Harbermas critica esta projeção, mas entende que não é uma realidade má. A respeito disto, Ortega fez uma importante reflexão sobre como a crise dos desejos pode interromper ou até mesmo fazer retroceder a técnica, pois, em determinado momento o homem pode não saber bem a quem ou a que servir.

Essa excursão sobre o subsolo da técnica - parafraseando Ortega - serve para demonstrar que, embora passados quase um século desde o Curso de Verão de Santander de 1933¹⁶¹, este discurso ainda é atual. Da mesma forma, persiste atual o embate entre Marcuse e Harbermas porque a resposta para a pergunta sobre os impactos na relação de consumo no caso de regulação da atividade do Uber no Brasil perpassam, sem sombra de dúvidas, aos questionamentos sobre: se o aplicativo foi criado para proporcionar bem-estar aos usuários-cidadãos; ou se o aplicativo foi pensado originalmente para controlar o mercado de transportes, subjugando os taxistas; ou se ele foi pensado como mais uma alternativa de transporte e um importante mecanismo de regulação dos preços de mercado?

No intuito de responder a essas e outras perguntas, o trabalho foi dividido em três capítulos, sendo o primeiro deles reservado para abordar o tema sobre a origem do Uber, a sua atuação no Brasil e os impactos dessa inovação tecnológica no âmbito dos três poderes. No segundo capítulo será feita uma análise crítica da Audiência Pública realizada na Câmara dos Deputados, cuja pauta foi o levantamento dos impactos na vida do consumidor caso o serviço seja regulado.

159. HARBERMAS, Jürgen. Técnica e Ciência como “Ideologia”, p. 85

160. ORTEGA Y GASSET, José. Meditação sobre a técnica, p. 35.

161. Nessa oportunidade, Ortega empreendeu esse discurso sobre a técnica aos seus alunos, mas que só foi publicado em 1939.

E o terceiro será feita uma atualização do status do Uber Brasil nos dias atuais e o resultado prático da audiência.

I. CAPÍTULO

Segundo os idealizadores da Uber: Travis Kalanick e Garret Camp, a ideia nasceu da dificuldade que ambos enfrentaram para tomar um táxi num dia em que caía muita neve em Paris. Eles observaram que o transporte na época não era eficiente o bastante, seja porque demorava a chegar, seja pela qualidade dos carros oportunistas para a viagem. Foi quando eles desenvolveram, em 2008, o aplicativo de celular capaz de solicitar carros pretos de qualidade *premium* em algumas áreas metropolitanas. De acordo com a empresa, que, aliás, possui a mesma rubrica do aplicativo, o objetivo é “oferecer às pessoas o que elas querem e quando querem”. Para os que se aventurarem a dirigir com a Uber, o trabalho é apresentado como flexível e não faz diferenciação entre homens e mulheres, desde que eles possuam alguns requisitos como: permissão especial para dirigir e o carro ter características peculiares, estarão autorizados a ajudar a “fortalecer as economias locais, melhorando o acesso ao transporte e tornando as ruas mais seguras.”¹⁶²

O Uber chegou ao Brasil em 2014 e opera da mesma maneira que em outros lugares do mundo, com o diferencial de que algumas cidades brasileiras ofertam mais serviços do que outras, porém, isso é apenas uma questão de logística empresarial e demanda por determinados serviços. A tecnologia consiste na disposição de uma plataforma para *smarthphones*, operada via sistema de economia compartilhada¹⁶³, em que os motoristas associados remuneram a Uber pela utilização dessa plataforma, que funciona como intermediária entre o contato dos passageiros com os motoristas da área de cobertura.

No entanto, a *start up* nasceu dentro de um panorama histórico-social onde a atividade de taxista já estava bastante solidificada. E surpreendeu a todos pela

162. Vide o “Nosso histórico de viagem”, disponível no site da Uber em: <https://www.uber.com/our-story/>. Acesso em 06/10/2016.

163. O conceito “economia de compartilhamento” surgiu em 2000, nos Estados Unidos. Após a crise econômica mundial em 2008, esse pensamento fortificou-se e se tornando que chamamos hoje de Consumo Colaborativo. Marcada pelo compartilhamento de recursos, a economia compartilhada vem ganhando mais e mais força ao redor do mundo. As grandes corporações como Patagônia, Toyota e NBC, por exemplo, já passaram a adotar estratégias baseadas no compartilhamento em seus principais negócios. A cadeia de valor da economia colaborativa mostra como as empresas podem repensar seus modelos de negócios tornando-se prestadoras de serviços, fomentadoras de mercado ou provedoras de plataformas. No coração da economia colaborativa, estão empresas e projetos que surgiram a partir de variações sobre o tema do compartilhamento pessoa-para-pessoa (peer-to-peer). Carros, alimentos, serviços, motos, moradia, informação, tecnologia, entre outros bens, podem ser compartilhados. Em <<http://www.revistalivemarketing.com.br/artigos-de-marketing/o-que-a-economia-colaborativa-muda-no-mercado>>. Acesso em 26/09/2016.

rápida adesão com que foi recepcionada em terras brasileiras. Seja pela excelência dos seus serviços, seja pelo preço praticado em comparação aos outros serviços similares ofertados pelo mercado, o Uber se confirmou fenômeno em terras onde o serviço de transporte público está sucateado. Porém, as críticas a favor do serviço de transporte individual e a sua práxis aumentaram após os embates entre os condutores do Uber e taxistas ganharem fôlego e as estampas dos noticiários.

À guisa de exemplo, podemos citar a maior cidade brasileira: São Paulo. Nesta cidade ocorreram os maiores embates entre motoristas de táxis e operadores do Uber. A capital paulista, que foi a primeira cidade brasileira a receber a empresa e a primeira a regulamentar a atividade na América do Sul, também foi palco de conflitos nas esferas dos três poderes. Quem não se lembra do Departamento de Transporte de Passageiros, vinculado a Secretaria Municipal de Transportes de São Paulo, ordenar a apreensão dos carros do Uber e multar os motoristas por prática de transporte clandestino? Quem não se lembra das liminares para suspensão do funcionamento da plataforma? E da lei 16.279/2015¹⁶⁴, a qual proibiu a contratação do Uber, ou ainda da iniciativa da Prefeitura de solicitar os serviços do Uber com o único propósito de dar flagrante nos motoristas que continuaram operando apesar da lei?

Diante dessa inovação disruptiva, os três poderes voltaram as suas atenções para o Uber, levantando-se discussões sobre os limites para intervenções judiciais, doutro lado, o Legislativo julgando os projetos de lei e tentando assentar as bases da discussão no âmbito de suas respectivas Assembléias e Câmaras. E o Executivo Nacional que, através das suas agências: ANTT (Agência Nacional de Transportes), a qual se posicionou contra o modelo de carona paga - por considerar clandestino o transporte remunerado de usuários sem autorização ou permissão do poder público competente - e a Superintendência-Geral do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que entende que enquanto a atual controvérsia jurídica acerca da legalidade da Uber não for esclarecida pelos Poderes da República, a empresa deve ser considerada uma concorrente como qualquer outra e não pode ser alvo de condutas anticompetitivas previstas na lei de Defesa da Concorrência (12.529/11).¹⁶⁵

164. Essa lei, de 8 de outubro de 2015, previa multa no valor de R\$ 1,7 mil e apreensão do veículo daqueles que a descumprissem. A punição, entretanto, não vinha sendo aplicada na capital, uma vez que o prefeito Fernando Haddad autorizou por decreto os serviços de transporte por aplicativo, no dia 10 de maio. Felizmente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP) julgou, em 5/10/2016, a inconstitucionalidade da lei municipal nº 16.279/2015, que proibia o uso de carros particulares cadastrados em aplicativos como o Uber, e que seriam usados para o transporte remunerado individual de pessoas. Em: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/10/tj-julga-inconstitucional-lei-que-proibia-o-uber-em-sao-paulo.html>. Acesso em: 06/10/2016.

165. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,M1230362,101048Taxistas+Respondera+a+processo+no+CADE+por+sham+litigation+contra>. Acesso em 26/10/2016.

No momento em que todas as grandes metrópoles do mundo discutem a questão do Uber e de outras formas de transporte, é importante verificar a contribuição das Câmara dos Deputados sobre o assunto, já que ela realizou Audiência Pública com a finalidade de analisar os impactos da regulação do serviço para os consumidores, o que será feito no capítulo seguinte.

II. CAPÍTULO

Em 16 de setembro de 2015, aconteceu na Câmara dos Deputados Audiência Pública para debater o impacto para os consumidores da regulamentação ou proibição do aplicativo Uber¹⁶⁶. Esta audiência contou com diversos requerimentos, dentre os quais: o nº 49/15 do Dep. César Halum; o nº 51/15 de autoria dos Dep. Maria Helena e Chico Lopes; o nº 53/15 do Dep. Eli Corrêa Filho; nº 55/15 de autoria do Dep. Aureo ; o nº 56/15 do Dep. Ricardo Izar; e o 57/15 do Dep. Marcos Rotta. Pelo presidente da Comissão, o Dep. Eli Corrêa Filho, foi determinado o prazo de 10 min. para exposição de cada participante.

Estiveram presentes os convidados: Igor Britto, Coordenador-Geral de Estudos e Monitoramento de Mercado da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça (Senacon/MJ); Victor dos Santos Rufino, Procurador-Chefe do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); o Sr. Leonardo Palharers, Vice-presidente da Câmara Brasileira de Comércio Eletrônico (Câmara-e.net); o Sr. Thiago de Oliveira Mota, Consultor do aplicativo 99Taxi; e o Sr. Daniel Mangabeira, Diretor de Políticas Públicas do UBER BRASIL, que falaram pela manhã.

Na sessão da tarde, foram ouvidos: o procurador da República da 3ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do Ministério Público Federal, Carlos Bruno Ferreira da Silva; a coordenadora institucional da Associação Brasileira de Defesa do Consumidor (Proteste), Maria Inês Dolci; o presidente da Associação Brasileira das Associações e Cooperativas de Motoristas de Táxi (Abracomtaxi), Edmilson Americano; e o presidente da Associação de Assistência aos Motoristas de Táxis do Brasil (Aamotab), André Oliveira.

De forma resumida, não houve consenso entre os especialistas que participaram da audiência na Comissão de Defesa do Consumidor quanto à legalidade do aplicativo, mas a maioria dos parlamentares presentes foram favoráveis a regulamentação do serviço.

¹⁶⁶. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=Vsbn9Fq2kYE> e <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/Resultado.asp?txtCodigo=54046>. Acesso em 08/10/16.

O representante do Uber Brasil, Daniel Mangabeira, afirmou que o serviço é legal, apesar de ainda não ser regulamentado no país. Para ele, o serviço não conflita com os modais de transporte existentes porque não é um sistema de transporte público e, sim, privado, estando inclusive albergado pelo Sistema Nacional de Mobilidade Urbana. Também afirmou que essa nova plataforma gera oportunidade de trabalho, mas concordou que é preciso regulamentar a atividade – apesar de, segundo ele, a lei não impedir a prestação de serviços.

O consultor do aplicativo 99Taxi, Thiago de Oliveira, destacou que o serviço prestado através dessa tecnologia para táxi também funciona e trouxe eficiência para o transporte individual, ajudando a, inclusive, melhorar a qualidade de vida da população em geral. Afirmou que, atualmente 120 mil taxistas utilizam o aplicativo 99Taxi, atendendo cerca 5 milhões de passageiros em mais de 300 cidades. Contudo, fez questão de anotar que é parte da política da empresa trabalhar somente com taxistas credenciados, ao invés de motoristas particulares como no caso do Uber, pois, “Temos o entendimento de que quem tem autorização legal para trabalhar com transporte são os taxistas”, disse ele.

O Procurador Chefe do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), Vitor Rufino, defendeu a importância do direito à concorrência e ressaltou que são positivas as inovações que se apresentam ao consumidor; que há certa complementaridade dos serviços. Para ele, o Uber “Pode ser enquadrado como empresa de transporte privado coletivo, como essas empresas que prestam serviços executivos”, disse. Também contou que o Cade já analisava na época dois processos administrativos sobre o Uber – um contra e um a favor e que em ambos os casos, estavam na sua fase inicial de análise.

Para a Senacon, a demanda pelo Uber surge da necessidade de opções alternativas de transporte, já que o transporte público disponível, como os ônibus, metrô e taxis, não atendem aos interesses legítimos dos consumidores por pontualidade, conforto, segurança, preço e variedade de opções. Nessa perspectiva, a Senacon entende que o serviço do Uber deve ser regulamentado com vistas à satisfação do consumidor, com atenção especial à proteção dos seus dados pessoais, a formatação de um canal eficiente de atendimento ao consumidor, dever de cuidado, qualidade e segurança.

Para Maria Inês Dolci, coordenadora do Proteste, o Uber é um serviço complementar ao oferecido pelos táxis, não se confundindo com ele. Ademais, pontuou ser totalmente desarrazoada a atitude de barrar o funcionamento do aplicativo, pois, ele oportuniza serviços de melhor qualidade a preços mais baixos. A solução,

segundo ela, é fazer um estudo sério e criterioso para a regulamentação do Uber e de outros serviços similares, mas jamais banir, pois, essa modalidade de negócio típica de consumo colaborativo proporciona desenvolvimento econômico através de opções de oportunidades aos consumidores, profissionais e empresários.

Para a ABRACOMTAXI (Associação Brasileira das Associações e Cooperativas de Motoristas de Táxi), os motoristas do Uber realizam atividade típica de taxista e não de carona paga, como dizem. E que de acordo com a legislação vigente, os motoristas do Uber deveriam solicitar previamente ao Município uma autorização ou permissão especial para dirigirem como taxistas, o que de fato não ocorre. Por isso, estão infringindo o Código de trânsito Brasileiro, o Código de Defesa do Consumidor, a lei 12.468/11 (regulamenta a profissão de taxistas), Lei 12.587/12 (dispõe sobre a Mobilidade Urbana) e a Lei 12.529/11 (Defesa da Concorrência).

Para o Dep. Marcos Rotta, o Uber oferece, de fato, um serviço diferenciado e de qualidade. Entretanto, ele entende que é necessário regulamentar o aplicativo, porque as inovações chegam muito mais de forma prioritária do que a regulação. E com certa parcimônia disse: “Não queremos desempregar os taxistas, muitos pais de família criaram seus filhos através dessa atividade”.

O deputado Celson Russomanno, por sua vez, classificou o serviço como clandestino, dizendo: “Não existe sistema privado. Existe sistema permissionário que é público. Para que uma pessoa dirija um táxi ou um ônibus, o motorista tem que ser profissional, não amador. Até que seja regulamentado, o Uber é clandestino. Não há dúvida sobre isso”, disse o deputado. E finalizou dizendo que, o serviço do Uber não pode ser prestado antes de ser regulamentado.

É importante anotar que estiveram presentes às sessões cerca de 20 a 30 manifestantes representantes da categoria dos taxistas, os quais manifestaram palavras de ordem do tipo: “Como pode um app [aplicativo] americano criar um rebu em nosso país? Onde está o patriotismo dos senhores parlamentares que legislam o nosso país? Fora transporte pirata”. Também foram observados cartazes de protesto e algumas faixas do tipo: “Quem fiscaliza a Uber??? Rebu!!!”; contra a modalidade Uber Pool e até contra o CADE. Em determinado momento a confusão foi tamanha que o presidente da Comissão de Defesa do Consumidor, o Deputado Eli Corrêa Filho ordenou à segurança da Câmara para que retirasse retirar um manifestante, que ficou muito revoltado quando o Deputado Nelson Marchezan Júnior disse “Os serviços de táxi muitas vezes não são confiáveis, não são seguros e isso acontece por conta da incompetência do Estado, que não

fiscaliza, e abre espaço para serviços como o Uber, que abre o mercado com mais qualidade”, disse o deputado.

Outro Deputado que se manifestou durante a sessão foi o Sr. Luiz Carlos Ramos, que criticou a postura dos taxistas. Disse ele: “Muitos taxistas estão reagindo com violência contra os motoristas que prestam serviço com o Uber. E fazem o mesmo até com quem presta serviços de transporte com vans”, disse.

Para Ricardo Auridmma, do Sindicato das Empresas de Táxi do Estado de São Paulo, o Uber “É ilegal porque usa carros e profissionais que não são habilitados para o serviço; usa carros particulares sem controle e sem fiscalização”. Para ele, o Uber é na verdade um aplicativo igual aos outros já utilizados por taxistas no País, como o *Easy Taxi* e o *99Taxi*.

O resultado da Audiência Pública foi o seguinte: a maioria dos Parlamentares defendeu a regulamentação do aplicativo, mas ainda há muitas divergências sobre o tema. A propósito, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 1.584/15, de autoria do Deputado Paulo Teixeira que objetiva alterar a Lei nº 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro) para dispor sobre a prestação de serviço remunerado de transporte de passageiros por intermédio de aplicativo ou de qualquer serviço tecnológico estará sujeito à autorização do poder público.

Existe outro projeto em andamento, o PL 1667/15, de autoria da Sra. Renata Abreu, o qual dispõe sobre a vedação da prestação de transporte público individual remunerado por pessoas físicas ou jurídicas que não atendam às características do veículo e do condutor exigidas pela autoridade de trânsito. O texto inclui na proibição o serviço prestado por meio de aplicativos de celulares e sites de internet.

O Senado também analisa o Projeto de Lei 530/15, que regulamenta a atividade deste tipo de aplicativo. Ele é de autoria do Senador Ricardo Ferraço e tem como objetivo deixar claro que os motoristas que oferecem este tipo de serviço o prestam na qualidade de transporte privado individual de passageiros. Portanto, os motoristas parceiros devem ser enquadrados como microempreendedores individuais ou no Simples Nacional, ficando impedidos de pegar passageiros nas ruas, diferentemente dos taxistas.

III. CAPÍTULO

De acordo com o site da Uber no Brasil, a *startup* está em operação em 512 cidades ao redor do mundo. A empresa não informou quantos carros têm cadastrados atualmente, mas até fevereiro de 2016 já contabilizava mais de 10 mil em todo o país, e com cerca de um bilhão de conexões, que aumentam a cada dia.

As inovações tecnológicas contribuem para trazer à tona algumas discussões inerentes aos conflitos existentes entre serviços públicos e política, entre monopólio e concorrência, livre mercado e regulação. A doutrina administrativista – que é o regime jurídico que trata dos serviços públicos – está arraigada a uma concepção dogmática ultrapassada acerca da dicotomia entre prestações de serviços públicos e atividades econômicas exploradas em regime de liberdade concorrencial. Essa concepção vai de encontro com a Constituição de 88 porque ela acolheu a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como princípios diretores da ordem econômica. Da mesma maneira, na Carta Constitucional não há nada que autorize automática e obrigatoriamente a interferência do Estado na concorrência, ainda que se trate de prestações de cuja incumbência precípua se espere o atuar estatal.

Nos dizeres do professor da USP, Dr. Floriano de Azevedo, o atuar estatal mediante regulação deve incidir apenas para equilibrar o direito do cidadão de receber serviços essenciais e de outro lado o direito do Estado de explorar as atividades econômicas. Com esse propósito em mente, o Estado deverá se valer de estudos econômicos, da oitiva de setores regulados, de aspectos consequencialistas, da análise de custo-benefício, e não somente de doutrinas conservadoras. Ainda segundo ele, os operadores do direito devem rever os conceitos e os paradigmas diante dos fatos sociais e não o contrário, pois, se não formos capazes de entender e contribuir com as novas tecnologias e a nova dinâmica do mercado, seremos engolidos por elas.¹⁶⁷

Uma importante contribuição ao processo foi, sem dúvida alguma, a Audiência Pública, objeto de análise do capítulo anterior. Também há de serem ressaltados os trabalhos do Ministério Público Federal¹⁶⁸ – que publicou um trabalho no qual se manifestou favoravelmente ao serviço Uber – o e trabalho do CADE, conforme já noticiado no capítulo primeiro, que é favorável à continuidade do serviço do Uber, crescendo-se, ademais, que ele é, na verdade, um serviço que abarca um nicho diferente do mercado, cujos clientes não usam os táxis nem ônibus.

Contudo, o que se observa no Brasil é que existe uma disparidade entre as decisões nas três esferas de poder. Vejamos, o aplicativo funciona nas cidades de: Belo Horizonte; Brasília; Campinas; Campo Grande; Curitiba; Florianópolis; Fortaleza; Goiânia; João Pessoa; Juiz de Fora; Londrina; Maceió; Natal; Porto Alegre; Recife; Ribeirão Preto; Rio de Janeiro; Salvador; Santos; São Paulo; Ube-

167. NETO, Floriano de Azevedo Marques e outro. Uber, Whatsapp, Netflix. Quando o mercado e a tecnologia desafiam a doutrina. Disponível em: <http://www.cest.poli.usp.br/wp-content/uploads/sites/26/2016/05/uber-whatsapp-netflix-floriano.pdf>. Acesso em 08/10/16.

168. Nota pública do Ministério Público Federal, disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgd/documentos/nota-publica-uber>. Acesso: 08/10/2016.

raba; Uberlândia. Mas, isso não quer dizer que a empresa tenha tido o aval do Legislativo para operar. Este é o caso de Salvador, pois, o Uber continua em operação embora a Câmara Municipal já tenha se manifestado contrariamente à atividade através da aprovação de uma lei em abril, que proíbe o serviço como o de qualquer tipo de serviço de carona remunerada. Em Juiz de Fora/MG, o caso é semelhante ao de Salvador, porém, existe uma petição pública *on line* para pressionar o poder executivo da cidade a não impedir o uso do aplicativo.¹⁶⁹ No Rio, a juíza Ana Cecília Argueso Gomes de Almeida, decidiu, em abril passado, tornar definitiva a liminar que garante aos motoristas Uber o direito de exercer a atividade de transporte remunerado individual de passageiros.

Até a Justiça especializada Trabalhista têm se ocupado com demandas contra o Uber, as quais contém reivindicações sobre direito a horas extras e encargos sociais. Demandas da mesma natureza foram ajuizadas em Nova York/EUA e acabaram num acordo milionário que envolveu 385.000 colaboradores nos estados da Califórnia e Massachusetts, onde a Uber desembolsará US\$ 84 milhões. Dentre as concessões que a Companhia fez foi a de permitir aos motoristas o recebimento de gorjetas e a formarem uma associação para discutir eventuais problemas com a empresa. Para o CEO da empresa, Travis Kalanick, o acordo reconhece que os motoristas permanecerão como autônomos e não empregado.¹⁷⁰

Só que essa é uma batalha vencida, não a guerra. Como se sabe, o nosso sistema judiciário permite que a qualquer momento outra decisão possa surgir para derrubar uma determinação favorável ao Uber ou restringi-la. Mesmo assim, a discussão promovida a critério da Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados ajuda a ressaltar a relevância que o Uber tem ganhado como atividade econômica e na prestação de serviços em grandes centros urbanos e que pode ser um caminho alternativo a quem faça parte da estatística de 11,08%, ou o equivalente a 12 milhões de pessoas desempregadas atualmente no Brasil.

IV. CONCLUSÃO

O Uber é um dentre muitos outros aplicativos de internet que desestabilizaram a balança da livre concorrência e regulamentação. Mas estes não são os dois únicos pesos a serem auferidos por essa balança, assim como é bem possível, senão até previsível, que novas tecnologias batam às nossas portas em breve e

169. Vide <http://www.peticaopublica.com.br/pview.aspx?pi=BR84455>. Acesso em 08/10/2016.

170. Processos trabalhistas contra o Uber terminam em acordos de US\$ 100 milhões. Vide em <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/futuro-das-cidades/processos-trabalhistas-contra-o-uber-terminam-em-acordos-de-us-100-milhoes-awdritsu6unaglcakkb7vwzyv>. Acesso em 08/10/2016.

novamente a balança será utilizada. Como bem disse o professor da USP, o Dr. Floriano, é necessário afastarmos-nos de velhos paradigmas e nos orientarmos com vistas ao futuro para que não sejamos engolidos pelas novas tecnologias. Contudo, não foi objetivo do trabalho tratar dogmaticamente a regulamentação do serviço Uber, mas fornecer subsídios, já que essa discussão parece estar longe de acabar. Dito isso, conclui-se que a demanda merece atenção e os estudos aprofundados, assim como os seus argumentos, os quais devem ser ponderados na balança da Justiça com vistas, aí sim, para a criação de uma “política pública projetada no mundo da vida onde incidem não só vetores jurídicos, mas toda riqueza de questões econômicas, técnicas, sociais; bem como as disputas dos múltiplos interesses presentes na sociedade.”¹⁷¹

Do primeiro capítulo conclui-se que os desafios atualmente enfrentados pela Uber consistem na instrumentalização da liberdade de iniciativa nos modelos de negócio online com o objetivo de impedir graves infrações às liberdades econômicas que permitem a constante inovação, que é característica marcante da internet. Aliás, *não é dado a qualquer autoridade pública brasileira determinar o âmbito de uma plataforma tecnológica por conta de uma postura refratária e anti-inovação de setores com interesses investidos na manutenção e na ampliação de uma reserva de mercado porque contraria-se-ia uma boa política pública e a própria legislação vigente.*

Com referência ao segundo capítulo é possível inferir que a iniciativa da Audiência Pública foi compartilhada, por exemplo, pelas cidades de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Salvador, revelando-se um importante instrumento de aproximação da sociedade e dos setores de regulação e dos órgãos representativos do poder Legislativo, muito embora esse instituto ainda precise ser aprimorado, principalmente quanto ao seu objetivo para que ele não acabe sendo desviado e o seja inconclusivo.

À guisa de conclusão, diante do atual cenário brasileiro a solução tende a uma regulamentação federal do Uber, no mesmo molde proposto pelo Ministério Público Federal. Nesse diapasão, confirma-se, a importância da Audiência Pública na Câmara dos Deputados, que sustentou não haver impedimento legal para o serviço de transporte privado porque ele estaria previsto no Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, de que tratava a lei 12.587/12. De outra sorte, firmou os pilares de argumentação e certamente será utilizada como parâmetro ou diretiva para futura legislação federal.

171. DO VALLE, Vanice Regina. Políticas Públicas, Direitos Fundamentais e Controle Judicial. P. 36

V. REFERÊNCIAS

- HABERMAS, Jürgen. *Técnica e Ciência como “ideologia”*. Lisboa/Portugal: Edições 70. 2011. P. 11-92.
- HOLMES, Stephen. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. Stephen Holmes and Cass Sustein. New York: Norton & Company Inc. 1999. P. 35-48.
- ORTEGA Y GASSET, José. *Meditação sobre a técnica*. Tradução de José Francisco Pinto de Almeida Oliveira. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1991. 78 p.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. 2 ed. rev. ampl. e atual.; prefácio de Marcus Jurena Villela Souto. Belo Horizonte: Fórum, 2016. 194 p.
- CÂMARA DOS DEPUTADOS, em: <http://imagem.camara.gov.br/internet/audio/resultado.asp?txtCodigo=54046>. Acesso em 08/10/16.

RESPONSABILIDADE PENAL INDÍGENA E O RESPEITO ÀS DIFERENÇAS: BASES À APLICAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA PELA ANÁLISE DA COMUNIDADE MANOÁ.

Rafael Antônio Rodrigues¹⁷²

INTRODUÇÃO

A imputabilidade é um tema que envolve inúmeras discussões, justamente por remeter ao sentido da responsabilidade penal. Contudo, nota-se a ausência de argumentos que embasem a posição do índio no âmbito do sistema penal brasileiro.

Desse modo, busca-se apresentar as posições doutrinárias de maior relevância acerca da temática e o embasamento da responsabilização de forma diferenciada aos índios, como prescreve o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973).

Constitui-se o tema central a análise da decisão referente à Apelação Criminal n° 0090.10.000302-0, do Tribunal de Justiça do Estado de Roraima que trata do crime de homicídio praticado por um índio, contra outro índio, na comunidade indígena do Manoá. Ao índio ofensor foi aplicada uma série de penalidades pelo próprio conselho comunitário, o que fez o juiz da Comarca de Bonfim-RR e, conseqüentemente, o Tribunal – RR, entenderem que a aplicação de outra pena configuraria dupla punição, o que é vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Assim, vê-se uma clara hipótese de aplicação de princípios próprios da Justiça Restaurativa, como a informalidade, a corresponsabilidade e o respeito mútuo. Neste contexto, a Justiça Restaurativa manifesta-se como uma via alternativa à resolução dos conflitos, que busca não apenas a punição, no sentido da retributividade, mas a reconstrução dos laços sociais violados pelo fato. Por isso mesmo é que se revela de fundamental importância a presença da própria comunidade na resolução do fato danoso.

172. Graduando pela Faculdade Municipal de Direito de Franca. Bolsista de Iniciação Científica na área de observação da possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa ao âmbito do Sistema Penal Brasileiro, sob a orientação do Prof. Dr. Antonio Milton de Barros. E-mail: rafael.rantonio@gmail.com. Data da submissão: 14/08/2016.

1 IMPUTABILIDADE E RESPONSABILIZAÇÃO ÍNDIGENA NO ÂMBITO PENAL BRASILEIRO

Nota-se atualmente um déficit no que concerne ao embasamento doutrinário e jurisprudencial acerca da imputabilidade e responsabilidade dos índios, uma vez que o tema ainda encontra divergência nos setores acima mencionados.

Primeiramente, faz-se necessária a conceituação de imputabilidade e responsabilidade conforme o Direito Penal brasileiro.

Desse modo, Cezar Roberto Bitencourt dispõe: “Imputabilidade é a capacidade ou aptidão para ser culpável, embora, convém destacar, não se confunda com *responsabilidade*, que é o princípio segundo o qual o *imputável* deve responder por suas ações” (BITENCOURT, 2008, p. 350).

Por sua vez, Luiz Régis Prado assim apresenta o conceito em tela:

é a plena capacidade (estado ou condição) de culpabilidade, entendida como capacidade de entender e de querer, e, por conseguinte, de responsabilidade criminal (o imputável responde pelos seus atos). Essa capacidade possui, logo, dois aspectos: cognoscitivo ou *intelectivo* (capacidade de compreender a ilicitude do fato); e volitivo ou de determinação da vontade (atuar conforme essa compreensão). *Contrario sensu*, o Código Penal define os inimputáveis como aqueles que carecem de capacidade de culpabilidade: quando, por anomalia mental, são incapazes de entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26, *caput*. CP) (PRADO, 2010, p. 390).

Prossegue Prado elencando três sistemas principais acerca da imputabilidade: o sistema biológico ou etiológico, o sistema psicológico ou psiquiátrico e o sistema biopsicológico ou misto. O primeiro leva em consideração a doença no sentido de patologia, anormalidade do agente. O segundo sistema enfoca as condições psicológicas do indivíduo no momento da conduta. O último encerra, em si, a combinação dos anteriores e destaca-se por ser o acolhido, atualmente, por inúmeras legislações penais, inclusive a brasileira (PRADO, 2010, p. 390).

Ainda, Francisco de Assis Toledo, defronte da confusão que se estabelece entre imputabilidade e responsabilidade, faz a seguinte distinção:

Imputar é atribuir algo a alguém. Quando se diz que determinado fato é imputável a certa pessoa, está-se atribuindo a essa pessoa ter sido a causa eficiente e voluntária desse mesmo fato. Mais ainda: está-se afirmando ser essa pessoa, no plano jurídico, responsável pelo fato e, conseqüentemente, passível de sofrer os efeitos, decorrentes dessa responsabilidade, previstos pelo ordenamento vigente, [...] já a *responsabilidade* constitui um princípio segundo o qual toda pessoa imputável (dotada de capacidade de culpabilidade) deve responder pelos seus atos. Assim, sempre que o agente for imputável, será penalmente responsável, em certa medida; e se for responsável, deverá prestar contas pelo fato-crime a que der causa, sofrendo, na proporção direta de sua culpabilidade, as conseqüências jurídico-penais previstas em lei (TOLEDO, 1994, p. 312-314).

De posse da exposição acima, passa-se à análise da imputabilidade específica dos índios. Neste âmbito, a doutrina bifurca-se entre os que entendem ser os índios inimputáveis e aqueles que atribuem a eles a imputabilidade. A primeira corrente, que não goza de ampla eficácia atual, relaciona o indígena com a característica do desenvolvimento mental incompleto, “fruto de uma formação cultural tida como inferior ou incivilizada” (LACERDA, 2011, p. 18). Quanto à segunda posição, entende-se que o Estatuto do Índio (Lei 6.001/1973) reconhece a imputabilidade, uma vez que em seu artigo 56 garante que este poderá ser condenado no contexto penal (DOTTI, 2009, p. 297/298).

Neste contexto, Nelson Hungria entende pela inimputabilidade dos índios, os quais são chamados, pelo autor, de silvícolas. A inimputabilidade dá-se, assim, pela característica do desenvolvimento mental incompleto (HUNGRIA, 1978, p. 337).

Da citação que se segue é possível perceber o preconceito que envolvia os discursos relacionados à responsabilização dos indígenas:

Dir-se-á que, tendo sido declarados, em dispositivo à parte, ir-restritamente irresponsáveis os menores de 18 anos, tornava-se desnecessária a referência ao “desenvolvimento mental incompleto”; mas, explica-se: a Comissão Revisora entendeu que sob tal rubrica entrariam, por interpretação extensiva, os silvícolas, evitando-se que uma expressa alusão a estes fizesse supor falsamente, no estrangeiro, que ainda somos um país infestado de gentio (HUNGRIA, 1978, p. 337).

Marés de Souza Filho, através da análise do comentário de Nelson Hungria, adverte que o Código Penal de 1940 teve vergonha de dispor de formas especiais de punibilidade e aplicação de pena aos índios (SOUZA FILHO, 1992, p. 159) e, assim, quando da suspeita da prática de um crime por parte destes, são levados à concepção de “aculturados ou integrados”, e, conseqüentemente, apenados (SILVA, 2013, p. 148). Contudo, não será possível delongar-se na temática do encarceramento indígena, para isso, é possível encontrar embasamento nos escritos de Cristhian Teofilo da Silva e Alcida Rita Ramos¹⁷³.

Assim, ante a exposição acima “está presente [...] a ideia de que os índios se acabarão num futuro próximo, quando encontrarem a alegria de viver na ‘pacífica, justa, doce e humana’ sociedade dos brancos, e então os juristas não se envergonharão mais nos congressos internacionais”, o que demonstra a preocupação com a imagem do País, frente à presença de “gentios”, os selvagens (SOUZA FILHO, 1992, p. 158.)

1.1 A RESPONSABILIZAÇÃO DO ÍNDIO PELA ÓTICA DA LEI 6.001/1973

Neste sentido, ante as características próprias das comunidades indígenas, como a cultura, seus usos e costumes, vê-se nitidamente que não se poderá aplicar aos índios as normas de outro grupo. “Conseqüentemente, estará ele isento de pena se o fato punível por ele praticado não estiver na categoria de valores próprios de seus usos e costumes” (DOTTI, 2009, p. 307).

Por isso mesmo é que o Estatuto do Índio garante, no Título VI, que a própria comunidade (grupos tribais) determine sanções penais ou disciplinares com relação a seus membros, com ressalva à vedação de penas cruéis ou infamantes, conforme dispõe o art. 57:

Será tolerada a aplicação, pelos grupos tribais, de acordo com as instituições próprias, de sanções penais ou disciplinares contra os seus membros, desde que não revistam caráter cruel ou infamante, proibida em qualquer caso a pena de morte (BRASIL, 1973).

É possível perceber que o ordenamento jurídico, através da Lei 6.001/1973, busca transparecer atenção com os índios e suas comunidades, ou ao menos

173. Ver: SILVA (2013, p. 137-158) e RAMOS (2011, p. 65-80).

escusar-se de ser criticado por não legislar acerca do tema. Entretanto, nota-se a intolerância, tanto do Legislativo, quanto do Judiciário, na aplicação de dispositivos que garantam um tratamento diferenciado aos índios que possivelmente tenham cometido alguma infração penal.

Na via contrária ao que trata os artigos 231 e 232 da Constituição, as decisões judiciais voltam-se à tendência de aculturação dos indígenas: “usou relógio, dirigiu carro, protestou diante do Congresso, é automaticamente índio que domina todos os códigos da sociedade que o envolve e, por isso mesmo, faz por merecer as penas da lei sem qualquer ressalva” (ARAÚJO, 2006, p. 66).

1.2 A CONSTITUIÇÃO E O DIREITO DE SER ÍNDIO

O Texto Constitucional de 1988 revolucionou o cenário legal latino americano, rompendo com o ideário assimilacionista do século XIX, pelo qual, “os índios haveriam de deixar de ser índios” (SOUZA FILHO, 2013b, p. 14/15). Por isso mesmo, afirma-se que a Constituição Brasileira foi a pioneira no desate com esta tradição integracionista que vigeu por mais de quinhentos anos (SOUZA FILHO, 2013a, p. 4663).

Dalmo Dallari destaca que o reconhecimento dos elementos culturais como fundamentais na identificação do índio foi um ponto inovador. Ainda, ao citar a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sustenta o valor do índio e sua dignidade, bem como a proteção de seus direitos e de suas comunidades, “sem que para receber essa proteção o índio seja obrigado a abrir mão de direitos ou a se colocar como pessoa de qualidade inferior” (DALLARI, 1991, p. 318).

Por este ângulo, entende-se a cultura como uma reunião de quatro elementos: costumes, línguas, crenças e tradições. A estes elementos, dispostos no artigo 231 da Constituição, devem ser garantidos o respeito não só por parte da Administração Pública, mas também por meio do Poder Judiciário (SOUZA FILHO, 2013a, p. 4666; 4676), posto que, “não raras vezes o direito estatal se impõe com sua histórica violência, esquecendo seus próprios ensinamentos e retornando à infância dos direitos indígenas invisíveis” (SOUZA FILHO, 2013b, p. 31).

2 APELAÇÃO CRIMINAL E O ÍNDIO MANOÁ

Frente ao exposto, em 2009 ocorreu um crime de homicídio contra um índio, na comunidade do Manoá/Pium, Região Serra da Lua, no município de Bonfim – RR, praticado também por um índio.

Na decisão de primeiro grau, o Juiz decidiu que não se deveria imputar a este qualquer forma de pena, já que o conselho da comunidade indígena Manoá

já havia deliberado uma séria de penalidades, como o cumprimento da pena em comunidade diversa, na Região do Wai Wai; a necessidade de observância do regimento interno do Povo Wai Wai; a participação em trabalho comunitário; a participação em reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade, dentre outras. Para fundamentar sua decisão, o juiz entendeu tratar-se de “Duplo Jus Puniendi” (*bis in idem*), declarando a ausência *in casu* do direito de punir estatal (RORAIMA, 2016, p. 13/14).

Não satisfeito com a decisão, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs Apelação Criminal em face da sentença. Todavia, o Tribunal, baseando-se no Direito Comparado, através da menção do tratamento de situações análogas pelos Estados Unidos, Austrália e Guatemala, manteve inalterada a sentença, conferindo desprovimento ao recurso de apelação.

Ainda, na decisão proferida pelo Tribunal, foi reafirmada a possibilidade de aplicação do artigo 57, da Lei 6.001/1973, ao caso concreto, conforme é possível perceber da ementa da presente decisão:

APELAÇÃO CRIMINAL. HOMICÍDIO. CRIME PRATICADO ENTRE INDÍGENAS NA TERRA INDÍGENA MANOÁ/PIUM. REGIÃO SERRA DA LUA, MUNICÍPIO DE BONFIM-RR. HOMICÍDIO ENTRE PARENTES. CRIME PUNIDO PELA PRÓPRIA COMUNIDADE (TUXAUAS E MEMBROS DO CONSELHO DA COMUNIDADE INDÍGENA DO MANOÁ). PENAS ALTERNATIVAS IMPOSTAS, SEM PREVISÃO NA LEI ESTATAL. LIMITES DO ART. 57 DO ESTATUTO DO ÍNDIO OBSERVADOS. DENÚNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE DE PERSECUÇÃO PENAL. JUS PUNIENDI ESTATAL A SER AFASTADO. NON BIS IN IDEM. QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS. HIGIDEZ DO SISTEMA DE RESPONSABILIZAÇÃO PENAL PELA PRÓPRIA COMUNIDADE. LEGITIMIDADE FUNDADA EM LEIS E TRATADOS. CONVENÇÃO 169 DA OIT. LIÇÕES DO DIREITO COMPARADO. DECLARAÇÃO DE AUSÊNCIA DO DIREITO DE PUNIR ESTATAL QUE DEVE SER MANTIDA. APELO MINISTERIAL DESPROVIDO.

- Se o crime em comento foi punido conforme os usos e costumes da comunidade indígena do Manoá, os quais são protegidos pelo art. 231 da Constituição, e desde que observados os limites do art. 57 do Estatuto do Índio, que deva penas cruéis, infamantes e a pena de morte, há de se considerar penalmente responsabilizada a conduta do apelado.

- A hipótese de a jurisdição penal estatal suceder à punição imposta pela comunidade indica clara situação de ofensa ao princípio non bis in idem.

- O debate passa a ser de direitos humanos quando se têm em conta não apenas direitos e garantias processuais penais do acusado, mas também direito à autodeterminação da comunidade indígena de compor os seus conflitos internos, todos previstos em tratados internacionais de que o Brasil faz parte. - Embora ainda em aberto o debate no direito brasileiro, existe forte inclinação, sobretudo em razão da inspiração do seu preâmbulo, para se considerar a Convenção 169 da OIT (incluindo o seu art. 9º) como um tratado de direitos humanos, portanto com status supralegal, nos termos da jurisprudência do STF.

- Se até países como os Estados Unidos e a Austrália, que votaram contra a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas, de 2007, têm precedentes reconhecendo a autonomia do jus puniendi de seus povos autóctones em relação ao direito de punir do Estado, razoavelmente se conclui que esse reconhecimento também se impõe ao Brasil.

- Declaração de ausência do direito de punir do Estado mantida [...].

(TJRR – Acr 0090.10.000302-0, Res. Des. MAURO CAMPELLO, Câmara Única, julg.: 18/12/2015, DJe 17/02/2016, p. 13).

Da análise da decisão e baseado no sentido de justiça atribuído pela Justiça Restaurativa, lança-se a hipótese de se enquadrar o presente caso numa aplicação prática deste novo modelo de justiça.

Assim, passa-se à exposição do conceito de Justiça Restaurativa, bem como de seus princípios básicos e de sua estrutura fundamental.

2.1 CONCEITO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA

Howard Zehr conceitua Justiça Restaurativa do seguinte modo:

é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o resta-

belecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível. (ZEHR, 2012, p. 49).

César Barros Leal afirma que uma das definições mais elucidativas é a do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Um processo de resolução de conflito participativo por meio do qual pessoas afetadas direta ou indiretamente pelo mesmo (intersubjetivo, disciplinar, correspondente a um ato infracional ou um crime) se reúnem voluntariamente e de modo previamente ordenado para estabelecer juntas, geralmente com a ajuda de um facilitador, um plano de ação que atenda às necessidades e garanta o direito de todos os afetados, com esclarecimento e atribuição de responsabilidades. (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013).

Por sua vez, a Comissão Científica de Justiça Restaurativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) traz na cartilha elaborada em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) a definição que se segue:

A Justiça Restaurativa representa uma nova forma de pensar e de agir com relação aos crimes e conflitos. Segundo essa nova forma de pensar (visão ou enfoque restaurativo), a preocupação vai além das questões legais, isto é, a preocupação está centrada nos danos causados por uma infração às pessoas e aos relacionamentos atingidos. Além disso, constitui uma proposta de nova forma de agir – “práticas restaurativas”, que corresponde aos encontros nos quais as pessoas diretamente envolvidas – suas famílias, amigos e comunidades – são chamadas para participar de dinâmicas que lhe assegurem a oportunidade de avaliar as causas e consequências do que ocorreu, ao tempo em que são construídas as alternativas, tanto para reparar os danos quanto para evitar que se repitam. A Justiça Restaurativa constitui, portanto, um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, técnicas e ações. Por meio dos quais os conflitos que causam danos são solucionados de modo estruturado. Com a participação da vítima, ofensor, famílias, comunidade e sociedade, coordenados por facilitadores capacitados em técnicas autocompositivas e

consensuais de conflitos. Tem-se como foco as necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para o evento danoso e o empoderamento da comunidade e sociedade. (CNJ; AMB, 2015, p. 9).

Em consonância com a definição de Justiça Restaurativa, Howard Zehr salienta que são inúmeras as práticas tidas como restaurativas, uma vez que se manifestam sobre diferentes metodologias e destinadas a distintos grupos, contudo, são realmente restaurativas aquelas que deixam-se nortear pelos princípios básicos da modalidade restaurativa de justiça (ZEHR, 2015).

2.2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DE JUSTIÇA RESTAURATIVA E SUA ESTRUTURA FUNDAMENTAL

O princípio da assunção de responsabilidade admite que ofensor deve responsabilizar-se pela ofensa praticada, o que é imprescindível para o campo das práticas restaurativas.

Barros Leal, mencionando a Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, afirma que “o enfoque restaurativo permite ao delinquente entender melhor as causas e os efeitos de sua conduta e assumir uma genuína responsabilidade” (LEAL, 2014, p. 91).

A complementariedade, como outro princípio, garante que a Justiça Restaurativa não pretende tomar o lugar da justiça comum, por outro lado, são complementares (LEAL, 2014, p. 94). Neste sentido, Leonardo Sica dispõe que o procedimento restaurativo, “de pouco em pouco, manifesta o objetivo de integrar-se a uma nova visão do sistema de administração da justiça penal”, sem se manifestar “em oposição ao atual sistema” (SICA, 2007, p. 17).

A cooperação revela-se indispensável a uma abordagem restaurativa, uma vez que compete aos envolvidos colaborar para que se chegue a um acordo positivo (LEAL, 2014, p. 97), que possibilite o desenvolvimento de um outro princípio, o da corresponsabilidade.

Diante do atual modelo de justiça e vendo apenas através da lente da retribuição da pena, não é possível chegar à compreensão da responsabilidade mútua.

Na Justiça Restaurativa, partindo da concepção de que os indivíduos pertencem a um grupo social, a infração é vista como uma desregulação das rela-

ções internas deste grupo, não apenas entre ofensor e ofendido, mas entre todos aqueles que direta ou indiretamente sofrem as consequências do ato danoso.

Assim, a cooperação busca o refazimento dos laços sociais violados, com a estrita observância do valor do outro. Por isso mesmo, as práticas restaurativas atuam na reafirmação da importância dos indivíduos dentro do contexto social e da ressignificação do sentimento de pertença.

O formalismo dos Tribunais cede lugar a diálogos informais, visando o estabelecimento do diálogo restaurador e responsabilizador. Aqui, faz-se necessária a menção de que a informalidade não tem o intuito de retirar a seriedade dos encontros. Melhor dizendo, por meio dela é que se introduz também mais um princípio, o do mútuo respeito. Ou seja, a reciprocidade de respeito é “inescusável para garantir a confiança e a posterior tomada de decisões consensuais” (LEAL, 2014, p. 104).

Embora seja difícil traçar as origens deste modelo de justiça, Leonardo Sica estipula que os movimentos descarcerizantes da década de 1970 possam ser um dos embriões da Justiça Restaurativa. (SICA, 2007, pag. 21).

Outro aspecto levantado por Sica diz respeito à observação das práticas de resolução de conflitos com comunidades aborígenes, mencionando as alterações porque passaram o Canadá e a Nova Zelândia, com “uma adequação do sistema do judiciário às práticas e ao sentido de justiça que emergem da coletividade” (SICA, 2007, p. 24).

Dessa maneira, percebe-se que a Justiça Restaurativa revaloriza os laços sociais e apresenta como seu objetivo:

não [...] o crime em si, considerado como fato bruto, nem a reação social, nem a pessoa do delinquente, que são os focos tradicionais da intervenção penal. A justiça restaurativa enfoca as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta. Na justiça penal, como já foi dito, o crime (objeto) é uma infração da norma penal e contra o Estado, reconhecido como ofensa do indivíduo contra o Estado; na restaurativa o crime é um ato, uma ação que causa dano a outra pessoa ou à comunidade (dano não necessariamente material), reconhecido na sua dimensão relacional (tanto na relação entre as pessoas, como na relação destas com as instituições e as normas) e como um conflito interpessoal (SICA, 2007, p. 27/28).

Por esta via, assumindo que a Justiça Restaurativa se destacou na década de 1970 com a aplicação das práticas com povos aborígenes, que suas ações visam o restabelecimento da harmonia do tecido social e que as particularidades de cada cultura devem ser observadas. Sendo assim vê-se no caso ocorrido no Estado de Roraima: I. índios figuram como partes (tanto o ofensor, quanto o ofendido); II. que a decisão do caso foi tomada pela própria comunidade e que, desse modo, houve a observância das regras culturais próprias; III. que não foi atribuída pena que violasse a dignidade do ofensor; e IV. que se baseou na informalidade, com a participação de toda a comunidade Manoá, indiretamente afetados.

Assim, observa-se claramente a possibilidade de uma prática restaurativa, ainda que da data da aplicação da sanção não se tenha cogitado do conhecimento acerca da Justiça Restaurativa, como expõem-se no quadro abaixo:

Quadro 1 – Viabilidade do uso da Justiça Restaurativa ao caso concreto

Conteúdo da Decisão – TJ/RR	Análise do conteúdo Restaurativo
I. Ofensor e ofendido são índios, cujo fato ocorreu dentro de terra indígena	I. A Justiça Restaurativa enfoca que a conduta danosa atinge toda a comunidade, já que quem pratica a conduta e a vítima são membros de um grupo, o que fica claro ao dispor a decisão que se trata de fato ocorrido dentro de terra indígena.
II. A resolução do fato deu-se com a aplicação de sanções ao ofensor, por meio da reunião de Tuxauas e membros da comunidade do Manoá, bem como por outras lideranças, de várias comunidades, entre elas, Anauá, Wai Wai.	II. Aqui nota-se a presença da comunidade na resolução do conflito. As práticas restaurativas valorizam esta corresponsabilidade, afirmando que pelo fato estender seus efeitos a todos os membros do grupo, todos são impulsionados a juntos buscarem a solução.
III. Penalidades determinadas: participação de trabalho comunitário; participação de reuniões e demais eventos desenvolvidos pela comunidade, compreensão da língua e cultura Wai Wai; cumprimento do regimento interno do povo Wai Wai, dentre outras.	III. A Justiça Restaurativa valoriza a aplicação de medidas alternativas. Entende-se que o encarceramento de nada adianta quando aqueles que lá se encontram não estiverem plenamente conscientes de seus atos. Assim, as práticas estipuladas neste caso, tem por fim a reinserção do indivíduo ao contexto social, por isso devem ser praticadas no próprio ambiente de convívio.
IV. Não revestiram as sanções de caráter cruel ou infamante, e não se trata de caso de “banimento comunitário”.	IV. É princípio da Justiça Restaurativa o respeito mútuo. Desse modo, conclui-se que os procedimentos restaurativos, longe de incitarem o sensacionalismo e a exposição dos indivíduos, almeja a reconstrução dos laços sociais.

Fonte: Elaborado pelo autor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, de forma alguma esquecendo-se que a sociedade atual vive, ainda, envolta no formalismo e em uma ideia preconceituosa no que concerne aos índios, faz-se urgente uma transformação que ultrapasse os limites apresentados pelo cenário atual e que faça vencer uma nova abordagem de administração dos conflitos que envolvam indígenas, pautada no respeito mútuo e na configuração de uma nova face de justiça, a da consensualidade.

Como já disposto, a Constituição guarda íntima coerência com o respeito aos direitos dos povos indígenas, inclusive quanto à organização específica, e o Estatuto do Índio, ao tratar da sua responsabilização penal, garante a estes a possibilidade de sanções estipuladas pela própria comunidade.

Assim, constata-se que não se pode apoiar no aspecto da criticidade do texto legal, apenas, para afirmar a lentidão na defesa de um ordenamento jurídico que acolha o índio com suas diferenças. É fato que se está diante da necessidade de rompimento com a consciência conservadora e preconceituosa que ainda insiste em dominar a atuação do índio, tanto no âmbito da Administração, quanto do Judiciário, ou seja, no ambiente de aplicação prática do conteúdo legal.

O Índio não precisa se subordinar à consciência ultrapassada do “povo branco”; a eles é garantida a organização social própria, com seus costumes, línguas, crenças, tradições, inclusive uma modalidade específica de responsabilização. Contudo, a efetivação desta disposição só se fará real no momento em que a individualidade der lugar à coletividade, que o preconceito der lugar ao respeito mútuo e que a dominação cultural e ideológica de uns der lugar à pacífica convivência dos povos, com suas diferenças.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Ana Valéria et al. Povos Indígenas e a Lei dos “Branco”: o direito à diferença. Brasília: Ministério da Educação, 2006.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Volume 1: Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2008

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

- _____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio). Brasília, DF: Senado, 1973.
- CNJ; AMB. Justiça Restaurativa do Brasil: A paz pede a palavra. Brasília: [s.n.], 2015. Disponível em: < www.amb.com.br/jr > . Acesso em: 13 ago. 2016.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Reconhecimento e proteção dos direitos dos índios. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 28, n. 111, p.315-320, set. 1991. Trimestral.
- DOTTI, René Ariel. A situação jurídico-penal do indígena: hipóteses de responsabilidade e de exclusão. Ciências Penais, São Paulo, v. 6, n. 10, p.287-319, jan. 2009. Semestral.
- HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. Comentários ao Código Penal: Volume I - Tomo II. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- LACERDA, Rosane. Responsabilidade penal e situação carcerária indígena no Brasil: Uma realidade a ser desvelada. In: MISSIONÁRIO, Conselho Indigenista. Violência contra os povos indígenas no Brasil. Brasília: Cimi, 2011. p. 16-20.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2013. In: LEAL, César Barros. Justiça Restaurativa amanhecer de uma era: Aplicação em prisões e Centros de Internação de Adolescentes Infratores. Curitiba: Juruá, 2014.
- PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume 1: Parte Geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- RAMOS, Alcida Rita. Os direitos humanos dos povos indígenas. In: MAYBURY-LEWIS, Biorn; RANINCHESKI, Sonia. Desafios aos Direitos Humanos no Brasil Contemporâneo. Brasília: Verbena, 2011. p. 65-80.
- RORAIMA. Tribunal de Justiça de Roraima Apelação Criminal nº 0090.10.000302-0 – Bonfim/RR. Apelante: Ministério Público de Roraima. Apelado: Denilson Trindade Douglas. Relator: Des. Mauro Campello. Diário da Justiça Eletrônico, Boa Vista, ano XIX, 5683, p. 13/14, fev. 2016.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Cristhian Teofilo da. O índio, o pardo e o invisível: Primeiras impressões sobre a criminalização e o aprisionamento de indígenas no Brasil. *Antropolítica*, Niterói, v. 1, n. 34, p.137-158, jan. 2013. Semestral.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário aos artigos 231 e 232. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina (Versão Digital), 2013a.

_____. O direito envergonhado: O direito e os índios no Brasil. *IIDH - Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José, v. 15, p.145-164, jun. 1992. Semestral.

_____. Os povos indígenas e o direito brasileiro. In: SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de; BERGOLD, Raul Cezar (Org.). *Os direitos dos povos indígenas no Brasil: Desafios no século XXI*. Curitiba: Letra da Lei, 2013b. p. 13-34.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZEHR, Howard. *Justiça Restaurativa*. São Paulo: Palas Athena, 2012. Tradução de: Tônia Van Acker.

_____. 10 anos de Justiça Restaurativa no Brasil. Brasília, Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, 2015 (Comunicação Oral).

REPRESENTAÇÕES SOCIAIS QUANTO A PEDOFILIA: DA DOENÇA AO CRIME

Sátina Priscila M. Pimenta Mello¹⁷⁴

INTRODUÇÃO

O termo Pedofilia vem sendo tema discutido pela sociedade brasileira durante anos e obviamente através destes debates fora construído um imaginário social sobre a mesma. A nomenclatura é associada, pelo senso comum, a ações criminosas de cunho sexual realizado contra crianças, e tais associações são reforçadas por campanhas como a propagada pelo Senador Magno Malta, que afirma maciçamente que a Pedofilia se trata de crime.

Todavia, ao analisarmos o bojo do Código Penal Brasileiro, Decreto-Lei n.º 2.848/1940, percebemos que a terminologia não é citada nenhuma vez em conteúdo, assim como em qualquer outra norma que constitui o ordenamento Jurídico. Em contrapartida o tema é apresentado na Classificação de Doenças Internacional (CID-10) no item F65.4 onde encontramos a seguinte descrição: “Preferência sexual por crianças, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade.

Muitos estudiosos sobre o tema, como veremos, ainda deixam claro que há pedófilos que nunca realizaram um ato criminoso na vida, ou seja, não se tornam agressores sexuais de crianças e adolescentes, mesmo sendo este o seu objeto de desejo conforme se afirma acima. Muitos indivíduos com esse transtorno sentem extrema culpa, vergonha e depressão por pensarem, e sentirem tais impulsos, buscando formas de evitar tais condutas.

No site virped.org encontramos depoimentos de pedófilos, anônimos devido ao medo de represália, que se intitulam “virtuosos” e afirmam nunca terem feito mal a uma criança ou adolescente. Os depoimentos apresentam-se carregados de

174. Advogada, Psicóloga. Professora da Faculdade Estácio de Sá de Vitória e Vila Velha. E-mail: satinapm@gmail.com
Trabalho de Projeto de Iniciação Científica da Faculdade Estácio de Sá de Vitória

angústia frente ao simbolismo que a doença adquiriu na sociedade. Vejamos um destes depoimentos:

Eu sou um homem de 20 anos que tem vindo a tentar lidar com uma atração para jovens meninas desde que eu era 13. As mulheres simplesmente não me interessam. Desejo com toda a minha alma que eu poderia ter um cérebro que está com fio normalmente. Eu sei que eu nunca pode agir sobre o que eu sinto, mas eu preciso falar com um terapeuta, porque eu não acho que posso passar por isso sozinho. mas se eu conversar com um terapeuta que ele poderia me denunciar, porque Eu tenho que falar sobre minha atração por meninas. Eu não sei se ele iria ou não e nem sequer sabem como proceder para obter mais informações. até mesmo as amizades que tenho estão em perigo de desmoronar porque eu posso ‘ t apenas continuo dizendo ‘Eu estou bem’ e eu não posso falar com ninguém sobre o meu problema. Eu penso sobre o suicídio muito. (VIRPED, 2016)

Assim sendo sabemos que Pedofilia então não se constitui como crime, e por ser reconhecida como uma doença psicopatológica dever ser melhor analisada quanto aos seus aspectos jurídicos e as consequências sociais e legais relacionadas a ela, até mesmo, para um melhor encaminhamento de tratamento penal dos pedófilos que podem vir a consumir o ato e serem condenados pelos tipos penais a ele relacionados

Tendo em vista que a Pedofilia é um tema muito abordado nos dias e hoje, faz-se necessário um estudo mais detalhado acerca dessa temática, a fim de sanar dúvidas existentes e evitar o emprego incorreto do termo como sinônimo de crimes sexuais, tentando, assim, diminuir a visão preconceituosa da sociedade para com o pedófilo. O mesmo é vinculado na mídia de forma equivocada e produzindo um imaginário social de pré-conceituação que pode vir a estimular reações interpessoais de ódio.

O presente artigo visa apresentar os aspectos históricos e psicológicos que permeiam o termo pedofilia, assim como fazer uma análise da utilização do mesmo e a equiparação deste no Direito Brasileiro ao sujeito ativo de crimes.

2. DEFINIÇÃO DE PEDOFILIA

Na última década do século XX, a pedofilia transformou-se em um fenômeno mais visível perante a sociedade e, conseqüentemente, ocorreu uma maior reprovabilidade pelos atos que a compõe.

Segundo Fani Hisgail (2011), nos tempos atuais, a sociedade tende a definir, equivocadamente, a pedofilia como sendo todo e qualquer crime sexual contra criança. Dessa forma, atribui-se (exclusivamente) ao pedófilo, como consequência, a definição de ser o adulto que comete os referidos crimes. Isso se dá devido à forte influência da mídia, que também ignora o assunto, acabando por convencer as pessoas e formar convicções erradas em relação ao tema.

Delton Croce (2012), em seu manual de medicina legal, define a pedofilia como sendo "... o desvio sexual caracterizado pela atração por crianças, com os quais os portadores dão vazão ao erotismo pela prática de obscenidades ou de atos libidinosos".

Entretanto, segundo Maria da Graça Blacene Lisboa, para a psicanálise, a pedofilia se trata de uma perversão sexual, assim chamada em tempos passados, cujo objeto sexual é a criança. Todavia, as perversões sexuais adquiriram a classificação de parafilia, tratando-se, no entanto, no caso da pedofilia, de uma espécie do gênero parafilia.

As Parafilias vem a ser atitudes sexuais diferentes daquelas permitidas pela sociedade, onde seu desvio (sexual) se dá não no ato, mas no objeto do desejo sexual, sendo, no caso da pedofilia, a criança pré-púbere.

Entretanto, apesar de se tratar de intensa compulsão sexual por crianças, cumpre dizer que a pedofilia não se caracteriza apenas com a prática do ato sexual em si com o menor, mas a simples preferência sexual pelo mesmo, quer se trate de meninos, meninas ou de crianças de um ou do outro sexo, geralmente pré-púberes ou no início da puberdade, menciona Jorge Trindade (2013).

De acordo com a definição da CID-10 – Classificação Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – a pedofilia é um transtorno de personalidade da preferência sexual que se caracteriza pela escolha sexual por crianças. De acordo com a CID-10 (1993), os critérios para a configuração da pedofilia podem ser assim descritos:

- A) Os critérios gerais para transtornos da preferência sexual devem ser satisfeitos;
- B) Existe uma preferência persistente e predominante por atividades sexuais com crianças ou pré-púberes;
- C) O indivíduo tem no mínimo 16 anos de idade e é pelo

menos cinco anos mais velho de que a criança, ou as crianças, do Critério B.

Ressalta-se que a pedofilia está relacionada com o sentimento de desejo e atração por crianças pré-púberes, bem como distúrbio sexual ou preferência sexual primária por estas, independentemente da prática do ato libidinoso para se caracterizar.

Devemos aqui deixar claro que a pedofilia tem como objeto de desejo a criança, quando tratamos de adolescentes púberes ou pós-púberes como objeto de desejo estamos falando de Efebofilia. Como uma característica particular, a efebofilia pode envolver, de certa forma, atração recíproca, sentimentos, fato que não ocorre na pedofilia, em que a criança, completamente inocente, é iludida.

3. PEDOFILIA E ASPECTOS HISTÓRICOS

Neste item, iremos abordar a historicidade do conceito e ato da pedofilia tendo como base o estudioso Lloyd deMause em seu trabalho “História do abuso de crianças” (1998).

O autor relata que, com os documentos da história antiga, observa-se a intensa negligência e a forte crueldade a que foram submetidas às crianças, e é provável que quase todas elas tenham sido rejeitadas, surradas, aterrorizadas e abusadas sexualmente, justamente por aqueles que cuidavam delas: seus pais. A maioria das famílias, durante a história, praticou o infanticídio, a agressão sexual e o incesto, em algum momento.

Segundo o autor, em sociedades onde a cultura é incestuosa e o infanticídio é típico, como Bimin-Kuskusmim da Nova Guiné, por exemplo, é comum, nas culturas pré-alfabetizadas, as mães terem tabus para o período pós-parto. Elas passam longos períodos sem ter relações sexuais com seus maridos e, nesse tempo, elas dormem nuas com suas crianças por um período que dura em média quatro anos. Essas mães têm orgasmos enquanto alimentam seus filhos e, geralmente, elas masturbam suas crianças.

DeMause ressalta que o incesto materno e a pederastia por homens eram bastante comuns em grupos pré-alfabetizados e em períodos históricos mais antigos. Na realidade, o incesto foi universal para a maioria das crianças, na maioria das culturas. Uma infância livre dos ataques sexuais dos adultos é, na realidade, uma recente conquista histórica e está limitada a alguns países civilizados.

Segundo Fani Hisgail (2011), na antiga Grécia, o sexo dos efebos e as aventuras homoeróticas dos adultos eram consideradas como um rito de passagem

da infância à adolescência. Esse ritual iniciático, inscrito num contexto social e ideológico, representava as obrigações cívicas e legais que os jovens deveriam seguir. As ligações libidinais entre filhos e pais faziam parte do cotidiano familiar até atingirem a idade de seis ou sete anos quando eram afastados das intimidades sexuais dos genitores. A criança pequena equivalia a uma fonte de distração e convivia no meio dos adultos de maneira precoce. Dessa forma, desenvolvia-se o hábito da homossexualidade e da pedofilia.

Conforme estudos de Lloyd deMause, nos costumes indianos e chineses, incluía-se a masturbação dos bebês e crianças com o propósito de ajudá-los a “dormir”, funcionando para adormecê-la e apaziguar o ardor libidinal do adulto. Na China, o comércio de meninos castrados e vendidos como escravos para pedófilos, para serem usados sexualmente como eunucos, era legítimo e bastante comum, persistindo por milênios. Na Índia, até a década de 1990 verificava-se a ocorrência de casamentos entre crianças, apesar de ilegal, consistindo em uma prática comum para esse povo.

A evolução da infância do incesto para o amor e do abuso para empatia tem sido ainda lenta e desigual, mas com uma direção progressiva e inconfundível.

DeMause explica que o primeiro indício de repulsa a essas práticas ocorreu na Idade Média, período que compreende os séculos V ao XV, em razão de intensa influência da Igreja Católica, a prática de relações sexuais entre adultos e crianças foi combatida e veementemente reprimida em quase toda a Europa, a partir de determinações dos imperadores bizantinos Constantino e Justiniano. Na verdade, não foi proibida a pedofilia em si, mas toda e qualquer relação sexual havida fora do casamento e sem fins de procriação.

No século XV, os laços afetivos intensificaram e os adultos passaram a se preocupar com as crianças, mudando a maneira de tratá-las por medo de perdê-las, protegendo a honra e a vida das crianças, afirma a autora Fani Hisgailb (2011).

Ressalta Hisgail (2011) que foi a partir do século XVIII, com a Reforma Protestante e a Contra-Reforma Católica, que mudanças significativas começaram a transformar o pensamento da sociedade e o comportamento dos indivíduos. A família tornou-se peça central da moralidade e dos bons costumes cristãos, e a sodomia, em qualquer relacionamento, passou a ser condenada, embora alguns filósofos ainda defendessem o “amor grego”. Nesse período, além da proteção da honra e da vida, as crianças ficavam em estado de vigilância sexual, no qual os adultos não podiam discutir assuntos sexuais na presença delas. É o surgimento de uma visão conservadora.

Nesse sentido entende Fani Hisgail (2011) que “se a negligência imperou por séculos e, depois, o cuidado e a atenção traçaram um período de preservação da vida das crianças, hoje, temos pela frente uma forma distinta de ameaça à infância”.

4. PEDOFILIA E ASPECTOS PSICOLÓGICOS

Freud (1905) escreve que a opinião popular acredita que a pulsão sexual só se manifesta na puberdade, não existindo na infância. Após a irrupção sexual na infância ser explorada pelos psicanalistas, chegou-se ao consenso de que a criança se constitui na fonte de pulsão e do desejo do “outro”. Dessa forma, as considerações convencionais sobre a inocência perderam terreno, visto que, segundo Freud, a primeira infância é palco da “sexualidade perversa polimorfa”.

Segundo a autora Fani Hisgail (2011, p. 17), do ponto de vista da psicanálise, a pedofilia representa uma perversão sexual que envolve fantasias sexuais da primeira infância, geralmente relacionadas ao complexo de Édipo, no período de ambivalência da criança com os pais. O termo deriva do herói grego Édipo, que, sem saber, matou seu pai e se casou com sua mãe, na lenda grega Oedipus Rex, de Sófocles.

Em suma, o Complexo de Édipo é caracterizado por sentimentos contraditórios de amor e hostilidade, ou seja, amor à mãe e ódio ao pai. É o amor que a criança desenvolve pela mãe, de forma a encarar o pai como rival maior. É nesse momento que ela passa a tentar minar o pai, roubando a atenção da mãe, mas ao perceber que não consegue, passa a observar o pai e copiar seus jeitos, porque projeta em seu inconsciente que, fazendo aquilo que o pai faz, conseguirá ter a atenção da mãe.

Continua a autora que, quando o complexo chega ao fim, o filho continua imitando o pai, não mais por querer a atenção da mãe, mas por querer inserir-se no contexto social masculino em que adentrara anteriormente. A criança se identifica com o parente do mesmo sexo e reprime seus instintos sexuais. Esse período pode ser ultrapassado harmoniosamente quando a atitude parental não for excessivamente proibitiva ou estimulante. Em presença do trauma, no entanto, ocorre uma neurose infantil que é um importante precursor de reações similares na vida adulta.

Para a psicanalista Fani Hisgail, o ato do pedófilo se caracterizaria, então, por uma atitude desafiadora, como demonstra a seguir:

(...)O ato pedófilo caracteriza-se pela atitude de desafiar a lei simbólica da interdição do incesto. O adulto seduz e impõe um tipo de ligação, na tentativa de mascarar o abuso sexual.

(...) Sem defesa, a criança reage até onde pode, mas, uma vez submetida ao gozo do pedófilo, cumpre a fantasia inconsciente da cena primária, isto é, da participação sexual da criança na relação dos pais. (HISGAIL, 2011, p.17-18)

A referida autora, a partir disso, compreende que, no contato do pedófilo com a criança, esta acaba sendo levada a praticar os atos com aquele devido a uma correlação direta entre a conduta ali praticada e sua analogia à cena primária. Nesta, o jovem de tenra idade age sob os efeitos do Complexo de Édipo, pensando estar imiscuído na relação sexual entre seus pais. Em razão disso, não entendendo corretamente os efeitos daqueles atos, até mesmo porque sua mentalidade não está completamente desenvolvida, entende como normal a conduta realizada.

4.1 O Pedófilo

Jorge Trindade (2013) ressalta que traçar um perfil preciso do pedófilo é praticamente impossível, até mesmo para os profissionais que lidam com o enfrentamento da violência sexual infanto-juvenil. Isso se dá porque há pedófilos que agem de forma carinhosa e sedutora e que muitas vezes nem chegam a abusar sexualmente da criança enquanto outros são violentos e podem até matar suas vítimas. Sabe-se que o pedófilo é um indivíduo que aparenta normalidade no meio profissional e na sociedade em geral, que para atender seus impulsos pode atuar na própria família ou na sociedade.

Segundo Maria da Graça Blacene Lisboa (2012), os atos de pedofilia são majoritariamente cometidos por adultos que se encontram no meio em que vive a criança, seja este familiar, escolar, educativo ou recreativo. Estando próximo da criança, o pedófilo é capaz de estabelecer um vínculo de confiança com ela, o que possibilita a concretização de seus atos de pedofilia.

Acrescenta a referida estudiosa que, em muitos casos existe uma forma padrão de atuação: primeiro há uma busca de oportunidades para aproximar-se da criança quando ela estiver sozinha, depois vem os subornos, a promessa de recompensa, caso ela coopere com seus desejos, ou as ameaças, se houver recusa. O segundo passo são as carícias e os atos libidinosos que podem culminar ou não com o ato sexual, podem, por exemplo, limitar sua atividade a despir e observar a criança, exhibir-se, masturbar-se na presença dela, tocá-la ou afagá-la. Outros realizam sexo oral na criança, penetração (de vagina, boca ou ânus) com seus dedos, objetos estranhos ou seus próprios genitais. Por fim

resta o pedido de segredo para que não o denuncie, nem mesmo para a família ou a ameçam no caso da denúncia.

Jorge Trindade (2013, p. 94) afirma que há hoje pedófilos que buscam suas vítimas em grupos de conversa de crianças na rede. A Internet pode dar mais segurança às pessoas que têm esse tipo de impulso, porque revela que milhares de usuários manifestam esse comportamento e, portanto, buscar crianças para a satisfação sexual não seria uma coisa “anormal”.

Além do que já foi mencionado, os pedófilos também se constituem em um grupo heterogêneo quanto às suas preferências, práticas e críticas em relação ao problema. Muitos indivíduos com esse transtorno afirmam que o comportamento não lhes causa sofrimento e que seu único problema é a reação das outras pessoas a seu comportamento.

Outros sentem extrema culpa, vergonha e depressão por pensarem, e sentirem tais impulsos, buscando formas de evitar tais condutas, acrescenta Lisboa. Com relação a esses últimos, cumpre analisar um relato de um pedófilo, escrito em uma página de rede social, que tem como foco as mulheres que se posicionaram quanto assédio que sofrem nas ruas, abaixo transcrito:

A gente não decide nascer ou ser o que se é. Mas se alguém um dia nasceu errado, seria eu essa pessoa? Sendo ou não, estou pagando as consequências disso. Carrego uma coisa que eu nunca escolhi ter. Eu nunca me senti sexualmente atraído por mulheres adultas. Adultas.

Eu não tiro da mente nem por um segundo que a palavra que define a minha condição é a mais impronunciável de toda a língua portuguesa. Nada inspira tanto ódio e repugnância. Mas estou escrevendo para dizer que estou sofrendo, dia e noite, com algo que eu nunca escolhi ter. E me sinto esmagado com cada relato que eu leio aqui no Cantada de Rua.

Em primeiro lugar, quero dizer que o que sofro é uma condição clínica. Eu tenho 25 anos e minha única idade de atração é de aproximadamente 7 a 12 anos, meninas, apenas. E isso é tão difícil de admitir, que eu mesmo só estou convivendo com essa convicção há uns 16 meses. Há um abismo entre pedofilia e “estupro de crianças”. De novo, pedofilia é uma condição clínica, então não a confundam com “pornografia infantil” também, que é um crime.

Eu carrego o que eu sinto como uma desgraça inata. Uma sentença gratuita, com a qual já nasci condenado. Eu tenho

em mente que certamente nunca experimentarei romance nem sexo, e estou me preparando psicologicamente para encarar uma existência em celibato, se for preciso. Eu me sinto aniquilado toda vez que eu vejo o comercial da Boston Medical Group dizer “sexo é vida”, como se de alguma forma sugerisse que, para mim, uma boa sugestão de solução fosse “suicídio”.

Saibam que eu nunca agi sobre isso. Eu nunca toquei em uma criança de forma sexualizada, e sou incapaz de fazê-las passar por qualquer tipo de trauma, dor ou constrangimento, imediatos ou futuros, acidentalmente ou deliberadamente. Estou com minha consciência limpa sobre isso.

Também é importante dizer que o que eu sinto é mais uma “direção” do que uma “intensidade”, e eu não passo por nada parecido com uma “luta interna diária contra os meus instintos para manter meus sentimentos sob controle” ou coisa assim. Não sou “uma bomba prestes a explodir”, então não me vejo como um potencial risco a crianças mais do que um homem hetero é um potencial risco a mulheres. Eu não preciso de ajuda profissional para “não molestar crianças”, uma vez que tenho uma estrutura moral suficientemente firme para me mostrar como isso é inegociavelmente errado. Entretanto, tenho conversado sobre isso com um psiquiatra especializado, uma vez que minha família vai cobrar isso de mim quando eu me abrir a eles.

Eu não fazia ideia de como pode ser difícil ser mulher. Aqui no Cantada de Rua eu sou confrontado com muitos relatos que me atingem com muita força. Esse mundo todo era invisível para mim, eu não fazia ideia de como casos estarrecedores como os que eu leio aqui são recorrentes, uma vez que eu nunca vivi na pele de uma mulher. **E, como pedófilo, muitas vezes eu me vejo comparado com esses agressores, às vezes homens supostamente “decentes” que eram supostamente “bem-intencionados”, outras vezes, completos vermes imorais.** Eu tenho em mente o tempo todo que, ler as palavras de um homem que alegadamente se confessa “pedófilo”, pode ser uma experiência dolorosa para muitas de vocês. Eu tenho em mente que, basta a um sujeito ser homem e estar perto de vocês, para que lembranças lancinantes involuntariamente lhes ocorram, então eu tento fazer ideia de quanta coragem al-

gumas de vocês precisam reunir para continuar lendo minhas palavras desde que leram que eu sou um pedófilo.

Mas eu queria colocar para fora uma coisa que também está me matando aos poucos por dentro. Vocês não são as únicas vítimas desses homens. Eu também sou. **Eles não apenas subtraíram da vida de vocês, eles também subtraem da minha, todos os dias. Eu sofro com o paradigma que se construiu sobre “pedófilos”, pois frequentemente tudo o que se sabe sobre eles vem da boca do Datena. Obviamente eu não posso falar por todos eles, mas eu, particularmente, morro um pouco toda vez que vejo as mais inteligentes e humanistas das pessoas desejarem a mais lenta das mortes a pessoas como eu.** Como pedófilo, para algumas de vocês, eu sou o outro lado do que um dia arruinou suas infâncias e suas vidas. Eu amo crianças, em primeiro lugar, é isso o que eu sou. E as imagens que vocês sugerem em seus relatos também me torturam por dentro, e eu já derramei lágrimas ao pensar em como a minha vida é uma desgraça por ter nascido assim, e eu não tenho escolha sobre o que eu sinto. Por algum momento eu já cogitei suicídio.

Falar isso a vocês também é algo muito difícil de fazer, e eu precisei de bastante coragem. Eu nunca fui abusado sexualmente por ninguém, mas, através de vocês, eu também sou uma vítima indireta deles. Nasci assim, escolhi não agir, até porque, em primeiro lugar, causar dores ou constrangimentos a crianças não pode ser imaginavelmente agradável para mim em nenhum sentido. Foi reconfortante, para mim, saber que eu não estou sozinho ao ler os relatos no site virped.org. O que eu vivo, entretanto, eu não desejo a ninguém.

Agradeço ao Cantada de Rua por me dar uma voz e uma chance de tirar isso da minha garganta. A minha vida tem gosto de morte, pela simples hipótese de ostracismo, ódio e incompreensão a que eu estou condenada, e esse problema é tão gigante que eu me sinto insignificante diante de tudo isso. (grifo nosso)

No entanto, compreende-se, com o exposto, que os pedófilos se diferenciam um do outro, seja na maneira de agir ou de não agir acerca de sua condição, da mesma forma que, conforme estudado anteriormente, a caracterização da pedo-

filia independe do agir do indivíduo, podendo estar presente apenas no íntimo dele e nunca ser exteriorizada.

5. CONCLUSÕES SOBRE A PEDOFILIA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO-DIREITO PENAL

A disciplina do direito criminal tem como principal objetivo oferecer uma resposta eficaz aos delitos praticados, tanto do ponto de vista punitivo como também do preventivo. Sendo assim, quanto ao assunto em apreço, o Código Penal dispõe de normas punitivas e preventivas concernentes ao abuso sexual contra crianças e adolescentes.

Cumprido destacar que existem várias categorias de abuso sexual contra crianças e adolescentes, quais sejam, de acordo com o Código Penal Brasileiro, o Estupro de Vulnerável (art. 217-A), Corrupção de Menores (art. 218) a Satisfação de Lascívia mediante presença de criança ou adolescente (art. 218-A) e o Favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (art. 218-B), todos devidamente descritos no Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940)

A palavra vulnerável se apresenta de maneira constante nos tipos penais citados, para melhor entendimento do tipo penal em estudo, necessário se faz conhecer o termo vulnerável. Em concordância com o previsto no artigo 217-A que trata do crime de Estupro de Vulnerável, Victor Eduardo Rios Gonçalves (2011) enquadra como vulneráveis os menores de 14 anos, doentes mentais ou pessoas impossibilitadas de oferecer resistência.

Devemos para melhor compreensão conceituar tais crimes:

a) Estupro de vulnerável: Realizar conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos, conforme descrito no caput do artigo 217-A do Código Penal transcrito anteriormente. Victor Eduardo Rios Gonçalves explica ser conjunção carnal a penetração do pênis na vagina e ato libidinoso outra forma de realização do ato sexual, como o sexo anal, oral, introduzir o dedo ou um objeto na vagina ou no ânus da vítima, passar as mãos nos seios ou nádegas etc.

b) Corrupção de menores: Comete o delito de Corrupção de Menores aquele que induz o menor de 14 (catorze) anos de idade, com ou sem a promessa de alguma vantagem, para que satisfaça os desejos sexuais de outra pessoa. Victor Eduardo Rios Gonçalves frisa que o agente visa, com a conduta, satisfazer a lascívia de terceiro e não a própria, exigindo-se que essa terceira pessoa seja determinada para a caracterização do delito.

c) Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente: Trata-se de fazer com que pessoa menor de 14 anos assista a ato sexual envolvendo o próprio agente ou outras pessoas. Segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves o ato sexual pode ser a penetração do pênis na vagina (conjunção carnal) ou qualquer outro ato de conotação sexual (presenciar o agente se masturbar, a manter sexo oral ou anal com terceiro etc.).

d) Favorecimento de prostituição ou outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável: O crime consiste em convencer alguém, criança, adolescente ou vulnerável, a se prostituir ou se submeter a outras formas de exploração sexual, bem como colaborar para que alguém exerça a prostituição ou, de algum modo, impedir ou dificultar que a vítima abandone as referidas atividades.

Cumprido expor que o ordenamento jurídico defende que nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de exploração, violência, ou crueldade, e aquele que concorrer para essa violação deverá ser punido, na forma da lei, por atentado aos direitos fundamentais desses seres vulneráveis.

Dessa forma, além dos crimes anteriormente estudados previstos no Código Penal, cumpre agora analisar as condutas tipificadas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECRIAD) relacionadas à pornografia infantil (BRASIL, 1990)

Com base nos tipos penais estudados através do Código Penal Brasileiro e do ECRIAD, observa-se que o que se pune no Brasil não é necessariamente a pedofilia, mas a conduta sexual de um indivíduo – qualquer indivíduo – para com a criança ou adolescente.

Nesse sentido, torna-se evidente que o sujeito ativo para a prática de qualquer dos delitos alhures transcritos, em especial o delito de estupro de vulneráveis (art. 217-A do CP), pode ou não ser portador da parafilia em estudo, a Pedofilia.

Ademais, nosso ordenamento jurídico não contempla a figura do pedófilo, porquanto esta figura é tratada pela psiquiatria, afirma Maria da Graça Blacene Lisboa .

A pedofilia, como doença, não deve ser punida, assim como não o é a simples condição de uma pessoa ser considerada psicopata. E a justificativa para a não punição do pedófilo, ou mesmo do exemplo citado do psicopata, pode ser encontrada em uma das funções do Princípio da Lesividade, quando busca impedir que o agente seja punido por aquilo que ele é, e não pelo que ele fez. Tal entendimento visa impedir o que se chama de direito penal do autor.

A primeira das vertentes do princípio da lesividade pode ser expressa pelo brocardo latino *cogitationis poenam nemo patitur*, ou seja, ninguém pode ser punido por aquilo que pensa ou mesmo por seus sentimentos pessoais, leciona

Rogério Greco (2011, p. 52). Assim, segundo Nilo Batista *apud* Rogério Greco (2011), o princípio da lesividade possui quatro principais funções, a saber:

- a) proibir a incriminação de uma atitude interna;
- b) proibir a incriminação de uma conduta que não exceda o âmbito do próprio autor;
- c) proibir a incriminação de simples estados ou estados ou condições existenciais;
- d) proibir a incriminação de condutas desviadas que não afetem qualquer bem jurídico.

Dessa forma, se tais sentimentos não forem exteriorizados e não produzirem lesão a bens jurídicos de terceiros, jamais o homem poderá ser punido por aquilo que traz no íntimo do seu ser, acrescenta Greco. O que se pune, na verdade, são as condutas praticadas pelos agentes, aplicando-se ao caso o direito penal do fato, e não a mera condição pessoal.

7. REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm > . Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > . Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Decreto nº 99.710, de 21 nov. 1990. Convenção Internacional sobre Direitos da Criança. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D99710.htm > . Acesso em: 20 jun. 2014.

_____. Lei 8.069, de 13 de jul. de 1990. Estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > . Acesso em: 20 jun. 2014.

CID-10. Classificação de transtornos mentais e de comportamento. Porto Alegre : Artmed, 1993.

CROCE, Delton; CROCE, Delton Jr. Manual de Medicina Legal. 8 ed. São Paulo : Saraiva, 2012.

- DEMAUSE, Lloyd. A história do abuso de crianças. Trad. Mário Quilici. Texto disponibilizado em: 27 jan. 2010. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/25909716/Lloyd-deMause-Historia-do-Abuso-de-Crianças>> . Acesso em: 20 jun 2014.
- FREUD, Sigmund. Três ensaios sobre a teoria da sexualidade. 1ª ed. Rio de Janeiro : 2006.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquematizado – Parte Especial. Org. Pedro Lenza. 1ª ed. São Paulo : Saraiva, 2011.
- GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 13ª Ed. Rio de Janeiro : Impetus, 2011. 1 v. p. 51-52.
- HISGAIL, Fani. Pedofilia: Um Estudo Psicanalítico. São Paulo : Iluminiuras, 2007.
- JORGE, Miguel R. Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM-IV). 7. ed. Porto Alegre : Artes Médicas, 2003.
- LISBOA, Maria da Graça Blacene. Pedofilia, um olhar interdisciplinar. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Programa de Pós-graduação em ciências criminais da Pontifícia Universidade Católica Do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://pt.scribd.com/doc/137126878/Monografia-Pedofilo-Um-Olhar-Interdisciplinar>> . Acesso em: 20 jun. 2014.
- TRINDADE, Jorge e BREIER, Ricardo. Pedofilia – aspectos psicológicos e penais. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2013.
- VARELA, Jenniffer Campos de Azevedo. Construindo Monstros: Discursos e representações sociais da CPI da Pedofilia. Dissertação para fins de titulação de mestrado em Sociologia. Natal-RN, 2010. Disponível em: http://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13625/1/JenifferCAV_DISSERT.pdf. Acesso em 03 abril 2016

O CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO POR MEIO DA INTERNET: PERSPECTIVAS E DIFICULDADES DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Tatiana Lourenço Emmerich de SOUZA.

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho tem como objetivo mostrar que com o advento da internet todas as atividades humanas não são exercidas de maneira diária sem sua intervenção, o que não foi diferente com a criminalidade, que tem crescido dentro de ambientes eletrônicos, como no caso do crime de lavagem de dinheiro.

A metodologia utilizada para o desenvolvimento deste *paper* ou trabalho foi a pesquisa bibliográfica, bem como o estudo da legislação referente ao assunto, principalmente a lei nº 9.613/1998.

Partindo de um contexto histórico do surgimento deste delito, que se deu nos EUA e na Itália, chegaremos ao Brasil para fazer uma breve análise de sua legislação, pontuando as dificuldade e perspectivas em relação a esse crime no meio digital.

Além disso, é notável avanços da legislação brasileira em questões tecnológicas, visto o surgimento do marco civil da *internet* no ordenamento pátrio.

No entanto, tal inovação ainda não foi o suficiente para o combate direto dos crimes digitais. Isso porque os “hackers” e especialistas “atacam” todos os dias milhares de redes, obtendo resultados “positivos” no que tange a lavagem de dinheiro entre outros delitos virtuais.

O trabalho se dividiu em três partes: a primeira para abordar aspectos gerais do crime de lavagem de dinheiro e as legislações internacionais sobre o tema; na segunda parte é mostrada a lavagem de dinheiro no Brasil, desde a legislação até seu funcionamento no meio digital. Na terceira parte, aborda as dificuldades e perspectivas da legislação brasileira, que ainda se situa em um cotidiano legislativo despreparado e com escassez de normatização específica para os crimes digitais.

2. A ORIGEM, EVOLUÇÃO HISTÓRICA E CONCEITO DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.

O crime de lavagem de dinheiro, não é uma prática advinda da modernidade, já que existem relatos bíblicos de sua atividade, como podemos ver no texto do Novo Testamento, na história de Ananias e Safira¹⁷⁵, bem como há 3.000 (três mil) anos no continente Asiático, onde a lavagem era feita por comerciantes para proteger seus bens dos “poderosos”.

Com o passar do tempo, com a criação do papel dinheiro e novas transações bancárias, que utilizavam sistemas de informações digitais, o delito saiu de seu aspecto primário das passagens bíblicas, para atingir um grande contingente de dinheiro e redes de pessoas.

Isso foi mais fácil de perceber nos EUA, na década de 20, onde a máfia americana, marcada não só pelo tráfico internacional de drogas, como também pela questão da lei seca, “*The Noble Experiment*”, utilizavam o sistema “*Money Laundering*” para facilitar fraudes, principalmente ao sistema financeiro.

Porém, as práticas se aperfeiçoaram e abrangeram ainda mais seguidores, a lavagem de dinheiro após a guerra fria passou a ser utilizada também por terroristas, como forma de manter suas facções e o crime organizado internacional.

Dessa forma, a Convenção de Viena de 1988, preocupada com os avanços deste, tentou novas medidas para solucionar este movimento, que não envolvia apenas a lavagem de dinheiro, mas também os delitos de tráfico de drogas, prostituição, trabalho infantil, terrorismo, comércios ilegais, paraísos fiscais e organizações criminosas.

2.1 ORIGENS HISTÓRICAS DO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO.

A locução “Lavagem de Dinheiro” teve origem nos Estados Unidos da América, na década de 90, que juntamente com Itália foram os primeiros países a criminalizar o delito.

175. A astúcia de Ananias e Safira (AP Ato dos Apóstos V, 1 – 10)

Um certo homem chamado Ananias de comum acordo com sua mulher Safira vendeu um campo e, combinando com ela, reteve uma parte da quantia da venda. Levando apenas a outra parte depositou-a aos pés dos apóstolos. Pedro, porém, disse: “Ananias, por que tomou conta Satanás do teu coração, para que mentisse ao Espírito Santo e enganastes acerca do valor do campo? Acaso não o podias conservar sem vendê-lo? E depois de vendido, não podias dispor livremente desta quantia? Por que imaginaste isto em teu coração? Não foi aos homens que mentistes, mas a Deus.” Ao ouvir estas palavras Ananias caiu morto. Depois de umas três horas, entrou também sua mulher, nada sabendo do ocorrido. Pedro perguntou-lhe: “Dize-me mulher, por quanto que vendestes o vosso campo?” Respondeu-lhe ela: “Sim, por esse preço.” Replicou Pedro: “Por que combinaste para pôr a prova o Espírito do Senhor?” Estão ali, à porta, os pés daqueles que sepultaram teu marido. Hão de levar-te também a ti. Imediatamente caiu a seus pés e expirou.

Segundo a história, esse tipo penal foi criado por redes de lavanderia “fachadas” de mafiosos, para facilitar a circulação do dinheiro advindo da ilicitude. Essa ação fazia com que todo o lucro “sujo” passasse a ter o fenótipo de lícito, ou na linguagem popular: de “dinheiro limpo”.

A expressão foi utilizada pela primeira vez em 1982, em um processo que ocorreu nos EUA, no estado da Flórida, pelos bens advindos do tráfico de drogas da região. Há quem diga que o termo em nada confere tecnicidade, sendo uma locução popular que tomou conta das legislações penais no mundo.

Assim, a “*Money Laundering*”, na literalidade da expressão, também foi adotada em outros países com seus respectivos nomes: Portugal (*Branqueamento de Capital*), Bélgica (*Blanchiment d’Argent*), Itália (*Reciclagio del Denaro*), Espanha (*Blanqueo de Dinero*) e Colômbia (*Lavado de Activos*).

Nos EUA, a criminalização do delito ocorreu com a “*The Noble Experiment*” e a implantação da “Lei Seca”, onde o famoso chefe da máfia - Alphonse Capone - enriqueceu ilicitamente pela venda de bebidas alcoólicas juntamente com a sonegação fiscal, pelo qual foi preso.

Esse período de proibição de bebidas alcoólicas ocasionou uma crise nas máfias, o que gerou estudos de novas áreas para implementar as “regras” utilizadas na lei seca. Assim, projetou-se a lavagem de dinheiro em modalidades criminosas, como por exemplo, o narcotráfico e casas de jogos de azar.

Nesta fase, a criação de novos meios para proteger o patrimônio ilícito se intensificou por parte dos mafiosos. Os Offshore¹⁷⁶ - o envio de dinheiro para fora do país nos famosos “paraísos” fiscais - serviram de oportunidade para a continuidade delitiva. Em função disso, os EUA criaram vários mecanismos de proteção, alguns utilizados até hoje.

Tabela 1 –Legislação Americana de Proteção a Lavagem de Dinheiro

<i>Banck Secrety Act de 1970</i>	Comunicação de transações acima de \$10.000,00 vinculando todas as transações ao banco evitando a lavagem.
<i>Anti- drug Abuse Act of 1986</i>	Tinha inserido na sua legislação o tipo de <i>MONEY LAUNDERING CONTROL ACT (atos de controle de lavagem de dinheiro)</i> , que é utilizado até o momento.

176. OFFSHORE nos dicionários significa em geral feito ou registrado no exterior a alguma distância da costa; “No sentido comercial, uma empresa offshore é uma pessoa jurídica que está situada no estrangeiro em relação aos seus proprietários, sujeitos a um regime de normas diferente. Esse tipo de companhia é utilizado muitas vezes para fugir dos altos encargos fiscais existentes no país de domicílio dos proprietários. Em outros casos para se esconder o dinheiro de origem criminosa. Outra denominação comum, para esses centros financeiros com especial regulação (maior sigilo financeiro menores exigências para a constituição de empresas não-nacionais e menor tributação) é a de paraísos fiscais. DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2008. Página 82.

Na Itália, um dos países na liderança do combate ao delito, a “*Reciclagio del Denaro*”, também foi marcada por máfias italianas que tinham por objetivo a quebra do Estado e de seus líderes políticos. Pode-se citar a “*Brigate Rosse*”¹⁷⁷, uma das mais famosas *máfias italianas*, que foi responsável pelo sequestro de Aildo Moro¹⁷⁸. Diante da alta repercussão do caso e também para não gerar impunidade, a Itália criou o Decreto – Lei nº 59, do ano de 1978, que tipificou a conduta de lavagem. Esta iniciativa foi um ato de vanguarda no combate ao tipo penal, já que a tipificaram como a “*modificação da situação do dinheiro ou dos valores criminosamente obtidos*”.

Leciona Carlos Veríssimo De Carli:

“O Governo italiano editou o Decreto-lei nº 59, de 21 de Março de 1978, que introduziu, no Código Penal Italiano, o artigo 648 bis. Esse artigo incriminou a substituição de dinheiro ou valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro. Nove dias após o assassinato de Moro Aldo Moro, influente político, considerado à época como o próximo presidente da Itália, sequestrado pelas Brigadas Vermelhas, ocorrido em 9 de maio daquele ano, o decreto foi convertido em lei, com alterações (através da lei 191, de 18 de maio de 1978) sem que houvesse, entretanto, modificação no texto do art. 3 (que criou o 648 bis).” (DE CARLI, 2008, p. 79)

2.2 MECANISMOS E NORMAS INTERNACIONAIS PARA O COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

Os mecanismos e normas internacionais foram de grande importância para o combate à lavagem de dinheiro e também um incentivo para que outros Estados implantassem em sua legislação normas para reprimir este tipo penal, já que este se tornou um fenômeno global.

Dentre as principais normas e mecanismos, podemos citar: Convenção de Viena de 1988, Grupo de Ação Financeira Internacional - GAFI, Convenção de Estrasburgo de 1990, Diretiva 308/1991 das Comunidades Europeias e a Convenção de Palermo de 2000.

177. Brigadas Vermelhas (Brigate Rosse em [italiano](#)) (BR) é o nome de uma organização paramilitar de [guerrilha comunista italiana](#) formada no ano de [1969](#).

178. Ex-primeiro-ministro e presidente da [Democracia Cristã](#) Italiana.

A Convenção de Viena de 1988, ou também conhecida por “Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas”, teve como objetivo difundir a cooperação internacional no trato de questões relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes e crimes afins (COAF, 1999). Porém, nessa reunião foi oficializado o combate em âmbito mundial do crime de lavagem de dinheiro. Desta maneira, o Brasil ratificou a convenção no Decreto Lei nº 154\91.

O Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro - GAFI, também foi de extrema importância para a prevenção do crime, onde países integrantes¹⁷⁹ do G-7 a criaram dando origem ao OCDE, grupo que foi incumbido de promover e desenvolver políticas de combate e ações que visassem a sua contenção, como por exemplo, a edição das “Quarenta recomendações”¹⁸⁰, que foi um plano de ação de cooperação internacional.

Outro tratado de suma relevância foi a Convenção de Estrasburgo de 1990, ou também chama de “Convenção sobre Lavagem de Dinheiro, Busca, Apreensão e Confisco dos Produtos do Crime”, que ampliou o rol dos crimes antecedentes para abranger mais ações delitivas, como também fez a Convenção de Viena.

Outra que atua no combate foi a diretiva 308/1991, à primeira de caráter obrigatório para os países signatários, que foi aprovada pelo Conselho das Comunidades Europeias, no ano de 1991. Essa norma definiu medidas destinadas ao sistema financeiro visando a sua proteção, além de muni-lo de armas capazes de dificultar a prática do crime em questão. Além disso, a diretiva tenta fazer com que ocorra uma uniformização normativa entre os países aderentes e sua legislação. No entanto Souto¹⁸¹ adverte: “*A Diretiva padece de caótica estrutura, um completo conteúdo e indeterminação, fruto de muitas transações*”.

Dentre todas essas convenções e diretrizes foi na Convenção de Palermo¹⁸² que surgiu um ponto relevante para o combate ao crime de lavagem de dinheiro. Esta convenção assim como normas penais em branco, se é que podemos compara-la assim, deve ser suprida por outros dois protocolos suplementares, de livre violitividade pelos signatários, entre eles: Protocolo Adicional à Conven-

179. O Brasil também aderiu o GAFI.

180. “Quarenta Recomendações” ou “Quarenta mais oito” após os atentados de onze de setembro de 2001, um documento que visa fornecer instrumentos para o desenvolvimento de um plano de ação completo de combate a este crime e discutir ações ligadas à cooperação internacional. Dentre estas recomendações, que constituem referência mundial no combate à “lavagem de dinheiro”, assim reconhecidas pelo Fundo Monetário Internacional e pelo Banco Mundial, quinze são direcionadas especificamente ao mercado financeiro (COAF, 1999).

181. SOUTO, Miguel Abel. El blanqueo em la normativa internacional. Santiago de Compostela, universidad, Serviço de Publicacion e Intercambio Científico, 2002.

182. Brasil signatário pelo DL nº 5.941 de 2006.

ção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional pelo tráfico de migrantes¹⁸³ e a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional pelo tráfico de mulheres¹⁸⁴.

Desta forma, é visível que a lavagem de dinheiro é um crime de escala global, que preocupa entidades internacionais frente a todos tratados e convenções, que não se resumem a estes explorados aqui, podendo citar a exemplo, as ações do BIRD, GPML - *Global Plan Against Money Laundering*, FMI, Convenção de Mérida (2003), Convenção de Varsóvia (2005) etc.

2.3 CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA.

Em relação ao conceito do crime de Lavagem de Dinheiro, é fundamental destacar que não existe um conceito único na doutrina, a começar pelo seu nome que possui variações dependendo do país. Todavia, como já vimos anteriormente o que é convergente e amplamente defendido se resume no fato de que: a lavagem é um procedimento que transforma o capital ilícito em lícito, mas que o meio de produção desta licitude é contaminado.

Em uma abordagem popular, podemos dizer que seria com uma “troca de roupas”, a suja pela limpa, porém o corpo impregnado de ilegalidades.

Sua natureza jurídica é acessória, como explica Leonardo Marcondes Machado¹⁸⁵, Delegado de Polícia Civil em Santa Catarina:

“É inegável, portanto, que o delito de lavagem de dinheiro possui natureza acessória, derivada ou dependente, mediante relação de conexão instrumental e típica com ilícito penal anteriormente cometido (do qual decorreu a obtenção de vantagem financeira, em sentido amplo, ilegal). Diz-se que a lavagem de dinheiro é, nessa linha, um “crime remetido”, já que sua existência depende (necessariamente) de fato criminoso pretérito (antecedente penal necessário) ”.

Também não podemos deixar de abordar a configuração desse crime através de paraísos fiscais, que servem de depósito de valores oriundos muitas vezes de comércios e empresas de fachada, que visam ludibriar o Estado, que é enganado

183. Combate ao Tráfico de Migrantes por Via Terrestre, Marítima e Aérea.

184. Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças.

185. <http://leonardomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121940761/o-novo-crime-de-lavagem-de-dinheiro-e-a-infracao-penal-antecedente-legislacao-de-terceira-geracao>

muitas vezes pela omissão de suas próprias instituições financeiras em face de determinadas transações bancárias.

Outra forma de constituição do tipo penal é através da internet, cuja conduta é materializada por meio de transferências eletrônicas e pelo dinheiro virtual, que são caracterizados respectivamente pelo grande volume e circulação rápida, o que muitas vezes impedem a sua rastreabilidade, o que gera um aumento dos valores “lavados” em até 1.000% (um mil por cento).

A doutrina geral aborda o conceito tradicional, onde o crime se resume em transações de bens, valores, direitos, dinheiros advindos de outros crimes no sistema econômico financeiro de maneira lícita.

No que concerne à lavagem de dinheiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF do Ministério da Fazenda¹⁸⁶ a resume da seguinte forma:

“Lavagem de dinheiro é o processo pelo qual o criminoso transforma recursos ganhos em atividades ilegais em ativos com uma origem aparentemente legal. Essa prática geralmente envolve múltiplas transações, usadas para ocultar a origem dos ativos financeiros e permitir que eles sejam utilizados sem comprometer os criminosos. A dissimulação é, portanto, a base para toda operação de lavagem que envolva dinheiro proveniente de um crime antecedente. Nas duas últimas décadas, a lavagem de dinheiro e os crimes correlatos – entre os quais, narcotráfico, corrupção, sequestro e terrorismo – tornaram-se delitos cujo impacto não pode mais ser medido em escala local. Se antes essa prática estava restrita a determinadas regiões, seus efeitos perniciosos hoje se espalham para além das fronteiras nacionais, desestabilizando sistemas financeiros e comprometendo atividades econômicas. ”

Assim, a lavagem está diretamente relacionada às Organizações Criminosas, que em função de sua clandestinidade e difícil apuração dos valores pelo Estado, “machucam” a economia global, se aproveitando desta situação para utilizar outras atividades ilícitas, como o tráfico de entorpecentes e de armas, para aumentar o comércio ilegal e o volume da lavagem de dinheiro. Segundo Fittuni¹⁸⁷:

186. <http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/cartilha.pdf>

187. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. Lavagem de Dinheiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 22.

“As organizações criminosas e a lavagem de dinheiro não coexistem separadamente. Não é possível imaginar uma organização criminosa que não pratique a lavagem de dinheiro obtido ilícitamente, como forma de viabilizar a continuidade dos crimes, sempre de maneira mais apropriada”.

Desta forma, tal como colocado anteriormente, pode-se perceber a gravidade do delito. Aliás, um fator que agrava ainda mais a sua situação no Brasil é fato de nem todos os brasileiros ainda estarem conectados à internet. Este aspecto ainda separa e muito os brasileiros da realidade econômica do seu país, tornando-os ainda mais vulneráveis a serem vítimas da prática do crime de lavagem de dinheiro.

Entretanto, isso não pode afastar esse delito da alçada da legislação brasileira, na medida em que mesmo aqueles que não possuem conhecimentos sobre a vida digital podem ser vítimas da lavagem de dinheiro, como por exemplo ocorre com as pessoas que figuram como “as laranjas” do delito.

Por isso deve-se continuar buscando novos meios para seu combate, já que isso é um problema que atinge todo o nosso mundo globalizado, que está ligado por redes de informação ininterruptas, onde bens, pessoas, dinheiro e informações, não param de circular.

3. A lavagem de Dinheiro no Brasil e a internet

Como o mundo está cada vez mais aderindo ao meio tecnológico, saindo da esfera material para virar um cibercrime, a prática do crime de lavagem de dinheiro está se sofisticando. Ou seja, velhos métodos da materialização desse delito estão se sofisticando e adaptando às tecnologias resultantes do mundo globalizado.

Os “lavadores” digitais utilizam a internet para o cometimento desse tipo de delito, em função do transporte rápido de informações, conversão de valores em moedas digitais e a facilidade de quebrar sistemas bancários protegidos através de “hacking”.

Os “hacking” são amplamente discutidos em fóruns de hackers on-line, como por exemplo, o serviço de moeda digital da Costa Rica: *Liberty Reserve* ou o *Euro Liberty Reserve* - que convertem anonimamente os valores em dinheiro, com pequenas taxas; jogos on-line - como o *Second Life*, que se utilizam de moedas digitais para converter em bens, serviços ou no próprio dinheiro virtual; bem como, o golpe das mulas¹⁸⁸, oferta de trabalho em casa, e assim por diante.

188. No qual um funcionário de alto nível de um país em desenvolvimento pede sua ajuda para trans-

Em 2013, os EUA cancelaram as atividades do *Liberty Reserve*, prendendo criminosos pelo delito de lavagem de dinheiro. Mas isso não foi impeditivo para frear os criminosos, que já estavam pensando em outros meios para suprir esta grande perda, como por exemplo, o *WebMoney*, *Bitcoins*, *Paymer*, *PerfectMoney* etc.

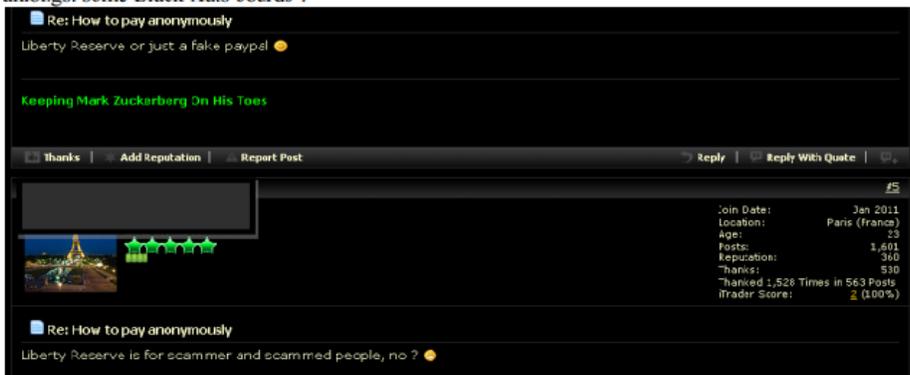
Segundo Richet¹⁸⁹, pesquisador em crimes digitais da Universidade de Paris, em um estudo sobre o tema, adverte:

“Como indivíduos, é nossa responsabilidade nos mantermos informados e sempre estar ciente dos métodos que esses criminosos podem estar usando para nos envolver em seus esquemas de lavagem.”.

Figura 1 – Fóruns de Hackers on-line debatendo sobre o Liberty Reserve.

Liberty Reserve

Frequently associated with carding communities¹, Liberty Reserve (LR) had a bad reputation amongst some Black Hais boards².



Fonte: *Laundering Money Online: a review of cybercriminals' methods*¹⁹⁰.

No Brasil, essas novas formas de práticas criminosas já são utilizadas. No entanto, não é todo cidadão que sabe verificar se determinada atividade oferecida na internet pode configurar um delito, que venha a utiliza-lo como “laranja”, em razão da sua ignorância na utilização dessa tecnologia, o que, por consequência o acabam ludibriando por via de ofertas sensacionalistas.

ferir quantias significativas de dinheiro e está disposto a pagar bem pelos seus serviços. Mas primeiro, eles exigem seus dados bancários que eles prontamente usam para esvaziar a sua conta, em seguida, desaparecer.

189. <http://www.technologyreview.com.br/blog/post.aspx?bid=398&bpid=29838>

190. <http://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/1310/1310.2368.pdf>

Nossa legislação também é despreparada para esse cenário. Atualmente apenas contamos com o Marco Civil da Internet, que ainda não traduz a real necessidade brasileira em assuntos cibernéticos, bem como em crimes de lavagem de dinheiro, que ainda não possuem uma regulamentação específica quando o delito ocorre no meio digital.

3.1 LEI Nº 9.613/1998 E O CRIME ANTECEDENTE

A Lei nº 9.613/1998, como já foi visto, é a lei que rege os crimes de lavagem de dinheiro no Brasil. Esta norma foi criada pela pressão política criada em razão da ausência de uma legislação específica sobre tema, logo após o Brasil ser um país signatário da Convenção de Viena.

Esta Lei sofreu diversas modificações até chegar a sua forma atual sendo alterada por diversas leis como: Lei nº 10.467 de 2002 e pela Lei nº 10.701 de 2003, porém, sua última modificação é recente e foi realizada pela Lei nº 12.683 de 2012, que teve como finalidade reiterar a tipificação do delito, bem como, tornar mais eficiente a persecução penal e a condenação dos crimes de lavagem de dinheiro.

Vale lembrar, que a criação da unidade de inteligência financeira denominada Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, por advento da Lei nº 9.613, foi de suma relevância, já que exerce um controle de instituições e suas transações bancárias.

A lei é estruturada em dez capítulos, respectivamente: “Os Crimes de “Lavagem” ou Ocultação de Bens, Direitos e Valores”, “Disposições Processuais Especiais”, “Dos Efeitos da Condenação”, “Dos Bens, Direitos ou Valores Oriundos de Crimes Praticados no Estrangeiro”, “Das pessoas sujeitas ao mecanismo de controle”, “Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros”, “Da Comunicação de Operações Financeiras”, “Da Responsabilidade Administrativa”, “Do Conselho de Controle de Atividades Financeiras” e, “ Disposições Gerais”.

Desta forma, a lei que foi formulada pelo Ministério da Justiça, através de um pedido do Poder Executivo, recebeu muitas críticas e como consequência sofreu inúmeras alterações trazidas pelas leis já citadas. Contudo, isso não foi o bastante para conferir uma proteção efetiva frente a prática deste crime em ambientes digitais. A lei é omissa e não aborda a realidade enfrentada pelo mundo globalizado, que sofre influência incessante de redes de pessoas que efetuam transações de dados em tempo real.

Em relação ao crime antecedente ou também conhecido por crime anterior, podemos conceitua-lo como o fato típico, ilícito e antijurídico que antecede a lavagem de dinheiro.

Isso porque, antes de sua característica pluriofensiva ser adotada, tanto pela doutrina como pela própria lei, o “branqueamento de capitais” era visto apenas como uma consequência da ação delituosa. A título de exemplo no tráfico de drogas o dinheiro advindo ilicitamente desta atividade seria uma consequência do primeiro tipo e não uma ação autônoma.

Figura 2- Tráfico de Drogas e a Lavagem de Dinheiro¹⁹¹



Fonte: Julia Lyton – Setor Finanças UOL

Hoje em dia, a lavagem de dinheiro apenas requer como requisito para sua configuração, um crime antecedente, para ter uma origem material do objeto tutelado, sob o qual irá recair a conduta típica, já que a lei não é mais taxativa na questão do rol desses crimes. Com a modificação do art.1º pela Lei nº 12.683, esse rol foi abolido e substituído por uma tipificação mais ampla, passando a ser uma norma de terceira geração¹⁹² quanto ao sistema de criminalização, com um rol aberto.

191. <http://empresasefinancas.hsw.uol.com.br/lavagem-de-dinheiro4.htm>

192. Sistema de Gerações. A considerar essa (nova) realidade legislativa inaugurada recentemente, temos (também) uma alteração quanto à classificação da [lei de lavagem de dinheiro](#) brasileira em face do sistema (ou quadro) de gerações de criminalização da lavagem de capitais no mundo. Tem-

3.2 TIPIFICAÇÃO.

A Lei nº 9.613, de 1998, tipifica o crime de lavagem de dinheiro, estipulando pena de reclusão, de três a dez anos e multa, àquele que segundo o art. 1º: *ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal*, como também os parágrafos do mesmo artigo que detalham o tipo:

“§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal: § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, se os crimes definidos nesta Lei forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa, e, § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

Ao abordar o bem jurídico tutelado pela lavagem de dinheiro, devemos saber que ele é um objeto juridicamente protegido, em função da sua relevância social.

O bem juridicamente tutelado no tipo penal “lavagem de dinheiro” não é tão bem definido, tendo em vista o seu caráter pluriofensivo, estando, portanto, a sua configuração dependente do crime que necessariamente lhe for antecedente.

-se, classicamente, três sistemas (ou gerações) quanto aos tipos ou processos de criminalização da lavagem de dinheiro, a saber: a) “legislação de primeira geração”: a tipificação do crime de lavagem ficava circunscrita apenas e tão-somente ao delito antecedente de tráfico ilícito de drogas (e afins). Ex.: Convenção de Viena de 1988; b) “legislação de segunda geração”: o rol dos crimes precedentes à lavagem é alargado, de maneira a prever, além do tráfico ilícito de drogas, outros injustos penais de significativa gravidade e/ou relevância. Contudo, o rol de crimes ainda é taxativo. Ex.: Alemanha, Espanha e Portugal. <http://leonardomachado2.jusbrasil.com.br/artigos/121940761/o-novo-crime-de-lavagem-de-dinheiro-e-a-infracao-penal-antecedente-legislacao-de-terceira-geracao>

Desta forma, existem diversas correntes na doutrina nacional; há quem diga que ele ofende a saúde pública em função do tráfico de drogas; sistema econômico e financeiro; a transparência e integridade do sistema econômico; administração da justiça, os bens dos crimes antecedentes; eficácia da condenação dos crimes antecedentes e assim por diante. Mas, o conceito mais aceito tem como tutela: o bem juridicamente protegido pela lei é a normalidade do sistema econômico-financeiro de um país, segundo o jurista Luiz Flavio Gomes¹⁹³.

Como sujeitos ativos do delito, que é um crime comum, pode-se falar que qualquer pessoa física pode praticá-lo. Em relação às pessoas jurídicas, elas não seriam capazes de serem responsabilizadas, porém, seus representantes podem sofrer as sanções penais.

Devemos destacar que a Lei nº 9.613 de 1998 não normatizou nenhuma característica especial para o sujeito, com exceção do autor, coautor e partícipe do crime antecedente. Todavia, se esses se configurarem na mesma pessoa, esta responderá pelo concurso material de crimes.

Já o sujeito passivo é aquele que sofre as consequências da lavagem de capitais, seja com seus bens, valores reconhecidos na prática do delito. No entanto, para outra parte da doutrina, o Estado seria o principal sujeito, já que este tem competência para tal, devendo ressaltar que o crime antecedente pode trazer consigo terceiros prejudicados.

A lavagem de dinheiro possui natureza econômica diretamente relacionada com a criminalidade organizada, afetando valores sociais importantes como a soberania estatal e seu sistema financeiro, já que um país com graves casos de repercussão na mídia de lavagem de capitais não é atraente o bastante para investimentos estrangeiros lícitos.

Em relação às fases desse crime, é importante destacar que ele possui todo um mecanismo para sua efetivação, composto por três fases dinâmicas, que propiciam o disfarce dos sujeitos do crime: a colocação, ocultação e dissimulação, onde é feita uma separação do dinheiro da sua origem, posteriormente uma simulação das transações bancárias para que não ocorra nenhum tipo de rastreamento e, por último, a recolocação do dinheiro no mercado, este estando limpo, como mostra a tabela a baixo:

193. CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 321.

Tabela 2- Fases da Lavagem de Dinheiro

1ª Etapa: Colocação	Etapa onde o dinheiro é posto no sistema econômico, com o objetivo de ocultar a origem, buscam países com regras mais leves frente ao sistema financeiro. Ela ocorre por meio de depósitos, geralmente fracionados, para dificultar a identificação.
2ª Etapa: Ocultação	Consiste em dificultar o rastreamento contábil dos recursos ilícitos. Movimentação eletrônica, transferência para contas anônimas.
3ª Etapa: Dissimulação	Ativos incorporados formalmente ao sistema econômico. As organizações criminosas buscam investir em empreendimentos que facilitem suas atividades – podendo tais sociedades prestarem serviços entre si. Uma vez formada a cadeia, torna-se cada vez mais fácil legitimar o dinheiro ilegal.

Fonte: COAF.

3.3 O MEIO ELETRÔNICO NO PROCESSO DE LAVAGEM DE DINHEIRO.

O crime de lavagem de dinheiro está relacionado diretamente com as organizações criminosas que possuem um poder financeiro e de influência muito alto. Isso traduz em um potencial de obtenção de tecnologias “high- tech” que são utilizadas pela criminalidade, facilitando, dessa maneira, invasões a sistemas, quebras de fontes criptografadas, o comércio eletrônico ilegal e a contratação de profissionais e serviços de mão de obra qualificados para serem usadas para obter informações e tecnologias aprimoradas. Isso possibilita que tais organizações consigam romper barreiras, atingindo mais de um setor da economia.

Ao estudar o combate e a prevenção da Lavagem de Dinheiro, é possível perceber que cada vez mais os criminosos optam pela via que agrupa certas características facilitadoras e que preza pelo anonimato como, por exemplo, é propiciada pela internet: rapidez das transações, a falta de controle das redes - principalmente no Brasil - a falta de regulação pela legislação, complexidade

das operações e sua respectiva ausência de cadastro, a transformação rápida do dinheiro digital em um capital “limpo” e assim por diante.

Desta forma, a internet possui tudo que o crime precisa para ocorrer, e ainda conta com uma série de fatores que usam a tecnologia como uma “arma de fogo digital”, oferecendo formas de invasões a sistemas de Instituições financeiras, facilitação de transações via Internet diretamente a paraísos fiscais¹⁹⁴ e centros de Off-Shore.

Os ataques também são direcionados ao sistema da Bolsa de Valores e de Seguros, ambos totalmente vulneráveis ao delito na forma digital. Para um hacker a quebra e a invasão desses sistemas é fácil e rápida, na medida em que tais instituições não possuem uma proteção absoluta dos seus sistemas internos. Some-se a isso o fato de ainda não contarem com uma tutela legislativa capaz de lhes garantir segurança em caso de ações criminosas.

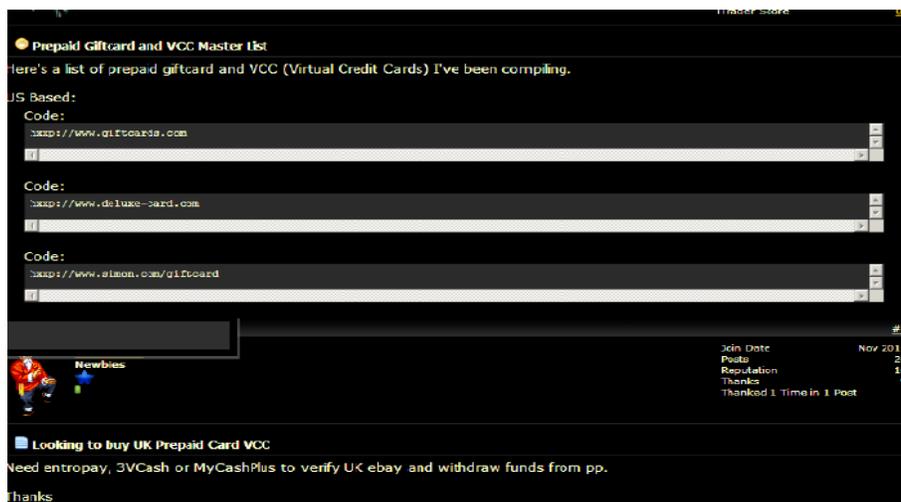
Pode-se utilizar como exemplo os cartões de crédito virtuais que são uma alternativa de crescimento aos cartões pré-pagos móveis. Esses cartões de crédito virtuais poderiam tranquilamente ser financiados pela conta bancária de uma pessoa que estaria sendo ludibriada sem ao menos perceber tal situação. Isso seria feito através de uma operação eletrônica, cujos efeitos são imediatos e que utilizaria como base uma conta Paypal¹⁹⁵. Os recursos financeiros seriam “limpos” através de um esquema de micro- lavagem.

Esses micros-pagamentos on-line móveis estão interligados com os serviços tradicionais de pagamento, onde os fundos podem ser transferidos por infinidade de modos de pagamentos, aumentando assim a dificuldade de apreender os lavadores de dinheiro. Como se pode observar é possível lavar uma grande quantidade de dinheiro em pequenas quantidades através de milhares de transações eletrônicas diferentes.

194. Os chamados “paraísos fiscais” são países ou dependências que, por não tributarem a renda, ou por tributarem-na à alíquota inferior a 20% ou, ainda, por possuírem uma legislação que garante o sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, oferecem oportunidades atraentes e vantajosas para a movimentação de recursos.

195. PayPal é um sistema que permite a transferência de dinheiro entre indivíduos ou negociantes usando um endereço de e-mail, assim, evitando métodos tradicionais como cheques e boleto bancário

Figura 3- Fórum Hacker sobre lavagem no Paypal.



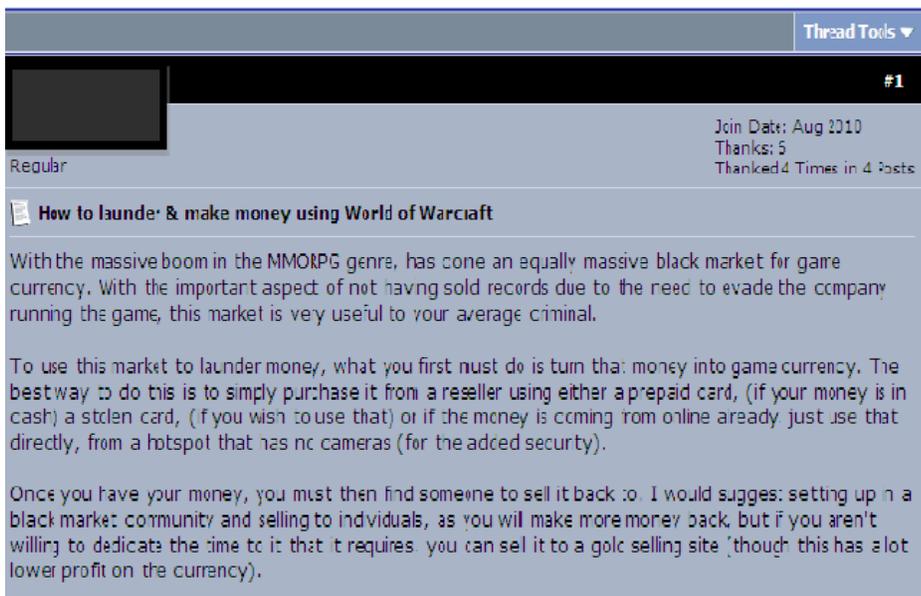
Fonte: *Laundering Money Online: a review of cybercriminals' methods.*

O Comércio Eletrônico também é um viabilizador da lavagem para empresas que vendem serviços diretamente pela internet, em que haja uma troca anônima de informações, que muitas vezes fica limitada apenas ao número de cartão de crédito.

Os jogos de azar, assim como os jogos eletrônicos também são formas de lavagem comuns no meio digital, já que são altos os valores envolvidos em apostas, cassinos on-line, bem como, o câmbio de dinheiro virtual em dinheiro “limpo”, por manipuladas técnicas de premiação, como podemos perceber na figura abaixo de um fórum de hackers on-line que ajudam e ensinam a lavar dinheiro através do jogo “WarCraft”¹⁹⁶.

196. Um MMORPG da produtora Blizzard, um jogo on-line no mundo fantástico de Azeroth, introduzido no primeiro jogo da série, Warrant: Orcs & Humans em 1994.

Figura 4 – Fórum On-line sobre como lavar dinheiro no Warcraft.



The image shows a screenshot of a forum post. At the top right, there is a 'Thread Tools' dropdown menu. Below it, the post number '#1' is displayed. The user's profile information includes a placeholder for a profile picture, the rank 'Regular', the join date 'Join Date: Aug 2010', 'Thanks: 5', and 'Thanked 4 Times in 4 Posts'. The post title is 'How to launder & make money using World of Warcraft'. The main text of the post discusses the black market for game currency in MMORPGs and provides instructions on how to launder money using game currency, including methods like purchasing from resellers or using stolen cards. It also mentions finding a black market community to sell the currency back to.

Fonte: *Laundering Money Online: a review of cybercriminals' methods*

Outro mecanismo que facilita a lavagem de dinheiro pela internet é o Dinheiro Eletrônico, segundo o Site E-commerce News¹⁹⁷:

“O Dinheiro Eletrônico, ou Moeda Digital, é um dos instrumentos utilizados em transações que não utilizam papel-moeda. Ao invés disso, um valor monetário é eletronicamente creditado ou debitado. Muitas vezes, o Dinheiro Eletrônico é a forma de pagamento utilizado para transações de e-commerce, facilitando o comércio entre diferentes países. O Dinheiro Eletrônico é, na maioria dos casos, equivalente ao papel-moeda e é trocado pelos bens e serviços que o indivíduo deseja adquirir. E permite criar correntes de comércio entre indivíduos e empresas de todos os cantos do globo. Ele pode permitir que um freelancer no Brasil seja pago por um contratante no Canadá. Isto é possível devido ao sistema de troca monetária do Dinheiro Eletrônico. O valor do dinheiro é creditado para alguém em qualquer localidade. ”

197. <http://ecommercenews.com.br/glossario/o-que-e-dinheiro-eletronico-moeda-digital-e-money>.

Assim ensina a Professora Luciana de Amorim Monteiro¹⁹⁸

“Existem dois tipos básicos de e-money: anônimo e identificado, ambos podendo ser online ou offline. O e-money anônimo offline constitui o verdadeiro digital cash e é o mais difícil de ser gerenciado devido à dificuldade de se impedir o double-spending. (Identificado e anônimo conhecido como digital cash). O E-money anônimo não permite que se descubra o seu proprietário, possibilitando, no entanto, a descoberta de todas as transações efetuadas. Offline não implica na comunicação direta com o banco. A forma offline anônima, que constitui o verdadeiro dinheiro digital, é a forma mais complexa de E-money devido ao problema de se garantir que os valores armazenados sejam utilizados apenas uma vez. ”

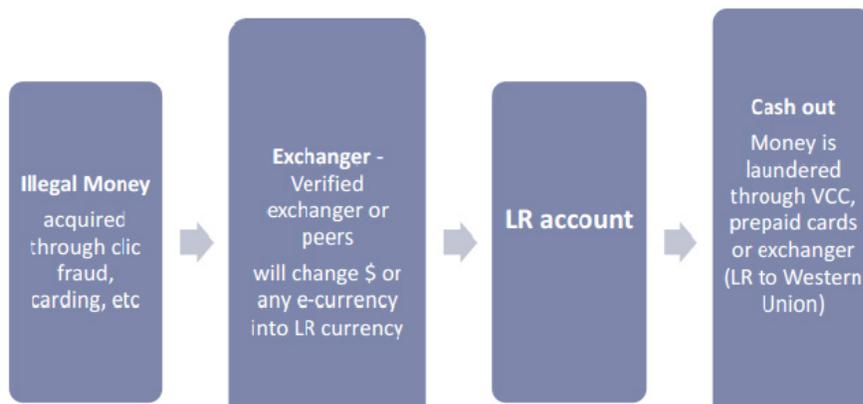
Então é possível que o dinheiro digital, um avanço tecnológico relevante, ajude nas empreitadas criminosas como foi abordado anteriormente . Seja o *Bitcoins*, *Liberty Reserve*, *Euro Liberty Reserve*, *WebMoney*, *Paymer*, *PerfectMoney*, Mercado negro de Pesos, ambos são fontes ricas para a lavagem, já que são transformados em papel – dinheiro “limpo”. Na figura abaixo é possível perceber o processo todo do dinheiro eletrônico¹⁹⁹.

198. <http://www.cic.unb.br/-rezende/trabs/e-moeda.htm#Um+pouco+sobre+Moeda+Eletr%F4nica>

199. Trocar dinheiro poderia ser feito através do uso de trocadores verificados como ebuygold.com - que tenham sido verificados pela Liberty Reserve. Existe uma grande quantidade de empresas e golpistas fly-by-night neste mercado com sombra. Por causa disso, os mercados de pares estão crescendo. A figura abaixo é um dinheiro ilegal adquirido por meio de fraude clic, cardação etc. Trocador - Verificado trocador ou colegas vai mudar \$ ou qualquer e- moeda em moeda LR conta LR sacar O dinheiro é lavado através de VCC, cartões ou trocador de pré-pago (LR a Western Union) exemplo de um mercado pares (serviço de e- moeda leilão, membro a membro), um mercado para quem quer trocar moedas.

Figura 5 – Lavagem de Dinheiro eletrônico

How did it work?



Fonte: *Laundering Money Online: a review of cybercriminals' methods*

3.4 LEGISLAÇÃO E REGULAÇÃO DO CRIME DE LAVAGEM NA INTERNET NO BRASIL.

A legislação brasileira, em especial a Lei nº 9.613/98, não abordou em seu texto, mesmo após as alterações, a modalidade de lavagem de dinheiro por meio da internet, principalmente as que abordaram comércio eletrônico, transações bancárias on-line e mutações de dinheiro virtual em dinheiro “vivo” e limpo. Merecem destaque as operações financeiras e o comércio eletrônico efetuados via Internet, entre os ramos da economia considerados vulneráveis à prática da reciclagem de dinheiro.

Porém, não podemos criticar tanto assim o legislador, já que para elaboração de uma legislação que aborde todos os pontos necessários do mundo virtual, no mínimo deverá ter como membros profissionais especializados para auxiliar a nova legislação, para que se possa ter uma maior segurança e combate ao crime eletrônico, já que infelizmente a legislação brasileira não acompanha os avanços de sua sociedade.

Assim, deveríamos ter para cada caso uma norma específica, para mantermos a segurança jurídica e a correta aplicação das normas aos casos concretos.

A Lei nº 12.965 de 2014, também conhecida como Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Apesar de ter sido um grande avanço para legislação cibernética, não há

previsão de controle das operações de lavagem de dinheiro, o que o torna ineficaz para o combate desse tipo de crime.

4 PERSPECTIVAS E DIFICULDADES DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA FRENTE AO MEIO ELETRÔNICO

O meio eletrônico como já abordado, principalmente no Brasil, ainda carece de sistemas de combates efetivos, bem como de uma legislação específica que trate do crime de lavagem de dinheiro.

As dificuldades são extremas para lidar com crimes digitais, já que só nos últimos 5 (cinco) anos é que se atentou efetivamente para esses tipos de delito no Brasil. Isso é refletido por meio da criação de delegacias especializadas, o surgimento do Marco civil, a abertura de cursos de extensão para a capacitação de profissionais na área etc. Tais iniciativas ainda são tímidas e recentes em comparação com outros países veteranos, como por exemplo, Portugal e EUA.

No entanto, é possível que essa situação possa ser revertida no Brasil, surgindo novas perspectivas de controle, educação digital efetiva e gratuita.

Entre as principais dificuldades podemos citar a falta de legislação específica para o crime de lavagem de dinheiro na internet, vulnerabilidade dos sistemas de segurança cibernético no Brasil, a falta de proteção de dados e de privacidade na rede, falha na integridade das redes de comunicação, criminalidade utilizando “armamento” sofisticado na Internet, falta de colaboração e interesse de órgãos públicos para o seu combate efetivo, uma vez que ao falarmos do emprego de tecnologia no Brasil, a mesma ainda é tratada como um recurso caro sob o enfoque financeiro, devendo ser acrescido a isso a ausência de educação digital e expansão do conhecimento cibernético.

Com relação às perspectivas vislumbradas, mostrar-se-ia necessário iniciar um movimento de valorização das questões cibernéticas que afetam os sistemas econômico e financeiro brasileiros; ampliar a educação digital aos legisladores - para que possam ter condições de elaborar leis específicas, com todas as minúcias necessárias para a prevenção do delito e combater a impunidade e a criação de centros de educação cibernética - com polos de controle nacional - também podem ser uma boa opção de controle da lavagem de dinheiro digital.

5 CONCLUSÃO

O trabalho mostrou que com o advento da internet ocorreu o crescimento de novas modalidades criminosas, como por exemplo, a lavagem de dinheiro,

que hoje movimentam US\$ 500 (quinhentos) bilhões de dólares por ano, referente a 2% (dois por cento) do PIB mundial, e 5% (cinco por cento) do PIB de cada país, o que tem gerado uma preocupação da comunidade internacional, tendo em vista os vários tratados e convenções que já versam sobre o tema.

Depois de contextualizar historicamente esse crime, mostramos que a lavagem de dinheiro sempre foi feita desde os primórdios, principalmente nos países como EUA e Itália. Assim, fizemos uma análise da atuação da lavagem de dinheiro no meio digital, que é viabilizada por meio do transporte rápido de informações via internet, conversão veloz de valores em moedas digitais e pela facilidade encontrada pelos “hackers” de quebrar sistemas bancários altamente protegidos.

Ao analisar esta parte, percebemos que o Brasil ainda carece de legislação e de medidas de combate à lavagem de dinheiro digital, já que atualmente a lei é omissa nessa questão, além de ainda inexistir outra legislação específica a respeito do tema.

Assim, ao olhar as dificuldades enfrentadas pelo Brasil e que foram exaustivamente apresentadas neste trabalho, percebemos que apesar de ainda serem muitas, e o caminho ser longo e devagar, podemos chegar a um padrão internacional de combate ao crime de lavagem de dinheiro.

No entanto, é necessário enfrentarmos diretamente o problema; educando a população; capacitando o legislativo com conhecimentos técnicos específicos e prevenindo os nossos sistemas dos ataques digitais criminosos, acabando, de uma vez por todas, com a vulnerabilidade dos sistemas brasileiros na internet.

Isso ocorre pelo simples fato destas instituições não terem uma proteção que as blinde desses ataques na grande rede mundial de computadores. Adicione-se a isso o fato de não existir, infelizmente, uma proteção legislativa que garanta essa segurança em caso de invasões criminosas aos sistemas do nosso país.

A legislação brasileira, em especial a Lei nº 9.613/98, não abordou em seu texto, apesar de todas as alterações sofridas, a modalidade de lavagem de dinheiro por meio da internet, principalmente no que tange comércio eletrônico, transações bancárias *on-line* e mutações de dinheiro virtual em dinheiro “vivo” e limpo, não acompanhando, portanto, a evolução do delito na era globalizada.

A crítica deve ser feita, porém devemos observar alguns pontos cruciais, já que a elaboração de uma legislação geral e específica que aborde todos os pontos necessários do mundo virtual necessitará do apoio de membros especializados.

Somente assim alguns pontos relacionados à segurança e combate ao crime na sua modalidade eletrônica poderão ser estrategicamente abordados. Isso porque a Lei

nº 12.965 de 2014 (Marco Civil da Internet) não controla as operações de lavagem de dinheiro, o que torna o referido diploma legal ineficaz no combate desse tipo de crime.

A dificuldade de lidar com crimes digitais é tão evidente no Brasil, que somente nos últimos 7 (sete) anos foi dada a necessária importância que esses mereciam. Isso ocorreu quando houve a criação das delegacias especializadas (que ainda são poucas) e com o surgimento do Marco civil.

Entre as principais dificuldades e perspectivas podemos citar respectivamente: a falta de legislação específica para o crime de lavagem de dinheiro na internet, a total vulnerabilidade dos sistemas de segurança cibernético no Brasil, a falta de proteção de dados e da privacidade na rede mundial de computadores. Com relação às perspectivas vislumbradas têm-se a esperança de que o Brasil comece a valorizar mais as questões cibernéticas ampliando, dessa maneira, a educação digital do seu povo e dos representantes da população que integram o seu Poder Legislativo.

6 REFERÊNCIAS

Atos dos Apóstolos, Cap. V, versículos 1-11.

ANSELMO, Márcio Adriano. Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 54.

ANSELMO, Márcio Adriano. Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional. São Paulo: Saraiva, 2013. Página 55.

DE CARLI, Carla Veríssimo. Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2008. Páginas 79- 84.

AMBOS, Kai. *Lavagem de dinheiro e direito penal*; tradução notas e comentários de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2007.

BALTAZAR JR., José Paulo et. al. (Org.). *Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1998. v. 01.

- CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- CERVINI, Raúl; OLIVEIRA, William Terra de; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de lavagem de capitais: comentários à Lei 9.613/98*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- COSTA JR., Paulo José da. *Crimes do colarinho branco: comentários à lei n. 7.492/86, com jurisprudência; aspectos de direito constitucional e financeiro e anotações à lei n. 9.613/98, que incrimina a “lavagem de dinheiro”*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à lavagem de dinheiro: teoria e prática*. Campinas: Millenium, 2008.
- DELMANTO, Roberto; DELMANTO Jr., Roberto; DELMANTO, Fabio Machado
- FAYET JÚNIOR, Ney. A criminalidade econômica e a política criminal: desafios da contemporaneidade. *Revista Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 9-
- CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro*. Barueri: Manole, 2004.
- PIMENTEL, Manuel Pedro. *Legislação penal especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972.
- PITOMBO, Sérgio Marco de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SILVA, Cesar Antonio da. *Lavagem de dinheiro: uma nova perspectiva penal*.
_____. *Lavagem de dinheiro*. 1. ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Lavagem de dinheiro*. Barueri: Manole, 2004.

VIVIANI, Ana Karina. Lavagem de dinheiro. Combate no Brasil e no mundo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n. 684, 20 maio 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/6740>> . Acesso em: 05 jan. 2015.

CASTRO, Bruno Ribeiro de. O investimento estrangeiro direto no Brasil e o risco de lavagem de dinheiro. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/artigos/Blog/investimento_estrangeiro.pdf> . Acesso em: 24jan. 2015

ARAS, Vladimir. Sistema nacional de combate à lavagem de dinheiro e de recuperação de ativos. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1411, 13 maio 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9862>> . Acesso em: 30 jan. 2015.

<http://www.conteudojuridico.com.br/apostila-e-resumo,crimes-de-lavagem-de-dinheiro-lei-n-9613-doutrina-jurisprudencia-e-exercicios-atualizada-com-a-lei-n126832,37655.html>. Acesso em: 10.03.2014.

TEMAS EMERGENTES

A MEDIAÇÃO SOB OS PERCALÇOS DA CELERIDADE: ENTRE A EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA E O MODELO “EXPRESS” DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

Adriana Goulart de Sena Orsini²⁰⁰, Lucas Jerônimo Ribeiro da Silva²⁰¹ e Mona Lisa Marangoni²⁰²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Nos últimos anos, o Brasil tem perpassado por um momento histórico no qual as formas consensuais de solução de conflitos foram regulamentadas por importantes instrumentos normativos e, assim sendo, estão sendo muito divulgadas. Denota-se um caminho voltado ao aperfeiçoamento e ampliação das metodologias para se solucionar conflitos a partir de experiências internacionais já consolidadas em países como Estados Unidos, Inglaterra, Espanha, Argentina, dentre outros.

O presente trabalho se debruça, especificamente, acerca do instituto da mediação e as questões que envolvem o referido instituto, especialmente pelo fato de se ter escolhido, no Brasil, o caminho fortemente pavimentado para a mediação judicial, como será discutido a seguir. Nesse sentido, destacam-se a Resolução 125, de 2010, do Conselho Nacional de Justiça, a Lei nº 13.140, de 2015 – a chamada Lei da Mediação - e também o novo Código de Processo Civil Brasileiro, de 2015.

De fato, o recente percurso de implantação da mediação no país é avultante e, a partir dos marcos legais mencionados, impacta diferentes setores. Compreende a capacitação de mediadores, a implantação de núcleos e centros de mediação em escritórios de advocacia, tribunais, instituições públicas e univer-

200. Professora Doutora associada da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Membro Permanente do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e coordenadora do Programa de Acesso à Justiça e Formas de Solução de Conflitos - RECAJ UFMG.

201. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, pesquisador bolsista do CNPq e pesquisador associado ao Programa de Acesso à Justiça e Formas de Solução de Conflitos - RECAJ UFMG.

202. Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e integrante do Programa de Acesso à Justiça e Formas de Solução de Conflitos - RECAJ UFMG.

sidades, a inclusão de disciplinas de mediação e formas de solução de conflitos nas Faculdades de Direito - e outros cursos - e, inclusive, a implantação do sistema de mediação digital, recente projeto orientado, divulgado e sugerido aos Tribunais pelo Conselho Nacional de Justiça.

Nota-se um movimento jurídico a favor de um acesso à justiça considerado ampliado, próximo ao cidadão e dialógico, propiciando maior coesão entre a Justiça a que se tem acesso e os interesses e necessidades dos sujeitos sociais.

Não obstante, se por um lado a mediação aporta uma possibilidade intrínseca de transformação dos modelos de prevenção, gestão e solução de conflitos, por outro lado pode representar a falência de um novo sistema de justiça por alguns fatores que serão expostos no presente trabalho. Objetiva-se suscitar algumas reflexões e aspectos críticos acerca da implantação da mediação e os riscos desse importante instituto se tornar uma via frágil de solução de conflitos, usurpada por um utilitarismo destrutivo e dominada pelos interesses pragmáticos como celeridade e economia processual.

Nesse sentido, serão abordados alguns aspectos a respeito do tema, buscando-se questionar o papel que pode desempenhar, o descaminho dos passos rumo a um modelo de “mediação express”, a formação de mediadores e profissionais aptos ao trabalho com a resolução de conflitos e a importância do campo científico da mediação enquanto metodologia diferenciada da arbitragem, da negociação e da conciliação.

2. MEDIAÇÃO DE CONFLITOS NO CAMPO DA EFETIVIDADE DO ACESSO À JUSTIÇA

A mediação assume expressivo lócus de efetivação do acesso à justiça em uma conjuntura histórico-social de receptividade de novas metodologias e alternativas que pudessem atender às demandas sociais frente ao processo judicial clássico. Conjuntura essa que Mauro Cappelletti e Bryant Garth apresentam como um movimento de “novo enfoque do acesso à justiça” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

Esse episódio gradual versa sobre um passo a mais além do enfrentamento de barreiras atreladas às custas processuais e ao tratamento de demandas coletivas. A acepção do novo enfoque volta-se para a garantia de uma Justiça pluralizada, que reconheça a complexidade dos problemas em sociedade. Reverbera-se, assim, a proliferação das conhecidas “*Appropriate Dispute Resolution*”²⁰³ (ADR) e o conceito estadunidense de “*Multi – Door Courthouse*”²⁰⁴, abarcando a mediação e outras formas de solução de conflitos dentro das Cortes Jurisdicionais.

203. Resolução Adequada de Conflitos - Tradução nossa

204. Tribunal Multiportas - Tradução nossa

Soma-se a esse percurso as conquistas na esfera dos direitos humanos e o surgimento de vários modelos de mediação, com distintas compreensões, objetivos, características, princípios, técnicas e funcionalidades quanto à busca pela abordagem consentânea dos conflitos intersubjetivos, institucionais, comunitários e internacionais. De certo, a mediação responde às vicissitudes contextuais onde esses modelos são requisitados e conforme às diferentes culturas, como demonstram autores consagrados, como Luis Alberto Warat, Jean François-Six, Christopher Moore, Sara Coob, Joseph Folger, dentre vários.

Para o desenvolvimento do presente trabalho a mediação será compreendida

(...) como possível instrumento de regulação social, capaz de preparar os sujeitos para uma atuação mais participativa, responsabilizando-os pela solução de seus próprios conflitos e promovendo o conhecimento para a concretização de direitos. A ampliação da participação social, o empoderamento e a responsabilização dos indivíduos por via da mediação possuem o escopo de auxiliar na promoção do exercício da cidadania, e, por conseguinte, no fortalecimento da democracia. (ORSINI; SILVA, 2016, p. 7)

Nesse entendimento, a mediação compartilha a responsabilidade da solução do conflito, até então monopolizada pelo Estado, com os indivíduos, permitindo-os enxergar e vivenciar os conflitos como elementos comuns e necessários à convivência humana, na medida em que possibilitam novas coesões comunitárias, o processo de formação da identidade individual e coletiva e o aprendizado constante de enfrentamento das novas dificuldades que surgem constantemente. (DEUTSCH, 1973).

Há, assim, uma preocupação quanto ao papel social dos cidadãos e à necessidade de uma pedagogia da autonomia humana (FREIRE, 1996) no âmago dos processos de resolução. A estrita observância do protagonismo da pessoa permite a constante transformação dos modelos mediativos adotados - até um momento em que se falar em “modelo” torne-se obsoleto - e precisa ser fomentada, em especial, externamente ao Poder Judiciário.

3. OS RUMOS DA MEDIAÇÃO: ACESSO À JUSTIÇA AO CIDADÃO OU UM MODELO “EXPRESS” DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS?

O processo de inserção da mediação no Brasil tem sido demarcado por justificativas comumente centradas em interesses político-institucionais. Dentre os objetivos amplamente divulgados a serem alcançados com o instituto encontram-se, notadamente: o descongestionamento dos tribunais, celeridade nos processos judiciais, redução do número de litígios, economia processual e melhoria da gestão interna da Administração da Justiça.

No relatório do Projeto de Lei nº 7.169B, de 2014, que originou a Lei de Mediação – Lei nº 13.140/2015, o voto do relator é exemplificativo:

A mediação como técnica de resolução de conflitos tem encontrado terreno fértil por todo o mundo, pois oferece àqueles que dela se utilizam vantagens em termos de economicidade e rapidez na solução de conflitos. Portanto, a proposição em análise é, sem dúvida, de grande interesse da nossa sociedade, colaborando sensivelmente para a celeridade processual e desafogamento do Poder Judiciário. (BRASIL, 2014)

No mesmo relatório, é possível verificar nas apresentações de emendas e alterações à proposta legislativa original o mesmo viés argumentativo, sob exemplificação dos excertos abaixo:

O aumento de demandas judiciais é notório. Esse volume, além de prejudicar a gestão dos processos pelo Poder Judiciário, acarreta um custo excessivo para a Administração Pública e dificulta que Justiça seja rapidamente aplicada ao caso concreto. Nesse contexto, a mediação é uma alternativa viável e fundamental para auxiliar na solução do problema. Por meio do referido mecanismo de solução de controvérsias, reclamações com características similares (conhecidas como massificadas) poderiam ser facilmente resolvidas com um baixo custo financeiro. (BRASIL, 2014)

Trata-se de uma nova cultura de solução de conflitos que se deseja implantar na Administração Pública Brasileira, e para que o novo instituto seja eficaz e efetivamente dê mais celeridade à solução das controvérsias, é importante que busquemos eliminar da futura lei qualquer dispositivo que possa causar insegurança jurídica. (BRASIL, 2014)

A partir dessas fragmentações, além das diversas notícias e reportagens veiculadas com teor semelhante²⁰⁵, emergem-se importantes questionamentos: a) qual seria a relação entre a celeridade e a realização de bons acordos em base aos reais interesses dos cidadãos? ou, antes disso, b) como a celeridade e a economia processual corroboram para o restabelecimento dos vínculos sociais em conflitos de relação continuada²⁰⁶?; c) a mediação como “grande promessa” de dissolução da litigância está realmente pensada para oferecer efetividade de acesso à justiça aos cidadãos?

Sob efeito, os discursos utilitaristas revestem a mediação de um caráter instrumental e subserviente aos tribunais. O instituto jurídico é regulamentado enquanto atenda a perspectiva de desobstrução da máquina pública frente aos mais de 100 milhões de processos em andamento e com taxa de congestionamento acima dos 70% na Justiça de primeiro grau (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2015). Trata-se da primazia da quantidade sobre a qualidade de justiça.

Por certo, os caminhos a serem trilhados pela mediação estão sob os mesmos rumos da advocacia. Cada vez mais os estudos da predominância da globalização para a atuação dos advogados são sensíveis, denotando-se a influência e as adaptações geradas a partir de demandas do mercado.

Como consequência, tem se sobressaído notícias que retratam as sequelas da produtividade na esfera do direito. Duas reportagens são expressivas, nesse sentido: a primeira retrata a formação de escritórios apelidados de “salsicharias do direito”, devido as extensas metas profissionais dos advogados que lidam com “contencioso de massa”, abarcando dezenas de milhares de processos, principalmente trabalhistas e de direito do consumidor (A SALSICHARIA, 2016). A segunda apresenta a “comoditização jurídica” (COMMODITIES JURÍDICA, 2016) como um novo feito, propiciada pela oferta de alto volume de serviços de advocacia por empresas instaladas em supermercados canadenses e estadunidenses, onde a expansão massiva desses serviços já é considerada irreversível (COCHILO DA CLASSE, 2016).

Nesse enredo vertiginoso, o sociólogo estadunidense George Ritzer, na década de 1990, em seu livro “A Mcdonaldização da Sociedade”²⁰⁷ apresentou o

205. São exemplos: A CELERIDADE no novo CPC. Estadão Política. São Paulo, 30 de Agosto de 2016. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-celeridade-no-novo-cpc/> Acesso em: 10 Set. 2016. LEI DA MEDIAÇÃO trará celeridade processual na solução de conflitos. Poder Judiciário Tribunal de Justiça da Paraíba. Paraíba, 30 de Junho de 2015. Disponível em: <http://www.tjpb.jus.br/lei-da-mediacao-trara-celeridade-processualna-solucao-de-conflitos/> Acesso em: 10 Set. 2016. NOVO CPC influenciará de forma relevante a rotina de pessoas e empresas. Revista Consultor Jurídico, 16 de Abril de 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-16/cpc-influenciara-profundamente-rotina-pessoas-empresas> Acesso em: 10 Set. 2016.

206. Conflitos de relação continuada se referem aos conflitos advindos da convivência habitual entre os sujeitos envolvidos, de que são exemplos as relações familiares, escolares e de vizinhança.

207. Nome original do livro em inglês: The McDonaldization of Society .

que considerava ser um novo processo da racionalidade assumida pela sociedade contemporânea. Para o autor, estar-se-ia mergulhando cada vez mais em patamares de convivências superficializadas, sob os signos da eficiência, quantificação, previsibilidade e controle, impactando-se a maneira de ver o mundo, tal qual ocorre com a produção e consumo rápido propugnados por restaurantes “*fast food*”, símbolos dos novos costumes. (RITZER, 2008)

Utilizando-se da mesma terminologia proposta por Ritzer, o advogado espanhol Franco Conforti faz referência a Raul Calvo Soler e a Alfonso Fabregat e escreve o texto “A McDonaldisação da Mediação de Conflitos”, em alusão direta ao impacto desse fenômeno também nas metodologias de solução de conflitos. Nesse entendimento, o exercício da democracia participativa em um processo dirigido por mediadores serviria apenas para atender ao “menu” quantitativo dos conflitos sociais podendo-se resultar em um “Mc Acordo Feliz”, produto artificial, superficial e rápido, adequado ao modelo eficientista. (CONFORTI, 2016)

Em consonância com essas características observa-se que a mediação de conflitos é ao mesmo tempo uma oportunidade e um prenúncio de falência. A oportunidade consiste em estabelecer políticas que permitam aos cidadãos encontrarem junto à mediação respostas construídas a partir de sua vontade, protagonismo, voluntariedade e cooperação em busca da satisfação dos seus interesses e necessidades sob o amparo do Poder Judiciário - e até mesmo fora dele. A falência reside na subserviência da mediação à resolução de conflitos sociais de forma rápida, pragmática, instrumentalizada - ainda e como tem sido até então - sob os limites do processo judicial, de forma residual e incipiente.

Face a esse segundo aspecto, o caminho da falibilidade da mediação é apontado por algumas características, ações e concepções que a desvirtuam, sugam seu potencial transformativo, restringindo-a a uma mera fase, a uma técnica indiferenciada ou até mesmo a apenas um entrave ao decurso normal do processo tradicional. É nesse sentido que se entende que a mediação passaria a ser adjetivada pela palavra “express”, pois denota algo rápido, passageiro, na esfera do “quanto antes melhor”, “vamos acabar logo com isso”, “não há tempo a perder”, com algumas repercussões.

A “mediação express” está na esteira da fórmula pronta, um pacote a ser adotado por tribunais de justiça: alguns encontros entre as partes, em sessões quantificadas em um tempo delimitado e cujo resultado almejado é uma proposta de acordo. Inclusive, será com base na quantidade de acordos que, ao final, poder-se-á dizer do grande “êxito” da mediação para a redução paliativa dos processos judiciais. É a justiça em números, na busca pela eficiência.

A “mediação express” parece vir em caráter de urgência, como se todos os percalços de uma complexa justiça nacional fossem então resolvidos por um instituto que por muitos anos esteve presente em vilas, favelas e aglomerados, mas que, associada à celeridade e à economicidade, torna-se o grande ensejo de desobstrução da Justiça e passa então a ser aclamada pelos profissionais do Direito. Nota-se que, se ser mediador poderia simbolizar o fracasso de um profissional que não conseguiu se desvelar pelas trilhas do sucesso esmeradas pela advocacia, ao ganhar espaço no âmbito da Justiça já não é mais assim.

Em um modelo “express” de mediação é necessário capacitar rapidamente um número razoável de mediadores. Assim, presenciar algumas sessões de mediação e ter uma carga de estudo teórico dita como “adequada” ao modelo superficial é suficiente para impulsionar uma revolução no Poder Judiciário capaz de reduzir drasticamente o volume dos litígios.

Complementarmente, na concepção da “mediação express” considera-se que qualquer pessoa pode ser mediador ou naturalmente já o é. Mediar seria apenas uma conversa entre as pessoas, ter um pouco mais de paciência, ouvir mais e perguntar aos sujeitos envolvidos em conflitos - complexos e intrincados - uma frase simples com efeito (des)estimulante: “tem acordo”?

No modelo “express” a mediação seria como um “mini processo”, no âmbito do qual os advogados devem agir com destreza para “maximizar os ganhos” dos seus clientes de forma ágil, afinal, “ganhar” continua na base subliminar ao modelo processual que lhe baseia. Dessa forma, a apresentação e produção de provas durante a sessão constitui-se ato admitido, pois ajudaria a agilizar o “caso”.

A vantagem desse “mini processo” seria de que não conta com as burocracias do processo tradicional. Portanto, neste modelo mini, a voluntariedade e a consensualidade importam, tão-somente, para a chancela do mesmo ritual processual agora diminuído. O cliente, quem vivencia o conflito e razão pela qual são desenvolvidos todos os procedimentos, apenas comparece para a validação dos atos desse novo ritual insurgente.

Na “mediação express” dinheiro e tempo são elevados a patamares de “valores” que poderão ser perdidos, o que, ainda que de forma incipiente ou embrionária, chancela a visão neoliberal que justificaria a opção “express”. Neste fulcro, torna-se imperioso lembrar às partes que, caso não resolvam por si sós seus problemas, o processo seguirá para um juízo que poderá prejudicá-los ainda mais. Uma lembrança – por se dizer coercitiva – para que pensem melhor

na possibilidade do acordo e se “demonize” o processo clássico, em autêntica cultura adversarial, agora sob a face rito *versus* rito.

Também caracteriza o formato “express” de solução de conflitos a indiferenciação entre seus métodos. Não importa se é mediação, conciliação, arbitragem ou mesmo se não é nomeado ou se se apresenta com outro nome. O importante é resolver o quanto antes o problema e excluí-lo da chancela do direito. Nesse caso, os conflitos são retirados do controle estatal e do cumprimento dos direitos humanos e fundamentais no país, podendo culminar, a longo prazo, com sua inefetividade e segregação de grupos sociais de acesso aos direitos previstos em normas e princípios constitucionais.

Sob outra acepção, um modelo “express” também se elucida com a preocupação apenas em implantar um sistema, sem se ocupar, pormenorizadamente, com seu percurso, com o seu iter procedimental. Se existe um movimento internacional dito de modernização do Poder Judiciário baseado na utilização da mediação e conciliação em seus espaços, o Brasil não pode ficar atrasado.

Porém a eficácia desses modelos se assenta em todo o seu processo dentro e fora da Justiça e não apenas em sua implantação. O que pode muito bem significar, precariamente, um “projeto” que não se levou a cabo, não se checou e no qual os rumos e as consequências não foram corrigidos a partir de problemas e melhorias que poderiam ter sido implementadas.

É nesse sentido que Marcelo Pacheco Machado, em meio ao desalento da inserção abrupta de audiência de mediação e conciliação obrigatórias - pela vigência do artigo 334 do novo Código de Processo Civil - escreve um artigo ainda mais desalentador: “Como escapar da audiência de conciliação ou mediação do novo CPC”. Nas palavras do autor

O maior problema desta audiência não está no comparecimento das partes nem tampouco na necessidade de enfrentamento das técnicas de conciliação. Nada disso. Está na realidade, quando a lei encontra o Judiciário verdadeiro, o qual, em grandíssima parte, não está nem de perto preparado para realizar estas audiências. (MACHADO, 2016)

O modelo “express” representa as consequências perniciosas de um percurso de iniciação da mediação descuidado, despreparado e com os objetivos voltados apenas ao extermínio e à exclusão dos conflitos sociais quantitativamente consi-

derados. Nesse sentido faz-se importante pensar como os tribunais, escritórios de advocacias, universidades, fundações e demais instituições estão encarando um processo no qual a mediação responda à necessidade de uma sociedade melhor, cujos sujeitos se responsabilizem, sejam responsáveis pela promoção dos direitos humanos e respondam aos conflitos de forma solidária, não-violenta e sustentável.

A hipótese defendida no presente trabalho é que uma experiência de “mediação express”, sob a égide de acordos rápidos, eficientes e econômicos, desprovidos de uma mirada voltada à qualidade das relações humanas e sociais, desencadearia um retorno à centralidade do processo judicial em um movimento centrípeto deturpado e retroalimentado pela própria máquina pública, bem como de arriscado caminho a inefetividade dos direitos fundamentais em nosso País.

Não significa dizer que a regulamentação da mediação judicial e a proceduralização de sua metodologia não sejam importantes. Mas que respondam à necessidade de efetivação do acesso à justiça aos cidadãos e à busca por uma experiência de justiça digna e pedagógica, e não apenas assentem anseios pelo extermínio dos processos sob a redução dos números estatísticos.

3. OS DESAFIOS NO PERCURSO DA MEDIAÇÃO

A mediação judicial brasileira, ainda recente para aferição dos famigerados dados quantitativos e qualitativos dentro do sistema jurídico, caminha no sentido de se inspirar nos modelos de países anglo-saxões, como exemplo os Estados Unidos, e também latinos, como a Espanha, França e Argentina. Desta feita, é preciso também mirar para fora e aprender com os equívocos e os insucessos desses países, de modo que se possa evitá-los e encontrar alternativas para uma mediação consentânea à realidade da *práxis* brasileira.

Impende destacar alguns desafios afetos ao processo de estruturação da mediação, com base na repercussão dessa metodologia na prática internacional, a fim de contribuir para as medidas a serem tomadas em caráter de políticas públicas judiciárias e extrajudiciárias para a solução dos conflitos sociais.

A seguir serão destacados três pontos²⁰⁸ desafiadores para o percurso de introjeção, aperfeiçoamento e real aproveitamento da mediação enquanto uma possibilidade de acesso à ampla justiça cidadã e próxima ao contexto no qual se encontra: a) a formação dos mediadores; b) mediação como ampla abordagem

208. São pontos exemplificativos escolhidos pelos autores, na medida em que vários outros poderiam ter sido abordados.

de tratamento dos conflitos, sob aspecto de prevenção, gestão e solução e c) autonomia da mediação frente as outras formas de solução de conflitos.

O primeiro ponto ligado à formação dos mediadores refere-se a um aspecto fundamental da ascensão da mediação também como uma área autônoma de atuação profissional. Em âmbito internacional, o mediador vem cada vez mais se especializando e aprimorando o conhecimento adquirido em sua profissão de origem. É dizer que as carreiras do Direito, da Psicologia, das Ciências Sociais, da Pedagogia, dentre outras, não formam mediadores, mas aportam conhecimentos que, somados às especialidades requeridas a um mediador, propiciam diferentes atuações e perspectivas diante das situações apresentadas.

Para o mediador espanhol Alfonso Fabregat Rosas, a formação do mediador não pode ser medíocre e limitada às horas exigidas pelas legislações, as quais almejam formar melhores profissionais em um menor tempo possível. Além disso, a interdisciplinaridade é importante para uma atuação acurada, em face das diversas linhas de intervenção dos mediadores de conflitos na Espanha (ROSAS, 2016).

É nesse espectro que a elaboração de cursos para os profissionais da mediação tem se tornado ampla e rígida, uma vez que o trabalho com os conflitos pode representar ou uma possível solução ou seu sério agravamento. Como exemplo, destaca-se a formação de mediadores da Província de Buenos Aires, com carga horária total de 150 horas e obrigatoriedade de realização de um exame associado ao Ministério da Justiça, órgão responsável pelo credenciamento dos mediadores (FUNDACIÓN CIJUSO, 2014)²⁰⁹. Algumas características dessa formação são requisitadas: a) formação técnica, com abrangência das técnicas de mediação que permita ao mediador agir com adequação metodológica, tendo em vista que se trata de uma atuação diferenciada e não vinculada especificamente à profissão de origem; b) aprofundamento no estudo das teorias dos conflitos e suas implicações nos cenários de resolução; c) conhecimento das teorias da comunicação, possibilitando ao mediador um trabalho centrado no aperfeiçoamento da interação dialógica entre os envolvidos na mediação e d) maior quantidade de horas práticas, uma vez que as diversas vertentes de mediação apenas podem se realizar através da atividade contextualizada do mediador (FUNDACIÓN CIJUSO, 2014).

A mediação como ampla abordagem de prevenção, gestão e solução de conflitos (SOLER, 2010) refere-se ao desafio de transcende-la de técnica para uma nova forma de construção dos espaços sociais. A mediação não pode ser

209. Na Argentina a mediação pré-judicial obrigatória é exclusivamente conduzida por advogados mediadores.

tragada e limitada aos tribunais da justiça, deve ser também fomentada extrajudicialmente, para além do “gigantismo do judiciário” (MANCUSO, 2011) e em prol de uma cultura de prevalectimento do acesso à justiça via direitos (AVRITZER; MARONA, 2014), realizado em escolas, administração pública, hospitais, universidades, vizinhanças e outros espaços.

O mediador estadunidense Bernard Mayer, em todo seu livro “*Beyond Neutrality*” expõe a mediação como um campo em crise, justamente porque nos Estados Unidos alguns dados são alarmantes, dentre eles: a) a atuação dos mediadores está restrita aos “pequenos conflitos” e não logra alçar para o campo político, o campo das relações internacionais, os grandes conflitos internos, dentre outros; b) Há mais pessoas querendo mediar do que pessoas dispostas a serem mediadas, devido ao crescimento da sua popularidade entre os diversos profissionais; c) a cultura de como deve ser administrado um conflito em escala comunitária e social dentro das organizações e os conflitos interpessoais (pelo menos nos EUA), tem evoluído muito lentamente; d) A identidade e independência do campo da resolução de conflitos está sendo atacada e praticamente dominada por disciplinas profissionais, principalmente o Direito. (MAYER, 2004).

A respeito da autonomia da mediação junto às demais metodologias de solução de conflitos, apresenta-se como um desafio na medida em que se considera as diferentes atuações dos negociadores, facilitadores, conciliadores, árbitros e juizes. Cada um atua, e pode atuar, conforme a adequação das diferentes ferramentas teóricas e práticas que dispõem e sob a regulamentação legislativa que lhe corresponda.

Além disso, como apregoa o autor espanhol Raul Calvo Soler, é preciso considerar que cada conflito abarca um conjunto de especificidades que vão requerer diferentes formas de intervenção, podendo ser qualquer uma das citadas acima, e diversas outras, a depender de um mapeamento desses conflitos (SOLER, 2014).

Na recente história da mediação brasileira, os conflitos comunitários foram democraticamente acolhidos pela mediação, de modo que se permitiu encontrar nesses espaços um acesso à justiça que até então não se podia ter dentro do Poder Judiciário. São carências comuns e populares que formam um conjunto denominado por Boaventura de Sousa Santos de “demanda suprimida” (SANTOS, 2007). É dizer que a mediação comunitária não surgiu para atender interesses econômicos e responde, desde seus espaços plurais, aos conflitos tais quais são vivenciados e percebidos pelos cidadãos. Talvez esse espaço nunca seja encontrado nos tribunais de Justiça, à medida que o campo social não se equipara ao campo institucional.

Frente a isso, pode-se também avaliar os impactos dessa experiência em meio à realidade brasileira, como forma de identificação de possíveis estratégias de superação dessas dificuldades. A sério, limitar a mediação a conflitos residuais, dominada pelo âmbito jurídico e desacreditada como forma eficaz de resposta aos problemas sociais é tecer um futuro histórico do qual outros países reverberam com seus processos iniciados em décadas anteriores.

4. CONCLUSÕES

A mediação, em todos os âmbitos onde seja desenvolvida, espera-se possa corresponder a um caráter de efetivação de direitos humanos e sociais, propiciando intervenções nos níveis da prevenção, gestão e solução de conflitos, adstrita à implicação dos cidadãos, à responsabilização subjetiva, ao empoderamento de todos os envolvidos e ao compromisso, voluntário e consensual, frente aos seus procedimentos.

Nesse ínterim, critica-se o caráter submisso que se confere à mediação judicial como um meio de satisfação de interesses atrelados à celeridade e à economia processual, em um modelo “express” de extirpação quantitativa de conflitos. Como consequência, tem-se o rebaixamento de seu histórico de democratização do acesso à justiça a um utilitarismo político-institucional focado na centralidade do processo civil brasileiro, em prol de resoluções rápidas e acordos considerados mais eficientes, cujos efeitos perversos retroalimentam o sistema judicial.

O imbróglio do Poder Judiciário, certamente, não é o número de processos, mas as razões que lhe dão causa, as quais encontram-se em seio social, cultural, religioso, político e jurídico, ainda excludente. A mediação pode ser o espaço em que a complexidade das relações humanas, e as múltiplas especificidades que a abarcam, sejam integradas e geridas a partir do seu próprio sistema de interação, normas, costumes e possibilidades criativamente construídas.

Sob outra perspectiva, ao se considerar a mediação no Brasil como relativamente recente frente a outros países, entende-se como vantagem a possibilidade de aprendizado e aperfeiçoamento a partir das práticas mediativas internacionais, na medida em que os erros e acertos desse engendramento podem ser diagnosticados, evitados e repensados em contexto interno. São várias as experiências com as quais é possível dialogar e realizar um espaço adequado para se viabilizar o acesso à justiça pela via dos direitos.

Por encerramento, a inserção das formas consensuais de solução de conflitos no cenário judicial perpassa pela formação dos profissionais da área jurídica, de forma inter e transdisciplinar, desde a faculdade até o exercício de suas carreiras,

e de forma contínua e permanente. Prioriza-se, assim, a máxima afirmação de preceitos que promovam a sustentabilidade e a efetividade da Justiça em prol dos direitos humanos, dos direitos constitucionais e dos direitos sociais.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

A SALSICHARIA do direito no JBM. *Revista Exame*. São Paulo, 25 Abr. 2011. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/990/noticias/a-salsicharia-do-direito> Acesso em 16 Set. 2016.

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. *Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios*. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 125, de 2010. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_125_29112010_11032016150808.pdf Acesso em: 10 Set. 2016.

BRASIL. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, 17 Mar 2015.

BRASIL. Lei 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 e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 29 Jun 2015.

BRASIL. *Relatório do Projeto de lei n.º 7.169-B, de 2014*. Dispõe sobre a mediação entre particulares como o meio alternativo de solução de controvérsias e sobre a composição de conflitos no âmbito da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=B59636CB1ED9423E47383BDF7DABBE3A.proposicoesWeb1?codteor=1323120&filename=Avulso+-PL+7169/2014 Acesso em: 20 Set. 2016.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COCHILLO DA CLASSE. Comoditização da advocacia já é realidade irreversível nos EUA. *Revista Consultor Jurídico*. 01 Nov. 2014. Disponível em: <http://>

www.conjur.com.br/2014-nov-01/comoditizacao-advocacia-realidade-irreversivel-eua Acesso em: 17 Set. 2016.

COMMODITIES JURÍDICAS. Walmart do Canadá oferece serviços jurídicos a baixo custo. Revista Consultor Jurídico. 12 Mai. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mai-12/lojas-walmart-canada-oferecem-servicos-juridicos-baixo-custo> Acesso em: 17 Set. 2016.

CONFORTI, Franco (2013, 11 de Novembro). La ‘mcdonalización’ de la mediación de conflictos. *Diário Jurídico*. Disponível em: <http://www.diariojuridico.com/la-mcdonalizacion-de-la-mediacion-de-conflictos/> Acesso em: 19 Set. 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Relatório Justiça em Números 2015. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/pj-justica-em-numeros> Acesso em 15 Set. 2016.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa*. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra. 1996.

FUNDACIÓN CIJUSO. *Curso básico de formación de mediadores*. Disponível em: <http://www.cijuso.org.ar/resoluciondeconflictos/curso.php?c=1> Acesso em 18 Set. 2016.

MACHADO, Marcelo Pacheco (2016, 11 de Abril). Como escapar da audiência de conciliação ou mediação do novo CPC. *Jota*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/como-escapar-da-audiencia-de-conciliacao-ou-mediacao-novo-cpc> Acesso em 16 Set. 2016.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

MAYER, Bernard. *Beyond Neutrality: Confronting the Crisis in Conflict Resolution*. San Francisco: Jossey-Bass, 2004

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; SILVA, Nathane Fernandes da. *Mediação para a democracia: cidadania, participação e empoderamento no âmbito da re-*

solução de conflitos. Disponível em < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3006a068501fbf78> > . Acesso em 2 Set. 2016.

RITZER, George. *The McDonalldization of society* 5. Pine Forge Press, 2008.

ROSAS, Alfonso Falbregat. *Día de la mediación: los retos tras el reglamento*. Disponível em: https://www.academia.edu/10927492/Retos_del_día_de_la_mediación Acesso em 17 Set. 2016

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Editora Cortez. 2007.

SOLER, Raul Calvo. *Mapeo de Conflictos: Técnica para la exploración de los conflictos*. Barcelona: Gedisa, 2015.

SOLER, Raul Calvo. *VII Jornada de prevenció i mediació comunitària: Escenaris Del diàleg*. Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. 2010.

LEI 15.556/14 DE SÃO PAULO, QUE PROÍBE O USO DE MÁSCARAS EM MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS: RETÓRICA GARANTIA DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ANONIMATO.

Bruno Almeida de Oliveira²¹⁰

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho é o resultado de pesquisa que aborda a temática da proibição do uso de máscaras em manifestações públicas reivindicatórias, a partir de duas perspectivas, de tantas outras decerto plausíveis: direito constitucional e criminologia crítica.

De partida (item 2), houve recurso a um mote, a prisão de duzentos e trinta e dois manifestantes no emblemático mês de junho de 2013, em São Paulo, dentre os quais apenas quatro sofreram repercussões jurídicas.

Após, foi traçado um panorama sobre diversas iniciativas legislativas que se seguiram às manifestações públicas em questão, tendentes à mobilização do sistema de justiça criminal, por diversas formas, para a criminalização de um novo inimigo, o mascarado, sob o declarado pretexto de assegurar a liberdade de expressão de todos (item 3).

Entre elas, a lei 15.556/14, do estado de São Paulo (item 4), à semelhança de outras congêneres, editada para ‘regulamentar’ a manifestação do pensamento. No entanto, proibiram o uso de máscaras durante protestos, ante o preceito constitucional que veda o anonimato (item 4.1).

Tecidas considerações sobre democracia participativa (item 5) e feitas críticas sobre a justificativa apresentada na lei 15.556/14 (item 6), houve ensejo para enveredar para a solução do problema da pesquisa (item 7), confirmada a hipótese desta pesquisa: o direito fundamental de liberdade de expressão tutela o uso de máscaras em manifestações públicas reivindicatórias.

210. Pós-graduado em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em parceria com o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais - caballist00@gmail.com

Por oportuno, vale ressaltar ter sido considerada a criminologia crítica, saber fronteiro às sociologias jurídica e criminal, sob pressupostos específicos, destinado, sobretudo, à contenção do poder punitivo estatal (BARATTA, 1991), servido como um referencial teórico, horizonte compreensivo acerca da problemática em questão nos temas a ela pertinentes, como crime e processos de criminalização (v.g. CASTRO, 1983, p. 62 e ss).

Assim se justifica a inexistência de referências expressas a ela ao longo do texto, mas enunciadas, desde já, por honestidade intelectual.

O tema é de sumo interesse, acadêmico ou não, eis que relacionado a assuntos da pauta diária da sociedade brasileira, como observância de direitos fundamentais pelo estado, cidadania e democracia.

2. CONTEXTO: MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS DE JUNHO DE 2013

Em juízo mínimo de deliberação, este estudo partirá “sem pudores, imediatamente, de um problema concreto, narrando como o fenômeno se manifesta” (CARVALHO, 2013, p. 52), com vistas à elucidação da questão de fundo, o problema da pesquisa, vale rememorar: *o direito fundamental de liberdade de expressão tutela o uso de máscaras em manifestações públicas reivindicatórias?*

Não se trata de análise casuística, tampouco tópico-problemática (VIEHWEG, 1979). Conquanto manifesto pela linguagem, “terreno pantanoso” (ROSA, 2004, p. 03), consubstancia o propósito de permitir uma aproximação ampla ao debate, com aporte a nuances que talvez apenas na contingência da vida, do calor dos fatos, na “law in action”, é viável ressaltá-las.

Dentre diversos meios de comunicação, noticiou o Jornal do Brasil, na versão eletrônica, sobre manifestações públicas acontecidas em São Paulo, no dia 13 de junho de 2013²¹¹:

“Pelo menos 230 pessoas foram presas durante o protesto realizado na noite de quinta-feira, em São Paulo, contra o aumento da tarifa de transporte público na cidade - que foi marcado por violência da Polícia Militar contra manifestantes, repórteres e pedestres.

Segundo a PM, o número total de detidos chegou a 232 - 198 que foram levados ao 78º Distrito Policial e 34 ao 1º DP. Pelo menos quatro pessoas continuavam presas na manhã desta sexta-feira, se-

211. Edição de 14 de junho de 2014. Fonte: <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2013/06/14/protestos-em-sp-tem-mais-de-200-presos-e-100-feridos/> Acesso em 2 dez. 2015.

gundo a GloboNews, porque são acusadas de dano ao patrimônio público e formação de quadrilha - o último é crime inafiançável.

A corporação afirmou que 12 policiais ficaram feridos durante os confrontos, mas nenhum com gravidade. Segundo o Movimento Passe Livre, 100 pessoas estariam feridas. Ainda não há confirmação do número oficial de manifestantes feridos no protesto.

Além da Tropa de Choque da PM, a Ronda Ostensiva com Apoio de Bicicleta (Rocam), a Força Tática e a cavalaria participaram da operação que tentou conter os manifestos, totalizando aproximadamente 400 homens.

De acordo com os policiais civis no local, muitos jovens foram levados para a delegacia por terem vinagre dentro das mochilas. Os agentes não souberam, no entanto, explicar por que o porte da substância foi considerado motivo para averiguação. Os manifestantes dizem que levam vinagre para se proteger do gás lacrimogêneo”.

(...)

Do que de imediato interessa, cumpre salientar a condução de duzentas e trinta e duas pessoas a delegacias da Polícia Civil em São Paulo em dia e circunstâncias referidas, por justificações distintas, típicas, em tese (dano e quadrilha), e não típica (porte de vinagre).

Ao que se depreende, à exceção de quatro indivíduos, não houve repercussões jurídico-penais em relação aos demais, salvante a difusa ‘condução para averiguação’. Não de um, cinco ou dez manifestantes, mas de duzentos e trinta e dois, agir, por si só, preliminarmente em descompasso com o art. 5º, LXI da Constituição Federal.

O fato ocorrera em contexto político-social inédito na história recente do país: sucessivos e reiterados protestos na forma de manifestações públicas pelas ruas, em várias cidades, para a reivindicação de demandas sociais sobranceiramente relacionadas a históricos déficits de políticas públicas e de serviços públicos. Jungidas, evidentemente, no denominador comum liberdade de expressão.

Nesse panorama, despontaram dois grandes conjuntos discursivos. De um lado, denúncias insistentemente noticiadas e filmadas pela imprensa relativas a episódios de truculência, violência e violação de direitos humanos pelas polícias militares, para a repressão dos manifestantes no transcorrer dos protestos, na forma de revistas pessoais descabidas, agressões físicas e morais, além de uso indiscriminado de bombas, gás lacrimogênio e balas de borracha.

Uma “estratégia do medo” (ANISTIA INTERNACIONAL, 2014), fundamentada no discurso oficial da pertinência de repressão de atos de alguns, mas a acarretar, por via transversa, o esfacelamento daquela fina flor democrática de todos.

Daí, o declarado dever estatal de preservar o direito das pessoas manifestarem-se de forma pacífica e, por conseguinte, coibir atos de violência e vandalismo de alguns manifestantes, logo associado à figura do mascarado, o “black bloc”.

Um inimigo a ser combatido (LIMA, 2014, p. 31/32), na ampla percepção de policiais civis e militares, conforme pesquisa empírica de abrangência nacional realizada com cinco mil, trezentos e quatro desses agentes públicos (FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS, 2014).

Nada muito além de conhecida lógica histórico-institucional brasileira de doutrina da Segurança Nacional, alicerçada em supostos valores de obediência, disciplina e fidelidade negativa à realidade de classes sociais, a concepção da sociedade como algo estático, imutável e perfeito, o conflito, sintomático de uma patologia a ser tratada, e o dissenso político ou a reivindicação, um ato de delinquência (BRITO, 2014, p. 03).

Doutrina que neste país, não há muito, igualmente propunha a contenção de um ‘inimigo interno’ com fincas em legislação, políticas repressivas e práticas para a preservação de uma (pres)suposta segurança do estado (ARNS, 1985, p. 04).

3. CRIMINALIZAÇÃO DE UM NOVO INIMIGO, O MASCARADO

Depois de junho de 2013, houve criação de ‘Forças-Tarefa’ entre Secretarias de Segurança Pública estaduais e Ministérios Públicos²¹², assim como a instauração de inquéritos policiais à DOI-CODI, para a identificação, fichamento e monitoração, inclusive em redes sociais, de indivíduos suspeitos de serem mascarados, ‘Black Blocs’²¹³.

Prisões ocorreram durante protestos, fundadas em acusações diversas, como formação de quadrilha, dano e crimes da lei federal 7.170/83, a “Lei de Segurança Nacional” (IBCCRIM, 2014).

Em nível federal, propostas de lei vieram a lume, destinadas à criação de ilícitos penais na forma de crimes²¹⁴ e contravenções²¹⁵, majorantes relativas a

212. V.g no Rio de Janeiro - <http://www.mprj.mp.br/home/-/detalhe-noticia/visualizar/49429694> - e em São Paulo <http://www.ssp.sp.gov.br/noticia/lenoticia.aspx?id=32556#0p>. Acesso em 04 dez. 2015.

213. Caso emblemático é o Inquérito 01/2013 do Departamento Estadual de Investigações Criminais de São Paulo – DEIC/SP, o “Inquérito Black Blok”. Apenas algumas Informações disponíveis em <http://apublica.org/2014/02/inquerito-black-bloc-2/>, porque o expediente tramita em segredo de justiça. Acesso em 02 dez. 2015.

214. PL’s 7188/14 e 508/13 e Substitutivo deste. Acessos nos sites da Câmara dos Deputados e do Senado entre 01 e 10.05.15.

215. PL’s 6.461/13, 6.614/13, 6.198/13 e 404/13.

figuras penais existentes – qualificadora²¹⁶, causa de aumento²¹⁷ e agravante²¹⁸ – e crimes e majorantes numa única proposta²¹⁹.

Além, propostas de lei voltadas à tipificação da conduta de não atendimento de ordem policial para supressão de cobertura no rosto impediendo de identificação pessoal ao crime de Desobediência²²⁰, assim como autorização para ‘agente de força pública’ dar curso a busca pessoal, apreensão de objetos e formal identificação de pessoas mascaradas²²¹.

Nos mesmos contexto e esfera política, também sobrevieram projetos de lei tendentes à criminalização, *v.g.*, de condutas de “terrorismo”, “terrorismo contra coisa” e “grupo terrorista”²²², por evidente, não imune a críticas, especialmente em relação ao caráter lacunoso dos preceitos primários dos tipos (“provocar ou infundir terror mediante...”; “causar terror na população mediante...”) (IBCCRIM, 2014 e por ofensa ao princípio da legalidade (BARRETOS E OUTROS, 2015, p. 83).

O pano de fundo, a propagação da imorredoura ideia de que problemas estruturais, como violência urbana, podem ser debelados mediante a expansão do direito penal (AMARAL, 2007, p. 297).

Além do mais, constou do Projeto de Lei 236/12, o ‘Novo Código Penal’, ainda em tramitação, uma excludente de ilicitude condicional (“não constitui crime de terrorismo a conduta individual ou coletiva de pessoas movidas por propósitos sociais ou reivindicatórios, **desde que** os objetivos e meios sejam compatíveis e adequados à sua finalidade”) a sinalizar, talvez, de antemão, para quem se prestará, porventura aprovada a lei, a criminalização por atos de terrorismo e afins, senão o mascarado, insurgente perigoso. Mas não é só.

Em âmbito estadual, a resposta foi mais célere. Foram aprovadas leis, *v.g.*, no Rio de Janeiro²²³, em São Paulo²²⁴ e em Minas Gerais²²⁵ para a dita regulamentação dos direitos fundamentais de reunião e de livre manifestação de pensamento durante protestos. Proibiram o uso de máscaras nestes eventos com base noutra proibição, a do anonimato, consoante dispõe o art. 5º, IV da Lei Maior.

216. PL 6.307/13.

217. PL 6.347/13.

218. PL 683/15.

219. PL 451/13.

220. PL’s 6.532/13 e 6.198/13.

221. PL’s 7.157/14 e 5.964/13.

222. PL’s 499/13, 236/12 e 44/13.

223. Lei nº 6.528/2013.

224. Lei nº 15.556/ 2014.

225. Lei 21.324/14.

4. A PROIBIÇÃO DO USO DE MÁSCARAS NAS MANIFESTAÇÕES: A LEI 15.556/14

A destas paragens, a 15.556/14, curiosamente, não previu sanção, “lei im- perfeita” (MONTORO, 2008, p. 392), ou, com algum chiste, preceito ético, cujo adimplemento requer espontânea adesão do agente (REALE, 2000, p. 44).

Por outro lado, conferiu aos agentes da polícias civil e militar o dever de efetuarem as “devidas intervenções legais” (art. 5º), irmã caçula de “suspeita fundada” e de discricionariedade, **pari passu**, arbitrariedade (MELLO, 2013, p. 30). Em matéria de política criminal, historicamente associadas a subjetivações latentes de contenção de sujeitos perigosos (LOPES JÚNIOR, 2008, p. 568).

E, assim, nada obstante o vazio deontológico da proibição em questão, fica- ram autorizados os referidos agentes públicos a atos de ingerências concretas e agudas à esfera de liberdade individual de imponderável número de cidadãos ma- nifestantes, dada a profusa ameaça de sofrerem as “devidas intervenções legais” (**rectius**: “conduções para verificações”), como se dera no caso narrado acima.

Tudo, vale reiterar, sob o declarado fim de conter o mascarado. A essa altura, um sujeito mesmo perigoso, que cometeu ou cometerá crimes, razão por que merece ser neutralizado.

Um arranjo, enfim, em franco desalinho com a premissa de “relação de mú- tua referência” entre a indigitada disposição legal e a ordem axiológica jurídico- constitucional, para aferição do bem jurídico (DIAS, 2007, p. 120), pedra angu- lar do estado democrático de direito.

4.1 JUSTIFICATIVA: VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL AO ANONIMATO

No coração da justificativa do projeto que culminara na edição da lei 15.556/14, a necessidade de o estado de São Paulo cumprir a Constituição Fe- deral, que proíbe o anonimato: “(...) ressaltamos, por fim, que a presente pro- positura busca vedar o anonimato, que é um ato antijurídico e ofensivo à nossa Constituição, além de ser também ato preparatório para a prática de crimes”²²⁶.

No meio disso tudo parece não haver sobrado espaço para algum debate, na esfera pública, sobre o que parecia ser central, o teor das reivindicações feitas nas manifestações públicas pelo povo.

226. Fonte: <http://www.al.sp.gov.br/propositura/?id=1188705>. Acesso em 02 dez. 2015.

O mesmo se dera em relação à legalidade e à legitimidade de generalizada atuação de agentes policiais que, na busca de neutralização do inimigo, ‘black bloc’, acabavam com a dissolução do próprio evento, numa dissimulada assimilação da parte (manifestantes mascarados, irremediavelmente, um novo inimigo) pelo todo (a totalidade de manifestantes).

Uma subversão, por assim dizer, do discurso oficial da criminalização do inimigo para permitir aos não inimigos livremente manifestarem-se e reivindicarem nas ruas (IBCCRIM, 2013, p. 01).

O destaque desse panorama preliminar com apoio no caso acima tem a pretensão de suscitar os contornos de algo maior, ao que se denota, estrutural, um modo de proceder comum, obstinado e perene de o Estado brasileiro, em seus diversos níveis institucionais, administrar conflitos sociais. Sempre, a mobilização do sistema de justiça criminal.

Ainda mais em relação ao crime, não um fato natural, mas um fato político, consoante ressaltou TOBIAS BARRETO há mais de um século (BARRETO, 1926, p. 149), decerto numa perspectiva deslegitimante de irrestrito direito de punir (ZAFFARONI, 1992, p. 183).

Em suma, fatos que evidenciam o caráter paradigmático, e não episódico, do acontecido no contexto a que se fez referência. Daí a conveniência de referi-lo aqui sob a epígrafe de “232 bons motivos”.

Bons – supõe-se – por compreendê-lo mote para a definição de um recorte científico específico no tema proposto, na intersecção de dois saberes, nas grandes áreas do direito constitucional e da criminologia crítica, como acima salientado, que, por certo, ofertam conteúdos e racionalizações distintas, mas não excludentes.

Aptos a propiciarem balizas para uma reflexão sobre a matéria objeto do próximo tópico, liberdade de expressão, expressão da liberdade, em sua **sine qua non** aliança com a democracia.

5. Democracia PARTICIPATIVA. PARA QUEM?

Colhem-se do início da Constituição Federal elementos primordiais para o desenlace deste estudo. A forma federativa, republicana, um estado democrático de direito, fundado, entre outros, na cidadania, na dignidade da pessoa e no pluralismo político, e ao povo, a preeminência, a titularidade do poder (artigos 1º a 4º).

Como se sabe, um arranjo amplo, ambicioso, mas necessário ao alcance dos objetivos fundamentais: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantia do desenvolvimento social, erradicação da pobreza e da marginalização

para redução das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação.

Compreensivos d'um perene desafio de materialização destes, de efetividade; um “fit” entre vigência e eficácia, não de “promessas irrealizáveis” (BARROSO, 2001, p. 279), pragmática e historicamente contrapostas às “misérias das realizações” (BOBBIO, 2004, p. 80), mas do direito de todos.

Temática, por sua vez, de imediato alusiva à ideia de democracia. Dos nossos clássicos aos contemporâneos, firmada na ideia nuclear de governo pelo povo (SARTORI, 1994, p. 22 e ss.).

Consoante BOBBIO, constituem características mínimas da democracia, concebida que é sob o pressuposto do estado liberal, em conatural contraposição aos estados autoritários: regras que estabeleçam a tomada de decisões políticas por número elevado de pessoas, segundo critério de maioria, e que tenham elas garantias de deliberá-las com condições efetivas de escolha (BOBBIO, 1996, p. 18/20).

Intuitivamente, conformadoras do limiar da correlação entre regime democrático e direitos fundamentais, *v.g.* liberdades de opinião, expressão, reunião e associação.

Uma passagem de olhos na história da ciência política (BÔAS FILHO, 2015) permite afirmar ter sido a democracia moderna concebida na forma representativa, direta (DALLARI, 2009, p. 156), moldada pelas estruturas político-sociais da Revolução Industrial (ABRAMOVAY, 2015). E, no século XIX, veio a ser institucionalizada e sacramentada na atuação dos partidos políticos (FERREIRA FILHO, 2011, p. 119 e ss).

Desgastado o modelo representativo após as grandes guerras mundiais, porque não atendidos os objetivos declarados, foi substituído pelo modelo participativo, atualmente, em voga no Brasil (SILVA, 2002), assentado sobretudo na finalidade de exasperação dos mecanismos de participação.

Aspecto central desse modelo é a constante busca de aumento da participação ativa da sociedade civil em nichos político-institucionais outrora vocacionados apenas às casas parlamentares, em suas diversas esferas de poder. São exemplos plebiscito, ‘referendum’ e iniciativa popular, na elegante dicção do art. 14 da Constituição Federal, “formas de exercício da soberania popular”.

Uma clara compreensão da pertinência da introdução da vontade dos governados nas decisões e nos atos dos governantes (TELLES JUNIOR, 2003, p. 70), máxime com a reformulação de instrumentos democráticos, com o aumento da participação política para além da lógica representativa jungida apenas e tão só ao ato de votar (SANTOS, 1999, p. 270).

Ao revés, propõe-se um paradigma de “incremento da participação como condição do efetivo permear democrático pela sociedade” (BEÇAK, 2013), com a assunção da cidadania e da titularidade imediata pelos atores sociais individuais e coletivos na maior amplidão possível no campo das decisões estatais, inclusive para fins de controle (TOURAINÉ, 1996, p. 41/42); dando-lhes efetiva primazia da condução da **res publica**.

Nesse sentido, salienta ELIÁS DÍAZ para o fato de que a democracia pressupõe “participação real das massas”, mediante “efetiva incorporação dos homens, de todos os homens, nos mecanismos de controle das decisões”, bem como “real participação dos mesmos nas benesses daí decorrentes” (DÍAZ, 1998, p. 144).

Situações que, sem sombra de dúvidas, subentendem “debate institucional aberto e pelo espaço dado à palavra, em particular, à palavra dos grupos mais desfavorecidos” (BONAVIDES, 2003, p. 161). Quem sabe aí a “tolerância” referida por HABERMAS, que ressoa em debate maduro, nos planos horizontal (relações intersubjetivas, entre os cidadãos) e vertical (destes com o estado) (HABERMAS, 2007, p. 321 e ss.).

Sem ignorar, evidentemente, o pluralismo político “como a garantia de que movimentos sociais, identidades, grupos sociais tenham a possibilidade de enunciar seus discursos e que, como tais, sejam, ao menos, aceitos como legítimos de serem enunciados” (MENDONÇA, 2015, p. 66). Aliás, outro fundamento da república brasileira, consoante art. 1º, V da Lei Maior.

Assim, calha o nevrálgico realce à liberdade de expressão, bem compreendido como “direito-mãe” (MACHADO, 2002, p. 370) de outras liberdades concernentes à comunicação, como imprensa e livre manifestação do pensamento, enquanto exteriorização deste, sujeito a limites (VIEIRA, 2006, p. 164), desde que não apriorísticos (GONÇALVES, 2014, p. 398), porque intrínseca à dinâmica democrática (VINCENZI, 2014, p. 18).

6. NOVAMENTE, A QUESTÃO DO Anonimato

Isso observado, é chegado o momento de enfrentamento da justificativa central da lei estadual 15.556/14 (item 1), que vedou o uso de máscaras em manifestações em São Paulo sob a justificativa, não se deslembre, de vedação constitucional ao anonimato.

Como se viu, na raiz da vedação ao anonimato reside a ideia de responsabilidade, para exigir e ser exigido. A possibilidade apriorística de manifestações sem a revelação do emissor poderia ter o condão de, por hipótese, obliquar outros

valores constitucionais também contemplados na Lei Maior, como intimidade, vida privada e honra de outros indivíduos, e não do estado, ou de um legítimo interesse público, consoante já abordado.

Com efeito, no contexto das manifestações públicas, o discurso fundamentador da lei 15.556/14 é diverso. Isso porque justificado pelo pungente objetivo de disciplinar o exercício do direito de liberdade de expressão, quando a própria dicção constitucional “é livre...”, intuitivamente marca limite, não ingerência, abstenção.

Poderia ser dito, quem sabe, em contraposição, à semelhança de OWEN FISS, caber mesmo ao estado de São Paulo a regulamentação da manifestação do pensamento, porque a mera abstenção não é suficiente, por ser preciso tutelar, *v.g.* os não mascarados que se manifestam de forma pacífica.

Sendo assim, condutas positivas deveriam ser tomadas pela Administração para viabilizarem efetivo gozo de tão significativo direito; se caso, através até do silenciamento de discursos considerados nocivos. Eis a “ironia da liberdade de expressão”: precisar do estado para democraticamente repudiá-lo quando for caso (FISS, 2005, p. 33/60).

Ocorre que da forma como proposta a lei em tela, de caráter marcadamente penal, como acima sustentado, o legislador de São Paulo, de forma escamoteada, assimilou a inofensiva conduta “usar máscaras” a uma espécie de ato preparatório de virtual ‘iter criminis’. Dado de lamentável carência dogmática, aliás, por ser da nossa tradição jurídico-penal, em regra, a impunibilidade de tais.

Escancaradamente, assimilou a figura do mascarado à do inimigo, como é de nossa práxis, conforme antes também abordado. A vedação do uso de máscaras vai, como sói acontecer, justificada na lógica de vedar para garantir.

Mas o evento que desencadeou este estudo, os “232 bons motivos”, dão conta de uma realidade diversa. Em nome dos inimigos, são conduzidas du-zen-tas-e-trin-ta-e-du-as pessoas a delegacias da polícia civil. Uma restrição, malgrado ligeira, à liberdade de duas centenas de almas, tudo em prol da necessidade de contenção do inimigo.

Nesse panorama, os ideais de expansão dos instrumentos democráticos, de livres manifestação do pensamento, da expressão, de reunião, do dissenso, da crítica, ficam confinadas na useira resposta estatal ao conflito: mobilização do aparato punitivo.

Também não são convocados para o debate, na esfera pública, os atores sociais individuais e coletivos, tal qual os movimentos sociais, nem o que proclamam. Neutralizar o lugar da fala, antes de tudo, é neutralizar a fala.

Em discurso direto: - calo-te porque o que você, manifestante, propõe (diminuição de preço da tarifa do transporte público, melhoria de serviços públicos e das políticas públicas) é-me extremamente desagradável.

Amesquinham-se fundamentos da república como pluralismo político e dignidade da pessoa – tão surrada por estas paragens – sob a esquizofrênica afirmação de que é legítima a manifestação do pensamento, quando, na prática, truculência, violência e violação de direitos humanos são as respostas de um estado que se esconde atrás das agências de justiça criminal.

Em suma, desconsiderando-se perversamente que o aventado uso de máscaras, conquanto associado a condutas efetivamente descritas como crimes e/ou contravenções constantes do ordenamento jurídico brasileiro, não ostenta relevância jurídico-penal.

7. CONCLUSÃO

Delineadas, então, tais premissas, convém retomar o problema da pesquisa: *O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO TUTELA O USO DE MÁSCARAS EM MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS?*

Considerando-se:

- 1) O histórico institucional brasileiro de administração dos conflitos sociais mediante o uso do aparato de justiça criminal;
- 2) Ser positivo o conflito legítimo, se caso, por exteriorizações explícitas de dissenso pelo povo, titular de todo o poder. Um reforço, e não um estorvo, a uma noção de democracia participativa, para além do decantado marco representativo;
- 3) Constituir a preservação de ampla margem de atuação dos atores sociais, individuais e coletivos, pressuposto “sine qua non” para o debate na esfera pública. Ou seja, de quem fala;
- 4) Demonstrar-se crucial a preservação do discurso, ou seja, da fala desses atores sociais;
- 5) Serem uns e outros, por sua vez, elementos da liberdade de expressão, expressão da liberdade, visceralmente conectada à democracia participativa;
- 6) Ser a vedação ao anonimato a justificativa apresentada por legisladores, dentre os quais o de São Paulo, para editar a lei 15.556/14, proibidora do uso de máscaras em manifestações públicas reivindicatórias, mas que é irrelevante jurídico para outros crimes previstos no ordenamento jurídico pátrio.

Concluo: O DIREITO FUNDAMENTAL DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO TUTE-
LA O USO DE MÁSCARAS EM MANIFESTAÇÕES PÚBLICAS REIVINDICATÓRIAS.
Fica confirmada a hipótese.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVAY, Pedro. GRIGGS, Heloisa. SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos, São Paulo, v. 11, n. 20, p. 329-341, jun. 2014. Disponível em <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/90724>. Acesso em 13 dez. 2015.

AMARAL, Thiago Bottino do. A segurança como princípio fundamental e seus reflexos no sistema punitivo. Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade, Rio de Janeiro, 15/16, p.295-306, anual. 2007.

ARNS, Evaristo (Org.). Brasil nunca mais. Tomo IV – as leis repressivas. São Paulo: Arquidiocese de São Paulo, 1985, p. 4.

BARATTA, Alessandro. Che cosa è la criminologia critica?.Dei Delitti e Delle Pene: Rivista de Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Bologna, n. 1, p.51-81, mar. 1991.

BARRETO, Rodrigo Silva; GOERG, Mayagara Mylana Müller. A tipificação do terrorismo, um Direito Penal do inimigo, no Projeto de Lei do Senado nº 236, de 2012. Revista Síntese de direito penal e processual penal, Porto Alegre, v. 15, n. 92, p.55-90, jun./jul. 2015.

BARRETO, Tobias. Fundamentos do direito de punir. Obras Completas, vol. V, Sergipe, 1926.

BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001:

BEÇAK, Rubens. Democracia moderna: sua evolução e o papel da deliberação. Revista de informação legislativa, v. 50, n. 199, p. 7-23, jul./set. 2013. Disponível em <http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/502915>. Acesso em 14 dez. 2015.

- BÔAS FILHO, Orlando Villas. Democracia: a polissemia de um conceito político fundamental. Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, v. 108, p. 651-696, nov. 2013. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67999>> . Acesso em: 07 dez. 2015.
- BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.
- BONAVIDES, Paulo. Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência por uma nova hermenêutica por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRITO, Alexis Augusto Couto de. Movimentos sociais e a segurança nacional. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 254, p.3-5, jan. 2014.
- CARVALHO, Salo. Como não se faz um trabalho de conclusão de curso. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CASTRO, Lola Aniyar de. Criminologia da Reação Social. Rio de Janeiro: 1983.
- Cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Discricionarietà e controle judicial. São Paulo, 2013.
- DALLARI, Dalmo. Elementos de teoria geral do estado. São Paulo: 2009.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- DÍAZ, Elías. Estado de derecho y sociedad democrática. Madrid, Taurus, 1998. Disponível em <http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2013/resumos/R8-1061-1.pdf>. Acesso em 03 dez. de 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. Pesquisa “a polícia e os ‘black blocs’: a percepção dos policiais sobre junho de 2013”. Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em http://dapp.fgv.br/sites/default/files/DAPP%20Estudos%20Ed%2001_web.pdf . Último acesso em 31 dez. 2015.

HABERMAS, Jürgen. A inclusão do outro: estudos de teoria política. São Paulo: Loyola, 2007.

IBCCRIM. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial - Manifestações, legislação penal e Constituição. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 22, n. 258, p.1, mai. 2014.

IBCCRIM. INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. Editorial - As manifestações da sociedade civil e a repressão policial. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 21, n. 249, p.1, ago. 2013.

IBCCRIM. Mesa de Estudos e Debates ‘movimentos sociais e a lei de segurança nacional: análise crítica. Fonte: http://www.ibccrim.org.br/tv_ibccrim_video/145-Movimentos-sociais-e-a-Lei-de-Segurana-NacionalAnlise-Crtica

LIMA, Roberto Kant de. Manifestações populares e as recorrentes formas de administrar conflitos entre juridicamente desiguais. MPD Dialógico: Revista do Movimento Ministério Público Democrático, São Paulo, n. 41, p.31-32, fev. 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MARADEI, Anelisa. Folha de S. Paulo e a cobertura dos protestos do MPL. Trabalho apresentado no GP Comunicação, Mídias e Liberdade de Expressão do XIII Encontro dos Grupos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXVI Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, Manaus, 04 a 07/09/13.

- MACHADO, Jónatas. Liberdade de expressão. Dimensões Constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: 2002.
- MENDONÇA, Daniel de. Para além da lei: agonismo como princípio de ação dos movimentos sociais. Civitas - Revista de Ciências Sociais, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 55-68, mai. 2007. ISSN 1984-7289. Disponível em: < <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/87> > . Acesso em: 06 dez. 2015.
- MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NOBRE, Marcos (Org.). Curso livre de teoria crítica. Campinas: Papyrus, 2008.
- REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. São Paulo: Saraiva, 2000.
- ROSA, Alexandre Morais de. Decisão no processo penal como ‘bricolage’ de significantes. Tese de doutoramento apresentada no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1999.
- SARTORI, Giovanni. A teoria da democracia revisitada. Vol. I. São Paulo: Ática, 1994, p. 22 e ss.
- SILVA, Jose Afonso de. O sistema representativo e a democracia semi-direta. In: CONCHA CANTÚ, Hugo A. (Coord.). Sistema representativo y democracia semidirecta: memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. México: UNAM, 2002.
- TELLES JUNIOR, Gofredo. O povo e o poder. São Paulo: Malheiros, 2003.
- TOURAINÉ, Alain. O que é democracia. Petrópolis: Vozes, 2006.
- VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VINCENZI, Brunela Vieira de. A nossa democracia depende da liberdade de imprensa? Sujeitos diferentes, direitos diferentes e impossibilidade de sopesamento de valores, *Revista Jurídica do Rio Grande do Sul*, vol. 437, p.13-24, mar./2014.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Editores Malheiros, 2006.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. Elementos para a leitura de Tobias Barreto. *In* ARAUJO JUNIOR, João Marcello (Org.). *Ciência e política criminal em honra de Heleno Fragoso*. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

PROJEÇÕES DA TEMPESTIVIDADE DA TUTELA ESTATAL

Bruno Joviniano de Santana Silva²²⁷

1.Introdução

A CF/88 erigiu como cláusula pétrea o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, ao conferir a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Nesse sentido, tem-se o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal, in verbis: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”.

A noção de tempestividade está umbilicalmente vinculada à ideia de celeridade estrito senso, assim nomeada, para diferenciar do próprio vocábulo tempestividade, já que alguns a utilizam como sinônimo e aqui é enquadrada como elemento, por se entender que a primeira, isto é, a tempestividade é mais ampla que a segunda, celeridade, por ser um aspecto desta. Portanto, entende-se por celeridade estrito senso o dever do Estado de prestar a tutela, logo que provocado.

Não pode o Poder Público se quedar inerte, quando provocado, ou quando deveria atuar, de ofício. Essa é a faceta da prontidão mais rememorada, quando se fala em tempestividade. É importante que se diga que a celeridade não pode estar dissociada do prisma qualitativo da prestação jurisdicional, pois é um requisito indissociável e integrante do conceito de celeridade.

Não há como conceber uma tutela rápida, sem que esta seja com qualidade. O aspecto qualitativo da jurisdição se entrelaça com o aspecto quantitativo formando uma união de perfeita. Contudo, o aspecto quantitativo não pode ser superlativado, em detrimento da faceta qualitativa da prestação estatal. Há que se buscar um equilíbrio.

227. Defensor Público. Ex Advogado da Petrobrás. Ex Analista Judiciário do TJDFT. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera Uniderp. Email: Brujss@hotmail.com

Definitivamente, não interessa à coletividade o quantitativo sem o matiz da qualidade, pois seria uma comida bonita aos olhos, porém, insossa.

O contrário, também, é verdadeiro. Há, também, o elemento resolutivo que diz respeito a aptidão da jurisdição de resolver a tensão ou questão levada, com carga de definitividade, com vistas a efetiva pacificação social. Essa discussão é bem pertinente, pois no mundo capitalista tudo gira em torno de custos, ou melhor do alto rendimento (baixos custos e máximos resultados).

Assim, o Estado não pode tolerar rendimentos insignificantes, já que isso importaria em mais ônus ao seu provedor, qual seja, a própria sociedade que o sustenta, mediante alta carga tributária. Essa preocupação com o rendimento elevado e a celeridade tão comum na iniciativa privada, vem cada vez mais sendo incorporado ao serviço público, o qual não pode ser visto mais como um setor anacrônico, patriarcal, engessado e alheio aos influxos históricos e evolutivos, mas deve ser focado como um ramo em constante evolução, com vistas a propiciar a mais excelente prestação jurisdicional.

Diante da escassez de recursos, se faz necessário racionalizar a máquina de prestação jurisdicional. Em apertada síntese, a provocação deve ser estritamente necessária para obtenção do bem da vida, isto é, a jurisdição, nessa concepção, adquire um caráter subsidiário, de reserva.

Havendo outros meios para resolução da questão, devem estes ser manejados. O meio escolhido deve ser adequado, propício para resolver a questão. Deve-se escolher a ferramenta adequada para se atingir determinada finalidade. O uso, como dito deve ser racional para se atingir uma eficácia.

A escolha do meio adequado é importante para se obter uma prestação efetiva, isto é, com alta carga de resolutividade, para fins de pacificação social. Custos baixos e máxima efetividade, o que se convencionou chamar de alto rendimento.

Deve ser revestida de alta aptidão para resolver, de forma satisfatória a demanda, que lhe foi submetida. É basicamente na efetividade que está o elemento qualitativo da tutela, que permite estabelecer padrões de qualidade. Não basta decidir, mas a decisão deve ser definitiva e por fim às discussões.

A efetividade da tutela jurisdicional é um conceito repleto de densidade axiológica. A celeridade, sem dúvida é um elemento fundante desse conceito, ao lado da qualidade e da resolutividade, elementos que se entrelaçam, em verdadeira simbiose, para firmar o conceito de tutela efetiva.

Não basta o Estado ser rápido, mas deve agir com prontidão e qualidade, de forma a resolver eficazmente a lide que lhe foi levada à apreciação. A tutela deve

ser, também, adequada. A adequação pode ser vista pelo viés da necessidade, utilidade e adequação estrito senso.

Esse trinômio de ouro que se afigura ponte para se aferir a efetividade da tutela jurisdicional. A necessidade diz respeito à imprescindibilidade da atuação estatal para resolução da questão. Atualmente, vem-se buscando a resolução de conflitos, sem a intervenção do Estado, por outros meios civilizados, diversos da jurisdição.

Daí o fortalecimento das rodadas de conciliação, arbitragem, mediação e do juízo arbitral que visam a desconstruir a imagem de que a atuação estatal é importante para toda e qualquer demanda, revestindo, assim, os títulos não judicializados de exequibilidade plena, como forma de conferir segurança e efetividade aos meios alternativos à jurisdição.

Todavia, o fortalecimento desses instrumentos passa por uma necessidade de desburocratização e empoderamento dos sistemas não jurisdicionais de resolução da lide.

2. Mecanismos de otimização

O dinamismo das relações humanas tem exigido a prestação de um serviço público com excelência, com vistas a atender as demandas complexas da coletividade. Assim, o volume desacompanhado do elemento qualitativo e resolutivo torna imprestável a atuação estatal, sempre direcionada à otimização de seus serviços.

É imprescindível a implementação de metodologia para planejamento e controle dos gastos operacionais da atividade estatal, obtendo-se um orçamento compatível à realidade do mercado e às expectativas dos acionistas.

Com a otimização de custos são definidas novas estratégias, diretrizes e metas orçamentárias, de modo a minimizar os custos operacionais e administrativos.

Para consecução de máximos rendimentos é de suma importância que sejam adotadas algumas medidas, senão vejamos.

Os órgãos públicos não podem se constituir em verdadeiros mosaicos, com múltiplas funções e muitas vezes antagônicas. Mas, devem se restringir a concretizar a finalidade para qual foi criado, ou devem buscar a especificação de suas funções, atuando na sua atividade fim.

É necessário realizar eternos feedbacks e brainstorms, de modo a reavaliar as estruturas organizacionais, reduzindo as atividades acessórias, sem qualquer vinculação com a atividade fim.

Outro fator importante é a excelência nos processos de admissão de pessoal e a necessidade de constante treinamento e de adoção de processos de fisca-

lização dos funcionários, com vistas a obtenção de um alto rendimento na atividade administrativa.

Os certames devem ser periódicos, com vistas a repor as ausências de servidores e devem buscar a escolha dos mais aptos para desenvolver a função pública, devendo o conteúdo das provas refletirem o que o futuro funcionário será obrigado a desenvolver no dia a dia.

Os exames de ingressos devem ser práticos destinados a selecionar os melhores para desenvolver dada atividade, jamais podem ser instrumentos retóricos, despropositados e ociosos, com nítido caráter exibicionista da erudição do examinador ou de seu profundo conhecimento. O exame de ingresso deve possuir múltiplas etapas, de modo a avaliar o profissional em sua completude, buscando aqueles que mais se adaptem as funções.

Contudo, nota-se, muitas vezes, que as provas são focadas em assuntos ou habilidades que serão pouco ou nunca exigidos do candidato ao longo da vida profissional. Isso conduz a formação de um conhecimento “descartável”, isto é, apenas voltado à admissão ao serviço, em que os candidatos, mediante longas horas de estudo, assentado em conhecimento generalista agregam conhecimento para vomitá-lo em um momento, sem continuidade com o futuro ou com a função.

Com isso, muitos profissionais experientes, com traquejo e habilidades adequados ao emprego/cargo público são alijados do processo de acesso ao serviço público, por não disporem de condições de se adequarem a esta rotina alucinante.

Por isso, muitas vezes, pessoas mais jovens, com tempo mais livre para se dedicarem integralmente ao estudo enciclopédico tem mais chances de ingressar no serviço público, o que fere de morte o princípio da isonomia e imparcialidade, em razão do desvirtuamento da finalidade do concurso.

O processo de seleção precisa ser revisto, sob pena de se converter em odiosa forma de exclusão, já que inevitavelmente aqueles mais abastados teriam mais condições de ingressar nos serviço público.

Outro ponto importante é a criação de mecanismos para estimular os servidores públicos a produzir mais e mantê-los em constante aperfeiçoamento, mediante a realização cursos periódicos, focado nos fins da instituição e na observância de uma carreira funcional atrativa pautada pela meritocracia.

A eficiência da máquina passa, também, pela observância dos princípios inerentes à administração pública, afastando-se um dos grandes males do Estado, o paternalismo, do qual o nepotismo é uma nefasta consequência, assim como o inchaço da máquina. A hipertrofia da máquina pública é um dos grandes

problemas do setor público, pois engessa os investimentos públicos em áreas de grande relevância e repercute negativamente, perante a sociedade, transformando o Estado em grande paquiderme, inapto a tutelar o interesse da coletividade.

3. Papel das Ouvidorias e a necessidade de se repensar a reestruturação do serviço público

As Ouvidorias são a face pública do Ombudsman, muito comum no Setor Privado, destinado reparar erros e buscar a perfeição do serviço prestado.

As Ouvidorias, no âmbito público, são importantes para estreitar a relação com os cidadãos usuários direitos do serviço que primam por uma atuação estatal de excelência. Tal órgão não se reveste de caráter sancionador, mas tem uma função de otimizar, aprimorar a prestação do serviço, na medida em que introjeta as queixas da população na estrutura orgânica estatal, com forma de verificação e constatação das falhas, com vistas a corrigi-las, sendo uma verdadeira caixa de ressonância social.

Como se nota, a Ouvidoria se destina a zelar pela probidade e eficiência na administração da coisa pública sempre objetivad quando o Ouvidor exerce sua função de representante do cidadão, indo de encontro às ações de má administração, contra os comportamentos abusivos e o excesso de burocracia, sempre buscando a transparência da gestão, qualidade no atendimento e respeito ao cidadão.

O serviço público é prestação de atividade ou comodidade material, pelo Estado ou, por quem faça as suas vezes, com vistas à satisfação da coletividade, munido de prerrogativas poderes, lastreado totalmente ou parcialmente por normas de direito público. Todavia, tem sido a tônica do final do século 20, a descentralização, como forma de conferir melhor atuação ao Estado.

Nesse ponto, há uma crítica de alguns, que vislumbram a delegação de competência, como um retrocesso e um perigoso empoderamento de estruturas não estatais, ainda que oficializadas, que passam a ter a mesma força do Estado, sem o devido controle deste, já que a Lei vem blindando essas atividades e os títulos daí formados, exceto vícios teratológicos. Discute-se que o afã de desafogamento da máquina estatal vem gerando o fenômeno da privatização da Justiça.

A privatização da Justiça é a delegação de poderes estatais a entes não integrantes desta estrutura, ainda que oficializados pela Lei, para fazerem às vezes do Estado. Esse fenômeno de desconcentração, desburocratização e desformalização tem sido notado até mesmo no Direito Penal e é justificado na necessidade de conferir mais celeridade e resolutividade às demandas, ante ao assoberbamento da capacidade estatal de resolução rápida e efetiva.

Em que pesem as justas motivações de desafogamento da estrutura estatal e da necessidade de simplificação de procedimentos, sem que se perda a segurança e a fé pública desses, é de perguntar se o caminho mais acertado é tão somente transferir feixe de competência para entes diversos do Estado, como forma simplista de resolver a alta demanda estatal nas instâncias recursais, sem que adotem medidas ontológicas que se destinem a resolver a beligerância desmedida social.

De fato, a mera transferência de atribuições estatais, sem o devido controle, ou como forma de aliviar a demanda processual, será imprestável se não for acompanhada de medidas que busquem resolver os problemas endógenos e exógenos.

Os endógenos dizem respeito ao estudo dos gargalos institucionais e a proposição de medidas para resolvê-los. Já os exógenos, dizem respeito aos problemas da sociedade que repercutem necessariamente na estrutura estatal, isto é, as medidas de cunho coletivo que podem ser tomadas pelo Estado, de maneira a reduzir a processualização das demandas e a adoção da abominável justiça privada, aqui entendida como “fazer justiça com as próprias mãos, isto é, sem obediência de procedimentos formais e civilizados e resolução de demandas”.

Esse é o grande desafio dos novos tempos de relações sociais altamente dinâmicas e imbricadas, que não podem ser tuteladas por instrumentos ultrapassados e monocromáticos, mas demandam uma abordagem plural. Como se nota, a formalização de demandas, por meio de processos, se mostra um fenômeno plural e com tez bastante econômica. Por isso a deflagração da ação processual, da provocação estatal para agir deve se pautar pela necessidade e adequação.

Por fim, deve-se ter a ótica de que no Brasil não há pena perpétua ou capital, o que implica dizer que em menor tempo, ou maior, o preso estará de volta à sociedade. Todavia, esta sociedade não o preparou para cumprir pena nas condições da maioria de nossas Unidades Penais. Além disso, os gestores não foram eficazes suficientes para provocar a alteração do panorama destas Unidades.

Assim, muitos sem a devida ressocialização voltam à sociedade, de forma piorada, pela falta atuação positiva do Poder Público, que não propiciou a devida ressocialização. Essa inércia prévia, que viabilizou a sua entrada no sistema prisional e a posteriori que permite que alguns saiam piores do que entraram, termina por gerar mais problemas e convulsionam ainda mais a sociedade complexa e problemática em que vivemos.

Não busco aqui solução, palavra retórica (mais educação, saúde, base familiar e empregos) retumbante, simplista e oca. Busco um repensar de nossos conceitos, princípios e valores, ou melhor, da sociedade em que vivemos, por ser o homem

um ser gregário por natureza. A atuação de seu semelhante repercute diretamente ou indiretamente na esfera jurídica alheia, o que corresponde à alteridade.

A coletividade deve repensar onde colima chegar com os valores que vem sendo impostos nas relações interpessoais. O foco estaria no material, ou no ser. Não que aquele não seja importante, mas este, não pode ser esquecido. Digo logo, que não partilho de qualquer ideologia extremada ou purista, ou “ista”, mas com certeza, do olhar humanista. Sendo a resposta o ser, esta sociedade deve agir para externar a importância do homem.

O homem é o grande protagonista planetário, sem o qual quase tudo que conhecemos não estaria como está.

A beleza do universo está na mistura das coisas que forma o plural, que é a sociedade. Mas, todas essas visões devem passar por um crivo da lógica do razoável da humanização, ou seja, deve-se buscar um meio-termo para se alcançar o que no Direito se convencionou chamar de dignidade da pessoa humana, diretriz central da vida em sociedade.

Destarte, a prestação jurisdicional tempestiva é um forte instrumento de transformação social, pois cabe ao Estado atuar com celeridade e tempestividade, imperativos axiológicos que se espraiam em todo o ordenamento jurídico, de forma a evitar a eternização de situações jurídicas, ou supressão de direito ilegítimamente, devendo tal princípio ser observado e plenamente efetivado não só no Direito Constitucional, mas na vida.

4. Medidas reparatórias

A situação posta diz respeito às compensações para os casos em que o Poder Público fere de morte o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, por protrair, além do tempo razoável. Para reparar os danos decorrentes dessa inércia infundada, o caminho natural e óbvio seria a propositura de ação indenizatória contra o Estado. Cabe trazer a colação matéria correlata que está em pauta no Supremo.

Tramita perante o STF, ação que discute o cabimento de indenização pelos danos morais sofridos pelos presos que cumprem pena em penitenciárias com condições deploráveis. O Ministro Luís Roberto Barroso, em voto vista, propôs a remição de dias da pena, quando for cabível a indenização. O julgamento foi sobrestado por um pedido de vista da ministra Rosa Weber.

O Ministro valendo-se do Direito Comparado, citou medidas adotadas pela Itália, no que tange à questão da superpopulação carcerária, quais sejam: medidas cautelares diversas da prisão, a prisão domiciliar para crimes de menor potencial

ofensivo e a monitoração eletrônica, entre outros. Voltando a questão, qual poderia ser a medida diversa da pecúnia a ser adotada, como forma de reparação.

De fato, quanto ao critério reparador a ser utilizado, ainda não possui uma opinião formada. Na verdade, entendo que não deveria haver prévia vinculação, pois no caso concreto que se deverá aferir a melhor solução. Pode-se conferir aos prejudicados créditos tributários aptos a serem deduzidos de impostos a ser cobrado do Órgão que deu causa a delonga.

Nesse passo, pontuo que o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional não pode ter ressonância simplesmente nominal ou retórica mas deve ser real, mesmo não sendo dinheiro, muito embora possa ser nesse quantificado. Trocadilhos a parte, a todos é assegurada a tramitação célere, no âmbito judicial e administrativo, em obséquio ao princípio da dignidade da pessoa humana, que impede tratamento vexatórios e constrangedores. Por isso, é manifestamente inadmissível a inação do Poder Público, quando demandado, ou quando deveria atuar de ofício, pois a tutela deve ser adequada, isto é, perfeita ao fim que se destina, efetiva, ou seja, com alta carga de resolutividade.

Nesse patamar, torna-se claro o link entre os princípios da tempestividade e da eficiência. Explico. A operacionalização da estrutura estatal deve ser pouco onerosa e extremamente efetiva, leia-se de alto rendimento, com elevada aptidão para resolver, de forma satisfatória a demanda, que lhe foi submetida.

Sem dúvida, é precipuamente na efetividade que está o elemento qualitativo da tutela, que permite estabelecer padrões de qualidade.

A tempestividade da tutela estatal não pode ser uma plataforma jurídica-política nominal, tampouco norma programática ou subordinada a posterior regulamentação, mas deve ser apta a revolucionar a realidade, através do respeito ao ser humano.

Por fim, cumpre-me disseminar a seguinte frase: pena para quem dela precisa, na medida da razoabilidade e proporcionalidade, e dignidade para todos indistintamente.

5. A Tempestividade da tutela na perspectiva de direito fundamental

Os direitos fundamentais são aqueles essenciais, matriz e base de todos os outros. Metaforicamente são as raízes de uma árvore frondosa.

Os direitos fundamentais historicamente nascem com a imprescindibilidade de tutelar o cidadão contra os arbítrios do Estado, acepção vertical, fortemente influenciado pelos ideais Iluministas, propiciando a disseminação das constituições escritas.

Como já repisado, a multiplicidade cultural que emerge da sociedade repercute fortemente na criação da norma. A concepção dos direitos ditos fundamentais decorreu de um processo amalgamento, mistura, simbiose de várias fontes, dialetos, jeitos e trejeitos e pensamentos, com influência cristã e do direito natural.

Os direitos fundamentais são elementos fundamentais e estruturais limitadores do Estado, isto é, impeditivo de abusos e agravos injustos contra o cidadão.

A doutrina tradicionalmente insere os direitos fundamentais em diversas óticas, ou melhor, dimensões correlacionando-os aos ideais da Revolução Francesa (liberdade, igualdade e fraternidade).

Essa primeira dimensão diz respeito à afirmação dos direitos políticos e civis. São aqueles que visam proteger o cidadão dos eventuais abusos cometidos pelo Estado. Já a segunda dimensão, se vincula aos direitos sociais, dos grupos e coletividades. Por fim, a terceira dimensão se relaciona aos direitos da fraternidade. Dizem respeito aos direitos transindividuais que interessam a todos, ao gênero humano independente da nacionalidade, localidade, sexo e etnia.

Nesse toar, exsurge-se o princípio da tempestividade da tutela jurisdicional, cláusula pétrea, pela qual o Estado confere a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

Tal princípio, pedra de torque do Estado Moderno, traduz uma necessidade não apenas de um grupo os jurisdicionados ou administrados, mas a necessidade de toda uma coletividade difusa. Não são apenas aqueles que litigam em juízos que são os destinatários deste princípio, mas toda sociedade que titulariza o interesse difuso não reflexo, mas imediato, de ter um arcabouço estatal célere.

O direito à prestação estatal tempestiva é um direito transindividual, portanto, enquadrado na categoria atinente aos direitos da fraternidade. A fraternidade na acepção de solidariedade. A solidariedade e a fraternidade caminham juntas com o fito de se alcançar a tão sonhada pacificação social com pronunciamento definitivo do Estado.

Direito postergado é direito violado. Inconcebível, portanto, tal violação perpetrada por órgãos de Estatais. O Estado não pode ser o violador de liberdade e direitos, mas deve se voltar a assegurá-las.

O Poder Público tem a obrigação ética e legal de atuar com presteza conferindo respostas céleres e com plena resolutividade aos reclames sociais. De nada adiantaria, uma resposta rápida desprovida de efetividade.

Essa demanda por uma prestação de um serviço com prontidão e qualidade e com aptidão de resolver a provocação tem sido recorrente nos dias atuais, sobretudo em tempos de crises, em que se busca a racionalização dos recursos sem perder o aspecto qualitativo e quantitativo da atividade.

O Estado não pode conviver com uma feição anacrônica e patriarcal insensível à evolução dos tempos. O Estado não pode ser portador de transtorno de personalidades. Mas, deve assumir a que lhe cabe, qual seja, a capa da impessoalidade, da legalidade, moralidade e eficiência.

A crise econômica não pode servir de justificativa para o decréscimo qualitativo e quantitativo da prestação dos serviços. Por isso, que a modernização do Estado é a pauta do dia. O excesso de formalismo, a falta de preparo de servidores, falta de interação com os jurisdicionados, assim como, estruturas físicas defasadas engessam a máquina e contribuem para prestação de um serviço de qualidade não aceitável.

É imprescindível que retiremos do imaginário popular que a morosidade de certos serviços é uma característica imanente deste. Devemos buscar um fortalecimento dos canais de interação com a coletividade para que esta possa atuar ativamente na construção de um serviço público de excelência.

As Ouvidoria não podem ser órgãos estanques sem ligação com os demais Órgãos Públicos. As Ouvidorias devem ser elementos de facilitação do acesso do povo à estrutura estatal e devem dialogar com as Corregedorias, estas tão temidas com pelos servidores, em razão de seu papel punitivo. Na verdade, é hora de se remodelar as Corregedorias. Há que se migrar de um papel eminentemente punitivo para uma feição integrativa, isto é, as Corregedorias, ante de punir devem buscar treinar o corpo humano que presta o serviço público.

As Corregedorias devem desenvolver um estudo técnico e esquematizado buscando aferir padrões de qualidades no serviço público e identificar os gargalos, apontando soluções para tais problemas. Os cursos de qualificação devem ser a tônica da Corregedoria.

Esta, contudo, não pode se esquivar de sua função punitiva, mas a punição deve ser proporcional à gravidade do ato e deve levar o grau de qualificação do servidor. A Corregedoria não pode ser tida como inimiga do servidor, ou seu algoz, mas como contribuinte de um panorama mais democrático, produtivo e efetivo.

O enlace da Ouvidoria e Corregedoria seria bastante profícuo para aproximar o cidadão ao Estado, com o fito de ouvir os reclames coletivos e levá-los ao conhecimento da estrutura orgânica estatal, para a otimização do serviço prestado, com a conseqüente reparação de erros e aperfeiçoamento do serviço prestado.

Portanto, a tempestividade da tutela jurisdicional é um conceito repleto de densidade axiológica, o qual é inerente a todo e qualquer ramo do Direito, como decorrência de expressa norma constitucional.

A celeridade, sem dúvidas é um elemento estruturante desse conceito, ao lado da qualidade e da resolutividade, elementos que se relacionam intrinsecamente, em verdadeira simbiose, para estabelecer a definição de tutela efetiva no Direito, como todo.

Ao Estado não basta ser célere, contudo, deve agir com prontidão e qualidade, de modo a resolver eficazmente, com aptidão de pacificação social, a demanda que lhe foi levada à apreciação.

7. Conclusão

Exponho que a omissão e ineficiência estatal podem resultar em mais ônus do que o deferimento de direitos legítimos e consolidados tempestivamente.

O princípio da tempestividade da tutela jurisdicional é impositivo e não pode ser vulnerado, sob pena de consagrar injustiças e arbitrariedades.

Conclui-se que a concessão de direitos no tempo certo, também, contribui para a tão almejada pacificação social, sendo uma ferramenta importante para plena efetivação do princípio da tempestividade, atributo condicionante da prestação jurisdicional, motivo pelo qual cabe ao Poder Público prestar a tutela estatal com tempestividade, com o fito de impedir a eternização de situações jurídicas, ou supressão e postergação ilegítimas de direito e, na hipótese de delonga injustificada, de ser ao menos tempestiva a reparação, seja qual for esta, sob pena de se perpetrar o reprovável, imoral, odioso, indesejado, ojerizado e inconstitucional bis in idem.

O Direito Constitucional é ramo mais central de todos, pois seus elementos basilares se espriam por todo ordenamento jurídico.

Toda interpretação e aplicação normativa passa inexoravelmente por ele, o que lhe confere soberania normativa, pois nada pode lhe contrapor.

Por isso, essa força envolvente, vinculante dita a forma e conteúdo não só dos ramos Jurídicos, outrora ensimesmados nos seus próprios contextos normativos, mas também, a própria vida cotidiana, isto é, as relações interpessoais suscetíveis de regulação.

Seus preceitos são de observância obrigatória e se mostram claros e evidentes no ordenamento legal.

A Constitucionalização é vista, sob a ótica principiológica, isto é, princípios, assim entendidos por elementos fundantes e nucleares de todo e qualquer sistema jurídico, em especial, sob o viés do princípio da tempestividade da tutela jurisdicional.

Nesse caminhar, é que a CF/88 estabeleceu normas intocáveis, as chamadas cláusulas pétreas, as quais se revestem de alta densidade valorativa e são vigorosos paradigmas para aferir a constitucionalidade de diplomas legais.

Todavia, toda essa supremacia jurídica de nada adiantaria se a realidade fática não se submetesse à força da norma.

Na realidade atual, a norma sem respaldo social, é letra morta, sem efetividade, de nada adianta. O avanço das sociedades revela a sintonia entre a norma e o adotado, propalado e praticado pela sociedade.

Essa coincidência normativa que chamamos de união perfeita é a única capaz de conformar a sociedade à norma.

As normas existem para serem cumpridas, sendo o contrário uma verdadeira profanação.

Ao se admitir que a norma é ente misto (cultura, valores, norma, dentre outros) conclui-se que a sociedade é um mosaico etnocultural que não pode ser tratada da mesma forma, tampouco regulada do mesmo modo, já as normas dizem respeito a um povo, local e escala temporal.

Essas ondulações revelam a riqueza da mistura, da multiplicidade que conotam a realidade plural em que vivemos, a qual deve se adaptar aos comandos excelsos da Constituição, com vistas a concretizar uma sociedade mais junta e igualitária.

Os cidadãos devem entender que a norma não é um ente etéreo, abstrato distante da realidade. Ao revés, é a própria realidade ideal plasmada no texto de lei.

Ao violar esta Lei, estar-se, em verdade, fulminando de morte a tão sonhada realidade, os sonhos futuros e os projetos transgeracionais. A Lei não é um inimigo, ou estranho que se intromete na sua realidade. A Lei é a sua própria realidade ideal ou idealizada. A Lei é um pedaço daquilo que todos almejam.

Não vou entrar aqui em discussões filosóficas sobre a ideologia embutida na Lei, pois tudo na vida tem uma ideologia e nós, inclusive, escolhemos uma para viver. As Leis de um país refletem o povo que regulam, ou melhor, refletem os interesses daqueles responsáveis pela elaboração da Lei, que, em um Estado Democrático de Direito, são os maiores políticos eleitos pelo voto popular e voltados a cumprir o interesse da coletividade.

Se estes elaboram Leis, em descompasso com intento da maioria, ou estas não são, ou a maioria as aceita como Lei, legitimando-se, portanto. Se as Leis

impostas não retratassem o interesse da coletividade estas padeceriam de vício insanável e seriam expulsas do ordenamento, por falta de legitimidade popular.

O povo detentor de todo o poder, fazendo uso de instrumentos pacíficos ou não, pode fazer valer sua voz e, portanto, repulsar todos os atos normativos contra o seu interesse. Os mandatários não são titulares de poder algum, portanto, seus atos demandam constantemente de serem ratificados pelo titular.

Essa discussão é infundável. Na verdade, a solução é constitucionalizar as favelas e o Senado, as rodas de sambas, os cultos religiosos, as festas carnavalescas, os relacionamentos pessoais, as relações mercantis, pois constitucionalizando-se teremos mais dignidade, que muito mais que um princípio é regra básica de convivência em uma sociedade complexa e plural cada vez mais imbricada.

Eu constitucionalizo, tu também e ele. Assim, nós erradicaremos toda e qualquer injustiça e desigualdades e trilharemos para um futuro mais digno para todos.

8. Referências

A fiscalização abstrata da constitucionalidade no Direito Brasileiro, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, 2ª ed. AGRA, Walber de Moura. O sincretismo da jurisdição constitucional brasileira. In: NOVELINO, Marcelo (org.). Leituras complementares de direito constitucional: controle de constitucionalidade e hermenêutica constitucional. Salvador: Juspodivm, 2008.

ALENCAR, Jessé Cláudio Franco de Alencar. Comissões Parlamentares de Inquérito no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, ALEXY, Robert, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp-Verlag, 1986 (trad. Espanhola de Ernesto Garzón Valdés: Teoria de los derechos fundamentales, Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993). ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Competências na Constituição de 1988. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. Constituição Federal vista pelo STF. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. Ed. Renovar.

BARROSO, Luís Roberto. A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003. BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. O Novo direito Constitucional Brasileiro. 2ª Ed. Belo Horizonte: Fórum 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. Hermenêutica e Interpretação Constitucional. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1997.

BASTOS. Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 19ª Ed., 1998.

BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. 13ª Edição. Editora Ediouro: Rio de Janeiro, 1999.

BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. São Paulo: Paz e Terra Política.

BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. Teoria Constitucional da Democracia Participativa. São Paulo: Malheiros.

BRANDÃO, Adelino. Os direitos humanos: antologia de textos históricos. São Paulo: Landy, 2007. BRASIL, Escola Nacional de Defesa do Consumidor. A proteção de dados pessoais nas relações de consumo: para além da informação creditícia. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Constituição Federal do Brasil. Vade Mecum. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2013 BRASIL. Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

- BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 7. ed. ver. e atual. de acordo com a emenda constitucional n. 70/2012. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos Fundamentais e Direito Privado. Coimbra: Edições Almedina CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional. Coimbra: Almedina. CANOTILHO, J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 4. ed. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 1997. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de direito administrativo. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1ª ed., 1997.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da Judicialização da Política no Brasil: Apontamentos para uma nova Abordagem, 2004. v. 1.
- CASTRO, Flávia de Almeida Viveiros de. Interpretação constitucional e prestação jurisdicional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Canotilho e a Constituição Dirigente. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- CRETELLA JÚNIOR, José. Os “Writs” na Constituição de 1988 – Ed. Forense Universitária.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle de constitucionalidade: teoria e prática. 6. ed. rev., amp. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. Fundamentos de Direitos Constitucional – Ed. Saraiva.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. Elementos de Teoria Geral do Estado. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- DANTAS, David Diniz. Interpretação constitucional no pós-positivismo: teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2004. Dicionário de direito constitucional. São Paulo: Saraiva.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. V.1, 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2009.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria geral dos direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DINIZ, Maria Helena. Lei de interpretação ao código civil interpretada. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2005. Direitos Humanos Fundamentais – Ed. Atlas. DONEDA.
- Danilo. A Proteção Dos Dados Pessoais Como Um Direito Fundamental. ISSN 2175- 9391,2011, Disponível em <http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/view/12297/0> > Acesso em: 10 out.2015.
- DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XI, n. 51, mar 2008. Disponível em: . Acesso em: out.2015.
- DUARTE, Ícaro de Souza. Mais zetética, menos dogmática. A Hermenêutica como pressuposto para uma melhor formação dos alunos. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 434, 14 set. 2004. Disponível em: . Acesso em:29 jul. 2010.
- DWORKIN, Ronald, Taking Rights Seriously, Londres: Duckworth, 9. impressão, 2000. DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Do processo legislativo. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.
- FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. São Paulo, Saraiva, 23ª ed., 1996.

- LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado / Pedro Lenza. 16. ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución (Trad. Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona: Ariel, 1986.
- LOURENÇO. Ricardo Lopez. Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF. Rio de Janeiro, Forense, 2ª Ed. 1998.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Do Xadrez a Cortesia. Dworkin e a Teoria do Direito Contemporânea. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 4º Ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira; e NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coordenadores). Tratado de direito constitucional. v. 1. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

AS AÇÕES DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA ENQUANTO FORMA DE EMPODERAMENTO DO PÚBLICO INFANTO-JUVENIL

Elaine Cristina da Silva²²⁸, Nádila Eugênia Silva Domingues²²⁹ e Victória do Paço Nunes²³⁰

1 INTRODUÇÃO

A vigência de um contexto democrático permite que a concepção de direitos e deveres na formação do cidadão seja desenvolvida em diversos aspectos. Assim, o acesso à Justiça, como garantia democrática assegurada pela Constituição, além de vislumbrar a possibilidade de cada indivíduo ter acesso à Jurisdição, também lhe garante o direito ao conhecimento dos seus direitos. Com efeito, o desenvolvimento de ações que visam conscientizar a população acerca dos direitos revela-se uma forma de empoderamento jurídico do cidadão.

Nesse sentido é o entendimento de Brochado,

Não se pode falar numa educação intelectual que pretenda alcançar a contemplação teórica simplesmente, do mesmo modo que não se trata da crença jurídica, que chega ao extremo de acreditar que leis e códigos ensinados possam resolver os problemas éticos mais profundos de uma sociedade. Todavia, pela existência de uma subjetividade jurídica referida a uma fonte objetiva, qual seja, a ordem de direito, defende-se que esta or-

228. Advogada. Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Pesquisadora do Programa de Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito - RECAJ UFMG. Pós-graduada em Direito Público pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUCMG). Pós-graduada em Docência no Ensino Superior (PUCMG). Graduada em Direito pela PUCMG. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/1720790778946221>

229. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Extensionista do Programa de Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito - RECAJ UFMG.

230. Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Extensionista do Programa de Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos da Faculdade de Direito - RECAJ UFMG.

dem pode e deve ser acessível aos seus cidadãos. Essa acessibilidade só é possível, se viabilizada em dois planos: num em que se torne crível o acesso; noutra, em que a forma de acesso e o conteúdo sejam compreendidos com todas as suas consequências para a vida em comunidade. (BROCHADO, 2002, p. 273-274)

Tendo em vista essa premissa, o projeto de extensão “RECAJ nas Escolas: Acesso à Justiça pela via dos Direitos Infanto-Juvenis”, vinculado ao Programa RECAJ UFMG - Ensino, Pesquisa e Extensão em Acesso à Justiça e Solução de Conflitos, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, coordenado pela Professora-Doutora Adriana Goulart de Sena Orsini e formado por alunos da graduação e da pós-graduação, tem especial atenção ao desenvolvimento da cultura de paz, uma vez que suas ações são permeadas por experiências dialógicas, visando o empoderamento infanto-juvenil quanto aos direitos fundamentais e sociais, bem como ao acesso à Justiça e as formas de solução de conflitos. Dessa forma, almeja promover a formação de jovens no tocante aos seus direitos para que sejam capazes de utilizar esses conhecimentos de modo a resguardar sua autonomia frente as mais diversas situações, além de propiciar o desenvolvimento da consciência de que os espaços de justiça são destinados à todos.

Ademais, as ações de extensão universitária revelam uma experiência enriquecedora tanto para os extensionistas como para os alunos do ensino fundamental, conectando Universidade e Sociedade de maneira dialógica e proporcionando a integração entre as partes, bem como o intercâmbio de conhecimento.

Diante disso, o objeto de estudo do presente trabalho é a análise das ações de extensão universitária realizada por meio do projeto “RECAJ nas Escolas: Acesso à Justiça pela via dos Direitos Infanto-Juvenis”, tendo sido desenvolvido um plano de atividades com o público infanto-juvenil de aproximadamente cem alunos do 9º ano da Escola Estadual Afonso Pena, localizada no Centro da capital mineira, Belo Horizonte.

A metodologia de trabalho foi baseada na criação de oportunidades para que jovens entrassem em contato com temas relacionados ao Direito, Justiça, cidadania, dignidade e trabalho, por meio de dinâmicas que pudessem viabilizar a compreensão aplicada e fática dos assuntos abordados. Nesse passo, os debates e reflexões tiveram especial enfoque ao menor aprendiz, combate do trabalho infantil, a lista TIP, história e o funcionamento da Justiça do Trabalho, legislação protetiva, dentre outros, com vistas a conscientizar os alunos sobre o primeiro

emprego, os contratos de aprendizagem e esclarecer a relevância das restrições do trabalho conforme a faixa etária.

2 DESENVOLVIMENTO

À luz das ondas renovatórias de acesso à Justiça e em conformidade com a ampliação dos direitos constitucionais para todas as relações em sociedade, entende-se que a conscientização dos direitos é fundamental para a efetivação dos mesmos. Assim, acredita-se que a conscientização em si torna-se um direito propriamente dito, devendo o acesso ser garantido e promovido através de ações estatais e não-estatais, bem como pelo envolvimento da sociedade como um todo.

Apesar da garantia do acesso à Justiça estar consagrada expressamente no texto constitucional, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição da República pressupõe uma interpretação *lato sensu*, a qual não se limita a garantia de acesso aos órgãos do Poder Judiciário, mas abrange conjuntamente, no intuito de remover todo e qualquer obstáculo para sua efetiva realização, a educação e informação no sentido de proporcionar aos cidadãos o conhecimento de seus direitos.

Para tanto, é imprescindível problematizar e repensar a ideia do acesso à Justiça, a qual se renova pela via dos direitos e, nessa proposta, Marona (2013, p. 54) enfatiza:

(...) para a garantia do pleno acesso à justiça, pela via dos direitos, não basta a previsão constitucional do acesso à justiça como direito fundamental de todo cidadão, senão que demanda reformas institucionais que viabilizem a efetivação desses direitos, considerando que, na realidade, um conjunto mais ou menos extenso de condicionantes de ordem socioeconômicas ou identitárias funda estruturas de exclusão e desigualdade social, que impactam na efetiva igualdade de acesso à justiça pela via dos direitos.

Tendo em vista esta concepção mais ampla de acesso à Justiça, Avritzer, Marona e Gomes (2014, p. 20), parafraseando Honneth, destacam que o referido acesso envolve a ampliação da efetivação dos direitos bem como a possibilidade de participação na conformação destes. As barreiras de acesso à Justiça ligam-se fortemente às lutas por ampliação da efetivação dos direitos, por isso, é necessário que os sujeitos e as comunidades estejam capacitados a reconhecer a

violação de seus direitos e que o sistema não seja seletivo em relação aos direitos reivindicados. Nesse ponto entendem necessária a implementação de políticas no âmbito da informação e divulgação jurídica, que visem a capacitar os cidadãos e as comunidades, ou seja, a sociedade, para por si mesmos, perante uma situação de desrespeito (maus tratos e violação, privação de direitos e exclusão, degradação e ofensa), a reconhecerem como tal.

Nesse passo, oportuna a transcrição das palavras de Martins Scheer,

a evolução da sociedade e do pensamento científico-jurídico demonstra a insuficiência da edição de normas jurídicas para o alcance da finalidade do direito. Evidencia-se a necessidade do reconhecimento e da recepção destas normas pelos seus destinatários para torná-las aplicáveis e efetivas. Destarte, o acesso à justiça depende de políticas concernentes à conscientização e educação da população relativamente a seus direitos (...). (MARTINS SCHEER, 2006, p. 282)

Destarte, as ações de extensão universitária promovidas pelo projeto “RECAJ nas Escolas: acesso à Justiça pela Via dos Direitos Infanto-Juvenis” vislumbram a possibilidade de fornecer conhecimentos relevantes sobre Direito, Justiça e Cidadania aos jovens do ensino fundamental, com especial enfoque ao direito do trabalho e os desdobramentos pertinentes à faixa etária dos alunos. Para isso, as temáticas de Justiça, Judiciário, menor-aprendiz, combate ao trabalho infantil, trabalho artístico, lista TIP (piores formas de trabalho) dentre outras, foram exploradas de diversas formas. Nesse ponto, cabe pormenorizar cada atividade realizada.

2.1 Metodologia

Através do reconhecimento da escola como “espaço social destinado à construção da personalidade e da cidadania, além da promoção de educação voltada para a conscientização cívica e social de jovens” (ORSINI et al., 2012, p.191), o projeto de extensão “RECAJ nas Escolas: acesso à Justiça pela via dos Direitos Infanto-Juvenis” desenvolvido ao longo do ano de 2016, totalizou sete encontros no primeiro semestre, cada qual com seu objetivo e tema específico. Assim, passa-se a relatar a experiência vivenciada pelos extensionistas do referido projeto em todos os encontros realizados com os alunos do 9º ano do Ensino Fundamental.

A Escola Estadual Afonso Pena, situada no Centro da capital mineira, Belo Horizonte, acolheu a proposta dos idealizadores e membros do projeto de extensão

“RECAJ nas Escolas: acesso à Justiça pela via dos Direitos Infante-Juvenis”, o qual procura estabelecer interações dialógicas e o desenvolvimento de metodologias inter e transdisciplinares entre a Universidade e os alunos do Ensino Fundamental.

Inicialmente, foram realizadas reuniões com os extensionistas e a coordenadora do projeto, de modo a pensar e discutir os temas e atividades a serem contempladas no plano de trabalho, sempre utilizando alternativas criativas para obter a atenção do público infante-juvenil. Assim, a proposta tomou forma com a contribuição dos membros do projeto, fruto do trabalho em grupo, continuamente estimulado.

Posteriormente, foi realizada a familiarização entre os extensionistas do projeto e os alunos do 9º ano do Ensino Fundamental da Escola Estadual Afonso Pena. A pequena diferença etária entre os mesmos possibilitou a discussão de assuntos comuns, facilitando o entrosamento e o êxito do contato inicial. Enquanto primeiro encontro, a familiarização abordou de maneira informal e superficial, temas previamente delimitados, tais quais: afinidade com a escola e com os estudos; afinidade com as matérias; ENEM; experiência com algum tipo de trabalho; área de interesse para atuação profissional; interesse pelo contrato de aprendizagem; pretensão de cursar faculdade, entre outros.

Assim, a primeira abordagem ocorreu por meio de conversa informal em vista da necessidade de despertar o interesse do público infante-juvenil permitindo que relatassem experiências pessoais, preferências, curiosidades e interesses. Paralelamente foi possível apresentar em linhas gerais, o panorama do projeto, despertando entusiasmo nos alunos para os próximos encontros.

O segundo encontro, sob o tema “Justiça e Judiciário”, teve como objetivo norteador a ideia de conscientizar os alunos em relação às possibilidades de acesso à Justiça e como a democracia é desenvolvida no contexto brasileiro. Dessa forma, trabalhou-se a relevância da tripartição dos poderes, seguida de informações sobre o *impeachment* - em andamento à época. Foi, ainda, informado aos alunos o procedimento legislativo a fim de conscientizá-los sobre a importância do voto, colocado como instrumento de exercício da cidadania.

A seguir apresentou-se a subdivisão das justiças especializadas enquanto partes do judiciário brasileiro. A justiça eleitoral, militar e trabalhista foram brevemente delineadas, com o intuito de aproximar a realidade dos alunos da função judiciária, de modo a criar a consciência de que esses espaços são apenas uma das vias de acesso à Justiça.

Com a finalidade de observar a interiorização da temática pelos alunos foi realizada uma atividade entre as turmas com a proposta de saber qual grupo

acertaria o nome da justiça (eleitoral, militar e trabalhista) em que seria processado determinado caso. As situações elaboradas tiveram o objetivo de aproximar elementos de conhecimento dos jovens com possíveis casos da vida real.

O terceiro encontro destinou-se à abordagem do tema “Trabalho Infantil”. A contextualização foi realizada com um breve histórico acerca do tratamento destinado às crianças e adolescentes, bem como sua relação com o trabalho desde a Revolução Industrial, onde estavam submetidos a jornadas laborais extenuantes e incompatíveis com a idade.

Nesta esteira, com escopo de explicitar a tutela legal dos direitos infanto-juvenis, presente na Constituição e no Estatuto da Criança e do Adolescente, houve diversas discussões sobre a legislação vigente, na qual os alunos puderam reconhecer e visualizar os próprios direitos. Assim, procurou-se esclarecer as atuais restrições ao trabalho infantil, com a finalidade de demonstrar que tais limitações são necessárias para garantir o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes.

O tema do trabalho artístico mirim também foi explorado no terceiro encontro. Trazido como assunto de interesse dos alunos, essa modalidade de trabalho foi suscitada com exemplos de atores, modelos e cantores mirins. O caso da Mc Melody foi destacado com a finalidade de trabalhar aspectos importantes, pois, em se tratando de uma criança que atua no mundo artístico como *funkeira*, sua fama ganhou proporções após investigação, pela Promotoria de Justiça de Defesa dos Interesses Difusos e Coletivos da Infância e da Juventude de São Paulo, a respeito da suspeita de violação “ao direito ao respeito e à dignidade de crianças/adolescentes” em virtude da exposição e sexualização da referida cantora²³¹. Todos os alunos conheciam o caso e souberam opinar.

Dessa sorte, foi proposta uma dinâmica na qual separou-se a turma em três grupos, sendo que o primeiro levantou os argumentos à favor da possibilidade da cantora mirim prosseguir com seu trabalho; o segundo grupo elencou os motivos impeditivos e o terceiro elegeu os melhores argumentos e, por fim, conjuntamente definiriam a melhor solução para o caso apresentado. O objetivo desse debate consistiu em ressaltar a proteção da criança e as restrições ao trabalho infantil pela ótica da exposição e sexualização precoces. Os contextos inapropriados à idade e à condição de sujeitos em desenvolvimento foram explicitados à vista de uma reflexão crítica, do raciocínio argumentativo e da dialeticidade.

No quarto encontro foram discutidas questões relacionadas ao trabalho do menor aprendiz e a lista de Piores Formas do Trabalho Infantil (lista TIP – De-

231. Disponível em: <http://g1.globo.com/musica/noticia/2015/04/ministerio-publico-abre-inquerito-sobre-sexualizacao-de-mc-melody.html>. Acesso em 20 de setembro de 2016.

creto nº 6.481/08). A proposta era expor aos alunos a possibilidade de trabalhar regularmente, desde que respeitadas a idade mínima, a condição de sujeitos em desenvolvimento e as especificidades do trabalho, tendo por escopo prepará-los para futura inserção no mercado de trabalho.

Com o propósito de demonstrar os contextos trabalhistas prejudiciais ao público infanto-juvenil, procurou-se exemplificar e discutir as piores formas de trabalho infantil discriminadas na lista TIP. Tendo em vista que diversos enunciados eram desconhecidos pelos alunos, houve a necessidade de justificar a motivação para incluí-los na listagem, pois em uma análise preliminar e superficial alguns itens causaram estranheza nos alunos, a exemplo do artesanato.

A discussão acerca da justificativa para legislar de modo específico sobre as piores formas de trabalho infantil foi muito relevante; tal aspecto foi abordado com o intuito de demonstrar a essencialidade de garantia dos direitos infanto-juvenis. Ressaltou-se a vedação de práticas perigosas e insalubres a fim de conscientizar os alunos sobre a proteção do pleno desenvolvimento de crianças e adolescentes.

O quinto encontro foi destinado à preparação para as atividades a serem realizadas no Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3). Os membros do projeto em conjunto com os alunos da escola parceira elaboraram um caso envolvendo trabalho doméstico infantil, simulando um processo judicial com a apresentação de uma reclamação trabalhista, contestação e todos os elementos necessários ao desenvolvimento de uma audiência a ser simulada no dia da visita e conduzida por uma juíza do trabalho.

Assim, os alunos foram instruídos a dividirem os papéis de reclamante, representante, reclamado, advogados e testemunhas, sendo estimulados, também, a elaborar provas que eventualmente poderiam instruir o processo. Dessa forma, os alunos exerceram a criatividade a fim de pensar em formas de provar o direito. Tal atividade possibilitou a participação efetiva na prática jurídica, aproximando os temas tratados da realidade enfrentada nas Varas do Trabalho. Ainda, proporcionou-se aos alunos conhecer as partes e suas respectivas funções dentro do processo trabalhista bem como entender a atuação do juiz, ou seja, de modo geral, consolidou-se o conceito de acesso à Jurisdição tratado nos encontros anteriores enquanto uma das vias de acesso à Justiça.

Por conseguinte, no encontro posterior ocorreu a visita ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3), onde os alunos participaram de um *tour* guiado por historiadoras à Exposição Trabalho & Cidadania, organizada pelo Centro de Memória da Escola Judicial do TRT3, no qual houve exposição de imagens,

vídeos, mapas, discursos e músicas, contextualizados à história do trabalho, o que propiciou a conexão com os temas abordados nos encontros realizados na escola parceira. A história indígena, escravocrata, industrial e, posteriormente, a legislação garantista foram os principais pontos, perpassando os tempos primórdios até a atualidade, permitindo aos alunos delinear todas as formas de existência de trabalho desde sua origem, bem como a evolução da proteção ao trabalhador através dos direitos paulatinamente conquistados.

Após explicação sobre o funcionamento do judiciário trabalhista, a magistrada Dra. Ângela Castilho Rogedo Ribeiro presidiu a audiência simulada, na qual os alunos desempenharam seus papéis, de forma criativa, superando as expectativas pensadas para a atividade. Os envolvidos trouxeram leis para fortalecer os argumentos, buscaram provas além das sugeridas, utilizaram termos jurídicos de modo a expor um profundo engajamento e verdadeira ligação com o trabalho infantil discutido pela perspectiva protetiva.

O encerramento ocorreu na sala das profissões, onde foi projetado um vídeo da Desembargadora Dra. Adriana Goulart de Sena Orsini, professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais e coordenadora do projeto “RECAJ nas Escolas: Acesso à Justiça pela via dos Direitos Infante-Juvenis”, sobre a importância do combate ao trabalho infantil, ilustrado por uma criança sendo submetida ao trabalho doméstico. O caso demonstrado reforçava a ilegalidade e malefícios do trabalho doméstico infantil, o qual interfere no desenvolvimento e formação da criança e do adolescente, aspecto ressaltado nos encontros anteriores. Através do vídeo e dos momentos anteriores, restou claro a obrigatoriedade de proteger e efetivar os direitos infante-juvenis, tantas vezes reforçado com os alunos.

Por último, o sétimo encontro teve o escopo de captar dados estatísticos acerca das ações extensionistas e, para tanto, os membros do projeto formularam um questionário com perguntas breves e objetivas a serem respondidas pelos alunos participantes.

2.2 Resultados

Após a coleta das informações, os resultados foram dispostos em gráficos e uma análise pormenorizada resultou nas conclusões a seguir:

Ao serem questionados “*se já trabalharam*”, 20,8% dos alunos afirmaram que “*sim*”, o restante dos entrevistados declarou que “*não*”, somando 79,2%. Os dados coletados também demonstraram que a maioria, 58 no total de 72 alunos, compartilharam o que aprenderam acerca do trabalho infantil com familiares e amigos.

Dentre os temas de preferência da amostra, o assunto considerado mais interessante foi o contrato de aprendizagem. Além disso, 95,8% da amostra declarou interesse em dar continuidade à participação nos encontros promovidos pelo projeto “RECAJ nas Escolas: Acesso à Justiça pela via dos Direitos Infanto-Juvenis”, demonstrando significativa receptividade à proposta, com mudanças perceptíveis no ambiente escolar.

Em se tratando da visita ao Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3), quando questionados sobre “o que mais apreciaram”, 18,3% responderam “conhecer o tribunal”; 21,1% “conhecer uma juíza/desembargadora”; 29,6% “audiência simulada”; 19,7% “conversa com as juízas” e 11,3% “sala das profissões”. Ademais, 31 dos 33 alunos que participaram da visita ao TRT3 declararam ter compartilhado o que aprenderam.

Em linhas sintéticas, conclui-se que as referidas ações extensionistas tem recebido retorno positivo por parte dos alunos, que, como exposto alhures, demonstraram adesão e interesse pela proposta. Além disso, notou-se significativa receptividade ao projeto “RECAJ nas Escolas: acesso à Justiça pela via dos Direitos Infanto-Juvenis”, com mudanças perceptíveis no ambiente escolar, principalmente com relação ao enfrentamento dos conflitos e consciência dos direitos e deveres. Em análise última, conclui-se que as ações de extensão universitária vem contribuindo para o desenvolvimento, em *ultima ratio*, da cultura da paz.

3 CONCLUSÃO

Conforme exposto, as ações de extensão universitária oriundas do projeto “RECAJ nas Escolas: acesso à Justiça pela via dos Direitos Infanto-Juvenis” proporcionaram um espaço para aprendizagem mútua, cujos reflexos foram considerados proveitosos pelos alunos participantes da Escola Afonso Pena, assim como pelos extensionistas. Enquanto prática de extensão universitária comprometida com a formação de uma cidadania expandida do ponto de vista ético, técnico-científico, social, cultural e territorial, gerando o empoderamento e o protagonismo do público envolvido. Da mesma forma, aproxima os alunos do ensino superior dos alunos do ensino fundamental, propicia a interação dialógica e estimula a democratização do conhecimento, colocando em relevo a contribuição dos atores não-universitários em sua produção e difusão e a formação de novos saberes.

Nessa lógica, conclui-se que o desenvolvimento das ações extensionistas ocorreram em consonância com os preceitos de acesso à Justiça pela via dos direitos, à vista da construção de uma sociedade mais consciente e atuante. Assim,

o tratamento de aspectos atinentes ao Direito, além da promoção do conhecimento e divulgação de informações relevantes aos jovens, incitaram a curiosidade sobre as questões jurídicas que permeiam o contexto infanto-juvenil, inclusive, uma das conquistas decorrentes das práticas extensionistas foi a assimilação pelos alunos da sua condição de sujeitos ativos na efetivação de seus direitos.

De outra perspectiva, as referidas ações também proporcionaram aos extensionistas uma experiência para além da prática acadêmica - uma prática da cidadania, transformando a teoria apreendida no Curso de Direito em atuações concretas, socialmente relevantes. Dessa forma, foi possível visualizar o Direito na realidade do cotidiano, permitindo a percepção de uma abordagem macro, deveras significativa no desenvolvimento de um acadêmico e futuro aplicador do Direito.

Em análise última, as ações de extensão universitária, enquanto práticas pedagógicas adequadas ao contexto escolar e voltadas para o tratamento de temas jurídicos relativos a vida cotidiana de crianças e adolescentes, possibilitam o empoderamento dos mesmos e, conseqüentemente, propicia ao público infanto-juvenil e àqueles com os quais convivem, planejar e empreender ações conscientes mais efetivas em defesa de seus direitos.

4 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVRITZER, Leonardo; MARONA, Marjorie; GOMES, Lilian. Cartografia da Justiça no Brasil: uma análise a partir de atores e territórios. São Paulo: Saraiva, 2014.

BROCHADO, Maria. Consciência Moral e Consciência Jurídica. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MARONA, Marjorie Corrêa. Acesso à qual justiça? A construção da cidadania brasileira para além da concepção liberal. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Federal de Minas Gerais, 2013.

MARTINS SCHEER, Milene de Alcântara. A dimensão objetiva do direito fundamental ao acesso à justiça e a efetividade da norma constitucional. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Editora Revista dos Tribunais. v. 14, n. 54, p. 276-291, jan/mar. 2006.

ORSINI, A.et. al. RECAJ nas escolas: promoção de cidadania e formas alternativas de resolução de conflitos no ambiente escolar. Revista extensão. Cruz das Almas, BA: Universidade Federal do Recôncavo da Bahia. Pró-Reitoria de Extensão. v.3, n.1, p.191 -201, setembro/2012. Disponível em www.ufrb.edu.br/revistaextensao/index.../download. Acesso em: 20 de setembro de 2016.

PARCERIA ENTRE TERCEIRO SETOR E ESTADO NO ESTIMULO AO PROTAGONISMO DOS ADOLESCENTES SOCIOEDUCANDOS

Gabriela Moreira de Oliveira²³²

Introdução

No Brasil, a proteção dos direitos das crianças e adolescentes foi assegurada a partir da Constituição Federal (CF) de 1988, baseada em um discurso inovador sobre a proteção desses jovens, adotando a Doutrina da Proteção Integral em contraposição à ideologia defendida no Código de Menor anterior vigente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) veio atender aos direitos garantidos na CF, criando uma série de diretrizes a serem seguidas pelos diversos órgãos e instituições que trabalham com esse público. Em 2006, através do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), foi instituído o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), que teve a finalidade de regulamentar o atendimento aplicado aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas referentes a prática de atos infracionais.

Tendo em vista que as formas de auxílio das Organizações não Governamentais (ONGs) ao Estado têm previsão expressa no ECA, esta pesquisa busca focar na proposta de projeto do Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc) sobre a aplicação das políticas públicas que envolvem medidas socioeducativas, mesmo que se trate de um trabalho realizado em menor escala quando se compara a uma política pública universal, porquanto contribui de forma relevante para a efetivação da cidadania dos adolescentes.

O presente artigo objetivou investigar através de uma análise qualitativa a influência do Projeto Onda, desenvolvido pelo Inesc, em parceria com as instituições do governo responsáveis pelas medidas socioeducativas, na ressocialização do jovem e como este é capaz de estimular o protagonismo dos adolescentes da Unidade de Atendimento Socioeducativo de Santa Maria (UISM), do Distrito Federal.

232. Bacharel em Gestão de Políticas Públicas pela Universidade de Brasília (UNB).

Para fins deste trabalho, entende-se por protagonismo o empoderamento do discurso pelos adolescentes, possibilitado pelas oficinas do Projeto Onda. Além disso, é importante esclarecer que por instituições do governo responsáveis pelas medidas socioeducativas serão considerados neste estudo a Secretaria da Criança, Adolescente e Juventude do Distrito Federal, a Secretaria de Educação do DF e a Unidade de Internação de Santa Maria.

A coleta de dados foi feita através de uma imersão promovida pela residência em políticas públicas, que é uma das modalidades de Trabalho de Conclusão do curso de Gestão de Políticas Públicas da Universidade de Brasília (UnB). Foram utilizados como procedimentos metodológicos observação participante, análise documental e entrevistas individuais semiestruturadas.

Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA

Com a implementação do estatuto, algumas mudanças (como a descentralização político-administrativa do Estado junto à atuação em rede de atendimento com a participação e co-gestão da sociedade civil) foram instituídas sem oposição à antiga estrutura hierárquica e centralizadora do regime anterior. A partir daí, temos previsão da criação do Conselho Municipal de Direitos da Criança e o Conselho Tutelar, que oferece a possibilidade do controle educativa, considerando a natureza de desenvolvimento dos jovens e se opondo à concepção assistencialista composta na lei anterior.

O Estatuto foi dividido em dois livros: o da proteção dos direitos fundamentais à pessoa em desenvolvimento; e a regulamentação dos órgãos e procedimentos protetivos. No segundo livro, encontra-se a política de atendimento, as medidas de proteção, a prática de ato infracional, as medidas pertinentes aos pais ou responsáveis, o Conselho tutelar, o acesso à Justiça e os crimes cometidos contra a criança e ao adolescente.

O ECA prevê as medidas socioeducativas aplicadas aos adolescentes que praticam atos infracionais. Essas medidas dispõem de um objetivo de caráter reeducador para esses jovens.

Com relação à discussão filosófica do verdadeiro significado dessas medidas, é possível identificar visões como a de José Valente (2002), que acredita nessas medidas como sendo uma ressocialização para o menor e uma proteção para a sociedade. A percepção de uma natureza voltada para a punição e repressão em detrimento do caráter educativo é apontado por Saraiva (2002) em oposição ao ponto de vista anterior.

Apesar das diferentes concepções a respeito do tema, Arruda cita que “Não se pode negar que as medidas socioeducativas possuem conteúdo redistributivo, com a finalidade de criar no adolescente um senso do que é certo e o que é errado, do que é permitido se fazer e do que não é aceito pela sociedade. ” (ARRUDA, 2013, p.44)

Para o êxito das políticas ressocializadoras, é preciso um olhar diferenciado para o público atendido, objetivando um trabalho de inclusão das famílias e uma inserção social cautelosa. Para isso são necessárias mudanças dos paradigmas dominantes na sociedade sobre esse público. Paiva (2007).

Um dos pontos discutidos por Abad (2003) com relação ao insucesso das políticas públicas voltadas para os jovens é a existência de um caráter “apolítico”, onde há uma abrangência de interpretações burocráticas que não incluem o adolescente enquanto protagonista dotado de legitimidade política para debater assuntos de seu interesse.

Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE

Sancionado em 2012, o SINASE foi criado com o objetivo de regulamentar a configuração de como o Poder Público, junto a seus diversos órgãos e agentes, terá de prestar o atendimento em que adolescentes atores de ato infracional desfrutem de direitos. Além disso, tem a finalidade de oferecer o espaço para a ressocialização e prevenção a recidiva de crimes.

O SINASE é respaldado em uma série de princípios que norteiam as suas regulamentações, um deles é o princípio da mobilização da opinião pública com a finalidade da participação dos diversos segmentos da sociedade na política pública. (SINASE, 2012). Esse sistema estipulou a participação da sociedade civil na instituição de programas e projetos voltados ao adolescente inserido na condição de cumprimento de medida educativa. Essa Lei veio fortalecer a obrigatoriedade do cumprimento do ECA, tendo em vista os problemas enfrentados na falta de obediência ao estatuto.

O Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente (SGD) é constituído pela política do SINASE, que tem como propósito a inserção da Doutrina da Proteção Integral no âmbito das diversas esferas do Estado.

Projeto Onda e a experiência de Santa Maria

Criada em 20 de março de 2014, a Unidade de Internação de Santa Maria é composta por 10 módulos área de saúde, espaços para oficinas profissionalizan-

tes, escola, área para visitantes, teatro de arena, espaço ecumênico, refeitórios, ginásio coberto, campo de futebol, lavanderia e horta. (SECRINANÇA DF, 2015). Esta unidade é direcionada aos socioeducandos sentenciados em cumprimento de medida socioeducativa de internação e às socieoducandas em cumprimento de internação estrita e provisória. Com capacidade para 140 internos, no período desta pesquisa a unidade estava com um efetivo de 146 adolescentes internados, sendo que 122 eram meninos e 24 meninas.

Desde sua criação, o Inesc escolheu como área-foco o orçamento público como objeto de análise para as políticas públicas. Devido a isso, suas ações estavam direcionadas aos direitos humanos e às desigualdades sociais. Entre esses segmentos se encontra a Infância e a Adolescência.

Com início em 2007, objetivou-se a criação de uma metodologia de formação disposta a adolescentes, na qual a finalidade é colaborar para “o desenvolvimento da autonomia política, para a organização de suas próprias incidências e para a divulgação de suas preocupações e descobertas” (ACIOLLI, 2013, p. 51). A ideia teve origem na necessidade de algo simples e complexo que fosse chamativo, sem abandonar a consistência do conteúdo.

Dessa forma, foram criadas oficinas estruturadas a partir de assuntos atuais e relevantes para o Brasil, adaptados para as comunidades em que será trabalhado o projeto e, “com isso, (...) incorporar debates sobre Reforma Política, Plano Nacional de Educação, Violência Sexual, Racismo, Cultura como Direito entre outros” (AIOLLI, 2013, p. 52). Além disso, são organizados grandes eventos que agregam todas as escolas, gerando ambientes propícios para diferentes discussões.

Com a parceria entre o Inesc, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescentes (CONANDA) e o Fundo Nacional das Nações Unidas para a Infância (Unicef), foi criado o Projeto Criança no Parlamento, que deu origem à Oficina Processo Legislativo, em que são elaboradas atividades de formação sobre o funcionamento e a função do parlamento na qualidade de espaço aberto de diálogo com a sociedade civil, contando com a colaboração de penalidades que estejam diante das discussões sobre os temas e com experiência no parlamento.

O público trabalhado é preferencialmente aquele oriundo de escolas públicas, uma vez que esse ambiente é considerado pelo Inesc o ideal para o desenvolvimento da educação para a cidadania. Assim, ao início dos trabalhos, os alunos se voluntariam para adentrar no projeto, que pode envolver de dez a sessenta pessoas. As oficinas são divididas em dois blocos: o dos Direitos Humanos e o da Educação de Qualidade.

O primeiro bloco, que tem como objetivo contribuir para que adolescentes se percebam como sujeitos de direitos e conheçam alguns princípios dos direitos humanos, é, por sua vez, subdividido nos seguintes temas: Direitos Humanos de Crianças e Adolescentes; Participação Democrática; Reforma Política; Orçamento Público e Comunicação. Para cada um desses temas foram desenvolvidas oficinas diferenciadas que, baseadas em atividades participativas, fundamentadas nos princípios da arte-educação, da educação popular e da edcomunicação. “ (Projeto onda: adolescentes em movimento pelos direitos, 2013, p. 52)

A partir desta metodologia é possível observar a solidificação do discurso dos adolescentes, possibilitando o seu protagonismo na cobrança de seus direitos.

4.1 Protagonismo juvenil na Unidade de Atendimento de Santa Maria

Com relação à percepção sobre a eficácia do Projeto Onda em referência ao protagonismo juvenil dos adolescentes da Unidade de Atendimento Socioeducativo de Santa Maria, pode-se entender que as ações do Inesc parecem ser eficazes no que diz respeito à mudança de comportamento do público participante. De acordo com Marcia Acioli (2016), coordenadora do Projeto Onda, os retornos são de que há uma melhora na convivência do grupo das socioeducandas participantes do projeto, além da apropriação de debate sobre direitos humanos, em que elas se colocam em um cenário de direito e não apenas como infratoras, reconhecendo também que a ausência de direitos fora da instituição foi uma das causas para o cometimento dos atos infracionais.

Ademais, a coordenadora do projeto acredita que essas atividades desenvolvem uma capacidade de suportar aquele ambiente. No entanto, é importante elencar que, para o sucesso de um trabalho eficaz na ressocialização, é preciso o acompanhamento e suporte dos egressos das unidades.

Em uma entrevista informal com uma ex-socioeducanda, ela expõe que, ao sair da unidade, se sentiu perdida e sem amparo, com uma grande tentação em voltar para a realidade que conhecia antes de ser internada. Porém, teve o amparo de uma professora da Universidade de Brasília, que lhe ofereceu estágio e uma oportunidade de estudo, fazendo com que a ex-interna fosse capaz de conhecer

outras formas de realidade e, dessa forma, ter o auxílio que precisava para seguir a vontade de sair daquele universo de infração.

Foi possível observar que não há um acompanhamento sistematizado com os egressos da Unidade de Internação de Santa Maria que participaram do Projeto Onda. Mas, de acordo com Marcia Aciolli (2016), ações já estão sendo pensadas para trabalhos sistematizados com o público-alvo. Da mesma forma, não há um acompanhamento persistente por parte do Inesc na condução de algumas demandas às instituições do governo. Esses problemas podem se dar em função da pequena equipe disponibilizada para a atuação do projeto.

Outro ponto a ser refletido sobre a eficácia das ações seria em relação às audiências públicas sobre o sistema socioeducativo. Na audiência de maio de 2016, o assunto mais demandado pelo público socioeducativo foi a periodicidade das aulas nas unidades; o respeito aos pais durante a revista; a oferta de materiais de higiene pessoal, de medicamentos e de colchões.

O Secretário de Estado da Secretaria da criança, em entrevista feita para o presente trabalho, informou que foram tomadas medidas para sanar as reivindicações feitas durante a audiência pública. De acordo com o secretário, as aulas já foram retomadas devido ao remanejamento de pessoal e a contratação de agentes socioeducativos temporários, possibilitando a escolta dos jovens aos módulos de escola. Além disso, já foram adquiridos colchões para as unidades e trocadas todas as diretorias das unidades, porque estas estavam em conflito com as normas da Secretaria da Criança, consubstanciado em tratamentos inadequados aos jovens das unidades. Ademais, o concurso para a contratação de novos funcionários já está em andamento, além de algumas propostas imediatas para a solução dos problemas que demandam atendimentos prioritários, como a troca de horário de expediente dos servidores, para horário comercial, que proporciona reestabelecimento das aulas (ARAUJO, 2016).

Segundo o Gestor da secretaria da criança, a maioria destes problemas ocorreram devida a crise enfrentada pelo Governo do Distrito Federal (GDF), o que provoca greves nas unidades e o embaraço de muitas atividades. No entanto, através do diálogo com os servidores e os diversos órgãos, foi possível solucionar alguns problemas imediatos que o sistema vem passando. Somado a isso, foi lançado, no dia 23 de junho de 2016, o Plano Decenal do Sistema Socioeducativo do DF, que de acordo com o Secretário, é um marco positivo para o cumprimento dos direitos dos jovens do sistema socioeducativo. (ARAUJO, 2016).

Parceria entre ONG e Estado

O Inesc estabelece parcerias informais com a Unidade de Internação de Santa Maria e a Secretaria de Educação. Em relação à parceria formal com a Secriança, ocorrem muitas dificuldades burocráticas. Segundo Aciolli (2016), o pedido foi feito pelo Inesc no início do ano de 2015 e até a data da entrevista (mais de um ano depois) não foi oficializado, mesmo que se trate apenas de um termo simples que não exige a participação de recursos nem de logística por parte do governo. A partir da entrevista com a representante da Secriança, Ribeiro (2016), foi indagado o porquê desse impasse, momento no qual ela explicou que a grande dificuldade para a referida oficialização era a constante troca de gestão dos responsáveis na Secretaria, fazendo com que os gestores desconhecessem as demandas anteriores. A partir da entrevista realizada com a responsável da Subsecretaria do Sistema Socioeducativo, Soares (2016), foi demonstrado interesse na oficialização da parceria com o Inesc pela Secretaria da Criança.

Com relação à parceria entre o Inesc e as instituições do governo responsáveis pelas medidas socioeducativas, para o Inesc, há interesse em realizar uma parceria formal com o governo. Dessa forma, esse tem maior legitimidade e segurança para executar seu projeto, dando mais segurança a seus colaboradores e uma maior facilidade na interação com os diferentes parceiros, assim, facilitando a ampliação de sua área de atuação.

Com relação à sugestão de esquema de análise da Parceria ONG's e Estado, Ckagnazaroff e Guimarães (1996) sugerem quatro recursos para a interpretação dessas parcerias, são elas:

- Pessoal, que infere o apoio político que os representantes das organizações escolhidas possuem e a identificação destes com a parceria. “Os conflitos nas relações interpessoais podem afetar as negociações e o andamento dos processos decisórios.” (CKAGNAZAROFF; MOTA; PORTUGAL, 2005, p.9);

- Conceitual-Estratégica, que trata da carência de entendimento compartilhado sobre o que engloba as atividades em parceria, suas demandas e ameaças, que podem ser questões que devam ter atenção por parte dos atores envolvidos;

- Organizacional - aspecto traz a reflexão sobre possíveis diferenças de característica gerencial e organizacional entre as organizações que podem afetar o processo; e- Político – perspectiva que se refere às disputas políticas que geram entraves nas relações entre os parceiros.

Para fazer uma reflexão sobre a parceria ONG e Estado, será sintetizado no Quadro 2 um instrumento de análise baseado no tema, adaptado à realidade es-

tudada por meio de informações obtidas nas entrevistas realizadas com o Inesc e com a Secretaria da Crianças, e nos documentos fornecidos pelo Inesc sobre a Secretaria de Educação.

Quadro 2: Instrumento de análise da Parceria entre Estado e ONG

Instrumentos de análises da Parceria entre Estado e ONG		
Dimensões	Perguntas	Respostas
Pessoal	Como e por que os representantes das instituições do governo responsáveis pelas medidas socioeducativas foram escolhidos para interagir com a ONG?	É importante ressaltar que a ONG não escolheu os representantes, eles já têm os seus cargos e suas atribuições estabelecidas pelo órgão, no entanto a uma maior afinidade com algumas pessoas do grupo responsável pela parceria. (ACIOLLI,2016).
	Que respaldo institucional eles possuem?	Com relação a UISM, é o corpo diretivo da Unidade que conversa com o Inesc, com relação a Secriança, vários interessados como o próprio secretário, a subsecretaria do Sistema Socioeducativo e a Subsecretaria de Promoção de Políticas para Criança e Adolescente. Já a Secretaria de Educação não se obteve informação.

Conceitual Estratégico	Como a parceria está alinhada ao plano de trabalho de cada um dos envolvidos?	A parceria se alinha com a política de Direitos Humanos e da educação voltada para o público de adolescentes que cumprem uma medida socioeducativa
	Qual a percepção dos atores envolvidos sobre as possíveis vantagens e desvantagens da parceria?	Vantagens ONG: Maior publicidade as ações do projeto, maior peso institucional para o Inesc, maior segurança e legitimação das ações, maior acolhimento institucional, maior facilidade em ampliar sua área de atuação. Desvantagens ONG: Ideologias contrárias com a atual política que provocam ruídos na implementação do projeto. Grande burocracia que impede a celeridade de muitas demandas levantadas pela ONG. Vantagens Sec. Educação: Acrescenta aos parceiros uma metodologia reconhecida, testada e premiada, não a dispêndios por parte deste ator, auxilia na ressocialização dos adolescentes. Desvantagens Sec. Educação: Há uma maior cobrança por parte da ONG para a realização das demandas da sociedade.
Organizacional	Que diferenças existem entre os processos decisórios das organizações envolvidas e como eles afetam a parceria?	INESC: processo decisório horizontal com autonomia de todo o grupo de trabalho. Inst. Gov. (Sec. Educação, Sec. Criança e UISM): Processo decisório hierárquico que não divulga eficientemente as informações, lógica prisional em detrimento da educacional. Essas diferenças provocam tensão na interação desses atores.
	Que recurso cada uma possui e como são empregados?	Inst. Gov. (Sec. Educação, Sec. Criança e UISM): Autonomia para decidir o nível de Implementação do projeto, com relação aos tipos de oficina. ONG: Financiamento Internacional para o Projeto, capacidade de pressão no governo, metodologia eficaz do projeto, total autonomia financeira do projeto, apoio internacional, entre outros.

Político	Como a parceria é entendida pela alta gerência das organizações envolvidas?	Inst. Gov. (Sec. Educação, Sec. Criança e UISM): Implantação de melhores formas socioeducativas para a reintegração dos jovens. INESC: Legitimação das atividades desenvolvidas e aumento do alcance das ações do Projeto.
	Quão informado um parceiro está sobre os objetivos do outro em relação a parceria?	Bem informados.
	Qual a percepção que um parceiro possui sobre a atuação do outro no processo?	Apesar dos esforços de ambos os atores ainda se identificam dificuldades na comunicação entre eles.
	Qual é o papel de cada organização em relação ao objeto da intervenção da parceria?	INESC: executar as ações do projeto; responsabilizar-se integralmente pelo encaminhamento do projeto; promover reuniões com diretores para planejamento e avaliação do projeto; assegurar transporte, alimentação e o que for necessário para as atividades relacionadas ao Onda; participar de reuniões com as equipes para possíveis parcerias no campo pedagógico; comunicar aos atores envolvidos as informações sobre o andamento do projeto. Sec. Educação.: Tomar conhecimento do trabalho do projeto; apoiar a realização das atividades observando possíveis contribuições; distribuir os materiais produzidos pelos estudantes das instituições de ensino estimulando o seu uso pedagógico

Fonte: elaboração da autora

O quadro anterior agrupou perguntas (estipuladas pelo autor Ckagnazaroff e Portugal) e respostas obtidas através de entrevistas e pesquisa documental. Por meio dessa análise foi possível interpretar as quatro dimensões sugeridas pela literatura sobre parcerias e, desta forma, situar um desfecho para o objetivo de pesquisa em questão. Assim, entende-se a parceria entre Inesc e Instituições do Governo como:

No âmbito “Pessoal”, o apoio político que os representantes das organizações escolhidas possuem e a identificação destes com a parceria. Acontece através da interação com algumas pessoas das secretárias e da UISM.

Na esfera “Conceitual Estratégica”, que trata da carência de entendimento compartilhado sobre o que engloba as atividades em parceria, suas demandas e ameaças, entende-se que os objetivos de cada ente estão alinhados entre si, e apesar de existirem algumas dificuldades na interação entre eles, isso não supera as suas vantagens.

No domínio “Organizacional”, em que possíveis diferenças de característica gerencial e organizacional entre as organizações podem afetar o processo de interação, contatou-se que as diferenças de regime entre as organizações atrapalham, de certo modo, o desenvolvimento da parceria.

No alcance “Político”, onde as disputas políticas podem gerar entraves nas relações entre os parceiros, foi possível perceber que a maior dificuldade é a comunicação entre o Inesc e o governo, principalmente devido à troca constante do grupo gestor, o que obstaculiza significativamente o progresso da relação entre eles.

Feitas essas considerações, o desfecho deste trabalho será apresentado na subseção seguinte.

Considerações Finais

Ao longo do estudo, foi possível perceber que o Projeto Onda é sim capaz de estimular o protagonismo dos adolescentes da Unidade de Atendimento de Santa Maria. A pergunta foi respondida no momento em que as adolescentes da UISM foram à frente da tribuna no dia da audiência pública sobre a socioeducação para exigir seus direitos perante os atores que ali estavam; e não só os exigiram como também possibilitaram a reflexão de todos os presentes sobre a realidade daquelas adolescentes.

Os resultados obtidos mostram que as atividades socioeducativas promovidas pelo Projeto Onda dão grande respaldo às ações que levam ao protagonismo dos jovens da Unidade de Internação de Santa Maria, bem como o projeto possibilitou aos adolescentes desenvolverem grande entendimento relativo a diversos assuntos sobre direitos humanos e políticas públicas. Constata-se ainda que, apesar de informal, a parceria entre o Inesc e as Instituições de governo responsáveis pelas medidas socioeducativas vem sendo muito bem-sucedidas, o que contribui para sua futura formalização.

Mediante os resultados apresentados nesse trabalho, pode-se concluir que o Projeto Onda pode ser capaz de influenciar positivamente a política pública de socioeducação na Capital Federal. Isso pode ser visto, por exemplo, por meio do

Depoimento das internas da UISM, publicado na revista Descolad@s de 2016, divulgada pelo Inesc, que relata como se sentem na situação de menores em conflito com a lei. Elas relatam como o preconceito da sociedade e a falta de amparo e direcionamento dificultam a sua “ressocialização”.

Durante três meses foi feita a imersão no Projeto Onda na UISM. Nesse período, foi possível entrar em contato com o público beneficiário desse projeto, de forma a entender um pouco sua realidade e a capacidade crítica que desenvolvem.

Bibliografia

ABDALA, R. A.; ASSIS, L.B.; SANTOS, D. O. Parcerias entre Estado e Organizações do Terceiro Setor: Perspectivas e Desafios em dois Hospitais de Belo Horizonte e Brasília. IN.: Anais XXXVI ANPAD. Rio de Janeiro, 2012.

ACIOLLI, Márcia. Projeto Onda, Adolescentes em Movimento.1. ed. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2013.

ACIOLLI, Márcia, Coordenadora do Projeto Onda do Inesc. Entrevista concedida a autora deste trabalho. Brasília,01/06/2016.

ARRUDA, Érica Maia Campelo. A Política Pública de Atendimento Socioeducativo: O Caso do Distrito Federal. Dissertação de mestrado. Brasília, 2013.

ARRUDA, Érica Maia Campelo. Assessora de Regulação da Secretaria de Estado de Assistência Social e Direitos Humanos do Rio de Janeiro (SEASDH/RJ). Entrevista concedida a autora deste trabalho. Brasília, 05/05/2016.

ARAUJO, Aurélio, Secretário de Estado da Secretaria de Estado de Políticas para Crianças, Adolescentes e Juventude. Entrevista concedida a autora deste trabalho. Brasília,23/06/2016.

BOSCH, Margarita. “NGO’s and Development in Brazil: roles and responsibilities in a ‘new world order’”. In: David Hulme and Michael Edwards; “NGO’s. States and Donors: too close for comfort?” London, Macmillan Press, 1997.

BRESSER-Pereira, Luiz C. A Administração Pública Gerencial: estratégia e estrutura para um novo Estado. Brasília, ENAP, 1996.

- BROOKE, R. "Managing the Enabling Authority". Harlow: Logman, 1989.
- CALMON, P.; COSTA, A. Redes e Governança das Políticas Públicas. Centro de Estudos Avançados de Governo e de Administração Pública - CEAG. Brasília, 2013.
- CKAGNAZAROFF, Ivan Beck; PORTUGAL, Susane Mayer; MOTA, Nomaston Rodrigues. Parceria ONG – Estado: Sugestão de um Esquema de Análise. In.: Anais VIII SEMEAD – Seminário em Administração. São Paulo: FEA-USP,2005.
- CONANDA – Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. Parâmetros de Funcionamento dos Conselhos Tutelares. Brasília, 2001.
- DINIZ, Adriana Silva. A Parceria Entre Poder Público e Instituições não Governamentais na Implementação de Programas Sociais: Análise do Programa Projovem No Município de Contagem. Congresso Internacional Governo, Gestão e Profissionalização em âmbito Local Frente aos Grandes Desafios do Nosso uTempo. 2013. Disponível em > <http://www.fjp.mg.gov.br/index.php/docman/eventos-1/4o-congresso-internacional/eixo-4/428-4-8-format-a-parceria-entre-poder-publico-e-instituicoes-nao-governamentais-na-implementacao-de-pro/file> > Acessado em: 05/11/2015
- FISCHER, Tânia; MELO, Vanessa P. Organizações e interorganizações na gestão do desenvolvimento sócio-territorial. Revista Organizações & Sociedade, v. 11, ed. especial, 2004.
- FLEURY, Sonia. Redes de políticas: novos desafios para a gestão pública. Administração em Diálogo, nº 7. São Paulo, 2005.
- GOMIDE, Paula. Menor Infrator – A caminho de um novo tempo. 2. ed. Juruá. 1998.
- GRAU, Nuria Cunill; PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Lo Público No-Estatal en la Reforma de lo Estado. Buenos Aires: Editorial Paidós. 1998
- Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC): Quem Somos > disponível em: <http://www.inesc.org.br/quem-somos> Acessado: 20/10/2015

HJERIN, B. e Porter, D. 'Implementation Structures. A New Unit of Administrative Analysis. In: HILL, M. e HAM, C. The Policy process in the Modern Capitalist State. Harvest, Nova Iorque, 1993.

HULME, David; EDWARDS, Michael: "NGO's, States and Donors an overview" In: Hulme, D. and Edwards, M. (eds) NGO's, States and Donors. Too close for confort?, London, Macmillan Press, 1997
KISIL, Marcos. "Organização social e desenvolvimento sustentável: projetos de base comunitária". In: Terceiro Setor – desenvolvimento social sustentado. Evelyn Berg Ioschpe (Org.). Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra, 1997.

LEWIS, David. "The managemant of Non-Governmental Development Organizations". London: Routledge, 2001.

LIMA, F. S.; VERONESE J. R. P. O Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE): breves considerações. Rev. Bras. Adolescência e Conflitualidade, 2009.

LIPSKY, Michael. Street-level bureaucracy. New York: Russell Sage Foundation, 1980.

LOTTA, Gabriela. O papel das burocracias do nível da rua na implementação de políticas públicas: entre o controle e a discricionarietà. In: FARIA, C. A (org). Implementação de Políticas Públicas. Teoria e Prática. Editora PUCMINAS, Belo Horizonte, 2012

MULLER, Pierre; Surel, Yves. A Análise das políticas públicas. Tradução de Agemir Bavaresco e Alceu Ferraro. Pelotas, Editora da Universidade Católica de Pelotas (Educat), 2002.

NOLETO, Marlova Jovchelovitch. Parcerias e alianças estratégicas: uma abordagem prática, Editora Global, 2001.

OHMAE, K. The Global Logic of Alliances. Harvard Bussiness Review, March/April, 1989.

PALUDO, Augustinho. Administração Pública. 3ª edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

RIBEIRO, Perla, Coordenadora da Subsecretaria de Promoção de Políticas para Criança e Adolescente da Secretaria de Estado de Políticas para Crianças, Adolescentes e Juventude. Entrevista concedida a autora deste trabalho. Brasília, 02/06/2016.

Presidência da República: Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm Acessado: 20/10/2015

REBOLÇAS, Hellem Silveira. As Medidas Socioeducativas Aplicáveis aos Adolescentes em Conflito Com a Lei Penal: Uma Análise da problemática de sua Reinserção Social. Monografias Brasil Escola. Brasília, 2013. > disponível em: <http://monografias.brasilecola.com/direito/as-medidas-socioeducativas-aplicaveis-aos-adolescentes-conflito-com-lei-penal.htm> > acessado em: 02/10/2015

RESENDE, T. A. Roteiro do Terceiro Setor. 2ª ed. Belo Horizonte: 2003.

Secretaria de Estado de Educação, A Secretaria. 2015 > disponível em > <http://www.se.df.gov.br/sobre-a-secretaria/publicacoes-da-sedf/517-manuais.html> > acessado em: 01/05/2016

Secretaria Especial dos Direitos Humanos (SEDH). Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE. Brasília-DF: CONANDA, 2006.

Secretaria de Estado de Políticas para Crianças, Adolescentes e Juventude. A Secretária. 2015. > . <http://www.crianca.df.gov.br/subsis/geinpe-gerencia-de-internacao-provisoria-e-estrita/346.html> > acessado em 02/12/2015

Secretaria de Estado de Políticas para Crianças, Adolescentes e Juventude. SUBSIS. 2015. > . Disponível em <http://www.crianca.df.gov.br/sobre-a-secretaria/a-secretaria.html> > acessado em 02/12/2015

SILVA, P.L.B. & MELO, M.A.B. O Processo de Implementação de políticas públicas no Brasil: Características e Determinantes da Avaliação de Programas e

Projetos. Campinas: Universidade Estadual de Campinas – UNICAMP, Núcleo de Estudos de Políticas Públicas – NEPP. Caderno nº 48. 2000.

SISTEMA INTEGRADO DE NORMAS JURÍDICAS DO DISTRITO FEDERAL – SINJ-DF. PORTARIA Nº 257, DE 10 DE OUTUBRO DE 2013. > disponível em: http://www.tc.df.gov.br/sinj/BaixarArquivoNorma.aspx?id_file=89c126b7-688f-3794-b6ab-7524f32d804f > acessado em: 02/12/2015

SOARES, Tatiana, Coordenadora de Internação da Subsecretaria de Sistema Socioeducativo da Secretaria de Estado de Políticas para Crianças, Adolescentes e Juventude. Entrevista concedida a autora deste trabalho. Brasília, 02/06/2016.

SOUZA, Raquel; ZAVALA Rodrigo. Permanecer na escola tira jovens do crime, diz pesquisa. Publicado dia 06-03-01, Folha on-line. Disponível: <http://www1.folha.uol.com.br/folha/dimenstein/sonosso/gd060301.htm#subir> Acesso dia 08/10/2015

TENÓRIO, Fernando G.; SARAVIA, Enrique J. Escorços sobre gestão pública e gestão social. In: MARTINS, Paulo E. M.; PIERANTI, Octavio P. (Orgs.). Estado e gestão pública: visões do Brasil contemporâneo. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

VERONESE, Josiane Rose Petry... [et al]. Infância e adolescência, o conflito com a lei: algumas discussões. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2001.

WERTHEIN, Jorge. Escola e família devem atuar juntas: jovens infratores. Publicado dia 24 de maio de 2011. > disponível em: <<http://jorgewerthein.blogspot.com.br/2011/05/escola-e-familia-devem-atuar-juntas>. > Acesso em: 2/10/2015

MEIO AMBIENTE: UMA ANÁLISE SEGUNDO O DIREITO AMBIENTAL E A ECONOMIA ECOLÓGICA

Hugo Rogério Grokskreutz ²³³

1 - Direito Ambiental e seus objetivos.

Ligado a grande área da Ciência Social Aplicada o Direito é a ciência que trata das normas jurídicas e que possui seus princípios próprios, visando estabelecer a paz e o equilíbrio social na busca e manutenção de bens jurídicos. O direito também é tido como norma, como faculdade, como aquilo que é justo, como ciência e como um fato social, e ao contrário do que se pode imaginar todas estas características se complementam (MONTORO, 2000, p. 52-53).

“Como fato social e histórico, o Direito se apresenta sob múltiplas formas, em função de múltiplos campos de interesse, o que se reflete em distintas e renovadas estruturas normativas”. (REALE, 2002, p. 03).

E uma destas estruturas normativas existentes é o Direito Ambiental, que por sua vez, é um ramo do Direito Público detentor de normas e princípios próprios que tem por desígnio salvaguardar o meio ambiente, no sentido de permitir a convivência entre todos os seres vivos e os ambientes naturais, artificiais e culturais autorizando assim uma conexão saudável e harmônica entre a fauna, flora e os aludidos ambientes. Para tanto, o direito ambiental pode gerar reflexos na esfera administrativa, civil e até mesmo penal.

O direito ambiental tem por objeto regular as relações entre o homem e o meio ambiente, assim entendido como a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as formas (DEBBEIS, 1999, p. 27).

233. Professor da Faculdade La Salle de Lucas do Rio Verde - MT, bacharel em Direito pela Faculdade Integrado de Campo Mourão, pós-graduado em Ciências Penais e pós-graduado em Direito Constitucional ambas pela Universidade Anhanguera Uniderp, advogado, e-mail: hugorogério.advogado@gmail.com

Denota-se que o Direito Ambiental tutela uma estrutura de bens jurídicos que dependem um do outro para a manutenção de todos, pois, à ausência de qualquer um destes poderá causar um desequilíbrio sobre os demais, como uma engrenagem que prejudica o desempenho de todas as outras.

Na República Federativa do Brasil o meio ambiente é legalmente conceituado pelo art. 3º da Lei 6.938/81 que trata da Política Nacional do Meio Ambiente e que assim dispõe:

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

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

Omissis.

Cada um destes elementos que compõe o meio ambiente pode ser considerado como um bem-jurídico que obviamente é protegido pela legislação e tornam-se um direito de todos os seres vivos, principalmente do homem. Em verdade a referida norma infraconstitucional foi recepcionada e complementa o desígnio do Poder Constituinte originário pátrio.

O Constituinte de 1988 dedicou especial atenção ao meio ambiente, razão pela qual consagrou um capítulo exclusivo da Lei Maior para tratar deste instituto e prever medidas para a sua preservação e a punição daqueles que causarem qualquer espécie de dano ambiental. Assim o Art. 225 da Constituição Federal expressamente afirma que o meio ambiente é um direito coletivo, destinado a todos e necessário para o predicado da vida humana.

Da análise do aludido dispositivo constitucional se observa que todos possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (direito coletivo – meta-individual), bem jurídico de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para a presente e as futuras gerações, neste sentido:

O meio ambiente (ou simplesmente, ambiente) está constitucionalmente garantido como direito, já que se trata de um bem, do qual somos todos condôminos (ou seria melhor definirmos co-possuidores), devendo o mesmo ser defendido e preservado, para as gerações atuais e futuras, pelo Poder Público e pela co-

letividade, para mantê-lo ecologicamente equilibrado (CARRAMENHA, 1999, p. 131).

Fiorillo assevera que o legislador teve como objetivo maximizar o número de hipóteses possíveis no conceito de meio ambiente resguardando, por via de consequência, uma maior quantidade de bens jurídicos:

Em face da sistematização dada pela Constituição de 1988, podemos tranquilamente afirmar que o conceito de meio ambiente dado pela Lei de Política Nacional de Meio Ambiente foi recepcionado. Isso porque a Carta Magna de 1988 buscou tutelar não só o meio ambiente natural, mas também o artificial, o cultural e o do trabalho. Aludida conclusão é alcançada pela observação do art. 225 da Lei Maior, que utiliza a expressão sadia qualidade de vida. De fato, o legislador constituinte optou por estabelecer dois objetos de tutela ambiental: “um imediato, que é a qualidade do meio ambiente, e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar, e a segurança da população, que se vêm sintetizando na expressão da qualidade de vida”. Com isso conclui-se que a definição de meio ambiente é ampla, devendo-se observar que o legislador optou por trazer um conceito jurídico indeterminado, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma (2010, p. 70).

Em apartada síntese é plausível aduzir que o meio ambiente é uma condição indispensável para o direito a saúde, que também se mostra como uma condição para a existência de uma vida digna, protege um bem jurídico de importância incensurável que é a vida, e por ser a vida e a saúde suscetíveis a fatores externos, é evidente que podem sofrer influência do meio ambiente em que estão inseridos.

De outro lado, o projeto constitucional ambiental também limitou a vontade dos indivíduos no que tange ao seu *modus operandi* em meio a livre iniciativa que exsurge da liberdade fruto da Constituição Federal (art. 5º, caput). Neste sentido o modelo econômico da República Federativa do Brasil encontra-se expressamente prevista no art. 170, inciso VI da CF, logo, “[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”, e o princípio da “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferen-

ciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” é uma das principais balizas de tal Direito.

O constituinte originário ao prever a possibilidade da livre iniciativa e o exercício do Direito Privado nada mais fez do que permitir que as pessoas possam exercer atividades e prática econômicas objetivando a produção de riquezas e o acúmulo de capital próprio, em outras palavras salvaguardou o capitalismo, porém, houve a ressalva expressa da proteção do meio ambiente.

A sociedade liberal por meio de suas empresas e indústrias tem egoisticamente gerado externalidades negativas de cunho ambiental que acabam prejudicando toda a coletividade, tal contexto negativo é adequadamente explicado por Lorenzetti:

A noção de externalidade negativa ou custo social da conduta individual tem sido um suporte fundamental para o ambientalismo. Este aspecto, habitualmente ignorado, foi incorporado nas análises econômicas e no direito, e serviu para sinalizar muitas situações em que há conseqüências do agir individual que outros arcam. Historicamente, o direito se baseou no pressuposto da neutralidade a respeito deste tipo de ação, como uma forma de subsidiar os indivíduos e as empresas que atuam no mercado. Nas origens do capitalismo, a empresa estava nascendo e merecia um subsídio para fortalecer o seu crescimento, razão pela qual a regulação se concentrou somente nos problemas individuais ou internos. Como conseqüência deste princípio, as empresas cujas atividades contaminam não levam em consideração estes custos, pois, são transferidos a outras pessoas ou à comunidade em seu conjunto, recebendo apenas o benefício por sua atividade (LORENZETTI, 2010, p. 34).

Tal ressalva ainda pode ser complementada pelas palavras de Araújo, quando este assevera que a modernidade e as modificações tanto tecnológicas como genéticas realizadas em prol da industrialização e das atividades agronegociais são fatores preocupantes no que tange a proteção do meio ambiente:

O cenário descrito representa a realidade de uma sociedade em permanente transformação e suscita ao Estado e às suas instituições, desafios relacionados a como assegurar proteção diante dos fatos da inovação tecnológica, que nem sempre estão acessíveis

de forma plena ao conhecimento científico disponível. Nesse sentido, a questão demanda que o exercício do poder estatal e a organização das instituições sejam adaptadas a imposição de proteção forçada diante de riscos que diferem em relação à tipologia, à sua qualidade e ao alcance de seus efeitos, apresentando-se agora, como riscos globais e riscos incertos. (AYALA, 2011, p. 401).

É possível constatar que o Direito Ambiental visa proteger o meio ambiente, que por sua vez engloba os ambientes naturais, artificiais e culturais conforme alhures narrado, bem como, resta evidenciado que práticas econômicas e a livre iniciais foram autorizadas, mediante a condição de não prejudicar a sadia qualidade de vida, que somente é alcançada pela saúde da pessoa humana que propicia uma vida com dignidade. Este arcabouço de normas jurídicas “nada mais fazem do que organizar a utilização dos bens ambientais pelo homem. A partir da proteção dada pelo direito objetivo, constitui direito subjetivo do indivíduo obter um meio ambiente sadio, livre de poluição” (FREIRE, 2000, p. 17).

Logo, é possível concluir que o desígnio da proteção ambiental é balizar o escopo produtivo e econômico que foi autorizado pelo Direito à liberdade que corresponde ao direito à livre iniciativa, visto que somente por meio da manutenção do meio-ambiente é que será possível a preservação da saúde que evidentemente é uma condição *sine qua non* para a vida humana digna, sem prejuízo para a fauna e a flora que estão ao seu redor, todos estes, com expressa previsão na Constituição Federal.

2 - Economia Ecológica e seus desígnios.

Os fatos sociais podem refletir seus efeitos em várias direções e se tornam relevantes para as várias ramificações da grande área denominada de Ciências Sociais Aplicadas, que “podem ser caracterizadas como ciência do comportamento ou alternativamente, como ciências humanas. Compreendem áreas distintas, a medida que possam diferenciar, por sua natureza os diferentes aspectos da ação do homem com os quais cada uma delas se envolve”. (ROSSETTI, 2002, p. 30).

A Economia “como as demais áreas abrange apenas uma fração das ciências sociais compete o estudo da ação econômica do homem, envolvendo essencialmente o processo de produção, a geração e a apropriação de renda, o dispêndio e a acumulação”, (ROSSETTI, 2002, p. 31), ou seja:

As ciências sociais procuram descrever como as pessoas agem. O que torna a economia diferente das outras ciências sociais são os modelos utilizados pelos economistas. Os modelos econômicos assumem que as pessoas são racionais (com preferências bem ordenadas), que desejam maximizar algo (tal como os lucros ou a satisfação) e, a partir daí, fazem o melhor que podem, dos recursos que são escassos. (WESSELS, 2010, p. 02).

Há uma tensão entre a vontade/necessidade ilimitada das pessoas por bens e serviços limitados, e a capacidade de produção dos fornecedores e sua busca pela maior lucratividade possível, que sempre será balizada pelos limites produtivos.

E nesta busca se estabeleceu entre outros o pensamento de que as escolhas e desígnios econômicos não encontram limites e que o acúmulo de capital é o grande escopo econômico e social, logo as questões ecológicas aparentavam não ser pertinentes. Desde a origem da economia “a acumulação de instrumentos de trabalho (ou capital), em quantidade cada vez maior e de qualidade cada vez melhor, possibilitaram ao homem ampliar extraordinariamente seu poder sobre a natureza, bem como desenvolver potencial para produzir” (HUNTE, SHERMAN, 2010, p. 09).

A economia-ciência tradicional, com efeito, não considera quaisquer conexões que possam existir entre o sistema ecológico e as atividades de produzir e consumir que representam o cerne de qualquer sistema econômico (economia-atividade). O modelo econômico típico não contempla a moldura ou restrições ambientais. Cuida de focalizar tão somente fluxos e variáveis do domínio econômico [...]. Nesse enfoque (que denomino visão econômica da economia), o sistema econômico não encontra limites onde esbarrar. Ele pode tudo. É autossuficiente. Sua expansão não envolve custos de oportunidade. Ou seja, não há trocas ou desgastes decorrentes de mais economia que precise destruir recursos, seja para extração, seja para despejo do lixo em que irremediavelmente termina o processo econômico. A economia ortodoxa trata impactos ambientais, se porventura deles se ocupa, como fenômenos externos ao sistema econômico, vistos como falhas de mercado. Para ela, as externalidades podem, com métodos adequados, ser internalizadas no sistema de preços: uma forma, supõe, de corrigir as falhas de mercado. (CAVALCANTI, 2010, p. 53-54)

“As relações econômicas, políticas e sociais, nos últimos tempos, têm priorizado os aspectos econômicos com a busca incessante do crescimento. Isso repercute nas esferas sociais e ambientais” (SALES, CÂNDIDO, 2015, p. 126), os “sistemas econômicos, seja qual for a ideologia política, valorizam coisas feitas por seres humanos que beneficiam, em primeiro lugar, o indivíduo, mas atribuem pouco valor monetário aos bens e serviços da natureza que os beneficiam como sociedade” (ODUM, BARRET, 2015, p. 02).

Que a economia é uma das ramificações da grande área das Ciências Sociais Aplicadas que trata da busca do capital e de bens que são limitados em relação à vontade/escolha e a necessidade humana por tais bens e que pouco se importa com os valores ecológicos, disto poucos duvidam, porém, o que vem a ser ecologia?

A palavra ecologia deriva do grego *oikos*, que significa “casa”, e *logos*, que significa “estudo”. Portanto, o estudo da casa ambiental inclui todos os organismos dentro dela e todos os processos funcionais que tornam a casa habitável. Literalmente, então, ecologia é o estudo da vida em casa”, com ênfase na “totalidade ou padrões” de relações entre organismos e seu ambiente. (ODUM, BARRET, 2015, p. 02)

De outro lado “o termo economia origina-se das palavras gregas *oikos* (casa) e *nomos* (normas)” (SOUZA, 2003, p. 15), para Odum e Barret “[a] palavra economia também deveria da raiz grega *oikos*. Como *nomia* significa “gerenciamento”, e economia se traduz por “gerenciamento doméstico” (2015, p. 02). Da análise dos conceitos é possível extrair que a Economia é um conjunto de normas aplicáveis no gerenciamento das questões domésticas.

É possível denotar que os conceitos de Ecologia e Economia possuem uma origem em comum, e, “portanto, ecologia e economia deveriam ser disciplinas relacionadas. Infelizmente, muitas pessoas veem ecólogos e economistas como adversários cujas visões são antiéticas”. (ODUM, BARRET, 2015, p. 02). Esta semelhança de origem e até mesmo a contraposição aparente de interesses não impediu a evolução e a fusão de pensamento de ambas às áreas permitindo assim a criação da denominada Economia Ecológica, ou seja:

[...] o confronto resultante do fato de cada disciplina assumir uma visão estreita do seu assunto e, mais importante, o desen-

volvimento rápido de uma nova disciplina interfacial, a economia ecológica, que está começando a preencher a lacuna existente entre ecologia e economia. (ODUM, BARRET, 2015, p. 02)

Esse novo ramo da Economia permitiu “a introdução de modelos no âmbito da economia neoclássica, que demonstraram que existem limites de capacidade de suporte dos elementos da natureza no planeta Terra [...] o que resgata a intrínseca relação existente entre a ecologia e a economia” (SALES, CÂNDIDO, 2015, p. 126).

A economia ecológica tenta indicar a necessidade de conciliar os desejos econômicos com os vários elementos que compõem e são estudados pela ecologia. O propósito não é eliminar as práticas econômicas, é apenas conciliá-las com todo o ecossistema existente em torno destas condutas econômicas, até porque é impossível impedir que o ser humano se valha das riquezas naturais.

O fato de ser um dos condôminos do planeta terra impede que as atividades de produção do homem se desvencilhe dos demais seres e da flora que cobre todo o solo e circunda todos os seres vivos, e talvez, por ser um ecossistema que a todos estes pertence, é mais do que plausível e imperativo impor limites a utilização e a transformação de todos os recursos naturais por parte dos seres humanos.

“Uma das bases decisivas do progresso conseguido pela humanidade, da pré-história aos dias atuais, fundamenta-se precisamente, na maior disponibilidade e na maior perfeição dos instrumentos com que se realiza a produção” (ROSSETTI, 2010, p. 90), e é neste ponto que os fatores de produção se tornam relevantes. A doutrina econômica majoritariamente classifica os fatores de produção em 05 (cinco) espécies, quais sejam: a) recursos naturais/terra; b) trabalho/mão de obra; c) capital; d) tecnologia; e, e) empresariedade/capacidade empresarial.

Segundo Rossetti do “emprego desses cinco fatores de produção, de sua disponibilidade, de suas qualificações ou capacitações, das formas de sua mobilização e de sua interação resultam os padrões de atendimento das ilimitáveis necessidades individuais e sociais” (2010, p. 91).

O fator denominado de recursos naturais/fator terra como a própria terminologia sugere decorre dos bens que são naturalmente produzidos pelo planeta terra em seu meio ambiente natural, logo, são aqueles produzidos pela terra, pela natureza, e podem ser classificados como fauna, flora, e demais recursos naturais.

Não obstante seja denominado como fator terra, ele não inclui apenas a disponibilidade total de terras potencialmente

apropriadas para a agricultura e a produção animal, também o conjunto dos elementos naturais que se encontram no solo e no subsolo; os lençóis de água subterrâneos, os mananciais, riachos, ribeirões, rios e quedas de água; os lagos, mares e os oceanos; a vegetação e os recursos da flora; a fauna; o clima e a pluviosidade; e recursos extraplanetários, como o sol e o próprio espaço sideral. O fator terra, em concepção abrangente, engloba, assim, todos os recursos e condições existentes na natureza (ROSSETTI, 2010, p. 92).

Analogamente:

Do ponto de vista econômica, os recursos naturais – o fato terra – compreendem a base de um sistema sobre a qual se assentará o capital técnico. São os recursos naturais, tanto os renováveis (de natureza biológica, que compreendem os vegetais e os animais), como os irrenováveis (riquezas minerais e solo) que proporcionarão a obtenção dos bens destinados à satisfação das necessidades do ser humano, transformados e/ou *in natura*. (MOREIRA, JORGE, 2009, p. 04).

Por ser o fator terra/natural utilizado pelo ser humano e objeto de transformação tecnológica ou industrial é esperado que o capitalismo lhe atribua determinado valor que, evidentemente, será analisado pela Economia. Tal “análise econômica distingue, basicamente, dois grandes tipos de categorias de valores ambientais, que são os valores de uso e os valores de existência; da soma desses valores, resulta o valor econômico total de um determinado bem ou recurso natural” (PANDOLFO, *et al*, 2009, p. 120-121).

Segundo Maia (2002), o valor de uso corresponde ao valor atribuído aos indivíduos pela participação numa determinada atividade, isto é, pelo uso direto, via extração ou consumo, ou ainda indireto de uma determinada amenidade ambiental: valor de uso total = valor para o utilizador + valor de opção. O valor de opção diz respeito à disposição a pagar dos indivíduos para conservar um determinado recurso ou amenidade ambiental, manifestando a intenção de consumo direto ou indireto do bem

ambiental que poderá ser usado no futuro e cuja substituição seria difícil (MAIA, 2002). Já o valor de existência é aquele determinado a partir do momento em que os indivíduos obtêm benefícios pelo simples conhecimento de que determinada amenidade ambiental ou certa espécie existe, sem que haja a intenção de apreciá-las ou usá-las de alguma forma (DIXON; SHERMAN, 1991). (Idem, p. 121)

Na ótica da microeconomia os “insumos utilizados na produção são chamados de fatores de produção. Frequentemente, os insumos de produção são classificados em categorias ampla, como terra, trabalho, capital e matérias-primas” (VARIAN, 2006, p. 346), são, deste modo, utilizados cotidianamente de forma um tanto quanto ampla, e neste ponto há grande relação com a macroeconomia, que por sua vez, estuda os negócios comuns da vida de forma agregada; isto é, observa o comportamento da economia como um todo (FROYEN, 2001, p. 03). Por simplesmente inserir os valores ecológicos como um fator econômico intitulado de fator terra/natural, não restam dúvidas da necessidade de conciliar os interesses econômicos com a manutenção e a salvaguarda do meio ambiente, visto que, sem o fator terra todos os demais fatores de produção econômica se tornarão inócuos.

O capital os recursos naturais se esgotarão em determinado momento se forem extraídos de maneira imoderada, e é justamente este o ponto nevrálgico da economia ecológica, pois, se não houver um equilíbrio na colheita e utilização destes elementos, e regras específicas sobre o seu retorno residual da indústria para o ecossistema, é patente que após determinado lapso temporal o fator terra será prejudicado.

A utilização destes elementos não passa de um ciclo que deve ser respeitado pela Economia, há um primeiro momento em que fator terra é extraído na natureza, todo essa matéria-prima será manufaturada pela indústria concluindo assim a segunda etapa de transformação, e por fim, há um terceiro momento que é a devolução dos resíduos industriais para a natureza nas mais variadas formas (líquido, sólido, gasoso).

E para evitar tal prejudicialidade ao sistema ecológico é que a interação entre Ecologia e Economia se faz necessária, não apenas para um destes ramos, mas para ambos, visto que os seres humanos continuarão seu desenvolvimento tecnológico e inexoravelmente precisarão dos recursos naturais para suas neces-

sidades ilimitadas, e o fator terra/natural ainda permanecerá no planeta terra degradado ou não. Para Cavalcanti:

No contexto da ee, ela vai diferir tanto da economia como da ecologia convencionais, em termos da envergadura dos problemas de que deve cuidar. Do mesmo modo, deve penetrar a fundo na compreensão das interações meio ambiente-economia. Não pode haver dúvida, assim, de que a ee vê a economia humana como parte – ou subsistema – do todo maior que é a natureza e que a essa se submete de uma forma ou de outra. Tal é seu paradigma, que [...] é conceber a economia-atividade como sistema aberto dentro do ecossistema (o ecossistema é o todo; a economia, uma parte). Matéria e energia entram no sistema econômico, passam pelo processo que se chama em inglês de *throughput* (uma tradução de *throughput* para o português poderia ser “transumo”) e viram lixo ou matéria e energia degradadas. O significado do transumo é o mesmo do fluxo metabólico de um organismo vivo. O organismo assimila recursos externos que provêm do meio ambiente e devolve a esse a sujeira que resulta do metabolismo, depois que a parte útil dos recursos é utilizada. Aí não há propriamente criação de riqueza. Há, sim, transformação de matéria e energia de baixa entropia (recursos) em matéria e energia de alta entropia (lixo) – como estabelecem as incontornáveis leis da termodinâmica. À perspectiva termodinâmica da ee pode-se atribuir a característica de visão ecológica da economia. Segundo ela, o sistema econômico tem aparelho digestivo, além do circulatório imaginado pela economia convencional. (2010, p. 58-59)

Corroborando com tal afirmação Toledo assevera que:

Los intercambios materiales que realizan los seres humanos con la naturaleza y entre ellos mismos, han venido siendo estudiados desde ángulos distintos por dos disciplinas: la ecología y la economía. Mientras que la ecología realiza el estudio de los intercâmbios considerando al ser humano como una especie biológica, es decir, formando parte de la naturaleza, la economía lo hace sobre el reconocimiento implícito de que el hombre es un

ente social, un elemento que forma parte de la sociedad. Así, la ecología centra su interés sobre los intercambios materiales que los seres humanos realizan con el universo natural (sus sistemas, conjuntos, procesos o elementos), mientras que la economía lo hace sobre aquellos intercambios que los hombres realizan entre ellos mismos más allá de la esfera de lo biológico. (TOLEDO, 2008, p. 01-02).

Ao que tudo indica o desiderato da economia ecológica é o alcance da sustentabilidade entre as atividades econômicas e a ecologia, entretanto, surge uma nova indagação: qual é o alcance desta intitulada sustentabilidade? “Chamar uma atividade de “sustentável” significa que ela pode ser continuada ou repetida em um futuro previsível. Com base nisso, a preocupação surge porque parte das atividades humanas é nitidamente insustentável”. (TOWNSEND, BEGON, HARPER, 2010, p. 438).

De acordo com Ferreira sustentabilidade significa “qualidade de sustentável” (2010, p. 1.989), que por sua vez é definida como “capaz de se manter mais ou menos constante, ou estável, por longo período” (idem, p. 1.990), é aquilo que “pode ser sustentado; passível de sustentação; defensável, suportável” (HOUAISS, 2009, p. 1.797).

A sustentabilidade decorrente da Economia Ecológica objetiva conciliar tanto os desígnios capitalistas decorrentes das ilimitadas necessidades humanas quanto a proteção do meio ambiente. “O desenvolvimento sustentável implica na redução do impacto da atividade econômica no meio ambiente, como consequências positivas na qualidade de vida e no bem-estar da humanidade, tanto presente quanto futura (SABEDOT, 2006, p. 113).

O meio ambiente além de ser um fator de produção que exige manuseio sustentável é ainda um valor de significativa relevância por si só e pelo simples fato de existir, é um valor importante para o uso e gozo que pertence a todos os seres humanos, e por tal razão, a Economia e a Ecologia devem interagir com sustentabilidade.

4 - Conclusão.

Diante de todo o exposto é possível concluir que o meio ambiente é formado por um conjunto de bens jurídicos (fauna, flora) que se relacionam em ambientes naturais, artificiais e culturais visando garantir o gozo de uma vida humana digna e saudável.

O meio ambiente também consiste em um princípio norteador da atividade econômica no ordenamento jurídico brasileiro, por tal razão, o exercício da livre iniciativa entra-se limitado pelo dever e o ônus de proteger a qualidade ambiental.

Significa dizer que o Direito instituiu mecanismos normativos imperativos para permitir que a pessoa humana possa exercer suas atividades econômicas em concomitância com o respeito e a tutela do meio ambiente.

Por sua vez, a Economia que anteriormente visava tão somente o desempenho produtivo e com a extração do fator de produção natural/terra sem se preocupar com suas externalidades negativas, passou concomitantemente a observar a importância dos valores ecológicos, fundindo-se assim com a Ecologia e criando a denominada Economia Ecológica.

Ao analisar o desiderato do Direito Ambiental e da Economia Ecológica é possível denotar que ambas convergem no sentido de resguardar o meio ambiente/valores ecológicos, permitindo assim que a sociedade possa continuar a se servir do fator de produção denominado de fator terra/natural de forma sustentável.

Portanto, os interesses do capitalismo que decorrem do permissivo Constitucional encontram limites nesta mesma base normativa maior que é a Constituição Federal, ou seja, é permitido produzir, negociar e exercer a livre iniciativa, desde que haja o respeito para com o meio ambiente ou aos valores ecológicos que a todos pertencem, e não apenas aos agentes produtivos.

Referências Bibliográficas.

AYALA, Patryck de Araújo. **Devido Processo Ambiental e o Direito Fundamental ao Meio Ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARRAMENHA, Roberto. **Direito da Natureza**. Campos do Jordão: Matiqueira, 1999.

CAVALCANTI, Clóvis. **Concepções da economia ecológica: suas relações com a economia dominante e a economia ambiental**. In. Revista de Estudos Avançados, v. 24, n°. 68, p. 53-67, 2010.

DEBBEIS, Toufic Daher. **Elementos de Direito Ambiental Brasileiro**, São Paulo: EUD, 1999.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio de língua portuguesa**. 5° edição. Curitiba: Positivo, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. 11° edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

- FREIRE, Willian. **Direito Ambiental Brasileiro**. Rio de Janeiro: AIDE, 2000.
- FROYEN, Richard T. **Macroeconomia**. Tradução: Esther E. H. Herskovitz, Cecília C. Bartalotti e Roland Veras Saldanha Jr. 5° edição. São Paulo: Saraiva, 2001.
- HOUAISS, Antônio. VILLAR, Mauro de Sales. FRANCO, Francisco Mandel de Mello. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.
- HUNT, E. K. SHERMAN, Howard J. **História do pensamento econômico**. Tradução: Jaime Larry Benchimol. 25° edição. Petrópolis: Vozes, 2010.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. **Teoria Geral do Direito Ambiental**. Tradução: Fábio Costa Morosini e Fernanda Nunes Barbosa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 25° edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MOREIRA, José Octávio de Campos. JORGE, Fauzi Timaco. **Economia notas introdutórias**. 2° edição. São Paulo: Atlas, 2009.
- ODUM, Eugene P. BARRET, Gary W. **Fundamentos de Ecologia**. Tradução: Pégasus sistemas e soluções. São Paulo: Cengage Learning. 2015.
- PANDOLFO, Adalberto. *et al.* **Técnica de valoração econômica de ações de requalificação do meio ambiente: aplicação em área degradada**. In. Revista Engenharia Sanitária e Ambiental, v.14, n.1, jan/mar 2009, p. 119-128.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27° edição. São Paulo: Saraiva, 2002.
- ROSSETTI, José Paschoal. **Introdução à economia**. 19° edição. São Paulo: Atlas, 2002.

- SABEDOT, Sydney. A sustentabilidade dos recursos naturais não renováveis. In. PENNA, Rejane. TOALDO, Ana Maria Machado. SABEDOT, Sydney. **Conhecimento, sustentabilidade e desenvolvimento regional**. Canoas: Unilassale, 2006.
- SALES, Ricélia Maria Marinho. CÂNDIDO, Gesinaldo Ataíde. **Economia ecológica, desenvolvimento alternativo e decrescimento: proposição de uma matriz de convergência**. In. Revista Iberoamericana de Economía Ecológica Vol. 24, p. 123-138, 2015.
- SOUZA, Nali de Jesus de. **Curso de Economia**. 2° edição. São Paulo: Atlas, 2003.
- TOLEDO, Victo M. *Metabolismos rurales: hacia una teoría económico-ecológica de la apropiación de la naturaleza*. In. Revista Iberoamericana de Economía Ecológica Vol. 7: p. 1-26, 2008.
- TOWNSEND, Colin. BEGON, Michel. HARPER, John L. **Fundamentos em Ecologia**. Tradução: Leandro da Silva Duarte. 3° edição. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- VARIAN, Hal R. **Microeconomia: conceitos básicos**. Tradução: Maria José Cyhlar Monteiro e Ricardo Doninelli, 7° edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2006.
- WESSELS, Warter J. **Economia**. Tradução: Fernando Cardoso Cotelos e Daniel Puglia. 3° edição. São Paulo: Saraiva, 2010.

DIREITOS HUMANOS COMO REALIDADE DIALÓGICA E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA CONSTRUÇÃO DA PERSONALIDADE

Jaime Leônidas Miranda Alves

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se sustenta sob duas constatações que, postas lado a lado, se configuram como ponto de tensão uma da outra: a primeira diz respeito à desigualdade como consequência da globalização e da revolução técnico-científica. Vale dizer, ao passo em que se tem crescimento exponencial do crescimento, o mesmo fenômeno, sob outra ótica permite demonstrar a pobreza, a marginalização e a criação de uma gama de problemas sociais que vem em seu bojo.

O outro ponto de constatação a fim de firmar a tese ora proposta se refere ao fato de que os direitos humanos – ou fundamentais, aqui a tônica não se revela na nomenclatura que se escolha utilizar - não são, como pretende a imensa doutrina, inerentes à pessoa humana. Explica-se: pensar em direitos como imanentes à existência da vida humana significa restringir sua análise a uma compreensão apriorística do fenômeno.

A pós-modernidade, contudo, exige mais do que se entende por direitos humanos. Como se verá adiante, a doutrina já vem revendo a compreensão de direitos humanos para abarcar a noção de processo; não como um dado, mas sim como construído dialógico a partir de uma esfera pública de convivência.

Os direitos humanos, portanto, a fim de serem gozados em seu máximo grau de efetividade necessitam de ser reconhecidos pelo outro e aí reside o grande desafio da pós-modernidade: o reconhecimento e respeito aos direitos humanos do “diferente”; aquele que não se enquadra, em determinada esfera, no padrão oficial determinado pela sociedade.

Desrespeitar os direitos humanos de um indivíduo é mais que mero ato ilícito com consequências jurídicas: significa romper com a construção de sua per-

sonalidade de, possuindo implicações também extrajurídicas no descobrimento de seu ser. E essa é a tese da pesquisa.

Como antítese, num giro dialético, tem-se o questionamento acerca do papel do Poder Judiciário na formação do indivíduo, como mecanismo no processo dialógico de construção da personalidade a, fim de que os indivíduos saibam reconhecer a si mesmo e o seu papel na sociedade, não deixando que a crise de correspondência entre seu ser e o que é compreendido por determinado grupo impeça seu processo de desenvolvimento e, como consequência, limite o exercício regular de seus direitos.

1 A personalidade como processo de construção dialógica em prol do exercício efetivo dos direitos humanos

A personalidade não é um dado e sim um construído. Essa premissa, que adiante será aplicada aos direitos fundamentais, chama relevo a partir de nomes como Taylor e Spaemann. No Brasil, nomes como Moureira discutem a personalidade como um atributo a ser alcançado sendo necessário, para tanto, uma série de condições. Ser da espécie humana é apenas uma dessas condições – ou requisitos – para se trabalhar a personalidade do indivíduo.

Para que se possa falar em personalidade no caso concreto, deve-se observar a possibilidade existencial que o indivíduo possui de, enquanto livre e coexistente, se construir; construir a visão que tem de si mesmo ao passo em que constrói sua visão de mundo, tudo a partir de uma rede de interlocução dialógica. “É por tal razão que a proposta de uma revisão hermenêutica dos direitos fundamentais pressupõe o reconhecimento e a afirmação do direito do indivíduo se construir, assumir, reconhecer e ser reconhecido pela sua personalidade, intersubjetivamente compartilhada” (MOUREIRA, 2012, p. 18).

Nesse sentido, prossegue Moureira (2012, p. 18) questionando a conotação cristianizada do termo pessoa, que levou à doutrina majoritária, equivocadamente, pensar em dignidade humana como conceito inato à condição de ser humano. De fato, seria muito mais fácil pensar em respeito e tutela de direitos humanos se todos tivessem de fato implementado, pelo simples fato de existir, sua dignidade. Não é o que ocorre.

De forma a sintetizar o processo de construção da personalidade, Moureira (2012, p. 19) apresenta o seguinte problema: se uma pessoa for tratada como não-pessoa, como animal ou coisa, deixará de ser pessoa? Sob o crivo de um

processo dialógico de construção do ser tem-se que não se retirará o conceito teórico de pessoa, mas se estará comprometendo suas implicações práticas, especialmente no que se refere ao exercícios de direitos fundamentais – ou humanos.

Nesse diapasão, na medida em que uma pessoa passa a ser tratada como não-pessoa, deixa de ser, em termos práticos, pessoa, visto que a dignidade necessária para seu reconhecimento não é inerente, mas sim uma condição construída a partir da relacionalidade. Não deixará, por óbvio, de ser humano, mas a negação por parte da sociedade de sua pessoalidade a estará reduzindo à condição de coisa. Com efeito, “o diferencial entre o cão e o homem está no fato deste se autodeterminar e poder se fazer pessoa, ao assumir a sua pessoalidade” (SPAEMANN, 2000, p. 38).

Também em Hegel (2005) se trabalha a questão do reconhecimento da personalidade. A teoria hegeliana caminha no sentido de negar o reconhecimento como faceta da “história da sociedade”, se aproximando da compreensão da formação do indivíduo para o universo social. Dito de outra forma, tem-se um redirecionamento em favor do reconhecimento da personalidade como processo de formação da autonomia pessoal, decorrência lógica do modelo substancialista de eticidade. Com efeito, Hegel nega a representação clássica de natureza, como essência das conexões ordenadoras estruturadas sistemática e teleologicamente, partindo em direção a uma gradativa ocupação com a autonomia do indivíduo como construtor de sua personalidade.

De novo em Moureira (2002, p. 19), tem-se que a busca pela efetivação das liberdades individuais deve-se dar a partir do processo de construção e afirmação da própria identidade, num movimento dialógico de reconhecimento. Cumpre, portanto, ao estudioso do Direito pensar numa nova hermenêutica dos direitos fundamentais, de caráter pluralista e democrática, que reclama para si um entendimento de pessoa humana como um complexo, mutável, construído e reconstruído, autodeterminado e relacionado a partir de um constante discurso público cujo ponto nevrálgico é a própria identidade e a aceitação da identidade, por si mesmo e pelos outros.

Pensar em direitos humanos significa, desta feita, voltar a atenção ao indivíduo enquanto ser livre, apto a se autodeterminar e ter essa personalidade, por ele construída, relacionada; pressupõe uma compreensão da pessoa como indivíduo intersubjetivamente compartilhada.

A partir do reconhecimento de si mesmo e do outro, o indivíduo passa a se construir enquanto pessoa humana, atuando como participante ativo na rede

de interlocução, podendo participar livremente da vida social e política democraticamente. O indivíduo visto enquanto pessoa deliberativa, ou seja, possui o condão de fazer seus interesses serem ouvidos e comporem o discurso público. Mais que isso, é capaz de compreender-se como titular de direitos e exigir o seu respeito em face do Estado e da coletividade.

2 O Poder Judiciário como agente facilitador da construção da personalidade

Como visto, a tônica da construção da personalidade é o reconhecimento e a liberdade que tem o indivíduo de se moldar como pessoa. Mas conhecer e reconhecer reclamar um exercício de respeito e compreensão das alteridade que se vê dificultado quando pensado na sociedade pós-moderna.

Para se reconhecer, deve-se antes enxergar e um dos frutos da pós-modernidade é a crise de consciência que levou à invisibilidade social do pobre, o que, infelizmente, dá a tônica da sociedade.

No mundo globalizado pós Revolução Técnico-Científico-Informacional em que os problemas econômicos se proliferam no mesmo ritmo que os interesses das corporações mundiais, o crescimento dos vencedores do capitalismo é antagonizado pelo problema da pobreza, que leva à rejeição dos indesejados. Constroem-se, dessa forma, uma teoria das elites sustentada por preconceitos contra todos aqueles que não atendem aos parâmetros desenhados para atender a essa vida consumista. “O não reconhecimento da alteridade seja por discriminação de cor, sotaque, cultural, estética, se faz presente no cotidiano. Vivenciamos uma globalização perversa” (OLIVEIRA SOBRINO, 2013).

Conforme ensina Oliveira Sobrinho (2013), o século XXI – século da pós-modernidade – revela um dos maiores dilemas humanos: a pobreza enquanto questão central do espírito do próprio capitalismo em vigor.

Como resposta à pobreza, a sociedade passa por um processo de negação da pluralidade cultural, de forma a aumentar as diferenças entre aqueles que estão dentro e fora dos padrões morais e de consumo burgueses. Cria-se, portanto, um sistema sustentado pela perspectiva “nós *versus* eles” e, a “eles”, se nega os aspectos mais caros à vida humana, como a própria construção da personalidade e o exercício pleno dos direitos humanos, não obstante devidamente assegurados em Cartas Constitucionais e em Tratados Internacionais.

Esses apontamentos servem para reflexão acerca da pobreza enquanto problema jurídico e questão para além do Direito; a formação de sociedade dualista

- *nós versus eles* - fere a afirmação histórica dos direitos humanos e da busca pela dignidade, na medida em que, em tempo líquidos (BAUMAN, 2007), parece natural negar aquilo que há muito se considerou imanente da pessoa humana. Natural ou não, é o que ocorre e, identificadas as desigualdades sociais, questiona-se o papel do Direito nesse mister.

Em tempos de neoconstitucionalismo, estabelecido na Constituição a partir da cláusula geral da tutela da dignidade humana, tem-se por base do ordenamento jurídico a tutela da pessoa humana e da dignidade fundamental, as quais constituem a força ativa e determinante das inovações no Direito, surgindo a pretensão de reerguer os destroços do direito liberal-individualista,

Esse processo de constitucionalização implica na substituição do centro valorativo do Direito: em lugar do indivíduo surge à pessoa, e no lugar da liberdade individual absoluta, ganha significado e força jurídica a solidariedade social. Passa-se a pensar o direito sob a ótica do sociatismo (ALVES; MARISCO, 2015, p. 43).

E é esse sociatismo que obriga ao Estado agir. O neoconstitucionalismo, dentre outros reflexos, inaugurou o Estado Constitucional Moderno ou, dito de outra forma, a modernidade político-jurídica caracterizada pela vedação constituição de proteção jurídica insuficiente dos direitos humanos. Surge para o Estado, nesse sentido, o papel de proteger e garantir o respeito aos direitos humanos.

Essa nova hermenêutica constitucional no sentido de proteger os direitos humanos reclama uma virada paradigmática no sentido de compreender a relação entre os Poderes de maneira a possibilitar uma maior liberdade ao Judiciário na defesa dos princípios-fins adotados pela Constituição Federal de 1988.

Fala-se, por conseguinte, em um protagonismo judicial; uma flexibilização da teoria clássica da separação dos Poderes admitida no afã de permitir uma atuação política-jurídica com vistas por parte do Judiciária a fim a garantir a força normativa da Constituição, pronunciando-se sobre questões políticas, ainda que subsidiariamente.

Assim, frente à passividade dos Poderes Executivo e Legislativo, provocar-se-á o Judiciário para que com seus mecanismos reclamem a viabilização dos direitos assegurados na Constituição. A esse ativismo, consigna-se seu caráter subsidiário e por exceção. *Prima facie*, não caberia ao Judiciário ponderar acerca da conveniência de realização de políticas públicas ou ações afirmativas ou, em determinada esfera, novar o direito positivo, mas frente ao caso concreto, direitos que, segundo a Constituição são irrestritos e impassíveis de limitação, veriam sua eficácia totalmente exaurida não fosse o protagonismo judiciário.

Nessa perspectiva, questões como a tutela da saúde e da educação, e decisões em prol da transidentidade e do reconhecimento das novas formas de família, além da consagração acerca da eficácia horizontal dos direitos fundamentais relevam por parte do Poder Judiciário a busca pela função promocional do Direito.

Cada pronunciamento judicial em que se reconhece uma prerrogativa compatível com o sistema constitucional se está a caminhar no sentido de possibilitar a construção de personalidade das partes que compõem a lide. Aos atores sociais é conferida nova chance de construir sua dignidade pela remoção de obstáculos fáticos pelo Poder Judiciário. A cada decisão se torna mais fina e resolúvel a linha que divide “nós” e “eles”.

O reconhecimento de direitos por parte do Poder Judiciário caminha no sentido de possibilitar a aceitação da alteridade pela pluralidade, se aproximando, cada vez mais, da formação de uma sociedade fundada em instituições justas e éticas, em que a todos é possibilitada a livre escolha na formação de sua personalidade, respeitada pela coletividade.

Permite o ativismo enxergar e, na medida do possível, reduzir as desigualdades. Esse é o primeiro passo em favor do reconhecimento do outro. Surge, assim, uma cultura de aceitação e de construção de identidade social fundada na pluralidade de forma que se pode pensar – ainda que de forma utópica – em um momento na sociedade em que não haverá de se “aceitar” o *outro*, porquanto todos serão reconhecidos e respeitados em sua personalidade e dignidade. Não haverá a figura do *outro*, mas apenas indivíduos construtores e reconstrutores, dialogicamente, de sua identidade enquanto pessoa na esfera pública de convivência.

4 Considerações Finais

A partir da constatação da dignidade humana como construído, impende questionar o que é necessário para sua consolidação. A dignidade e a personalidade, de fato, não são imanentes à pessoa humana: inerente é a possibilidade de, por meio de um processo dialógico construir essa dignidade a partir de escolhas de formação de identidade e de seu reconhecimento numa esfera pública de convivência.

Esse processo, contudo, é afetado consideravelmente, pela dinâmica da sociedade. Em tempos de pós-modernidade, vê-se uma verdadeira liquefação de valores, acompanhada por um processo de invisibilização da pobreza e da diferença. Tudo consequência de um capitalismo desenfreado.

Ocorre que para se reconhecer, é necessário antes se perceber. Deve-se, portanto, enfrentar os valores impostos pela pós-modernidade no sentido de reduzir as desi-

igualdades sociais. Ressuscita o neoconstitucionalismo o axioma da função promocional do Direito em uma hermenêutica de defesa e garantia de direitos humanos.

Porquanto a dignidade da pessoa humana e a redução da pobreza sejam realidades constitucionalmente asseguradas, percebe-se que são valores que não se veem implementados no plano fenomenológico. Surge aí a fundamentalidade da atuação do Poder Judiciário, que em uma virada paradigmática, relativiza a teoria clássica da Separação dos Poderes no mister de possibilitar uma conduta proativa, sempre válida quando o que se busca é a consecução dos valores constitucionais.

Cita-se, a título de exemplo, questões como a tutela da educação e da saúde, além das decisões em prol da transidentidade e do reconhecimento das novas formas de família, que permitem pensar no advento de uma cultura de aceitação e construção de idades sob o prisma do respeito da pluralidade em suas diversas formas.

Possibilitando a construção da identidade, consagra-se a dignidade da pessoa humana que, além da proteção jurídica constitucionalmente assegurada, estará amparada pelo sentimento de compartilhamento na esfera pública de convivência. Tal representaria, além de um novos contornos da percepção da dignidade humana, um giro paradigmática no que concerne à tutela dos direitos humanos.

Referências

ALVES, Jaime Leônidas Miranda; MARISCO, Francele Moreira. *O novo constitucionalismo latino-americano*. Curitiba: Editora CRV, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. *Tempos líquidos*. Tradução: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

HEGEL, G.W.F. Introdução à Filosofia do Direito. Clássicos da Filosofia: Cadernos de tradução. Campinas: IFCH/UNICAMP, 2005.

MOUREIRA, Diogo Luna. O fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana em movimento: o processo dialético de construção e afirmação da personalidade. *In: Revista DIXI* vol. 14. núm. 16 julho – diciembre, 2012.

OLIVEIRA SOBRINHO, Afonso Soares de. Da ética na dialogicidade à dignidade da pessoa humana: o neoconstitucionalismo com vistas ao reconhecimento da alteridade no acesso à justiça. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XVI, n. 113, jun 2013.

SPAEMANN, Robert. *Personas: acerca de la distinción entre “algo” y “alguien”*. Ed. Eunsa, 2000.

TAYLOR, Charles. *As fontes do Self: a construção da identidade moderna*. Ed. Loyola, 1997.

EDUCAÇÃO AMBIENTAL: DO SOCIOAMBIENTALISMO AO DIREITO À EDUCAÇÃO INDÍGENA

Juliana Soares Viga²³⁴

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo foi desenvolvido a partir dos estudos realizados na disciplina de Direito Educacional Ambiental. O tema foi baseado nas pesquisas relacionadas à abordagem constitucional, legal e doutrinária acerca do conceito de educação ambiental, combinando tais aspectos com definições doutrinárias a respeito do movimento denominado socioambientalismo.

No Brasil, em que pese a obrigatoriedade estatal de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, amparada constitucionalmente (art. 225, §1º, VI/CF), há uma ressalva em nível de legislação infraconstitucional, impedindo que a educação ambiental seja implantada como disciplina específica no currículo de ensino (art.10, §1º da Lei n. 9.795/99), o que acarreta em obstáculo à conscientização de preservação do meio ambiente por parte da população.

A concepção de socioambientalismo na doutrina, a partir das diversas pesquisas realizadas, agrega conceitos de preservação do meio ambiente natural com proteção aos direitos sociais de comunidades tradicionais.

A proteção do que se denominou socioambientalismo encontra respaldo constitucional e infraconstitucional, com vistas a realizar o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

As comunidades indígenas, embora tenham assegurado direitos constitucionais, inclusive o direito fundamental à educação, ainda sofrem por ausência de uma educação especial e diferenciada, em consonância com suas tradições.

Faz-se necessário desenvolver projetos pedagógicos nas escolas indígenas voltados à valorização e ao fortalecimento das identidades étnicas das comu-

234. Mestranda em Direito Ambiental, especialista em Direito Processual Civil e em Direito Ambiental e Urbanístico. Delegada de Polícia Civil do Estado do Amazonas. E-mail:juviga@gmail.com

nidades indígenas, a fim de preservar a diversidade social e cultural presentes em nossa sociedade.

2. A EDUCAÇÃO AMBIENTAL E A PRESERVAÇÃO DO MEIO AMBIENTE

A Educação Ambiental formal pode ser a saída para um futuro com mais consciência de preservação ambiental, e, conseqüentemente, para a efetivação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 225, *caput* dispõe sobre o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, atribuindo à educação ambiental como um dos instrumentos para a efetividade deste direito constitucionalmente protegido e impondo ao Poder Público este papel. Vejamos:

Art. 225 (Constituição Federal). Todos têm direito ao **meio ambiente ecologicamente equilibrado**, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

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

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

Sem uma efetiva educação e conscientização ambiental, os indivíduos poderão utilizar-se dos recursos naturais de forma irracional, comprometendo, assim, o futuro do planeta e de todos os seres vivos.

A regulamentação do dispositivo supramencionado veio com a promulgação da Lei Federal n. 9.795/99, que instituiu a Política Nacional de Educação Ambiental. O art. 1º do referido diploma normativo define educação ambiental como “processos por meio dos quais o indivíduo e a coletividade constroem valores sociais, conhecimentos, habilidades, atitudes e competências voltadas para a conservação do meio ambiente, bem de uso comum do povo, essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade.”

No art. 2º, a Lei de Política Nacional de Educação Ambiental estabelece que a educação ambiental deve realizar-se em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não formal.

Ocorre que no art. 10, §1º da Lei n. 9.795/99, o legislador fez uma ressalva, afastando a implantação da educação ambiental como disciplina específica do currículo de ensino, ou seja, a educação ambiental, em que pese a sua obrigatoriedade para fazer parte do ensino formal, somente será abordada como tema transversal nas demais disciplinas da grade curricular de ensino, de acordo com o magistério de AMADO (2015, p. 290), o que permite uma ampla liberdade do educador ao abordar o tema da educação ambiental com os estudantes. Nestes termos:

Art. 10. A educação ambiental será desenvolvida como uma prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal.

§ 1º A educação ambiental **não deve ser implantada como disciplina específica no currículo de ensino.**

No que concerne à educação ambiental não formal, AMADO (2015, p.290) esclarece que consiste em “ações e práticas educativas voltadas à sensibilização da coletividade sobre as questões ambientais e à sua organização e participação na defesa da qualidade do meio ambiente”. Urge que estes métodos não formais de educação ambiental sejam eficazes na proteção ao meio ambiente, pois a realidade nos mostra que os indivíduos estão promovendo uma degradação ambiental em ritmo acelerado, sem, contudo, promover a recuperação da qualidade do meio ambiente de forma adequada.

No que se refere ao conceito usual de Educação Ambiental, segundo SAUVÉ²³⁵, este sempre esteve associado à proteção dos ambientes naturais, deixando de lado a necessidade de proteger o direito das populações coligadas a este ecossistema natural.

Os princípios da Educação Ambiental declarados na Conferência de Tbilisi (UNESCO & UNEP), em 1978, já incluíam elementos fundamentais para a compreensão de desenvolvimento sustentável, nos quais se inclui aspectos sociais, econômicos e de desenvolvimento, segundo SAUVÉ.

Segundo o magistério de Enrique Lef, citado na obra de GADOTTI (2000, p.112), “a educação ambiental tem um sentido estratégico na condução do processo de transição para uma sociedade sustentável. Trata-se de um processo histórico que reclama o compromisso do Estado e da cidadania para elaborar projetos nacionais, regionais e locais, nos quais a educação ambiental se defina

235. SAUVÉ, Lucie. Artigo publicado em Revista de Educação Pública: Educação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável: uma análise complexa. Disponível em http://www.serrano.neves.nom.br/MBA_GYN/edsoc10.pdf Acesso em: 17 abr 2016.

através de um critério de sustentabilidade que corresponda ao potencial ecológico e aos valores culturais de cada região; de uma educação ambiental que gere consciência e capacidades próprias para que as populações possam se apropriar de seu ambiente como uma fonte de riqueza econômica”.

Portanto, inviável afastarmos o homem da definição de meio ambiente, diante da sua nítida interação com o meio ambiente natural, além da existência, no ordenamento jurídico brasileiro, de diversos mecanismos responsabilização pelos impactos causados ao meio ambiente²³⁶.

O **próprio conceito de meio ambiente descrito na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente**, art. 3º, I, já engloba os elementos homem e a natureza, quando se refere à “vida em todas as suas formas”:

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

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

Integrante do conceito de meio ambiente, o homem não pode ser afastado da ideia de meio ambiente ecologicamente equilibrado e, portanto, deve aplicar esforços que promovam o equilíbrio da natureza, aliado ao bem estar social.

Neste sentido, podemos lembrar os ensinamentos de BRAGA²³⁷ ao afirmar que “a expressão ‘dominar a natureza’ só tem sentido se partirmos da premissa de que homem não é natural, mas se homem é também natureza, não podemos falar em dominar a natureza sem falar em dominar o homem.” O autor vai além, ao concluir que “a ideia de natureza-objeto *versus* homem-sujeito, que prevalece entre nós, parece ignorar que a palavra sujeito comporta mais de um significado: sujeito quase sempre entendido como ser ativo, ser dono do seu destino. Todavia, o termo também indicar ser ou estar sujeito (submetido) a

236. Neste sentido, podemos citar o art. 225, §3º/CF: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” e o art. 14, §1º da Lei n. 6938/81: “Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.”

237. Publicação do artigo jurídico: O Homem e a Natureza: descaminhos e reconciliação, realizada em revista eletrônica, pela Academia Brasileira de Letras Jurídicas, p.251. Disponível em: <<http://www.abli.org.br/revistas/revista5/revista5%20%20JOS%C3%89%20DOS%20SANTOS%20PEREIRA%20BRAGA%20%20O%20Homem%20e%20a%20Natureza;%20Descaminhos%20e%20Reconcilia%C3%A7%C3%A3o.pdf>>

determinadas circunstâncias (...), que foi esquecida pelo humanismo moderno no afã de afirmar uma visão antropocêntrica do mundo.”

A partir desta concepção ampla de meio ambiente, na qual se inclui o homem, é de fundamental importância que as políticas de educação ambiental, sejam elas formais ou não formais, apresentem instrumentos eficazes de preservação ao meio ambiente e de uso racional dos recursos naturais, a fim de que o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado seja garantido às futuras gerações, conforme preceitua a Carta Magna e, desta forma, para que o ser humano possa salvar o Planeta.

Nas lições de GADOTTI (2000, p.112), “uma das formas de participar desta luta é reunir pessoas e instituições para discutir o que fazer com a Terra. Partindo das coisas cotidianas ou dos dados dramáticos sobre a degradação da qualidade de vida de todos os habitantes da Terra, podemos nos interrogar sobre o que está se passando e sobre qual papel podemos ter em relação a esta questão. Nós, conscientemente ou não, somos parte deste problema.”

A internet, fruto do capitalismo moderno, deve ser uma aliada na divulgação da conscientização ambiental e na sensibilização das nações para a utilização dos recursos naturais de forma sustentável, com vistas a uma melhor qualidade de vida para as populações.

3. MEIO AMBIENTE CULTURAL E O SOCIOAMBIENTALISMO

O conceito de meio ambiente, nos ensinamentos de SILVA (2013, p.20), “há de ser, pois, globalizante, abrangente de toda a Natureza original e artificial, bem como os bens culturais correlatos, compreendendo, portanto, o solo, a água, o ar, a flora, as belezas naturais, o patrimônio histórico, artístico, turístico, paisagístico e arqueológico”. Ainda em seus mandamentos, SILVA (2013, p.20) afirma que “a interação busca assumir uma concepção unitária do ambiente”.

Não obstante a concepção de meio ambiente, considerado uno e indivisível, a doutrina especializada realiza uma subdivisão para fins didáticos acerca de: meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho. Na definição de meio ambiente cultural, conforme interpretação extraída da Constituição Federal de 1988 (art. 216)²³⁸, podemos incluir as inúmeras manifestações culturais existentes no Brasil, as quais refletem a história do povo brasileiro, os bens materiais

238. Art. 216/CF: “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: (...)”

e imateriais portadores de referência à identidade e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem os indígenas.

A partir dos aspectos definidos para meio ambiente cultural, conforme ditames da própria Constituição da República, em seu artigo 216, podemos citar a doutrina de FEITOZA (2012, p. 37), a qual assevera os citados pressupostos constitucionais no sentido de que: “os bens integrantes do patrimônio cultural a serem preservados devem ter referência à ação, à identidade e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, com a natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto”.

Ainda em sua exposição, FEITOZA (2012, p. 40) enfatiza que “no mundo globalizado, onde todos podem estar em toda parte ao mesmo tempo, o patrimônio cultural é um referencial identificador da história dos homens e das sociedades em um determinado quadrante do planeta. Esse é o valor da cultura. A história do homem no planeta Terra. Suas referências e laços com o passado”.

Dentre os diferentes elementos integrantes do meio ambiente cultural, pode-se incluir todo o acervo relativo aos povos indígenas brasileiros, desde a sua existência, seus costumes e suas tradições até os bens materiais que fazem referência à sua identidade.

Em suas linhas dissertativas, MOREIRA (2007, p.07), quando representante do Ministério da Cultura, enfatizou que “no Brasil, as culturas e nações indígenas são formadoras de nossas identidades e possuem uma grande sofisticação simbólica, arquitetônica e estética.” Para MOREIRA (2007, p.07), “essas culturas e imaginários, essa diversidade cultural, devem ser entendidos como os elementos fundantes de um projeto de emancipação, auto-determinação e liberdade de toda a humanidade.”

Ante o exposto das construções a respeito de preservação ambiental, nos seus aspectos naturais e culturais, pode-se atingir o conceito doutrinário de socioambientalismo, segundo a tese de GUIMARÃES, citado em obra de SANTILLI (2005, p.14): “o socioambientalismo foi construído a partir da ideia de que as políticas públicas ambientais devem incluir e envolver as comunidades locais, detentoras de conhecimentos e de práticas de manejo ambiental. Mais do que isso, desenvolveu-se a partir da concepção de que, um país pobre e com tantas desigualdades sociais, um novo paradigma de desenvolvimento deve promover não só a sustentabilidade estritamente ambiental – ou seja, a sustentabilidade de espécies, ecossistemas, e processos ecológicos – como também a sustentabilidade social – ou seja, deve contribuir também para a redução da pobreza e das desigualdades sociais e promover valores como justiça social e equidade. Além

disso, o novo paradigma de desenvolvimento preconizado pelo socioambientalismo deve promover e valorizar a diversidade cultural e a consolidação do processo democrático do país, com ampla participação social na gestão ambiental.”

Conclui-se, que uma das percepções de socioambientalismo, a partir dos estudos sobre o tema, nas mais diversas obras pesquisadas, é aquela que harmoniza a preservação do meio ambiente natural e a proteção dos direitos sociais das comunidades tradicionais e indígenas.

Sinteticamente, pode-se definir socioambientalismo como sendo a interação entre a proteção à biodiversidade e à sociodiversidade. Desta forma, é de fundamental importância que as políticas públicas ambientais incluam e envolvam as comunidades locais, detentoras de conhecimentos tradicionais e de práticas de manejo ambiental, nas questões de preservação do meio ambiente natural, ao mesmo tempo em que se valoriza a diversidade cultural dos povos brasileiros.

O socioambientalismo está intimamente ligado à ideia de sustentabilidade, em que o ser humano desenvolve a capacidade de interagir com o mundo, preservando o meio ambiente, a fim de não comprometer os recursos naturais para as futuras gerações.

Em um país com uma diversidade cultural como o Brasil, existem inúmeras comunidades tradicionais que desenvolvem atividades das mais diversas, num território rico em biodiversidade, o que proporciona uma riqueza cultural marcante da identidade do povo brasileiro.

A Declaração do Rio de Janeiro sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92) definiu diversos princípios, os quais nortearam a elaboração de normas de proteção ambiental. Podemos citar, dentre estes princípios, o Princípio do Desenvolvimento Sustentável; o Princípio da Precaução, segundo o qual a ausência de certeza científica não pode servir de pretexto para procrastinar a adoção de medidas eficazes a evitar danos ambientais; o Princípio do Poluidor-Pagador, em que o poluidor assume os riscos de sua poluição; o Princípio da Participação Social na gestão ambiental e do Acesso à Informação Ambiental; o Princípio da Obrigatoriedade da Intervenção Estatal em defesa do meio ambiente, dentre outros.

A ECO/92, indubitavelmente, foi o pontapé **inicial para as discussões em torno da questão socioambiental, propiciando a elaboração de documentos e convenções contendo diretrizes e programas voltados ao desenvolvimento sustentável e à preservação dos direitos coletivos destes povos indefesos.**

A Agenda 21, definida como plano de ação global, surgiu após as propostas elaboradas na ECO/92, como um instrumento de planejamento para a cons-

trução de sociedades sustentáveis, em diferentes bases geográficas, conciliando métodos de proteção ambiental, justiça social e eficiência econômica. Sua contribuição para o socioambientalismo foi a edição de um capítulo dedicado exclusivamente ao fortalecimento dos povos indígenas.

Da mesma forma, resultante das discussões fomentadas na ECO/92, podemos mencionar a Convenção da Diversidade Biológica, que, em seu preâmbulo, reconhece a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais.

Todos estes documentos e reuniões realizados em decorrência da ECO/92 foram de fundamental importância para o desenvolvimento sustentável, gerando uma rede de proteção à biodiversidade e à sociodiversidade, coexistindo associadamente.

Atualmente, o Brasil possui diversos instrumentos legais e até mesmo a Constituição Federal (1988), como mecanismos de proteção dos povos indígenas e das comunidades tradicionais, com vistas a manter preservados a cultura destes povos e o seu modo de vida.

A Constituição Federal de 1988 foi um marco no processo de democratização do país, proporcionando um sólido arcabouço jurídico ao socioambientalismo no país, com destaque a um capítulo exclusivo de proteção ao meio ambiente (art. 225/CF). A Constituição Democrática de 1988 foi um marco no avanço da proteção ao meio ambiente natural, como também na proteção à sociodiversidade dos povos, pois a Constituinte, com sua ideologia multicultural, reconheceu, em seu arcabouço, os direitos coletivos indígenas, protegendo, especialmente, seus territórios. Neste sentido:

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

Ilustrando, ainda, o arcabouço constitucional de proteção aos direitos indígenas e comunidades tradicionais, podemos citar os dispositivos que trouxeram

a proteção cultural destes povos e do seu modo de vida, nos artigos 215 e 216 da Carta Maior, senão vejamos:

Art. 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.

(...)

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

I - as formas de expressão;

II - os modos de criar, fazer e viver;

III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas;

IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;

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

O dispositivo constitucional conferiu proteção aos bens imateriais, essenciais à preservação da cultural, dentre eles, destaque-se as mais diferentes formas de saber, fazer e criar, como músicas, contos, lendas, danças, receitas culinárias, técnicas artesanais e de manejo ambiental, os quais compõem a definição de meio ambiente cultural e fortalece a concepção de socioambientalismo. Destaque-se, ainda, na previsão constitucional, os conhecimentos, inovações e práticas culturais de povos indígenas, quilombolas e populações tradicionais, que vão desde formas e técnicas de manejo de recursos naturais, métodos de caça e pesca e conhecimentos sobre sistemas ecológicos e espécies com propriedades farmacêuticas, alimentícias e agrícolas.

No que se refere à legislação infraconstitucional, temos o Decreto-Lei n. 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, por meio do tombamento, cuja compatibilidade refere-se aos bens materiais que fazem parte do patrimônio cultural brasileiro.

Em outra vertente, abarcando a proteção aos bens imateriais com significativa relevância cultural, podemos mencionar a Lei Federal n. 6015/73, que dispõe sobre os registros públicos. Trata-se de um eficaz instrumento de proteção às ações e memórias dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira.

Verifica-se que houve uma preocupação do Estado em preservar o patrimônio cultural brasileiro, seja ele material ou imaterial, com o estabelecimento de políticas públicas que valorizassem e preservassem a diversidade étnica e cultural dos povos brasileiros, além de ações que promovessem a democratização do acesso aos bens culturais por todos os indivíduos.

4. DIREITO FUNDAMENTAÇÃO À EDUCAÇÃO INDÍGENA

A educação indígena no Brasil, teve início com a chegada dos padres jesuítas, trazidos para o Brasil-colônia pelo primeiro governador geral Tomé de Souza, em meados de 1549. O objetivo dos jesuítas era estimular a catequese de forma que os índios pudessem ser convertidos ao cristianismo (LIMA, 2003, p.05).

Ensina SILVEIRA (2012, p. 31-32), em sua obra, que a educação indígena, como educação especial e diferenciada, permaneceu praticamente inexistente até o século XX, sendo impossível identificar qualquer tipo de qualidade na atividade escolar do projeto de catequese missionária. Para o autor, durante esse período, a “instrução” para os indígenas era usada como instrumento de coerção em prol da assimilação dos valores alheios aos seus e de negação de suas identidades e culturas diferenciadas.

Somente com a Convenção n. 107 da Organização Internacional do Trabalho, de 26/06/1957, foram apresentados novos parâmetros da educação escolar indígena, dentre eles, podemos citar: a) universalização do direito à educação formal aos povos indígenas (art. 21); b) a consideração de realidades sociais, econômicas e culturais específicas e diferenciadas (art. 22); c) a prescrição de modelos de alfabetização em língua materna e da educação bilíngue (art. 23); d) a incorporação pelo ensino primário de conhecimentos gerais e aptidões tornados necessários pelo contato (art. 24); e) o combate ao preconceito contra os povos indígenas nos diversos setores da comunidade nacional, através da adoção de medidas educativas (art. 25); f) o reconhecimento oficial das línguas indígenas como instrumentos de comunicação com essas minorias (art. 26).

A partir deste marco regulatório, estabeleceu-se uma articulação entre sociedades indígenas e organizações não-governamentais, como bem lembra SILVEI-

RA (2012, p. 32), trazendo importantes mudanças para a afirmação dos direitos indígenas, tais como o surgimento de propostas educacionais que enfatizavam a língua materna dos povos indígenas, por meio de uma escola diferenciada, como estratégia de valorização e conservação de suas identidades culturais e étnicas.

O marco constitucional da educação indígena no Brasil foi a Constituição de 1988, tendo os povos indígenas conquistado o reconhecimento de suas formas de organização social, de suas línguas, crenças e tradições (art. 231)²³⁹. A partir da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei Federal n. 9394/96), em 1996, foi assegurado definitivamente aos indígenas uma educação diferenciada, específica, intercultural e bilíngue, garantindo a sobrevivência étnica destes povos tradicionais (art. 78 e 79).

A Lei Federal n. 9394/96 inovou o ordenamento jurídico estabelecendo diretrizes curriculares para a elaboração de projetos pedagógicos das escolas indígenas brasileiras, estabelecendo que secretarias estaduais e municipais de educação sejam responsáveis pela educação indígenas, inclusive com educação profissionalizante nas terras indígenas agrárias, com o objetivo de fomentar a autossustentação dos povos indígenas.

Não basta o Estado propiciar aos povos brasileiros o direito à educação como o faz no art. 205 da Constituição da República, é de fundamental importância que o ensino seja diferenciado, de acordo com as peculiaridades dos estudantes e dos diferentes povos brasileiros. A própria Constituição Republicana prega a liberdade de ensino no território brasileiro, em seu art. 206, I da CF: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: II- liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber”. O ensino não se limita a difundir o conhecimento técnico necessário ao ingresso nas universidades brasileiras, mas de divulgar o pensamento, a arte e o saber, cuja concepção é mais ampla que o conhecimento técnico de algumas disciplinas escolares.

Neste sentido, Anísio Teixeira, citado por BADR (2011, p.62), enfatiza que “o objetivo da Liberdade de ensino deve ir além do ensino e da pesquisa, pois os indivíduos que integram as instituições de ensino superior não devem visar apenas ensinar e aprender, investigar e descobrir, mas também viver – num clima de fervor e devoção intelectual – a grande aventura do espírito humano na conquista da terra e de si mesmo.”

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

Mesmo diante de uma significativa proteção legal e constitucional para a implementação de uma educação indígena, este modelo educacional indígena deve ser repensado, conforme alerta SILVEIRA (2012, p.38). Segundo o autor, especialista na temática indigenista, “a própria denominação genérica dos indígenas dificulta o entendimento da sociedade em geral acerca das especificidades de cada povo. Cada povo indígena constitui-se numa única sociedade. Há diferenças na vida cultural, social, religiosa ou econômica.”

A educação indígena deve ser pensada e organizada pelos próprios povos indígenas e não por intelectuais contemporâneos da educação, pois somente eles conhecem suas culturas profundamente e poderá adaptar o ensino as peculiaridades de suas tradições. A educação indígena não se confunde com o conceito de escola. Segundo BANIWA (2006, p.146-147), “a escola não é o único lugar de aprendizado. Ela é uma maneira de organizar alguns tipos de conhecimentos para serem transmitidos às pessoas por um professor. Escola não se reveste em prédios construídos ou carteiras dos alunos; são os conhecimentos, os saberes. Também a comunidade possui sua sabedoria para ser comunicada, transmitida.”

O desafio para as organizações políticas brasileiras é adequar o modelo de escola formal da sociedade brasileira, caracterizada por um modelo competitivo, conteudista e individualista, para atender às especificidades dos povos indígenas, os quais possuem saberes que vão além do ensino formal. O material didático não pode ser o mesmo, pois estamos diante de indivíduos de mundos completamente distintos.

Ademais, manter os povos indígenas, com suas tradições, crenças, costumes e propriedades, representa a preservação do meio ambiente cultural para todos os povos brasileiros, com a salvaguarda da memória dos nossos ancestrais.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nas linhas de pesquisa do artigo apresentado, verifica-se que o direito à educação ambiental está intrínseco ao objetivo fundamental de preservação ambiental. O sucesso da manutenção do meio ambiente ecologicamente equilibrado é resultado das políticas de educação ambiental e dos eficazes processos de conscientização da população mundial a respeito dos recursos naturais limitados em nosso planeta.

Alinhado à questão da preservação ambiental, no que se refere especificamente ao meio ambiente cultural, temos a concepção de socioambientalismo, um conceito baseado nos princípios de desenvolvimento sustentável, que reflete a preocupação em promover a preservação do meio ambiente natural, juntamente com a manutenção da diversidade social entre os seres humanos, de acordo com seus costumes tradicionais e modo de vida.

Verifica-se que o ordenamento jurídico constitucional e legal estão repletos de direitos e garantias difusos e coletivos, em prol de uma comunidade hostilizada, que luta pela preservação de seus costumes tradicionais e de seus territórios.

No que se refere à educação indígena, reconhece-se um significativo avanço no ordenamento jurídico, com vistas à manutenção de uma educação diferenciada, em respeito à cultura destes povos, mas há uma contradição no que diz respeito à metodologia aplicada, pois não se pode utilizar os mesmos métodos educacionais das escolas tradicionais brasileiras nas comunidades indígenas, as quais atribuem valores diversos dos conceitos usualmente adotados em nossas sociedades.

6. REFERÊNCIAS

AMADO, Frederico. **Legislação Comentada para Concursos**. 1ª ed. São Paulo: Método. 2015, p. 290;

BADR, Eid. **Curso de Direito Constitucional**. 1ª ed. Curitiba: CRV. 2011.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: Vetores Constitucionais**. 1ª ed. Curitiba: Juruá. 2011.

BRAGA, José dos Santos Pereira. **O Homem e a Natureza: descaminhos e reconciliação**. Revista eletrônica da Academia Brasileira de Letras Jurídicas. Disponível em: <<http://www.ablj.org.br/revistas/revista5/revista5%20%20JOS%C3%89%20DOS%20SANTOS%20PEREIRA%20BRAGA%20%20O%20Homem%20e%20a%20Natureza;%20Descaminhos%20e%20Reconcilia%C3%A7%C3%A3o.pdf>> Acesso em: 23 abr 2016.

BRASIL. **Política Nacional do Meio Ambiente** (1981).

_____. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil** (1988).

_____. **Diretrizes e Bases da Educação** (1996)

_____. **Ministério do Meio Ambiente. Agenda 21 Brasileira**. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21/agenda-21-brasileira>> Acesso em: 23 abr 2016;

_____. **Ministério do Meio Ambiente. Convenção da Diversidade Biológica.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/biodiversidade/convencao-da-diversidade-biologica>> Acesso em: 24 abr 2016.

CABRAL, Ana Suely A Câmara et aliii. **Projeto Interação: Por uma Educação Indígena Diferenciada.** 1ª ed. Brasília: Fundação Nacional pró-memória, 1987.

FEITOZA, Paulo Fernando de Britto. **Patrimônio Cultural: proteção e responsabilidade objetiva.** 1ª ed. Manaus: Valer. 2012.

GADOTTI, Moacir. **Pedagogia da Terra.** 2ª ed. São Paulo: Peirópolis, 2000, p. 112;

GUIMARÃES, Roberto. A Ética da Sustentabilidade e a formulação de políticas de desenvolvimento. In: SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos – Proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo. Peirópolis, 2005.

LIMA, Maria Cristina de Brito. **A Educação como Direito Fundamental.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARÉS, Carlos Frederico. **O Direito para o Brasil Socioambiental.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris. 2002.

MOREIRA, Gilberto Gil. **Prêmio Culturas Indígenas.** 1ª ed. São Paulo: Ministério da Cultura e SESC/SP, 2007;

OIT. **Convenção n. 107.** Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf)> Acesso em 24 abr 2016.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos – Proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural.** São Paulo. Peirópolis, 2005.

SANTILLI, Márcio. **Transversalidade na corda bamba.** Apresentação a um balanço do seis meses do governo Lula na área socioambiental, realizado pelo

- Instituto Socioambiental (ISA). Disponível em < <http://www.socioambiental.org> > In: SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e Novos Direitos – Proteção Jurídica à diversidade biológica e cultural**. São Paulo. Peirópolis, 2005.
- SAUVÉ, Lucie. **Educação Ambiental e Desenvolvimento Sustentável: uma análise complexa**. Disponível em: < http://www.serrano.neves.nom.br/MBA_GYN/edsoc10.pdf > Acesso em: 17 abr 2016;
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10^a ed. São Paulo: Malheiros. 2013, p.20;
- SILVEIRA, Edson e Stela Aparecida Damas da. **Direito Fundamental à Educação Indígena**. 1^a ed. Curitiba: Juruá. 2012;
- SILVEIRA, Edson Damas da. **Socioambientalismo Amazônico**. 1^a ed. Curitiba: Juruá, 2008.
- _____. **Meio Ambiente, Terras Indígenas e Defesa Nacional**. Curitiba: Juruá, 2010.
- _____. **Direito Socioambiental: Tratado de Cooperação Amazônica**. Curitiba: Juruá. 2005.
- UNCED. **Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: < <http://veja.abril.com.br/complementos-materias/rio+20-widgets/pdf/declaracao-do-rio-de-janeiro-sobre-meio-ambiente-desenvolvimento.pdf> > Acesso em: 23 abr 2016.

REVISITANDO O CONCEITO DA GARANTIA DO
ACESSO À JUSTIÇA
LUÍS HENRIQUE BORTOLAI²⁴⁰

Acerca deste importante tópico, necessário trazer um conceito de acesso à justiça que se entende pertinente para a proposta a ser desenvolvida. Primeiramente, o acesso à justiça faz parte, direta e indissociavelmente, da dignidade da pessoa humana. (DE BARCELLOS, 2011, p. 325)

Para Fernanda Tartuce,

[...] não basta, assim, simplesmente afirmar que a jurisdição se encontra à disposição: é essencial contribuir para que os necessitados possam concretamente transpor os óbices sociais e econômicos que dificultam o acesso a ela. (TARTUCE, 2011, p. 75)

Portanto, não é suficiente apenas a apresentação escrita dessa garantia, ela deve ser materializada, dada a conhecer especialmente aos mais necessitados e menos favorecidos economicamente, para que, verdadeiramente, se concretize.

Luiz Guilherme Marinoni afirma que não se trata apenas de um princípio: o acesso à justiça é uma garantia, um direito fundamental, que pressupõe a tudo e a todos. (MARINONI, 2013, p. 143-144.) Ainda segundo o autor, tal garantia não possibilita apenas o acesso ao Poder Judiciário, mas algo além disso, numa resposta efetiva e plena, diante do problema proposto. (MARINONI, 2000, p. 28) Portanto, o acesso à justiça como “acesso à ordem justa” – entendida por Luiz Guilherme Marinoni como acesso ao processo justo – a uma justiça imparcial, que permita o desenvolvimento de um processo com participação equilibrada e efetiva das partes, inclui o acesso à informação, à orientação jurídica e aos meios

240. Doutor e Mestre pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC - Campinas. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas - PUC - Campinas. Professor universitário na Metrocamp. Coordenador acadêmico da pós-graduação da LFG. Advogado. Contato: luis.bortolai@gmail.com

alternativos de composição de controvérsia, numa perspectiva mais ampla e profunda. (MARINONI, 2000, p. 30)

Dessa forma, o acesso à justiça não é um simples princípio a ser apresentado no texto constitucional, especificamente no artigo 5º, inciso XXXV, ou mesmo no âmbito infraconstitucional, como no novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), em seu artigo 3º, mas sim, é uma garantia a toda e qualquer pessoa.

Como ensina Celso Antonio Bandeira de Mello:

Princípios – já averbamos alhures – é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhe o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo. (DE MELLO, 2015, p. 927-929)

José Joaquim Gomes Canotilho ensina que o acesso à justiça não tem um caráter que se fixa exclusivamente no âmbito jurídico, mas revela uma nova visão política e filosófica do Estado que coloca a razão como o fundamento da legislação:

Mais do que um conceito jurídico, o Estado de direito era um conceito político, e além disso, um conceito de luta política (*politisches Kampfbegriff*). Concretamente, constituía um conceito de luta política da burguesia contra o Estado absolutista centralizador, contra os resquícios do Estado feudal, contra as sobrevivências estamentais. Formulado depois em termos filosóficos, o conceito passou a alicerçar a compreensão do Estado como Estado que respeita a liberdade ética do homem individual (Kant) e reconhece uma vinculação jurídica para os próprios atos. Neste contexto, é retida constantemente a formulação de Kant: “O Estado é a associação de uma pluralidade de homens sob lei jurídica”, “pertencendo estas leis à vontade reunida do povo”. (CANOTILHO, 2012, p. 352)

Os princípios não se distinguem das normas pelo simples fato de aqueles serem mais genéricos. Tem acerto a afirmativa de Robert Alexy quando diferencia as normas dos princípios em vista de um critério qualitativo.

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de seu grau de satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. (ALEXY, 2011, p. 90)

Diante disso, indispensável pensar na necessidade que os princípios têm de promover uma melhor interação entre as diversas possibilidades existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Permitir uma interação entre o Direito e outras áreas do conhecimento, como por exemplo, a Educação e a Psicologia, de modo a possibilitar uma visão interdisciplinar dos fatos, trazendo à tona novas vertentes e análises.

O conceito de acesso à justiça, em sua formação histórica, passou por diversas transformações. Inicialmente, no liberalismo burguês dos séculos XVIII e XIX, essa garantia era conceituada como apenas o direito de propor ou contestar uma ação, haja vista que se considerava que mesmo que o acesso à justiça fosse um direito natural do ser, não se motivava sua proteção pelo Estado. A figura governamental só possuiria uma função preventiva dos litígios; a justiça nesse período, como as demais garantias no sistema *laissez faire*, só era acessível a quem pudesse custeá-la. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 04)

Dados estatísticos atuais revelam:

A pesquisa da Fundação Getúlio Vargas (FGV) mostra que o índice de credibilidade da Justiça é menor entre os brasileiros mais pobres e com menor escolaridade. No grupo de pesquisados com renda de até R\$ 1 mil, a confiança no Judiciário atinge a nota de 5,4 (em uma escala que varia de 0 a 10). Para a população dessa faixa de renda, os maiores problemas da Justiça são os custos e a dificuldade de acesso. Entre os que têm até 1º grau incompleto, o índice de confiança é de apenas 5,3 pontos. Nesse grupo, 87,2% dizem que os custos para ingressar no Judiciário

são altos ou muito altos; e 81,7% afirmam que o grande problema do Poder Judiciário é a sua desonestidade e parcialidade. O acesso à Justiça também é outro problema para os que têm escolaridade mais baixa – 72,9% consideraram o acesso difícil. (BRASIL, acesso em 30 nov. 2015)

À medida que as sociedades começaram a estabelecer maiores mercados e relações jurídicas mais complexas, viu-se a expansão conceitual dos direitos humanos, acabando por abandonar a visão individualista do acesso à justiça, inclusive com um Estado mais atuante. Assim sendo, os direitos que vieram a ser narrados no preâmbulo da Constituição Francesa de 1946 trazem a preocupação do efetivo acesso aos direitos recém-estabelecidos, como por exemplo, em seu parágrafo 18:

Fiel à sua missão tradicional, a França deseja guiar os povos sob sua responsabilidade para com a liberdade de administrar a si mesmos e para gerir seus próprios assuntos democraticamente; abstendo-se de todos os sistemas de colonização fundadas sobre regras arbitrárias, garante a todos um acesso igualitário a um ofício público e ao exercício individual ou coletivo dos direitos e liberdades proclamados ou aqui confirmados. (FRANÇA, acesso em: 24 mar. 2015)

Posteriormente à metade do século XIX, houve a realização do *Florence Project*, que consistia em uma experiência empírica com vistas a analisar o sistema judicial por diversos pesquisadores dos vários ramos das ciências sociais, aplicadas ou não, nos países participantes, visando relatar suas experiências em relação ao acesso à justiça. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 06)

Ou seja, a política de que as pessoas, seja qual forem as suas camadas sociais, obtenham o acesso à justiça se torna um requisito fundamental e basilar de um sistema jurídico igualitário que busca garantir a efetivação dos direitos sociais e não apenas proclamá-los.

Em suma, a visão sobre o acesso à justiça passou por diversas transformações, desde uma perspectiva burguesa, para uma em que assegura a defesa dos direitos individuais em conjuntura aos coletivos e difusos, para, enfim, uma visão que vai além de assegurar esses, garantindo o acesso ao judiciário mediante seus procedimentos jurídicos simplificados, ou até mesmo as formas extrajudiciais de solução de conflitos. (BEDIN, 2004, p. 199)

Sem excluir o acesso à jurisdição como forma de acesso à justiça, deve-se compreender que, na verdade, se trata da participação em uma ordem jurídica justa com o apoio de um grupo de valores e direitos fundamentais inerentes a todos, além de garantias materiais e processuais que buscam a efetivação desse acesso, para que possa a parte ter uma participação ativa na demanda, encontrando uma solução justa e coerente aos seus interesses. (STRECK, 2001, p. 100)

José Murilo de Carvalho identifica no Brasil três classes sociais em relação à sua capacidade de acesso à justiça: a primeira classe compreende aqueles que são efetivamente detentores do poder, posicionando-se distante da população em geral das leis e das punições advindas dessas; a segunda é composta por grande parte da população, pessoas comuns e em sua maioria simples que possuem uma escolaridade média e são capazes de reconhecer de forma rasa seus direitos e obrigações; por fim a terceira e última classe é formada pelos excluídos sociais sem condições de reconhecer e serem reconhecidos pelo Estado e pela sociedade. (DE CARVALHO, 2015, p. 223) Tal tripartição se mostra relevante, uma vez que escalona a sociedade, numa leitura fundamental para a presente apresentação emancipatória.

Em decorrência da grande disparidade social e da discrepante concentração de renda na sociedade brasileira, a universalidade do acesso à justiça se torna um grande desafio: as camadas mais baixas da população, quando têm seus direitos lesados, encontram enormes dificuldades tanto intelectual quanto financeiramente para se protegerem, inclusive até para se locomoverem aos órgãos de solução de conflitos ou àqueles destinados ao atendimento jurídico gratuito. (STRECK, 2001, p. 100) Mesmo com as garantias formais da Constituição Federal e as políticas públicas instituídas pelo Estado, a realidade ainda necessita criar meios que atendam devidamente as reivindicações dessas camadas.

O efetivo acesso à justiça há de ser compreendido como um esforço para a implementação dessa garantia. Tamanha é a amplitude deste direito fundamental que não deve se compreender como uma mera busca jurisdicional, ou garantida apenas com o instituto da justiça gratuita. Nas palavras de Kazuo Watanabe:

O direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; são dados elementares desse direito: 1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; 2)

direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito à preordenação dos instrumentos capazes de promover a efetiva tutela de direito; e 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características. (WATANABE, 1988, p. 128)

Assim, por mais que as garantias elencadas pelo constituinte sejam diversas, indispensável se pensar na sua real aplicação prática. Tal tarefa se dá não somente pelo plano formal, mas deve ser garantida materialmente na medida do caso concreto, seja por uma mudança cultural radical, seja pela criação e implementação de novos mecanismos ao ordenamento jurídico do País, seja pelas disposições apresentadas nos textos legais, mas, especialmente, pela efetiva realização desses dispositivos.

Especificamente acerca do acesso à justiça, é fundamental citar a obra de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, que, em 1970, passaram a tratar desse assunto com profundidade, servindo de base para as exposições e as leituras realizadas até hoje. (TEIXEIRA, 2008, p.88)

Segundo os autores,

[...] a expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Nosso enfoque, aqui, será primordialmente sobre o primeiro aspecto, mas não poderemos perder de vista o segundo. Sem dúvida, uma premissa básica será a de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, *pressupõe* o acesso efetivo. [...] Nossa tarefa, neste Relatório, será a de delinear o surgimento e desenvolvimento de uma abordagem nova e compreensiva dos problemas que esse acesso [efetivo] apresenta nas sociedades contemporâneas. Originando-se, talvez, da ruptura da crença tradicional na confiabilidade de nossas instituições jurídicas e inspirando-se

no desejo de tornar efetivos – e não meramente simbólicos – os direitos do cidadão comum, ela exige reformas de mais amplo alcance [...]. (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 08)

Um ponto importante é a apresentação feita pelos autores das chamadas “ondas renovatórias de universalização de acesso à justiça”, que representam propostas necessárias para a melhoria e o desenvolvimento dos institutos, numa verdadeira consolidação do acesso à justiça.

Estudando as reformas no sistema de Justiça dos países ocidentais desde a década de 60, Cappelletti e Garth vislumbraram uma sequência de três grandes movimentos de reforma: a) os primeiros esforços importantes para melhorar o acesso à Justiça nos países ocidentais enfocaram a prestação dos serviços legais aos pobres [...]; b) o segundo focalizou o problema da representação dos interesses difusos e coletivos a partir de mudanças de conceitos típicos do individualismo liberal [...]; c) por fim, o terceiro e mais importante movimento significou uma mudança dos procedimentos judiciais para tornar esses direitos realmente exequíveis. Essa terceira “onda” de reformas vai além de instituições, de recursos, pessoal e procedimentos utilizados para processar e ainda para prevenir disputa nas sociedades modernas. [...]. (SANCHES FILHO, 2001, p. 278)

Para Julia Pinto Ferreira Porto, portanto, é indispensável estabelecer muito bem o teor e a aplicação do acesso à justiça, especialmente diante da modernidade que se vive no século XXI. (PORTO, 2009, p. 18)

Quando se faz uma referência à democratização do acesso como proposta teórica, afirma-se que não se trata apenas de efetivamente promover a desobstrução do Poder Judiciário ou mesmo de ampliar sua participação social, dividindo-a em múltiplas outras escolhas, mas trata-se de uma

[...] nova concepção do acesso ao direito e à justiça. Na concepção convencional busca-se o acesso a algo que já existe e não muda em consequência do acesso. Ao contrário, na concepção [de democratização] [...], o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso. Há aqui um sistema de transformação recíproca, jurídico-política [...]. (SANTOS, 2011, p. 33)

Diante dessa situação, carece à sociedade levar em consideração que:

[...] a percepção da noção de acesso à justiça passa por uma leitura ético-moral da Constituição, cabendo aos juízes e tribunais a missão de guardar os ‘valores’ sociais reconhecidos pela Constituição de 1988. (TEIXEIRA, 2008, p. 91)

Para Mauro Cappelletti,

[...] movimento pelo “acesso à justiça” representou, nas últimas décadas, um importante, talvez a mais importante, expressão de uma radical transformação do pensamento jurídico e das reformas normativas e institucionais num número crescente de países [...], resposta à crise do direito e da justiça na nossa época, expressão fundamental, [...] daquilo que se pode definir a ‘dimensão social’ da justiça no mundo contemporâneo. (CAPPELETTI, 1994, p. 71-72)

José Mário Wanderley Gomes Neto reconhece especial importância do tema, ao apontar, de forma clara, que:

Estudar o acesso à justiça [...] [é] ir além dos estudos acerca do texto normativo, utilizando-se de ferramentas epistemológicas multidisciplinares para a compreensão de um objeto complexo, cujas ramificações estendem-se por matérias antes isoladas em seus conhecimentos específicos, todavia, dirigidas a pontos necessários de interseção, para que o sistema jurídico não quede ineficaz na sua tarefa de regular o comportamento social e de fornecer subsídios institucionais à pacificação dos conflitos de interesses. [...] A mencionada tarefa obriga o estudioso do objeto jurídico e/ou das instituições judiciais a mover seus traços nas interseções dos saberes científicos e a confrontar lugares comuns, axiomas e conceitos dominantes, questionando [...] os limites de cada abordagem e suas contribuições para fomentar novas investigações e para responder aos inúmeros problemas de pesquisa, que surgem dia após dia, verticalizando

o conhecimento sobre um objeto dinâmico – acesso à justiça.
(GOMES NETO, 2008, p. 07)

O acesso à justiça, preceituado no artigo 5º, inciso XXXV da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, busca uma atuação sintonizada com mecanismos estruturais e organizados das comunidades, possibilitando uma ação direta no local dos fatos, resolvendo as situações apresentadas, bem como tentando capacitar as pessoas envolvidas, acerca das localidades e dos direitos básicos que possuem.

Assim,

+

[...] o caso brasileiro não acompanha o processo analisado por Cappelletti e Garth a partir da metáfora das três “ondas” do “*acessto*’ - *justice movement*”. Ainda que durante os anos 80 o Brasil, tanto em termos da produção acadêmica como em termos das mudanças jurídicas, também participe da discussão sobre direitos coletivos e sobre informalização das agências de resolução de conflitos, aqui estas discussões são provocadas não pela crise do Estado de bem-estar social, como acontecia então nos países centrais, mas sim pela exclusão da grande maioria da população de direitos sociais básicos, entre os quais o direito à moradia e à saúde. (JUNQUEIRA, 1996, p. 01)

Para Ingo Wolfgang Sarlet, o acesso à justiça é um direito fundamental, aplicável a todos os seres humanos, vez que é reconhecido e positivado por todos os ordenamentos. (SARLET, 2015, p. 37)

Diante disso, dos diversos significados à expressão “acesso à justiça” aqui apresentados, necessário optar por um deles Para Alexandre César:

[...] dentro de uma concepção axiológica de justiça, o acesso à lei não fica reduzido ao sinônimo de acesso ao Judiciário e suas instituições, mas sim a uma ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano, não restritos ao ordenamento jurídico processual. (CÉSAR, 2002, p. 49)

Certa parte da doutrina, por exemplo, afirma que o acesso à justiça nada mais é do que um acesso ao Poder Judiciário, a uma resposta proferida pelo órgão competente na resolução dos problemas e o acesso a uma ordem de valores e direitos

fundamentais para o ser humano, num sentido mais amplo. (RODRIGUES, 1994, p. 28) Ocorre que não pode haver uma garantia meramente formal, é mister que todos, indistintamente, tenham contato e ingresso, verdadeiro e real com o Poder Estatal.

Jasson Ayres Torres, ao falar de acesso à justiça, diz que é necessário viabilizar a discussão sobre uma série de fatores, englobando a estrutura do Poder Judiciário, que precisa se democratizar, se aproximar dos cidadãos, e agilizar certos procedimentos processuais. (TORRES, 2005, p. 49) A sociedade exige uma atuação mais próxima das necessidades sociais voltada para a solução dos conflitos, com uma nova mentalidade e uma visão de mundo.

O acesso à justiça não se esgota no simples acesso ao judiciário e nem no universo do direito estatal apenas. Kazuo Watanaba reflete bem a dimensão do problema do acesso à justiça, ao afirmar que não se pode pensá-lo apenas nos parâmetros existentes nos dias de hoje. Indispensável se pensar numa ordem jurídica justa e efetiva. (WATANABE, 1988, p. 128-129)

Para Cândido Rangel Dinamarco, o acesso à justiça é mais do que um simples princípio, é a síntese de todos os princípios e garantias do processo, seja em nível constitucional ou infraconstitucional, seja em sede legislativa ou doutrinário e jurisprudencial. Chega-se à ideia do acesso à justiça, o polo metodológico mais importante do sistema processual da atualidade, mediante o exame de todos e de qualquer um dos princípios. (DINAMARCO, 2013, p. 304)

Ocorre que o acesso ao Judiciário não se faz somente por meio de regras, princípios, interpretações e ingresso com demandas judiciais. Faz-se por meio de um sistema organizacional democrático e real, que aproxima as demandas de uma solução correta e afasta a grande desconfiança dos cidadãos nas instituições públicas.

Portanto, não basta buscar uma conceituação definitiva e final da garantia do acesso à justiça. Indispensável se pensar na prática e efetivação material desse dispositivo constitucional, de modo a possibilitar a todos, indistintamente, alcançarem a solução de problemas e aflições que venham a passar.

Referências bibliográficas:

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. 3. tira. São Paulo: Malheiros, 2011.

BEDIN, Gilmar Antonio. *Direitos humanos e acesso à justiça: aspectos nacionais e internacionais*. In: MENEZES, Wagner. *O direito internacional e o direito brasileiro*. Ijuí, Rio Grande do Sul: Unijuí, 2004.

BRASIL. *Código de processo civil*. Lei n. 13.105/15. Brasília: Senado, 2015.

_____. *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

_____. *Site - Pesquisa mostra que a confiança é menor entre os mais pobres*. Disponível em: <http://portal.rpc.com.br>. Acesso em: 30 nov. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro. *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee*. Bologna: Il Mulino, 1994.

_____; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Nortfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2002.

CÉSAR, Alexandre. *Acesso à justiça e cidadania*. Cuiabá: UFMT, 2002.

DE BARCELLOS, Ana Paula. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 3. ed. ver. e atua. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

DE CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 19. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2015.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

FRANÇA. *Site - Preamble to the Constitution of 27 October 1946, § 18*. Disponível em: http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/anglais/cst3.pdf. Acesso em: 24 mar. 2015.

- GOMES NETO, José Mário Wanderley. *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Jus Podivm, 2008.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. *Acesso à justiça: um olhar retrospectivo*. In: Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, n. 18, 1996.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 4. ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.
- _____. *Técnica processual e tutela de direitos*. 4. ed. rev. e atua. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- PORTO, Júlia Pinto Ferreira. *Acesso à justiça: Projeto Florença e Banco Mundial*. Dissertação (Mestrado em Direito) São Paulo: Universidade Presbiteriana Mackenzie, 2009.
- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- SANCHES FILHO, Alvinio Oliveira. *Experiências institucionais de acesso à justiça no estado da Bahia*. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Acesso à justiça*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- STRECK, Lenio Luiz. *Os meios de acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de eficácia da Constituição*. In: Revista da AJURIS, ano XXVI, n. 81, t. I, Porto Alegre, março de 2001.
- TARTUCE, Fernanda. *Vulnerabilidade como critério de desequiparação no processo civil*. Tese (Doutorado em Direito). São Paulo: Universidade de São Paulo, 2011.

TEIXEIRA, João Paulo Fernandes Allain. *Acesso à justiça, proporcionalidade e a “pílula vermelha”*: entre racionalidade e hermenêutica. In: GOMES NETO, José Mário Wanderley (Coord.). *Dimensões do acesso à justiça*. Salvador: Jus Podivm, 2008.

TORRES, Jasson Ayres. *O acesso à justiça e soluções alternativas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

WATANABE, Kazuo. *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In: GRINOVER, Ada Pellegrini *et. al.* *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

A IMPLEMENTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NA REALIDADE ACADÊMICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA: PROJETO MEDIAR UFBA

Manuela Vanesca da silva Cerqueira²⁴¹

1. INTRODUÇÃO

É natural que o convívio entre os seres humanos nem sempre seja pacífico e estável pois os diferentes posicionamentos entre os indivíduos podem, de alguma forma, ocasionar o conflito. Ocorre que, diferente do que se preconiza, o conflito pode também ser analisado sobre um aspecto positivo, sendo fomentador de desenvolvimento (MARTINELLI, 1998, P.50).

Temos que a Universidade como componente ativo da sociedade, é grande palco de conflituosidade, seja pela diversidade de agentes, seja pela multiplicidade das relações envolvidas. Assim sendo, este trabalho busca analisar os conflitos existentes neste ambiente, centralizando o olhar nas moradias Universitárias da Universidade Federal da Bahia, demonstrando que a mediação pode ser solução viável para a resolução destes.

Dessa maneira, investigando a importância da mediação enquanto ferramenta de solução de conflitos no âmbito acadêmico, o trabalho analisa as atividades realizadas pelo programa “MEDIAR UFBA: PREVININDO E SOLUCIONANDO CONFLITOS”, integrante do projeto de extensão Observatório da Pacificação social, localizado na Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Neste projeto, são demonstradas as experiências vividas e delineados os principais aspectos deste processo, buscando responder se a mediação poderia ser solução viável para os conflitos diagnosticados no ambiente universitário. Além de estudar a mediação enquanto meio adequado de resolução de conflito, busca incentivar a utilização de tal método nas demandas sociais possibilitando assim, uma democratização do acesso à justiça, inclusão social e cidadania (CAPPELLETTI, 1988, P. 08).

241. Advogada formada pela UFBA, Mestranda em Estudos sobre a Universidade (UFBA). Email: vanesca84@hotmail.com

O que se pretende portanto, é difundir um novo olhar acerca das formas de resolução de conflitos, incentivando meios alternativos e eficazes de resolução destes, viabilizando a modificação da cultura de litígio existente em nossa atual sociedade (PEDROSO, 2005, P.07).

O desenvolvimento do trabalho pode assim ser descrito: se estrutura por meio de investigação localizada, destinando-se a um grupo e entidades específica, qual seja: a universidade e as moradias universitárias, permitindo assim intervenções na busca de solucionar as demandas detectadas, tendo desta forma uma abordagem social (GIL, 2008, P.27); possui natureza qualitativa, priorizando o contato com ações coletivas no sentido de desenvolver ações, discussões e reflexões sobre o tema, valorizando a interação entre pesquisador e participantes das situações analisadas (NASCIMENTO, 2007, PG 105).

Os dados coletados foram analisados buscando a compreensão macro da situação, objetivando sempre propostas de sua resolução; utiliza como base fontes documentais, entrevistas e análise de conteúdo dos questionários aplicados, como forma de entender a realidade dos conflitos no meio universitário, suas razões e suas formas de administração. Por fim, através da triangulação, ou seja, do cruzamento dos dados coletados, objetiva-se identificar as diferentes formas de linguagem e as práticas sociais (MINAYO, 2005).

2.DESENVOLVIMENTO

O projeto “MEDIAR UFBA: PREVININDO E SOLUCIONANDO CONFLUTOS” objetiva disseminar a cultura da paz dentro da comunidade acadêmica, através de ações intervencionistas de mediação em unidades de ensino da UFBA, demonstrando que é possível administrar de forma positiva os conflitos, a fim de solucioná-los de forma consensual, trazendo benefícios para todos (MONTEIRO, 2012, P.110).

A criação do presente trabalho se respalda na observação de inúmeros tipos de conflitos existentes no meio acadêmico da Universidade Federal da Bahia, unidade de implementação do projeto. Por meio da parceria com a Ouvidoria da UFBA e como o comitê de ética da Instituição, foi possível analisar que as formas de resolução de conflitos existentes na Universidade em comento, demonstrando que estas não se mostram aptas para efetivamente solucionar as demandas existentes.

Foi possível notar que os conflitos que surgem na Universidade acabavam por se transformar em litígios que necessitam da intervenção das lideranças da Universidade, sejam elas acadêmicas ou administrativas, prejudicando as relações existentes, desfavorecendo a solidificação das unidades e o bom andamento do sistema

educacional, podendo ainda, em casos mais complexos, ensejar futuras demandas judiciais, abarrotando o caótico sistema judiciário (MONTEIRO, 2012, P.113).

Desta forma, o projeto surgiu da iniciativa de disseminar a utilização da mediação como meio de solução de conflitos e pacificação social dentro das Unidades Acadêmicas e Administrativas da UFBA, demonstrando que tal método é capaz de dirimir os conflitos encontrados através do diálogo e da cultura da paz, fortalecendo as relações existentes.

O Projeto, financiado pelo Edital PROUFBA, está em atuação desde 2014, acompanhou e avaliou os conflitos, por meio da metodologia da pesquisa-ação, associada à pesquisa bibliográfica e de campo (empírica), mediante a coleta de dados através de entrevistas e aplicação de questionários em unidades da UFBA.

Nesta senda, compreende-se que a mediação é uma forma adequada à resolução dos conflitos, desempenhando um papel de maior relevância, qual seja: a contribuição para a paz e para a segurança por meio de educação e práticas de diálogo nas comunidades de educação (MADUREIRA, 2012, P.183). Dessa forma, o projeto surge como necessário para a consolidação e disseminação da Cultura de Paz na Universidade Federal da Bahia, tendo com missão divulgar a utilização da mediação enquanto meio de pacificação dentro das Unidades Acadêmicas e Administrativas.

Neste projeto é utilizada a ideia de mediação transformativa criada pelos autores Robert Baruch Robert Bush e Joseph Folger (1999). Segundo esse método de mediação, os indivíduos são estimulados a pensar em seus problemas por novos ângulos criando assim, eles mesmos, formas eficazes de soluções para seus próprios conflitos, e havendo desta forma, efetividade da solução, evitando o surgimento de novas demandas correlacionadas. É importante salientar que o tema ainda é recente na realidade brasileira, sobretudo baiana, necessitando de maior produção acadêmica a respeito.

2.2 A IMPLEMENTAÇÃO

A criação do projeto se deu a partir da implementação do projeto de Extensão Observatório da pacificação social coordenado pela professora Dra. Ana Paula Rocha do Bomfim, trabalhando os meios adequados de solução de conflito. Teve início com o ACCS “Observatório da Pacificação Social via MESC’S” em 2012, tendo como objetivo demonstrar e incentivar novas formas e resolução de demandas como forma de alcançar a pacificação social. Sua missão é divulgar a utilização dos métodos adequados de resolução de controvérsias a fim de criar no ideário social, uma cultura de diálogo e pacificação. Nesse sentido, é um projeto de suma importância tendo alcançado números positivos nas comunidades em que atua.

Inicialmente foi realizada a revisão de literatura acerca do tema, capacitando os futuros bolsistas do projeto para que estes fossem habilitados a atuar na área de mediação universitária, estando aptos a realizar sensibilizações, capacitações e atividades relacionados ao projeto.

Após esta fase, foi iniciado o contato com os dirigentes das entidades acadêmicas e administrativas da UFBA, explicando a proposta de trabalho, delimitando o panorama da conflituosidade nessas unidades, identificando assim, as Unidades mais favoráveis para a implantação do presente trabalho. Nesta etapa, houve o contato direto com os seguintes institutos: Nutrição, química, arquitetura, dança, educação e direito, bem como as unidades administrativas, como a Ouvidoria e o Comitê de ética da UFBA.

Após isso, iniciou-se a fase de contato com os sujeitos que compõe essas entidades, através de reuniões, palestras, sensibilizações, aplicação de questionários e capacitações para futuros agentes pacificadores. Durante esse estágio, os conflitos identificados, foram encaminhados para a Observatório da Pacificação Social, localizado na Faculdade de Direito da UFBA, com o objetivo de solucioná-los de forma extrajudicial, através das técnicas de mediação, salientando que tais mediações são realizadas por mediadores capacitados e impessoais que integram a Câmara Modelo do Observatório da pacificação.

Logo depois da realização desta etapa, iniciou-se, a fase de coleta de dados, através dos questionários e entrevistas realizadas com os participantes do presente projeto. Através da tabulação desses dados, foi possível constatar os resultados obtidos durante o processo, demonstrando a eficácia do presente método de resolução das demandas, possibilitando o entendimento acerca dos conflitos encontrados na Universidade Federal da Bahia, conforme se delimitará mais abaixo.

Na fase de implementação do projeto foram realizadas sensibilização dos agentes nas residências Universitárias R1 e R5, no instituto de Educação e na faculdade de Direito. Inicialmente foi realizada a sensibilização do público, a fim de levar informações acerca dos meios alternativos de resolução de conflitos, sobretudo acerca da mediação, objetivo principal deste trabalho, sendo realizado após isso o trabalho de capacitação das agentes das unidades citadas e a realização de mediação nos conflitos latentes.

2.3. RESULTADOS

Num primeiro momento, antes de realizar qualquer tipo de contato ou explanação acerca da mediação, foi aplicado questionário com alunos do campus

de Ondina da UFBA, que abrange estudantes de diferentes cursos abrigando também o restaurante universitário central. Esse questionário contou com 128 respostas e buscou entender o ponto de vista e os conhecimentos básicos dos participantes sobre o tema mediação. Nesta pesquisa, 52% dos entrevistados tratavam-se de pessoas do sexo masculino e 48% do sexo feminino. A faixa etária abrangeu pessoas de 18 a 65 anos, salientando que 74% desta população estava na faixa etária compreendida entre 18 e 25 anos. No que se refere a escolaridade, 96,9% estão cursando ou possuem nível superior e 2,3% estão cursando ou possuem nível médio de formação.

Em tal pesquisa, identificou-se que 66,9% das pessoas que responderam a pesquisa afirmaram já ter algum tipo de conhecimento sobre mediação, sendo que 86,6% responderam que nunca participaram de uma sessão de mediação. No que se refere a necessidade dos serviços de mediação, 43,3% afirmaram que conhecem alguém ou alguma situação na qual seria possível a utilização da mediação como forma de solução do conflito. No que se refere aos motivos de procura do judiciário para resolução de demandas suas ou de conhecidos, 42,9% afirmou que procura ou conhece alguém que já procurou o judiciário para resolver questões relacionadas à separação conjugal, 38,4% responderam afirmando como motivo a regulamentação da pensão alimentícia, 25,9% relataram brigas envolvendo vizinhos, 22,3% trouxeram questões de partilha de herança, 13,3% elencaram demandas acerca da regulamentação da guarda dos filhos, 11,6% apresentaram questões envolvendo dívidas entre conhecidos, 4,5% elencaram demandas que se referem a divisão de terrenos, como exemplo disputas para provar direito de propriedade e por fim, 4,5% relataram que já procuraram ou possuem pessoas próximas que acionaram o judiciário para resolver demandas diversas como por exemplo demandas com plano de saúde, demandas de consumo, obtenção de documentos e certidões, etc.

Por esses números temos que a população abordada é bem equilibrada no quesito gênero, compreendendo em sua maioria jovens de 18 a 25 anos, que possuem ou estão cursando nível superior de ensino e possuem alguma informação do que seja mediação, apesar de nunca ter participado de uma sessão. Boa parte dos entrevistados acredita já ter passado por alguma situação na qual fosse possível a realização do procedimento de mediação ou afirmam conhecer pessoas próximas que podiam ter se submetido a este procedimento, elencando ainda que procuram o judiciário para resolver questões relacionados a direito

de família (pensão alimentícia, guarda dos filhos, regulamentação de visitas dos filhos, divórcios, etc..) ou relacionadas a questões consumeristas.

Assim, temos que a mediação possui um vasto campo no qual pode se aplicar, uma vez que a maioria das pessoas relatou passar por conflito com pessoas que mantem relacionamento continuado, tais como parentes, amigos, vizinhos e colegas de trabalho, sendo portanto, um método capaz de resolver as demandas elencadas na pesquisa acima de forma mais adequada, mais célere e efetiva (ALMEIDA, 2011. P 54)

Após tal pesquisa, foi aplicado questionário nas residências Universitárias R1 e R5 da UFBA, a fim de entender melhor os tipos de conflito existentes entre os estudantes da UFBA, a natureza destes, as formas de solucioná-los, conhecimento a respeito do tema mediação e disponibilidade para participar das sensibilizações e capacitações. Nestes questionários, foi possível identificar que a maior parte dos conflitos relatados ocorrem entre os próprios alunos, sendo 79,6% desta natureza, 30,6% entre alunos e servidores da pro-reitoria de auxilio ao estudante UFBA (PROAE), 14,3% entre residentes das diferentes unidades da UFBA, 6,1% entre alunos e colaboradores, 4,1% entre alunos e professores, 2% entre servidores e 2% entre colaboradores e servidores.

No tocante a natureza dos conflitos temos que 68,1 correspondem a problemas de coabitação no mesmo ambiente, 44,7% seriam relacionados a falhas na comunicação e 4,3% se relacionariam a problemas com vizinhos das residências. Quanto às formas de solução, 51,1% alegaram recorrer a liderança estudantil da residência, 44,7% recorrem a prepostos da PROAE, 19,1% recorrem a outros alunos, 8,5% recorrem a lideranças estudantil do DCE e 8,5% procuram delegacias próximas.

Os entrevistados afirmaram que 77,1% dos conflitos são de ordem moral, 25% de ordem institucional, 25% de ordem psicológica e 8,3% de ordem física. Por fim, 66% afirmaram que tem conhecimento do que seria mediação e 34% não tem nenhum tipo de conhecimento sobre o tema.

Por esses dados temos que a delimitação ainda que superficial da natureza dos conflitos e das formas mais comuns de resolução a fim de entendermos um pouco mais do objeto de estudo e melhores formas de aplicação do trabalho. Tem-se que a maioria dos conflitos identificados nas residências analisadas se referem a conflitos entre alunos, no contexto da própria coabitação e estes costumam recorrer a lideranças estudantis para a resolução dessas demandas, que normalmente são de ordem moral, tendo eficiência portanto, a aplicação da mediação como forma de prevenir e solucionar as demandas, criando uma cultura de diálogo e cooperação entre esses estudantes (CARRAZZONE; KAWAHALA e MALHEIROS, P.93).

Podemos aferir que, no que tange aos resultados das atividades realizadas pelo presente projeto, nas unidades nas quais não houve contato direto com o público, mas apenas o contato com os dirigentes das instituições, como no caso das Unidades de nutrição, química e dança, foi explicado o trabalho realizado pelo grupo do MEDIAR UFBA, incentivando que os conflitos ocorridos no ambiente acadêmico possam ser encaminhados para a câmara modelo do Observatório da pacificação social, podendo assim, ser adequadamente solucionados, sendo disponibilizados todas as formas de contato com o grupo de trabalho.

Já nas unidades em que foram realizadas intervenções de forma direta, houve a capacitação de 81 agentes, sendo estes multiplicadores dos aprendizados de mediação, levando estes conhecimentos para outros indivíduos, visto que ao ter ciência da mediação os indivíduos acabam por utilizar tais conhecimentos em sua vida diária, realizando assim uma modificação na realidade em que se inserem. Em concordância com o potencial transformador da mediação, Lilia Sales (2004, P. 91), em observância aos ensinamentos Forger e Bush (1999), entende a mediação como meio da utilização para transformar a abordagem do conflito, sendo possível “oferecer aos indivíduos a oportunidade de desenvolver suas capacidades de força individual e empatia pelos outros, sendo tal processo de intervenção elaborado de modo a captar este potencial transformativo do conflito...”

Realizando o detalhamento dos dados obtidos, temos que nas residências universitárias foram capacitados 52 agentes, sendo que dois deles realizaram a vinculação ao grupo de trabalhado do MEDIAR UFBA, tornando-se bolsistas do programa. Assim, o trabalho demonstrou-se positivos uma vez que cada agente capacitado é responsável pela transmissão desses conhecimentos, modificando a realidade ao redor (LIMA,2007, P.107).

No que se refere à capacitação realizada nas instalações da faculdade de Direito nos dias 25 e 26 de novembro de 2015, foram capacitados 29 agentes, possuindo pessoas das instituições de psicologia, educação, da Ouvidoria da UFBA e da Comissão de ética também da UFBA. Esta capacitação, alcançou números positivos, uma vez que 54,5% dos participantes assinalaram o projeto como de excelência no que tange à apresentação do conteúdo, relevância do tema e os conhecimentos adquiridos. Desta última capacitação 6 agentes optaram por se vincular ao programa MEDIAR UFBA, realizando diversas atividade relacionadas à mediação na Câmara modelo do Observatório da pacificação social. Por fim, cabe ainda salientar que a parceria com a Ouvidoria da UFBA também se assegura como necessária e importante para que os conflitos identificados nas

unidades acadêmicas e administrativas da UFBA possam ser encaminhados para o Observatório da pacificação social, a fim de serem solucionados utilizando o diálogo e as técnicas de mediação.

Nesse sentido, foram realizadas sessões reais de mediação nos casos de conflitos diagnosticados nas Unidades visitadas, bem como de casos encaminhados pela Ouvidoria da Universidade Federal da Bahia. Por se tratar a mediação de um processo confidencial e sigiloso do qual não são realizados registros, não é possível o detalhamento dessas atividades. Contudo, é possível salientar que os casos encaminhados, foram de alta complexidade, envolvendo situações ocorridas no âmbito da Universidade, sendo alto o nível de animosidade entre os agentes, devido a instauração do conflito.

Nesses casos, foi realizado a sessão de pré- mediação a fim de avaliar o nível de conflituosidade entre os agentes e sendo realizado após tal etapa, as sessões de mediação buscando principalmente a restauração da relação entre os indivíduos e a finalização dos conflitos. Por fim cabe referenciar que, ainda que em alguns casos não se tenha alcançado a celebração do acordo, foi possível notar a diminuição da animosidade e o reestabelecimento do diálogo entre as partes envolvidas, sendo alcançado portanto, o real interesse da mediação, qual seja, o reestabelecimento da relação que outrora existia, promovendo e proteger as pessoas e seus direitos de forma que a dignidade possa ser concreta no cotidiano (MONTEIRO, 2013, P.34).

Por fim, após demonstrar a importância do presente estudo, seus marcos teóricos, seus contextos e sua implantação, busca-se demonstrar os resultados das atividades de sensibilização, capacitação e mediação, que foram submetidas à avaliação dos participantes, a fim que nos fosse possível analisar a importância do presente projeto junto à comunidade acadêmica e administrativa das unidades da Universidade Federal da Bahia nas quais o projeto atuou.

Assim, no que se refere a essa avaliação, de acordo com os dados coletados, podemos aferir que o projeto teve boa aceitação por parte dos participantes, alcançando excelente ou bom na maior parte das perguntas realizadas. No que se refere ao ponto da qualidade das informações, quase 90% das pessoas avaliaram o projeto como excelente ou bom; com relação ao material, 77,3% qualificou como excelente, 18,2% como bom e 4,5% como regular; na adequação da carga horária ao conteúdo desenvolvido, 63,6% analisaram como excelente, 27,3% analisaram como bom, 4,5% regular e 4,5% não apresentaram respostas; na adequação do formato do curso ao conteúdo 50% afirmou que o curso é excelente, 40,9% afirmou como bom e 9,1% como regular; no que tange aos aspectos

físicos e organizacionais 45,5% consideraram como excelentes, 45,5% consideraram como bom e 9,1% consideraram como regular; no que tange aos serviços administrativos, 59,1% avaliaram como excelente, 36,4% avaliaram como bom e 4,5% avaliaram como bom; nos equipamentos utilizados, 36,4% responderam que os estes foram excelentes, 36,4% responderam que foram bons, 22,7% consideraram como bons e 4,5% não opinaram e sobre a atuação dos instrutores 77,4% consideraram excelentes, 13,6% consideraram bons e 4,5% como regulares. No quesito motivação, 76,2% se declararam motivados, 68,2 se consideraram comprometidos com os estudos acerca do tema, 54,5% consideraram excelente o seu desempenho pessoal, 81,8% consideraram excelentes os conhecimentos adquiridos, 88% consideram-se satisfeitos com o curso e, por fim 54,5% avaliaram o curso como excelente e 45,5% avaliaram como bom, trazendo desta forma, bons números de satisfação com o curso apresentado.

Com vistas a responder a hipótese do presente trabalho, entendendo os tipos de conflito encontrados na Universidade, suas formas de resolução e aplicabilidade da mediação no âmbito universitário, foram aplicados questionários semi-estruturados com participantes do projeto, colhendo suas perspectivas e visões acerca do trabalho. Através de tais questionários busca-se entender o perfil dos participantes, sua opinião sobre o MEDIAR UFBA, suas visões acerca da viabilidade da mediação como forma de resolução de conflitos no meio universitário e suas sugestões para que o projeto alcance melhores resultados (LAVILLE, 1998, p. 183). Nesse viés, tais questionários tem a função de traçar um panorama das atividades realizadas bem como criar novas intervenções que possam ser mais eficazes.

Nesse sentido, pelas falas dos participantes do programa tem-se duas perspectivas acerca da análise dos conflitos identificados na Universidade: uma perspectiva analisa os conflitos vivenciados entre os professores do mesmo instituto, e a falta de intervenção para solucionar tais demandas, e de outro lado, os conflitos existentes entre os alunos das unidades da UFBA, sobretudo aqueles residentes das casas universitárias. Em ambos relatos, tem-se que os conflitos identificados não são administrados da melhor forma, gerando demandas ainda maiores e nenhum tipo de crescimento aos envolvidos, assim tem-se que é de suma importância lidar de forma adequada com tais conflitos, a fim de modificar o panorama existente.

Nesse sentido, temos que para um crescimento da Universidade são necessárias modificações na forma de pensá-la e estruturá-la. É nesse sentido, indispensável o comprometimento das lideranças da Universidade no sentido de modificar a forma de gerenciar as relações interpessoais na Universidade, dando

possibilidade para a criação de espaços colaborativos, pautados no respeito e diálogo (MOURA, 2007, P.111).

Outro ponto de suma importância trazido pelos bolsistas, diz respeito às dificuldades enfrentadas na implementação do projeto. Eles elencam que a principal dificuldade foi a resistência das unidades em aderir ao projeto, uma vez que existiam vários empecilhos para que a equipe acessasse os professores e o corpo de estudantes, o que dificultou em muito a realização das atividades. Elencou-se ainda a existência de uma cultura de conflitos que não abrange à mediação, trazendo assim, certo descrédito dos participantes, que precisam se acostumar com a ideia da eficácia da mediação, não sendo fácil tal tarefa. Somado a isso, tem-se ainda a falta de uma estrutura física acolhedora nos institutos, tornando o processo mais difícil.

Desta forma, podemos aferir que a mediação se mostra como um possível instrumento para a resolução de demandas no meio Universitário, apesar das inúmeras barreiras que ainda precisam ser enfrentadas. Suas técnicas e características têm a possibilidade de criar nesses ambientes uma maior estruturação, dando ensejo a uma cultura de colaboração e diálogo. Assim, pelo panorama demonstrado a implementação de tal projeto ainda encontra dificuldade uma vez que, como já explicado, devido a cultura do litígio que se difunde em nossa sociedade, há inúmeras barreiras no que se refere ao estímulo dos participantes na criação de uma nova mentalidade voltada para empoderamento das partes, objetivando a resolução das demandas por elas mesmas, uma vez que por vivenciarem o conflito, são capazes de identificar soluções concretas e que possam satisfazer melhor os envolvidos (AZEVEDO, 2004, P.29).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, temos que a mediação é um método eficaz na resolução de conflitos sociais nos quais um terceiro imparcial e capacitado intermediará a relação entre pessoas com algum tipo de divergência buscando reestabelecer a relação entre esses e, se possível chegar a um acordo que é construído pelas próprias partes. Assim, temos que o objetivo principal da mediação é a reconstrução dos vínculos, propagando uma cultura de paz e diálogo.

A problemática inicial que motivou a realização de nossa pesquisa foi investigar a resolução dos conflitos encontrados no ambiente acadêmico, avaliando se a utilização da mediação se demonstra como forma eficaz para solucionar adequadamente os conflitos encontrados. A fim de corroborar com este trabalho, foi utilizado o estudo de caso do projeto “MEDIAR UFBA: PREVENINDO E SO-

LUCIONANDO CONFLITOS”, implementado pelo projeto de extensão Observatório da pacificação social localizado na faculdade de Direito de Direito da UFBA desde 2012, coordenado pela professora Ana Paula do Bomfim.

Ao investigarmos o papel da mediação no âmbito da resolução de conflitos no ambiente universitário, foi possível afirmar que tal técnica de resolução de conflitos é adequada para ser implantada como forma de resolução de demandas na Universidade, criando um novo panorama de gerenciamento e organização da Instituição. Nesse sentido, a mediação por suas características de estímulo à comunicação adequada, dá oportunidade para que os agentes possam construir a melhor forma de solução do conflito instaurado.

A mediação é nesse sentido, um mecanismo totalmente condizente com a instituição Universidade pois tal forma de resolução é apta para reconstruir as relações existentes nesse ambiente, proporcionando crescimento e fortalecimento dos laços existentes no ambiente, cumprindo ainda, a importante missão de incentivo a uma educação pautada na cultura da paz e do dialogo colaborativo.

Ocorre que, o êxito de tal empreitada consiste em um trabalho árduo uma vez que é necessário a modificação da cultura de como se vislumbra o conflito e das formas como de se lidar com este, uma vez que usualmente o conflito é visto como algo negativo, devendo ser evitado a todo custo.

Modificar tal percepção não se apresenta como tarefa fácil, mas ao se alcançar tal objetivo, é possível a modificação de toda a realidade de gerencia da instituição Universidade, criando um contexto favorável ao aprendizado em todos os níveis, sendo os resultados deste trabalho aptos a demonstrar tal realidade.

Restou demonstrado que a comunidade acadêmica não está satisfeita com as atuais formas de resolução de conflitos aplicados, porém ainda possuem resistência à mediação como forma de resolução de conflitos devido a cultura de delegar a resolução das demandas ao Estado que determina um lado certo em sobreposição a um lado errado, que acaba por dificultar a inserção de tal modelo de resolução e da construção de uma resposta por meio das partes envolvidas.

Nesse sentido, ainda há um longo caminho a ser trilhado, buscando esta nova forma de enfrentar as divergências encontradas no âmbito de ensino superior. Faz-se necessário uma ampla divulgação do trabalho por meio de palestras, rodas de debate, seminários entres outros, a fim de buscar mudar a mentalidade existente, criando assim, uma educação voltada para a inclusão social e a propagação dos direitos humanos.

Por fim, cabe reafirmar que não se busca neste trabalho determinar a mediação como melhor método para resolução de conflitos. O que se busca é demonstrar que este método é apto para solucionar as demandas encontradas no meio universitário de forma adequada, visto que este é um espaço que busca o fortalecimento das relações existentes, primando pela sociabilidade e a valorização dos indivíduos.

Desta forma, para aplicação deste método, é preciso que os gestores e os participante da instituição modifiquem a forma de pensar o conflito, estimulando um novo olhar sobre este, entendendo que o Direito vai além de respostas previstas em códigos e doutrinas, necessitado ser reinventado de forma crítica e interdisciplinar, possibilitando assim crescimento da instituição como um todo, modificando não apenas a Universidade, mas a sociedade como um todo.

REFERENCIA BIBLIOGRAFICA

ALMEIDA, Talita de Campos Nascimento; Machado, JANAÍNA Simões. **Análise Da Gestão De Conflitos Interpessoais Nas Organizações Públicas De Ensino Profissionalizante Em Nova Iguaçu** – RJ. São Paulo – SP, Brasil, v. 18, n. 4, p. 585-604, out./dez. 2011. Disponível em: <http://www.regeusp.com.br/arquivos/1246.pdf>. Acessado em 14 de março de 2016.

AZEVEDO, André Gomma. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação V.** 3./ Andre Gomma Azevedo (org).- Brasilia: grupos de pesquisa, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARRAZZONE, V.; KAWAHALA, M. e MALHEIROS. E. Mediação: um instrumento para a Construção da Cultura de Paz. In: Diálogo, Mediação e Justiça Restaurativa. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. Cap. 4, p. 91-107.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 155 pgs.

LAVILLE, Christian. **A construção do saber: manual de metodologia da pesquisa em ciências humanas** / Christian Laville e Jean Dionne; tradução Heloisa Monteiro e Francisco Settineri. — Porto Alegre : Artmed; Belo Horizonte: Editora UFMQ.1999.

- MARTINELLI, Dante P. **Negociação e solução de conflitos: do impasse ao ganha-ganha através do melhor estilo**/ Dante P. Martinelli, Ana Paula de Almeida. São Paulo: Atlas, 1998.
- MADUREIRA, Vaneska. **Mediação de Conflitos na escola: reflexão e ação para a vida**. In: Mediação de conflitos, Direitos Humanos e Acesso à Justiça. Recife: Gajop, 2012. Cap. 10, p. 173-191
- MINAYO, Maria Cecília de Souza; ASSIS, Simone G.; SOUZA, Edinilsa Ramos de (Org.). **Avaliação por triangulação de método: abordagem de programas sociais**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2005.
- MONTEIRO, Valdênia Brito. **Mediação Coletiva: uma construção à luz dos direitos humanos**. In: Diálogo, Mediação e Justiça Restaurativa, Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2012. Cap. 5, p. 109-119.
- MONTEIRO, Valdênia Brito; Farinazo, Jane e Carvalho, Guilherme Lima. **Acesso à justiça e direitos humanos**. / org Valdênia Brito Monteiro.- Recife: Gojp, 2013.
- MOURA, Carla Cristina. **Breves considerações sobre o contexto histórico da mediação e o exercício da cidadania**. In MANUAL DE MEDIAÇÃO: Teoria e prática. Belo Horizonte; 2007. 440 pg.
- NASCIMENTO, Dinalva Melo. **Metodologia do trabalho científico: teoria e prática**.- Minas Gerais: Fórum, 2007. 220 pgs.
- PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **E a justiça aqui tão perto? – As transformações no acesso ao direito e à justiça**. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/272438578_E_a_justica_aqui_tao_perto_As_transformacoes_no_acesso_ao_direito_e_a_justica. Acessado em 06 de março de 2016.
- LIMA, Fernanda Maria Dias de Araújo; FAGUNTES, Rosane Maria Silva Vaz; PINTO, Vânia Maria Vaz Leite. **MANUAL DE MEDIAÇÃO: Teoria e prática**. Belo Horizonte; 2007. 440 p.

SALES, Lilia Maia de Moraes; Alencar, Emanuela Cardoso Onofre. Mediação de conflitos escolares – uma proposta para a construção de uma nova mentalidade nas escolas. *Pensar*, Fortaleza, v. 9, n. 9, p. 89-96, fev. 2004

TUTELA JURÍDICA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIGNIDADE: O BREVE HISTÓRICO SOBRE DIREITO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Thaís Carvalho Batista²⁴² e Adriana Carla Souza Cromwell²⁴³

INTRODUÇÃO

A comunidade nacional e internacional assiste, ainda hoje, a um acentuado debate em torno dos aspectos jurídico e político afetos aos direitos dos não humanos. Nota-se que as opiniões estão divididas entre os defensores do resgate histórico dos direitos dos animais e os que acreditam ser, a proposta de uma nova sistemática, uma ameaça, presente ou futura, aos direitos da sociedade.

O enfoque do presente trabalho é certamente o paradigma entre os direitos dos humanos e não humanos. O marco teórico escolhido será da Idade Média, período em que se manifestam dois pensamentos mercedores de destaque no tema – Teocentrismo e Antropocentrismo - até a atualidade. Apesar de não almejar a elucidação de todos os pontos relacionados ao assunto, este estudo será de grande contribuição jurídica ao explicar vários outros aspectos que permeiam a evolução dos direitos dos animais no Brasil, utilizando como objeto de estudo a sua relação com o homem.

A presente abordagem se deu em razão da acuidade do tema. Trata-se de matéria atual e de suma importância para o enriquecimento das discussões acerca do regime jurídico no âmbito dos direitos não humanos e, em especial, no que concerne àqueles que, de algum modo, estão envolvidos na militância da causa objeto de discussão.

242. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Master of Laws pela Università di Pisa – Itália. Pós-graduada em Direito Constitucional, Administrativo, Tributário e Legislação de Impostos pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – CIESA. Advogada²batista.thaís@gmail.com

243. Mestranda em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas – UEA. Pós-graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Federal do Amazonas – UFAM. Procuradora Municipal. adrianaacromwell@icloud.com

Os objetivos do estudo são: Analisar a evolução histórica dos pensamentos defensores e opositores aos direitos dos animais. Identificar as concepções acerca da hierarquia entre as espécies e suas influências no cenário atual. Estabelecer um esboço do Estudo do Direito Comparado sobre a questão dos direitos dos animais em outros países. Salientar o estado de vulnerabilidade dos não humanos no Brasil e no mundo. Confrontar os posicionamentos das partes envolvidas no processo: defensores e opositores a específicas questões relacionadas aos direitos dos animais.

A presente instrução não tem por objetivo determinar a gênese dos conflitos envolvendo os interesses dos animais, tampouco solucioná-los. Intenta, apenas, instigar o leitor à reflexão profunda das raízes desses problemas através da catarse do pensamento sobre a histórica e atual realidade fática dos não humanos.

1. O HOMEM, O MEIO AMBIENTE E SUA FUNDAMENTAL RELAÇÃO.

Inegável é a relação do homem com a natureza e a importância desta no processo evolutivo daquele. Debates sobre questões ambientais têm-se tornado cada vez mais constantes, dada a reiterada evidência de catástrofes naturais ao longo dos últimos anos.

O fato é que a relação homem/natureza, apesar de imprescindível, tem sido tratada ainda de maneira equidistante, um grande equívoco. Sendo as pessoas, “parte pensante”, possuidoras das faculdades intelectuais e racionais com maior desenvolvimento entre os seres que compõem esse cenário, espera-se uma postura proativa, de cuidado, zelo e manejo consciente.

Assim como o homem, os animais, vegetais e minerais são elementos imprescindíveis para o equilíbrio natural necessário à vida no globo. Não há portanto, uma “escala hierárquica” que, a não ser para ciências determinadas, os classifique em graus de maior ou menor relevância, porquanto possuem papéis claramente distintos no meio ambiente.

Pautado justamente pela característica principal que o diferencia dos demais animais, o homem, por muito tempo, se colocou em um degrau absurdamente superior ao das demais espécies. Exigia que a humanidade fosse compreendida como o centro do universo e todas as relações deveriam ser orientadas e estudadas a partir da coexistência com o autor principal, ele mesmo. Esse pensamento ficou conhecido como Antropocentrismo e marcou a história das relações entre humanos e não humanos. Perdura, até os dias atuais, sob as mais diversas denominações e possui inúmeros desmembramentos. É um dos principais entendi-

mentos combatidos pelos estudiosos que lutam para a manutenção, recuperação e preservação de um meio ambiente equilibrado.

2. HISTÓRICO.

2.1 Teocentrismo e antropocentrismo.

A doutrina de preponderante influência nas relações sociais durante a Idade Média chamava-se Teocentrismo. O entendimento era que o mudo teve origem pela vontade e criação de um ser divino que concedeu aos demais a dádiva da vida.

Toda a existência na terra – humana ou não humana – seria, então obra dessa divindade a qual atribuiu a cada um valores e significados predeterminados. Ora, tamanha e perfeita criação não poderia ser atribuída a um ser não dotado de extrema benevolência, humildade e abnegação. Deus seria, nesse contexto, o Senhor e Criador do universo e, portanto, o centro.

Durante toda a Idade Média, os filósofos medievais, de alguma forma, estavam ligados à igreja. Essa instituição participava da disseminação do conhecimento dentro das bases morais do cristianismo, e participava da vida política da sociedade. Muitos teólogos que difundiam a cultura medieval, mais tarde foram reconhecidos como santos, e suas importâncias para a relação homem x animal foi constante. (NOGUEIRA, 2014, p. 19)

Por outro lado, importante ressaltar que, mesmo em um cenário preponderantemente teocentrista e com particular influência da religião, havia interpretações divergentes, especialmente no âmbito concernente ao trato destinado a não humanos.

O Antropocentrismo – marca de transição do pensamento medieval para a era moderna - por sua vez, acreditava ser o homem o centro do universo, e não Deus, razão pela qual todas as relações entre as espécies deveriam partir dessa premissa. Mesmo assim, e por incrível que pareça, foi a religião cristã a maior difusora do pensamento antropocêntrico no mundo ocidental.

A crença de ser o homem hierarquicamente superior a todas as espécies necessariamente estabelece uma regra de submissão entre humanos e não humanos. São os animais seres subservientes destinados a servir os homens em tudo quanto lhes for necessário.

Dentre os mais expoentes antropocentristas citamos Santo Agostinho (354-430) e São Tomás de Aquino (1225-1272). Eles entendiam, como sendo possível, pela existência também dessa hierarquia entre os humanos e não humanos, não havendo, portanto, pecado em matar um animal.

Em sentido contrário a esse pensamento. São Francisco de Assis (1182-1226) pregou incessantemente o pensamento da caridade e da igualdade entre os seres vivos, principalmente o amor aos animais: *Não te envergonhes se, às vezes, animais estejam mais próximos de ti do que pessoas. Eles também são teus irmãos.*

2.2 A “mão amiga” da filosofia.

Com a inevitável mudança no cenário mundial, o homem passou a ocupar lugar de maior destaque na política, na ciência e principalmente nas relações internacionais, o que certamente ensejou especial atenção ao seu papel na sociedade.

Destaca-se o advento da Revolução Científica no século XVII e da Revolução Industrial no século XVIII como marcos importantíssimos a chamar a atenção da comunidade internacional ao modo como estava sendo conduzida a relação entre a humanidade e os animais.

Nesse cenário, os excessos frequentemente praticados contra os animais inflamaram discursos de cunho filosófico em defesa daqueles. Vejamos.

De certa maneira, as ideias dos filósofos se relacionavam à forma como eles consideravam a “razão” e o “sentimento”. Para os filósofos que defendiam o ser humano pela “razão”, ou seja, pela capacidade de pensar e raciocinar, não havia comparação possível entre homens e animais. Para aqueles que defendiam os seres humanos pela capacidade de sentir – alegria, sofrimento, amizade – era possível estabelecer comparações, pois os animais também demonstravam vivenciar sentimentos. (MÓL, 2014, p. 20)

Ora, como ainda existiam posicionamentos que, pelos mais diversos embasamentos, pregavam a submissão animal – René Descartes (1596 – 1650) foi o maior exemplo – inúmeros defensores dos direitos dos animais se insurgiram no debate.

Jean Jaques Rousseau (1712 – 1778) contestou a prática da utilização do animal como máquina para execução de todo e qualquer trabalho. Defendia a plena liberdade dos homens e dos animais e a coexistência desses em harmonia. Partia da premissa de que todos os homens nascem bons – Teoria da Bondade Natural – e essa bondade era, por sua vez, corrompida pela sociedade e pelas desigualdades.

Assim como Rousseau, o iluminista francês Voltaire (1694 – 1778) participou do debate ao pregar as liberdades civis, sociais e econômicas, condenando também a definição dos animais máquinas.

O grande salto, contudo, veio no século XIX através de estudos realizados pelo britânico Charles Darwin (1809 – 1882) com a publicação de duas grandes obras: *Sobre a origem das espécies através da seleção natural* no ano de 1859 e *A descendência do homem* em 1871.

Em meio ao turbilhão de filosofias difundidas à época, Darwin tira o véu da ignorância social e demonstra, através de estudos inequívocos – a maioria deles se estendeu por anos – a origem da raça humana e relaciona a evolução das espécies em um único e verdadeiro cenário: a Natureza.

Em *A descendência do homem*, Darwin traçou as origens do ser humano por meio da seleção natural para mostrar que ele possui ancestrais comuns com o chimpanzé. Se o mito da criação era revelado apenas como isto, um mito, então a ideia de um movimento teleológico e natural em direção à perfeição era posta em questão; e, como consequência, muitos sentiram que os fundamentos do cristianismo – e a própria fé em Deus – haviam sido destruídos. Além disso, uma vez que o homem era revelado como um mamífero (embora superior), tudo que lhe dizia respeito agora podia ser estudado (e possivelmente explicado) cientificamente – e até mesmo zoológicamente. Áreas que antes pertenciam à religião e à metafísica – mente, consciência, sensibilidade moral – agora eram trazidas à alçada da investigação científica. (TROMBLEY, 2014, p. 72)

Como se nota, uma das consequências mais marcantes para a época foi a quebra da até então incontestável crença religiosa da criação do homem por Deus. Para alguns, o cenário caótico havia sido instaurado, uma vez que o homem, agora inserido plenamente no mesmo habitat natural dos outros seres, não mais ocupava um lugar de superioridade em relação às outras condições, e passou a representar a evolutiva escala oriunda da coexistência entre as espécies.

2.3 A evolução normativa no Brasil.

A normatização do direito dos animais no Brasil se mostrou tímida e um tanto tardia em relação aos manifestos internacionais já existentes, principalmente na Europa do século XIX.

A primeira lei de âmbito nacional em defesa e proteção aos animais somente foi promulgada na década de 20. Regulando as chamadas “casas de diversões e espetáculos públicos”, o Decreto 14.529 promulgado no dia 9 de dezembro de 1920 trouxe em seu texto a proibição de atividades consideradas cruéis envolvendo animais. Vejamos.

DAS DIVERSÕES PUBLICAS E CONCESSÃO DE LICENÇAS

Art. 5º Não será concedida licença para corridas de touros, garraios e novilhos, nem briga de gallos e canarios ou quaesquer outras diversões desse genero que causem soffrimentos aos animaes. (Disponível em: <http://www.camara.leg.br>)

Apesar da acanhada abordagem em dispositivos legais, a influência do cenário internacional plantou a semente da mobilização em prol dos direitos dos animais no Brasil. Já se podiam perceber mobilizações sociais, campanhas educativas e até o surgimento das primeiras organizações protetoras dos animais.

Importante conquista pôde ser observada anos depois.

No dia 10 de julho de 1934, o “chefe do governo provisório”, Getúlio Vargas, aprovou o Decreto n. 24.645 estabelecendo inúmeras medidas de proteção aos animais. Além da imposição de regras de conduta, proibições e cominação de penas, o referido decreto trouxe para o Estado a tutela dos animais existentes no país e deu voz aos direitos não humanos ao determinar a assistência, em juízo, dos animais pelos representantes do Ministério Público, substitutos legais e membros das sociedades protetoras dos animais.

O diploma inovou em todos os sentidos, estabelecendo, sobretudo, que os direitos dos não humanos estavam presentes e deveriam ser respeitados pela sociedade. Trouxe uma lista composta de 31 ações consideradas maus-tratos e, portanto, rechaçadas pelo Estado. Vejamos algumas.

Art. 3º - Consideram-se maus tratos:

- I - praticar ato de abuso ou crueldade em qualquer animal;
- II - manter animais em lugares anti-higiênicos ou que lhes impeçam a respiração, o movimento ou o descanso, ou os privem de ar ou luz;
- [...]

IV - golpear, ferir ou mutilar, voluntariamente, qualquer órgão ou tecido de economia, exceto a castração, só para ani-

mais domésticos, ou operações outras praticadas em benefício exclusivo do animal e as exigidas para defesa do homem, ou interesse da ciência;

[...]

XVI - fazer viajar um animal a pé, mais de 10 quilômetros, sem lhe dar descanso, ou trabalhar mais de 6 horas contínuas sem lhe dar água e alimento;

XVII - conservar animais embarcados por mais de 12 horas, sem água e alimento, devendo as empresas de transportes providenciar, sobre as necessárias modificações no seu material, dentro de 12 meses a partir da publicação desta Lei;

[...]

XXV - engordar aves mecanicamente;

XXIX - realizar ou promover lutas entre animais da mesma espécie ou de espécie diferente, touradas e simulacros de touradas, ainda mesmo em lugar privado;

XXX - arrojar aves e outros animais nas casas de espetáculos e exibi-los, para tirar sortes ou realizar acrobacias;

XXXI - transportar, negociar ou caçar, em qualquer época do ano, aves insetívoras, pássaros canoros, beija-flores, e outras aves de pequeno porte, exceção feita das autorizações para fins científicos, consignadas em lei anterior.

Dessa forma, incontestável é o avanço alcançado por essa norma pois, como já mencionado, externou a preocupação do Estado com o tema, valorou proteger os animais e atentou especialmente para a vedação e condenação de quaisquer atos cruéis contra os animais.

A partir do categórico decreto de 34, inúmeros outros recursos tiveram como ponto nevrálgico o mesmo tipo de defesa. Destacam-se: a Lei de Proteção à Fauna (1967), a criação de uma Política Nacional do Meio Ambiente (1981) e a Lei da Ação Civil Pública (1985). As duas últimas trouxeram importante elemento: a atribuição ao Ministério Público de zelar e guardar pessoalmente os bens da natureza, sendo a Ação Civil Pública – ACP instrumento de suporte e exercício dessa outorga.

No plano constitucional, foi a Carta Maior de 1988 que veio tratar de forma significativa os direitos e deveres relacionados ao meio ambiente. Apesar das críticas relacionadas à ideia de constituição ambiental do além tempo, porquanto se destina às futuras gerações, não se pode olvidar que, ao instituir regras de competência co-

num, competência concorrente, reconhecer princípios fundamentais informadores do direito ambiental, trazer instrumentos de tutela ambiental, entre outros institutos, a Constituição de 1988 representou o marco da verdadeira constitucionalização do meio ambiente, que é veementemente defendida até os dias de hoje.

Posteriormente e não menos importante, no ano de 1998 foi editada a Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998) que *de per si* traduziu sua finalidade. Elevou ao status de crime as práticas cruéis relacionadas aos animais. Dessa forma, estava o Brasil inserido no cenário internacional de proteção aos direitos dos animais.

Vale ressaltar que o clamor por uma unificação já havia sido suprido anos antes com a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, proclamada no dia 27 de janeiro de 1978 pela Organização das Nações Unidas para Educação, Ciência e Cultura – UNESCO.

O referido documento – do qual o Brasil é signatário – traz, em verdade, a universalização dos direitos não humanos, e reconhece o valor existência dos animais, da importância em manter uma relação sadia entre esses e o homem e, sobretudo, a garantia da vida com dignidade desses seres no meio ambiente.

3. CONCEPÇÃO JURÍDICA E AS RECENTES INOVAÇÕES LEGISLATIVAS.

Os constantes esforços de grupos defensores dos direitos dos animais, ao longo do tempo, vêm tentando lhes assegurar a proteção legal e a própria existência como seres obviamente distintos dos humanos, mas dotados de necessidades peculiares e conseqüentemente, de direitos que as assegurem. Essa insistente luta chama a atenção e mobiliza organismos maiores a seu favor – a exemplo de inúmeras ONG'S nacionais e internacionais.

Ao comparar o histórico e as vitórias dos direitos não humanos em diversos países, percebe-se uma multiplicidade de fatores similares. As exigências no processo de reconhecimento desses direitos conduzem a uma motivação: a necessidade de reconhecê-los fundados na dignidade da vida não humana.

Recentemente, êxitos importantes ligados ao reconhecimento dos direitos dos animais ganharam destaque no cenário internacional. Certamente representam não apenas enorme ganho, mas também e a conclusão de que, pouco a pouco, o tema está sendo tratado sob um enfoque holístico pela sociedade. Vejamos.

Em fevereiro de 2015, uma decisão considerada histórica, na França, alterou o Código Civil do país e passou a considerar os animais como sencientes, ou seja,

que os animais são seres dotados da capacidade de sentir – reconhecimento já comprovado, há anos, por especialistas. Vitória atribuída à Fundação 30 Milhões de Amigos, principal organização francesa voltada à defesa dos interesses dos animais.

Animais têm sentimentos. É o que reconhece o parlamento francês após um ano de intensos debates na Assembleia Nacional. Finalmente o parlamento votou a leitura final do projeto de lei sobre a modernização do código civil idealizado pela ONG Fondation 30 Million Amis que altera o status jurídico dos animais no país, atualizando a legislação penal vigente e reconhecendo os animais como seres sencientes (novo artigo 515-14) e não como propriedade pessoal como o antigo artigo (artigo 528). Desta forma, os animais não são mais definidos por valor de mercado ou de patrimônio, mas sim pelo seu valor intrínseco como sujeito de direito. Segundo a ONG idealizadora do projeto, esta virada histórica coloca um fim a mais de 200 anos de uma visão arcaica do Código Civil francês em relação aos animais. Finalmente os parlamentares levaram em conta a ética de uma sociedade do século 21.

Pouco tempo antes, no final de 2014, o Supremo Tribunal de Justiça da Argentina, através da Câmara Federal de Decisão Penal julgara, por unanimidade, o recurso interposto pela Associação de Funcionários e Advogados pelos Direitos dos Animais – AFADA contra decisão que havia negado a concessão de um *habeas corpus* em favor de um orangotango, sob o argumento de um animal não poder ser sujeito da referida tutela legal, uma vez que o código civil da Argentina considera os animais como “coisas semoventes. O Supremo Tribunal de Justiça Argentino destacou:

Habeas Corpus constitui uma legítima ferramenta constitucional para questionar a privação ilegal de liberdade dos Grandes Primatas e de outros animais não-humanos quando seus direitos fundamentais são violados. A partir de agora eles serão considerados como verdadeiros “Sujeitos de Direitos”. (Disponível em: <http://www.3anda.jor.br>)

Desse modo, a Argentina marca a história dos países da América Latina com valoroso precedente de reconhecimento legal e moral dos direitos dos não humanos e alcança lugar privilegiado na causa de defesa e preservação desses animais.

No Brasil, por sua vez, dois eventos ocorridos no primeiro semestre de 2015, merecem destaque:

O primeiro deles diz respeito ao Projeto de Lei do Senado 351/2015 a ser votado em decisão terminativa pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ. A proposta gira em torno da alteração do Código Civil Brasileiro, de modo a determinar que os animais não mais sejam considerados como coisas. Até o momento, recebeu duas emendas de redação e parecer favorável.

O Código Civil prevê apenas dois regimes para regulamentar as relações jurídicas: o de bens e o de pessoas. Não enfrenta, portanto, uma categoria de direitos atinentes à tutela do animal como ser vivo e essencial à sua dignidade, como já acontece na legislação de países europeus. (Acesso em: <http://www/senado.leg.br>)

Em suma, o PLS 351/2015, além de criticar o trato destinado aos animais na legislação pátria, propõe, digamos, uma aspiração à mudança do status jurídico dos animais: não mais serão definidos como coisas. Contudo, apesar dessa alteração, mantém-lhes o tratamento como bens, sugerindo o enquadramento dos animais na categoria de bem móvel no Código Civil.

Não obstante a proposta que ora submetemos não se alinhe com a legislação francesa, consideramos que a medida é um grande passo para uma mudança de paradigma jurídico em relação aos animais, mesmo os tratando como bens. Isso porque partimos da premissa que no Brasil, juridicamente, “bem” está ligado à ideia de direitos sem, necessariamente, caráter econômico, ao passo que “coisa” está diretamente ligada à ideia de utilidade patrimonial, na direção dos ensinamentos de Orlando Gomes quando diz que “preferimos, na linha do Direito alemão, identificar a coisa sob o aspecto de sua materialidade, reservando o vocábulo aos objetos corpóreos. Os bens, por sua vez, compreenderiam os objetos corpóreos ou materiais (coisas) e os ideais (bens imateriais). Dessa forma, há bens jurídicos que não são coisas: a liberdade, a honra, a integridade moral, a imagem, a vida”. (Disponível em: <http://www/senado.leg.br>)

Observa-se que diversos argumentos são utilizados na proposta, mas, o ponto central da questão está na constatação da inexistência de uma lei geral

no país para definir o bem estar dos animais com base em seu status jurídico, apesar da evolução legislativa conquistada. Do mesmo modo, parte do entendimento de que o advento da Constituição de 1988 elevou o meio ambiente – aí incluído os animais – e os direitos a ele inerentes ao status de direito fundamental, a alteração sugerida ao Código Civil seria uma maneira de aperfeiçoar tal posicionamento, de modo a tornar a abordagem sistêmica e coesa em todos os diplomas do ordenamento pátrio.

Ademais, no presente momento, pode-se dizer que o sistema normativo brasileiro, em uma concepção ampla e global, demonstra a atenção dada pelo às questões ambientais, em virtude da sistematização legislativa consagrada pela norma até então editada – *verbi gratia* Lei de Crimes Ambientais, Política Nacional do Meio Ambiente. Deve-se recordar, ainda, que o Brasil é signatário da Declaração Universal do Direito dos Animais e da Convenção sobre Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagem em Perigo de Extinção – CITES.

Por outro lado, e com o devido pesar, em concomitante momento com a tramitação do supramencionado projeto de lei – primeiro semestre de 2015 – outra larga discussão tomou espaço no ambiente legislativo do país.

O Estado de São Paulo aprovou no dia 26 de junho do ano passado uma lei proibindo a comercialização e produção de *foie gras*²⁴⁴ (Lei nº 16.222/2015), **sob o fundamento de inegável interesse público no assunto, levando em consideração o tratamento cruel pelo o qual os animais são submetidos no “processo produtivo” do alimento, considerado uma iguaria. Ainda definiu que, em caso de descumprimento, a multa chegaria ao valor de 5 (cinco) mil reais, sendo dobrado em caso de reincidência.**

Com a edição da Lei nº 16.222/2015, **o clima de alvoroço entre os comerciantes foi instaurado e a movimentação para que fossem tomadas medidas aptas a suspendê-la foram rapidamente organizadas.**

Em menos de um mês – no dia 14 de julho de 2015 – o TJ de São Paulo suspendeu, em caráter liminar, a lei supramencionada, dando procedência ao pedido protocolado pela Associação Nacional dos Restaurantes - ANR que defende a inconstitucionalidade da referida lei. A suspensão deve ser mantida até o julgamento final da ação de inconstitucionalidade apresentada.

Lamentável.

Ora, seria de extrema ingenuidade esperar que uma medida como esta fosse aceita de maneira pacífica e não demandaria maiores debates, principalmente

244. O foie gras – termo que em francês significa “fígado gordo” – é o fígado de um pato ou ganso que foi super-alimentado, alimentação forçada mecanicamente.

porque envolve diretamente interesses econômicos geradores de vultosas cifras em todo o território de São Paulo.

Comprova-se, nitidamente, assim, a rendição da justiça à pressão do poder econômico e à queda pela infeliz aplicação do princípio da proporcionalidade através da leitura mercadológica. O interesse econômico em detrimento ao direito à vida natural e à dignidade de todos esses animais.²⁴⁵

Ainda, e não menos importante, há que se mencionar uma grande vitória no cenário legislativo. Ainda no ano de 2015 foi elaborado o Projeto de Lei do Senado 631 - de autoria do senador Marelo Crivella - que institui o Estatuto dos Animais.

Além de prever a vedação de práticas e atividades que se configurem como cruéis ou danosas da integridade física e mental dos animais, tipifica os maus-tratos, dispõe sobre infrações e penalidades mais rigorosas aos que tratarem aqueles com crueldade e estabelece o direito à proteção, à vida e ao bem-estar aos não humanos.

Em suma, serão cerca de 50 mil espécies protegidas pelo Estatuto, desde peixes, aves e mamíferos. O critério, de acordo com o projeto, é a classificação dos animais no filo Chordata, subfilo Vertebrata, ou seja, aqueles que possuem como característica a existência de um encéfalo dentro de uma caixa craniana, além de uma coluna vertebral.

O texto foi aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania – CCJ no dia 30 de março de 2016 e, no presente momento, encontra-se na Secretaria Legislativa do Senado Federal aguardando tramitação e posteriormente será enviado à Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle – CMA para decisão terminativa.

4. PERSPECTIVAS DE UM NOVO CENÁRIO.

Em todos os tempos e em todas as crenças o homem tem procurado fazer prevalecer o seu direito pessoal. Com evidência, através da observação dos fatos, concluiu-se não terem sido esses que vieram a confirmar a teoria, mas foi a teoria que veio, subsequentemente, explicá-los e resumi-los.

Em tempos primitivos, não havia no homem o necessário discernimento para determinar regras de conduta com seus semelhantes. Essa evidência pôde ser observada com a evolução da inteligência, através do conhecimento sucessivo das leis da natureza.

245. A opinião pública internacional e as legislações nacionais se posicionam a favor da proteção dos animais. Contudo, para que isso seja efetivado, é importante que a sociedade discuta a fundo a questão. Depende de as pessoas, individualmente ou em grupos organizados, estarem informadas e conhecer a exploração e maus-tratos a que os animais estão submetidos. (MÓL, 2014, p. 32)

Dessa forma, a relação do homem com a natureza apresenta-se como fator determinante em sua escala evolutiva e, por esse motivo, é fundamental a manutenção de um cenário equilibrado na coexistência dos seres humanos e não humanos.

A conquista e a evolução dos direitos acontece de acordo com que se apresentam as necessidades sociais. Chamados direitos fundamentais - aqueles inerentes a todos os seres humanos e intensamente defendidos pelos sistemas jurídicos - são hoje a rocha do constitucionalismo contemporâneo e estabelecem as raízes dos demais direitos, sempre embasados na concepção de dignidade e justiça.

Analisando a história e o estágio em que nos encontramos não é difícil perceber a necessidade de sequenciar as gerações de direitos até então reconhecidas. Como bem afirmou Norberto Bobbio, os direitos fundamentais *“são uma síntese do passado e uma aspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas uma vez para sempre”*.

A Constituição de 1988 trouxe para uma nova perspectiva de abordagem dos direitos não humanos, ocorre que, no entanto, ainda há um longo caminho a ser trilhado. Diversos países já reconhecem e protegem a diversidade natural do meio ambiente, mas a efetiva aplicação dessas normas depende tão somente da consciência de aceitação de toda a sociedade.

Por certo não se há de se reconhecer os direitos dos animais idênticos aos dos humanos. Intenta-se que, sob o olhar apurado, sejam vistos como seres dotados de sensações, necessidades específicas, percepções e, portanto, com direito à vida, à dignidade, ao respeito, à caridade, à solidariedade e a todos os demais direitos a eles compatíveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proteção jurídica em torno dos direitos dos animais consiste em importante instrumento de consolidação da consciência socioambiental.

Ao analisar a maneira com que o tema é abordado – sob os aspectos jurídico e político – não só no sistema pátrio, mas também em ordenamentos internacionais, é possível constituir o espaço necessário ao diálogo pacífico e consciente acerca do tema que, sem sombra de dúvida, requer especial atenção.

A evolução histórica das inúmeras concepções do homem acerca da tratativa da matéria é evidente, no entanto, é necessário o confronto entre os posicionamentos das partes envolvidas no processo e salientar o estado de vulnerabilidade dos não humanos, sempre no intuito de elucidar questões obscuras e controversas ainda tão presentes.

REFERÊNCIAS

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. 9^a ed. São Paulo, 2011.

BUENO, Eduardo. *Brasil: uma história: cinco séculos de um país em construção* – Rio de Janeiro: LeYa, 2012, 480p.

DARWIN, Charles. *A Origem das Espécies, no meio da seleção natural ou a luta pela existência na natureza*. tradução de Mesquita Paul – Porto, 2003, 554 p.

MÓL, Samylla. *A proteção jurídica aos animais no Brasil* – Fundação Getúlio Vargas, 2014, 142 p.

NOGUEIRA, Vânia Márcia Damasceno. *Direitos fundamentais dos animais: a construção jurídica de uma titularidade para além dos seres humanos*. Belo Horizonte - Arraes Editores, 2012, 404 p.

TROMBLEY, Stephen. *Cinquenta pensadores que formaram o mundo moderno: perfis de cinquenta filósofos, cientistas, teóricos políticos e sociais e líderes espirituais marcantes cujas ideias definiram a época em que vivemos*. tradução de Breno Barreto – Rio de Janeiro: LeYa, 2014, 368 p.

<http://www.30millionsdamis.fr/la-fondation/>

<http://www.anda.jor.br/category/noticias>

<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016>

POSITIVAÇÃO DA BUSCA PELA FELICIDADE? UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL N.º. 19/2010

Victor Luz Silveira Santagada²⁴⁶

1. INTRODUÇÃO

Inerente à natureza do homem, a felicidade é um tema presente na pauta de muitas discussões, abarca uma ideia bem ampla, difícil de ser definida.

Apesar de estar em um campo de diversas interpretações, não há como negar que ser feliz é algo pretendido por todo ser humano.

Sendo algo variável de acordo com os desejos individuais de cada indivíduo, a busca pela felicidade não deve ser algo absoluto, a existência de parâmetros se faz necessária.

Essa busca deve estar pautada na garantia de um mínimo existencial exigível do Estado. Isso significa que cabe a ele – Estado, garantir o mínimo essencial para que cada um possa buscar sua felicidade, o que torna necessária uma atuação contundente de sua parte, de forma que os direitos sociais sejam concretizados.

Baseada nessa ideia, a Proposta de Emenda Constitucional n.º. 19, de 2010, de autoria do Senador Cristovam Buarque, teve como escopo a positivação da felicidade.

Arquivada em 2014 sem alcançar seu objetivo, a proposta visou a inserção da busca da felicidade no art. 6º da Carta Magna de 1988, o qual trata dos direitos sociais, seguindo o entendimento de que esses direitos são essenciais para que cada indivíduo possa buscar sua felicidade.

Mas será que a efetivação dos direitos sociais basta para se garantir a busca pela felicidade?

O tema continua em voga, sendo utilizado pelo meio jurídico, e principalmente no campo acadêmico, onde ganha destaque a obra de Saul Tourinho Leal.

246. Mestrando em direito pelo Programa de Pós-graduação Stricto Sensu da Universidade Católica de Petrópolis. Email: victor_santagada@hotmail.com

E é com o intuito de dar continuidade à discussão desse tão importante tema, que o presente trabalho, valendo-se do método indutivo, operacionalizado pelas técnicas de pesquisa bibliográficas, visa fazer uma abordagem sobre o direito à felicidade e sua positivação, analisando a necessidade (ou não) de emenda à Constituição no sentido de incluir em seu texto a busca pela felicidade como algo a ser alcançado mediante a efetivação dos direitos sociais.

2. A FELICIDADE

A felicidade é definida pelo dicionário como “qualidade ou estado de feliz” (Ferreira, 2000, p. 317). Ser feliz, por sua vez, significa ser ditoso, afortunado, contente, alegre, bem sucedido e bem lembrado (idem).

A palavra felicidade é oriunda do termo grego *ευδαιμονία* (*eudamonia*), *eu* – bem disposto, *daimon* - que possui um poder divino. O significado deste termo nos remete à maneira como a felicidade era concebida na Grécia Antiga, onde ela era vista como uma condição concedida pelos poderes divinos, nos levando à ideia de que a felicidade é uma força espiritual além do controle humano. (LAURIOLA, 2006)

A bíblia cristã destaca por inúmeras vezes a felicidade. Apresentando-a como uma condição que será alcançada por aqueles que seguirem as palavras de Deus: “felizes são aqueles que ouvem a palavra de Deus e lhe obedecem”. (Lucas 11.28)

Feliz o homem que não procede conforme o conselho dos ímpios, não trilha o caminho dos pecadores, nem se assenta entre os escarneedores; Feliz aquele que se compraz no serviço do Senhor e medita sua lei dia e noite. (SALMOS 1.1,2)

No campo filosófico, Aristóteles tratou a felicidade como algo ligado à virtude, algo que se adquire com o hábito.

Segundo o filósofo, para se chegar à felicidade o indivíduo precisaria possuir dois tipos de bens: os constitutivos e os coadjuvantes. Os primeiros são os bens da alma, aqueles essenciais – virtudes como a coragem, a justiça, a inteligência e a sabedoria; enquanto os segundos são os bens do corpo – bons amigos e bens materiais. (LEAL, 2013, p. 20)

Sócrates, por sua vez, tratou a felicidade como um bem soberano que busca determinar o significado de uma vida boa. “A vida boa é a vida mais feliz e mais virtuosa” (LEAL, 2013, p. 15)

John Locke (1693) afirmou que a mais elevada perfeição da natureza intelectual está na constante busca pela verdadeira felicidade.

No meio artístico a felicidade se expressa por meio de todas as linguagens da arte - Artes Visuais, Teatro, Música e Dança.

Utilizada em diversas obras, ela foi o tema principal de sucessos recentes como a canção do cantor Pharrell Williams, “Happy”, que ganhou o mundo em 2013, e o premiado filme “The Pursuit of Happiness” (A Procura da Felicidade) de 2006, estrelado pelo ator Will Smith, baseado na história real do empresário norte-americano Christopher Paul Gardner.

No atual cenário jurídico do Brasil, o Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em seu voto no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º. 4277²⁴⁷, ocorrido no dia 05 de maio de 2011, citou o direito à busca da felicidade como sendo uma norma implícita do texto constitucional ligado à dignidade da pessoa humana.

Reconheço que o direito à busca da felicidade – que se mostra gravemente comprometido, quando o Congresso Nacional, influenciado por correntes majoritárias, omite-se na formulação de medidas destinadas a assegurar, a grupos minoritários, a fruição de direitos fundamentais – representa derivação do princípio da dignidade da pessoa humana, qualificando-se como um dos mais significativos postulados constitucionais implícitos cujas raízes mergulham, historicamente, na própria Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, de 04 de julho de 1776. (BRASIL, 2011)

A busca da felicidade, no Supremo Tribunal Federal, tem sido utilizada como um vetor hermenêutico capaz de fornecer ao julgador um ideal de justiça quando questões delicadas são apresentadas ao seu crivo. (LEAL, 2011)

Nota-se que a felicidade é um tema que se faz presente em todos os meios no decorrer dos tempos - desde a Grécia antiga até os dias atuais, ganhando força como objeto de discussões no campo acadêmico.

247. Distribuída por dependência à ADPF n.º. 132, a ADI n.º. 4277, distribuída pela Procuradoria Geral da República, teve por objeto a obrigatoriedade, no Brasil, do reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo, como entidade familiar, desde que atendidos os requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher e que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendam-se aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Disponível em www.stf.jus.br.

Destaca-se, pois, o brilhante trabalho de Saul Tourinho Leal²⁴⁸, pelo qual o autor tratou de investigar as relações entre o constitucionalismo contemporâneo e a felicidade, fazendo uma abordagem completa do direito à felicidade, inclusive identificando-o no texto constitucional da Carta Magna em vigor no país.

O autor, embasado nas idéias de John Rawls²⁴⁹, conceitua a felicidade como o “direito a planejar e dar execução a um projeto racional de satisfação de preferências ou desejos legítimos, considerando, nessa tarefa, chances de êxito. Seria esse o direito amplo à felicidade estabelecido por nós.” (LEAL, 2013, p. 205)

3. A POSITIVAÇÃO DA FELICIDADE - UMA ANÁLISE DA PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 19/2010.

A Declaração de Direitos do Estado da Virgínia²⁵⁰, datada de 1.776, considerada o marco dos direitos humanos, destacou no início de seu texto:

Que todos os homens são, por natureza, igualmente livres e independentes, e têm certos direitos inatos, dos quais, quando entram em estado de sociedade, não podem por qualquer acordo privar ou despojar seus pósteros e que são: o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança.

Com a Declaração de Independência dos Estados Unidos²⁵¹, no mesmo ano de 1776, a procura da felicidade foi tratada como um direito inalienável inerente a todos os homens, ao lado de outros direitos como a vida e a liberdade.

248. Saul Tourinho Leal é advogado, e sua investigação resultou na Tese de Doutorado intitulada “Direito à Felicidade: História, Teoria, Positivção e Jurisdição”, defendida em 2013, que mais tarde veio a se tornar o memorável livro “Direito à Felicidade”, lançado em 2014.

249. John Rawls foi um filósofo e professor da Universidade de Harvard. Para uma análise sobre seus ensinamentos, ver: RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Nova tradução baseada na edição americana revista pelo autor, Jussara Simões. Revisão técnica e da tradução Álvaro de Vida. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

250. Com inspiração nos pensamentos iluministas, a Declaração de Direitos do Estado da Virgínia, datada de 16 de junho de 1776, foi uma ferramenta de luta pela independência dos Estados Unidos que, inclusive, serviu de inspiração à Declaração de Independência criada no mesmo ano, à Declaração dos Direitos dos Cidadãos dos Estados Unidos (Bill of Rights), que entrou em vigor em 1791, e à Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789. Seu texto está disponível em <http://www.direitoshumanos.usp.br>.

251. A Declaração e Independência dos Estados Unidos foi um documento oriundo das Treze Colônias Norte Americanas, pela qual, estas declararam sua independência da Grã-Bretanha. Seu texto traduzido pode ser visto em <http://www.argnet.pt/>. E para uma análise sobre a felicidade na Declaração de Independência, ver Saul Tourinho Leal (2013, p. 140)

A Declaração de Independência não estabeleceu a promessa de acesso à própria felicidade, mas sim a garantia de que todos, sem exceção, têm o direito de buscá-la.

Passados os anos, a felicidade passou a se destacar como um direito fundamental²⁵² na Carta Constitucional de diversos países.

Como se percebe, a felicidade consta da temática constitucional desde a Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776), passando pelas Constituições do Japão (1947), Coréia (1948), da República Francesa de 1958 e Butão (2008) até chegar à Organização das Nações Unidas (2011) que aprovou uma resolução indicando que os governos devem elaborar suas políticas visando a felicidade. (LEAL, 2013, p. 138)

Na Constituição Japonesa²⁵³, a busca pela felicidade se faz presente no artigo 13, sendo tratada como um direito de suprema consideração na legislação e em outras instâncias governamentais, desde que não interfira no bem estar público comum.

Imitando a Constituição Japonesa de 1946, a Constituição Coreana²⁵⁴ previu a busca da felicidade em seu artigo 10, garantindo que todos os cidadãos tenham o direito de buscar sua felicidade. (LEAL, 2014, p. 409)

Ganha destaque, porém, o Reino do Butão, país asiático localizado na Cordilheira do Himalaia, vizinho da China. Com uma população de maioria budista, ele é popularmente conhecido como o país da felicidade.

Isso porque a felicidade foi tratada como uma questão fundamental para o desenvolvimento do país. “Segundo o art. 9º, 2, como princípios da política estatal, o Estado deve se esforçar para promover as condições que possibilitem alcançar a ‘Felicidade Nacional Bruta (Gross National Happiness)’”. (LEAL, 2014, p. 263)

Além disso, a felicidade é tratada também em outros trechos do texto constitucional do país. A ideia é de que o desenvolvimento do país se baseie não só no crescimento econômico, como acontece nos modelos tradicionais de desenvolvimento, mas sim no desenvolvimento espiritual juntamente com o material, se completando.

Para tanto, o Reino do Butão estabeleceu quatro pilares da Felicidade Nacional Bruta: a boa governança e a democratização; o desenvolvimento socioeconômico estável e equitativo; a proteção ambiental; e a preservação da cultura. (idem)

252. Para uma análise sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, ver Alexandre de Moraes (2007, p. 25).

253. O texto da Constituição do Japão está disponível em <http://www.br.emb-japan.go.jp/>.

254. Para uma análise sobre a positivação da Felicidade na Coréia do Sul, ver Saul Tourinho Leal (2014, p. 409).

No entanto, ao impor regras quanto à felicidade por decreto, e principalmente ao negarem direitos humanos básicos aos não tradicionalmente budistas – grande parte da população, o Reino do Butão, conforme análise apresentada por Saul Tourinho Leal, acaba por se contrapor ao que preceitua sua carta constitucional, e com isso “a felicidade da população do Butão tem sido assegurada pelo Governo debaixo de pau”. (LEAL, 2014, p. 264-269)

Seguindo o caminho da positivação da Felicidade, recentemente, o Brasil passou pela possibilidade de contar com a busca pela mesma em sua Carta Magna.

A Proposta de Emenda à Constituição n.º. 19, de 2010, de autoria do Senador Cristovam Buarque²⁵⁵, a PEC da Felicidade – como ficou conhecida, visou a alteração do art. 6º da Constituição Federal para “incluir o direito à busca da Felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito.” (BUARQUE, 2010)

Com a aprovação da proposta, o artigo 6º do texto constitucional passaria a vigorar com a seguinte redação:

Art. 6º São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (idem)

Nota-se que o intuito foi de colocar a *busca à felicidade* como um direito que deve ser assegurado pelo Estado mediante a garantia dos direitos sociais, previstos no referido artigo 6º, e não como um direito que deve ser prestado pelo Estado.

A felicidade é um termo difícil de ser conceituado. Ela denota uma subjetividade - o que significa *ser feliz* para um indivíduo, pode não significar para outro. Seria impossível imaginar que o Estado, por si só, pudesse trazer a felicidade plena às pessoas.

O que caberia ao Estado, sendo a ideia da Proposta, é a efetivação dos direitos sociais, para que, então, cada indivíduo possa buscar sua felicidade, da maneira que lhe convém.

Os Direitos Sociais são aqueles direitos positivos que visam garantir condições de uma vida digna a todos os indivíduos, e que exigem uma atuação positiva por parte do Estado mediante a adoção de políticas públicas que visem

255. Cristovam Ricardo Cavalcanti Buarque é um engenheiro mecânico, economista e professor universitário que atualmente ocupa o cargo de Senador da República, eleito em 2010 pelo Distrito Federal. <http://www.cristovam.org.br/>.

efetivar esses direitos de caráter social. “O Estado deve ser o autor redutor de diferenças sociais, ganhando relevo algumas expressões, tais como *justiça distributiva, justiça social e políticas sociais.*” (ASENSI, 2010, p. 49)

Courtis (2008, p. 487) por sua vez, considera que não há que se rotular os direitos sociais ou DESC – Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, como *direitos positivos*, ou os direitos civis e políticos como *direitos negativos*. Para ele:

Não há um traço ou característica comum capaz de definir tanto os direitos civis e políticos como os DESC, como se tais direitos formassem catálogos perfeitamente consistentes de direitos. O esforço para reduzir direitos civis e políticos a ‘direitos negativos’ – ou seja, direitos que requerem abstenção Estatal – e os DESC a ‘direitos positivos’ – ou seja, direitos que requerem ação Estatal – é claramente errado. Todo direito – independentemente de sua classificação como direito civil, político, econômico, social ou cultural – requer *tanto* abstenção quanto ação Estatal, e não há praticamente direito algum que não demande recursos para ser implementado e protegido.²⁵⁶

Segundo justificativa da proposta de emenda à Constituição citada acima, essa atuação positiva do Estado é essencial para que se possa garantir o direito do indivíduo de perquirir a felicidade.

Para que o direito de se poder buscar a felicidade possa ser concretizado “é mister que o Estado tenha o dever de, cumprindo corretamente suas obrigações para com a sociedade, bem prestar os serviços sociais previstos na Constituição”. (BUARQUE, 2010)

O autor da proposta de emenda, em sua justificativa, assenta uma dupla acepção do direito à felicidade, coletivo e individual, e faz referência também às normas positivas que consagraram a felicidade como um direito, e aos exemplos de outros países, tais quais citados anteriormente neste trabalho, como o Reino do Butão, o Japão e a Coréia do Sul.

A justificativa ainda aponta um estudo feito por dois economistas brasileiros que analisou, de forma empírica, o que trazia felicidade aos brasileiros, estabelecendo, a partir daí, elementos concretos como determinantes da felicidade geral, demonstrando que é possível definir objetivamente a felicidade.

256. Neste seara, ver Stephen Holmes e Cass Sunstein (1999). Para eles todos os direitos ensejam uma atuação positiva por parte do Estado no âmbito das relações sociais, não só os direitos sociais já que todos os direitos – direitos sociais, civis e políticos, possuem custos econômicos de efetivação e garantia institucional.

Para o autor da proposta de emenda “todos os direitos previstos na Constituição – sobretudo, aqueles tidos como *fundamentais* – convergem para a felicidade da sociedade” (idem).

Ele termina a justificacão afirmando que os critérios objetivos da felicidade podem, no contexto constitucional ser entendidos como a inviolabilidade dos direitos de liberdade negativa e dos direitos de liberdade positiva, e que o encontro dessas duas espécies de direito redundam no objetivo da Proposta, qual seja:

A previsão do direito do indivíduo e da sociedade em buscar a felicidade, obrigando-se o Estado e a própria sociedade a fornecer meios para tanto, tanto se abstendo de ultrapassar as limitaes impostas pelos direitos de égide liberal quanto exercendo com maestria e, observados os princípios do *caput* do artigo 37, os direitos de cunho social. (idem)

A proposta foi remetida à Comissão de Constituio, Justiça e Cidadania do Senado, presidida pelo Senador Demostenes Torres, sob a relatoria do Senador Arthur Virgílio, tendo como Relator *Ad Hoc* o Senador Alvaro Dias, da qual foi emanado o Parecer n. 1.488, de 2010.

A Comissão opinou pela aprovao da Proposta de Emenda, tendo feito, porém, uma correo na ementa da proposio, por possuir uma evidente colisão entre esta e a o texto pretendido para o artigo 6.

O conflito, segundo parecer da Comissão, existiu porque enquanto a ementa visava a inclusão do direito à busca da felicidade por cada indivíduo e pela sociedade, a redao proposta ao texto constitucional, por sua vez, determinava que os direitos sociais eram acessórios e instrumentais a essa busca.

Com isso, a ementa proposta pela Comissão foi a seguinte: “Altera o art. 6 da Constituio Federal para direcionar os direitos sociais à realizao da felicidade individual e coletiva.” (VIRGÍLIO, 2010)

A partir de então a Proposta de Emenda ao texto constitucional permaneceu paralisada no Senado, tendo sido arquivada ao final da 54^a Legislatura, nos termos do artigo 332 do Regimento Interno e do Ato da Mesa n 2, de 2014.²⁵⁷

A continuidade da tramitao da proposta arquivada poderia ter sido requerida, caso fosse assinada por um terço da composio da Casa e aprovada pelo

257. O texto do arquivamento da Proposta de Emenda Constitucional nó. 19/2010 pode ser visto no Diário do Senado Federal n. 210, publicado em 23 de dezembro de 2014. Disponível em www.senado.leg.br.

Plenário, até sessenta dias após o início da primeira sessão legislativa da Legislatura seguinte, o que não veio a acontecer.

A proposta foi arquivada, mas nem por isso a felicidade deixou de ser o tema de inúmeras discussões, principalmente acadêmicas, além de ser o objetivo de todos nós - seres humanos.

4. É PRECISO POSITIVAR A FELICIDADE?

Apesar de a Constituição Federal de 1988 não prever expressamente a busca à felicidade, ela apresenta como um dos fundamentos da República a *dignidade da pessoa humana*²⁵⁸, da qual, conforme destacado pelo Ministro Celso de Mello, a felicidade deriva, podendo esta ser entendida como um postulado constitucional implícito.

LEAL (2014) identificou no texto constitucional cinco vieses para a essência jurídica do direito à felicidade: o direito à felicidade pública (participação popular); o direito à busca da felicidade (liberdade); o direito aos meios à busca da felicidade (prestacional); a vedação a prazeres sádicos (dignidade da pessoa humana); e a felicidade como *telos* da decisão judicial (ponderação).

Como bem preceitua o autor (2013, p. 247), para que o direito a se buscar a felicidade seja respeitado, não é preciso que ele esteja expresso no texto constitucional, conforme pretendia a proposta do Senador Cristovam Buarque. Essa proposta, em sua visão, tinha um sentido mais simbólico que real.

A PEC da Felicidade, nessa ótica, seria simbólica pelo fato de ter a finalidade de tão-somente lançar à Constituição um discurso envolvente, mas inútil, uma vez que já há, na própria Constituição um subsistema voltado para a felicidade. Ademais a jurisdição constitucional, mesmo não havendo expressa previsão constitucional acerca da expressão felicidade, também tem reconhecido sua presença implícita no texto. Se assim o é, qual a razão da PEC da Felicidade? Para nós, simplesmente o símbolo. (LEAL, 2013, p. 248)

Assim como na análise feita por LEAL (2014, p. 409) sobre o caso da Coréia do Sul, a positivação da busca pela felicidade na Carta Magna de nosso país acarretaria uma discussão ainda maior sobre o significado e a força normativa desse direito.

258. Para uma análise sobre o conceito de Dignidade da Pessoa Humana, ver Alexandre de Moraes (2007, p. 16)

Ele seria um direito substancial, dotado de força normativa que pudesse ser utilizado como parâmetro de controle de constitucionalidade, ou somente um instrumento de retórica política que anuncia um ideal da Constituição? (LEAL, 2014, p. 416)

Pelo menos, o intuito da Proposta era de elevar o direito à busca da felicidade ao status de objetivo, segundo o qual os direitos sociais seriam o meio para alcançar esse direito.

Certo é que, assim como acontece com a Dignidade da Pessoa Humana, a positivação da felicidade no texto constitucional tornaria esse direito um dispositivo que fundamentaria os mais variados pedidos e decisões no Poder Judiciário, principalmente em casos de violação aos direitos sociais – o que Courtis (2008, p. 487) chamou de justiciabilidade dos DESC²⁵⁹.

No entanto, apesar de, concordando com Saul Tourinho Leal, entendermos que a PEC da Felicidade seria desnecessária, isso não quer dizer que a efetivação dos direitos sociais não seja essencial para a garantia do direito à busca da felicidade.

Impossível imaginar que uma pessoa consiga ser feliz sem que tenha educação, saúde, uma boa alimentação, um trabalho digno, moradia, transporte, lazer, segurança, entre outros tantos direitos que necessitam de uma atuação positiva por parte do Estado.

O Estado deve promover as condições capazes de propiciar aos indivíduos que eles possam buscar sua felicidade, e não apenas permanecer inerte e permitir que eles a busquem. Em seu viés positivo:

o direito prestacional à felicidade invoca uma atuação do Estado de modo a fornecer ao indivíduo instrumentos que auxiliem na consecução do seu projeto de satisfação de suas preferências ou desejos legítimos. (LEAL, 2013, p. 208)

Contudo, essa atuação não deve ser restrita ao rol dos direitos sociais. Torna-se a subjetividade da felicidade, que os instrumentos que levam a ela não se resumem apenas à efetivação dos direitos sociais.

Portanto, além do direito à busca da felicidade (que é o direito à felicidade no viés liberal), há também o direito prestacional à felicidade, que consiste na obrigação, por parte do Estado,

259. Christian Courtis (2008, p. 487) define justiciabilidade dos DESC como a “possibilidade de pessoas que se consideram vítimas de violações a esses direitos ajuizarem demandas perante uma autoridade imparcial e requererem remédios legais ou reparação adequados em face de uma violação ou ameaça de violação a esses direitos.”

de criar instrumentos possibilitadores da majoração direta na felicidade das pessoas, por meio da garantia de certos direitos prestacionais, mas, ultrapassando a ideia de direitos sociais, de garantias outras que, de alguma forma, adicionem as sensações de bem-estar dos indivíduos ou entregue parcelas dos projetos racionais de realização de preferências ou desejos legítimos. (LEAL, 2013, p. 211)

Da mesma forma, garantir o mínimo existencial não é certeza de assegurar o direito à busca pela felicidade. Ele, por si só, não assegura todas as condições para que os indivíduos planejem seus projetos que tragam felicidade, ele, no máximo, pode facilitar que o indivíduo possa dar início à sua busca pela felicidade. (LEAL, 2013, p. 212)

Cabe ao Estado garantir as condições para que o indivíduo tenha uma vida digna, assegurando, além dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade, a justiça, e qualquer outro instrumento que possibilite ao indivíduo buscar a sua felicidade, desde que não interfira nos direitos de outra pessoa, e sem que ele – Estado imponha regras quanto à felicidade por decreto.

Falar de felicidade enquanto meta de uma política ou mesmo de um ministério não é, por si só, um absurdo. Passa a ser quando a proposta vem de governos autoritários e personalistas que desconsideram o papel que a liberdade exerce no bem-estar dos povos. (LEAL, 2014, p. 259)

Conclui-se, portanto, que o fato de a felicidade não encontrar previsão expressa no texto constitucional, isso não significa que ela não é um direito que mereça uma total atenção.

A felicidade apresenta-se como um postulado implícito da norma constitucional, que deve servir como objetivo do Estado, alcançado não só através da efetivação dos direitos sociais, como pretendia a Proposta de Emenda à Constituição n.º. 19, do Senador Cristovam Buarque, o qual possivelmente se apresentaria apenas como um postulado simbólico.

É necessário uma atuação Estatal em sentido mais amplo que apenas a prestação dos direitos previstos no art. 6º, no intuito de assegurar garantias que possam trazer bem-estar aos indivíduos e dar a eles os meios necessários para que possam trazer seus projetos racionais de realização de suas preferências e vontades.

RERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

ASENSI, Felipe Dutra. **Indo além da Judicialização - O Ministério Público e a Saúde no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BÍBLIA SAGRADA: Tradução dos Originais mediante a versão dos Monges de Maredsous (Bélgica). ed. 31. São Paulo: Centro Bíblico Católico: Ave Maria LTDA, 1981.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Perda parcial de objeto. Recebimento, na parte remanescente, como Ação Direta de Inconstitucionalidade. União Homoafetiva e seu reconhecimento como instituto jurídico. Convergência de objetos entre ações de natureza abstrata. Julgamento conjunto**. Decisão da Ação Direta De Inconstitucionalidade nº. 4.277. Procuradoria Geral da República. Relator: Ministro Ayres Britto. DJe: 13 out. 2011. Disponível em <http://www.stf.jus.br/>. Acesso em 08 de agosto de 2016.

BUARQUE, Cristovam Ricardo Cavalcanti. **Proposta de Emenda à Constituição Nº. 19, de 2010. Altera o artigo 6º da Constituição Federal para incluir o direito à busca da Felicidade por cada individuo e pela sociedade, mediante a dotação pelo Estado e pela própria sociedade das adequadas condições de exercício desse direito**. Brasília: Senado Federal: 2010. Disponível em www.senado.leg.br. Acesso em 12 de agosto de 2016.

COURTIS, Christian. **Crítérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração**. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (Coord.) Direitos Sociais: Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. DOS ANJOS, Margarida (coord.). **Mi-
niaurélio Século XXI Escolar: O minidicionário da língua portuguesa**. 4. ed. rev. ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

LEAL, Saul Tourinho. **Direito à felicidade**. Rio de Janeiro: C&C, 2014.

_____. **Direito à Felicidade: História, Teoria, Positivção e Jurisdição**. 2013. 365 f. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Programa de Pós Graduação em Direito Constitucional, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6202/1/Saul%20Tourinho%20Leal.pdf>. Acesso em 04 de agosto de 2016.

_____. **O princípio da busca da felicidade e o direito à saúde**. Jus Navigandi: jun. 2011. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/19389/o-principio-da-busca-da-felicidade-e-o-direito-a-saude>. Acesso em 10 de agosto de 2016.

LOCKE, John. **An Essay Concerning Human Understanding. Book II: Ideas**. 1693. Disponível em <http://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke-1690book2.pdf>. Acesso em 04 de agosto de 2016.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

VIRGÍLIO, Arthur (Relator). **Parecer nº. 1.488, de 2010, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania**. Brasília, Senado Federal, 2010.

Este livro foi composto em ITC Slimbach pela
Editora Multifoco e impresso em papel offset 75 g/m².
