LEITURAS DE DIREITO PÚBLICO

CONSELHO EDITORIAL SELO ÁGORA21

PRESIDÊNCIA
Felipe Dutra Asensi
Marcio Caldas de Oliveira

CONSELHEIROS
Adriano Rosa (USU, Rio de Janeiro)
Alfredo Freitas (AMBRA, Estados Unidos)
André Guasti (TJES, Vitória)
Arthur Bezerra Junior (UNINOVE, São Paulo)
Bruno Zanotti (PCES, Vitória)
Camila Jacobs (AMBRA, Estados Unidos)
Camilo Zufelato (USP, São Paulo)
Carolina Cyrillo (UFRJ, Rio de Janeiro)
Claudia Pereira (UEA, Manaus)
Claudia Nunes (UVA, Rio de Janeiro)
Daniel Giotti de Paula (Intejur, Juiz de Fora)
Eduardo Val (UFF, Niterói)
Fernanda Fernandes (PCRJ, Rio de Janeiro)
Glaucia Ribeiro (UEA, Manaus)
Jeverson Quinteiro (TJMT, Cuiabá)
José Maria Gomes (UERJ, Rio de Janeiro)
Luiz Alberto Pereira Filho (FBT-INEJE, Porto Alegre)
Paula Arevalo Mutiz (FULL, Colômbia)
Paulo Ferreira da Cunha (UP, Portugal)
Pedro Ivo de Sousa (UFES, Vitória)
Raúl Gustavo Ferreyra (UBA, Argentina)
Ramiro Santanna (DPDFT, Brasília)
Raphael Carvalho de Vasconcelos (UERJ, Rio de Janeiro)
Rogério Borba (UCAM, Rio de Janeiro)
Santiago Polop (UNRC, Argentina)
Siddharta Legale (UFRJ, Rio de Janeiro)
Tatyane Oliveira (UFPB, João Pessoa)
Tereza Cristina Pinto (CGE, Manaus)
Thiago Pereira (UCP, Petrópolis)
Vanessa Velasco Brito Reis (PGM, Petrópolis)
Vania Marinho (UEA, Manaus)
Victor Bartres (Guatemala)
Yolanda Tito Puca (UNMSM, Peru)

REVISADO PELA COORDENAÇÃO DO SELO ÁGORA21

LEITURAS DE DIREITO PÚBLICO

ANTONIO SANTORO, GLAUCIA RIBEIRO
TELSON PIRES E VANESSA REIS ***(ORGANIZADORES)***

ágora21

GRUPO MULTIFOCO
Rio de Janeiro, 2019

Copyright © 2019 Antonio Santoro, Glaucia Ribeiro, Telson Pires e Vanessa Reis (org.).

DIREÇÃO EDITORIAL Felipe Dutra Asensi e Marcio Caldas de Oliveira
EDIÇÃO E PREPARAÇÃO Felipe Asensi
REVISÃO Coordenação Selo Ágora 21
PROJETO GRÁFICO E CAPA Carolinne de Oliveira
IMPRESSÃO E ACABAMENTO Gráfica Multifoco

DIREITOS RESERVADOS A

GRUPO MULTIFOCO
Av. Mem de Sá, 126 - Centro
20230-152 / Rio de Janeiro, RJ
Tel.: (21) 2222-3034
contato@editoramultifoco.com.br
www.editoramultifoco.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS.
Nenhuma parte deste livro pode ser utilizada ou reproduzida sob quaisquer meios existentes sem autorização por escrito dos editores e autores.

Leituras de direito público
SANTORO, Antonio
RIBEIRO, Glaucia
PIRES, Telson
REIS, Vanessa

1ª Edição
Janeiro de 2019
ISBN: 978-85-8273-638-8

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

A816l Santoro, Antonio.
Ribeiro, Glaucia.
Pires, Telson.
Reis, Vanessa.

Leituras de direito público / organização Antonio Santoro, Glaucia Ribeiro, Telson Pires e Vanessa Reis. – Rio de Janeiro : Ágora21, 2019.

594 p. ; 23 cm.

ISBN 978-85-8273-638-8
Inclui bibliografia.

1.Direito público I. Título

CDD: 340

Ficha catalográfica elaborada por Amanda Caetano (CRB-2/1666)

Sumário

Conselho Científico do **CAED-JUS** **11**
Sobre o **CAED-JUS**..... **13**

Controle difuso de constitucionalidade em 30 anos de constituição 15
João Paulo Marques dos Santos

A intervenção no contexto do federalismo brasileiro..... 29
Luís Roberto Adan Correa e María Castro Corredoira

Reflexões sobre os impactos e entraves no decorrer de duas décadas da legislação de transplantes à luz da atual Constituição Federal Brasileira 45
Marconi do Ó Catão

Uma discussão filosófica a respeito das decisões proferidas (sentença e acórdão) no caso da laqueadura, aos olhos da harmonia entre tais decisões e o art. 3º da constituição federal 59
Pedro Bolívar de Souza Andrade

Da confusa equivalência entre Brasília e Distrito Federal: um estudo sobre a PEC 255/2013 71
Simone Alvarez Lima

Direitos constitucionais através do MST sob uma perspectiva marxista 85
Talita Amaral Oliveira

DIREITO ADMINISTRATIVO

Inovações do decreto federal 8.538/2015: tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a microempresas, empresas de pequeno porte e equiparados.....103
Adriano Selhorst Barbosa

Gestão pública e sustentabilidade cultural: museus do Brasil 117
Bárbara Dias Cabral

Região metropolitana, governança interfederativa e autonomia federativa dos municípios: um estudo sobre as instâncias deliberativas à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Metrópole (Lei Nº 13.089/2015) 133
Gabriel Carnaúba Alves dos Santos

O público e o privado na gestão pública: a concessão especial de serviços públicos como instrumento de desenvolvimento econômico e social no município de ilhéus-bahia 149
Jefferson Correia da Rocha

Contratação direta nos certames licitatórios: Um estudo da "emergência fabricada" à luz do entendimento do Tribunal de Contas da União e da Advocacia Geral da União 161
Maisa Bernachi Baptista

A Política Nacional de Resíduos Sólidos como previsão urbanística oriunda da Constituição Federal de 1988: os incentivos fiscais e financeiros como mecanismos de otimização ao setor de reciclagem.....173
Marconi Gomes do Ó Catão e Marconi do Ó Catão

A Teoria do Risco Integral após Constituição de 1988 – uma revisão doutrinária e jurisprudencial 189
Mateus Stallivieri da Costa e Ruy Tadeu Mambrini Ribas

A importância da ética empresarial em empresas públicas 207
Thaís Cíntia Cárnio, Lúcia Helena Polleti Bettini e Fernando R. M. Bertoncello

DIREITO AMBIENTAL

A relação dos povos indígenas com a água: uma análise sobre o entendimento da corte interamericana de direitos humanos 221
Antonio de Azevedo Maia

Rio +30 e o futuro do direito ambiental 237
Bárbara Dias Cabral

Direito ambiental e socioambientalismo: análise crítica sobre a destinação dos resíduos de serviços de saúde na zona urbana do município de Igaporã-Bahia 251
Cinthia da Silva Barros e João Paulo Soares e Silva

Desenvolvimento sustentável: objetivos com ou sem resultados na américa latina contra uma economia convencional..... 265
Glaucia Maria de Araújo Ribeiro e Deicy Yurley Parra Flórez

Direito à educação ambiental e à conscientização pública como princípios fundamentais vinculados aos respectivos deveres de defender e preservar o meio ambiente no interesse de todos 279
Madson Anderson Corrêa e Matos do Amaral

Ambiente urbano, acesso à água e injustiça ambiental: um exame da injustiça hídrica em tempos de escassez 293
Tauã Lima Verdan Rangel

Meio ambiente na constituição: trinta anos e o futuro incerto 311
Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

DIREITO PENAL

Desenhos não democráticos de processo penal: controle social punitivo da pobreza pelo processo penal tradicional 327
Antonio Eduardo Ramires Santoro

Direito penal e crítica do sistema penal: uma introdução ao direito penal do inimigo 341
Claudio Abel Franco de Assis

A prática de insider trading e a lei anticorrupção: uma reflexão quanto a importância dos programas de compliance 357
Cristian Rodrigues França

O princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, ii da CRFB/88) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de execução penal do condenado estrangeiro 373
Edeilson Ribeiro Bona e Artur Barros Freitas Osti

A mediação penal na violência doméstica 391
Fernanda Santos Fernandes

Sistema penal e violação de direitos fundamentais: a ilusão da racionalização do poder punitivo frente às garantias da Constituição Federal de 1988 407
Karoline Henrique Mendonça

Atuação das facções criminosas no sistema carcerário da cidade do Rio de Janeiro 423
Letícia Torrão e Silva

Os 30 anos da constituição federal de 1988 e rebeliões nas penitenciárias brasileiras 439
Wagneriana Lima Temóteo Camurça, Mateus Natanael Targino Maurício e Natália Pinto Costa

De Bangkok ao Brasil: a invisibilidade da mulher presa e a constituição da república federativa do Brasil de 1988 como forma de resistência 455
Rosana Alves Gama Souza Da Silva

O habeas corpus coletivo: um direito de mulheres e crianças à liberdade 467
Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

DIREITO INTERNACIONAL

Implicações decorrentes da ratificação do estatuto de Roma na ordem jurídica brasileira 483
Andreia Cadore Tolfo

Diplomacia federativa no Brasil e a dubiedade constitucional acerca da autorização dos entes subnacionais para atuação internacional 499
Edeilson Ribeiro Bona

A inércia da justiça brasileira e a competência da corte interamericana de direitos humanos no desastre de Mariana 517
Eloi Henrique Ghidetti Duarte

O suporte da constituição federal de 1988 nas operações de paz das nações unidas: a minustah e o seu impacto no Brasil 527
Eloi Henrique Ghidetti Duarte e Simone Alvarez Lima

A organização das nações unidas e a tutela da paz e da segurança internacional: uma visão a partir da teoria da sociedade do risco 539
Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral

A concepção contemporânea de soberania e a proteção jurídica internacional para refugiados..... 553
Rute Oliveira Passos, Nivaldo Souza Santos Filho e Flávia Moreira Guimarães Pessoa

O direito internacional e sua trajetória nos trinta anos de constituição 565
Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos sob o enfoque na primazia da pessoa humana 579
Verônica Monteiro Serantes Teixeira

Conselho Científico do **CAED-JUS**

Adriano Rosa (Universidade Santa Úrsula, Brasil)

Alexandre Bahia (Universidade Federal de Ouro Preto, Brasil)

Alfredo Freitas (Ambra College, Estados Unidos)

Antonio Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)

Bruno Zanotti (PCES, Brasil)

Claudia Nunes (Universidade Veiga de Almeida, Brasil)

Daniel Giotti de Paula (PFN, Brasil)

Denise Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)

Edgar Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)

Eduardo Val (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Felipe Asensi (Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)

Fernando Bentes (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)

Glaucia Ribeiro (Universidade do Estado do Amazonas, Brasil)

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

João Mendes (Universidade de Coimbra, Portugal)

Jose Buzanello (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Brasil)

Klever Filpo (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)

Luciana Souza (Faculdade Milton Campos, Brasil)
Marcello Mello (Universidade Federal Fluminense, Brasil)
Nikolas Rose (King's College London, Reino Unido)
Oton Vasconcelos (Universidade de Pernambuco, Brasil)
Paula Arévalo Mutiz (Fundación Universitária Los Libertadores, Colômbia)
Pedro Ivo Sousa (Universidade Federal do Espírito Santo, Brasil)
Santiago Polop (Universidad Nacional de Río Cuarto, Argentina)
Siddharta Legale (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brasil)
Saul Tourinho Leal (Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasil)
Sergio Salles (Universidade Católica de Petrópolis, Brasil)
Susanna Pozzolo (Università degli Studi di Brescia, Itália)
Thiago Pereira (Centro Universitário Lassale, Brasil)
Tiago Gagliano (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Brasil)

Sobre o **CAED-JUS**

O **Conselho 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. Desde a sua criação, o **CAED-Jus** tornou-se um dos principais congressos do mundo com os seguintes diferenciais:

Democratização da divulgação e produção científica

Publicação dos artigos em livro impresso, cujo pdf é enviado aos participantes

Interação efetiva entre os participantes através de ferramentas online

Diversidade de eventos acadêmicos no **CAED-Jus**

Exposição permanente do trabalho e do vídeo do autor no site para os participantes

Democratização da produção científica com forte inclusão social

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, Estados Unidos, Colômbia, Argentina, Portugal, Reino Unido, Itália e Alemanha.

Em 2018, o **CAED-Jus** organizou o **Congresso Comemorativo "30 anos da Constituição de 1988" (CRFB+30)**, que ocorreu entre os dias

29 a 31 de outubro de 2018 e contou com 05 Grupos de Trabalho e mais de 200 participantes de 34 universidades e 14 programas de pós-graduação stricto sensu. A seleção dos artigos apresentados ocorreu através do processo de *peer review* com *double blind*, o que resultou na publicação dos 03 livros do evento: "Direitos humanos e fundamentais em perspectiva", "Leituras de direito público" e "Visões constitucionais interdisciplinares". Os coordenadores dos livros atuaram diretamente no evento como conferencistas, avaliadores de trabalhos e/ou organizadores, contribuindo diretamente na seleção, organização e finalização das publicações.

O **CRFB+30** foi um dos maiores eventos comemorativos da Constituição de 1988 no Brasil e contribuiu decisivamente para as análises sobre o passado, presente e futuro da Constituição. Esta publicação é financiada por recursos da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio de Janeiro (FAPERJ), do Conselho Internacional de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus) e da Editora Multifoco e cumpre os diversos critérios de avaliação de livros nacionais e internacionais.

Controle difuso de constitucionalidade em 30 anos de constituição

João Paulo Marques dos Santos

Aspectos preliminares

O controle de constitucionalidade consiste no mecanismo de defesa dos princípios, valores e normas constitucionais "(...) por meio do qual se atribui a um órgão (judicial ou político) a prerrogativa de verificar os requisitos constitucionais de validade formal e material das leis e demais atos normativos (...)" (CONTINENTINO, 2015, p. 289). Deste conceito lato sensu pode ser verificado dois outros controles, o controle judicial e o controle político, cuja principal diferença se dá em razão do órgão pelo qual desempenhará o controle, o primeiro diz respeito ao Poder Judiciário, o segundo, aos Poderes Executivo e Legislativo.

O controle judicial, por sua vez, possui dois modelos de julgamento, o difuso e o concentrado, ambos adotados pela Constituição Federal de 1988. O primeiro refere-se à análise abstrata da compatibilidade de determinada norma em face da Constituição, cujo julgamento terá efeitos erga omnes e vinculante. O segundo, por outro lado, diz respeito à análise concreta da aplicação ou não de determinada regra dita constitucional ou inconstitucional, ou seja, ela surge de uma relação jurídica subjetivada,

da qual o pedido de inconstitucionalidade não é o pedido principal, mas a causa de pedir necessária para alcançá-lo, razão pela qual seus efeitos, em regra, alcançam apenas as partes que litigam no processo.

Dada essas características, necessárias para uma diferenciação entre os modelos de controle, percebe-se o incrível poder que cada pessoa possui para discutir as mais diversas regras em face da Constituição Federal. Logo, utiliza-se do controle difuso para alcançar o seu pedido principal, mas, ao mesmo tempo, garante a incolumidade da Constituição com relação àquelas regras que atentam contra a sua autoridade.

Apesar da sua importância, ainda é pouco comum a utilização do incidente de inconstitucionalidade tanto pelas partes no exercício do direito de ação e no exercício dos direitos ao contraditório e à ampla-defesa, quanto pelos Juízes de ofício. As razões para esse acontecimento são variadas. Além da sua parca utilização, há, entre os que o utilizam, aqueles que não observam o procedimento de aplicação do controle difuso de forma inadequada, o que causa preocupação.

Se já não fosse o bastante a sua ínfima utilização, o controle difuso de constitucionalidade, atualmente, vivencia uma verdadeira crise de identidade, dada a recente adoção da teoria da abstrativização iniciada com o julgamento da Reclamação n. 4335-AC e concluída com a mutação constitucional realizada no art. 52, X, da CF, no julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidades n. 3.406 e 3.470, ambas do Rio de Janeiro.

Sendo estas as considerações e preocupações iniciais, busca-se, por meio des trabalho, demonstrar a evolução [involução] do controle difuso de constitucionalidade nesses trinta anos de vigência da Constituição de 1988. Para tanto, serão analisados os seguintes pontos: (i) o que é e como se dá o controle de constitucionalidade difuso no Brasil; (ii) No que consiste a teoria da abstrativização e quais são as razões que leva a crer que a sua existência é inconstitucional; (iii) O que precisa ser feito para evitar uma desvirtuação deste modelo de controle de constitucionalidade?

Por fim, em razão do pré-estabelecimento do número de palavras máximas que podem ser utilizadas na construção deste, não serão aprofundados os temas que digam respeito às diferenciações específicas entre os controles difuso e abstrato. Por outro lado, com relação à metodologia adotada, será utilizada a revisão bibliográfica, tanto no âmbito nacional,

quanto estrangeira, para chegar à conclusão no que consiste o controle difuso e como melhor utilizá-lo.

1. Controle difuso – Peculiaridades

Na história constitucional do Brasil, a primeira Constituição a prever um controle de constitucionalidade foi a de 1891 (BARROSO, 2009, p. 62. STRECK, 2018, p. 180. HERANI, 2015, p. 123) onde adotou o modelo norte-americano. A razão para isso foi que, à época da Constituição de 1824, o Brasil vivenciava um período em que a classe dos juízes não tinha o mesmo prestígio que hoje possuem. Aliás, o dever de zelar pela Constituição, hoje atribuição do Supremo Tribunal Federal, àquela época [1824] pertencia à Assembleia Geral, um órgão não judicial (CONTINENTINO, 2015, p. 289-290), por isso a afirmação de que não havia um controle de constitucionalidade judicial, mas, na verdade, um controle político.

Interessante que embora a Constituição de 1824 não tivesse um controle de constitucionalidade definido, esse fato levou a inúmeros imbróglios, dentre eles o que mais se destacou foi o alto número de leis provinciais inconstitucionais (CONTINENTINO, 2015, p. 305-306). Essas circunstâncias levaram aos teóricos da época a crer a necessidade de adoção de um modelo de controle de constitucionalidade, findando com a adoção do modelo norte-americano com a Constituição de 1891.

Contando com mais de um século, o controle difuso de constitucionalidade está presente na Constituição de 1988, mais especificamente no seu art. 97 cuja redação alude que "Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.".

Embora a redação desse dispositivo não aluda qual o modelo de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição Federal de 1988, é possível concluir pela existência do modelo difuso, em razão da prévia e expressa previsão do controle concentrado nos arts. 102, I, "a". Logo, aquela previsão remonta ao modelo norte-americano, cujas principais consequências são autorizar: (i) o juízo singular a deixar de aplicar determinada

norma, quando constatar vício de constitucionalidade (STRECK, 2015, p. 1358); (ii) ao órgão fracionário instaurar o incidente de inconstitucionalidade, deslocando os autos a um órgão especial (Súmula Vinculante n. 10), onde analisará a compatibilidade da norma com a Constituição, declarando, ao fim, a sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade, o que vinculará aquele colegiado que instaurou o incidente (STRECK, 2018, p. 158).

O grande diferencial entre os modelos de controle, como dito no introito, é a legitimidade para a sua instauração/provocação. No modelo difuso, que interessa ao presente trabalho, é permitido ser utilizado em qualquer demanda e em qualquer fase processual. Nesse sentido, Barroso (2009, p. 91):

> A questão constitucional pode ser levantada em processos de qualquer natureza, seja de conhecimento, de execução ou cautelar. O que se exige é que haja um conflito de interesses, uma pretensão resistida, um ato concreto de autoridade ou a ameaça de que venha a ser praticado. O controle incidental de constitucionalidade somente pode se dar na tutela de uma pretensão subjetiva. O objeto do pedido não é o ataque à lei, mas a proteção de um direito que seria por ela afetado. Havendo a situação concreta, é indiferente a natureza da ação ou do procedimento.

Independentemente em que demanda for aduzida esse incidente de inconstitucionalidade, os efeitos da sua decisão serão, em regra, inter partes e não vinculante. Por outro lado, acaso essa demanda seja passível de análise do Supremo Tribunal Federal, este, ao reconhecer a procedência do incidente, remeterá a sua decisão final ao Senado Federal, o qual suspenderá, em todo território nacional, no todo ou em parte a lei que foi declarada inconstitucional pelo STF, nos termos do art. 52, X, da CF. Logo, o papel do Senado é atribuir à decisão proferida pelo STF o caráter erga omnes e vinculante (STRECK, 2018, p. 181).

2. A crise do controle difuso no Brasil - Legalidade x Constitucionalidade

Todo "ato judicial é ato de jurisdição constitucional" (STRECK, 2018, p. 160), logo toda decisão, análise ou interpretação que emanar do Poder

Judiciário, haverá de partir da Constituição, passando pela legislação infraconstitucional até chegar ao caso concreto, sem deixar, contudo, de observar a legalidade, exceto nos casos previstos em lei. Assim, a análise de qualquer demanda pressupõe, antes de tudo uma análise constitucional da lei que está sendo aplicada ao caso concreto.

Esse deveria ser o caminho a ser percorrido pelo aplicador do direito, mas ainda há uma cultura arraigada de apego à legislação infraconstitucional, representada por uma baixa quantidade de aplicação do controle difuso pelo juízo de primeiro e segundo graus, conforme se verifica das palavras de Streck (2018, p. 164):

> Ainda há, de fato, um excessivo apego à legislação infraconstitucional, que não é devidamente confrontada com a Constituição. Na prática, parcela expressiva da comunidade jurídica continua separando a legalidade da constitucionalidade, como se fosse possível separar a jurisdição ordinária da jurisdição constitucional.

Esse apego à legislação infraconstitucional não ocorre apenas em detrimento da Constituição, mas também aos Tratados internalizados pelo ordenamento pátrio e que tenham natureza de supralegalidade, segundo o STF. Da mesma forma que não privilegiam a efetivação dos direitos humanos que é fiscalizado, também, pelo controle de convencionalidade, não privilegiam os direitos fundamentais que são protegidos pela Constituição e que podem ser fiscalizados pelo controle difuso de constitucionalidade.

E quais as razões podem ser levantadas para explicar a inutilização ex officio do controle difuso pelo Tribunal ou pelos juízes de 1º grau? Não se tem razões exatas para esse movimento, mas podem ser considerados como possíveis causas: (i) o procedimento de aplicação do controle difuso é complexo e moroso, o que impediria o cumprimento das metas dos Órgãos de fiscalização do Poder Judiciário; (ii) apego em excesso à legislação infraconstitucional; (iii) desconhecimento da existência de uma Jurisdição Constitucional que vincula a todos e que é necessária e inadiável fiscalização a todo momento.

A bem da verdade, a Constituição como o epicentro do ordenamento jurídico, como limitador das ações do Estado, como garantista dos direitos fundamentais oponíveis contra todos, inclusive contra os Poderes

do Estado, não pode ser a responsável pelo não cumprimento das metas impostas ao Poder Judiciário pelo CNJ. A Constituição é Constituição, logo deve ser cumprida e observada antes da aplicação de qualquer lei.

Mas tanto a ilegalidade, quanto a inconstitucionalidade são vícios graves, que "(...) não divergem de natureza, divergem pela qualidade dos preceitos ofendidos, ali formalmente constitucionais, aqui contidos em lei ordinária ou nesta fundados." (MIRANDA, 2017, p. 26). Em um ou outros casos, devem ser fiscalizados e serem represados pelo Poder Judiciário.

No entanto, há uma diferença sensível na hora de sua aplicação no Judiciário. Em regra, a ilegalidade é a base de um litígio em que pairam as partes perante o Estado-juiz, não cabendo a este o reconhecimento de ofício quando não se tratar matéria de ordem pública. Por outro lado, a inconstitucionalidade deve ser observada pelo Julgador ex officio, pois a primeira análise deverá ser a da adequação da lei infraconstitucional à Constituição, onde ao constatar a existência de possível vício de constitucionalidade, o incidente de inconstitucionalidade é obrigatório.

Desta pequena diferença é possível perceber que a inconstitucionalidade, por óbvio, é um vício de tamanha gravidade que coloca em risco o próprio centro normativo da sociedade, o que demanda uma imprescindível investigação preliminar por parte do Estado-Juiz, sempre que estiver diante de um conflito, ainda que ele seja irrisório ou de baia complexidade. Esse raciocínio é necessário para firmar que não há relevância na subsunção da lei ao caso concreto, quando a própria Constituição foi violada. O pacto social firmado entre a Sociedade e o Estado não pode ser maculado em hipótese alguma. A transação das normas constitucionais é inadmissível e repugnante, cujo acontecimento deve ser repelido com toda a força de império do Estado.

Dito isto, é factível que o controle de constitucionalidade difuso, instrumento de utilização de qualquer cidadão é uma poderosa arma de manutenção do pacto social e as alterações legislativas no decorrer dos anos.

A sua utilização pode ser feita por qualquer pessoa, natural ou jurídica, pública ou privada, por meio do requerimento de instauração do incidente de inconstitucionalidade em sede de qualquer demanda subjetivada. Apesar da resistência ao procedimento, a manutenção da Constituição Federal de 1988 como fim primário do direito não é uma opção,

mas uma obrigação de qualquer representante do Estado e, sem dúvidas, também deve ser das partes.

No entanto, infelizmente o tratamento dispensado à Constituição ainda é aquele pautado na satisfação dos próprios interesses da pessoa, esquecendo os valores, princípios e regras constitucionais. Esses interesses, por vezes escusos e contrários à Constituição, coloca em risco a própria relevância desta Carta, sendo mais semelhante a personagem "Geni" criada por Chico Buarque do que uma verdadeira Carta de Direitos (ABBOUD, 2013, p. 45). Entretanto, uma questão merece ser levantada, e quanto aos interesses da Constituição, eles não são relevantes? Eis a questão!

3. O julgamento do incidente de inconstitucionalidade pelo órgão especial e a inexistência de juízo de exceção

O controle difuso de constitucionalidade está presente no Brasil há mais de um século. No entanto a sua utilização ainda causa muita confusão no Poder Judiciário, em especial quando ele é empregado a partir da jurisdição ordinária, ou seja, por juízes de piso e pelos colegiados que não estão no organograma do Supremo Tribunal Federal. Juízes declaram inconstitucionais atos normativos e Turmas deixam de aplicar leis sem provocar o incidente de inconstitucionalidade. Apesar desse cenário não representar a unanimidade, indica a falta de técnica para o emprego do controle difuso de constitucionalidade.

No Tribunal de Justiça do Amazonas, por exemplo, recentemente foi suscitada a inconstitucionalidade da Lei Municipal n. 1.666/2012, pela Defensoria Pública do Estado do Amazonas, em sede de Agravo Interno, todavia, não houve a instauração do incidente de inconstitucionalidade, em razão do pedido representar uma inovação recursal (Ag. Int. n. 0000463-27.2018.8.04.0000), segundo o Relator. Entretanto, equivoca-se a Turma quando deixa de suspender os autos para encaminha-los ao Órgão Especial – nos Tribunais com mais de 25 desembargadores -, ou ao Tribunal Pleno nos demais casos (STRECK, 2018, p. 172).

Outro caso foi noticiado por Streck (2015, p. 1347-1365), referente à sentença proferia pela 1ª Vara da Fazenda e Autarquias de Belo Horizonte (Autos n. 0024.12.129.593-5), onde o Juízo declarou a inconstitucionalidade(?) da EC n. 41/2003, dada a existência de vício de decoro.

O primeiro caso, objeto desse tópico, é o local onde há mais confusão, em razão das nuances que o procedimento do incidente de inconstitucionalidade possui. Assim, será necessária a descrição do que ocorre no incidente de inconstitucionalidade quando aduzido em sede do 2º grau.

O recurso ou a ação originária que tramita nos Tribunais de 2º grau e que tenha na sua causa de pedir o reconhecimento da inconstitucionalidade de um ato legislativo para viabilizar o seu pedido principal, deve o Relator, ao recebê-lo, suspender os autos principais e encaminhar o incidente de inconstitucionalidade ao órgão Especial ou ao Tribunal Pleno, o qual realizará a análise da compatibilidade da norma à Constituição.

Concluindo pela constitucionalidade ou inconstitucionalidade, essa decisão vinculará o Relator da ação ou recurso principal, não cabendo a este uma nova análise, salvo com relação ao objeto da demanda que não será a inconstitucionalidade ou constitucionalidade de determinada norma.

Alguns pontos merecem ser destacados, o primeiro relaciona-se à possibilidade de dispensa da instauração do incidente de inconstitucionalidade, devidamente previsto no art. 949, Parágrafo único, do CPC, in verbis: "Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão ao plenário ou ao órgão especial a arguição de inconstitucionalidade quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão.".

A redação traz um problema e uma vedação. O problema surge quando determina a formação de uma jurisprudência imprópria, isto é, quando a jurisdição ordinária, passa a se vincular a uma interpretação da constitucionalidade ou não de determinada lei, quando esta deveria decorrer apenas do Guardião da Constituição, portador da jurisdição especial. A vedação é destinada à instauração do incidente de inconstitucionalidade, quanto já tiver havido pronunciamento por parte do Supremo Tribunal Federal, referente a determinada norma. O que é lógico, pois se já houve pronunciamento do detentor da jurisdição especial, como poderá uma jurisdição não especializada querer sobrepor seu entendimento àquele?

O segundo ponto, por outro lado, corresponde ao ato de encaminhar o incidente de inconstitucionalidade para outro Órgão do Tribunal. Nesta hipótese, o Relator ao encaminhar o incidente mencionado, age de acordo com o art. 97 da CF, que prevê a regra da reserva de plenário, ou seja, atribui a um Órgão Especial ou ao Tribunal Pleno a competência para apreciar

esses incidentes suscitados na ação originária ou nos recursos de competência do Colegiado, o que, por óbvio, não guarda relação com a alegação de violação do princípio do juiz natural (STRECK, 2018, p. 172), estipulada no art. 5º, XXXV, da CF, pois a exceção adveio da própria Carta Magna.

O terceiro e último ponto diz respeito à comunicação da declaração de inconstitucionalidade ao Poder Legislativo. A Constituição de 1988 foi clara no art. 52, X, de que compete ao Senado Federal suspender, no todo ou em parte, a execução de lei federal declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal em decisão irrecorrível. Importante frisar que a Constituição mencionou que a lei deverá ser federal e que tenha sido analisada pelo Supremo Tribunal Federal, o que não significa dizer que os Tribunais de 2º grau estão impossibilitados de realizar o controle quando o seu objeto for lei federal em detrimento da Constituição Federal. O que ocorre nesses casos, é o não envio da decisão ao Senado (STRECK, 2018, p. 172).

Além disso, não se pode atribuir uma aplicação da norma por simetria, pois à Assembleia Legislativa não compete suspender lei federal, podendo, contudo, suspender apenas a Lei Estadual ou Municipal que tenha sido declarada inconstitucional em decisão irrecorrível pelo Tribunal de Justiça local.

Essa remessa dos autos a um órgão distinto, visa garantir uma especialização e combater abusos na utilização da declaração de inconstitucionalidade de normas previamente aprovadas pela vontade democrática. Por isso a exigência da reserva de plenário que transmuta numa espécie de legitimação inversa da decisão proferida nesses incidentes.

Em um caso ou em outro, um fato não pode ser mudado, a Constituição é a égide do ordenamento jurídico, a busca por sua incolumidade deve ser perseguida a todo momento e em qualquer demanda pelo Julgador, não esquecendo, no entanto, a instauração do incidente quando competir a um colegiado a proferir a decisão.

4. Inconstitucionalidade da objetivação do controle difuso de constitucionalidade

O acesso à justiça garantiu a inúmeros brasileiros a possibilidade de ver os seus problemas solucionados por um representado do Estado. Toda-

via, o que não se esperava era a formação de uma cultura demandista que vige no Brasil, o que levou o Judiciário e aqueles que necessitam da prestação dos seus serviços a repensar as várias formas de resolução de conflitos.

Uma delas se deu por meio da EC n. 45/2004, que instituiu a repercussão geral como requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário, limitando o acesso à jurisdição constitucional e atribuindo ao Guardião da Constituição o poder de escolha quais causas que deverá julgar (BULOS, 2014, p. 1327), desde que o faça de forma fundamentada e motivada.

Do ponto de vista de Bulos (2014, p. 1329) a repercussão geral não representa uma afronta à Constituição, desde que observado o quórum de 2/3 exigido pela Constituição para proferir decisão, bem como a fundamentação de sua decisão. Mendes (2012, p. 747), por sua vez, assevera que esse requisito "(...) faz com que as decisões proferidas nos processos-paradigmas espraiem seus efeitos para uma série de demandas sobre igual tema (...).", ou seja, uma espécie de objetivação do controle difuso, afetando não só aquelas partes que compõem o litígio em sede de Recurso Extraordinário, mas todas as outras partes que possuem demandas semelhantes e que estejam discutindo a constitucionalidade de determinada norma. O que pretende essa objetivação é atribuir efeito vinculante à decisão fixada em sede de controle difuso de constitucionalidade.

Isso fica mais claro, com o reconhecimento, pelo STF, da "mutação constitucional" ocorrida no art. 52, X, da CF, por ocasião do julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade n.º 3406 e 3470 ambas do Rio de Janeiro, onde a atribuição do Senado Federal passou a ser de Diário Oficial, isto é, para dar publicidade às decisões finais em sede de controle difuso de constitucionalidade daquele tribunal.

Apesar da mutilação constitucional realizada pelo Supremo Tribunal Federal, a história de objetivação do controle difuso de constitucionalidade é uma teoria que encontra empecilho na própria Constituição. Pois, ao afirmar que o controle difuso goza de efeito vinculante quando alcança o seu ápice, isto é, quando analisado sob a égide do Supremo Tribunal Federal ou do Tribunal de Justiça – quando o parâmetro é a Constituição Estadual -, é possível afirmar que qualquer pessoa é legitimada para burlar a sistemática do controle concentrado, logo, o suposto rol taxativo descrito no art. 103 da CF, resta inócuo.

Parece não ter muito sentido a ideia de que a decisão proferida em sede de controle difuso junto ao STF goze dos mesmos efeitos daquela decisão proferida em sede de controle concentrado, buscar diferenciar apenas quanto às pessoas que possuem legitimidade para provocar um ou outro, é exigir que qualquer um adote aquele que é possível utilizar.

Aos olhos do comum, a ponderação da utilização do controle difuso ou o controle concentrado conduz a seguinte conclusão: é melhor se valer daquele controle em detrimento deste, em razão da quantidade de chances que terá a parte para discutir a sua matéria e com a possibilidade de ver sua tese com os efeitos erga omnes e vinculante, igual ao controle concentrado.

Não obstante, importante ressaltar que essa tal objetivação do controle difuso traz uma mudança considerável na sistemática e uma espécie de transmutação dos seus efeitos, pois, ao passo em que litiga autor e réu em determinada demanda subjetivada, percebe-se que o interesse das partes não é ver declarada a inconstitucionalidade de determinada norma, mas vê-la afastada para que seja enfrentado o plano principal dos autos, por isso seu efeito é inter partes. Esse efeito é mantido, no caso de leis federais com parâmetro de constitucionalidade na Constituição Federal até os Tribunais de segundo graus, a partir do qual, o efeito do controle, acaso aceito o recurso pelo STF, passará a ser vinculante.

A depender de que fase processual finde a demanda subjetivada das partes, os efeitos da decisão do controle difuso de constitucionalidade poderão mudar. Bastante congruente, para um ordenamento uniforme. Interessante que esse controle desde de 1891 possuía a mesma sistemática quanto aos seus efeitos, no entanto, essa tradição foi simplesmente posta de lado em razão da suposta constitucionalidade da repercussão geral.

Härbele (2016, p. 108-109) talvez não concordasse com essa tal mudança do clássico modelo difuso para o controle concentrado, até mesmo porque defende que é da natureza da Constituição ser fixada em textos, os quais, a bem da verdade, são pequenas interpretações dos clássicos. Logo, interpretação e clássicos estão interligados por laços intransponíveis, dado que o entendimento e a formação da Constituição são fruto de uma construção clássica.

O clássico não pode ser ignorado, pois a norma foi disposta de determinada forma em razão da experiência vivenciada por seu teórico,

prova disso é que as várias passagens dos clássicos formam verdadeiros textos constituintes, já que é com base neles que o Poder Constituinte se baseia para instituir determinados institutos, logo, não seriam eles também textos com eficácia, ao mínimo, parecido com a de uma Constituição? (HÄRBELE, 2016, p. 107-108)

Não se pode ignorar o que o Poder Legislativo e o Poder Judiciário estão fazendo com a Constituição, ela não é o objeto de utilização para satisfação de suas vontades, mas um instrumento de resolução dos mais diversos conflitos que um Estado pode ter. É um instrumento limitador do Poder do Estado e formada pelos mais variados institutos criados pelos clássicos autores. O controle difuso é um controle distinto do abstrato por uma razão, para que ele possua repercussão distinta do outro controle, pois se assim não quisesse o Constituinte teria adotado apenas um modelo de controle de constitucionalidade, o que não foi feito.

Considerações Finais

A investigação realizada possibilitou a revisitação à temática do controle difuso de constitucionalidade, a partir da deficiência da sua utilização pelos Tribunais a quo, das formas de julgamento em sede de primeiro e segundo graus de jurisdição, bem como a sua nova roupagem, conforme se verifica da sua constante evolução junto à doutrina e à jurisprudência pátria.

De um modo geral, o controle difuso ainda é pouco utilizado pelo judiciário, principalmente quando necessita de uma atuação ex officio do julgador, ponto este muito complexo para a maioria deles. São várias as razões para esse fenômeno, dentre eles, talvez o principal seja a falta moralização constitucional que repercute diretamente na ausência de sua defesa em prol do privilégio da legislação infraconstitucional. O judiciário precisa de uma nova roupagem e sempre partir a análise de um litígio do âmbito da Constituição, ou utilizando a legislação com base na Constituição. Sendo inconstitucional, deverá suscitar o incidente, acaso esteja no Tribunal, todavia se estiver no juízo singular, o afastamento da norma é o suficiente.

Ademais, o controle difuso, presente no Brasil há mais de um século, não guarda relação com as suas características originais, pelo menos não na sua totalidade. Há um movimento de objetivação dos seus efeitos, isto

é, busca-se igualar os efeitos da decisão proferida em sede de controle abstrato com aquela proferida no controle concreto, possibilitando que várias pessoas se beneficiem da mesma decisão.

São vários os mecanismos criados para que isso ocorra, um deles é o requisito de admissibilidade do Recurso Extraordinário denominado de repercussão geral. Esse requisito garante ao STF que o julgamento de uma querela que esteja ocorrendo em todo o país resolva todos eles. Por analogia, essa interpretação pode ser levada aos Tribunais de Justiça que tenham que analisar atos normativos em detrimento de suas Constituições Estaduais.

O problema que se percebe dessa prática é a usurpação dos legitimados do controle concentrado, uma vez que se partir da premissa de que o rol do art. 103 da CF é taxativo, conclui-se que ele está sendo violado, já que é possível obter os mesmos resultados por meio do controle difuso realizado em qualquer demanda subjetivada e que tenha alcançada a jurisdição constitucional do STF. Outrossim, a questão dos efeitos inter partes chama a atenção nessa discussão, haja vista que se o STF atribui efeito vinculante, como viabilizar essa regra basilar às demandas que possuem casos semelhantes e discutem a constitucionalidade de determinada norma de forma incidental? Não há razão para dois pesos e duas medidas, mas o STF chancelou tal fato, por meio do julgamento das ADI's n. 3470 e 3406.

Com base nesses pontos, é possível concluir que o controle difuso está ganhando um novo rosto, distinto do próprio controle difuso e do controle concentrado, poderia ser dito um controle misto. Apesar de estranho e não concordar, é fato que o STF está aderindo a essa corrente de pensamento. Embora ela, certamente, seja inconstitucional – já que viola a tradição do controle difuso, a diferenciação entre os modelos austríaco e norte-americano, o rol taxativo do art. 103, da CF, os efeitos inter partes da decisão -, é a posição mais recente do STF e deve ser seguida, por enquanto.

Referências bibliográficas

ABBOUD, Georges. 25 anos da Constituição Federal: Parabéns à Geni. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 938/2013, p. 45, dez., mensal, 2013.

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BULOS, Uadi Lamêgo. Da reforma à mutação constitucional. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 33, n. 129, p. 25-43,1996.

HÄRBELE, Peter. Textos clássicos na vida das Constituições. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Saraiva, 2016.

HERANI, Renato Gugliano. A prova da inconstitucionalidade. 1ª ed. Curitiba: Prismas, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2012.

MIRANDA, Jorge. Fiscalização da constitucionalidade. Coimbra: Almedina, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Comentário à sentença que "declarou" a inconstitucionalidade da EC 41/2003 por vício de decoro parlamentar: Até onde vai o ativismo judicial? Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional, São Paulo, v. 7, p. 1.347-1.365, ago. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

A intervenção no contexto do federalismo brasileiro

Luís Roberto Adan Correa
María Castro Corredoira

Introdução

A adoção do modelo federativo pelo Brasil deu-se concomitantemente à proclamação da República, instaurada a partir de um ato de natureza política – Decreto 1º, de 15 de novembro de 1889 – que transformou as antigas províncias do Império em Estados-Membros da novel República Federativa do Brasil. A federação veio a ser posteriormente consagrada na primeira Constituição da era republicana brasileira (1891), permanecendo, até os dias atuais, como a forma de estado adotada por aquele país.

A doutrina é unânime ao apontar os Estados Unidos da América como o embrião do modelo federativo, construído a partir das publicações periódicas de intelectuais conhecidos pelos seus pseudônimos – Hamilton, Madison e Jay – posteriormente compiladas na obra "Federalist Papers". Àquela época, as antigas colônias britânicas formaram uma Confederação, através de um tratado internacional, para combater o inimigo comum – a Inglaterra – preservando, cada uma delas, suas respectivas soberanias.

Inobstante, superada a guerra e obtida a independência, tal pacto mostrou-se excessivamente frágil, tendo em vista que as deliberações

tomadas em reuniões, não eram vinculantes, é dizer, não passavam de meras recomendações que podiam ou não ser cumpridas pelas ex-colônias inglesas, já que ditas recomendações esbarravam, por vezes, em suas respectivas soberanias.

Os problemas gerados pela manutenção do modelo de Confederação eram patentes, tendo em vista que não se concebia como possível legislar diretamente para os cidadãos ou criar tributos sem a intermediação de cada um dos Estados, o que enfraquecia o pacto confederativo e, por conseguinte, a própria força das ex-colônias para repelir novas investidas estrangeiras.

Assim, os Estados, com vistas a fortalecer os laços de união, passam a adotar o modelo federativo na Constituição de Filadélfia de 1787, cedendo, por conseguinte, suas soberanias a favor da União em troca de autonomia política para decidir sobre matérias não comuns à federação, mas resguardando o direito de compor a vontade do ente federal através do Senado.

No Brasil, como reconhece a doutrina nacional, a adoção do modelo federativo deu-se através de um movimento contrário ao que originou a federação norte-americana. Enquanto nos Estados Unidos preexistiam estados soberanos à federação, no Brasil os estados são criados quando adotado o modelo federativo. Logo, há uma cessão de soberania no caso norte-americano, ao passo que no Brasil os estados ganham competências (= autonomia) a partir da cessão de poder de um órgão central antes existente, no caso, o Império.

Apesar das peculiaridades de cada modelo de federação, há algumas notas comuns a toda e qualquer federação, sendo o mais expressivo deles o "vínculo perpétuo" ou a impossibilidade de secessão, é dizer; os estados federados não podem, sob nenhuma hipótese, romper o pacto federativo. Para isso, cada federação cria mecanismos para preservar a coesão dos seus estados-membros, não sendo diferente no modelo brasileiro, que dispõe do mecanismo da intervenção.

Tecidas tais considerações, o presente trabalho tem como objetivo principal a análise das modalidades de intervenção – federal e estadual – previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com enfoque mais forte na primeira delas, estudando as hipóteses em que se permite a supressão momentânea da autonomia de uma unidade federativa.

Como objetivo específico deste paper, buscar-se-á, como passo prévio para a correta contextualização do trabalho, delimitar as características comuns e mais marcantes que fundamentam o modelo federal, em particular o brasileiro. É o que se passa a fazer no seguinte tópico.

1. Notas comuns ao modelo federal

Não obstante as federações se tornem peculiares quando adotadas em Estados diferentes, tornando-se únicas se comparadas com as demais, existem características que são inerentes ao modelo federativo, as quais justamente lhe dão forma e definem esse modelo de estado.

A primeira das características é concentração da soberania nas mãos do Estado Federal. Segundo Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 780), "soberania é entendida como poder de autodeterminação plena, não condicionada a nenhum outro poder, externo ou interno", de modo que, para a formação de uma federação, os estados-membros devem ceder a sua soberania em favor da União em troca de autonomia, que significa, ainda segundo aquele autor, a "capacidade de autodeterminação dentro do círculo de competências traçado pelo poder soberano".

Como isso, quer-se afirmar que, após sua formação, a pluralidade de soberanias deixa de existir, passando-se a conceber um único poder soberano e diversos poderes autonômicos. Em regra1, isso importa numa descentralização do poder, não só administrativa, mas também política, razão pela qual se diz que existe uma dupla esfera de poder normativo num mesmo território e sobre as pessoas que nele se encontrem assentadas.

Nesse sentido, importa destacar que, além da constituição federal que une os estados-membros, cada um deles também possui sua própria constituição, de modo que, no modelo federativo, fala-se na existência de uma pluralidade de constituições, embora as cartas estaduais devam ser promulgadas em observância aos ditames da sua homóloga federal.

A constituição federal desempenha um importante papel no contexto do federalismo, pois atua como verdadeiro fundamento de validade as ordens jurídicas central e estaduais. É o que diferencia uma

1. Nem sempre do Estado Federal decorre a descentralização, a exemplo da experiência vivida pela URSS, que era uma federação fortemente centralizada.

federação de uma confederação, pois nesta o instrumento que une os estados é tratado de direito internacional, muito menos rígido, já que concebe a possibilidade de secessão.

Realmente, é através da constituição federal que se define toda a repartição de competências entre os entes federados, de maneira a ser favorecer a eficácia da atuação das diversas esferas de poder, evitando-se conflitos e desperdício de esforços e recursos. Por outro lado, prevê uma repartição dos recursos financeiros geralmente por via de um sistema tributário, o que possibilita que os entes federados possam exercer faticamente as competências que lhes foram atribuídas.

Outra relevante característica deste modelo é participação dos estados-membros na vontade federal, razão pela qual se fala na existência de um bicameralismo. Assim, além da câmara que habitualmente representa a vontade do povo, nas federações existe um Senado, que é composto paritariamente por senadores eleitos pelos estados-membros e que, em última análise, são portadores da sua vontade. A reforma de uma constituição, diga-se de passagem, depende da maioria não só da vontade do povo, mas também da dos estados federados.

Pode-se citar, ainda, que é comum ao estado federal a existência de um Tribunal cuja competência é dirimir conflitos entre os entes federados (união, estados-membros e, no caso do Brasil, municípios). Isso se dá porque a manutenção da paz e da coesão entre as unidades federadas é essencial para a própria afirmação do modelo. No Brasil, essa função é confiada ao Supremo Tribunal Federal.

Finalmente, cita-se como característica comum a toda federação a inexistência do direito de secessão. Como não ostentam soberania, mas tão somente uma autonomia, os estados-membros não podem decretar sua separação da federação, o que violaria o próprio pacto federativo. Assim, não se reconhece aos entes federados o direito de secessão.

É nesse contexto que surge o mecanismo da intervenção. Quando algum conflito não é solucionado ou solucionável juridicamente, o Estado Federal dispõe do instituto da intervenção para salvaguardar a coesão da própria federação e o respeito à constituição federal, ao passo que os estados-membros, no caso do Brasil, podem recorrer à

intervenção estadual para suprimir temporariamente a autonomia de municípios circunscritos nos seus territórios.

Deste modo, as principais características de uma federação são: a) existência de uma única soberania e diversas autonomias; b) pluralidade de constituições; c) a reforma da constituição depende da vontade do povo e dos entes federados; d) bicameralismo; e) distribuição de competências entre as unidades federadas; f) existência de um tribunal de conflitos.

É correto afirmar, portanto, que o Estado Federal expressa um modo de ser do Estado em que se divisa uma organização descentralizada, tanto administrativa quanto politicamente, erigida sobre uma repartição de competências entre o governo central e os locais, consagradas numa constituição federal, em que os estados federados participam das deliberações da união, sem dispor do direito de secessão. No Estado Federal, de regra, há uma suprema corte com jurisdição nacional e é previsto um mecanismo de intervenção, como procedimento assecuratório da unidade jurídica da federação (Mendes, 2013, p. 784).

2. A intervenção

2.1 O Princípio da Não-Intervenção como regra.

Feita uma detida análise da CF/88, mais precisamente dos seus artigos 34 e 35, vislumbra-se que a regra, no Estado Federal brasileiro, é da não intervenção de uma pessoa jurídica de direito público (= entidade federativa) sobre a outra, ou seja, o instituto da intervenção, seja ela federal ou estadual, deve ser entendido como um mecanismo de ultima ratio, autorizado apenas em hipóteses taxativamente previstas pela própria Lei Maior.

Esse princípio da não intervenção como regra condiz com a própria essência do sistema federal, razão pela qual não surpreende o tratamento legal conferido pela CF/88 ao tema. Realmente, numa federação, a autonomia política é um dado crucialmente importante, devendo-se permitir de modo excepcional e estritamente necessário essa supressão momentânea da capacidade que as entidades federadas têm de decidirem questões de interesse próprio.

As regras, todavia, comportam exceções, e no caso que se analisa, a coesão da federação restaria comprometida se não houvesse essa possibilidade de afastamento temporário da autonomia de alguns entes federados. A CF/88 traz, como cláusula pétrea – cláusula que não pode ser alterada mediante reforma constitucional – o pacto federativo, conforme art. 60, § 4º, I.

Essa excepcional medida encontra sua regulação jurídica no próprio diploma constitucional, de modo que o art. 34 da CF/88 regula a intervenção federal, que é aquela em que a União intervém nas unidades estaduais e nos municípios localizados nos Territórios Federais, ao passo que o art. 35 disciplina a intervenção estadual, que é aquela na qual os estados-membros intervêm temporariamente nos municípios circunscritos nos seus territórios.

Pontuadas estas defesas criadas para preservar o pacto federativo, não se pode perder de vista, relembre-se, que na federação se assenta no princípio da autonomia das entidades componentes e se apoia em dois pilares básicos: existência de governo próprio e posse de competência exclusiva (Da Silva, 2011, p. 484).

Por conseguinte, em síntese, a autonomia é a regra; a intervenção, que nada mais é do que a supressão desta autonomia, é a exceção.

2.2 Conceito.

Os constitucionalistas brasileiros, como de praxe, buscam dar uma definição própria ao instituto da intervenção, embora, na essência, não difiram muito uns dos outros. Vejamos.

Para Alexandre de Moraes (2008, p. 311):

> A intervenção consiste em medida excepcional de supressão temporária da autonomia de determinado ente federativo, fundada em hipóteses taxativamente previstas no texto constitucional, e que visa à unidade e preservação da soberania do Estado Federal e das autonomias da união, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2010, p. 92), esta "consiste em assumir a União, mediante delegado seu, temporária e excepcionalmente, o desempenho de competência pertencente ao estado-membro". Como se observa, o seu conceito abrange tão somente a intervenção federal.

Por sua vez, José Afonso da Silva (2011, p. 484) afirma que:

> Intervenção é a antítese da autonomia. Por ela afasta-se momentaneamente a atuação autônoma do Estado, do Distrito Federal ou Município que a tenha sofrido. Uma vez que a Constituição assegura a essas entidades a autonomia como principio básico da forma de Estado adotada, decorre daí que a intervenção é medida excepcional, e só a de ocorrer nos casos taxativamente estabelecidos e indicados como exceção ao princípio de não intervenção [...].

Em suma, trata-se de um ato político-administrativo cujo objetivo é proteger a estrutura federativa contra os abusos e os atos das ordenações jurídicas parciais (estados-membros e municípios) que contrariam a Constituição, nas hipóteses nela delineadas taxativamente. Uma vez decretada, a intervenção importa numa suspensão temporária da autonomia do ente federado.

2.3 Hipóteses constitucionais e modalidades

Como visto anteriormente, a intervenção é um ato excepcional, que só pode ocorrer quando constatadas umas das hipóteses expressamente previstas na Constituição e depois de cumpridas as formalidades traçadas pela Lei Maior. A regra, frise-se, é a da observância da autonomia das entidades federadas, ou seja, em regra o que prevalece é a não intervenção.

As hipóteses em que a cessação temporária da autonomia de um estado-membro ou município é permitida estão delineadas, pois, no diploma constitucional. Assim dispõem os artigos 34 e 35 da CF/88:

> Art. 34. A União não intervirá nos Estados nem no Distrito Federal, exceto para:
>
> I - manter a integridade nacional;

> II - repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra;
>
> III - pôr termo a grave comprometimento da ordem pública;
>
> IV - garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação;
>
> V - reorganizar as finanças da unidade da Federação que:
>
> a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior;
>
> b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei;
>
> VI - prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judicial;
>
> VII - assegurar a observância dos seguintes princípios constitucionais:
>
> a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático;
>
> b) direitos da pessoa humana;
>
> c) autonomia municipal;
>
> d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta.
>
> e) aplicação do mínimo exigido da receita resultante de impostos estaduais, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000).

Observa-se que o artigo 34 disciplina a intervenção federal, que é aquela cujo sujeito ativo é a União e os sujeitos passivos podem ser bem os estados-membros ou o Distrito Federal, vide a literalidade do dispositivo: "A União não intervirá nos Estados ou no Distrito Federal, exceto para [...]".

Como leciona Gilmar Ferreira Mendes (2013, p. 789), "em alguns casos, o Presidente da República atua sem a provocação de ninguém, age ex officio [...]. Em outros, o Chefe de Estado deve ser provocado para decretar a medida".

Seguindo os ensinamentos de Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 290-295), é possível agrupar as hipóteses de intervenção federal em dois grupos: intervenções espontâneas e intervenções provocadas. As primeiras são aquelas iniciadas e executadas diretamente pelo chefe

do executivo (Presidente da República) através de um ato discricionário e sem a necessidade de provocação de outros órgãos, desde que obedecidas as formalidades exigidas.

São hipóteses de intervenção federal espontânea aquelas contidas nos incisos I – (manter a integridade nacional); II – (repelir invasão estrangeira ou de uma unidade da Federação em outra); III – (pôr termo a grave comprometimento da ordem pública) e; V – (reorganizar as finanças da unidade da Federação que: a) suspender o pagamento da dívida fundada por mais de dois anos consecutivos, salvo motivo de força maior; b) deixar de entregar aos Municípios receitas tributárias fixadas nesta Constituição, dentro dos prazos estabelecidos em lei).

Portanto, nestes casos, o ato de intervenção é decretado e executado ex officio pelo Presidente da República, sem a necessidade de provocação de outro órgão que, nas hipóteses de intervenção provocada, a Constituição exige a intermediação para que o ato possa ser consumado.

Por sua vez, a intervenção federal provocada é aquela em que a Constituição exige a "provocação" de determinado órgão no sentido deste manifestar sua vontade a favor do ato de intervenção. Aqui, a própria Constituição dota tais órgãos de competência para tal.

Essa "provocação" está regulada pelo art. 36 da CF/88, que pode se tratar de uma solicitação – que não vincula o Presidente da República – ou uma requisição – que vincula o Presidente da República. In litteris:

> Art. 36. A decretação da intervenção dependerá:
>
> I - no caso do art. 34, IV, de solicitação do Poder Legislativo ou do Poder Executivo coacto ou impedido, ou de requisição do Supremo Tribunal Federal, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário;
>
> II - no caso de desobediência a ordem ou decisão judiciária, de requisição do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça ou do Tribunal Superior Eleitoral;
>
> III de provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação do Procurador-Geral da República, na hipótese do art. 34, VII, e no caso de recusa à execução de lei federal.

No caso do art. 34, IV (garantir o livre exercício de qualquer dos Poderes nas unidades da Federação), se a coação for praticada contra

o Poder Legislativo estadual (assembleia legislativa estadual ou câmara legislativa do DF) ou contra o Poder Executivo estadual (Governador do Estado), esses poderes locais solicitarão ao Presidente da República a intervenção com fins de que a União garanta o livre exercício de suas funções. Por se tratar de uma solicitação, o poderá o Presidente acatar ou não o pedido e decretar ou rejeitar a intervenção.

Contudo, se a coação for exercida contra o Poder Judiciário estadual, este comunicará o fato ao STF, que por sua vez fará uma requisição de intervenção ao Presidente da República, quem estará obrigado a decretar a intervenção federal, não dispondo de discricionariedade.

Sendo a hipótese do art. 34, VI, segunda parte (desobediência à ordem ou decisão judicial), a provocação terá a natureza de requisição (logo, vinculante) e será feita pelo Supremo Tribunal Federal (se o descumprimento for de ordem ou decisão do próprio STF, da Justiça do Trabalho ou da Justiça Militar); pelo Superior Tribunal de Justiça (se o descumprimento for de ordem ou decisão própria, da Justiça Estadual e da Justiça Federal) e; finalmente, pelo Tribunal Superior Eleitoral, quando o descumprimento for de ordem ou decisão da Justiça Eleitoral.

Por fim, sendo os casos do art. 34, VI, primeira parte (recusa à execução de lei federal) ou do art. 34, VII (observância dos princípios constitucionais sensíveis) a intervenção demanda uma representação interventiva do Procurador Geral da República (que, no Brasil, é chefe do Ministério Público da União) junto ao Supremo Tribunal Federal. Ensinam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 294):

> Na primeira hipótese – recusa à execução de lei federal – teremos a chamada ação de executoriedade de lei federal, porquanto não se visa à declaração de inconstitucionalidade do ato, mas sim de obrigar o ente federado ao cumprimento da lei.
>
> No segundo caso – ofensa aos princípios sensíveis – teremos a denominada representação interventiva, pois a provocação do Poder Judiciário tem por fim a declaração da inconstitucionalidade do ato ilegítimo praticado pelo ente federado.

Vale lembrar que nestas duas últimas hipóteses estudadas não cabe ao STF decretar a intervenção após a representação do Procurador Ge-

ral da República, mas tão somente de realizar o controle de constitucionalidade da pretendida medida de afastamento da autonomia do ente federado. Caso proceda a representação, o STF fará uma requisição ao Presidente da República (que, como já dito, o vincula) para que este proceda à expedição do decreto interventivo.

Observe-se, ainda, que a intervenção federal, salvo quando é fruto de requisição judiciária, deve ser aprovada pelo Congresso Nacional (art. 49, IV), que deverá ser convocado para tanto caso não se encontre reunido (art. 57, § 6º, I). A recusa de aprovação equivale à suspensão da medida (Ferreira Filho, 2010, p. 93).

O artigo 35 disciplina, por sua vez, a intervenção estadual:

> Art. 35. O Estado não intervirá em seus Municípios, nem a União nos Municípios localizados em Território Federal, exceto quando:
>
> I - deixar de ser paga, sem motivo de força maior, por dois anos consecutivos, a dívida fundada;
>
> II - não forem prestadas contas devidas, na forma da lei;
>
> III – não tiver sido aplicado o mínimo exigido da receita municipal na manutenção e desenvolvimento do ensino e nas ações e serviços públicos de saúde;
>
> IV - o Tribunal de Justiça der provimento a representação para assegurar a observância de princípios indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial.

Nos incisos I, II e III, a intervenção será espontânea, de modo que não se exige qualquer provocação, podendo o Chefe do Executivo Estadual (Governador) decretar e executar ex officio a intervenção no município. Já no inciso IV, a intervenção depende de representação perante o Tribunal de Justiça estadual, que provocará posteriormente o Governador caso seja procedente dita representação.

Vejamos, agora, quais são os pressupostos do mencionado decreto interventivo.

2.4 Pressupostos do decreto interventivo.

Segundo Alexandre Moraes (2008, p. 316), a intervenção deve ser formalizada através de um decreto presidencial, nos termos do art. 84, X, CF/88, que, uma vez publicado, passa a ser dotado de eficácia, legitimando a prática dos demais atos inerentes à intervenção.

Importa ressaltar que o art. 36, § 1º da CF/88 determina que o decreto de intervenção deverá especificar a "amplitude, o prazo e as condições de execução e que, se couber, nomeará o interventor, será submetido à apreciação do Congresso Nacional ou da Assembléia Legislativa do Estado, no prazo de vinte e quatro horas".

Observa-se que a nomeação do interventor nem sempre é necessária, pois a intervenção pode atingir diferentes órgãos do ente federado. Assim, como exemplificam Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 296), "se a intervenção ocorrer no Poder Executivo, a nomeação do interventor será necessária, para que ele exerça as funções do governador. Diferentemente, caso a intervenção restrinja-se ao Poder Legislativo, tornar-se-á desnecessário haver um interventor, desde que o ato de intervenção atribua, desde logo, as funções legislativas ao chefe do Executivo local [...]".

Por outro lado, nos casos de intervenção espontânea ou provocada mediante uma solicitação, o Chefe do Executivo deve ouvir os Conselhos da República (art. 90, I, CF/88) e de Defesa Nacional (91, § 1º, II), que emitirão opinião a respeito, embora o parecer não seja vinculante.

Para rematar, durante a intervenção federal, a Constituição Federal não pode ser emendada, e, depois de cessados os motivos que a ensejaram, as autoridades afastadas dos seus cargos a estes voltarão, salvo constatado algum impedimento legal (art. 36, § 4º, CF/88).

2.5 Controle político.

Se, como foi dito, o ato de intervenção é substancialmente político, deve-se impor ao mesmo um controle político através das Câmaras, de modo a se evitar a prática de instalar-se um estado de exceção sem o atendimento das exigências constitucionalmente positivadas.

Valendo-se dos apontamentos de Alexandre de Morares (2008, p. 316-317), "a Constituição Federal prevê a existência de um controle

político sobre o ato interventivo, que deve ser realizado pelos representantes do Povo (Câmara dos Deputados) e dos próprios Estados-membros (Senado Federal), a fim de garantir a excepcionalidade da medida [...] Caso o Congresso Nacional não aprove a decretação da intervenção, o Presidente deverá cessá-la imediatamente, sob pena de crime de responsabilidade (art. 85, II, CF/88)".

Por fim, nos casos inscritos nos incisos VI e VII do art. 34, CF/88, o controle político será dispensado por expressa previsão constitucional, e o decreto limitar-se-á a suspender a execução do ato impugnado, se esta medida for suficiente para a volta à normalidade.

2.6 Controle jurisdicional.

Sobre o controle jurisdicional, José Afonso da Silva (2011, p. 488) é categórico ao afirmar que: "não o há sobre o ato de intervenção nem sobre esta, porque se trata de ato de natureza política insuscetível de controle jurisdicional [...]".

No mesmo sentido, Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 299) lecionam que: "não existe, propriamente, controle jurisdicional sobre o ato de intervenção, tampouco sobre esta, haja vista tratar-se de ato de natureza eminentemente política, insuscetível de apreciação pelo Poder Judiciário".

Flávia Bahia Martins (2013), entretanto, lembra que, de acordo com o art. 5º, XXXV da CF/88, o Judiciário não pode ser afastado da apreciação de ilegalidades cometidas durante a medida de exceção.

Assim, poderá o Judiciário exercer seu controle sempre e quando restarem patentes violações às normas constitucionais que regulam a intervenção, por exemplo. Por outro lado, deve haver controle jurisdicional caso o Congresso Nacional tenha decretado a suspensão da intervenção e ela permaneça sendo executada pelo Presidente, pois o ato perderia sua legitimidade e seria inconstitucional.

2.7 O interventor e sua responsabilidade civil.

Recorrendo-se às lições de José Afonso da Silva (2011, p. 489), o interventor é uma figura constitucional e autoridade federal, cujas atri-

buições dependem do conteúdo do ato de intervenção e as instruções que receber do ente federativo interventor. Está investido, portanto, de funções federais, mas pratica atos de governo estadual, dando continuidade à administração do Estado.

No que tange à responsabilidade civil, caso o interventor pratique atos que prejudiquem terceiros a responsabilidade recai na União (art. 37, § 6º da CF/88). Porém, se o ato danoso é praticado no exercício regular das atribuições referentes à administração estadual, imputa-se ao próprio Estado.

2.8 Peculiaridades da intervenção estadual.

A intervenção estadual é aquela realizada pelo estado-membro nos municípios circunscritos no seu território se só poderá ser realizada quando constatada uma das hipóteses do art. 35 da CF/88. É importante lembrar que é defeso a um Estado intervir em município localizado em território de outro Estado; os limites físicos devem ser observados.

Os municípios, como visto, são considerados entidades federativas no Brasil, pelo que gozam de autonomia e competências constitucionais próprias, de modo que também podem sofrer uma intervenção. Entretanto, também vige aqui o princípio da não intervenção como regra.

A intervenção também é decretada pelo Chefe do Executivo, no caso, o Governador do Estado, através de decreto. O interventor nomeado substituirá o Prefeito do município nas suas atribuições.

No mais, como adverte José Afonso da Silva (2001, p. 490), "toda doutrina sobre princípios, natureza, pressupostos de fundo e de forma, controle político e jurisdicional, nomeação e responsabilidade do interventor, referida à intervenção federal nos Estados, tem, mutatis mutandi, validade aqui [...]".

Cumpridos os objetivos geral e específico deste trabalho, avança-se às breves conclusões do mesmo.

Conclusões

As federações, apesar de guardarem peculiaridades se comparadas umas às outras, não diferem no que se refere às características que sustentam o modelo federal, estando edificadas sobre os mesmos princípios.

Talvez o mais importante deles seja o do "vínculo perpétuo", que resulta na impossibilidade de separação de um Estado da própria federação. Como visto, os estados são dotados de autonomias e ostentam competências próprias em virtude do que dispõe a constituição federal, tendo plena capacidade de gerir assuntos de interesse próprio.

Inobstante, de nada valeria pregar uma impossibilidade de secessão se não existissem mecanismo para "frear" um eventual ímpeto de separação de uma entidade federada. É neste contexto e com este propósito que o constituinte originário de 1988 apostou, no Brasil, por criar os institutos da intervenção federal e estadual, cujos contornos foram delineados neste trabalho.

Assim, a União dispõe do mecanismo da intervenção federal para intervir nos estados-membros, no Distrito Federal e nos municípios localizados em Territórios Federais; por outro lado, os estados-membros têm a sua disposição a intervenção estadual para os mesmos fins, embora somente possa utilizá-la nos municípios localizados dentro do seu território.

A intervenção é sempre decretada pelo chefe do executivo, às vezes ex officio, e outras através de uma provocação de órgãos dotados de competências constitucionais para tanto. Em qualquer caso, formalidades deverão ser cumpridas e a intervenção só estará autorizada quando constatada umas das taxativas hipóteses constitucionais, lembrando que a mesma é temporária.

Desde a promulgação da CF/88, nunca se deu, na prática, uma intervenção federal no Brasil, embora haja havido decretação da mesma. Fundamentalmente, a medida tem sido cogitada por conta da criminalidade e violência que se fazem sentir em algumas capitais dos estados. A intenção, nestes casos, é de interferir principalmente nas forças policiais locais.

A interferência de um ente federado nos negócios de outros só se justifica, por conseguinte, em casos excepcionais. O fato de ela estar prevista na Constituição e ser pouco aplicada não quer dizer que não seja útil; pelo contrário; a inserção do expediente na CF/88 foi necessária porque, quando da promulgação da Lei Maior, o Brasil estava dando os primeiros passos rumo à redemocratização, após duas duras décadas de ditadura militar.

Referências

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 36 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. Niterói: Impetus, 2007.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA NETO, Manoel Jorge. Curso de direito constitucional. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

Reflexões sobre os impactos e entraves no decorrer de duas décadas da legislação de transplantes à luz da atual Constituição Federal Brasileira

Marconi do Ó Catão

Considerações e reflexões introdutórias

Este texto tem por objetivo central avaliar as influências das percepções e dos conhecimentos relacionados com os aspectos jurídicos, morais e éticos inerentes à temática dos transplantes de órgãos humanos, a partir de uma contextualização com os avanços e obstáculos decorrentes das duas décadas de implementação da atual legislação de transplantes no Brasil. Por sua vez, a problematização advém do fato que, mesmo com todos os progressos tecnológicos e científicos na área das ciências médicas, lamentavelmente, a quantidade de pessoas em filas de espera buscando por doação de órgãos para fins de transplantes permanecem muito elevadas, verificando-se, então, que não há doações suficientes para suprir a demanda. A metodologia utilizada neste artigo será analítica-descritiva, por meio de levantamentos bibliográficos, doutrinários, legislativos, documentais e na internet sobre os aspectos relacionados

com às doações de órgãos, post mortem e inter vivos. A temática da doação de órgãos para fins de transplantações envolve elementos jurídicos, éticos e conceituais polêmicos, visto que dependem de posicionamentos pessoais envolvendo fatores religiosos, geográficos, questões sócio-culturais, econômicas, afetivas, técnicas, entre outras, as quais são merecedoras de reflexões e discussões multidisciplinares.

Assim, considerando o fato histórico de trinta anos de promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 e destacando como consequência desta o decurso de duas décadas da implantação da legislação que disciplina os transplantes de órgãos no Brasil, o momento é pertinente para fazer uma avaliação sobre os avanços e entraves que vêm sendo verificados em nosso cotidiano. Inquestionavelmente, a prática dos transplantes vem rompendo barreiras e enfrentando desafios, mas os resultados se revelam por meio de índices expressivamente preocupantes, devido ao fato das doações de órgãos para transplantes serem limitadas, muito embora seja visível a evolução técnico-científica aplicada ao setor cirúrgico. Portanto, observa-se que o número de doações, apesar de ter relativamente aumentado, porém, ainda não expressa uma quantidade suficiente para reduzir significativamente as listas de espera no Brasil, pois de acordo com os dados da Associação Brasileira de Transplantes de Órgãos, 32.402 pessoas estão à espera de órgãos para realizar o tão almejado transplante (ABTO, 2017, p. 22).

Realmente, milhares de pessoas são portadoras de enfermidades tecnicamente diagnosticadas, cuja única opção de tratamento é o transplante, que certamente irão beneficiá-las, sejam elas crianças, jovens, adultos ou idosos, tudo isso em conformidade com os critérios legais estabelecidos no país. Em geral, esses portadores de patologias crônicas possuem uma qualidade de vida preocupante, estando, muitas vezes, na perspectiva de morte iminente, devido ao estágio avançado de determinadas doenças. De forma que, a inclusão em listas de espera pode representar um aumento da expectativa de continuar a viver mais qualitativamente. Mas, muito embora seja considerada uma das maiores conquistas da cirurgia moderna, o transplante de órgãos apresenta dilemas éticos e controvérsias associadas ao procedimento, bem como revela obstáculos de natureza ético-jurídica, gerando então recorrentes discussões sobre tal procedimento técnico.

Com o propósito de estabelecer a normatização para regulamentar as doações de órgãos para fins de transplantes, inicialmente foi promulgada a Lei nº 9.434/97, também chamada como "Lei dos Transplantes", dispondo sobre questões quanto à disposição ''post mortem'' de tecidos, órgãos e partes do corpo para fins de transplantes, dos critérios para transplantes com doador vivo e das sanções penais e administrativas pelo seu não cumprimento. Essa legislação foi regulamentada pelo Decreto nº 2.268/97, que estabelece o Sistema Nacional de Transplantes, as instâncias estaduais e as Centrais de Notificação, Captação e Distribuição de Órgãos. Saliente-se que, visando elevar o número de órgãos doados, a Lei nº 9.434/97 preconizava no art. 4º que,'' salvo manifestação contrária, a autorização para doação seria presumida''. Na época, a publicação dessa legislação desencadeou polêmicas relacionadas com os direitos de personalidade e com o direito individual de doação de órgãos, que passariam a ser violados, visto que ainda não havia um consenso pacífico sobre o conceito de ''morte encefálica''. (CATÃO, 2011, p. 236 et seq.). Diante dessa situação, o Conselho Federal de Medicina (CFM), por meio da Resolução CFM nº 1.480/1997, edita uma disposição normativa sobre a caracterização técnica da ''morte encefálica'' (ME), afirmando em seu art. 1º que a mesma será diagnosticada mediante realização de exames clínicos e complementares a intervalos de tempo variáveis, de acordo com a faixa etária do paciente.

Em 2001, a Lei nº 10.211/01 extinguiu a doação presumida no Brasil e determinou que a doação de órgãos de pessoas falecidas só ocorreria com a autorização familiar, independentemente do desejo em vida do potencial doador. A partir de então, todas as formas de registro em documentos de identificação, como Carteira de Identidade Civil (RG) e Carteira Nacional de Habilitação (CNH), relativas à doação de órgãos, deixaram de ter valor como forma de manifestação de vontade do potencial doador. Nessa conjuntura, as equipes de saúde vêm trabalhando no sentido de esclarecer as famílias de potenciais doadores acerca dos critérios de definição e ocorrência da morte encefálica, que terá o diagnóstico estabelecido por dois exames clínicos, a serem realizados por médicos não participantes das equipes de remoção e transplante. Com efeito, é obrigatória a realização de exame complementar com resultado

compatível a partir da ausência de perfusão cerebral, atividade elétrica cortical ou metabolismo encefálico (CATÃO, 2004, p. 216 et seq.).

Em suma, tal procedimento carece de um posicionamento pacífico e propositivo por parte da sociedade como um todo, no sentido de criar uma consciência coletiva sobre a demanda, para que então exista a real possibilidade do aumento substancial de doações de órgãos para transplantações. Para tanto, é fundamental a participação efetiva da população e, mais especificamente, daquelas pessoas diretamente relacionadas com os conhecimentos técnicos da legislação sobre doações para transplantes. Nesse contexto, cumpre registrar que, apesar de todo o processo evolutivo da legislação brasileira de transplantes, o procedimento técnico que envolve doação e transplante de órgãos e tecidos ainda suscita discussões e polêmicas, como já destacado antes, devido ao fato do tema ser multidimensional e possuidor de variadas compreensões em função das experiências pessoais de cada indivíduo, relacionadas com a religião, cultura, filosofia etc. Nesse sentido, Robson, Razack e Dublin (2010, p. 274) esclarecem que:

> A escassez de órgãos para transplante torna-se importante para o entendimento do motivo pelo qual algumas pessoas se opõem à doação de órgãos. Há muitas razões pelas quais determinada população é menos propensa a dar consentimento para a doação. Dentre essas razões, as questões sociais e religiosas desempenham um papel importante, especialmente em uma comunidade multiétnica, multicultural e multireligiosa.

Sem dúvida, o transplante de órgãos é um procedimento capaz de dar esperança de vida a milhares de pessoas que aguardam por órgão em fila de espera, lidando diariamente com a perspectiva da morte, o que torna o processo extremamente doloroso. Tomemos, como exemplo, pacientes portadores de Insuficiência Renal Crônica, que semanalmente submetem-se às intermitentes sessões de hemodiálise, com as eventuais complicações e efeitos colaterais inerentes a esse tratamento (CATÃO, 2008). Desse modo, é necessária a tomada de decisões a partir de uma consciência, sobretudo ética, com base na legislação vigente, respeitando os aspectos religiosos, familiares e sociais das pessoas envolvidas.

Porém, nessa missão social é possível encontrar questões delicadas inerentes às doações de órgãos para transplantes, sendo que a meta final converge para a equalização e consequente superação de barreiras impeditivas para realização do procedimento de transplantes.

Ademais, este estudo tem igualmente como escopo analisar as influências que possuem os aspectos técnicos, religiosos, antropológicos, econômicos, familiares e sociais concernentes às doações de órgãos, post mortem e inter vivos, para fins de transplantes humanos. Por conseguinte, são igualmente metas dessa pesquisa desenvolver uma retrospectiva histórica da legislação brasileira de transplantes de órgãos, com enfoque ao direito social à saúde e a preservação da integridade corporal como direito de personalidade previsto na vigente legislação civil pátria; além disso, o estudo tem o escopo de explicitar a atual institucionalização jurídica para o procedimento das transplantações de órgãos '' post mortem '', que regula o consentimento familiar para doação, à luz do vigente ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, este texto tem igualmente o objetivo de identificar as causas mais prováveis que impedem a tomada de decisão dos familiares com relação a doação de órgãos de um familiar considerado potencial doador ''post mortem''.

1. Trajetória da atual legislação brasileira de transplantes: impactos tecnológicos e entraves na sua efetividade material

Fundamentalmente, a problematização deste estudo advém do fato que, mesmo com todo aprimoramento tecnológico e progressos científicos relacionados com a temática, lamentavelmente, continuam imensas as filas de pessoas à espera por órgãos para fins de transplantes, verificando-se assim que não há doações de órgãos suficientes para suprir a demanda, sendo então perpetuado todo o processo, como já salientado antes. Logo, cabe a sociedade em geral tomar iniciativas no sentido de se adequar à realidade científica e social, por meio do acompanhamento compatível com os atuais avanços técnológicos e contingências antropológicas, culturais e éticas necessárias para lidar com matéria, objetivan-

do, sobretudo, a otimização da captação de órgãos para a tão esperada redução do número de pessoas nessas listas de espera.

A atual Carta Magna Brasileira, ao dispor sobre a saúde, estabeleceu no 4º do art. 199 a preocupação com os transplantes de órgãos, erigindo-os como disposição constitucional e remetendo sua regulamentação à legislação ordinária, pelo que entendemos estar constitucionalmente assegurado o direito de se obter transplantações, como corolário do dever estatal de prover a saúde e, consequentemente, do resguardo ao direito fundamental à vida, previsto no caput do art. 5º do texto constitucional.

Na evolução da legislação sobre transplantes de órgãos no Brasil, houve a Lei nº 9.434/97, onde havia a previsão da doação presumida. Posteriormente, surgiu a Lei nº 10.211/01, quando a doação passou a ser de consentimento da família; ou seja, apesar de todo esse percurso legislativo, a conscientização da população ainda se faz imprescindível para otimização do número de doações, haja vista que há muitos anos a ideia de doação demonstra a solidariedade e o gesto de altruísmo. Contudo, o baixo número de órgãos disponíveis para transplantes, comparado ao número de pessoas nas listas de espera por um órgão, revela que essa concepção não tem surtido muitos efeitos, precisando, então, ser melhor aprimorada, possivelmente a partir de políticas públicas estratégicas, voltadas para esclarecimentos educativos para população quanto à relevante necessidade de doação de órgãos para fins de transplantes. Nesse sentido, Cantarovich (2005, p. 23) esclarece que "doar um órgão em vida para alguém conhecido é relativamente fácil. O contrário, ou seja, doar um órgão pós-morte é uma decisão arraigada por pensamentos negativos acerca da prática, o que exige a educação da população como um todo."

Como é possível observar, verifica-se o respeito à autonomia da vontade, quando a família do falecido consente com a doação considerando a manifestação do indivíduo em vida, o que não obsta, porém, o consentimento da doação de órgãos e tecidos pela família quando o desejo do indivíduo não é conhecido, sendo isto um ato altruísta que colaboraria para salvar ou melhorar a qualidade de vida de outras pessoas. Neste aspecto, verifica-se uma das principais vantagens da doação consentida em relação à presumida, que seria a segurança capaz de resguardar a

família e as equipes profissionais envolvidas, apesar de menos efetiva que a presumida, eis que todos os que não tivessem em seus documentos oficiais (RG ou CNH) a disposição expressa em sentido contrário, seriam presumidamente considerados doadores em potencial.

Com a Lei nº 10.211/01, no Brasil tornou-se obrigatório o consentimento familiar para retirada post mortem de tecidos e órgãos, revogando, assim, a noção de doação presumida. Em geral, as famílias consentem com as doações quando há prévia manifestação de vontade do familiar, ainda que implícita. Então, a doação passa a ser também uma forma de realizar um último desejo, além de ajudar outras pessoas que aguardam o transplante de órgãos. Segundo Roza (2010, p. 419), parte do processo de sofrimento dos familiares de uma pessoa falecida envolve a disposição de doar órgãos após a morte, sendo que, muitas vezes, se tem uma ideia errônea do procedimento de doação, ou mesmo não se recebe apoio suficiente durante o processo de abordagem. Nesse sentido, uma das grandes preocupações está associada ao temor sobre a deformação do corpo da pessoa falecida pelo ato cirúrgico de retirada dos tecidos; sendo que, a lei de transplantes já prevê o dever da equipe transplantadora fazer a reconstituição condigna do corpo do doador.

Desse modo, já que atualmente a doação de órgãos post mortem somente ocorre depois do consentimento familiar, há o risco que esta não respeite à vontade expressa do de cujus. Nessa perspectiva, Bandeira (2001, p. 32) afirma que em caso de transplante não se trata mais de integridade física, mas do espaço de autonomia ética da pessoa, de um direito de autodeterminação a ver respeitadas as suas expectativas para depois da morte. Em sua percepção, não seria possível a consideração dos direitos de personalidade a um morto, o que, contudo, não implicaria na inobservância da proteção à sua dignidade, devendo ser respeitada a sua vontade em vida.

Em síntese, o primeiro aspecto jurídico a ser considerado é a validade de se retirar parte do corpo de alguém para colocá-la em outra pessoa. Em outros termos, em relação a doação post mortem, caso o indivíduo falecido tenha manifestado em vida a sua vontade de se tornar doador ou não, deverá respeitar-se a decisão; mas, como raramente isso ocorre, a decisão compete, na prática, a família. Conforme Resolução do Conselho Federal de Medicina (CFM), a remoção dos órgãos

desse tipo de doador só pode ser realizada após diagnóstico da morte encefálica (ME), que é caracterizada pelo estado clínico irreversível de cessação total das funções encefálicas, traduzidas pelo coma grave de causa conhecida, ausência de reflexos do tronco encefálico e apnéia persistente. De acordo com a legislação brasileira vigente, é obrigatória a notificação da família quando ocorre a ME do doador em potencial. Mas, na realidade prática, muitas vezes essa notificação é minimizada, acarretando o desrespeito à vontade do falecido e de sua família, já que inviabiliza o processo de obtenção de órgãos e tecidos para transplantes e obsta a realização de seu último desejo, ato este que resulta em sanção administrativa, conforme o art. 13, §1º da Lei nº 9.434/97. De forma que, a doação dependerá da autorização do cônjuge ou parente, maior de idade, obedecida a linha sucessória reta ou colateral, até o segundo grau, inclusive, estando isso em consonância com a Lei nº 10.211/01.

Com efeito, a forma de abordagem da família é fundamental para que a doação tenha êxito, sendo que não poderá haver qualquer tipo de constrangimento, exigindo dos profissionais envolvidos na captação de órgãos o máximo de compreensão e respeito para com a família doadora. Nessa discussão, o conceito de ME deve ser explicitado de forma simples e objetiva, bem como é pertinente demonstrar a plena convicção de que, lamentavelmente, o processo patológico do possível potencial doador evoluiu de forma desfavorável, apesar de todos os esforços empenhados pelas equipes médicas envolvidas.

Em se tratando de doador vivo, este somente poderá doar parte do seu corpo que seja regenerável ou órgão duplo, cuja função possa ser perfeitamente compensada pelo órgão remanescente. De modo consensual, admite-se a doação entre consanguíneos próximos ou com parentesco afetivo (cônjuge). No Brasil, a atual legislação de transplantes preconiza que a doação em vida seja permitida à pessoa juridicamente capaz, para o cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, ou para qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, exceto no caso de medula óssea. Em muitas sociedades, há a oposição quanto à doação de não aparentados, sendo utilizado o argumento de que, sem o relacionamento parental, a única motivação seria a econômica. Por sua vez, observa-se também que é possível a doação por altruísmo, além de

que não há garantias seguras de que a doação entre parentes não haja nenhum tipo de relação comercial. Todavia, mesmo havendo a possibilidade de incentivo financeiro à doação de órgãos inter vivos, em todo o mundo os serviços de transplantes têm demonstrado restrições quanto à remuneração, que é vista como uma forma de constrangimento inaceitável. Há ainda outras questões que suscitam discussões e controvérsias, como a faixa etária do doador e o uso de doadores limítrofes, no que diz respeito a órgãos não perfeitos (CATÃO, 2008, p. 235).

Um importante aspecto diretamente relacionado com a doação de órgãos para transplantes é a religião, pois de acordo com o censo realizado no ano de 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2010), as religiões prevalentes no Brasil são o catolicismo e o protestantismo. Todavia, levando em consideração a previsão do sincretismo religioso estabelecido no art. 5º, VI da vigente Constituição Federal Brasileira; por conseguinte, torna-se necessário o conhecimento, tanto dos referidos posicionamentos religiosos quanto de outras crenças que eventualmente possam surgir nas abordagens a serem realizadas pelas equipes transplantadoras. De fato, no Brasil observam-se inúmeras peculiaridades regionais e práticas religiosas, devido a nosso país ter uma dimensão continental, tornando-se igualmente pertinente o conhecimento dos possíveis pontos de vista de outras religiões diante das questões relacionadas as doações e aos transplantes de órgãos.

Ainda quanto ao componente religioso no contexto dos transplantes, constatou-se igualmente uma variante antropológica a partir do significado do corpo, havendo, assim, dentro de cada religião, uma influência da representação simbólica do corpo sobre a decisão de doar órgãos para fins de transplantes. Nessa perspectiva, convém ressaltar que o conjunto de crenças de um indivíduo não traduz, necessariamente, a doutrina seguida por sua religião. Logo, torna-se pertinente uma melhor compreensão conceitual sobre as noções de crenças e doutrinas. Segundo o dicionário Houaiss (2001, p. 805):

> [...] crença é o estudo ou processo mental de quem acredita em pessoa ou coisa; [...] convicção profunda e sem justificativas racionais em qualquer pessoa ou coisa; [...] doutrina é um conjunto de conhecimentos possuídos, ciência, erudição, saber; conjunto

> de ideias básicas contidas num sistema filosófico, político, econômico etc. ou das opiniões de um pensador.

Como podemos perceber, entende-se que o conjunto de convicções de alguém (crença) possa ser suficientemente influenciado pelo meio cultural em que se insere, interferindo, dessa forma, no modo como interpreta a doutrina da sua religião (dogmas ou princípios). Em resumo, a compreenssão da população em geral sobre a doação de órgãos ainda deixa a desejar, tendo em vista que muitas pessoas conservam mitos e tabus arraigados em questões religiosas, socioculturais, afetivas, econômicas e, principalmente, éticas. De maneira que a questão principal se traduz no seguinte dilema: por um lado, há milhares de pessoas que aguardam um orgão na ''fila de espera'', com a expectativa de receber a doação para que suas vidas sejam salvas ou tenham uma melhor qualidade; já por outro lado, milhares de outras pessoas falecem em decorrência de traumas, acidentes ou fatalidades, estando ainda com diversos órgãos sadios, os quais poderiam ser, racionalmente, retirados e implantados naqueles que vivenciam a tão esperada transplantação de um órgão.

Em última análise, nas doações e transplantes de órgãos, faz-se oportuno e necessário considerar os princípios bioéticos da teoria principialista; ou seja, a "não maleficência", que dispõe sobre a obrigação de não causar danos intencionais nos envolvidos em determinada situação, sendo este o mais importante preceito, pois com a sua garantia os princípios da justiça, da autonomia e da beneficência são igualmente contemplados. Realmente, o respeito pela autonomia das pessoas como agentes morais é fundamental no debate bioético, sendo uma matriz referencial quando se faz necessário o consentimento para doação de órgãos, pois isso legitima essa ação; contudo, ressalte-se que o exercício dessa autonomia depende diretamente do conhecimento da pessoa sobre o caso, pois quem não o conhece terá dificuldade em exercer sua prerrogativa de escolha, visto que isso implica em uma dedução lógica, pois quando o indivíduo não é informado da situação, deixa de ter sua autonomia respeitada. Nesse sentido, leciona Almeida (2003, p.21) que "a autonomia, enquanto princípio da bioética, diz respeito à capacidade de escolher, decidir, avaliar, sem restrições internas ou externas". Além do mais, a bioética tem como ob-

jetivo primordial buscar o benefício e a garantia da integridade humana por meio da defesa da dignidade inerente aos seres humanos.

Enfim, é também pertinente salientar que a matéria das doações de órgãos para transplantes foi igualmente recepcionada na legislação civil brasileira de 2002, quando insere os direitos da personalidade, haja vista que estes direitos mantêm uma intima vinculação com as noções de integridade corporal, partes separadas do corpo e personalidade, elementos estes que são também considerados nas discussões relacionadas com a matéria das doações e transplantes de órgãos humanos.

Considerações finais

Concluimos este texto na compreensão de que os transplantes de órgãos vêm evoluindo em vários ângulos, destacando-se a técnica, o combate a rejeição, as variedades de órgãos transplantados e a quantidade de procedimentos, que muito embora venha aumentando, ainda não satisfaz a demanda dos pacientes que esperam para realizarem seus transplantes.

Indiscutivelmente, os avanços tecnológicos e científicos buscando a melhoria das condições de saúde dos seres humanos, remetem-nos a um novo patamar da ciência médica, exteriorizado pela rotinização dos transplantes de órgãos, abrindo, assim, novos horizontes e possibilidades terapêuticas para determinadas doenças. Sem dúvida, compreendemos que tal evento representa uma fantástica proeza da espécie humana em sua constante busca por uma melhor qualidade de vida para as pessoas. Contudo, não obstante a esse progresso na área científica e tecnológica, surgiu uma grande dificuldade, que ainda permanece, com relação à doação de órgãos, havendo assim a extrema necessidade de motivar e conscientizar a sociedade sobre a relevância que tem o ato de doar órgãos, devendo, para tanto, ser construída e inovada toda uma estrutura de pensamento no intuito de despertar nosso semelhante para tal possibilidade.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS. Registro Brasileiro de Transplantes. Dimensionamento dos transplantes no Brasil e em cada estado. Ano XXIII, 2017, nº 4, jan./dez, p. 22.

ALMEIDA, K.C. Doação de órgãos e bioética: construindo uma interface. Revista Brasileira de Enfermagem. 2003, v.56, nº 1, p. 18-23.

BANDEIRA, A.C.P. Consentimento no transplante de órgãos: à luz da lei 9.434/97 com alterações posteriores. Curitiba: Juruá, 2001.

BRASIL. Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 fev. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9434.htm >. Acesso em: 25 abr. 2018.

_____. Lei nº 10.211, de 23 de março de 2001. Altera dispositivos da Lei nº 9.434, de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 23 mar. 2001. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LEIS_2001/L10211.htm>. Acesso em: 25 abr. 2018.

CANTAROVICH, F. Public opinion and organ donation suggestions for overcoming barriers.Ann Transplant. 2005, v. 10, nº1, p. 22-25.

CATÃO, Marconi do Ó. Genealogia do direito à saúde: uma reconstrução de saberes e práticas na modernidade. Campina Grande: EDUEPB, 2011 (Coleção Substractum).

_____. Biodireito: transplante de órgãos humanos e direitos de personalidade. São Paulo: Madras, 2004.

_____. Uma dádiva moderna: transplantes de órgãos inter vivos. 2008.480 f. Tese (Doutorado em sociologia) Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2008.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução CFM nº 1480, de 8 de agosto de 1997. A morte encefálica será caracterizada através da realização de exames clínicos e complementares durante interva-

los de termpo variáveis próprios para determinadas faixas etárias. Diário Oficial da União. Brasília, 12 ago. 1997.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Sales. Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa. Rio de Janeiro: Objetivo, 2001. (Instituto Antônio Houaiss)

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. 2010. Disponível em: <http://bit.ly/1Jn-9CYt> . Acesso em: 15 mar. 2018.

ROBSON, N. Z; RAZACK, A. H.; DUBLIN, N. Organ transplants: ethical, social and religious issues in a multicultural society. Asia, Pac. J. Public Health, 2010, v. 22, n. 3, p. 271-278.

ROZA, B.A; GARCIA, V.D; BARBOSA, S.F.F; MENDES, K.D.S; SCHIRMER, J. Doação de órgãos e tecidos: relação com o corpo em nossa sociedade. Acta Paul Enferm, 2010, v. 23, nº 3, p. 417-22.

Uma discussão filosófica a respeito das decisões proferidas (sentença e acórdão) no caso da laqueadura, aos olhos da harmonia entre tais decisões e o art. 3º da constituição federal

Pedro Bolívar de Souza Andrade

Introdução

O presente texto tem por objetivo aplicar os conhecimentos da disciplina Philosofy of Law à um caso moderno concreto, o Processo Digital no 1001521-57.2017.8.26.0360 / SP com Apelação número 2018.0000380733 / SP.

O caso mencionado trata de petição feita pelo MP/SP, com pedido de concessão de tutela de urgência, em face da Prefeitura de Mococa/SP, requerendo que o juízo determinasse "obrigação de fazer", objetivando a realização de uma cirurgia de laqueadura em uma mulher, já mãe de cinco crianças, sem quaisquer condições econômicas ou psicológicas de cuidar de quaisquer de seus filhos ou de si própria, dado seu histórico com bebidas alcóolicas e dependência química.

Em decisão de primeira instância, a sentença proferida concedeu o pedido feito pelo Ministério Público do Estado de São Paulo (MP/SP) e determinou que a Prefeitura realizasse o procedimento "o quanto antes", prevendo multa diária em caso de descumprimento; já em segunda instância, o acórdão reformulou a decisão anterior por unanimidade, e determinou que o processo anterior era nulo de pleno direito por diversos aspectos listados na referida decisão colegiada. Em ambas as decisões, sentença e acórdão, os magistrados apresentaram seus argumentos a favor ou contra a realização do procedimento de laqueadura nessa mulher hipossuficiente e/ou o processo em si.

O objetivo desse texto não é discutir a moralidade dessas decisões (sentença e acordão) aos olhos da sociedade ocidental moderna, nem tampouco discuti-las sob a ótica do entendimento pessoal do autor. O objetivo desse texto é, isso sim, discutir essas decisões sob a ótica da harmonização entre alguns filósofos modernos e o art. 3º da Constituição Federal, bem como utilizar nesta discussão ferramentas analíticas que corroborem os pontos de vista apresentados.

Para alcançar o objetivo proposto, no tópico 01 faremos um resumo dos fatos apresentados no caso da laqueadura e apresentaremos um resumo das decisões jurídicas tomadas (sentença e acórdão) pelos magistrados; no tópico 02 buscaremos promover o debate entre as decisões judiciais (sentença e acordão) no caso da laqueadura, alguns filósofos modernos e as ferramentas analíticas pertinentes, sempre aos olhos da harmonia entre as decisões proferidas e o artigo 3º da Constituição Federal. Por fim, no tópico 03 apresentaremos as Conclusões, as quais serão seguidas por Referências Bibliográficas no tópico final.

1. Do caso concreto: o caso da laqueadura

Conforme já dito anteriormente, não faremos nesse tópico qualquer avaliação de juízo, seja aos olhos do artigo 3º da CF, seja aos olhos dos filósofos. Nesse tópico, isso sim, faremos um resumo dos fatos apresentados no caso da laqueadura e apresentaremos um resumo das decisões jurídicas tomadas (sentença e acórdão) pelos magistrados. O 'caso da laqueadura' é o Processo Digital no 1001521-57.2017.8.26.0360/SP com Apelação número 2018.0000380733/SP.

DOS FATOS:

Janaína (nome fictício escolhido para nos referirmos à mulher cuja laqueadura foi solicitada pelo MP/SP), moradora de Mococa/SP, não possui emprego e, ainda que possua um endereço formal, vive alcoolizada pelas ruas da cidade, sendo recolhida a abrigos e clínicas de recuperação com a frequência corroborada pelos documentos apresentados. Janaína possui cinco filhos, todos menores de idade e com passagem pela Casa de Acolhimentos municipal. Hipossuficiente e dependente química, Janaína poucas vezes apresenta momentos de lucidez e não possui qualquer condição econômica ou psicológica de cuidar de seus filhos, conforme laudos assinados por especialistas. Acredita-se que em um desses momentos de lucidez, assistentes sociais ofereceram a ela a oportunidade de realizar uma cirurgia de 'laqueadura tubária' para que não pudesse vir a ter mais filhos, uma vez que nova gestação poderia comprometer ainda mais sua já precária saúde. Constam dos autos um relatório minucioso (solicitado pelo juiz de primeira instância) de psicólogo judicial confirmando a intenção de Janaína em submeter-se ao procedimento de laqueadura tubária, e uma declaração de Janaína, firmada em cartório, confirmando essa intenção.

Nesse cenário, o Ministério Público de São Paulo (MP/SP) apresentou petição inicial requerendo ao juízo, com pedido de concessão de tutela de urgência, que determinasse "obrigação de fazer" em face da Prefeitura de Mococa/SP, objetivando a realização da cirurgia de laqueadura em Janaína com a maior urgência possível.

DA SENTENÇA:

Admitido o recebimento da petição inicial (ou seja, reconhecido o interesse de agir por parte do Ministério Público em nome de cidadã hipossuficiente), a primeira decisão interlocutória do juiz a quem coube julgar esse caso foi solicitar uma avaliação psicológica de Janaína (em 07/junho/2017).

Dez dias depois, de posse de avaliação psicológica confirmando o interesse de Janaína em submeter-se ao procedimento de laqueadura, o mesmo juiz deferiu o pedido feito pelo MP/SP, determinando o prazo de 30 dias para que a cirurgia fosse realizada, sob pena de multa diária. Não tendo sido cumprida a determinação no prazo determinado, no dia 15/agosto/2017 o juiz aumentou a multa diária em 10 vezes e determinou o prazo de 48 horas para a realização da cirurgia.

Diante da informação de que Janaína encontrava-se grávida pela sexta vez, a cirurgia não foi realizada e a tutela de urgência foi suspensa. Nas decisões interlocutórias seguintes, o juiz determinou que fosse realizado todo o acompanhamento pré-natal da gestante e que a cirurgia fosse realizada logo ao final do parto. Assim foi feito!

DO ACÓRDÃO:

A municipalidade de Mococa jamais se conformou com as decisões judiciais interlocutórias e com a sentença que a obrigavam a custear as despesas da cirurgia de laqueadura de Janaína. Argumentava, desde sempre, não ter recursos por já estar com o orçamento completamente destinado. Usou não apenas o argumento do princípio da reserva do financeiramente possível como também trouxe aos autos o argumento da ilegitimidade ativa do MP e do desvio de finalidade para a qual o procedimento cirúrgico fora solicitado. Seus argumentos não foram ouvidos em primeira instância.

Ainda inconformada com a decisão que houvera sido obrigada a cumprir, a Procuradoria Municipal decidiu apelar para segunda instância, tanto por ser obrigatório para o poder público que interponha Apelação quando derrotada em primeira instância (princípio da indisponibilidade do interesse público) quanto pelo desejo de reverter a decisão anterior no sentido se ser ressarcida pelos gastos aos quais foi submetida pela decisão que a fez sucumbente.

O desembargador-relator do processo em segunda instância não apenas votou por reformar a decisão anterior, como refutou cada um dos argumentos aceito pelo seu antecessor. De início, considerou o processo nulo de pleno direito, por ilegitimidade ativa do MP, reforçando que a ação proposta não visava 'proteger' cidadã hipossuficiente, mas sim promover 'esterilização eugênica de pessoa pobre' (o que é vedado pela lei), para que não pudesse ter outros filhos, igualmente hipossuficientes, tendo havido 'desvio de finalidade' na decisão anterior.

Em seguida, o desembargador-relator considerou uma afronta ao bom direito o fato de que Janaína, a maior interessada no assunto, não tenha sido chamada para externar sua vontade diante do juiz, fato esse que, somado às declarações de que Janaína "ora se manifestava a

favor do processo cirúrgico, ora demonstrava desinteresse incluindo o não comparecimento às consultas médico-psicológicas agendadas para prepará-la para a cirurgia à qual seria submetida", foi considerado pelo desembargador-relator como clara demonstração de que não houve manifestação inequívoca de vontade.

Quanto à declaração realizada em cartório afirmando consentimento, o desembargador-relator considerou esse ato como eivado de vício de vontade, pois Janaína não compareceu sozinha (ou sequer acompanhada de amigos ou parentes seus), mas sim acompanhada de assistente social, o que coloca dúvidas sobre sua capacidade de expressar sua efetiva vontade sem estar sendo constrangida a fazê-lo.

Por fim, o desembargador-relator afirmou que a petição inicial sequer deveria ter sido conhecida desde o seu recebimento por ilegitimidade da parte autora; declarou a nulidade do processo e declarou tratar-se procedimento de 'esterilização eugênica de pessoa pobre' (como já dito) camuflado de 'obrigação dos entes públicos em promover a saúde dos cidadãos'. Seu voto foi acompanhado integralmente e por unanimidade pelos demais desembargadores. Contudo, o procedimento cirúrgico já havia sido realizado.

2. Da Harmonia entre as decisões proferidas no Caso da Laqueadura e o art. 3º da CF, sob a perspectiva de alguns dos filósofos e ferramentas estudados

> "[CF, 1988] 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." (BRASIL, Constituição Federal, 1988).

2.1. John Stuart Mill, Jeremy Bentham e o Princípio da Utilidade.

Para John Stuart Mill uma sociedade justa é aquela onde o Estado busca maximizar a soma das felicidades de seus integrantes (Mill, 2007, p.25-27). Esse pensador trouxe uma inovação ao conceito utilitarista de seu mestre, Jeremy Bentham, ao associá-lo ao conceito de finalidade, a qual seria atingida mediante a busca pelo maior prazer (na forma de felicidade) e pela ausência de dor, visando beneficiar o maior número possível de pessoas. Trata-se de uma teoria liberal individualista, defendida por grande parte da sociedade moderna, mas também rejeitada por muitos. Para Mill, alguns indivíduos devem eventualmente ter suas 'vontades pessoais' subjugadas se for para maximizar os ganhos da coletividade.

Corroborando o princípio do utilitarismo acima descrito, PELUSO (1998), organizador de obra na qual também contribuiu com artigo próprio, menciona a crença de Bentham para lidar com a mendicância em Londres no início do século XIX.

> "Bentham entendia que o objetivo fundamental de um sistema de assistência aos pobres deveria ser organizado de forma a permitir a mera subsistência de todas as pessoas em estado de indigência, desde que elas estivessem dispostas a aceitar a ajuda nos termos em que lhe fosse oferecida.
>
> Bentham acreditava (...) que o sistema da 'National Charity Company' estaria construído sob a teoria de que uma enorme quantidade de benefícios colaterais poderia ser conseguida para os pobres através do direcionamento da atividade produtiva, não havendo qualquer aumento na quantidade de trabalho (...). O primeiro dos benefícios colaterais do sistema seria o oferecimento de segurança de emprego para todos os necessitados (...). (Bentham, J.; 'Pauper Management Improved', p.398).
>
> O segundo dos benefícios colaterais do sistema seria a extinção da mendicância. Bentham argumenta que as leis assistenciais, então vigentes na Inglaterra, determinavam que todo ser humano pobre tinha o direito de ser sustentado às expensas dos cofres públicos e que isto resultava em que as pessoas fossem mantidas na preguiça. (...). Nesse sentido, o sistema da 'National Charity Company'

> deveria tratar com rigor a questão da mendicância, fazendo com que as pessoas fossem compelidas ao sistema de vida oferecido nas casas de trabalho.
>
> (...) [P]elas leis britânicas, os mendigos desfrutavam de uma vantagem que certamente não era intenção do legislador lhes proporcionar. (...) Ela [a mendicância] é ainda uma atividade que estimula à vida criminosa, pois que ao remover a vergonha das pessoas, ela subtrai a principal salvaguarda da honestidade. Ela constitui ainda um repositório de sofrimento na sociedade. (...) Assim, qualquer cidadão teria poder para prender um pedinte que estive mendigando em lugar público. Ele deveria ser conduzido à autoridade policial, ou à casa de trabalho mais próxima (...). O mendigo deveria trabalhar para pagar as despesas de sua ficha de internamento nas Casas de Trabalho. (Bentham, J.; 'Pauper Management Improved', p.401-402)." (PELUSO, 1998, [2]).

O caso do mendigo encaixa-se como uma luva no caso da laqueadura. No caso do mendigo, Bentham utilizou-se do princípio da utilidade para defender que retirar os mendigos das ruas de maneira cogente, colocando-os para trabalhar (também de maneira cogente) para a 'Companhia', resultava em maximização da felicidade tanto dos mendigos (ainda que inicialmente não reconhecessem), quanto do restante da sociedade, sejam os mais sensíveis (com sentimento de compaixão) ou menos sensíveis (com sentimento de desprezo) à presença dos mendigos. No caso da laqueadura, promover a esterilização eugênica de mulher pobre, desprovida de mínimas condições socioeconômicas de cuidar dos próprios filhos ou de si própria (mulher essa que costumava vagar pelas ruas alcoolizada ou sob efeito de químicos e cujos filhos possuiriam maior chance se tornarem criminosos dada a sua precária condição de sobrevivência) seria justificável sob a ótica do utilitarismo que defendem; afinal, ao garantir que essa mulher não pudesse colocar novos filhos no mundo, estariam aumentando a felicidade da sociedade como um todo, e talvez até da própria mulher ao proteger sua precária saúde de novas gestações. De forma quase que dissimulada, o argumento do MP/SP para solicitar o procedimento foi justamente a preservação da saúde da mulher, pois muito doente (dependente química) e já mãe de cinco crianças.

Assim, diante dos objetivos listados no Art. 3º da CF, Bentham e Mill diriam que a decisão proferida em primeira instância ajuda o país à 'III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais' pois nasceriam menos pobres e marginalizados e 'IV – promover o bem de todos' (ainda que ignorando 'sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação'), pois o bem de todos para esses pensadores utilitaristas significa 'a soma do bem de todos', a qual seria maximizada, como já explicado.

2.2. John Rawls, o véu da ignorância e o equilíbrio de Pareto.

Um dos principais objetivos do pensamento de John Rawls era fundamentar uma sociedade livra e justa (o que muito se aproxima do inciso I do artigo 3º da CF do Brasil), o que o levou a debater a melhor maneira de distribuir bens e direitos, tema esse que conduz necessariamente ao debate sobre o que seriam regras e princípios de distribuição justos.

John Rawls afirmava que se chamasse os integrantes de uma sociedade já existente para fazer esse debate, cada um tenderia a defender seus próprios interesses, e a conclusão final não seria isenta de interesses individuais. Dessa forma, o debate deveria ser feito sob a ótica da construção de uma nova sociedade, sob um novo contrato social. Nessa nova sociedade, cada indivíduo seria abstraído de sua posição social e levado para uma posição originária, de forma que não saberia em que posição regressaria na nova sociedade constituída. Assim, cada indivíduo não saberia antecipadamente se entraria nessa sociedade rico ou pobre, com ou sem estudo, homem ou mulher, jovem ou idoso, se nascido no próprio país ou fora dele, se morador da capital ou do interior, se com acesso à saúde e à alimentação digna ou não, dentre outros. Essa teoria ficou conhecida como o 'véu da ignorância'.

Rawls afirmava que essa seria a única maneira de realizar o debate sobre regras e princípios justos de forma imparcial, sem que esse debate fosse contaminado pelos interesses individuais dos indivíduos participantes do debate. Percebe-se que Rawls se preocupa em formar uma estrutura de cooperação social e não de individualismo.

Nesse sentido, interpretando o autor, nos parece que a sociedade deveria poder determinar 'limites' ao planejamento familiar individual, de forma a não prejudicar os interesses da sociedade como um todo (afinal, o orçamento público é finito). Portanto, John Rawls tenderia a argumentar a favor da decisão proferida, e teria como argumentação principal a necessidade de colaboração social.

Ao lidamos com a locação de recursos finitos, ou nos depararmos com a necessidade de fazermos escolhas ou tomarmos decisões, dizemos que a Eficiência de Pareto (ou ótimo de Pareto) foi alcançada quando nos deparamos com uma situação na qual é impossível realocar tais recursos de forma a melhorar a situação de qualquer parte envolvida sem que para isso seja piorada a situação individual de pelo menos uma outra parte envolvida. Esse conceito teve grande utilização na economia, aplicando-se às curvas de equilíbrio de oferta e demanda, bem como vem sendo modernamente considerado no direito através da disciplina de Análise Econômica do Direito (Law and Economics), através de debate sobre o equilíbrio entre os gastos do Poder Público com a população como um todo confrontado com decisões judiciais que obrigam o Poder Público a custear tratamentos individuais, conforme garantias constitucionais genéricas.

Nesse sentido, se faz interessante apontar que ao apelar no processo ao qual havia sido anteriormente vencida, a procuradoria de Mococa/SP alegou que (além da ilegitimidade ativa do MP como autor) a justiça deveria se atentar ao princípio da reserva do possível, uma vez que essa decisão comprometeria o orçamento municipal. Indiretamente, a alegação da prefeitura era que o cumprimento dessa determinação de primeira instância à deslocou de uma situação atual de Equilíbrio de Pareto, levando-a à uma situação na qual a transferência de parte dos recursos municipais para essa cirurgia acarretou prejuízo para outros indivíduos, uma vez que esse valor seria retirado das verbas destinadas à saúde pública em geral (contrariando a ideia de colaboração social de Rawls, e corroborando a concordância de Rawls com a decisão de primeira instância).

2.3. Jüngen Habermas e a teoria da ação comunicativa.

Dentre outras ideias, a teoria crítico-pragmático da ação comunicativa de Jüngen Habermas defendia que existe um conflito natural na democracia entre o direito teórico e o direito fático, que acaba ocorrendo no dia a dia das pessoas, e que no intuito de racionalizar recursos e aumentar eficiências, o Poder Público muitas vezes acaba por esvaziar/calar os grupos sociais, tirando-lhes a oportunidade de manifestar-se ou fazer valer seus direitos.

Nesse sentido, Habermas defendia que os juízes teriam a obrigação "consertar esse esvaziamento da voz da população", assumindo para si a obrigação de, no caso concreto, tomar as decisões em favor da população que não foram tomadas pelo Estado, tais como determinar a matrícula de crianças em creches onde o Estado alega não ter vagas ou determinar que o Estado custeie o tratamento médico-experimental dos cidadãos que assim o solicitem. Portanto, com relação aos objetivos do artigo 3º da CF, entendemos que Habermas diria que o Estado tem a obrigação constitucional de tornar tais objetivos uma realidade, e que os juízes devem decidir os casos concretos no sentido de obrigar o Estado a viabilizar a sua implementação.

O sujeito de direito em Habermas é um sujeito autônomo, capaz de manifestar suas ações e decisões e expor seus argumentos perante os outros. Esse pensador entendia que o processo judicial válido é aquele no qual existe autonomia dos sujeitos, pluralidade de entendimentos e participação de todos os envolvidos. Habermas entendia que a democracia tem no direito o seu método, e que a chave para o direito incorporar em seu processo judicial as características apresentadas acima seria o procedimento. A justiça procedimental de Habermas considera quatro dimensões fundamentais: publicidade e inclusão (dizia o autor que diante de uma realidade controversa, ninguém que possa trazer uma contribuição relevante pode ser excluída de ser ouvida), direitos comunicativos iguais (as partes devem ter a mesma oportunidade de se manifestar), exclusão de enganos e ilusões (as partes devem manifestar seus reais interesses, sem 'agendas ocultas'), e não-coação (a argumentação deve estar livres

de restrições, permitindo que os melhores argumentos sejam apresentados). Trata-se da teoria da comunicação de Habermas.

Assim, Habermas diria que o processo judicial válido é aquele no qual existe autonomia dos sujeitos, pluralidade de entendimentos e participação de todos os envolvidos, e que esses critérios não foram respeitados no caso concreto analisado pois a principal interessada sequer foi ouvida pelo juiz ou teve a oportunidade de expor suas razões de forma direta, sem intermediários (argumentação que chegou a ser utilizada na apelação do caso concreto). Pelo exposto, sob a ótica dos objetivos listados no Art. 3º da CF, Habermas diria que não houve justiça na sentença proferida em primeira instância.

Conclusão

Conforme exposto ao longo do texto, nossa conclusão é que tanto Bentham e Mill (filósofos utilitaristas) quanto Rawls (véu da ignorância) considerariam a decisão tomada em primeira instância como estando em harmonia com os objetivos de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza e da marginalização; e, principalmente, da promoção do bem de todos. Bentham e Mill argumentariam em favor do aumento da felicidade da sociedade como um todo, e Rawls argumentaria em favor da necessidade de colaboração social.

Habermas, por outro lado, condenaria a decisão tomada em primeira instância quando confrontada com o artigo 3º da CF, sob o argumento de que nenhuma das quatro dimensões fundamentais da teoria da comunicação foi respeitada na decisão tomada, pois não houve a devida publicidade e inclusão, não houve direitos comunicativos iguais, não houve exclusão de enganos e ilusões, e não houve prova inequívoca de não-coação.

Por fim, buscamos ao longo desse texto apresentar as ideias de filósofos com posições contrárias (ou com a mesma posição, mas por razões diferentes), visando promover o bom debate. Além disso, trouxemos as principais ferramentas analíticas utilizadas pelos filósofos apresentados, demonstrando que as ideias que eles apresentadas estão baseadas em ferramentas analíticas robustas, e não apenas em meras opiniões.

Referências bibliográficas

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (CF). Brasília: 1988.

MILL, John Stuart. Utilitarismo. Editora Escala. São Paulo: 2007, p. 21-44.

PELUSO, Luis Alberto (Org.). Ética & Utilitarismo. Editora Alínea. São Paulo: 1998, 238p [1].

PELUSO, Luis Alberto. O Utilitarismo de Jeremy Bentham. 95p. [2]

QUAGLIOZ, Flaviano Ribeiro. A Teoria da Justiça segundo John Rawls. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 21, n. 4614, 18 fev. 2016. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/34346 . Acesso em: 28 set. 2018.

RAWLS, John. Uma Teoria da Justiça. São Paulo: 2008, p. 101-108.

Da confusa equivalência entre Brasília e Distrito Federal: um estudo sobre a PEC 255/2013

Simone Alvarez Lima

Introdução

É comum a dúvida referente à correspondência entre Distrito Federal e Brasília não apenas dentre leigos, mas também entre juristas que indagam se estas unidades são correspondentes.

O primeiro item é destinado a abordar a evolução da localização da Capital Federal, que começou em Salvador, passou para o Rio de Janeiro e chegou em Brasília. Neste sentido, também explica a evolução do termo Município Neutro, Distrito Federal e Brasília, a fim de evidenciar o motivo inicial da confusão se Brasília e Distrito Federal é a mesma coisa, afinal, por décadas a capital foi o Distrito Federal, o qual ainda existe e abriga Brasília.

No segundo item, aborda-se as cidades-satélite, sobre as quais se discute se são, apesar da impossibilidade do Distrito Federal ser subdividido em Municípios, efetivamente, são municípios. Tais cidades foram criadas para serem temporárias, mas, perduraram no tempo, se transformando em regiões administrativas, corroborando ainda mais para a confusão se Brasília é, inclusive, capital do Distrito Federal e da Capital Federal.

Por fim, o último item será destinado a abordar o Projeto de Emenda Constitucional 255/2013, que pretendeu alterar o art. 18, §1º, a fim de colocar como correspondentes Distrito Federal e Brasília, acabando com a confusão entre Brasília e Distrito Federal e, consequentemente, com a discriminação entre moradores do local, afinal, ninguém é menos brasilense por morar em outra região administrativa.

Trata-se de uma pesquisa realizada sob o método de abordagem dedutivo, e sob o método procedimental histórico, pois inicia através da evolução do Distrito Federal nas Constituições para, especificamente, ao final, abordar o arquivado projeto de emenda constitucional nº 255.

Justifica-se essa pesquisa porque abordar o Distrito Federal além de suas características peculiares é algo que não tem sido feito pela doutrina atual, fazendo com que a academia necessite de uma revitalização desse estudo, trazendo pra a atualidade relevantes escritos sobre a história e a consequência advinda da Constituição de 1988 ao mencionar Brasília (e não mais o Distrito Federal) como a Capital Federal.

1. A Capital Federal nas Constituições Brasileiras

Na época do Vice-reino, em 1763, o Rio de Janeiro se tornou a capital brasileira, na qualidade de município neutro, em substituição à cidade de Salvador. Vasconcelos (1978, p. 13) conta que em torno de 1789, cogitava-se colocar a Capital em São João Del Rei, no interior de Minas Gerais, entretanto, discute-se se a mudança da Capital para esse local tinha objetivos regionalístico mineiro (Capital da Capitania) ou de Capital do Brasil. Em 15 de junho de 1822, a Comissão de Deputados Brasileiros recomendava: "o Congresso Brasileiro ajuntar-se-á na capital, onde ora reside o Regente do Reino no Brasil, enquanto se não funda no centro daqueles uma nova capital."

Kubitschek (2000, p. 17) conta que antes da primeira Constituição Brasileira, o nome Brasília já havia sido vislumbrado por José Bonifácio doutrinava que fosse levantada uma cidade central no interior do Brasil e, em uma sessão da Assembleia Geral Constituinte e Legislativa do Império do Brasil, ocorrida em 1823, através de uma Memória, sugeriu que

a nova Capital fosse denominada Brasília, mas isso foi uma ideia que não saiu do papel, pelo menos, naquela época.

A primeira Constituição Federal Brasileira, de 1824, apesar de mencionar quatro vezes o termo "capital", não estabeleceu o local em que ela estaria fixada, o que leva à compreensão da permanência da capital na cidade do Rio de Janeiro. A Capital Federal, nesta cidade, sofreu críticas, pois apesar de adequada ao comércio, ela não era adequada como Capital Federal por estar em um canto do território brasileiro, as comunicações com Estados como o Pará ser de grande dificuldade e, por estar à beira do mar, tornar o Governo sempre sujeito à uma invasão inimiga de qualquer potência marítima (VASCONCELOS, 1978, p. 22)

A palavra Distrito Federal foi inserida no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Constituição Brasileira de 1891, que, em seu art. 2º mencionava que "cada uma das antigas províncias formará um Estado e o antigo Município Neutro constituirá o Distrito Federal, continuando a ser a Capital da União enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte." Assim, o Rio de Janeiro se tornou o Distrito Federal.

Em 1891, o Distrito Federal não era um ente federativo autônomo, pois rezava o parágrafo único do art. 3º que "efetuada a mudança da Capital, o atual Distrito Federal passará a ser Estado." Dessa forma, o Município Neutro foi transformado em Distrito Federal.

A partir da Constituição de 1934, o Distrito Federal foi elevado à categoria de ente federativo autônomo, ou seja, não seria um Estado. Já em 1937, na Constituição Brasileira conhecida como polaca, o Distrito Federal, conforme ensinamento de Oliveira (s/d) atingiu "a máxima insignificância político-administrativa na República; situação essa pior que a do Império, em que havia pelo menos um legislativo local, o Conselho Municipal."

O art. 1º, §2º da Constituição Brasileira de 1946 fixou que o Distrito Federal é a capital da União. De acordo com Lazari (2018), o diferencial desta Constituição é que em seu art. 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dispôs que a capital da União seria transferida para o planalto central do país, de modo que o Distrito Federal então vigente passasse a constituir o Estado da Guanabara (atualmente, há uma unificação geral em torno do Estado do Rio de Janeiro).

Na década de 60, a ideia de transferir a capital, do litoral para o interior do país, foi concretizada. Tratava-se da vontade do Presidente Juscelino Kubitschek que foi realizada por sua equipe formada por profissionais como o urbanista Lúcio Costa e o arquiteto Oscar Niemeyer eo engenheiro Bernardo Sayão, os quais traçaram o Pano Piloto de Brasília, com base na imagem de uma borboleta (a não de um avião, como é comum ouvir) e fazer um traçado da cidade-satélite de Taguatinga. De acordo com livro escrito pelo Senado Federal (2000, p. 16), os objetivos da nova capital era a unidade, eficiência administrativa, aproximação das fronteiras continentais, desenvolvimento econômico e social do interior e exploração das desertas e férteis áreas de Goiás e Mato Grosso. Havia a "necessidade do país sentir suas fronteiras com o Paraguai, Bolívia, Peru, Colômbia e Venezuela." A transferência da Capital Federal para a região do Planalto Central foi sancionada pela Lei nº 2.874, de 19 de setembro de 1956 e o art. 33 nomeou "Brasília" a nova Capital Federal. Eis as palavras de Kubitschek:

> O nome de Brasília constou de uma emenda do Deputado Pereira da Silva, do Amazonas, o qual, recordando a sugestão de José Bonifácio, de 1823, propusera essa designação, aliás, perfeitamente adequada à designação integracionista da nova capital. (KUBITSCHEK, 2000, p. 51)

Apesar de Brasília ter sido construída, indaga-se o porquê de não ter se tornado mais cedo a capital brasileira, algo que só veio a ocorrer em 1988. Na verdade, vários Ministros de Juscelino tinham aversão à Brasília. O Presidente seguinte, Jânio Quadros, pouco tratou da nova capital. De acordo com Moreira (2000, p. 82), "eram mínimos os seus compromissos com Brasília e indisfarçável a sua má vontade com uma obra que era o símbolo de uma política que, sinceramente ou por cálculo, combatia. Não lhe foi difícil paralisar as construções, deter o fluxo de transferência, abandonar as grandes vias da unidade nacional, a BR-14, Brasília-Belém, uma notável estrada de integração nacional, era, para ele, a "estrada das onças"."

Jânio Quadros e Juscelino Kubitschek tinham posturas diferentes, enquanto Juscelino era um homem simples, que vivia em frente às obras, era íntimo dos obreiros, conhecido por qualquer garoto da cidade, Jânio vivia trancado em seu gabinete, era inacessível e governava o país

através de bilhetes e de ordens pessoais. Brasília ficou sem recursos , o desemprego se tornou um grave problema social, as superquadras não urbanizadas estavam abandonadas, lixo acumulado, hospitais em quase colapso (MOREIRA, 2000, p. 83)

A redação foi repetida na Constituição de 1967, mas a novidade ficou por conta do Capítulo IV, destinado a tratar especificamente do Distrito Federal e dos Territórios. Tratava-se de um capítulo mínimo, com apenas um artigo (art. 17), com três parágrafos.

Finalmente, na Constituição Federal de 1988, a expressão "Brasília" apareceu no ordenamento constitucional. Segundo o art. 18, § 1º, "Brasília é a Capital Federal". Logo, nos dizeres de Tavares (2008, p. 1.030), a Constituição vigente "não considera mais o Distrito Federal como Capital do Brasil."

O Distrito Federal não é um Estado-membro e nem Município, já que a própria Constituição o distingue como outra unidade autônoma da Federação além daqueles, assim, exerce, cumulativamente, as competências legislativas e tributárias reservada a ambos. Não possui uma Constituição, mas é regido por uma lei orgânica própria, sendo detentor de autonomia.

Por ser um ente diferente de Estados e Municípios, possui características peculiares, tal como a falta de poder de organização do Ministério Público, do Poder Judiciário, da polícia civil e militar e do corpo de bombeiros, os quais são organizados e mantidos pela União, a qual legisla sobre as matérias referentes à esses entes no Distrito Federal. (MENDES; BRANCO, 2018, p. 902) A esse respeito, a Súmula Vinculante 39 fixou que "compete privativamente à União legislar sobre vencimentos dos membros das polícias civil e militar e do corpo de bombeiros militar do Distrito Federal."

A Defensoria Pública passou a poder ser organizada e mantida pelo Distrito Federal a partir do advento da Emenda Constitucional nº 69, de 2012.

O art. 32 da Constituição Federal vigente proíbe a sua subdivisão territorial do Distrito Fedderal em Municípios, entretanto, pelo fato do art. 18 dar à Brasília e não ao Distrito Federal, a qualidade de Capital Federal, como o fez as Constituições anteriores à de 1988, ocorreu uma perplexidade do ponto de vista jurídico-institucional, dando a falsa sensação de que Brasília era apenas o eixo elaborado pelo Plano Piloto.2 Algo que

2. O Plano Piloto foi escolhido através de um concurso, no qual foi lançado um edital, vencido por Lucio Costa, e que abrangia um traçado básico da cidade, indicando a dispo-

reforça isso é a presença das cidades- satélites, hoje chamadas de regiões administrativas, o que será visto no próximo item.

2. Da Permanência das Cidades-Satélite

Conforme Lazari (2018) leciona, discute-se se as cidades-satélite de Brasília são efetivamente Municípios. "Originariamente pensadas para serem núcleos habitacionais temporários enquanto Brasília era edificada (cidade-dormitório), acabaram por se perpetuar no tempo."

> "Cidades" como Taguatinga, Ceilândia e Sobradinho não têm, contudo, natureza autônoma de município, mas de regiões administrativas geridas por agentes indicados pelo Governador do Distrito Federal. O fato de não pertencerem à classe dos Municípios não significa, insiste-se, que sejam elas desprovidas da presença estatal, que, muito mais que a preocupação com sua configuração jurídico-política, deve se preocupar com a qualidade de vida de seus habitantes. (LAZARI, 2018)

Brasília possuía, inicialmente, nove cidades-satélite, quais sejam: Taguatinga, Ceilância, Núcleo Bandeirante, Sobradinho, Gama, Planaltina, Brasilândia, Guará e Cruzeiro, cada uma com características diferentes, criadas sob diversas motivações.

Taguatinga foi criada para ser uma cidade operária, tendo em vista a chegada, de todas as partes do Brasil, de trabalhadores de obra para a construção da nova capital brasileira, cujo nome adveio da Fazenda que deu origem ao seu território.

Ceilândia nasceu para solucionar o problema das invasões que proliferaram no Plano Piloto de Brasília, na década de 60, cujo contingente populacional chegou a alcançar a uma monta de 100 mil pessoas que viviam em uma severa pobreza. Na década de 80, Vasconcelos (1988, p. 53) escreveu que Ceilândia sofre "uma série de deficiências, entre as quais avultam o desemprego, a violência, a criminalidade, a insuficiência de assistência educacional e médica, principalmente. Seu tipo humano

---

sição dos principais elementos da estrutura urbana. Hoje, plano piloto se refere à Região Administrativa I.

é uma diversificação de representantes de diversas regiões brasileiras, destacando-se nordestinos, nortistas, goianos e mineiros." A quantidade de pessoas que chegou no Distrito Federal se deu devido ao desejo dos migrantes por melhores condições de vida. Em 1969, segundo dados levantados pela Secretaria de Serviços Sociais, havia 15 mil barracos com uma população superior a 80 mil pessoas.

O Núcleo Bandeirante foi criado para existir apenas por quatro anos, enquanto Brasília não ficava pronta. A Lei nº 4.020, de 20 de dezembro de 1961 tornou o Núcleo Bandeirante permanente como cidade-satélite de Brasília devido à vontade da sociedade e , desde então, essa cidade ficou conhecida como o berço de Brasília, cujo nome anterior era Cidade Livre, por ser livre de encargos fiscais.

Após a inauguração de Brasília, os moradores do Núcleo Bandeirante foi pressionado a de mudar e houveram manifestações incendiárias a fim de tornar a comunidade uma cidade-satélite. Por isso, essa se trata da única cidade-satélite criada legislativamente, pela qual os moradores "garantiram o direito sentimental de permanecerem naquele chão de tantas lutas, tantas histórias e tantas recordações." (VASCONCELOS, 1988, p. 125).

Sobradinho surgiu do desejo de implantar uma cidade rural e para atender à necessidade de fixar as populações excedentes do Plano Piloto, conforme o crescimento do Distrito Federal.

Gama é uma cidade-satélite que sofre, economicamente, com um baixo nível de renda per capita.

Planaltina é uma cidade-satélite, antes já cotada para ser o Distrito Federal. Quando DA construção de Brasília, esta cidade regia-se política e administrativamente, pelo Governo de Goiás, pois era parte desse Estado. Esta cidade fazia parte do plano urbanístico de Brasília como um dos núcleos periféricos para atender necessidades das populações excedentes do Plano Piloto. (VASCONCELOS, 1988, p. 243)

Brazlândia foi uma cidade nascida da vocação pastoril de quatro famílias goianas e mineiras

Guará é uma das cidades-satélites com melhor infraestrutura urbanística, cuja denominação oficial é Setor Residencial de Indústria e Abastecimento – SRIA. Possuía caráter funcional para solucionar o problema de moradia em Brasília, principalmente para os funcionários da Novacap e da prefeitura do Distrito Federal. A ocupação foi feita por um sistema de mu-

tirão para a construção de casas populares, que reunia grupos de 10 famílias inscritas para a construção de 10 casas, em regime de esforço mútuo, sob orientação técnica de arquitetos e engenheiros. "Somente quem não tivesse imóvel em Brasília poderia participar do mutirão. Inicialmente, só tinham direito à inscrição os funcionários de baixa renda, depois foi estendido a todos, inclusive aos engenheiros." (VASCONCELOS, 1988, p. 299)

Cruzeiro é uma cidade-satélite cujo nome tem origem em uma grande cruz erguida neste local. De acordo com Vasconcelos (1988, p. 356), até 1987, Cruzeiro era integrada ao contexto administrativo do Plano Piloto de Brasília, mas a população reclamava tratamento administrativo próprio e se tornou uma unidade autônoma, com a criação de uma Administração Regional.

Atualmente, não é correto usar o termo cidade-satélite, pois, ao contrário dos demais Estados brasileiros, Brasília não é dividida em cidades e bairros, logo, não há prefeituras, mas sim 31 Regiões Administrativas, dependentes do Governo do Distrito Federal. (GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL, 2018)

A presença dessas cidades, agora, regiões administrativas, e a frequência anterior nas Constituições pré-1988 de que a Capital Federal era o Distrito Federal, que, apenas na Constituição vigente declarou expressamente ser Brasília, gera dúvidas a respeito se Brasília é ou não o Distrito Federal. Essa indagação foi mencionada pelo professor Amaral (s/d):

> Certa vez fui chamado a discutir com adolescentes de uma conhecida escola particular da Asa Sul o tema "o DF". Tema esse só aparentemente fácil. É onde moramos! É a capital do Brasil! É Brasília! ..., diziam os estudantes. Mas uma indagação trouxe a sempre contornada e jamais resolvida confusão: "professor, quando volto do 'Parkshoping' vejo placas indicando que Brasília fica pra lá!! Aí eu fico confuso! Ali, onde eu estava, o que é, se não é Brasília?" De outra feita, uma interessada professora do GDF também propôs esse desafio: o hino oficial é de Brasília ou do Distrito Federal? A esfinge permanece ainda indecifrada: "o governador é de Brasília ou do DF?" Por que a Universidade Católica de Brasília, está em Taguatinga (que não é considerada Brasília)? (AMARAL, s/d)

A fim de corrigir essa impropriedade, o Deputado Policarpo do PT/DF elaborou o Projeto de Emenda Constitucional nº 255, o qual merece

estudo a fim de sanar a dúvida a respeito da correspondência ou não entre Brasília e Distrito Federal e que será objeto do item a seguir.

3. O Projeto de Emenda Constitucional nº 255/2013

Quando se pensa a respeito de Brasília e Distrito Federal, não é incomum a dúvida se esses locais se trata da mesma área e o art. 18 §1º da Constituição Brasileira de 1988 recebe críticas pela falta de clareza. Oliveira explanou sua crítica mencionando que houve um despropósito técnico:

> em nenhum dos textos constitucionais que tivemos há um despropósito técnico como o inscrito no art.18, § 1º da CF/1988, ou o art. 6º, da Lei Orgânica do DF (e não de Brasília) que diz ser "Brasília a capital da União" quando devia ter mantido nossa tradição e a correção técnica, dizendo: "O Distrito Federal é capital da União", declaração essa expressa desde 1937 (art.2º, CF 1967/69) em que pese verdade óbvia. Vale dizer: o DF só existe para ser capital federal, para garantir base territorial segura à administração da federação. (OLIVEIRA (s/d)

Em que pesem as discussões, o levantamento de dados não pôde refutar que Brasília e Distrito Federal não são a mesma coisa, mas a existência de diversas cidades-satélites levam à confusão a qual começou quando o governador Joaquim Roriz decidiu chamar de Brasília a região administrativa a área conhecida como Plano Piloto e que foi corroborado por jornalistas recém-chegados à cidade e, por isso, Brasília passou a ser, para muitos, apenas a área central do Distrito Federal.

Até hoje há o medo de chamar o Distrito Federal de Brasília, uma vez que o art. 1º da Constituição vigente dispõe que "a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados, Municípios e do Distrito Federal" e o artigo 18, caput, estabelece que "a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil, compreende a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal." Assim, a própria Constituição Federal de 1988 dá a entender que Distrito Federal e Brasília não são a mesma coisa. Contudo, Brasília engloba todas as regiões administrativas, possuindo os mesmos limites geográficos do Distrito Federal. Geografica-

mente é a mesma coisa, mas, politicamente, não é. Soma-se a isso o fato de que todo o Distrito Federal é governado pela mesma pessoa.

A fim de corrigir a distorção em estudo, em 26 de março de 2013, o Deputado Policarpo, filiado ao PT/DF apresentou a proposta de emenda à Constituição nº 255 que visava alterar o §1º do art. 18 da Constituição Federal de 1988 para determinar a correspondência entre as áreas geográficas de Brasília e do Distrito Federal.

O §1º do art. 18 passaria a conter a seguinte redação: "Brasília é a Capital Federal e sua área geográfica corresponde à do Distrito Federal, sendo coexistentes entre si."

Na justificativa, o Deputado Policarpo alegou que:

> A contradição, embora aparente, tem levado a equívocos discriminatórios como a ideia de que Brasília seja apenas a parcela do Distrito Federal conhecida como Plano Piloto e denominada Região Administrativa de Brasília. Uma grave consequência desse equívoco interpretativo seria a perda da condição de brasiliense pelos moradores das demais vinte e cinco Regiões Administrativas – absurdo que se torna evidente se imaginarmos que a atual Região Administrativa de Brasília poderia ser regularmente cindida em, por exemplo, uma Região Administrativa da Asa Sul e outra da Asa Norte e nem por isso "Brasília" seria subdividida. (PEC 255/2013)

O autor mencionou o fato de que constitucionalistas como Yves Gandra e Celso Ribeiro Bastos possuem o mesmo entendimento de que seria conveniente desfazer a posição ambígua da não coincidência física entre Distrito Federal, como ente autônomo da Federação, e Brasília, como Capital Federal e Sede do Governo. Ora, se não é possível dividir o Distrito Federal em Municípios, de fato, é incoerente que haja essa discrepância no texto da Constituição Federal de 1988.

> À evidência, em face da distinção, haveria de se presumir que o Distrito Federal pudesse se dividir em mais de um município, o que, em acontecendo, não excluiria a possibilidade de o Distrito Federal ter diversos municípios, mas tão somente um deles poderia ser a Capital Federal. O art. 32 da Constituição Federal, todavia, veda tal solução.

> A questão poderá se colocar em face principalmente da menção explícita, embora desnecessária, de que o Distrito Federal, enquanto membro da Federação é autônomo no que sua divisão em municípios diversos seria possível, não sendo tais municípios capital federal, mas apenas Brasília.

Brasília não tem centro, bairro, ruas, avenidas e é a soma das áreas urbanas das diversas regiões administrativas. O autor do projeto 255/2013 critica o estado de incerteza trazido pela Constituição Federal de 1988. Ressaltou que "os habitantes do Distrito Federal, independentemente da localidade em que vivam, são igualmente brasilienses" e, por isso, não é correto prosperar sentimentos e ações discriminatórias em relação aos brasilienses que não morem no Plano Piloto devido à ambiguidade trazida pelo art. 18, §1º. Não deveria existir discriminação, afinal, todas as pessoas nascidas no Distrito Federal são brasilienses.

O Projeto 255/2013 foi apensado ao art. 216/2012, de autoria do Deputado Francisco Escórcio do PMDB/MA, o qual visa colocar a Capital Federal na posição de Município Neutro, desvinculado do pacto federativo.

O projeto foi arquivado em 31 de janeiro de 2015, nos termos do art. 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, que dispõe que as propostas ainda em tramitação serão arquivadas ao fim da legislatura, ou seja, as duas Propostas de Emenda Constitucional foram arquivadas porque tanto o Deputado Policarpo quanto Francisco Escórcio findaram suas respectivas legislaturas.

Dessa forma, com o arquivamento desses projetos de lei, o isolamento social perdurou, pois a Capital do Brasil não é mais o Distrito Federal, mas Brasília. A falta de clareza na exposição de que Brasília e Distrito Federal são, geograficamente, a mesma coisa, agrava a situação isolamento social, econômico e burocrático no Distrito Federal.

Ainda que o Distrito Federal não possa ser subdivido em municípios, logo, não ter como possuir uma capital, em 02 de janeiro de 2017, foi noticiado que Taguatinga se tornou a nova capital, de fato, do Distrito Federal, pois passou a centralizar o governo local. (AZEVEDO, 2017) Esse tipo de notícia, ao chegar aos olhos do leigo, apenas serve para reforçar a ideia falsa de que há divisão no Distrito Federal e que Brasília não equivale a ele. Lamentavelmente, o Projeto de Emenda Constitucional

nº 255/2013 não seguiu adiante, talvez ele seria a solução para diminuir o preconceito e discriminação entre pessoas nascidas na área do plano piloto e nas demais nos arredores.

Conclusão

A primeira conclusão que esta pesquisa traz é que Brasília e Distrito Federal não são a mesma coisa. Apesar da aparente obviedade, é comum a dúvida se ambos locais são correspondentes, pois até a Constituição Federal de 1988, a Capital Federal foi expressa como Distrito Federal, passando a outras nomenclaturas, como Município Neutro, o qual já havia sido Salvador e Rio de Janeiro.

Apesar de construída na década de 60, não havia boa vontade política com Brasília, o próprio Presidente Jânio Quadros não acelerou a sua conclusão, chegando até a paralisar obras importantes como a BR-40, que ligava Brasília a Belém.

Há uma incongruência entre o determinado pela Constituição Federal de 1988 e a realidade. De acordo com o art. 1º da Constituição Federal, o Distrito Federal não é um Estado, mas um ente federativo específico que não pode ser dividido em Municípios, entretanto, a realidade é que as cidades-satélites, criadas para serem temporárias, acabaram permanecendo, atualmente como regiões administrativas, inclusive, em 2017, foi noticiado pela Revista Veja que Taguatinga se tornou a capital, de fato, do Distrito Federal, corroborando com o distanciamento social no Distrito Federal entre pessoas de regiões administrativas diferentes.

A fim de corrigir essa incongruência, o Projeto de Emenda Constitucional nº 255/2013 sugeriu que Brasília e Distrito Federal fossem considerados a mesma área geográfica, o que auxiliaria na redução da desigualdade existente entre Brasília e as demais cidades-satélites, que possui viés econômico e social, tendo em vista que os moradores das demais localidades são considerados menos "brasilienses" do que os demais. Por fim, o Projeto de Emenda Constitucional foi arquivado pelo fato de findar a legislatura de seus propositantes, postergando uma possível norma que venha a esclarecer que Brasília é além do plano piloto, ou Região Administrativa I, eis que, geograficamente, equivalente ao Distrito Federal.

Referências bibliográficas

AMARAL, Luiz O. . Brasília, Distrito Federal e Capital Federal. Disponível em: http:// www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5723. Acesso em 02 out. 2018.

AZEVEDO, Reinaldo. Taguatinga: a nova capital do Distrito Federal. Disponível em: https://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/taguatinga-a-nova-capital-do-distrito-federal/. Acesso em 02 out. 2018.

GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL. História. Disponível em: http:// www.brasilia.df.gov. br/historia/. Acesso em 03 out. 2018.

KUBITSCHEK, Juscelino. Por que construí Brasília? Brasília: Senado Federal, 2000.

LAZARI, Rafael de. A natureza jurídica do Distrito Federal e das cidades-satélite. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/FederalismoaBrasileira/124,MI283454,71043-A+natureza+juridica+do+Distrito+Federal+e+das+cidadessatelite. Acesso em 29 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2018.

MOREIRA, Neiva. Brasília: zero hora. 2 ed. Brasília: Terceiro Mundo, 2000.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

VASCONCELOS, Adirson. A mudança da capital. Brasília: Gráfica e Editora Independência, 1978.

_____. As cidades-satélites de Brasília. Brasília: [s/n], 1988.

Direitos constitucionais através do MST sob uma perspectiva marxista

Talita Amaral Oliveira

1. A construção social histórica brasileira e o MST: explicando desigualdades

É no século XVI, mas precisamente na colonização dos portugueses em nossas terras junto com sua forma de exploração que o país sofre com a enorme desigualdade que assola a distribuição de terras. Embora se tenha como referência este século o problema pode ser enxergado anteriormente, antes do genocídio dos índios que aqui habitavam, eles também lutaram pelas terras quando os colonizadores europeus chegaram. Em determinado momento da história houve uma disparidade, de um lado os latifúndios e do outro os trabalhadores rurais sem terras.

O Marxismo é baseado não em uma Reforma e sim em uma Revolução, conforme trás Marx e Engels no Manifesto Comunista, e o MST tem o viés de uma Reforma social para lutar pelas terras que tão poucos têm, porém que pouquíssimas pessoas possuem, e mesmo que uma Reforma não seja como uma Revolução na qual Marx diz que o Estado deve acabar quando a luta das classes prosperarem é possível entender o movimento do MST como uma Reforma social que luta constantemente por mudanças e uma justiça no país, e por isso sua origem em Marx, devido

o intuito do movimento e a forma como se dá a democratização e a forma mais justa na divisão de terras, e não só isso, pois o movimento social do MST possui outros objetivos. Apesar de não estarmos diante de uma Revolução na qual Marx se refere, em muito se assemelha os propósitos dele com o do MST, não é à toa a origem do movimento vindo de Marx.

É importante insistir que a obra do Manifesto Comunista diante da contemporaneidade é em alguns momentos insuficiente, tanto é que o proletariado/sujeito revolucionário para Marx e Engels não pode se aplicar ao proletariado da atualidade, pois para dizer o seu potencial, sua aptidão revolucionária é necessário saber a estrutura, é preciso analisar seu interior e entender sua condição sociopolítica, pois isso determinará o potencial revolucionário do proletariado atual. Marx também previu junto com Engels que haveria uma revolução e que esta não demoraria, sendo assim não prevê a possibilidade de dar errado. Por isso é importante compreender que apesar da revolução não acontecer há lutas por reformas políticas sociais embasadas em Marx que surgi efeito na sociedade e trás a essência de todos os seus estudos, que é uma qualidade de vida digna, menos exploração e justiça social. Sabe-se que falta muito para alcançar esses objetivos da melhor forma possível e para todos.

É certo dizer que apesar de suas insuficiências a obra é dotada de acertos quanto aos traços da sociedade burguesa atual, contemporânea, como concentração de propriedade, centralização dos meios de produção e entre outros problemas. São passagens pertinentes de NETTO (2015, pág.68): ‘’Insista-se em 1948, a caracterização que Marx e Engels fazem da sociedade burguesa aparece como um exercício de ficção cientifica, mas, um século e tanto depois, refigura admiravelmente nosso mundo. ’’

Voltando ao Brasil, a história de quem viveu no campo não pode ser desassociada das suas lutas contra a desigualdade e a exploração. O Brasil sempre foi vasto de terras, porém o que determinava a distribuição delas era apenas uma coisa: a capacidade de produzir, e isso explicam muito bem o porquê dos mais favorecidos economicamente da época dominarem a estrutura fundiária e fazerem com que o problema perpetuasse na distribuição de terras até os dias atuais, ou seja, as terras eram repartidas para quem possuía dinheiro para produzir nelas e isso fazia

com que os menos afortunados financeiramente não obtivessem terras, reflexo dos dias atuais.

O movimento social é para combater a exploração de uma classe sobre a outra e tem todo fomento da Constituição Federal, também conhecida como Constituição cidadã. É nossa Carta Magna que explica a função social que se deve cumprir a propriedade. O sistema capitalista torna muito resistente o entendimento da sociedade quanto ao movimento social em questão, e sempre foi assim. A história nos explica como as desigualdades se formaram, e o porquê da criação do MST.

2. O Marxismo e o artigo 3 ºda Constituição Federal.

A República Federativa do Brasil em nossa Carta Magna explicitou seus objetivos para com a sociedade em seu artigo terceiro, contudo para alcançar essas metas e consequentemente garantir os direitos dos cidadãos é preciso muito mais do que se acontece nos dias atuais, é imprescindível ter em mente que vivemos em um país capitalista que tem um índice eminente de pobreza no qual o estado não consegue e não atende a todos, tornando este problema cada vez maior. Quando se refere a uma leitura Marxista dos artigos constitucionais em questão é para analisar e propor uma perspectiva mais solidária e justa do cenário no qual vivemos e a partir dela vislumbrar a magnitude do Movimento sem terra e compreender a importância que trás não só no plano teórico, mas na prática onde muitas famílias se erguem através dessa ação. É preciso abandonar a idéia de que essa dinâmica é retirar terras para dar a outras pessoas, não se resumi apenas isso e este artigo demonstrará.

Conforme dispõe o artigo terceiro da Constituição Federal:

> 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.

O Marxismo deve ser analisado de acordo com o quadro social em que se vive. Interpretá-lo consiste em harmonizar os problemas sociais no Brasil com os fundamentos de Marx, sendo assim é uma tarefa que requer um olhar sensível da sociedade atual, mas que trará respostas e conquistas de direitos ao plano pratico.

Existe no Brasil uma grande concentração de terras e isso torna maior a desigualdade social, segundo um relatório feito pela Oxfam, rede global de ONGs a estatística é que 1% dos proprietários rurais possui 45% da área rural no Brasil que tem uma estimativa de 4,8 milhões de famílias que não possuem onde morar, ou seja, a Constituição tem como objetivo uma sociedade justa e solidária, mas muitas pessoas não possuem nem onde viver, como exercerão seus outros direitos?

O legislador em seu parágrafo segundo se refere a garantir o desenvolvimento nacional, ora se existe concentração de terras rurais existe também concentração de recursos naturais, portanto quanto mais terra em pouquíssimas mãos pior é para o país, pois interfere no desenvolvimento econômico, social e cultural.

No parágrafo terceiro o legislador fala em erradicar a pobreza e reduzir desigualdades, nada está mais em prol disso do que a Reforma Agrária, onde pessoas através de uma propriedade conseguem exercer outros direitos, conseguem ter uma estrutura familiar e ainda dar uma função social para a terra na qual vivem e levam o país ao desenvolvimento, tornando a nação mais justa e igualitária.

O capitalismo tem como característica a maior concentração de renda, poder político e de propriedade ao longo dos anos e por isso é crucial para garantir os objetivos da Republica um olhar marxista, pois este olhar é o mais puro sentimento de justiça social e preocupação com quem se tem tão pouco.

A Constituição não deve servir a determinada classe e sim estar em prol da coletividade e se esta coletividade necessita com urgência de uma propriedade para fazer valer o direito de redemocratização das terras então é preciso enxergar o MST com total aprovação, pois é quem

faz valer a Reforma Agrária juntamente com INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária, autarquia federal da Administração Pública brasileira). Existe entre a Constituição e o MST um plano de organização, pois não basta a ocupação da terra, mas também a produção que sairá daquele lote que lhe foi cedido.

Os direitos e os deveres devem ser para todos independente de raça, sexo, idade ou origem, o país deve respeitar e promover o bem para qualquer pessoa. A pressão popular e o movimento social estão para isso, fazer com que se cumpra a Constituição em sua totalidade, pressão esta que é legitima fruto de um Estado democrático de direito. Para alavancar o desenvolvimento, equilibrar a distribuição de terras e torná-las produtivas com uma função social e construir então uma sociedade justa e solidaria é que se faz de extrema importância o MST.

> Segundo Marx (2010, p. 49): O homem não existe em razão da lei, mas a lei existe em razão do homem, é a existência humana, enquanto nas outras formas de estado o homem é a existência legal. Tal é a diferença fundamental da democracia.

Como se pode ver Marx diz que a lei deve estar para o homem e não o homem para lei, sendo assim ela deve existir e ser cumprida para beneficio do mesmo, principalmente quando se é protagonista de problema social que atinge o país de forma tão vasta como a falta de moradia. A propriedade é capaz de garantir inúmeros benefícios a uma família que só tende a contribuir para dar a terra à função social e a produtividade que é exigido pelo INCRA, à lei deve sempre estar para quem precisa, pois a razão de sua existência é para o homem.

Para GOHN (1995, p. 44), no que diz movimentos sociais:

> São ações coletivas de caráter sociopolítico, construídas por atores sociais pertencentes a diferentes classes e camadas sociais. Eles politizam suas demandas e criam um campo político de força social na sociedade civil. Suas ações estruturam-se a partir de repertórios criados sobre temas e problemas em situações de: conflitos, litígios e disputas. As ações desenvolvem um processo social e político-

> -cultural que cria uma identidade coletiva ao movimento, a partir de interesses em comum. Esta identidade decorre da força do princípio da solidariedade e é construída a partir da base referencial de valores culturais e políticos compartilhados pelo grupo.

3. Artigo 186 da Constituição Federal

Faz-se urgente abandonar a idéia de que o MST é um movimento no qual retira a propriedade de determinada pessoa para dar a outra, é demasiadamente mais que isso.

Assim dispõe o artigo 186 da Constituição Federal:

> Art. 186 A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:
>
> I - aproveitamento racional e adequado;
>
> II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;
>
> III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;
>
> IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

A nossa carta magna é muito clara sobre a função social que deve ter a propriedade, é responsabilidade de o proprietário cumprir com normas trabalhistas, não degradar o meio ambiente e saber utilizar os recursos naturais, pois caso não o faça da forma correta a função social estará de lado.

É neste momento que o INCRA (Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária) tem seu papel, primeiramente determinada superintendência desta autarquia estabelece os lugares com maior concentração fundiária e onde a maior parte das famílias se encontra, insta ressaltar que propriedades médias e pequenas cujo dono não possui nenhuma outra não serão possíveis de desapropriar. Acontecendo a indicação da propriedade uma equipe juntamente com um perito federal agrário vai ao local para verificar, fazer uma vistoria para ver se está sendo cumprida a função social.

A terra improdutiva se verifica através de duas formas GEE (Grau de Eficiência da Exploração) sendo inferior a 100% e GUT Grau de Utilização da Terra abaixo de 80% por seguinte é preciso que se tenha o decreto de desapropriação para então ajuizar a ação de desapropriação tendo depositado para o proprietário uma indenização (paga em titulo de Divida Agrária) pela terra, o valor se baseia no de mercado para não ser injusto. Quando o INCRA passa a ter a posse às famílias que estão cadastradas são chamadas para fazer com que aquela propriedade seja produtiva atendendo assim a função social logo ajudando para o desenvolvimento do país. É desta forma que se dá a Reforma Agrária, ou seja, uma propriedade que não atende a função social é desapropriada.

De acordo com a Constituição Federal:

> Art. 184 Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.
>
> § 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.
>
> § 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.
>
> § 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.
>
> § 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.
>
> § 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

A propriedade é um direito fundamental e a concentração de terras é uma realidade que afasta a concretização deste direito que desempenha

necessidades humanas primarias, portanto a Reforma Agrária é para que se garanta direito maior a vida. Edson Luiz Peters (2006, p. 125)

A terra desapropriada é passada a uma família do MST para que se tenha ali um meio de produção no qual não deve ter um entendimento reducionista e sim ser enxergado como de fato é, ou seja, um cenário vasto para oportunidades sociais e com mudanças importantes para cada pessoa do movimento e a Reforma Agrária é o meio para o desenvolvimento econômico, sustentável e social. Existem muito conceitos conservadores que precisam ser rompidos, pois esse acesso a terra, esta função social que o MST dá a ela também é a fórmula para o desenvolvimento em vários sentidos como já falado acima, portanto é imprescindível não ter conceitos reducionistas sobre o mesmo.

No Manifesto Comunista obra de Marx e Engels é explicado que quando nasce o proletariado já se inicia sua luta contra a burguesia, e diz mais, o mundo para eles até aquele momento era uma luta de classes, e isso é muito visível nos dias de hoje. Apesar do MST não ser exatamente a representação direta entre a luta do capital com o trabalho devido um dos seus pólos serem por semiproletários e não de fato proletário, mas é influencia de mudanças no plano político e ideológico e jurídico. O progresso, capacidade e o marco da política de lutas do MST estão conectados a crise do movimento operário contemporâneo.

Os semiproletariados afrontam a idéia da democracia burguesa que é liberdade, igualdade e fraternidade, são eles que trazem mudanças no sistema capitalista, possuem viés de uma construção do socialismo, que realmente busca mudanças na sociedade capaz de trazer a igualdade.

Segundo PILATI (2013, p.130), "A função social sob a República Participativa configura-se, então, não mais entre micro e macrossujeito e sob racionalidade meramente econômica, e sim sob o manto da dignidade humana [...]".

4. O Materialismo dialético

O materialismo Dialético é um método Marxista de análise da realidade, das formas de existência material da sociedade e do homem no qual os fenômenos naturais dispõem de movimento. As transformações do ser e

do contexto histórico no qual vive são explicadas por Marx através do materialismo. A matéria nesta teoria filosófica é fonte de consciência, sendo assim a idéia pode ser de acordo com a matéria que a determina.

Quem orienta as formas de pensamento na sociedade é a matéria e por isso a importância de fazer valer os direitos de quem não possuí moradia, educação adequada e trabalho entre outros direitos essenciais.

5. O MST e a Idéia Reagindo à matéria

É a matéria que aponta a forma que irá orientar o homem, mas acontece que em determinado momento histórico as classes sociais não iram se moldar pelo materialismo, a idéia reagirá à matéria. É aqui que talvez possamos analisar o que acontece com as famílias do MST, que possuem seus ideais e a matéria não é superior nem mesmo atinge sua forma de pensar, a busca pela transformação rompe com o materialismo sendo o protagonista nesta relação.

Vale ressaltar que nem sempre é o que acontece, pois existem pessoas que não tem o que comer, onde morar, o que vestir e onde estudar, sendo assim são reféns do materialismo e é ele quem dita sua fonte de consciência segundo a filosofia marxista.

6. Direito Constitucionais através do MST

6.1 Principio da dignidade da pessoa humana

A dignidade é um valor inerente do homem, não pode ele renunciar a ela, portanto é também o fundamento nos países democráticos. São direitos que estão ligados a dignidade humana: direito a liberdade, moradia, direito alimentação ao lazer e entre outros. O direito a moradia é o caminho para as famílias poderem ter uma qualidade de vida e assim terem respeitada sua dignidade humana.

A dignidade do homem não pode ser calculada, não existe um preço para ela, não é um objeto de troca, daí sua importância num estado democrático de direito. Assim dispõe Kant (1986, p.77), no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um

preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto não permite equivalente, então tem ela dignidade.

Infelizmente no Brasil muitas pessoas vivem sem ter onde morar e consequentemente não possuem condições de uma boa alimentação, nem direito a educação e menos ainda ao lazer, portanto o mínimo existencial que é a base para alguém viver com dignidade não esta para todos como deveria segundo a nossa Constituição, e é o Estado quem deve desenvolver programas para efetivar esses direitos para a sociedade. O mínimo existencial deve ser entendido juntamente com a idéia de Justiça Social.

Principio da Dignidade da pessoa humana:

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos:
>
> I - a soberania;
>
> II - a cidadania;
>
> III - a dignidade da pessoa humana;

O MST resgata toda idéia de justiça social e dignidade da pessoa humana, pois é através deste movimento que a Reforma Agrária assegurada pela Constituição de 88 consegue efetivar direitos/garantias fundamentais. Apoiar o MST é fazer valer o mínimo existencial e também mais que isso, é dar para as famílias dignidade, é permitir que este princípio não fique só no plano teórico, no papel e aconteça de fato paras as pessoas que nada possuem. A respeito do assunto MST (1999, p.2) conclui:

Não se limita apenas na conquista de um pedaço de terra para plantar e morar. Além de termos que criar condições para o camponês trabalhar a terra, produzir e comercializar faz-se necessário também criar espaços para que o homem e mulher do campo tenham acesso à saúde, educação, cultura e lazer, resgatando a sua cidadania, desenvolvendo suas habilidades culturais e artísticas, vivendo com dignidade no meio rural.

7. Direito a educação e ao Lazer

A Constituição Federal prevê educação para todos, pois se trata de um direito fundamental, é transformador para um ser humano, e por meio deste que se dá a efetivação de cidadania, também conhecido como um direito social.

A educação é o meio para construir um mundo onde se tenha mais justiça e solidariedade, é também para enriquecer intelectualmente a si mesmo e contribuir de maneira social, se enxergar como integrante do mundo capaz de fazer a diferença.

Lamentavelmente muitas crianças no Brasil junto com suas famílias (muitos adultos analfabetos) não possuem onde morar e o que comer, portanto estudar nessas condições se torna desafiador e complicado, são fáceis vislumbrar que estes problemas são difíceis de enfrentar quando não se tem uma moradia e um trabalho, a educação fica em segundo plano em muitos momentos. É interessante relembrar dos ensinamentos filosóficos de Karl Marx quanto ao Materialismo Dialético quando se fala em educação, ou seja, a fonte de consciência é difícil de obter quando se precisa do materialismo, portanto a posição que se encontra o indivíduo como, por exemplo, os que nada possuem, é uma vida muito precária para conseguirem ter uma idéia, consciência, pensamento revolucionário. Insta ressaltar que a idéia pode reagir à matéria, portanto nem sempre o homem ficará subordinado ao materialismo, podendo reagir a ele e então ter sua fonte de consciência muito além.

Voltando ao direito a educação que a Carta Magna garante é essencial ter o conhecimento dos números que o MST trás em seu site, pois segundo o movimento desde o inicio de sua jornada 2250 escolas publicas foram conquistadas por eles, seja em seu assentamento ou no acampamento e o número de adultos e crianças que possuem acesso a educação chega ser de 200 mil, adultos que conseguiram se alfabetizar é de 50 mil, os que chegam a cursos superiores e técnicos somam 2 mil.

As escolas ensinam sobre o próprio movimento, portanto se torna crucial para eles que estas escolas ensinem sobre economia política, a luta social e a história que os acompanha, um dos intuitos é desenvolver nas crianças uma idéia revolucionária juntamente com conhecimento tradicional das matérias.

A constituição Federal cita a educação em vários artigos, entre um deles está:

''Art. 205. 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. ''

Quando se tem a moradia e o trabalho outros direitos como o lazer começam a se manifestar no meio de convivência nos assentamentos. O tempo no qual trabalham e fazem as lutas sociais é intercalado com bate papos despretensioso e ao som de músicas seja por militantes tocando em sua viola ou por meio de rádios. As crianças além de terem onde morar e estudar também possui tempo para brincar.

O lazer para essas pessoas é extremamente saudável, pois as lutas sociais apesar de tão enriquecedoras e necessárias também são desgastantes e por isso não podem viver sem um tempo para descontração e divertimento.

A Constituição Federal determina o lazer como um direito social e que todos devem ter, é imprescindível para uma boa qualidade de vida e viver com dignidade. O objetivo deste momento tão importante na vida do homem é para que recarregue as energias gastas no trabalho, momento que deve ser lúdico e prazeroso, não se trata apenas de momentos enriquecedores ao corpo e a mente, mas também atende a outras necessidades como a sociológica.

Por isso a Carta Magna trata como um direito social inerente a todo homem e assim dispõe:

> 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

O MST quando dá moradia as famílias e o emprego, fornece de alguma forma o lazer para todos os indivíduos e também abre as portas para a cultura.

8. Direito à alimentação

É um direito fundamental do ser humano a alimentação, segundo Vladimir Brega Filho, (BREGA FILHO, 2002. p. 66) direito fundamental "é o mínimo necessário para a existência da vida humana.".

Falar neste direito é associar urgentemente ao direito a vida e o principio da dignidade da pessoa humana, a fonte de energia para o homem é a alimentação.

O MST tem como objetivo dar a moradia para que nela trabalhem e assim acabam por ter como se alimentar visto que produzem nessas propriedades, mas este modo de produção não é só para o consumo da família e também da sociedade, e ainda tem como um dos seus ideais o princípio que chamam de soberania alimentar que é a produção de alimento saudáveis, sem agrotóxicos ou qualquer modificação genética. Insta lembrar que o alimento além de ser um direito fundamental ao ser humano e que deveria ser para todos infelizmente não é, a quem sobreviva a esta realidade tão triste dia após dia. Vejamos o quão importante é analisar o MST e entende-lo através de uma perspectiva positiva, abandonar a idéia clichê que apenas existem para roubar terras, pois ele é o meio para fazer acontecer direitos constitucionais de caráter fundamental não só para sobrevivência, mas também para viver com dignidade.

É ainda prospero para o desenvolvimento da nação uma vez que um dos objetivos dentro da Reforma Agrária é a mudança na política de exportação para que exporte menos matéria prima e então evite a desvalorização da produção.

9. O Trabalho que trás a Reforma Agrária

A luta para mudança social é constante, eis que o trabalho cotidiano para produção de alimentos para educação e para cultura, e saúde são objetivos do movimento, portanto trabalham não só ligados a produção agrícola, mas também em outros aspectos, essa é uma característica marcante dos sem terras, mas é fato que o trabalho na produção de alimentos é o motor, é a função social que passam a dar a terra.

É sabido que os homens e mulheres na espera das terras têm como um dos propósitos o trabalho, pois é através dele juntamente com a propriedade é terão mais dignidade para viver.

É aqui que se aprofunda o processo de humanização do movimento, a busca incessante para trabalhar pelos princípios nos quais acreditam.

A agricultura Camponesa segundo site do MST é responsável por 70% dos alimentos que chegam a sociedade para consumo, isso de acordo com Censo Agropecuário 2006, este estudo foi há muito tempo e não houve outro no Brasil, é uma pesquisa que é considerada referencia para o campo.

> A definição de agricultura camponesa para Costa (2000, p. 116-130):
>
> É o modo de fazer agricultura e de viver das famílias que, tendo acesso à terra e aos recursos naturais que ela suporta, resolvem seus problemas reprodutivos por meio da produção rural, desenvolvida de tal maneira que não se diferencia o universo dos que decidem sobre a alocação do trabalho dos que se apropriam do resultado dessa alocação.

10. Moradia

A luta é para que todos possuam uma moradia e nela exerçam as demais atividades inerentes a todo ser humano. Ao analisar o período histórico do Brasil é muito perceptível de onde veio a desigualdade na distribuição de terras, e este problema perpetuou até os dias atuais e como se não bastasse o sistema capitalista é precursor de maiores e futuras concentrações de propriedades, isto explica a importância de entender o movimento social e ter sobre ele um sentimento de aprovação.

A moradia é fundamental para as famílias viverem com mais dignidade, é um direito social essencial e que abre portas para outros direitos.

Em encontro com o direito a moradia o MST leva o país ao desenvolvimento econômico e social, garantindo uma sociedade mais igualitária e justa onde as minorias não só tenham onde morar, mas também possam trabalhar e assim possam gozar do seu direito de lazer e educação entre outros.

11. Pontuando o Marxismo na realidade do MST e na Constituição Federal

Para Marx quem tem o poder de mover a história são os que se encontram na sociedade de maneira desfavorável, é sua luta pela mudança social, econômica e cultural que fazem a diferença para melhor qualidade de vida e pela justiça social. E por isso o MST tem como fundamento de sua criação o Marxismo.

O MST e Marxismo é o alicerce para alcançar uma sociedade mais justa cujo objetivo se dá através da Constituição Federal que prevê a Reforma Agrária, entretanto os direitos sociais que todos deveriam desfrutar vão a contra mão, pois a realidade da sociedade é bem diferente do que deveria ser. Ela reflete o homem vivendo sem ter onde trabalhar, o que comer e obviamente sem ter condições de zelar pela sua educação e lazer e é aqui que entra o olhar solidário e compreensivo para enxergar o movimento social em questão como à busca do que é mais puro e essencial para sua existência com a dignidade do homem.

A Constituição Federal é a base para a legalidade do movimento e o movimento é imprescindível para busca e efetivação dos direitos fundamentais atingirem as minorias. A idéia Marxista inspirou o MST que busca democratizar a distribuição de terras e lutar pelos seus direitos sociais, sendo assim há um vinculo cujo único objetivo é levar igualdade e justiça social com dignidade para pessoas que sobrevivem com quase nada e não possuem culpa de seqüelas históricas que só proporcionaram desigualdade que influenciam e perpetuam em suas vidas até hoje.

Referências

ÁVILA, V.R. e LEITE, P.S. Reforma agrária e desenvolvimento na América Latina: rompendo com o reducionismo das abordagens economicistas. Scielo, 2007. Disponível <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20032007000300010> Acesso 10 Set, 2018.

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

CALDART, R.S. O MST e a formação dos sem terra: o movimento social como princípio educativo.Scielo,2001.Disponível<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142001000300016> Acesso: 11 Set.2018.

GOHN, Maria da Glória. Teorias dos movimentos sociais: paradigmas clássicos e contemporâneos. São Paulo: Loyola, 2002.

INCRA. Obtenção de terras. INCRA /Gov., 2018. Disponível <http://www.incra.gov.br/Aquisicao_de_terras> Acesso: 8 Set, 2018.

MORISSAWA, M. A história da luta pela terra e o MST. São Paulo: Expressão Popular, 2001.

NETTO, José Paulo. Curso Livre Marx-Engels - A Criação Destruidora. Boitempo: Editorial, 2015.

MST. A educação do MST. MST /org., 2009. Disponível <http://www.mst.org.br/2009/10/08/a-educacao-do-mst.html> Acesso: 15 Set.2018.

OXFAM. OXFAM Brasil. Oxfam.Org, 2017. Disponível https://www.oxfam.org.br/quem-somos/oxfam-brasil Acesso: 8 Set,2018.

SILVA, N.R.T. O movimento Sem Terra e sua luta pelo direito de propriedade com cumprimento de função social desta. Conteúdo Jurídico, 2016. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-movimento-sem-terra-e-sua-luta-pelo-direito-de--propriedade-com-cumprimento-de-funcao-social-desta,56054.html>Acesso:7 Set,2018.

SILVA, S.B.L. O movimento dos trabalhadores rurais sem terra na perspectiva marxista dos movimentos sociais. Periódicos, 2018. Disponível: http://periodicos.ufes.br/EINPS/article/view/20064/13409 Acesso: 10 Set, 2018.

DIREITO ADMINISTRATIVO

Inovações do decreto federal 8.538/2015: tratamento favorecido, diferenciado e simplificado a microempresas, empresas de pequeno porte e equiparados.

Adriano Selhorst Barbosa

1. Licitações

A Constituição Federal, em homenagem aos diversos princípios aplicados a Administração Pública, entendeu pela utilização das licitações públicas como regra geral para compras e a celebração de seus contratos. Confira-se o art. 37, inciso XXI da CF/88:

> "Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> [...]

> XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações." (grifado).

Neste sentido, foi sancionada a Lei Federal 8.666/93, destinada a regulamentar o artigo supracitado, ou seja, instituir as normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública.

Assim, podemos conceituar licitação como o procedimento administrativo e obrigatório, adotado pela Administração Pública, que precede a celebração de contratos com terceiros, com observância aos princípios da isonomia, da seleção da proposta mais vantajosa e promoção do desenvolvimento nacional sustentável, pautados no processamento e julgamento em conformidade com os princípios do direito administrativo[3].

A própria lei 8.666/93 elenca as modalidades de licitação, as quais são concorrência, tomada de preços, convite, concurso e leilão. A posteriori, a Lei Federal 10520/02, instituiu a modalidade de pregão (presencial), com vistas à realização de pregão eletrônico, conforme parágrafo 1º, artigo 2º, regulamentado pelo Decreto 5450/05.[4]

Além das normas relativas às modalidades de licitação, cabe maior atenção a Lei Complementar 123/06, que disciplina o tratamento diferenciado das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nas licitações.

---

3. BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993, art. 3º "... princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

4. Observar a existência do RDC, instituído pela Lei 12.462/11, que afasta a aplicação da Lei 8666/93.

2. Microempresa, empresas de pequeno porte e equiparados

A Lei Complementar 123/06 teve inicialmente como escopo instituir o estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte. Neste sentido, o legislador abarcou em um primeiro momento a possibilidade de tratamento diferenciado para as mesmas. Entretanto, tal ferramenta[5] tinha caráter facultativo, não recebendo a devida atenção.

Com o advento da Lei Complementar 147/14, que deu nova redação ao art. 47 da Lei Complementar 123/06, tornou-se imperativo a utilização do tratamento diferenciado e simplificado as ME e EPP, suprindo a eventual lacuna, ao afastar as dúvidas relacionadas a sua aplicação. Confira-se:

> "Art. 47. Nas contratações públicas da administração direta e indireta, autárquica e fundacional, federal, estadual e municipal, deverá ser concedido tratamento diferenciado e simplificado para as microempresas e empresas de pequeno porte objetivando a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito municipal e regional, a ampliação da eficiência das políticas públicas e o incentivo à inovação tecnológica." (grifado).

Ainda, no mesmo sentido, cabe salientar que a Lei Complementar 147/14 acrescentou novo texto a Lei 8.666/1993, com propósito de garantir tal tratamento distinto as ME e EPP:

> "Art. 5º -A. As normas de licitações e contratos devem privilegiar o tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de pequeno porte na forma da lei."

Cumpre adiantar, que, a Lei Complementar 147/14 elencou nos artigos 48 e 49, as ferramentas capazes de tornar o tratamento diferenciado e simplificado. Tais artigos contém a base para grande maioria das inovações que foram regulamentadas através do Decreto 8.538/2015, objeto deste trabalho.

5. Redação da Lei Complementar nº 123/06, anterior a Lei Complementar nº 147/14.

Conclui-se, portanto, que para o exame da questão do tratamento favorecido, diferenciado e simplificado, as normas que possibilitaram sua evolução devem ser observadas em paralelo ao recente Decreto 8538/15.

3 Decreto 8.538/2015: Tratamento favorecido, diferenciado e simplificado

Como observado, várias alterações são provenientes da Lei Complementar 147/14, todavia torna-se importante a análise do Decreto 8.538/2015 em virtude não só de sua recente aplicação, mas principalmente pela sua forma de regulamentar e clarificar as normas anteriores. Para tanto, serão analisados nos tópicos a seguir, os pontos mais relevantes deste decreto, em comparação as modificações implementadas.

3.1 Ampliação do tratamento diferenciado

A Lei Complementar 123/06, originalmente, se destina a tratar as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, as quais devem obedecer às determinações legais de registro, e, são limitadas, principalmente, pelo critério financeiro:

> "Art. 3º Para os efeitos desta Lei Complementar, consideram-se microempresas ou empresas de pequeno porte, a sociedade empresária, a sociedade simples, a empresa individual de responsabilidade limitada e o empresário a que se refere o art. 966 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), devidamente registrados no Registro de Empresas Mercantis ou no Registro Civil de Pessoas Jurídicas, conforme o caso, desde que:
>
> I – no caso da microempresa, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais); e
>
> II – no caso de empresa de pequeno porte, aufira, em cada ano-calendário, receita bruta superior a R$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R$ 4.800.000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais)." (grifado)

Na concepção do Decreto 8.538/2015 a aplicabilidade das normas foi ampliada, em conformidade com a nova redação propiciada pela Lei Complementar 147/14, de modo a equiparar o agricultor familiar, produtor rural pessoa física, Microempreendedor Individual (MEI) e sociedades cooperativas de consumo (elencada na Lei 11.488/07). Para fins didáticos, as Microempresas, Empresas de Pequeno Porte e Equiparados serão denominados MEEPPE.

3.2 Rol de subordinados

O Decreto 8538/15 é claro em definir como obrigatória a aplicação de tratamento diferenciado pelos órgãos da Administração Pública Federal direta, os Fundos Especiais, as Autarquias, as Fundações Públicas, as Empresas Públicas, as Sociedades de Economia Mista e as demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União.

Apesar de parecer algo previsível em virtude do caráter da lei, já foi muito debatida a aplicação, principalmente no caso das empresas públicas e sociedades de economia mista. Isto porque, na alteração do art. 47 da Lei Complementar 123/06, não é mencionado à obrigatoriedade na aplicação do tratamento diferenciado para esse caso particular. Todavia, mesmo havendo referência no art. 77, parágrafo 2º da mesma lei (entidades paraestatais), na 8.666/1993 (mencionado art. 5ºA), assim como os preceitos da Constituição Federal vigente, foi importante a previsão taxativa, a fim de evitar demandas judiciais para esquiva do tratamento diferenciado.

Ainda, neste sentido, cabe ressaltar que os Estados, o Distrito Federal e Municípios estão obrigados a aplicar as disposições do Decreto 8.538/2015 nos casos de transferências voluntárias e enquanto não sobrevier legislação local mais favorável as MEEPPE.

3.3. Previsão expressa no instrumento convocatório

A Lei 123/06 em momento anterior determinou que o tratamento diferenciado não seria aplicado no caso de inexistência de previsão expressa no instrumento convocatório. Tal previsão acabou possibilitando um pretexto normativo para não aplicação do tratamento diferenciado.

Noutro sentido, o decreto 6204/06 tornou obrigatória a previsão expressa no instrumento convocatório os critérios de tratamento diferenciado. Oportunamente a Lei Complementar 147/14 revogou a previsão de exceção, para aplicação, no caso de inexistência de previsão expressa.

Posteriormente, a regulamentação do Decreto 8.538/2015, herdou a obrigatoriedade de previsão expressa, todavia sem qualquer menção a inaplicabilidade por ausência.

Não se trata de inovação exclusiva do Decreto 8.538/2015, entretanto, a manutenção do entendimento que formou-se na última década é primordial para evolução e aplicação dos direitos relacionados ao tratamento diferenciado.

3.4. Regularização fiscal posterior

A Lei Complementar 123/06 tornou obrigatória às MEEPPE, na participação de processos licitatórios, a apresentação de documentação relativa à regularidade fiscal. Neste ensejo, possibilitou o prazo de dois dias (prorrogáveis a critério da Administração) para regularização, pagamento ou parcelamento, a fim de sanar a restrição. O prazo foi estendido pela Lei Complementar 147/14 para cinco dias úteis.

O Decreto 8538/15 tornou a regularidade fiscal das MEEPPE exigível apenas para efeitos de contratação, excluindo a regularidade como condição de participação. O prazo foi mantido em cinco dias úteis, todavia foi estipulado que o prazo será contado de duas formas, a partir da divulgação da fase habilitação para Pregão e RDC, e da divulgação do julgamento para as modalidades previstas na lei 8666/93 (e RDC com inversão de fases).

Importante destacar que, o Decreto 8.538/2015 revogou a obrigatoriedade de prorrogação do prazo de regularização prevista no Decreto 6204/06. Alteração adequada, em função da finalidade da licitação, que é atingir o objetivo do edital, conforme os critérios estabelecidos pela própria Administração Pública.

Por último, convém ressaltar que a Lei Complementar 155/16 alterou a disposição a fim de incluir as questões trabalhistas como alvo de regularização.

3.5. Subcontratação

Uma das formas de tratamento diferenciado diz respeito à subcontratação de MEEPPE, que, conforme a Lei Complementar 123/06, poderá ser exigida dos licitantes, para serviços (para bens, somente se vinculados à prestação de serviço acessório). No caso de sua utilização, a obrigação deve estar prevista no instrumento convocatório, e pode penalizar o licitante que a descumprir com a rescisão contratual, sem prejuízo de outras sanções. Caso seja optado pela utilização, deve constar no instrumento convocatório a inaplicabilidade em caso da contratada ser MEEPPE ou consórcio de MEEPPE (na totalidade ou em participação superior a parcela de subcontratação).

Em primeiro momento, o Decreto 8538/15 estabelece que o percentual mínimo e máximo deve ser determinado no instrumento convocatório. Esta orientação é coesa com a anterior alteração da 123/06, em que a LEI COMPLEMENTAR 147/14 revogou a limitação de 30%, deixando a critério do ente a definição.

Importante observar que a contratada possui diversas responsabilidades, como a indicação e qualificação da subcontratada, bem como o valor e parcela de subcontratação. No mesmo sentido, esta responsabilidade se manifesta na questão da regularidade fiscal da MEEPPE subcontratada, que deve ser apresentada tanto na habilitação, quanto na vigência do contrato. Destaca-se, que, mesmo no caso da MEEPPE operar como subcontratada, aplica-se o beneficio da regularização fiscal posterior, prevista no art. 4º, parágrafo 1º do Decreto 8538.

Ainda, no que tange a responsabilidade da contratante, deve ser observado:

> a) Substituição da subcontratada, no prazo de 30 (trinta) dias, em caso de extinção da subcontratação, ou demonstrar a inviabilidade de substituição, absorvendo a parcela subcontratada;
>
> b) Incumbência pela padronização, compatibilidade, gerenciamento e qualidade da subcontratação (os empenhos e pagamentos da subcontratada são destinados diretamente, sem intervenção da contratada).

Contudo, devem ser observadas as vedações, as quais abrangem: à sub-rogação completa e/ou da parcela principal da contratação; à subcontratação de MEEPPE participante do mesmo processo licitatório e/ou de MEEPPE com sócio em comum com a empresa contratante; e a exigência de determinado item, parcela e/ou empresa especifica para a subcontratação.

3.6. Empate ficto: licitação técnica e preço

O termo empate ficto é conhecido de longa data nas licitações, ocorrendo nos casos em que a MEEPPE apresenta lance até 10% superior (ou 5% em caso de Pregões) ao melhor colocado na licitação.

A questão que aparentemente tratava apenas do preço, ganhou novo contorno com o Decreto 8.538/15, que versa sobre sua aplicação as licitações do tipo técnica e preço. Confira-se:

> "§ 8º Nas licitações do tipo técnica e preço, o empate será aferido levando em consideração o resultado da ponderação entre a técnica e o preço na proposta apresentada pelos licitantes, sendo facultada à microempresa ou empresa de pequeno porte melhor classificada a possibilidade de apresentar proposta de preço inferior, nos termos do regulamento."

Assim, temos que, no caso de uma equivalência de técnica entre dois licitantes, sendo um MEEPPE, é permitido que este tenha possibilidade de apresentar nova proposta inferior ao melhor colocado, proporcionando um empate ficto de técnica e preço.

3.7. Licitação exclusiva

O Decreto 6204/06 elencava o instituto das licitações de participação exclusiva das MEEPPE, desde que o valor total da contratação estivesse limitado a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais). Apesar da imensa importância, tal ferramenta acabava limitada em casos de entes que realizavam apenas contratações vultuosas (superior ao valor limite), de modo a inviabilizar o uso.

Contudo, a regulamentação do Decreto 8.538/15 deu outra extensão para a utilização das licitações exclusivas:

> "Art. 6ª Os órgãos e as entidades contratantes deverão realizar processo licitatório destinado exclusivamente à participação de microempresas e empresas de pequeno porte nos itens ou lotes de licitação cujo valor seja de até R$ 80.000,00 (oitenta mil reais)."

Como se observa, não existe mais limite na totalidade do valor contratado para que seja aplicada a exclusividade. VARESCHINI (2016, p.7) pondera que:

> "Tal modificação teve o intuito de impedir que órgãos e entidades públicas descumpram seu comando (já que facilmente poderiam inserir itens de natureza diversa na mesma licitação apenas para ultrapassar o valor definido como obrigatório para a destinação da licitação às ME/EPP) e também o de coadunar-se com a regra imposta pela Lei 8.666 (parcelamento do objeto e ampliação da competitividade), tal qual prevê o art. 23, nos parágrafos 1º e 2º."

Desta forma, absolutamente qualquer licitação, independe do quão oneroso o valor global, deve dispor de itens ou lotes exclusivos, se estes tiverem valor inferior a R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

3.8. Sistema de cotas MEEPPE

A sistemática de realização de cotas MEEPPE em licitações foi fundada no Decreto 6204/07, entretanto a mesma não possuía caráter obrigatório. Contudo, na sua revogação pelo Decreto 8.538/15, foi impelida a utilização de cotas em processos licitatórios com bens divisíveis:

> "Art. 8º Nas licitações para a aquisição de bens de natureza divisível, e desde que não haja prejuízo para o conjunto ou o complexo do objeto, os órgãos e as entidades contratantes deverão reservar cota de até vinte e cinco por cento do objeto para a contratação de microempresas e empresas de pequeno porte."

Pela letra da norma anterior, é possível deduzir que a obrigatoriedade veio com a exclusão da aplicação de cotas em "serviços e obras". Tal fato se deve ao melhor aproveitamento da subcontratação nos casos de serviços e obras, que de fato, permanece sendo uma faculdade do ente.

Noutro sentido, o sistema de cotas se traduz na obrigatoriedade do instrumento convocatório, de bens divisíveis, acima de R$ 80.000,00 (oitenta mil reais), reservar até 25% do objeto contratado as MEEPPE. Entende-se, em analogia ao mecanismo da licitação exclusiva, que, a reserva de cota deve ser aplicada aos itens e lotes, independente do valor global a ser contratado.

Tal interpretação pode gerar dúvida quanto à aplicação em contratações de valor vultuoso, já que não se prevê diretamente uma limitação além de 25%. Em uma contratação na casa dos milhares, o valor da cota de 25% poderia simplesmente afastar as MEEPPE, haja vista as limitações em seu tamanho e potencial financeiro.

Destarte, interpretando a mens legis, na qual o legislador entende como R$ 80.000,00 (oitenta mil reais) o valor máximo que deva ser destinado as MEEPPE, tem-se que o valor de 25% deva estar limitado a mesma maneira. Desta forma, entende-se que o melhor objetivo do regulamento é atingido com a cota limitada a 25%, desde que inserido em R$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

Indispensável observar, que, na cota principal (diferença entre a reservada para o total da contratação, de livre disputa) não existe nenhum impedimento quanto a participação de uma MEEPPE. Inclusive, por tratar-se de livre disputa, é aplicável o mecanismo de empate ficto, possibilitando o tratamento diferenciado. No mesmo sentido, ressalta-se que a MEEPPE pode ser vencedora de ambas as cotas.

Na hipótese da MEEPPE ser declarada vencedora da totalidade do objeto (ambas as cotas), a contratação das duas cotas será realizada através do menor preço ofertado entre as cotas, em conformidade com o princípio da economicidade.

Ainda quanto à cota reservada, convém ressaltar que nas licitações por registro de preço ou entrega parcelada, deve ser previsto no instrumento convocatório a prioridade de aquisição da cota reservada, excetua-se apenas as condições inadequadas a serem justificadas.

Por fim, no caso de não ser declarado vencedor para a cota reservada, esta retorna a principal, possibilitando que seja adjudicada ao vencedor ou na sua recusa, aos licitantes remanescentes, observada a manutenção do preço da cota principal.

3.9 Empate ficto geográfico

O tratamento diferenciado a MEEPPE pode se valer da questão local e região, em consonância com o art. 48, parágrafo 3, da Lei Complementar 123/06. Se for justificada, a contratação de MEEPPE, sediada local ou regionalmente, pode ser priorizada, desde que, o valor para com o melhor classificado esteja limitado a 10% .

O Decreto 8.538/15 regulamenta esta forma de tratamento, funcionando como uma espécie de empate ficto "geográfico", no qual, a MEEPPE inserida no âmbito local ou regional pode apresentar proposta inferior a vencedora.

Apesar dos diversos pormenores deste tratamento, existem dois pontos de grande relevância. O primeiro no que se refere ao conceito de local e regional. O Decreto 8.538/15 disciplina no art. 1, parágrafo 2, o que se entende por estas definições:

> "§ 2º-Para efeitos deste Decreto, considera-se:
>
> I - âmbito local - limites geográficos do Município onde será executado o objeto da contratação;
>
> II - âmbito regional - limites geográficos do Estado ou da região metropolitana, que podem envolver mesorregiões ou microrregiões, conforme definido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE;" (grifado)

Os parâmetros são objetivos quanto ao âmbito local (município) e regional (Estado ou região metropolitana), todavia, pode ser considerado espaço de geográfico diverso, desde que devidamente justificado.

O outro ponto diz respeito ao melhor preço ser oferecido por MEEPPE, sediada no âmbito local ou regional. Nesta situação, fica impossibilitada concessão do empate ficto "geográfico", vez que a melhor colocada detêm o mesmo benefício, em virtude do princípio da isonomia.

3.10 Declaração de enquadramento

O Decreto 8.538/15 impõe que deve ser exigido da MEEPPE uma declaração, sob as penas da lei, que a mesma cumpre os requisitos legais para usufruir do tratamento diferenciado. A norma regulamentadora segue a mesma ideia apresentada no decreto já revogado, entretanto, inova quanto à atenção dada ao desenquadramento.

O licitante que ultrapassar o limite de faturamento previsto no art. 3º da Lei Complementar, no ano fiscal anterior, deve solicitar seu desenquadramento como beneficiado do tratamento para MEEPPE.

A inércia na comunicação do desenquadramento pode resultar na declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública, dentre outras sanções no caso de tentar ou usufruir indevidamente dos benefícios estabelecidos.

3.11 Exceções ao tratamento favorecido, diferenciado e simplificado

Existem alguns casos em que é possível o afastamento do tratamento diferenciado para as MEEPPE. O art. 10 do Decreto 8.538/15 define, de forma geral, as causas de não aplicação da exclusividade de participação, da subcontratação e da reserva de cotas.

A primeira exceção diz respeito à inexistência de 3 (três) fornecedores enquadrados como MEEPPE, sediados local ou regionalmente e capazes de cumprir as exigências estabelecidas no instrumento convocatório. A princípio não há inovação, vez que já existe está previsão no art. 49, inciso II, Lei Complementar 123/06. Contudo, com a orientação do conceito de local e regional, foram delimitadas de forma clara a localização das empresas competitivas.

Noutro sentido, está a questão do tratamento diferenciado representar prejuízo ou não possibilitar vantagem para a Administração Pública. Também previsto na Lei Complementar 123/06, o tratamento diferenciado não será aplicado em caso de prejuízo a Administração Pública ou ao objeto contratado. A contratação não é considerada vantajosa quando resulta em majoração do valor estimado (onerosidade na contratação),

ou nos casos em que a aplicação do tratamento seja incompatível com o objeto, obra ou serviço licitado (deturpação da contratação).

Ainda, no que tange as licitações de caráter dispensável ou inexigível (art. 24 e 25 da Lei 8.666/93), não se aplica os citados benefícios, exceto no caso de licitação dispensável em função do valor. Nestes casos, a licitação dispensável deve privilegiar a contratação de MEEPPE.

Por fim, destaca-se que o tratamento diferenciado não é aplicado, mediante justificativa, se a contratação não atingir um dos objetivos do Decreto 8.538/15, quais sejam: a promoção do desenvolvimento econômico e social no âmbito local e regional; a ampliação da eficiência das políticas públicas; e o incentivo a inovação tecnológica.

Considerações finais

Este artigo buscou analisar e compreender o tratamento favorecido, diferenciado e simplificado concedido as Microempresas, Empresas de Pequenos Porte e Equiparados em licitações.

O estudo das normas relacionadas a este tratamento demonstra que, havia uma lacuna para com a aplicação da norma. O Decreto 8.538/2015 sanou em grande parte essa deficiência, ao empregar a obrigatoriedade em muitos casos e regulamentar de forma clara as diversas ferramentas, tais como as licitações exclusivas, a reserva de cota e a subcontratação.

Neste momento a Administração Pública está no primórdio de sua aplicação, todavia, já é claro que o Decreto beneficia e beneficiará cada vez mais as Micro e Pequenas Empresas. Assim, atingindo um dos principais objetivos da licitação e da Constituição Federal, o desenvolvimento econômico e a eficiência das Políticas Públicas.

Referências

BRASIL. Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 28/07/2015.

BRASIL. Lei Complementar nº 123 de 14 de dezembro de 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp123.htm Acesso em 28/07/2018.

BRASIL. Lei Complementar nº 147 de 07 de agosto de 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp147.htm Acesso em 28/07/2018.

BRASIL. Lei nº 8.666 de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm Acesso em 28/07/2018.

BRASIL. Decreto nº 6.204 de 05 de setembro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6204.htm Acesso em 28/07/2018.

BRASIL. Decreto nº 8.538 de 06 de outubro de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/d8538.htm Acesso em 28/07/2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. São Paulo: Atlas, 2014, 27ª Edição.

VARESCHINI, Julieta Mendes Lopes. Alterações Promovidas nas Licitações pela Lei Complementar 147/14 e Decreto 8.538/15, 2016. Disponível em: https://www.jmleventos.com.br//pagina.php?area=coluna-juridica&acao=download&dp_id= 133 Acesso em 28/07/2018.

Gestão pública e sustentabilidade cultural: museus do Brasil

Bárbara Dias Cabral

Introdução

Passado, presente e futuro se misturam de forma especial em um lugar: os museus. É notório que a gestão dos museus no Brasil tem saído dos eixos nos últimos anos. Para que seus gestores possam atuar de forma transformadora, voltada para a população e propiciando do desenvolvimento social e regional, é preciso investigar o que tem sido feito em termos de políticas públicas culturais.

Tem por objetivo apontar uma resposta para o desarranjo cultural inegável pelo qual o Brasil está vivendo. Assim como os museus, olhará para o passado, buscando soluções no presente que possam abrir as portas para o futuro cultural bem-sucedido no País. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica.

Para tanto, o trabalho se propõe a pensar sobre as dimensões da sustentabilidade, focando na sustentabilidade cultural. Num segundo momento, dará uma listagem das principais legislações sobre gestão, cultura, museus e sua relevância. Por fim, destacará pontos importantes do relatório de gestão do Ibram referente ao ano de 2017.

1. As dimensões da sustentabilidade

Nos últimos anos, começou a fazer parte do vocabulário usual do brasileiro os conceitos de desenvolvimento sustentável e de sustentabilidade, como algo positivo e politicamente correto. A Organização das Nações Unidas, através do relatório Nosso Futuro Comum, publicado pela Comissão Mundial para o Meio Ambiente e o Desenvolvimento (CMMAD, 1987) elaborou o seguinte conceito: Desenvolvimento sustentável é aquele que busca as necessidades presentes sem comprometer a capacidade das gerações futuras de atender suas próprias necessidades.

Mikhailova (2004, p. 28) Considera que: o sentido mais importante da sustentabilidade é que ela simplesmente representa a justiça em relação às gerações futuras. Analisando mais profundamente sobre o termo, Oliveira (2002) cita Sachs ao tratar de suas cinco dimensões: discutindo a questão do desenvolvimento sustentável, aponta cinco dimensões de sustentabilidade dos sistemas econômicos, que devem ser observadas para se planejar o desenvolvimento: social, econômica, ecológica, espacial e cultural (SACHS apud OLIVEIRA, 2002, p.43).

De todas as especificidades da sustentabilidade, seu viés cultural é o que mais interessa ao trabalho. Ademais, em solo brasileiro, a sustentabilidade ganhou *status* de princípio constitucional - o que também merece especial atenção. Assim foi feito, no entender de Duarte (2013, p. 264) por ser necessária para a continuidade e progresso da sociedade em termos humanitários. Estes serão os tópicos abordados no capítulo.

1.1. O Princípio Constitucional da Sustentabilidade

A Sustentabilidade, como será demonstrado nos itens que se seguem, é um conceito doutrinário plurilateral. Porém, antes de tudo, é importante apresenta-la como um conceito sistêmico-constitucional brasileiro e norma de supremacia em relação às demais do ordenamento jurídico pátrio. Embora não seja um comando expresso, é possível extrair do texto constitucional tal ideia (BRASIL, 1988):

> 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.
>
> Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.

A Constituição Federal de 1988 consolidou e complementou em seu texto os direitos previstos na Lei nº 6.938/1981, inserindo um capítulo exclusivo ao meio ambiente, titulado Ordem Social. Além dos textos acima transcritos, pode-se citar os art. 5º, LXXIII; art. 20, II a XI e §1º; art. 21, IX, XII, b e f, XV, XIX, XX, XXIII, a, b e c, e XXV; art. 22, IV, X, XII, XVIII e XXVI; art. 23, II, III, IV, VI, VII, IX e XI; art. 24, I, VI, VII, VIII e XII; dentre outros diversos dispositivos constitucionais. Analisando os textos constitucionais supramencionados, Freitas (2012, p. 71) infere que:

> a sustentabilidade é (a) princípio constitucional imediata e diretamente vinculante (CF, artigos, 225, 3º, 170, VI, entre outros), que determina, sem prejuízo das disposições internacionais, a eficácia dos direitos fundamentais de todas as dimensões (não somente os de terceira dimensão) e que (c) faz desproporcional e antijurídica, precisamente em função do seu caráter normativo, toda e qualquer omissão causadora de injustos danos intrageracionais e intergeracionais.

Tal princípio tem por objetivo a continuidade das bases vitais da produção e reprodução do homem com suas atividades, assegurando relações satisfatórias e igualitárias entre homens, e, entre homens com o seu meio ambiente, objetivando que o desfrute dos mesmos recursos que temos hoje esteja à disposição das gerações futuras (FIORILLO, 2006). Por meio das provas apresentadas, é possível concluir que a Sustentabilidade é um consolidado princípio constitucional.

1.2. Sustentabilidade Social, Econômica, Ecológica e Espacial

Diferenciado os conceitos de sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, cabe agora abordar as cinco dimensões da sustentabilidade. Sobre o tema, discorrem Araújo e Coelho (2014, p. 5) que:

> Se o desenvolvimento sustentável é um modelo de desenvolvimento, a sustentabilidade pode ser definida como um conceito relacionado à continuidade dos aspectos econômicos, políticos, sociais, culturais e ambientais da sociedade humana. Deste modo, para que um empreendimento humano seja sustentável, deve-se basear neste cinco alicerces, tendo de ser economicamente viável, politicamente adequado, socialmente justo, culturalmente aceito e ecologicamente correto. Nota-se que, a partir de uma perspectiva sistêmica, fica mais nítido o alto grau de correlação manifestado pelos aspectos da sustentabilidade.

Deixando para trás questões concernentes ao desenvolvimento sustentável, cumpre neste tópico tratar de 4 (quatro) dos 5 (cinco) prismas da Sustentabilidade (Social, Econômica, Ecológica e Espacial). A sustentabilidade cultural – por estar diretamente ligada à temática do trabalho – ganhará tópico especial.

Em primeiro lugar, pode-se extrair a importância da Sustentabilidade Social do Preâmbulo da Constituição vigente, quando diz que (BRASIL, 1988):

> "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte, para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

A partir da leitura, pode-se definir, a Sustentabilidade Social como modo de convívio social equilibrado de uma sociedade marcada pela solidariedade e participação. Ademais, na visão constitucional, para alcançar tal harmonia é necessário levar em consideração os fundamentos políticos e econômicos. A Sustentabilidade Econômica, então, é a busca pelo equilíbrio entre o uso dos recursos naturais disponíveis e a produção de riqueza. Importante destacar que não é uma visão absoluta, pois as decisões econômicas são tomadas por seres humanos (ARAÚJO; COELHO, 2014).

Já a sustentabilidade ecológica refere-se a existência de condições ecológicas necessárias para dar suporte à vida humana em um nível específico de bem estar através de futuras gerações (LÉLÉ, 1991). Esta é a dimensão mais óbvia e conhecida da sustentabilidade:

> mediante a intensificação de usos de processos que imponham a redução do volume de substâncias poluentes, por meio da adoção de políticas de conservação de energia e de recursos, da reciclagem, da substituição por recursos renováveis abundantes e inofensivos e do desenvolvimento de tecnologias capazes de gerar um nível mínimo de dejetos e de alcançar um máximo de eficiência em termos dos recursos utilizados. (IPEA, 2010)

O último dos primas sustentáveis a ser apresentado é a sustentabilidade cultural, que pode ser definida como aquela que:

> é adquirida a partir da equidade distributiva territorial dos aglomerados humanos e econômicos, objetivando minimizar o impacto das regiões metropolitanas, proteger os ecossistemas frágeis e instituir unidades de reservas naturais a fim de proteger a biodiversidade (TCU, 2011).

Pode-se observar que, além de princípio constitucional, a Sustentabilidade é um conceito rico e complexo. Buscando o equilíbrio entre todos os ramos da sustentabilidade, é possível, viável e vantajoso adotar critérios sustentáveis tanto para efeito redução da pressão pelo consumo de recursos naturais, quanto pelo efeito multiplicador e indutor em relação a formas de produção.

1.3. Sustentabilidade Cultural

O ramo da Sustentabilidade a ser destacado neste trabalho, por estar diretamente ligado à gestão de museus, é a sustentabilidade cultural. Não apenas relacionada a museus, a Sustentabilidade cultural abrange patrimônio, criatividade, indústrias culturais, turismo cultural etc. Sobre a história deste viés sustentável contam Martins e Nunes (2010, p. 254) que adveio da Europa e foi:

> implementada oficialmente oito anos após a oficialização do relatório Brundtland que colocaria no pensamento político global o conceito de desenvolvimento sustentável. Pelo que a intromissão da cultura como pilar para o desenvolvimento sustentável pode dizer-se que é recente. É precisamente em 1995 que o Relatório da World Commission on Culture and Development "Our Creative Diversity" introduzira oficialmente a debate o papel da dimensão cultural no âmbito das políticas de Desenvolvimento Sustentável, colocando a cultura a par do crescimento económico, da inclusão social e do equilíbrio ambiental enquanto uma ferramenta fulcral no pensamento e na acção governamental.

Refere-se, nesse entendimento, ao respeito que deve ser dado às diferentes culturas e às suas contribuições para a construção de modelos de desenvolvimento apropriados às especificidades de cada ecossistema, cada cultura, cada local (SILVA, 2011). É relativo ao equilíbrio entre respeito à tradição e inovação (mudanças no interior da continuidade), em oposição à cópia de modelos do exterior (capacidade de autonomia para elaboração de um projeto nacional integrado e endógeno).

Nas últimas décadas, a ideia de museu está inserida numa perspectiva voltada para o desenvolvimento socioeconômico. Deve-se prezar a pluralidade de soluções e a valorização da diversidade das culturas locais, em respeito às especificidades de cada ecossistema de cada cultura e de cada lugar (MELO e CARVALHO, 2016). Entende-se hodiernamente que museu, cultura e sustentabilidade estão intimamente relacionados.

2. Gestão e cultura no direito

Saindo um pouco da visão jurídica e aproximando-nos mais da Administração, está a ciência da Gestão. Em especial, será vista a questão da Gestão Pública e dos museus como manifestação cultural a ser preservada. Para embasar juridicamente, em primeiro lugar será a bordada a relação Gestão e cultura na Constituição Federal. Seguir-se-á apresentando a Gestão na Legislação brasileira. Por fim, será apresentada a relação museus e a legislação brasileira.

2.1. Gestão e cultura na Constituição Federal

Para haver gestão é preciso alguns fatores: organização, pessoas e esforço, cujo o resultado será a produção de bens ou serviços. Especificamente, gestão cultural (MARTINELL, 2003) pode ser compreendida como algo que está associado às suas capacidades de atuação amplas e genéricas, está incorporado aos mais novos setores da vida social contemporânea.

Gestão e cultura são temas intimamente ligados na Constituição federal atual. Da leitura de seu texto, é possível perceber que a gestão de bens culturais no Brasil é eminentemente pública (BRASIL, 1988):

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos; V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;
>
> Art. 30. Compete aos Municípios: IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.
>
> 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.

O gestor cultural deverá ser capaz de materializar e dinamizar no âmbito local, regional e nacional as práticas que configuram a cultura

de uma comunidade (CUNHA, 2013). Cabe a todos os entes federativos a proteção de bens culturais (onde pode-se citar os museus), além de prover ao cidadão meios para acessar esses bens culturais.

2.2. Gestão e cultura na Legislação brasileira

Em solo pátrio, está em vigor o Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017, o qual Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públicos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário. Abaixo da Constituição, é o maior tratado brasileiro de gestão pública.

Especificamente em relação à gestão cultural, tem-se a Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências. Um dos objetivos do Plano Nacional de Cultura é a articulação e integração sistemas de gestão cultural.

Não apenas a União, pode-se citar exemplo de legislação estadual que atrela gestão à cultura. Por exemplo, a Lei nº 3.252, de 31 de julho de 2017, que Dispõe sobre o Sistema de Cultura do Tocantins, como principal articulador, no âmbito estadual, das políticas públicas de cultura, de modo a estabelecer mecanismos de gestão compartilhada com os demais entes federados e a sociedade civil.

Em âmbito municipal, destaca-se a Lei nº 1676 de 20 de dezembro de 2007 DO Rio Branco – AC. Institui o sistema municipal de cultura, estabelece diretrizes para as políticas municipais de cultura. Estabelece novos mecanismos de gestão pública das políticas culturais e cria instâncias de efetiva participação de todos os segmentos sociais atuantes no meio cultural.

2.3. Museus e a legislação brasileira

Não seria possível abordar a legislação brasileira sobre museus sem antes tratar novamente da Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010 –

olhando agora sob outro prisma. Tem como um de seus princípios a promoção do direito à memória por meio dos museus, arquivos e coleções. Como estratégias e ações, propõe Estabelecer programas específicos para setores culturais, principalmente para museus.

Também assume o compromisso de fortalecer e aprimorar os mecanismos regulatórios e legislativos de proteção e gestão do patrimônio cultural, histórico e artístico e dos museus brasileiros. Por fim, busca estimular a compreensão dos museus, centros culturais e espaços de memória como articuladores do ambiente urbano, da história da cidade e de seus estabelecimentos humanos como fenômeno cultural.

O Instituto Brasileiro de Museus foi criado por meio da lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009. Está regulamentada pelo Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013. Já a Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009. Institui o Estatuto dos Museus, regulamentada pelo Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013. Por fim, a Lei nº 12.840, de 09 de julho de 2013 dispõe sobre a destinação dos bens de valor cultural, artístico ou histórico aos museus, nas hipóteses que descreve.

É nítido que o aparato legal da gestão cultural dos museus no Brasil é vasto. Como em todas as áreas em que há políticas públicas, o maior empasse é a execução dessas leis. Como visto nos últimos anos, com perdas irreparáveis ao Museu da Língua Portuguesa e Memorial da América Latina (São Paulo) e, mais recentemente, ao Museu Nacional (Rio de Janeiro), é necessário com urgência que se dê mais atenção à gestão cultural de museus no Brasil.

3. O relatório de gestão – exercício 2017: instituto brasileiro de museus

É importante olhar criticamente para o relatório de gestão cultural de museus referente ao exercício de 2017. Para tanto, três pontos foram destacados: Governança, Gestão Ambiental e Sustentabilidade e Desempenho Orçamentário. Cumpre ressaltar que o Ibram é uma autarquia federal vinculada ao Ministério da Cultura, com sede em Brasília-DF. Entre suas finalidades está implementar políticas públicas para o setor museológico.

3.1. Governança

A expressão "governance" surge a partir de reflexões conduzidas principalmente pelo Banco Mundial, "tendo em vista aprofundar o conhecimento das condições que garantem um Estado eficiente" (Diniz, 1995, p. 400). A ideia de que uma "boa" governança é um requisito fundamental para um desenvolvimento sustentado, que incorpora ao crescimento econômico equidade social e também direitos humanos (Santos, 1997, p. 340-341).

Sobre o tema, resume o relatório de gestão do IBRAM que:

> No âmbito da governança institucional, encerramos o ano de 2017 com a realização da reunião do Comitê de Gestão do Ibram, composto pelos diretores dos Museus Ibram, no intuito de avaliar os impactos das ações daquele ano, bem como a validação do Plano de ação para 2018. Ainda sobre governança, em 2017, elaboramos, em conjunto com o MinC o Plano de Dados Abertos do Ibram, em observância ao Decreto 8.777, de 11 de maio de 2016, que instituiu a Política de Dados Abertos do Poder Executivo. Ela estabelece uma série de compromissos relacionados ao tema. O Plano de Dados Abertos foi assinado em 08/01/2017, com formalização de metas pactuadas entre o Ministério de Planejamento, Desenvolvimento e Gestão e o Minc e vinculadas e, abrindo seus dados em 12/2017, os quais podem ser acessados por meio do link: http://dados.cultura.gov.br/

Informou que faz parte do Plano Anual de Atividades de Auditoria Interna – PAINT, para o ano de 2017, a verificação do cumprimento da Cartilha de Gestão de Riscos do Patrimônio Musealizado Brasileiro e do Programa para a Gestão de Risco ao Patrimônio Musealizado Brasileiro, bem como realizar testes no Inventário dos Museus e do Acervo Museológico. Em nenhuma outra parte do documento, o Ibram apresentou os resultados de verificação da acima mencionada Cartilha. O único momento em que falou sobre ela foi esta breve explicação quando tratou de Governança.

3.2. Gestão Ambiental e Sustentabilidade

O relatório informou que os critérios de sustentabilidade ambiental nas licitações e contratos levam em apreço os processos de extração ou

fabricação, utilização e descarte dos produtos e matérias primas. Falou sobre medidas internas que reduziram, por exemplo, o gasto de energia elétrica. Mas não citou resultados de licitações e contratos sustentáveis.

Tocou na existência Agenda Ambiental na Administração Pública, mas afirmou que o Museu Histórico Nacional ainda não participa da A3P. Os programas de sustentabilidade nos museus apresentados foram simplórios, tais como a campanha de não aquisição de copos descartáveis: "Cada um com seu caneco" e Reaproveitamento de verso de papel para a confecção de blocos para rascunho.

É óbvio que nenhuma medida de preservação do meio ambiente, por menor que seja, merece desprezo. Mas aqui não estamos tratando de um relatório de gestão escolar, mas dos museus brasileiros de projeção mundial. Por fim, Em 2017, foi realizada parte do projeto de publicações do Ibram com a elaboração e produção das publicações "Gestão da Propriedade Intelectual para Museus" e "Museus e a Dimensão Econômica: da Cadeia Produtiva à Gestão Sustentável".

3.3. Desempenho Orçamentário

Nas palavras do próprio relatório (IBRAM, 2018, p. 61):

> O Ibram procura captar recursos de outras fontes junto às unidades do Ministério da Cultura e ao Fundo Nacional da Cultura, viabilizando a implementação de projetos finalísticos, como, por exemplo, obras de restauração e editais de fomento a entidades da área museal. Entretanto, em 2017, o Ibram não recebeu esse tipo de recursos orçamentários. Outro fator que impactou negativamente a execução orçamentária foi que grande parte das dotações suplementares e do limite orçamentário foram liberados próximo ao final do exercício. Consequentemente, houve um acúmulo de empenhos no final do exercício, porém sem condições de realização a contento por falta de tempo hábil para cumprimento de todas as etapas das despesas. Além disso, com a baixa liberação de recursos financeiros, muitos empenhos ficaram pendentes de pagamento, gerando a inscrição de grande volume de restos a pagar não processados em 2017, ou seja, aumentando os compromissos com efeitos financeiros para o exercício seguinte.

Não é possível falar em gestão cultural sustentável no século XXI sem o fornecimento dos recursos necessários. Pouco adianta investir na formação e capacitação dos servidores da cultura se não for dada a eles as ferramentas necessárias para colocar em prática seu conhecimento.

Conclusão

O Brasil precisa avaliar para onde estamos caminhando. Na história, passado e futuro se confundem. Um país sem museus é um país sem história. Só um povo que é proprietário de seu passado é capaz de conduzir seu futuro. Estamos falando do direito a identidade cultural[6] – aquele tão mencionado na Carta Magna.

O trabalho dividiu-se três capítulos. O primeiro concluiu que a Sustentabilidade em todas as suas esferas (Social, Econômica, Ecológica, Espacial e Cultural) é princípio constitucional. O segundo pontuou a legislação brasileira sobre Gestão e cultura, tanto no âmbito federal, quanto estadual e municipal. Também mostrou que a legislação pátria trata dos museus e sua gestão. O terceiro capítulo destacou pontos relevantes do relatório de gestão de museus da Ibram – 2017.

O que se pode observar da leitura do supramencionado relatório é que menciona mais projetos futuros do que efetivos resultados no ano de 2017. Embora os profissionais do Ibram, tenham sido capacitados, a dificuldade na gestão cultural dos museus do Brasil em 2017 girou em torno do déficit orçamentário relatado.

Pode-se concluir que é a extenso o conjunto legislativo sobre a gestão cultural dos museus no Brasil. O maior empasse é a execução dessas leis. É notório o resultado da falta de investimento financeiro para o bom andamento da gestão dos museus: perdas irreparáveis ao Museu da Língua Portuguesa e Memorial da América Latina (São Paulo) e, mais recentemente, ao Museu Nacional (Rio de Janeiro). É necessário urgentemente que se invista mais na gestão cultural de museus no Brasil.

6. Identidade cultural se refere à identificação com, ou ao sentido de se pertencer a um grupo específico baseado em várias categorias culturais, inclusive nacionalidade, etnicidade,

Referências

ARAÚJO, André Fabiano Guimarães de; COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. **A sustentabilidade como princípio constitucional sistêmico e sua relevância na efetivação interdisciplinar da ordem constitucional econômica e social**: para além do ambientalíssimo e do desenvolvimentismo. Disponível em: https://mestrado.direito. ufg.br/up/14/o/artigo_prof_saulo.pdf Acesso em 03 out 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 1988.

_____. Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de 2010. Institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências.

_____. Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009. Institui o Estatuto de Museus e dá outras providências.

_____. Lei nº 11.906, de 20 de janeiro de 2009. Cria o Instituto Brasileiro de Museus – IBRAM.

_____. Lei nº 12.840, de 09 de julho de 2013. Dispõe sobre a destinação dos bens de valor cultural, artístico ou histórico aos museus, nas hipóteses que descreve.

_____.Decreto nº 8.124, de 17 de outubro de 2013. Regulamenta dispositivos da Lei nº 11.904, de 14 de janeiro de 2009, que institui o Estatuto de Museus, e da Lei nº11.906, de 20 de janeiro de 2009, que cria o Instituto Brasileiro de Museus - IBRAM.

_____. Decreto nº 9.094, de 17 de julho de 2017. Dispõe sobre a simplificação do atendimento prestado aos usuários dos serviços públi-

raça, gênero, e religião. A identidade cultural é construída e mantida pelo processo de compartilhamento de conhecimento coletivo, como tradições, herança cultural, linguagem, estética, normas e costumes. Disponível em: https://centerforintercultural dialogue.files. wordpress.com/2017/08/kc22-cultural-identity_portuguese.pdf Acesso em 04 out 2018.

cos, ratifica a dispensa do reconhecimento de firma e da autenticação em documentos produzidos no País e institui a Carta de Serviços ao Usuário.

DINIZ, Eli. **Governabilidade, Democracia e Reforma do Estado: Os Desafios da Construção de uma Nova Ordem no Brasil dos Anos 90**. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 38, nº 3, 1995. pp. 385-415.

DUARTE, Maria Raquel. **Aplicação do princípio constitucional da sustentabilidade como forma de efetivação dos princípios dos juizados especiais federais**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/ direitoepolitica Acesso em: 03 out 2018.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: direito ao futuro. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

IPEA. **Sustentabilidade Ambiental no Brasil**: biodiversidade, economia e bem-estar humano. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros /livros/livro07_sustentabilidadeambienta.pdf Acesso em 04 out 2018.

LÉLÉ, S.M. **Sustainable development**: A critical review. World Development, v.19, n.6, p.607-621, 1991.

MARTINELL, Alfons. **Gestión cultural y procesos de profesionalización**. Texto enviado via correspondência eletrônica, Espanha, 2003.

MARTINS, Ricardo Nogueira; NUNES, Flávio (2016). **A sustentabilidade cultural no âmbito das políticas de desenvolvimento**. Porto: FLUP, pp. 252-263

MELO, Douglas Brandão de; CARVALHO, Rita de Cássia Moura. **Relações entre patrimônio cultural e museus**: um referencial teórico para o desenvolvimento. Mosaico, V. 7, N.10, 2016.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **Relatório de gestão ano-exercício 2017**. Disponível em: https://www.museus. gov.br/wp-content/uploads/2018/04/RelatorioGestao 2017_Ibram.pdf Acesso em 04 out 2018.

MIKHAILOVA, Irina. **Sustentabilidade**: evolução dos conceitos teóricos e os problemas da mensuração prática. Revista Economia e Desenvolvimento, n° 16, 2004.

SANTOS, Maria Helena de Castro. **Governabilidade, Governança e Democracia: Criação da Capacidade Governativa e Relações Executivo-Legislativo no Brasil Pós- Constituinte**. In: DADOS – Revista de Ciências Sociais. Rio de Janeiro, volume 40, nº 3, 1997. pp. 335-376.

TCU. **Revista do TCU**. Disponível em: file:///D:/Usuarios/023648542267/Downloads/112-Texto%20do%20artigo-202-1-10-20150917.pdf Acesso em 04 outo 2018.

OLIVEIRA, Gilson Batista. **Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento**. Revista FAE v. 05 n. 02, Curitiba, 2002.

RIO BRANCO. Lei nº 1676 de 20 de dezembro de 2007. Institui o sistema municipal de cultura, estabelece diretrizes para as políticas municipais de cultura, e dá outras providências

SILVA, Liliana Sousa e. **Sustentabilidade na cultura**: da diversidade cultural à sustentação financeira. Disponível em: http://www.casaruibarbosa.gov.br/ dados/DOC/palestras/Politicas_Culturais/II_Seminario_Internacional/FCRB_Liliana_Sousa_e_Silva_Sustentabilidade_na_cultura.pdf Acesso em 04 out 2018.

TOCANTINS. Lei nº 3.252, de 31 de julho de 2017. Dispõe sobre o Sistema de Cultura do Tocantins – SC/TO, e adota outras providências.

Região metropolitana, governança interfederativa e autonomia federativa dos municípios: um estudo sobre as instâncias deliberativas à luz da Constituição Federal e do Estatuto da Metrópole (Lei Nº 13.089/2015)

Gabriel Carnaúba Alves dos Santos

Introdução

O surgimento das primeiras cidades é fenômeno antigo, que remonta milênios. A urbanização, por sua vez, "constitui fenômeno tipicamente moderno" (SILVA, 2010, p. 20). Em sua obra "Direito Urbanístico Brasileiro", o professor José Afonso da Silva cita os três estágios de evolução das cidades identificados por Gideon Sjoberg - pré-urbano, pré-industrial e industrial moderno - e acrescenta um quarto estágio, calcado na difusão de serviços e tecnologia, que seria o da cidade pós-industrial.

Ensina, porém, que o fenômeno urbano brasileiro se liga à política de ocupação e povoamento na época de Colônia e sua evolução, bas-

tante ligada aos ciclos econômicos (pau-brasil, cana-de-açúcar, café...). Isso explica, também, o porquê do desenvolvimento urbano ter se dado de forma mais intensa próximo em cidades litorâneas, com alguma ramificação para o interior, sobretudo nos estados de Minas Gerais e Goiás, em razão da atividade mineradora.

José Afonso da Silva bem destaca, na mencionada obra, a intensa transformação que teve o cenário urbanístico brasileiro: ao passo que na década de 1940 as cidades brasileiras eram vistas como, na expressão do autor, a possibilidade de avanço e modernização do campo, na década de 1990 sua imagem ganha nova feição, sendo associada a problemas de trânsito, violência, poluição, dentre outros. Com efeito, a mudança da capital para Brasília não só permitiu, como foi um fator atrativo para a interiorização do processo de urbanização, tendo sido as década de 1960 e 1970 as principais responsáveis pelo *boom* desse fenômeno.

Com o crescimento urbano, alguns municípios vizinhos entre si foram tendo, gradualmente, suas malhas urbanas aglomeradas em torno de metrópoles, caracterizando, sob a perspectiva fática, o surgimento de regiões metropolitanas, pelo fenômeno da conurbação. Daí resultam questões jurídicas e urbanísticas comuns entre os municípios, de forma que tal que devem ser solucionadas conjuntamente. Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, "o propósito dessas entidades há de ser, portanto, a viabilidade ou maior eficácia de serviços públicos em áreas compreendidas por mais de um Município. Essas entidades se justificam pela comunhão entre Municípios limítrofes de interesses socioeconômicos" (MENDES, 2016, p. 859).

Um primeiro esforço de criação e regulamentação desses espaços se deu com a Lei Complementar federal nº 14/1973, que criou, no mundo jurídico, as primeiras regiões metropolitanas brasileiras. Em 1988, com a nova Constituição Federal, a competência para legislar sobre tal matéria passou para os estados (art. 25, § 3º). Já em 2015, foi promulgada a Lei federal nº 13.089 (Estatuto da Metrópole), estabelecendo diretrizes e normas gerais sobre as regiões metropolitanas.

Assim, o presente trabalho se propõe a tecer algumas considerações acerca da estrutura de governança interfederativa de região metropoli-

tana, com especial foco para a sua instância deliberativa. Busca-se analisar, também, outras questões, como a participação da sociedade no órgão deliberativo, a constitucionalidade da presença de representantes do Poder Legislativos no respectivo órgão e a questão da desconcentração do poder decisório, tema objeto da ADI 1842/RJ.

1. As regiões metropolitanas no direito brasileiro

As regiões metropolitanas nascem, no mundo fático, do fenômeno da conurbação. Nas lições do professor e então Presidente da República Michel Temer, "as áreas urbanas vão-se aglomerando em torno de um Município maior, eliminando as áreas rurais e fazendo surgir, entre os Municípios, área urbana única, o que passa a exigir a integração dos serviços municipais" (TEMER, 2008, p. 114). No mundo jurídico, porém, o seu nascimento advém da Lei.

José Afonso da Silva comenta que na visão dos tomistas, haveria quatro causas para o surgimento da região metropolitana: a causa eficiente – que é o Estado, na medida em que é sua a competência para legislar sobre a instituição de região metropolitana –, a causa formal – que se resume à lei complementar estadual, por expressa exigência do texto constitucional (art. 25, § 3º, da CRFB) –, a causa material – consubstanciada na existência de municípios limítrofes com as característica tais que propiciem a conurbação e o surgimento da região metropolitana – e a causa final – que concerne à finalidade da instituição da região metropolitana; que tem respaldo na execução de funções públicas de interesses comuns.

O termo constitui, também, um conceito jurídico. José Afonso da Silva, sendo breve e preciso, define como "a conurbação instituída nos termos do art. 25, § 3º, da CF" (SILVA, 2010, p. 155). Já o Estatuto da Metrópole, com redação alterada em 2018, traz em seu artigo 2º, VII, a definição de região metropolitana como sendo a "unidade regional instituída pelos Estados, mediante lei complementar, constituída por agrupamento de Municípios limítrofes para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum".

1.1. Breve histórico

Antes da Constituição de 1988, a competência legislativa para instituir regiões metropolitanas era da União, mediante lei complementar (art. 157, § 10, da CRFB/1967 e art. 164 da EC nº 1/1969).

Por essa razão, em 1973, foi criada a Lei complementar nº 14 que instituiu as regiões metropolitanas de São Paulo, Belo Horizonte, Porto Alegre, Recife, Salvador, Curitiba, Belém e Fortaleza. Com a promulgação da nova Carta, todavia, essa competência foi transferida para os Estados membros, também mediante lei complementar (art. 25, § 3º, da CRFB), cabendo à União legislar, tão somente, sobre diretrizes e normas gerais.

Passados cerca de vinte e sete anos da CRFB, após já sancionadas e promulgadas diversas leis complementares estaduais instituindo suas respectivas regiões metropolitanas, foi promulgada a Lei federal Nº 13.089/2015, que instituiu o Estatuto da Metrópole, estabelecendo "diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas" (art. 1º), além de outras disposições.

1.2. O Estatuto da Metrópole e a gestão metropolitana

O Estatuto da Metrópole, em seu art. 5º, III, impõe que as leis complementares estaduais, ao instituírem a região metropolitana, uma estrutura mínima de governança interfederativa à luz do art. 8º.

Elenca expressamente, ainda, no art. 6º, os seguintes princípios norteadores da governança interfederativa: prevalência do interesse comum sobre o local (inc. I); compartilhamento de responsabilidades e de gestão para a promoção do desenvolvimento urbano integrado (inc. II); autonomia dos entes da Federação (inc. III); observância das peculiaridades regionais e locais (inc. IV); gestão democrática da cidade (inc. V); efetividade no uso dos recursos públicos (inc. VI); e busca do desenvolvimento sustentável (inc. VII).

No art. 7º, encontram-se algumas diretrizes específicas para a promoção da governança interfederativa, das quais merecem destaque: implantação de processo permanente e compartilhado de planejamento e

de tomada de decisão quanto ao desenvolvimento urbano e às políticas setoriais afetas às funções públicas de interesse comum (inc. I); estabelecimento de meios compartilhados de organização administrativa das funções públicas de interesse comum (inc. II); execução compartilhada das funções públicas de interesse comum, mediante rateio de custos previamente pactuado no âmbito da estrutura de governança interfederativa (inc. IV); e participação de representantes da sociedade civil nos processos de planejamento e de tomada de decisão (inc. V).

A governança interfederativa, por sua vez, é definida no artigo 2º, IV, como " compartilhamento de responsabilidades e ações entre entes da Federação em termos de organização, planejamento e execução de funções públicas de interesse comum", e tem por estrutura base, na forma prevista nos incisos I a IV do artigo 8º do diploma em análise: uma instância executiva composta pelos representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas (inc. I); uma instância colegiada deliberativa com representação da sociedade civil (inc. II); uma organização pública com funções técnico-consultivas (inc. III); e um sistema integrado de alocação de recursos e de prestação de contas (inc. IV).

O foco deste trabalho se deterá a reflexões acerca da instância deliberativa das estruturas de governança interfederativa, o que será abordado a seguir.

2. Algumas reflexões sobre a instância deliberativa à luz da CRFB

A redação do inciso II do artigo 8º do Estatuto da Metrópole não repete a previsão do inciso I, que determina a participação de todos os representantes do Poder Executivo dos entes federativos integrantes das unidades territoriais urbanas em sua composição. Isso não quer dizer, entretanto, que a presença de representantes de cada entidade federativa integrante daquela região metropolitana seja dispensável.

Firma-se entendimento, neste ponto, que a participação de representantes de cada ente federativo membro é consequência que extrai dos princípios e das diretrizes delineados pelo próprio Estatuto (vide art. 6º, II e III, e art. 7º, I, II, IV e V). Reforçam tais disposições as do art. 7º-A:

> Art. 7º-A. No exercício da governança das funções públicas de interesse comum, o Estado e os Municípios da unidade territorial deverão observar as seguintes diretrizes gerais: (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018)
>
> I - compartilhamento da tomada de decisões com vistas à implantação de processo relativo ao planejamento, à elaboração de projetos, à sua estruturação econômico-financeira, à operação e à gestão do serviço ou da atividade; e (Incluído pela Lei nº 13.683, de 2018)
>
> II - compartilhamento de responsabilidades na gestão de ações e projetos relacionados às funções públicas de interesse comum, os quais deverão ser executados mediante a articulação de órgãos e entidades dos entes federados."

Toda a ideia de governança interfederativa de regiões metropolitanas pauta-se na ideia de uma gestão colaborativa. Seria sistematicamente ilógico, portanto, interpretar que, em razão do silêncio da redação do inciso, a participação de tais entes seria desnecessária.

Com efeito, embora não seja esta a literalidade da regra, ela deve ser interpretada à luz dos princípios estabelecidos pela legislação, princípios estes que traduzem a própria essência, a própria razão de ser da governança interfederativa.

Nesse sentido, oportuno transcrever trecho da obra "Teoria dos Princípios", do professor Humberto Ávila (2016, p. 95), ao discorrer sobre o critério da natureza do comportamento prescrito para dissociação entre regras e princípios:

> As regras podem ser dissociadas dos princípios *quanto ao modo como prescrevem o comportamento*. Enquanto *as regras são normas imediatamente descritivas*, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser adotada, *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, já que estabelecem um estado de coisas para cuja realização é necessária a adoção de determinados comportamentos. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é, justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.
>
> Com efeito, os princípios estabelecem um estado ideal de coisas a ser atingido (*state of affairs*, *Idealzustand*), em virtude do qual

> deve o aplicador verificar a adequação do comportamento a ser escolhido ou já escolhido para resguardar tal estado de coisas. [...] Por exemplo, o princípio do Estado de Direito estabelece estados de coisas, como a exigência de responsabilidade (do Estado), de previsibilidade (da legislação), de equilíbrio (entre interesses públicos e privados) e de proteção (dos direitos individuais), para cuja realização é indispensável a adoção de determinadas condutas, como a criação de ações destinadas a responsabilizar o Estado, a publicação com antecedência da legislação, o respeito à esfera privada e o tratamento igualitário.

Seguindo essa mesma lógica, visando aos fins estabelecidos pelos princípios, sobretudo relacionados à preservação da autonomia municipal e de uma gestão integrada e colaborativa, não há como excluir da composição da instância deliberativa os representantes dos entes federativos, ainda que não haja uma regra nesse sentido. Do contrário, os entes excluídos não teriam voz na tomada de decisões e, consequentemente, não participariam da escolhas, hipótese esta completamente contrária à intenção do legislador.

2.1 A ADI 1842/RJ e a questão do poder decisório desconcentrado

No item 2 foi suscitada a necessidade de participação de representantes de cada um dos entes federativos que integram a região metropolitana na composição da instância deliberativa. No entanto, não basta compor a e integrar a instância deliberativa, mas sua participação deve ser suficiente para que as pautas daquele ente sejam tenham voz.

Como o Estatuto da Metrópole traça diretrizes gerais, cada estado, ao elaborar suas próprias leis, estabelece disciplinas próprias de como se dará o funcionamento da instância deliberativa. E há municípios que, indubitavelmente, têm mais influência e relevância nos cenários político e socioeconômico que os demais. Normalmente, nestes municípios, que costumam ser as capitais dos estados, é possível se notar uma densidade demográfica mais elevada em comparação com os outros a ele limítrofes, o que importa maior complexidade e, em certa medida, prioridade nas

demandas. Não apenas as capitais, mas o próprio estado, por ter uma atuação regional, acabará tendo demandas que, na prática, podem vir a ser priorizadas em certa medida.

Por essa razão, alguns estados adotam um sistema de pesos para deliberação das políticas a serem implementadas, normalmente se distribuindo mais votos para os entes mais populosos, para a capital e para o estado. E isso, *per se*, é razoável de se pensar. Todavia, por vezes esse sistema de pesos acaba por apagar a representatividade dos municípios menores, inviabilizando, assim, a gestão democrática da cidade (art. 6º, V, do Estatuto da Metrópole) e o compartilhamento da tomada de decisões (art. 7º-A, I, do Estatuto da Metrópole).

Um desses casos foi com a Lei Complementar estadual Nº 87/1997, do Estado do Rio de Janeiro, contra a qual foi ajuizada uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 1842-RJ). A ADI foi julgada "parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão 'a ser submetido à Assembleia Legislativa'" constante de diversos dispositivos daquele diploma (art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro).

Merecem destaque os seguintes trechos do acórdão:

> **3. Autonomia municipal e integração metropolitana.**
>
> A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988).
>
> A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo.
>
> O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal. O mencionado interesse comum não é comum apenas aos municípios envolvidos, mas ao Estado e aos municípios do agrupamento urbano. O caráter compulsório da participação deles em regiões

> metropolitanas, microrregiões e aglomerações urbanas já foi acolhido pelo Pleno do STF (ADI 1841/RJ, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 20.9.2002; ADI 796/ES, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 17.12.1999).
>
> O interesse comum inclui funções públicas e serviços que atendam a mais de um município, assim como os que, restritos ao território de um deles, sejam de algum modo dependentes, concorrentes, confluentes ou integrados de funções públicas, bem como serviços supramunicipais.
>
> [...]
>
> **5. Inconstitucionalidade da transferência ao estado-membro do poder concedente de funções e serviços públicos de interesse comum.**
>
> O estabelecimento de região metropolitana não significa simples transferência de competências para o estado.
>
> O interesse comum é muito mais que a soma de cada interesse local envolvido, pois a má condução da função de saneamento básico por apenas um município pode colocar em risco todo o esforço do conjunto, além das consequências para a saúde pública de toda a região.
>
> O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.
>
> Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha predomínio absoluto. [...]

Com efeito, não se pode permitir que o poder decisório se concentre na mão de um ou de poucos entes federativos. Do contrário, estar-se-ia não só desrespeitando princípios metropolitanos, mas estar-se-ia ferindo a própria Constituição, ao violar a autonomia federativa.

Na governança interfederativa de uma região metropolitana, dois princípios aparentam confrontar-se constantemente. De um lado, tem-se a autonomia federativa reconhecida aos Municípios (art. 18, da CRFB e art. 6º, III, do Estatuto da Metrópole), princípio este de ordem constitucional; do outro, há de se ter uma gestão cooperativa, democrática e compartilhada (arts. 6º, II e V, 7º, I, II e IV, e 7º-A, I e II, todos do Estatuto da Metrópole), com vistas a se ganhar em eficiência e garantir a promoção do desenvolvimento a todos os entes integrantes. Todavia, tais diretrizes não são incompatíveis com a máxima da autonomia federativa, como bem asseverado acima.

2.1.1. O Poder Decisório e a Região Metropolitana de Salvador

Ainda sobre o cuidado para que o poder decisório não se concentre nas mãos de um ou poucos entes, merece especial destaque a situação da Região Metropolitana de Salvador (Lei Complementar estadual nº 41, de 13 de junho de 2014). O art. 3º, I, dispõe que o Colegiado Metropolitano, instância deliberativa, será composto pelo Governador do Estado e pelos Prefeitos dos Municípios que compõem a Região Metropolitana de Salvador. O art. 7º, por sua vez, estabelece que o número de votos de cada Município no Colegiado Metropolitano será proporcional à sua população, na conformidade da última contagem do censo promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, sendo assegurado a cada Município ao menos um voto (inc. I) e que o Estado da Bahia terá o mesmo número de votos do Município com maior população (inc. II).

Aparentemente, não há nada a se pontuar. A partir de um olhar mais atento, contudo, percebe-se que o município de Salvador e o Estado da Bahia dominam as decisões, vide o gráfico do IPEA abaixo:

COLEGIADO METROPOLITANO

•Os membros do colegiado possuem os seguintes números de votos:

- Estado da Bahia = 37
- Salvador = 37
- Camaçari = 07
- Lauro de Freitas = 05
- Simões Filho = 03
- Candeias = 02
- Dias D'Ávila = 02
- Itaparica = 01
- Madre de Deus = 01
- Mata de São João = 01
- Pojuca = 01
- São Francisco do Conde = 01
- São Sebastião de Passé = 01
- Vera Cruz = 01

(Fonte:http://www.ipea.gov.br/redeipea/images/pdfs/governanca_metropolitana/160406_entidade_metropolitana_da_regiao_metropolitana_de_salvador.pdf)

A partir de uma breve análise, constata-se que, enquanto todos os demais municípios juntos somam 26 votos, o município de Salvador e o Estado da Bahia têm 37 votos cada, possuindo, ao final, o controle do que está para ser deliberado.

2.2 Participação da sociedade civil

A participação da representante(s) da sociedade civil na instância deliberativa não requer maiores explicações. Na verdade, o que se busca é promover a transparência, bem como permitir que sejam levadas pautas ou demandas da sociedade diretamente para dentro das deliberações.

É uma forma, assim, de criar mais proximidade entre o núcleo de produção de políticas públicas e seu destinatário. A lei nº 13.089/2015 não prevê um percentual mínimo para que se afigure a representatividade, deixando a critério dos estados definirem de que modo se dará essa participação, desde que haja.

Vale atentar, também para o fato de que essa participação não pode ser restrita a um único grupo. Nesse sentido, a crítica à Região Metropolitana de Goiânia (Lei Complementar Estadual N° 27, de 30 de dezembro de 1999).

A lei em comento, em seu art. 6º, prevê a possibilidade do Governador instituir o Conselho de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Goiânia, de caráter normativo e deliberativo, com a seguinte

composição: o Secretário de Estado de Desenvolvimento da Região Metropolitana de Goiânia, que será o seu Presidente; um Secretário, a ser designado pelo Governador do Estado, que será o seu Vice-Presidente; 15 (quinze) representantes do Estado de Goiás, designados pelo Governador do Estado, oriundos de Secretarias de Estado e entidades com atribuições diretas ou indiretas relativas à Região Metropolitana de Goiânia; os Prefeitos dos Municípios integrantes da Região Metropolitana de Goiânia; o Secretário do Planejamento do Município de Goiânia; o Secretário do Planejamento do Município de Aparecida de Goiânia; 1 (um) representante da Universidade Federal de Goiás; 1 (um) representante da Pontifícia Universidade Católica de Goiás; 1 (um) representante da Universidade Estadual de Goiás; 2 (dois) representantes do Poder Legislativo Estadual designados pela Mesa Diretora.

Sob certa perspectiva, a representação da sociedade civil estaria, certa forma, presente, por comporem o Conselho alguns professores universitário, mas limitada; Ocorre que o legislador optou por restringir a participação a apenas uma classe (professores), impedindo, assim, que fossem levadas demandas de outros grupos sociais.

Por óbvio, não é o intuito do Estatuto da Metrópole transformar essa instância deliberativa em uma extensão de assembleias de condomínio, o que seria altamente contraproducente. A participação popular deve ser quantitativamente limitada. Porém é preciso que a colaboração da sociedade civil não seja pautada numa única visão de mundo. É preferível que haja uma única vaga destinada a ser preenchida por um membro da sociedade, mas que qualquer cidadão capaz possa preenchê-la, havendo renovação da cadeira. Firma-se o entendimento, portanto, de que essa limitação seria problemática.

2.3. Presença de membros do Poder Legislativo no órgão deliberativo

Ainda tomando por exemplo a estrutura de instância deliberativa da Região Metropolitana de Goiânia, deve-se atentar para o fato de integrarem a instância deliberativa 2 (dois) membros do Poder Legislativo Estadual. O que se questiona, aqui, é se seria tal composição constitucional.

O art. 49, X, da CRFB confere ao Congresso Nacional a atribuição de fiscalizar os atos do Poder Executivo. Por simetria, cabe ao Poder Legislativo estadual fiscalizar os atos do Poder Executivo estadual. Mas quando a lei de Goiás dispõe que vão participar das deliberações 2 (dois) membros do Poder Legislativo estadual, como iriam eles, depois, fiscalizar um ato de cuja execução participaram?

Neste quesito, em especial, apenas se levanta busca fazer essa ponderação, sem se fechar, desde logo, uma posição crítica a respeito do assunto.

3. Síntese conclusiva

O que se buscou com o presente trabalho foi levantar algumas reflexões acerca da estrutura das instâncias deliberativas das governanças interfederativas de regiões metropolitanas à luz do Estatuto da Metrópole (Lei Nº 13.089/2015) e da CRFB.

No que se refere à tomada de decisão, evidenciou-se a necessidade de um poder decisório desconcentrado para as deliberações metropolitanas, de modo a permitir uma gestão democrática. No referente à participação popular, demonstrou-se a importância de garantir uma participação ampla, e não restrita a apenas uma categoria. Por fim, no que concerne à presença de membros do Legislativo na composição das instâncias deliberativas, levantou-se uma dúvida acerca de eventual inconstitucionalidade, sem pretensão, contudo, de respondê-la.

Referências

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos / Humberto Ávila. - 17. ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de outubro de 1988.

_____. Lei Complementar nº 14 de 08 de junho de 1973. Publicada no D.O.U. de 11 de junho de 1973.

_____. Lei Nº 13.089, de 12 de janeiro de 2015. Publicada no D.O.U. de 13 de janeiro de 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1842 - RJ.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. - 31. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Atlas, 2017.

COSTA, Heloisa Soares de Moura. Processos recentes de expansão metropolitana e implicações socioambientais: a experiência de Belo Horizonte. In: Direito urbanístico e política urbana no Brasil / Edésio Fernandes, organizador. – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

COSTA, Regina Helena. Curso de direito tributário / Regina Helena Costa. - 7. ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes. Municipalismo e política urbana: a influência da União na política urbana municipal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ESTADO DA BAHIA. Lei Complementar nº 41 de 13 de junho de 2014.

_____. Entidade metropolitana: região metropolitana de Salvador. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/redeipea/images/pdfs/governanca_metropolitana/160406_entidade_metropolitana_da_regiao_metropolitana_de_salvador.pdf>

ESTADO DE GOIÁS. Lei Complementar Estadual N° 27, de 30 de dezembro de 1999. Publicada no D.O.E. de 20 de janeiro de 2000.

ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Lei Complementar nº 87 de 16 de dezembro de 1997. Publicada no D.O.E. de 17 de dezembro de 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gutavo Gonet Branco. - 11. ed. - São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, Jupira Gomes de. Plano diretor, gestão urbana e descentralização: novos caminhos, novos debates. In: Direito urbanístico e política urbana no Brasil / Edésio Fernandes, organizador. – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

MORAES, Fernanda Borges de. Algumas considerações sobre a institucionalização das regiões metropolitanas e as mudanças ocorridas a partir da Constituição de 1988. In: Direito urbanístico e política urbana no Brasil / Edésio Fernandes, organizador. – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. Direito urbanístico brasileiro. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUTO, Marcus Juruena Villela. Direito administrativo em debate 2. 2ª série. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA, Celina. Descentralização, políticas ambientais e regiões metropolitanas: o caso de Salvador.In: Direito urbanístico e política urbana no Brasil / Edésio Fernandes, organizador. – Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. Regiões Metropolitanas: condicionantes do regime político.

TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional. 22. ed. 2a. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2018.

O público e o privado na gestão pública: a concessão especial de serviços públicos como instrumento de desenvolvimento econômico e social no município de ilhéus-bahia

Jefferson Correia da Rocha

Introdução

A Administração Pública tem a seu cargo os serviços públicos a serem executados em prol da coletividade, porém frequentemente estes serviços não são executados com eficiência exigida constitucionalmente.

Desse modo, a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a delegação negocial. Quer dizer, a delegação negocial se consuma através de negócios jurídicos celebrados entre o Poder Público e o particular.

Nesse sentido, pode-se destacar as concessões especiais reguladas pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, que se subdividem em duas categorias: concessões patrocinadas; e, as concessões administrativas. As concessões especiais são caracterizadas pela circunstância de que o concessionário recebe

determinada contraprestação pecuniária do concedente. Incide sobre elas o regime jurídico atualmente denominado de "Parcerias Público-Privadas".

Assim, surgiu um escopo de conceber, construir, financiar e explorar infraestruturas, bem como para operar e gerir serviços públicos. Este modelo contratual propõe-se aproveitar os pontos fortes dos setores público e privado, para ganhos de eficiência e qualidade, com uma premissa de ajustamento e instrumentalidade para gestão pública.

Considerando supramencionado será que, a concessão especial de serviços públicos (Parcerias Público-Privada) regulada pela Lei nº 11.079, de 30.12.2004, pode ser um instrumento de desenvolvimento econômico e social, para superar esse colapso da gestão local?

Dessa maneira, esta pesquisa justifica-se por sua relevância esclarecedora e resolutiva, o qual busca-se através do estudo demonstrar que, a concessão especial de serviços públicos (Parcerias Público-Privada) pode ser uma solução de médio prazo na gestão pública local.

Nesse sentido, o trabalho tem por objetivo apresentar como instrumento de desenvolvimento na gestão pública municipal de Ilhéus, a utilização para contratação nos serviços públicos, da concessão especial sob o regime de Parcerias Pública-Privada. Especificamente demonstrando os três pilares como solução: o financiamento do setor privado; o compartilhamento de riscos; e, a pluralidade compensatória.

Para isso, realizou-se no estudo uma pesquisa exploratória, documental e bibliográfica, por meio da leitura sistemática de livros e artigos, monografias e sites especializados.

1. Da gestão pública municipal

A gestão pública municipal tem por objeto propor projetos e implementar ações, considerando que é necessário dar continuidade a melhoria da qualidade de vida da população, sendo este de forma harmônica e gradativa. Ainda, precisa-se manter a estabilidade das condições através de esforços mútuos (no setor público e privado) e da população ou de determinados setores econômicos, para que não desvie dos objetivos iniciais (FERREIRA, 2005).

Neste passo, a gestão pública latu sensu absorveu os modelos de gestão da esfera privado, tendo como foco a melhor eficiência para gerar melhores serviços públicos. Trata-se da capacidade da Administração Pública em fazer e implementar políticas públicas e desenvolvimento eficazes (MENDES, 2017).

Assim, segundo Ferreira (2005), o primeiro passo da gestão pública municipal é propor estratégias que visem estimular o processo de crescimento econômico. Depois disto, necessário é ter competência na eficaz aplicação do retorno gerado, a favor da qualidade de vida da população. Após o crescimento e da eficaz aplicação dos recursos sociais, surge por consequentemente o desenvolvimento econômico e social, tanto para o setor público e privado.

Para Albarello (2006), há uma grande preocupação com a gestão pública municipal e seus métodos político-administrativos, incoerentes com a realidade, ideologias, ética e políticas socioeconômicas que, não repercutem em desenvolvimento. Nesse sentido, o setor público, atrelado ao regime democrático de direito, vem demonstrando a necessidade de reorganização, o qual a figura do gestor público é considerada peça essencial.

Apesar dos avanços na legislação brasileira, com o objetivo de aproximar a sociedade das decisões públicas, há ainda grandes desafios para o gestor público na busca pela efetiva eficiente, frente ao interesse público. O gestor deve integrar e manejar o apoio das forças políticas, econômicas e cultural (SABIONI, et al., 2016).

Finalmente, cabe ao administrador público perceber a necessidade de alternativas para a gestão pública municipal em médio prazo e sua orientação para o desenvolvimento, assegurando assim, a eficaz aplicação de novos instrumentos de gestão, principalmente, para o desenvolvimento econômico e social do município (ALBARELLO, 2006).

2. Do princípio da autotutela e da eficiência

A Administração Pública comete equívocos no exercício da gestão pública municipal, pode ela mesma revê-los para restaurar a situação de regularidade. Quer dizer, não se trata apenas de uma faculdade, mas tam-

bém de um dever, pois que não se pode admitir que, diante de situações irregulares, permaneça inerte e desinteressada (CARVALHO FILHO, 2016).

Assim para o doutrinador Matheus Carvalho (2017, p. 88-89) o Princípio da Autotutela é o "[...] poder que a Administração Pública possui de ter o controle dos seus atos em suas mãos, podendo ela mesma revê-los para trazer regularidade às suas condutas".

De acordo com Di Pietro (2015), ainda que na gestão pública municipal, os atos praticados pela Administração que sejam eivados de ineficácia, podem ser objeto de análise da oportunidade e conveniência. Assim, caso o ato seja ineficaz, não atingindo o interesse público nos efeitos que ele tende a produzir, será admitida a sua revogação.

Não obstante, a Administração Pública pode anular seus atos de ofício ou mediante provocação, em virtude do Princípio supramencionado. Por meio da Súmula nº 473 do STF, ressalvados os direitos dos terceiros de boa-fé, à Administração:

> [...] pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revoga-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial (SÚMULA Nº 473 – STF).

Desse modo, deve o gestor público, mediante seus atos administrativos, procurar a organização e o desenvolvimento da coisa pública municipal, observando assim a redução dos desperdícios de dinheiro público, o que impõe a execução dos serviços públicos com presteza, perfeição, qualidade, celeridade, desburocratização, flexibilização e rendimento funcional (CARVALHO FILHO, 2015).

Nestes termos para Matheus Carvalho (2017, p. 78) deve o gestor público observar o Princípio da Eficiência[7] previsto no *caput*, do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, "[...] busca sempre melhores resultados

7. Com o advento da EC 19/98, o Princípio da Eficiência se tornou expresso na Carta Magna, não obstante o dever de atuação com o objetivo de obtenção de resultados positivos seja anterior à alteração promovida pela supracitada Emenda Constitucional (CARVALHO, 2017).

práticos e menos desperdício, nas atividades estatais, uma vez que toda a coletividade se beneficia disso".

As atividades da Administração Pública, exercida por agentes públicos, deve ser exercida com eficiência, sendo desse modo necessária a regulação de suas ações. Assim, é vital a regular e à atuação dos agentes públicos, com vistas a prestar um serviço público de qualidade e eficiente (MEIRELES, 1999).

Ainda, para o doutrinador Hely Lopes Meireles (1999) o maior objetivo dessa regulação:

> [...] foi mudar a mentalidade do servidor, implementando uma atuação idêntica a que é executada no setor privado, de maximização dos resultados, redução dos custos e satisfação do cliente (que nesse caso é a sociedade), tudo isso utilizando os meios de que se dispõe (MEIRELES, 1999, p. 60).

O Princípio da Eficiência basicamente na gestão pública, se caracteriza por impor a todo agente público a realizar atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. É o mais moderno Princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades do interesse público (MEREILES, 2004).

Neste caso, a gestão pública municipal com eficiência apresenta, na realidade, o modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados. Ainda, o modo de organizar, estruturar, disciplinar as relações, também tem por objetivo alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público (DI PIETRO, 2015).

3. Da parceria público-privada

A Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004, criou as Parcerias Público-Privadas, no âmbito da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, o qual nada mais são espécies de concessão especial de serviços públicos. Assim, trata-se de acordos firmados entre o particular e o poder

público com o objetivo de prestação de serviços públicos considerando o menor dispêndio (CARVALHO, 2017).

Conforme Carvalho Filho (2015, p. 446) as Parcerias Público-Privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos países como Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, tendo este instrumento "[...] dois pontos fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado".

Por outro lado, esse tipo de concessão especial de serviços públicos, são adequados para investimentos no setor privado, além de servirem para importantes ações de infraestrutura (DI PIETRO, 2015).

Segundo Di Pietro (2015), esse modelo de contrato administrativo é mais uma das tentativas que ultimamente se têm apresentado para que, o Poder Público obtenha do setor privado parcerias, recursos e formas de gestão no intuito de executar atividades estatais e prestar serviços públicos, tarefas nas quais o Estado, sozinho, tem fracassado.

De acordo com o doutrinador Matheus Carvalho (2017) esse tipo de concessão especial de serviços públicos pode ser definido como concessão patrocinada e a concessão administrativa, nos seguintes termos:

> A **Concessão Patrocinada** trata-se de contrato de concessão de serviços públicos, podendo ser precedida ou não de obra pública, no qual, adicionalmente à tarifa paga pelos usuários, há uma contraprestação do Poder Público ao parceiro privado. Sendo assim, este contrato poderá ser firmado com empresas ou consórcios privados que executarão o serviço por sua conta e risco, cobrando as tarifas pelo oferecimento da atividade e percebendo uma remuneração adicional paga pelo Poder Público concedente. Já a **Concessão Administrativa** trata-se de espécie de concessão de serviço público na qual a própria Administração Pública fica responsável pelo pagamento das tarifas, uma vez que ostenta a qualidade de usuária do serviço prestado de forma direta ou indireta, mesmo que envolva a execução de obras públicas ou o fornecimento de bens (CARVALHO, 2017, p. 667-668).

Como se trata de delegação da gestão de determinada atividade de infraestrutura administrativa, a concessão especial de serviços públi-

cos, pelo instrumento de Parceria Público-Privada, confere ao concessionário certo grau de autonomia empresarial para que, a atividade possa ser desenvolvida com maior eficiência e as metas sejam alcançadas. Desse modo caber-lhe, pois, definir os meios e as estratégias inerentes ao poder de gestão atribuído por essa modalidade de concessão (CARVALHO FILHO, 2017).

4. Resultados e discussões

Relegando ao prisma de instrumento na gestão pública municipal, principalmente no município de Ilhéus, pode-se considerar que os contratos de concessão especial de serviços públicos sob o regime de Parceria Público-Privada apresentam três pilares básicos como solução ao desenvolvimento econômico e social no município: financiamento do setor privado; compartilhamento de riscos; e, a pluralidade compensatória.

O **financiamento do setor privado** indica que o Poder Público não disponibilizará integralmente recursos financeiros para os empreendimentos públicos que contratar. Caberá, pois, ao parceiro privado a incumbência de fazer investimentos no setor da concessão, seja com recursos próprios, seja através de recursos obtidos junto a outras entidades do setor público ou privado. Talvez esse seja o ponto que mais de perto justifique a ideia de parceria, como está na titulação do ajuste.

Quanto ao **compartilhamento dos riscos**, compreende-se que o Poder concedente deve solidarizar-se com o parceiro privado no caso da eventual ocorrência de prejuízos ou outra forma de déficit, ainda que tal consequência tenha tido como causa fatos imprevisíveis, como o caso fortuito, a força maior, o fato do príncipe e a imprevisão em virtude de álea econômica extraordinária.

Daí a necessidade de eficiente controle sobre o objeto da contratação: se a gestão do empreendimento, a cargo do parceiro privado, for desastrosa, o Estado concedente arcará, juntamente com aquele, com as consequências advindas da má execução do contrato.

Ademais, é aspecto marcante da concessão especial a **pluralidade compensatória** fixada como obrigação do Estado em favor do conces-

sionário pela execução da obra ou do serviço. De fato, em tal sistema é admitida contraprestação pecuniária de espécies diversas, além do pagamento direto em pecúnia, que é a forma comum de quitação. Admite-se a cessão de créditos não tributários e a outorga de certos direitos da Administração, fora outros que lei estabelecer.

Outrossim, a concessão especial sob regime de parceria deverá ser celebrada com amparo em certas diretrizes, sendo por exemplo, a eficiência na execução das obras e serviços públicos, o respeito aos interesses dos destinatários do objeto do contrato e dos parceiros privados e a transparência de procedimentos e decisões.

Afora os já supramencionados, deve a Administração levar em conta a indelegabilidade de funções exclusivas do Estado, pois, não será lícito, celebrar contrato de concessão para que parceiro privado fiscalize exercício de profissões ou exerça o controle de poder de polícia.

Finalmente, deve haver a sustentabilidade financeira dos projetos de Parceria de Público-Privado. Significa que cabe à Administração prover-se de reserva dos custos que ficarão a seu cargo e das vantagens socioeconômicas decorrentes do objeto contratual, indicando-se quais os benefícios que poderão advir da implantação ou da gestão do empreendimento a ser executado pelo parceiro privado. Quer dizer, é necessário que seja previamente verificada a relação custo-benefício do empreendimento projetado.

Considerações finais

De acordo com o apresentado o municipal em Ilhéus pode considerar como alternativa ao desenvolvimento e eficiência na gestão pública municipal, os contratos de concessão especial de serviços públicos, mediante o regime de Parceria Pública-Privado estabelecida.

Não obstante, os aspectos do instrumento supramencionado encontram-se em consonância com noção de gestão pública, pois a proposta deste modelo de contratação pública abrange diversas categorias interessadas, como a Administração Pública, o parceiro do setor privado, instituições de financiamento financeiro, os usuários dos serviços público e a sociedade de forma geral.

Observe que, a concessão especial de serviços públicos, mediante o regime de Parceria Pública-Privado, tem a preocupação de estabelecer vantagens contratuais para ambos os envolvidos.

Assim, tais vantagens contratuais destacam-se pelo o financiamento do setor privado (com o desenvolvimento da econômica privada e do manto local e social), o compartilhamento dos riscos (a socialização dos eventuais prejuízos entre os parceiros) e a pluralidade compensatória (cessão de créditos não tributários e outorga de direitos), dentre outras vantagens.

Ademais, a ideia é que na utilização deste modelo de concessão especial, o gestor neste caso do município de Ilhéus, considere critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado, pois não se admiti a manutenção do vínculo contratual com a empresa que, não cumpra as metas de eficiência previamente estipuladas.

Nesse sentido, o parceiro do setor privada é obrigado a exaltar o Princípio da Eficiência no cumprimento das missões de Estado, assim como no emprego dos recursos da sociedade. Assim, executando os serviços públicos transferidos de forma a satisfazer o interesse público, o respeito aos interesses e direitos dos destinatários.

Finalmente, tem-se que os contratos de concessão especial de serviços públicos, mediante o regime de Parceria Pública-Privado, mostram-se como alternativa com potenciais vantagens associadas e benéficas para a Administração, uma vez que, a partir do ideal de gestão pública municipal, poderá ocorrer uma maior interação entre o setor público e o privado.

De fato, havendo cooperações entre si, de modo a dar maior efetividade e eficiência aos serviços públicos, a utilização do modelo pode consolidar uma nova perspectiva na gestão pública do município de Ilhéus, vinculado assim aspectos econômicos, de transparência e de mutua responsabilização.

Referências consultadas

ALBARELLO, Cristiane Botezini. **O papel da administração na gestão pública**. Revista de Administração. Universidade Regional

Integrada do Alto Uruguai e das Missões. v. 5. n. 9. Rio Grande do Sul: URI, 2006.

ALMENDANHA, Cristina Malaski. **A superação da dicotomia público-privado sob o enfoque da função social da propriedad**e. Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Socioambiental da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Paraná: 2010.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS (ABNT). NBR 6022, 6023, 6024, 6028, 10520: **informação e documentação: apresentação de publicações periódicas, referências bibliográficas, numeração progressiva, resumos, apresentação de citações**. Rio de Janeiro, 2003.

BITTENCOURT, Maria Aparecida. **Normas técnicas para elaboração de trabalhos acadêmicos**. Ilhéus, BA: Editus, 2016

_____. **Normas técnicas para elaboração de trabalhos acadêmicos.** Ilhéus-BA: Editus, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal 1988 e Leis Ordinárias.** Organização de textos, notas remissivas e dos textos integrais das Emendas Constitucionais. Vade Mecum: obra coletiva. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed. rev., ampl. e atual. até 31-12-2014. – São Paulo: Atlas, 2015.

COELHO, Ricardo Corrêa. **O público e o privado na gestão pública**. – 3. ed. rev. atual. – Florianópolis: Departamento de Ciências da Administração / UFSC; [Brasília]: CAPES: UAB, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, T. A. B. **O papel do Administrador na gestão pública e privada**. Revista Racre. São Paulo: CREUPI, v. 5, n. 9, jan/dez 2005. Disponível em:<www.unipinhal.edu.br/ojs/racre/include/ getdoc.php?id=33&article=12&mode=pdf>. Acesso em: 26 set. 2017.

GORDILHO, Ângela; SERVA, Maurício. **A fronteira entre os espaços público e privado: zona de confusão - o caso da Renurb**. Disponível em:<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/8366 >. Acesso em: 28 mai. 2018.

KNOER, Fernando Gustavo; CARDOSO, Henrique Ribeiro; ARAUJO E MENDONÇA Maria Lírida Calou de. **Direito e administração pública**. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

_____. **Governança pública e parcerias público privadas:** análise do modelo brasileiro da Lei nº 11.79/2004. [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MENDES, Wesley de Almeida. **Papel da gestão pública municipal no desenvolvimento Humano.** Dissertação, Universidade de Viçosa. Viçosa: UFV, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 10º ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

SABIONI, M. et al. **Contextos (in)adequados para o engajamento cidadão no controle social**. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 50, n. n. 3, jun. 2016. 477-500. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/0034-7612153518>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SILVA, José Wanderley Novato. **Entre o público e o privado: o modelo de gestão de resíduos sólidos adotado pela SLU de Belo Horizonte**. Brasília: ENAP, 2001.

VIOLIN, Tarso Cabral. **Vínculo dos servidores com o Estado (estatutários e celetistas), a Emenda Constitucional nº 19/98 e o regime jurídico único**. A natureza desse vínculo nas agências reguladoras. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 59, 1 out. 2002. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/3342>. Acesso em: 16 set. 2017.

Contratação direta nos certames licitatórios: Um estudo da "emergência fabricada" à luz do entendimento do Tribunal de Contas da União e da Advocacia Geral da União

Maisa Bernachi Baptista

Introdução

O poder constituinte originário de 1988 atribuiu à Administração Pública a obrigatoriedade de licitação para realização de obras, serviços, compras e alienações. A determinação constitucional está inserta no art. 37, XXI e se coaduna com os princípios da impessoalidade, moralidade, eficiência e igualdade.

Nesta toada, os casos de contratação direta, sem procedimento licitatório, apenas podem ocorrer nas situações especificadas na legislação. A lei 8.666/93 traz de forma taxativa um rol de hipóteses de dispensa de licitação, entre elas destaca-se a possibilidade de contratação direta nos casos de emergência, prevista no art. 24, IV. Tratam-se de situações excepcionais, baseado em evento anormal e imprevisível que acarreta

a inevitabilidade de uma contratação célere, a curto espaço de tempo, incompatível, portanto, com a realização de um certame licitatório.

Ocorre que, por vezes a situação emergencial é ocasionada pela própria Administração Pública, devido à falta de planejamento e omissão do administrador, é o que a doutrina denomina de "emergência fabricada". Isto posto, questiona-se a viabilidade da contratação direta em situações de negligência da administração, tendo em vista que poderia acarretar em uma burla a regra constitucional da licitação, abrindo às portas para um direcionamento à contratação direta.

Neste sentido, o objetivo deste artigo é analisar a evolução jurisprudencial da Corte de Contas, bem como o entendimento atual da Advocacia Geral da União, sobre a possibilidade de dispensa de licitação quando a situação de emergência, é ocasionada pela própria Administração Pública.

1. Breve aparato sobre as hipóteses de contratação direta

Conforme já mencionado, o preceito constitucional que prevê a obrigatoriedade de licitação nas compras e obras realizadas pela Administração Pública, não é absoluto, visto que o próprio Texto Maior traz a relatividade desta regra, possibilitando a legislação excepcionar às situações de contratação direta.

Neste diapasão, extrai-se três hipóteses em que o procedimento licitatório é escusado: a licitação dispensada, a dispensa de licitação e a inexigibilidade de licitação, todos previstos na Lei 8.666/93.

A licitação dispensada diz respeito a situações que envolvam alienações de bens móveis e imóveis da Administração Pública. Via de regra, a alienação de bens que integram o patrimônio estatal, implica na realização de licitação, que no caso de bens imóveis, será, em regra, na modalidade concorrência, e para os bens móveis na modalidade leilão.

Contudo, a legislação preconiza hipóteses taxativas em que, a alienação de bens poderá ocorrer de forma direta, sem o prévio procedimento licitatório.

A licitação dispensada possui três características basilares, a primeira delas refere-se, segundo doutrina majoritária, a ausência de discricionariedade da Administração Pública, tendo em vista que o próprio legislador dispensou a licitação. A segunda característica é que trata-se de um rol taxativo, as hipóteses de licitação dispensada exaure-se no art. 17. Por fim, salienta-se que o objeto do contrato é restrito, pois concerne apenas a alienação de bens. (OLIVEIRA, p. 416, 2018)

A dispensa de licitação, por sua vez, alude aos casos em que a realização de um procedimento licitatório é viável, tendo em vista a existência de competitividade. Contudo, o legislador listou hipóteses em que, por meio do exame de conveniência e oportunidade do administrador, a licitação pode ser afastada. Desse modo, conclui-se que a dispensa de licitação possui duas características, a primeira é que por ser exceção ao comando constitucional de licitar, o rol do art. 24 é taxativo. A segunda característica é que a realização ou não da dispensa da licitação é uma opção da Administração Pública, que possui discricionariedade para optar entre a contratação direta ou o procedimento licitatório.

Por fim, a inexigibilidade de licitação difere-se da dispensa, pelo fato de que naquela há uma inviabilidade de competição. A fim de conceituar inviabilidade de competição, a doutrina majoritária aponta três pressupostos da licitação, e esclarece que a ausência de algum deles conduziria à inexigibilidade do procedimento licitatório.

Assim, é pressuposto lógico da licitação a pluralidade de fornecedores e serviços, não se mostrando factível a realização do certame quando presente apenas um único fornecedor para aquisição de um bem. Há ainda o pressuposto jurídico, que consiste na comprovação do interesse público na efetuação do certame. Por último, tem-se o pressuposto fático que refere-se a prescindibilidade de contratação específica, ou seja, a Administração Público deve atender às suas necessidades com qualquer bem disponível no mercado, não dependendo de um bem específico. Rafael Oliveira leciona que, na verdade é possível compreender a inexigibilidade de licitação como uma "não incidência da regra constitucional de licitação", tendo em vista estar ausente um de seus pressupostos lógicos que é a competição.

Diferentemente dos casos anteriores, a lei traz no art. 25 hipóteses meramente exemplificativas, podendo verificar a inexigibilidade sempre

que presente a inviabilidade da competição, ainda que não diga respeito há uma situação descrita na lei.

O primeiro exemplo de inexigibilidade tratado na legislação pátria, refere-se a contratação de serviços ou materiais que apenas podem ser fornecidos por empresa ou produtor exclusivo. Também é inexigível a licitação para a contratação de serviços técnicos, de natureza singular e com profissionais de notória especialização. A lei enumera no art. 13 o serviços considerados como técnicos, já o requisito de serviço singular depende da comprovação de impossibilidade de execução por meio de um profissional comum. O último exemplo de inexigibilidade de licitação diz respeito a contratação de artistas consagrados pela crítica e opinião pública.

Como todas essas situações ante mencionadas, representam uma exceção a um comando constitucional, é preciso para a validade da contratação direta cumprir com os requisitos legais. Primeiramente, exige-se a necessidade de justificação das razões que ensejarão a não realização do certame licitatório. Em seguida, a Lei 8.666/93 prevê que o processo de dispensa ou inexigibilidade de licitação deve ser instruído com: quando for o caso, com a caracterização da situação de emergência, o motivo da escolha do fornecedor, a justificativa do preço e os documentos que comprovem a aprovação de projeto de pesquisa.

Por fim, passa-se a agora a análise de um caso específico de contratação de direta: a dispensa de licitação por emergência ou calamidade pública. A jurisprudência do Tribunal de Contas da União é oscilante obre o tema, razão pela qual o próximo capítulo será dedicado a este ponto.

2. Dispensa de licitação baseada em situação emergencial

A legislação permite a dispensa de licitação fundada em situações de urgência, haja vista que em tais casos, a realização de um processo de licitação é incompatível com a emergência da contratação. Vejamos o dispositivo em comento:

Art. 24. É dispensável a licitação: IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de

pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;

Pelo dispositivo mencionado, é possível extrair que o que autoriza a contratação direta é o fato de que, a demora na prestação de bens e serviços desencadearia prejuízos a valores constitucionais. Levando em consideração que a realização do procedimento licitatório é burocrático, e por vezes extenso, a dispensa da licitação torna-se necessária para preservar o interesse público, e, assim garantir o atendimento instantâneo de certos direitos.

Sobre o dispositivo em comento, cumpre salientar que a doutrina clássica de Hely Lopes Meirelles diferencia emergência de calamidade pública, nesse sentido esclarece o autor: "A emergência caracteriza-se pela urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízos ou comprometer a incolumidade ou a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, exigindo rápidas providências da Administração para debelar o minorar suas conseqüências lesivas à coletividade. (...) Calamidade pública é a situação de perigo e de anormalidade social decorrente de fatos da natureza, tais como inundações devastadoras, vendavais destruidores, epidemias letais, secas assoladas e outros eventos físicos flagelantes que afetem profundamente a segurança ou a saúde públicas, os bens particulares, o transporte coletivo, a habitação ou o trabalho em geral."

Ademais, importante mencionar que a lei apenas autoriza a dispensa de licitação no bens e serviços que sejam necessários ao suporte da situação calamitosa e emergencial. Desse modo, resta evidente pela literalidade da lei, que não se trata de uma autorização irrestrita de qualquer bem ou serviço.

Cinge na doutrina a celeuma em torno da amplitude da situação emergencial capaz de ensejar a contratação direta. Segundo leciona Mariense Escobar (1993) a hipótese prevista no inciso IV do art. 24, refere-se aos casos imprevisíveis e não da letargia administrativa. Desse modo, a urgência e a calamidade pública não podem ser oriundas de uma omissão estatal ocasionada por falta de planejamento e negligência da Ad-

ministração Pública. Ou seja, para o autor a dispensa de licitação, ora mencionada, não pode ser derivada do que a doutrina denominou de "emergência fabricada".

Por outro lado, Marçal Justen Filho (2002) defende uma interpretação mais cautelosa, harmônica com o interesse público. Segundo o administrativista, a ausência da contratação direta, mesmo nas hipóteses de emergência fabricada, acarretaria prejuízos para coletividade e para o bem público. Para o autor a contratação imediata reflete uma conduta acautelatório do interesse público.

Sendo assim, Marçal Justen Filho (2002) leciona que há dois pressupostos autorizativos da dispensa de licitação por urgência ou calamidade pública: o primeiro é a comprovação da possibilidade de um dano concreto, sendo certo que, não é qualquer prejuízo que permite a dispensa do certame licitatório, mas apenas aqueles irreparáveis. O segundo pressuposto é a demonstração de que a realização da contratação direta é o recurso efetivo capaz de sanar o risco, não sendo a via adequada para evitar o dano, a dispensa de licitação não será adequada. Trata-se da aplicação do princípio da proporcionalidade na dispensa de licitação. O entendimento, ora exposto, compatibiliza-se com o regramento constitucional que estipula, como regra, a obrigatoriedade de licitar, de modo que eventuais exceções previstas na legislação, devem ser interpretadas de forma restritiva e de acordo com o interesse público.

Assim sendo, a contratação direta apenas será aprovada se restar comprovada que a ausência de licitação é o meio adequado para combater o dano irreparável a coletividade. Com base neste pressuposto o Tribunal de Contas da União tem indeferido contratações diretas baseadas em situações genéricas e corriqueiras, como dispensas de licitação para os casos de violência urbana e precariedade do sistema de saúde. Destaca-se que no caso da fragilidade do sistema de saúde do Mato Grosso (BRASIL:2009) o TCU deliberou que a situação da saúde pública no Brasil se encontra em perdurável emergência, o que não justifica a aplicação imoderada da dispensa de licitação, sem que seja demonstrada uma situação concreta. Trata-se de hipótese genérica em que a contratação direta não será o meio hábil para solucionar a situação emergencial.

Sobre o tema, o Tribunal de Contas da União incialmente consolidou o entendimento de que a emergência fabricada não é capaz de ensejar a dispensa de licitação. O *leading case* verificou-se na Decisão Plenária nº 347/1994, ocasião em que a Corte de Contas estabeleceu que a situação de emergência ou de calamidade pública apta a possibilitar a contratação direta, não pode ser oriunda, total ou parcialmente, de desídia, falta de planejamento ou ainda má gestão dos recursos públicos por parte do administrador. Ou seja, a situação adversa não pode ser imputada à culpa ou dolo do agente público responsável.

Parte da doutrina segue essa mesma linha de entendimento, nesse sentido destaca-se o posicionamento de Gustavo Scatolino: "A contratação direta, sob essa hipótese, não deve decorrer da desídia administrativa, quando o agente público não toma as providências cabíveis no tempo correto e, posteriormente, realiza contratação direta alegando situação emergencial. A emergência não deve ser "provocada", deve decorrer de fatores imprevisíveis, que não tiveram como causa a inércia do administrador público."

Contudo, importante se faz relembrar que, a causa de dispensa de licitação estampada no art. 24, IV, pressupõe justamente a urgência de uma contratação célere para evitar um dano irreparável. Ora, não admitir a contratação direta nos casos de emergência fabricada significaria uma dupla lesão, posto que, além da desídia administrativa haverá também a descontinuidade de serviços públicos. Ademais, o dispositivo em comento apenas estabelece como hipótese de dispensa uma situação emergencial e calamitosa, não fazendo referência a causa que gerou a emergência.

A interpretação que impossibilita a hipótese de dispensa para os casos de emergência ocasionada por letargia da administração pública, pune toda a coletividade ocasionando ruptura de prestação de serviços públicos. Assim, presentes os requisitos legais, deve se proceder a contratação direta, independente de averiguação de culpa da Administração Pública, sob pena de prejuízo ao interesse público.

Neste seguimento, a Corte de Contas modificou seu antigo posicionamento e passou a entender pela possibilidade de dispensa de licitação nos casos de emergência fabricada:

"A situação prevista no art. 24, VI, da Lei nº 8.666/93 não distingue a emergência real, resultante do imprevisível, daquela resultante da incúria ou inércia administrativa, sendo cabível, em ambas as hipóteses, a

contratação direta, desde que devidamente caracterizada a urgência de atendimento a situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares (...)**Estará incorrendo em duplo erro o administrador que, ante a situação de iminente perigo, deixar de adotar as situações emergenciais recomendáveis, ainda que a emergência tenha sido causada por incúria administrativa**. Há que se fazer a clara definição da responsabilidade: na eventual situação aludida, o responsável responderá pela incúria, não pela contratação emergencial." (Acórdão nº 1.876/2007 do Plenário do TCU) (grifos acrescidos)

A Advocacia Geral da União, por meio da Instrução Normativa 11/2009 seguiu o mais recente posicionamento do TCU: "A CONTRATAÇÃO DIRETA COM FUNDAMENTO NO INC. IV DO ART. 24 DA LEI Nº 8.666, DE 1993, EXIGE QUE, CONCOMITANTEMENTE, SEJA APURADO SE A SITUAÇÃO EMERGENCIAL FOI GERADA POR FALTA DE PLANEJAMENTO, DESÍDIA OU MÁ GESTÃO, HIPÓTESE QUE, QUEM LHE DEU CAUSA SERÁ RESPONSABILIZADO NA FORMA DA LEI."

Isto posto, percebe-se que atualmente reina o entendimento de que haverá dispensa de licitação nos moldes do art. 24, IV, seja por emergência oriunda de um fato imprevisível, seja por uma situação adversa proveniente da falta de planejamento administrativa – emergência ficta-. Neste último caso, todavia, será responsabilizado o agente público que lhe deu causa. O entendimento do TCU e da AGU está em consonância com a doutrina de Maria Sylvia di Pietro. Vejamos: "Por outras palavras, a inércia do servidor, culposa ou dolosa, não pode vir em prejuízo de interesse público maior a ser tutelado pela Administração. Isto, no entanto, não afasta a responsabilidade do servidor. Se ele, por desídia ou má-fé, deixou de tomar as medidas necessárias à realização do procedimento da licitação no momento em que deveria fazê-lo, estará sujeito à punição na esfera administrativa, mediante o procedimento disciplinar adequado".

Percebe-se assim que, a doutrina distinguiu a emergência real – aquela oriunda de fatos imprevisíveis- da emergência ficta, fabricada ou provocada, quando resultante da inércia administrativa, contudo, pelo entendimento atual, ambas são capazes de gerar a dispensa de licitação prevista no art. 24, IV da Lei 8.666/93. Nesse sentido, destaca-se o ensinamento esclarecedor de Marçal Justen Filho (2008) sobre a compatibilidade

da dispensa de licitação em caso de emergência fabricada com os valores constitucionais: "Isso não significa afirmar a possibilidade de sacrifício de interesses curados pelo Estado em consequência da desídia do administrador. Havendo risco de lesão a interesses, a contratação deve ser realizada, punindo-se o agente que não adotou as cautelas necessárias. A questão apresenta relevância especialmente no tocante à comumente denominada 'emergência fabricada', em que a Administração deixa de tomar tempestivamente as providências necessárias à realização da licitação previsível. Assim, atinge-se o termo final de um contrato sem que a licitação necessária à nova contratação tivesse sido realizada. Isso coloca a Administração diante do dilema de fazer licitação (e cessar o atendimento a necessidade impostergáveis) ou realizar a contratação direta (soba invocação da emergência). O que é necessário é verificar se a urgência existe efetivamente e, ademais, se a contratação é a melhor possível nas circunstâncias."

Por fim, há de salientar que a licitação é a regra no nosso ordenamento jurídico e por isso, possíveis exceções devem ser interpretadas restritivamente e de forma que melhor se amolde ao interesse público. Eventuais abusos e desvio de poder cometidos na contratação direta devem ser coibidos, e para tanto o ordenamento pátrio prevê mecanismos, como a ação popular e a ação de improbidade administrativa.

Neste ponto destaca-se que a Lei 8.429 prevê que "constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1° desta Lei, e notadamente: VIII – frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente." (BRASIL, 1992)

Desse modo, um administrador que, indevidamente dispensa a licitação por emergência, estará sujeito a penalidades como suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos e pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano.

Considerações finais

O preceito constitucional que estipula como regra a licitação para as contratações públicas, visa garantir a observância de princípios norteadores da administração pública como a moralidade e publicidade, e

também selecionar a proposta que evidencie o melhor custo benefício para os cofres públicos.

Todavia, a realização de um certame licitatório deve ser compreendido para além das razões mencionadas, devendo sempre assegurar o real interesse público. Um procedimento licitatório é caracterizado por um certo grau de complexidade, o que afeta, em determinadas situações, a satisfação do interesse coletivo. Assim sendo, na contratação direta a licitação é sacrificada em prol de outro valores constitucionais.

Neste diapasão, foi visto a evolução jurisprudencial da Corte de Contes no que se refere a uma hipótese específica: a dispensa de licitação em caso de urgência e calamidade pública. Inicialmente o Tribunal de Contas consolidou o posicionamento de que a emergência fabricada, ou seja, oriunda da inércia administrativa, não seria apta a ensejar a contratação direta. Tal entendimento se justifica pelo receio de promover uma burla ao procedimento licitatório, ocasionando direcionamento à dispensa de licitação.

Contudo, não permitir a contratação direta de forma célere, desencadearia a interrupção de serviços públicos essenciais, ocasionando uma dupla lesão ao interesse público. Isto posto, tanto o TCU como a AGU passaram a assentir a dispensa de licitar mesmo nos casos de emergência fabricada, responsabilizando, todavia, o agente público causador da situação emergencial.

Foi visto ainda que a doutrina e o TCU consolidaram balizas para a dispensa de licitação por emergência e calamidade pública, que se relacionam de forma direta com o princípio constitucional da proporcionalidade. Assim, a contratação direta nesses casos ocorrerá apenas se ficar demonstrado que: 1) Há uma situação emergencial real, e não simplesmente em tese 2) Visa evitar danos e prejuízos irreparáveis às pessoas, bens ou serviços 3) a dispensa constitui o instrumento adequado para afastar os riscos.

Desse modo, compreende-se a licitação não como um fim em si mesma, mas como um mecanismo de assegurar a efetivação dos interesses da sociedade.

Bibliografia

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 6ª ed. 2018

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e contratos administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 4° ed. São Paulo. Dialética. 2000

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm>. Acesso em: 20 set. 2009.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos como previsão urbanística oriunda da Constituição Federal de 1988: os incentivos fiscais e financeiros como mecanismos de otimização ao setor de reciclagem

Marconi Gomes do Ó Catão
Marconi do Ó Catão

1. Da legislação urbanística aos incentivos fiscais e financeiros estabelecidos na lei nº 12.305/10

A evolução da legislação urbanística no Brasil tem enfrentado inúmeros desafios criados pelas novas situações sociais, políticas, econômicas e ambientais decorrentes do crescimento urbano intensivo. De modo que, ao longo desse processo, diversas discussões e propostas foram apresentadas a partir de um enfoque interdisciplinar, surgindo nesse contexto os fenômenos da industrialização e urbanização, que provocaram significativa concentração econômica, determinando assim um cenário de exclusão social e segregação espacial de grande parte da população brasileira (LAGO, 2000).

Nas principais cidades do Brasil, áreas centrais modernas são praticamente cercadas por parcelamentos periféricos pobres, em geral irregulares, onde a autoconstrução é quase que uma regra. Já nos setores mais privilegiados, edifícios e construções luxuosas coexistem com inúmeras favelas, que geralmente resultam de invasões de propriedades públicas e privadas. Por conseguinte, tanto a prestação sócio-espacial de serviços públicos quanto a distribuição de equipamentos de consumo coletivo são visivelmente desiguais, com os espaços urbanos mais pobres apresentando preocupantes precariedades nos sistemas de drenagem e saneamento básico, na destinação final para os resíduos sólidos, nos equipamentos de saúde e educação, nos ambientes de lazer etc. Além disso, registre-se o fato de que o grande *déficit* habitacional, aliado ao padrão de urbanização que vem sendo adotado no decorrer do tempo, vêm provocando sérios impactos e danos ambientais.

Assim, em meados da última década do século passado, gradativamente foi sendo estruturada uma legislação urbanística no Brasil a partir de estudos e do surgimento de leis específicas, sobretudo, a lei do parcelamento do solo urbano, entre outros fatos importantes, culminando quando a República Brasileira promulgou a sua Constituição Federal de 1988 (CF/88), com a previsão da Política Urbana, estabelecendo assim um novo paradigma de orientação social para o Direito Urbanístico. Por sua vez, visando o cumprimento do objetivo primordial do urbanismo - o ordenamento das cidades para propiciar às pessoas suas funções sociais básicas, *o* Município passou a legislar sobre vários aspectos, especialmente quanto a estruturação e ordenação do espaço urbano. Então, tendo como marco inicial a CF/88, seguindo-se pelo Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257, de 10.06.2001), pelas legislações municipais (Lei Orgânica do Município e Plano Diretor) e demais legislações correlatas, o Município tem determinadas funções na esfera do espaço urbano, por meio de zoneamento, loteamento, controle de construções, paisagismo, uso e ocupação do solo, código de posturas etc. De forma que tais instrumentos devem conter diretrizes variadas, desde as relacionadas às condições de acesso dos cidadãos aos seus direitos sociais e fundamentais, como emprego, habitação, serviços de água e saneamento básico, entre outros, perpassando pela proteção ao meio ambiente e patrimônio natural, para

então se chegar ao âmbito daquelas que tratam da observância aos aspectos sociais, históricos, culturais, econômicos e políticos.

Sem dúvida, as cidades em muito têm favorecido ao progresso do conhecimento, da cultura e dos costumes, pois é o espaço onde ocorrem as transformações econômicas e sociais da sociedade contemporânea. Mas, apesar da ocorrência de todos esses avanços tecnológicos e científicos, as décadas iniciais deste século vêm revelando continuidades de problemas urbanos diversos, tais como degradação do meio ambiente; falta de oportunidades de emprego e obtenção de renda; aumento da violência urbana; crescimento da pobreza; inadequação do suprimento da água; a problemática do destino final dos resíduos sólidos ; entre outros.

Portanto, este artigo tem como eixo central o fato dos lixões à céu aberto ainda serem o principal destino final para os resíduos sólidos advindos das cidades brasileiras, sendo esses vazadouros responsáveis pela decomposição de matéria orgânica, liberando gases na atmosfera e igualmente poluindo o solo e lençóis freáticos. Por conseguinte, provocam fortes impactos ambientais e estão diretamente associados ao surgimento de determinadas doenças, como também à proliferação de vetores (moscas, baratas, ratos etc.). Indiscutivelmente, são graves os problemas relacionados com o destino inadequado do lixo, destacando-se entre eles a poluição dos mananciais pelo chorume (líquido altamente infectante decorrente do lixo) e a contaminação do ar pela queima do lixo, provocada ou natural (CATÃO, 2017, p.132 et seq.)

Nesse sentido, o Mapa da Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil (2010) aborda esse assunto, com a ideia fundamental de indicar a existência de grupos vulneráveis aos processos políticos, econômicos e culturais que geram discriminações e desigualdades relacionadas à distribuição de ônus e bônus da modernidade. Logo, torna-se imperativo pensar o lixo não apenas como veículo causador de doenças, poluição ambiental e proliferação de vetores, mas também como metáfora para grupos humanos não incluídos nas funções sociais da cidade, que correm o risco não somente de serem condenadas a invisibilidade e a exclusão, mas igualmente de serem alijados de qualquer processo político de acesso à cidadania. Em geral, os catadores de lixo são pessoas desempregadas e sem expectativas de melhorar de vida, então, desamparadas, elas procuram se afastar da grande

massa que produz e consume, indo para áreas afastadas do centro urbano e ambientalmente degradadas, fixando-se, muitas vezes, nos lixões, que surgem como único meio de sobrevivência, onde separam materiais recicláveis e vendem para os atravessadores; sendo esses grupos formados por crianças, adolescentes, adultos e idosos, estando todos eles expostos a inúmeras situações de risco.

Desse modo, reconhecer e apoiar essas demanda nos planos jurídico, social, fiscal, econômico, entre outros, se torna tarefa tão relevante e necessária quanto garantir um mundo melhor para as próximas gerações. Portanto, é essa realidade que justifica a elaboração deste estudo, que tem como meta analisar a atual Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) a partir do instrumento legal inerente aos incentivos fiscais, financeiros e creditícios, previsto no art. 8º, IX da Lei nº 12.305/10, com ênfase especial para a questão do estímulo à reciclagem por meio da tributação incidente sobre o consumo, onde serão considerados os aspectos da seletividade e da não-cumulatividade tributária, buscando demonstrar a relevância que tem a vigente política de incentivos fiscais sobre esse setor. O método de procedimento utilizado é o descritivo-analítico, tendo sido realizadas consultas à textos jurídicos, legislativos e à bibliografias inerentes aos campos urbanístico e social. Nesse contexto, cumpre destacar a tendência à concessão de tais incentivos como meios de efetivação de políticas públicas em âmbito federal, estadual, distrital e municipal. Enfim, as conclusões indicam para a pertinência do devido aprimoramento legislativo que assegure tratamento diferenciado para o setor da reciclagem, à luz dos pressupostos constitucionais da função social da atividade econômica.

2. O incentivo à reciclagem por meio da flexibilização tributária

Partindo da previsão legal do art. 6º, VII, da Lei nº 12.305/2010, que estabelece como princípio da Política Nacional de Resíduos Sólidos, ou seja, "o reconhecimento do resíduo sólido reutilizável e reciclável como um bem jurídico econômico e de valor social, gerador de trabalho, renda, e promotor da cidadania". De início, é necessário esclarecer a diferença entre os resíduos utilizável e reciclável, haja vista que a

reutilização diz respeito ao uso do mesmo material por mais de uma vez, para a mesma finalidade ou para fim distinto, sem que isto implique na modificação da natureza do material reutilizado; enquanto que na reciclagem ocorre o aproveitamento de um material como insumo para uma produção diversa, havendo, neste caso, a alteração de suas propriedades físicas, físico-químicas ou biológicas.

Do ponto de vista ambiental, a reutilização dos resíduos é considerada preferível à reciclagem dos mesmos, uma vez que aquela não envolve processo industrial, que acaba sempre por produzir algum tipo de impacto ambiental. Certamente, é devido a isso que a legislação que trata desse tema estabelece como objetivos da PNRS a não-geração, a redução, a reutilização, a reciclagem e tratamento dos resíduos, nesta sequência (art. 7º, II, da Lei nº 12.305/2010). Mas, por mais que se reduza a geração de resíduos, ou por mais que os mesmos sejam reutilizados, sempre haverão grandes quantidades de embalagens, papéis usados etc., oriundos do processo de industrialização, bem como dos produtos que perderam a utilidade, cuja destinação precisa ser viabilizada. Assim, é nesse sentido que se pensa a reciclagem como alternativa viável para as soluções ambiental, social e economica inerentes aos resíduos sólidos, sendo tudo isso vinculado ao desenvolvimento sustentável.

Com efeito, foi levando em consideração a relação entre a reciclagem, enquanto atividade econômica, e o desenvolvimento sustentável, que o legislador infraconstitucional disciplinou na elaboração da PNRS a concessão de um tratamento diferenciado para tal pratica, pois estabeleceu como objetivo desta política o incentivo à indústria da reciclagem, com vistas ao estímulo do uso de matérias-primas e insumos derivados de materiais recicláveis e reciclados (art. 7º, VI, da Lei nº 12.305/2010). Além disso, ao lado do incentivo à empresa, cuidou o legislador de assegurar a proteção do trabalho humano vinculado à reciclagem, firmando também como objetivo dessa política nacional a integração dos catadores de materiais recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos (art. 7º, XII da Lei nº 12.305/2010). De modo igual, se encontram entre os objetivos da PNRS a prioridade nas aquisições e contratações governamentais para produtos

reciclados e recicláveis, bem como o incentivo à rotulagem ambiental e ao consumo sustentável (art. 7º, XI, "a" e XV, da Lei nº 12.305/2010).

Em suma, nos dispositivos legais citados fica evidente a intenção que teve o legislador na compatibilização da gestão dos resíduos sólidos com aqueles valores expressos na perspectiva econômica da Carta Magna vigente, voltadas a valorização do trabalho humano e o consumo sustentável, sendo a reciclagem uma atividade economicamente legal, legítima e apta à realização desses valores.

Todavia, não se contentando em fixar apenas os objetivos e princípios norteadores da gestão de resíduos, o legislador infraconstitucional estabeleceu também instrumentos que viabilizem tais políticas públicas, que deverão o quanto antes ser implementados. Dentre esses instrumentos, destacam-se a coleta seletiva, a educação ambiental e a concessão de incentivos fiscais, financeiros e creditícios, com destaque aos estímulos à atividade econômica ligada à reciclagem, disciplinados nos artigos 42 e 44, da Lei nº 12.305/2010. Com relação ao art. 42, este dispositivo se propõe a autorizar o Poder Público a instituir medidas indutoras e linhas de financiamento que atendam a certas iniciativas dos agentes econômicos. Assim sendo, estão previstas as seguintes atividades vinculadas à reciclagem: implantação de infraestrutura; aquisição de equipamentos destinados a atender cooperativas ou associações de catadores de recicláveis; estruturação de sistemas de coletas seletivas; e o desenvolvimento de projetos de gestão de resíduos sólidos de caráter intermunicipal. Já o art. 44 trata da concessão de incentivos tributários, financeiros e creditícios, como instrumentos de políticas públicas em âmbito federal, estadual, distrital e municipal.

Nesse contexto, é importante esclarecer que os destinatários desses incentivos estão elencados no inciso I do referido art. 44, ou seja, as indústrias e entidades dedicadas à reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos produzidos no território nacional. Por conseguinte, a partir da edição da Lei nº 12.305/2010, não há como pensar a gestão de resíduos no país sem levar igualmente em consideração à temática da reciclagem. Logo, em virtude de sua importância no âmbito de qualquer política pública relacionada aos resíduos sólidos, fica patente a pertinência da adoção de uma política tributária voltada ao estímulo desta atividade econômica, com vistas à promoção de uma efetiva sustentabilidade.

Com base na relevância social, ambiental e econômica da reciclagem, dimensões estas que a relacionam intimamente ao princípio do desenvolvimento sustentável, é possível perceber a necessidade de efetivação de políticas públicas específicas para esse setor. Então, considerando que a tributação é um importante instrumento para a intervenção do Estado sobre o domínio econômico pela via da indução, consequentemente, há o entendimento de que deve haver uma política tributária promocional, sendo o incentivo à reciclagem uma parte integrante desta ação estatal. Porém, para que esta seja estruturada adequadamente, devem ser consideradas as peculiaridades da reciclagem de resíduos sólidos e o interesse público em estimular este ou aquele aspecto da atividade econômica, de maneira a assegurar que esta seja realmente exercida no sentido de viabilizar o desenvolvimento sustentável.

Portanto, com o escopo de verificar de que forma a indução tributária pode ser utilizada para o incentivo à reciclagem, deve ser feito inicialmente uma análise de como a atividade tributária do Estado afeta o setor na época atual, pois é a partir desta constatação que se poderá concluir sobre eventuais distorções existentes e quais os instrumentos tributários se adequariam à política pública pretendida. Mas, neste artigo nos limitaremos a estudar os principais aspectos tributários que têm repercussões econômicas sobre a reciclagem, exercendo influências direta sobre as decisões tomadas pelos agentes econômicos ligados ao setor. Nessa discussão, convém salientar que o planejamento de uma política tributária deve levar em consideração a questão do justo tributário, bem como a eficácia da utilização do instrumental tributário para a obtenção dos fins pretendidos, quer sejam eles meramente arrecadatórios, quer se relacionem à indução de comportamentos pela via da extrafiscalidade; sendo que, na prática, nem sempre é fácil fazer a conciliação entre os valores envolvidos.

Em geral, as dificuldades dos Estados, quanto à atividade tributária, têm sido conciliar dois princípios que, em conformidade com Falcão (2003, p.128), quando eles estão em equilíbrio, caracterizam um ''sistema tributário ótimo'': o *princípio da equidade*, que se baseia na função redistributiva do tributo; e o *princípio da eficiência*, que estabelece um sistema tributário simples e transparente. De maneira que prestigia-se a eficiência com tributos que repercutem diretamente no consumo – mais simples de arreca-

dar e fiscalizar, sendo que redundam em uma tributação mais regressiva, que alcança a todos da mesma forma. Todavia, não sendo possível ao legislador conhecer as condições econômicas do consumidor, o *princípio da capacidade contributiva* é relativizado, sendo sua aplicabilidade apenas por meio da via indireta, da seletividade e da não-cumulatividade.

Quanto a opção por tributos diretos, em especial os que incidem sobre a renda líquida, existe uma tendência em se prestigiar o princípio da equidade, uma vez que é possível a tributação mais gravosa sobre aqueles que detêm maior capacidade contributiva, podendo o tributo ser utilizado como forma de redistribuição de riquezas. Já os tributos que estão relacionados com o consumo, são considerados de natureza indireta, tendo em vista que não são cobrados diretamente do contribuinte, mas de comerciantes ou indústrias, que os acrescentam ao preço do produto e recolhem o valor devido. Nestes tributos existem dois aspectos relevantes: o do contribuinte de direito, um agente intermediário que possui o dever de apurar e recolher o tributo, mas não suporta o seu ônus econômico; e o do contribuinte de fato, que é aquele que suporta o encargo financeiro do tributo, ou seja, o consumidor final.

Em diversos países do mundo, os tributos sobre o consumo são unificados, existindo apenas um imposto indireto, que geralmente incide sobre o valor agregado dos produtos. Porém, no Brasil são diversos os tributos incidentes sobre o consumo, sendo a competência para sua institucionalização distribuída entre os diversos entes da federação. Desse forma, compreendemos que a problemática dos tributos indiretos interessa especialmente a este estudo, em razão de serem eles os que mais impactam a comercialização de materiais recicláveis, como também a produção de bens a partir de insumos reciclados. Devido a isso, é possível afirmar que qualquer política tributária de incentivo à reciclagem deverá pautar-se pela consideração aos tributos que têm repercussão no âmbito do consumo, destacando-se o Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), a Contribuição para o Programa de Integração Social (PIS) e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social (COFINS). Contudo, registre-se que tais tributos são cobrados nas operações mercantis e sobre as receitas das empresas, sendo seu ônus financeiro,

como já enfatizado, transferido para o preço cobrado do consumidor final. Nessa perspectiva, Caliendo (2009, p.158) esclarece que o aspecto central de preocupação nesses tributos é a busca da neutralidade fiscal nas operações econômicas, no intuito de evitar o fenômeno da regressividade, enfatizando esse autor que:

> [...] O fenômeno da *regressividade* dos tributos sobre o consumo se explica pelo fato de que estes incidem sobre a renda consumida tão-somente. Em geral, a *renda total* dos agentes econômicos se divide em renda consumida e renda poupada (acumulada) e a proporção entre os dois tipos de renda varia conforme a classe social do agente. Desse modo, teoricamente, a renda poupada das pessoas mais abastadas é maior do que a das pessoas de baixa renda, visto que as necessidades de consumo tendem a diminuir na medida em que aumenta a riqueza disponível. Assim, a tributação sobre o consumo é tendencialmente regressiva, na medida em que incide com [sic] mais vigor sobre as classes sociais mais baixas. [...].

Como é possível observar, os dois mecanismos a serem utilizados contra os efeitos regressivos da tributação direta são a não-cumulatividade e a seletividade. Com a primeira, objetiva-se a prevenção do efeito distorcido da incidência tributária sequenciada, que gera a concentração econômica; já com a tributação seletiva, reduz-se a regressividade por meio da aplicação de alíquotas menores para produtos essenciais.

Para uma melhor compreensão de como a tributação incide sobre a reciclagem de resíduos sólidos, torna-se pertinente entender a organização da cadeia produtiva que se forma a partir do "lixo"; ou seja, basicamente este setor é composto por: pequenos catadores de sucata, que atuam individualmente nas ruas, junto a comerciantes, condomínios ou em "lixões"; depósitos de sucata com espaço físico limitado, onde é armazenado o material coletado dos catadores individuais, para que posteriormente sejam revendidos; grandes comerciantes de materiais recicláveis, detentores de estrutura suficiente para depositar extensas quantidades de material reciclado e, após processar sua triagem, limpeza, prensagem e enfardamento, revendê-lo; e o reciclador propriamente dito, indústria que promove a transformação da sucata em matéria-prima.

Em outros termos, na organização do processo produtivo do lixo, *na etapa inicial* encontram-se os catadores de sucata, que são pequenos comerciantes autônomos que coletam e revendem material reciclável, não possuindo eles praticamente nenhuma estrutura comercial. Com efeito, muitas vezes, sequer dispõem de espaço físico para armazenar o material coletado, razão pela qual costumam vendê-lo ao final do dia de trabalho. Em síntese, eles são o elo economicamente mais frágil da cadeia produtiva, além de frequentemente trabalharem em condições insalubres e perigosas (PORTO, 2004); saliente-se, também, que nessa realidade, como destacado antes, é comum o trabalho infantil, seja individualmente ou mesmo como fonte de auxílio a membro da família que exerça a atividade. Em geral, esses pequenos catadores de sucata atuam na informalidade, mais por desinformação do que por falta de condições de atuar formalmente. Nessa conjuntura, de acordo com a Lei Complementar nº 123/2006, que trata do microempreendedor individual, poderiam os referidos comerciantes autônomos (ou, como prevê a legislação, microempreendedores individuais – MEI) de sucata, em conformidade com o montante financeiro da receita bruta anual prevista, optar pela sistemática de tributação prevista no artigo 18-A da referida legislação. Neste caso, o *quantum* tributário devido pelo microempreendedor é mínimo, haja vista sua pequena capacidade contributiva.

Já na *segunda etapa* da cadeia produtiva da reciclagem, verificam-se os pequenos depósitos de sucata, que em geral se enquadram na condição de microempresa ou empresa de pequeno porte, também amparados pela Lei Complementar nº 123/2006, com a nova redação dada pela Lei Complementar nº 139/2011, visto que sendo eles proprietários de pequenas estruturas empresariais, podem optar por beneficiar-se no regime simplificado de tributação estabelecido pela mencionada legislação, como microempresas, em conformidade com a receita bruta anual prevista especificamente; ou como empresas de pequeno porte, sendo igualmente previsto o montante financeiro mínimo e máximo para a receita bruta anual cabível.

Quanto aos grandes comerciantes de materiais recicláveis, integrantes da *terceira etapa* produtiva em análise, por já possuírem maior organização empresarial e significativo volume de negócios, geralmente não se enquadram como empresas de pequeno porte, motivo pelo qual não

são recepcionados pelo regime de tributação simplificado aplicável aos pequenos sucateiros. Por conseguinte, estão sujeitos à tributação normal, que compreende todos os tributos federais, estaduais e municipais que forem aplicados, salientando-se, em razão de sua relevância econômica e complexidade, a incidência do ICMS, de competência dos Estados e do Distrito Federal, e das contribuições para o PIS e COFINS. No que diz respeito aos recicladores propriamente ditos, assim entendidas as empresas que transformam o material reciclável em matéria-prima a ser empregada na industrialização de novos bens de consumo, eles geralmente estão sujeitos ao regime normal de tributação. Em resumo, além de todos os tributos aplicáveis aos grandes comerciantes de materiais recicláveis acima referidos, sujeitam-se estes também à incidência do IPI, cujo fato gerador é justamente a industrialização de produtos.

Ainda no tocante ao aspecto da cadeia produtiva da reciclagem, é importante esclarecer que nem sempre existirão as quatro etapas acima mencionadas, visto que é possível, em alguns casos, que o pequeno catador de sucata venda seu produto diretamente ao grande comerciante de recicláveis, eliminando-se, então, a hipótese do pequeno depósito. De igual modo, ocorre a possibilidade de os pequenos sucateiros, já detentores de alguma infraestrutura, trabalharem com a cooperação de familiares ou associados – com a coleta do material reciclável; logo, neste caso, não haveria o primeiro integrante da cadeia produtiva. Além do mais, pode ainda acontecer de o pequeno sucateiro vender diretamente à indústria, sem a intermediação dos comerciantes maiores. Mas, de qualquer forma, é útil a explanação dos quatro componentes de tal cadeia, por permitir uma melhor compreensão de como a incidência dos mencionados tributos indiretos afetam a reciclagem, globalmente, como atividade econômica. Até porque, é a partir desta constatação que se pode verificar de que maneira uma política tributária específica pode tornar a reciclagem mais atraente do ponto de vista da racionalidade econômica. Nesse contexto, é também relevante buscar a otimização do cenário social em que se encontra tal realidade, pois permitirá uma reflexão sobre como utilizar o instrumental tributário para assegurar que as empresas envolvidas adotem práticas ambientalmente corretas e que o desempenho das atividades seja socialmente justo e humanamente digno.

Na época atual, em geral, ainda são relativamente tímidos os posicionamento das instâncias jurídicas superiores quanto à tributação sobre o setor da reciclagem, em harmonia com os incentivos fiscais e financeiros, como mecanismos legais previstos no art. 8º, inciso IX, da Lei nº 12.305/2010. Tomemos como exemplo o IPI, pois a questão de que este tributo não incidiria sobre certos processos de reciclagem já foi levantada perante o Poder Judiciário, sob a alegação de que não haveria "transformação" de material, em alguns casos. Nesse sentido, especificamente em relação ao papel obtido por meio da reciclagem, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que "a fabricação de papelão através de reciclagem de sucata de papel caracteriza industrialização, ensejando o cálculo do IPI na forma do art. 67 do Decreto nº 87.981/92 (RIPI)''. Nesse contexto, o entendimento exarado pela Corte Superior é pacífico e não gerou maiores controvérsias doutrinárias ou mesmo inconformismo entre os recicladores, que são atualmente conscientes da sujeição à incidência do imposto (BRASIL, 2006). Entretanto, o modo como incide o IPI sobre a indústria da reciclagem, particularmente no que se refere à aplicação que é atribuída a este imposto, envolvendo os princípios da seletividade e da não-cumulatividade, merece reflexões mais detalhadas.

De fato, o IPI é um tributo fundamentalmente regulatório, cuja instituição não visa simplesmente à arrecadação tributária, muito pelo contrário, deve este imposto ser utilizado como instrumento ordinatório, mediante o qual o Estado tem a possibilidade de intervir sobre o domínio econômico; sendo esta razão pela qual não se sujeita o IPI ao princípio da anterioridade tributária. Além do mais, o princípio da estrita legalidade de aplicação é também mitigado para este tributo, na medida em que é permitida a manipulação de alíquotas do imposto por ato do Poder Executivo. De maneira que a função regulatória do IPI é cumprida por intermédio da seletividade do tributo, em função da essencialidade dos produtos, em conformidade com o disposto no art. 153, § 3º, da Constituição Federal de 1988. Nessa perspectiva, esclarece Botallo (2008, p.944), que o mencionado dispositivo, "longe de outorgar mera opção ao legislador ordinário, comete-lhe um dever ao qual ele não pode furtar-se no exercício de sua competência tributária. Trata-se, assim, de verdadeiro 'poder/dever'."

Assim sendo, reiteramos que a seletividade consiste na imposição de alíquotas diferenciadas em função da essencialidade do produto, com tributação mais gravosa para os produtos supérfluos e menos onerosa para os essenciais. Contudo, a aplicação do referido princípio à reciclagem ainda é bastante reservada, podendo isso ser constatado por meio da análise das alíquotas do IPI atualmente vigentes para os insumos obtidos a partir da reciclagem, assim como do produto final fabricado com matéria-prima reciclada. Tomemos igualmente como exemplo, as aparas e desperdícios de papel destinados à reciclagem, que constam como "não tributados" na tabela do IPI, sendo certo presumir que para a legislação federal equiparam-se a matéria-prima bruta (não industrializada). Já com relação à pasta utilizada como insumo para a fabricação de papel, produto que já deriva de um processo de transformação, tanto as pastas oriundas de madeira quanto as advindas do papel reciclado, são tributadas à alíquota de zero por cento. Logo, não há diferença na tributação do produto final em função da matéria-prima empregada, sendo a partir dessa perspectiva que são considerados os vários materiais (plástico, nafta, alumínio etc.) que podem ser discutidos nessa seara jurídica.

Considerações finais

Com este estudo, observou-se que a urbanização é um fenômeno que precisa ser constantemente repensado a partir das contingencias contemporâneas, sobretudo, nos planos sociais, econômicos, ambientais, culturais, entre outros, devendo então existir reflexões e interpretações oriundas de juristas, sociólogos, historiadores, planejadores, economistas, entre outros profissionais com atuação na área do urbanismo.

Assim, concluiu-se no sentido de que uma das principais missões das políticas urbanas é a promoção do desenvolvimento sustentável, objetivando o atendimento das necessidades fundamentais das gerações presentes e futuras. Com efeito, a proposta seria a compreensão do desenvolvimento urbano como uma política social sempre buscando a materialização dos direitos humanos, tendo como meta central garantir a pessoa uma vida digna. Mas, para a adequada efetivação desse empreendimento, são necessárias medidas formuladas e implementadas com a participa-

ção popular, voltadas para um meio ambiente saudável, combatendo as causas da pobreza, propondo novos padrões de produção e consumo sustentáveis etc. Nesse sentido, concluimos igualmente que a política urbana tem por escopo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade, assegurando assim o bem-estar de seus habitantes, devendo tal avanço ser interpretado como o efetivo exercício do direito à cidade. Desse modo, entendemos que as funções sociais da cidade estarão sendo desenvolvidas plenamente quando houver redução das desigualdades sociais, promoção da justiça social e melhoria da qualidade de vida urbana.

Quanto à questão da atual sistemática política adotada para a gestão integrada dos resíduos sólidos, concluímos pela imprescindibilidade de atenção aos padrões estabelecidos na cadeia de produção e consumo, notadamente quanto ao estímulo à reciclagem por meio da tributação incidente sobre o consumo. No âmbito social, verifica-se que a Lei nº 12.305/10 busca a integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos, destacando-se os atuais incentivos no âmbito da tributação sobre o setor da reciclagem.

Diante do cenário exposto, concluímos compreendendo pela necessidade de um gerenciamento dos resíduos sólidos direcionado principalmente para o aspecto da sustentabilidade econômica no sentido de promover a devida inclusão social dos catadores de materiais recicláveis, bem como dando uma destinação final aos resíduos dentro dos padrões ambientais e sanitários adequados. Enfim, a pertinência desse propósito é plenamente viável, pois além dos inegáveis benefícios para o meio ambiente e para as futuras gerações, tal estratégia igualmente garantiria a geração de renda, trabalho e sustentabilidade. Mais especificamente, destacamos a finalidade do art. 44 da Lei nº 12.305/2010, que trata da concessão de incentivos tributários, financeiros e creditícios como instrumento de políticas públicas em âmbito federal, estadual, distrital e municipal. Porém, muito embora os destinatários destes incentivos sejam as indústrias e entidades dedicadas à reutilização, ao tratamento e à reciclagem de resíduos sólidos, entendemos pela necessidade da inserção da categoria dos catadores de materiais recicláveis com relação ao acesso a tais incentivos, por ser parte legítima e mais fragilizada.

Referências

BOTALLO, Eduardo Domingos. O Imposto sobre Produtos Industrializados na Constituição e no Código Tributário Nacional. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.), **Curso de Direito Tributário e Finanças Públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico.** São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Mapa de Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil**. 2010. Disponível em: <HTTP://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>. Acesso em: 2 abr.2011.

_____. **Decreto n. 6.006, de 28 de dezembro de 2006.** Disponívelem: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d6006.htm>. Acesso em: 19 ago. 2010.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Recurso Especial n. 388.046/PR, 2ªTurma. Relator: Ministro João Otávio Noronha, em 14/02/2006. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7167741/recursoespecial-resp-388046-pr-2001-0173956-7 stj/inteiro-teor>. Acesso: em 12 set. 2010.

CALIENDO, P. **Direito Tributário e Análise Econômica do Direito***:* uma visão crítica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CATÃO, M. O. **Política Nacional de Resíduos Sólidos e Necessidades Fundamentais**. Rio de Janeiro: Multifoco (Ágora21), 2017.

FALCÃO, M. A. A reforma tributária brasileira: um enfoque distorcido? In MORHY, Lauro ... [et al.] (org.). **Reforma tributária em questão**. Brasília: Universidade de Brasília, 2003

LAGO, L. C. **Desigualdades e segregação na metrópole**: O Rio de Janeiro em tempo de crise, Rio de Janeiro: Revan, 2000.

PORTO, M.F.S.; et al. Lixo, trabalho e saúde: um estudo de caso com catadores em um aterro metropolitano no Rio de Janeiro, Brasil. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 20, p.1503-1514, nov./dez., 2004.

A Teoria do Risco Integral após Constituição de 1988 – uma revisão doutrinária e jurisprudencial

Mateus Stallivieri da Costa
Ruy Tadeu Mambrini Ribas

Introdução

Dentro das modernas discussões no tocante à Responsabilidade Civil, um dos temas mais recorrentes é o da possibilidade de aplicação da Teoria do Risco Integral no ordenamento nacional. A doutrina é dividida quanto ao assunto, existindo manifestações divergentes tanto em questões etimológicas, quanto materiais. A divisão também perpassa a seara prática, com diferentes decisões emanadas pelos tribunais superiores (nesse trabalho representados pelo Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça).

A partir da leitura de manuais e livros especializados torna-se possível encontrar com certa frequência a utilização de termos como "a doutrina majoritária" ou "a jurisprudência dominante" ao tratar do instituto da Teoria do Risco Integral. Não raramente diferentes manuais utilizam os termos para defender posicionamentos opostos, tornando, ao estudante e pesquisador, árdua a tarefa de entender a aplicabilidade da teoria.

Os 30 anos da Constituição Federal não parecem ter sido suficientes para impor um posicionamento forte para pacificar a questão. Nesse sentido a presente exposição propõe compilar dois estudos científicos anteriores[8][9], que através de estudos quantitativos buscaram demonstrar o posicionamento não apenas da doutrina, mas também do STF e do STJ quanto a aplicabilidade da Teoria do Risco Integral, separando os embasamentos legislativos e acadêmicos encontrados.

1. Definições Preliminares Quanto ao Risco Integral

Na definição clássica de René Savatier, a Responsabilidade Civil é a obrigação que pode ser imposta a uma pessoa de reparar um dano causado a(?) outrem por fato seu ou fato de pessoa ou coisa dele dependentes (SAVATIER, 1951, p. 1 apud PEDREIRA, 2016 p. 12). Segundo Marco Aurélio Morosini é um conceito que se aproxima da ideia de reparação, um direito evocado sempre que existir uma violação ao direito de não causar um dano a alguém (2016, p. 197).

Ocorre que nem toda violação é passiva de responsabilização, existem critérios necessários para a aplicabilidade do instituto. Segundo Maria Helena Diniz seriam 3 os elementos necessários, sendo eles a i) existência de ação comissiva ou omissiva, que se apresente como ato ilícito ou lícito; ii) ocorrência de um dano, juridicamente reconhecido, moral ou patrimonial causado a vítima; iii) um nexo de causalidade entre o dano e a ação (2005, pg. 42).

No nosso ordenamento civil temos como regra a Responsabilidade Subjetiva (TARTUCE, 2016, p. 559), o que significa que na ação ou omissão é preciso que o agente tenha agido com Dolo ou Culpa Stricto Sensu (Negligência, Imprudência ou Imperícia) (TARTUCE, 2016, p. 507). A exceção do ordenamento civil brasileiro é a previsão do artigo 927 do

8. O artigo "A aplicabilidade da teoria do risco integral no ordenamento brasileiro - uma revisão quanto ao posicionamento da doutrina e do Supremo Tribunal Federal" de nossa autoria foi publicado nos anais do XII Congresso de Direito UFSC, estando disponível no link: https://drive.google.com/file/d/1P1DMOyW-uDyG5oFLTlNum2gznUisRcmw/view

9. O artigo "A aplicabilidade da teoria do risco integral: uma revisão quanto ao posicionamento do superior tribunal de justiça (STJ)" também de nossa autoria foi aprovado para publicação nos anais da XXI Semana Jurídica Direito UFSC, estando no Prelo.

Código Civil, que, em seu parágrafo único, relata a possibilidade de reparação independente de culpa, positivando a teoria conhecida como Responsabilidade Objetiva. Nessa modalidade os elementos são a existência de um dano juridicamente tutelado e um nexo causal.

Para Flavio Tartuce, a Teoria da Responsabilidade Objetiva no Brasil é fundamentada na Teoria do Risco, que se divide em 4 modalidades, sendo elas a i) Teoria do Risco Administrativo, nos casos de Responsabilidade Objetiva do Estado; ii) Teoria do Risco da atividade/profissional; iii) Teoria do risco-proveito, relacionado às relações consumeristas e a iv) Teoria do Risco Integral, objeto da análise do presente artigo (TARTUCE, 2016, p. 560).

Justamente na divisão proposta por Flavio Tartuce que surge a primeira divergência acadêmica referente à Teoria do Risco Integral. Apesar do consenso quanto a definição da Responsabilidade Subjetiva e da Responsabilidade Objetiva, baseadas na ausência ou não do elemento culpa em seu sentido *Lato*, nem todos os doutrinadores acreditam haver divisão entre a Teoria do Risco e a Teoria do Risco Integral. Dentre os autores que defendem a divisão, Hely Lopes Meireles (2016, p. 782) e Sergio Cavalieri Filho (2015, p. 227) sustentam que o Risco Integral estaria caracterizado pela ausência de necessidade de comprovação do elemento nexo causal, em sentido oposto Yussef Said Cahali afirma que não existiria motivo para qualquer diferenciação (2012, p. 38).

De fim mais prático, surge também a divergência quanto a possibilidade de aplicação ou não da teoria dentro do ordenamento nacional. Tomando como exemplo os dois autores anteriores, Cavalieri Filho defende a aplicabilidade em casos específicos e Hely Lopes acredita não ser possível a aplicação. Por fim, entre os autores que defendem a aplicabilidade, existem os que defendam nas hipóteses de dano nuclear, como Marco Aurélio Bezerra de Mello (2015, p. 471) e Maria Helena Diniz (2009, p. 624). Sergio Cavalieri Filho, por sua vez, cita também, para além dos danos nucleares, os ambientais e os casos ligados ao DPVAT (2015, p. 230-231).

Assim as divergências acadêmicas podem ser divididas em 3 pontos, com efeitos diretos na aplicabilidade da doutrina nos tribunais: a) Existência ou não de divergência entre a Teoria do Risco e a Teoria do Risco Integral. b) Possibilidade ou não da aplicação da Teoria do Risco Integral

no ordenamento brasileiro c) Hipóteses de aplicação da Teoria do Risco Integral no ordenamento brasileiro.

2. Aplicabilidade da Teoria do Risco Integral de Acordo com a Doutrina Nacional

A definição do que seja doutrina não é algo que possa ser facilmente estabelecido. A imprecisão de o que pode ou não ser considerado material doutrinário torna o conceito quase infinito, qualquer artigo, livro, manual ou palestra pode enquadrar-se. Dessa forma, para delimitar o posicionamento da doutrina nacional é necessário um marco preciso do objeto, o que inevitavelmente é um recorte, sujeito a eventuais críticas. Para o presente estudo a escolha metodológica para definir o posicionamento da doutrina foi através da busca dos 100 livros jurídicos mais vendidos, dentro da maior livraria nacional e buscando o posicionamento dos autores quanto à Teoria do Risco Integral. Assim foram compilados os 100 livros mais vendidos da livraria Saraiva, detentora de 114 agências e com faturamento anual de 2,1 Bilhões de reais[10].

Dos 100 livros mais vendidos pela livraria saraiva, 10 abordam a Teoria do Risco Integral – 3 livros de direito civil e 7 livros de direito administrativo (COSTA; RIBAS, 2017) –, sendo eles, em ordem de vendas: a) *Manual de Direito Administrativo* (DI PIETRO, 2015) b) *Manual de Direito Civil* (TARTUCE, 2015) c) *Direito Administrativo Descomplicado* (PAULO; ALEXANDRINHO. 2015) d) *Direito Civil Esquematizado - Responsabilidade Civil* (GONÇALVEZ, 2016) e) *Direito Civil Brasileiro - Responsabilidade Civil* (GONÇALVEZ, 2016) f) *Curso de Direito Administrativo* (BANDEIRA DE MELLO, 2015) g) *Manual de Direito Administrativo* (CARVALHO FILHO, 2015) h) *Manual de Direito Administrativo* (MAZZA, 2015) i) *Manual de Direito Administrativo Esquematizado* (SANTO; CALHEIROS JUNIOR, 2015) j) *Direito Administrativo* (MARINELA, 2014).

Nas 10 obras pesquisadas é praticamente unânime o posicionamento que defende a diferenciação entre as duas teorias, excetuando Celso Antonio Bandeira de Mello que ao tratar do tema não aborda a Teoria do Risco

10. Dados disponíveis em: http://istoe.com.br/362164_A+REINVENCAO+DAS+REDES+DE+LIVRARIAS/. Acesso 21/07/2017

Integral de forma nominada. Maria Sylvia Di Pietro cita diretamente Hely Lopes Meirelles (1995, p. 40) como defensor da diferenciação e Yussef Said Cahali como advogado da ideia de indiferença (2003, p. 623). Para a autora, a questão é meramente semântica. Na leitura das demais obras, ainda são encontradas as citações de Weida Zancaner Brunini (1981, p. 59), Octávio de Barros (1956) e Washington de Barros, sendo os 3 defensores da corrente da indiferença. Por outro lado, Caio Mário é citado como defensor da diferenciação, mas com nome sinônimo, podendo a Teoria do Risco abranger ambos os institutos. Ao todo são citados 9 autores diferentes, sendo que quando o assunto é a existência ou não de diferenciação, o mais citado é Hely Lopes Meireles, 3 vezes. Yussef Said é o segundo mais citado, sendo nomeado 2 vezes, porém defendendo a semelhança.

Tabela 1 - Posicionamento dos autores citados dentro das referências pesquisadas

Autor	Nº de Citações	Diferenciam
Hely L. Meireles	3 Citações	Sim
Yussef Said	2 Citações	Não
Weida Zancaner	1 Citação	Não
Washington Barros	1 Citação	Não
Caio Mario	1 Citação	Não

Fonte: COSTA; RIBAS, 2017.

Quanto à aplicabilidade da teoria dentro do ordenamento nacional, das 10 obras consultadas, 4 não aceitam a aplicabilidade da Teoria do Risco Integral no ordenamento brasileiro, as de autoria de Celso Antonio Bandeira de Mello, Carvalho Filho, Alexandre Mazza e Fernanda Marinela. Por outro lado, as 6 obras restantes aceitam a aplicabilidade da teoria em casos específicos, existindo divergência, não obstante, sobre as hipóteses de aplicação. Dentro das divergências levantadas pela doutrina, são 5 as possibilidades de aplicação do instituto: i) o dano causado por acidente ou contaminação de origem nuclear, embasado no artigo 21

da CF de 1988 e da lei 6453 de 1977 ii) os atos de guerra contra aeronaves brasileira, leis 10.309/01 e 10.744/03 iii) os ataques terroristas em solo brasileiro, iv) os danos ambientais previstos no Art. 14, parágrafo 1º da lei 6938 de 1981 e v) os direitos das obrigações, nos artigos 246, 393 e 399 do Código Civil. Curiosamente, nenhum dos 6 autores defendem a aplicabilidade em todas as 5 hipóteses.

Quanto ao embasamento utilizado pelos doutrinadores, Celso Antonio Bandeira de Mello é lembrado como defensor da não aplicabilidade do instituto da Teoria do Risco Integral, assim como Carvalho Filho. Ambos os autores também estão entre os 100 mais vendidos, conforme já visto. Sérgio Cavalieri, apesar de não constar como autor nas 10 obras pesquisadas também é citado, mas, por sua vez, defende a aplicabilidade nos casos de acidentes de carro por força do DPVAT e danos nucleares e ambientais.

Tabela 2 - Posicionamento da doutrina pesquisada quanto às hipóteses de aplicação em bloco da teoria do risco integral

Nuclear Guerra Terrorismo Obrigações	Ambiental	Nuclear Ambiental	Nuclear Terrorismo Guerra	Nenhum Caso
1	3	1	1	4
10%	30%	10%	10%	40%

Nuclear	Terrorismo	Ambiental	Guerra	Obrigações
3	2	3	2	1
27,3%	18,2%	27,3%	18,2%	9,10%

FONTE: COSTA; RIBAS, 2017.

Analisando os dados encontrados pela pesquisa quantitativa, é possível concluir que dentro do marco utilizado a doutrina nacional se posiciona no sentido de entender a Teoria do Risco Integral como modalidade extremada da Teoria do Risco, onde o elemento do nexo causal não precisa de comprovação. Nesse sentido das 9 obras que citaram diretamente a teoria, todas corroboram com essa distinção. Quanto à aplicabilidade, a

doutrina se mostra dividida, com 6 dos 10 livros defendendo a possibilidade, evidenciando uma tendência de adequação ao nosso ordenamento.

A compilação quantitativa dessas informações permite comparação com os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, avaliando, assim, se existe uma semelhança entre a teoria e o fim prático que os tribunais têm realizado.

3. Análise do Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto a Teoria do Risco Integral

Vencidas as definições conceituais e doutrinárias do instituto, assim como quantificados, dentro do marco teórico analisado, o posicionamento dos principais livros que abordam o assunto, é possível analisar as decisões dos tribunais superiores. Novamente foi preciso delimitar um marco de consulta, pois uma avaliação da totalidade das decisões tornaria a tarefa demasiadamente extensa.

Como ferramenta para a busca dos julgados foi utilizado o portal de pesquisa de jurisprudência do próprio STJ, sendo pesquisadas as palavras "risco" e "integral", juntadas pelo mecanismo de busca "ADJ", que disponibiliza todos os julgados em que as duas palavras estejam a uma distância de no máximo 4 palavras uma das outras. Foram analisadas apenas as decisões colegiadas do STJ, ou seja, apenas acórdãos, num total de 33 julgados. Se fossem consideradas também as decisões monocráticas o número subiria para 1548 documentos, o que inviabilizaria a pesquisa da totalidade das decisões.

Ao longo de sua história o Superior Tribunal de Justiça analisou, de forma colegiada, 33 casos envolvendo a Teoria do Risco Integral, sendo o primeiro em 1995 e o ultimo em 2017. Dos julgados, 14 foram agravos, 1 embargo de declaração, 17 Recursos Especiais (REsp) e 1 Conflito de Competência, sendo 29 nas turmas e 4 nas seções. Os julgados podem ser divididos em 7 grupos diferentes, que serão analisados a seguir, sendo eles: i) Responsabilidade Civil em Virtude do Seguro Habitacional Obrigatório ii) Dano Ambiental iii) Responsabilidade Civil por Acidente de Trabalho Envolvendo Menor iv) Direito do Consumidor e Perda de Voo v) Responsabilidade Medico/Hospitalar e contaminação por HIV

vi) Morte de Preso em Presídio vii) Responsabilidade Civil por Ilícito Praticado por Oficial de Registro de Títulos viii) Responsabilidade Civil Envolvendo Mercado de Capitais.

Quanto à Responsabilidade Civil em virtude de seguro habitacional obrigatório, no AgInt no REsp 1111823/SC o STJ entendeu que por não constar na apólice, os danos resultantes de fato da construção não comportariam a aplicabilidade da Teoria do Risco Integral. No sentido de não aplicabilidade, o Tribunal também decidiu pelo afastamento da teoria no AgRg no REsp 1563699 / SC, em que era debatido um acidente na saída de avião comercial. Em caso envolvendo contaminação por HIV devido à conduta estatal omissiva, o STJ entendeu não ser aplicada a Teoria do Risco Integral, afirmando, ainda, o ministro relator Humberto Martins, que o ordenamento nacional não excepciona a sua aplicação. Na mesma linha do julgamento anterior, no REsp 1095309 /AM Luiz Fux afastou a teoria no caso de morte de preso. Ainda foram negadas as aplicações em 3 casos envolvendo mercado de capitais, sendo o primeiro o REsp 43102 / DF, de relatoria do ministro Milton Luiz Pereira. Por fim, o Tribunal também entendeu não ser aplicada a teoria nos casos envolvendo ilícitos praticados por oficial de registro de títulos, por ser incompatível com a redação dos 236 da CF, 28 da Lei n. 6.015/73 e 22 da Lei n. 8.935/94.

Outros dois blocos de julgados caminharam em sentido diferenciado, tendo decidido o Tribunal pela possibilidade de aplicação. No CC 143006 / SC de 2016, relatado pelo Ministro Mauro Campbell, o STJ aprovou o relatório em que se defende a aplicabilidade para os casos de acidente de trabalho envolvendo menor de idade, segundo o relator justificam essa aplicação os artigos 60 até 69 no ECA, o 227 da CF/88 e as convenções da OIT nº 138, de 6/6/1973, sobre a idade mínima de admissão ao emprego e nº 182, de 17/6/1999.

O segundo bloco é referente ao dano ambiental, sendo o primeiro julgado de 2002 e de relatoria do Ministro Luiz Fux. Ao todo foram 24 vezes que em grau colegiado o STJ analisou a teoria aplicada ao dano ambiental, defendendo a aplicação em todas. Dos 24 casos analisados 9 são referentes ao vazamento do poliduto OLAPA de responsabilidade da Petrobras, 1 envolvendo anulatória referente a procedimento admi-

nistrativo ambiental, 3 envolvendo rompimento de barragem, 1 sobre queimaduras ocasionadas por resíduos industriais, 3 sobre vazamentos e limpezas de tanques armazenamento, 1 referente a colisão de navio e posterior vazamento de Nafta no meio ambiente, 1 por emissão de fertilizantes e 3 envolvendo poluição industrial, 1 sobre a natureza *prop terem* do dano ambiental e por fim uma última que afasta a análise de mérito por força da súmula 7.

Tabela 3 - Posicionamento do Superior Tribunal de Justiça quanto à aplicabilidade da teoria do risco integral*

Órgão de Julgamento do Acórdão	Pleno	29	86.2%
	Turmas	4	13.8%
Polo passivo da ação da ação de responsabilidade[11]	Administração Pública Direta ou Indireta	26	77%
	Concessionária de Serviço Publico	6	23%
Escolha do acórdão pela diferenciação da teoria do risco integral	Diferenciam da Teoria do Risco	33	100%
	Não Diferenciam da Teoria do Risco	0	00%
Decisão no caso quanto a aplicação da teoria no risco integral	Aceitam a Aplicação no Caso	0	00%
	Não Aceitam a Aplicação no Caso	33	100%

Fonte: COSTA; RIBAS, 2018.

** Para análise não foram computados o Conflito de Competência 143006 / SC, os Embargos de Declaração EDcl no REsp 1346430/PR, nem o REsp 277167 /MG, esse ultimo pela falta de análise de mérito.*

11. Uma das ações constam no polo passivo uma concessionária de serviço público (TAM) e uma empresa pública (INFRAERO), Resp 1563699/SC.

Tabela 4 - Embasamento do posicionamento do STF quanto à Teoria do Risco Integral

Autores Citados*		Precedentes Citados**		Legislação Citada***
Herman Benjamin	3	REsp 1.305.102/SP	1	Aplicar:
Paulo Affonso Leme	4	AgRg 377.151/DF	1	Art. 14 da Lei 6938 de 1981 - 19 citações
Luis Paulo Sirvinkas	1	REsp 1.227.139/MG	1	Art. 784 e 942 do CC
Anelise Monteiro	1	REsp 1.373.788/SP	3	Dec Lei 3597 de 2000
José Ricardo Alvarez	1	REsp 1.114.398/PR	7	Artigos 60 a 69 do ECA, lei 8.069 de 1990
Maria Sylvia Di Pietro	1	AgRg 533.789/RJ	1	Art. 225 **§ 3º da CF88 - 14 citações**
Celso Bandeira de Mello	1	REsp 1.385.277/RS	1	Não Aplicando:
Lucia Valle Pereira (In Celso Antonio Bandeira de Mello)	2	AgRg 153.797/SP	1	Art. 37 § 6º da CF88
		AgRg 1.412.664/SP	3	Art. 236 da CF88 - 4 citações
		AgRg 273.055/PR	1	Lei 6.015 de 1973
		EDCL + REsp 13464/SP	5	Lei 8.935 de 1994.
		REsp 1.367.923/RJ	1	
		REsp 883.656/RS	1	
		AgRg 1333671/SP	1	
		REsp 1145358/PR	1	
		S. de Segurança 5761		

Fonte: COSTA; RIBAS, 2018

* A coluna demonstra a relação entre os autores citados para embasar as decisões e o número de vezes em que foram citados nos 33 julgados.

** A coluna demonstra a relação entre os julgados citados para embasar as decisões e o número de vezes em que foram citados nos 33 julgados.

*** A coluna demonstra a relação entre as leis citadas para embasar as decisões e o número de vezes em que foram citados nos 33 julgados.

Avaliando os resultados encontrados da análise do Superior Tribunal de Justiça, é possível aferir que é unanime, nos julgados do Tribunal, o posicionamento pela aplicabilidade da Teoria do Risco Integral nos danos ambientais, tendência percebida apenas no precedente envolvendo acidente de trabalho de menor, sendo afastada nas demais.

4. Análise do Posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto a Teoria do Risco Integral

Vencidas as análises quanto à doutrina e também quanto ao Superior Tribunal de Justiça é possível tecer considerações relativas ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Importante salientar que, no nível constitucional, a Responsabilidade Objetiva foi adotada inicialmente em 1946 pela Constituição Federal.

Posteriormente a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1 de 1969 mantiveram a redação de 46, reservando as modificações para 1988, quando se manteve a Responsabilidade Objetiva, mas se estendeu tal responsabilidade às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público (CARVALHO NETO, 2014, pg. 55).

Ocorre que parte da doutrina considera positivada na Constituição de 1988 a possibilidade de aplicabilidade da Teoria do Risco Integral nos casos de Dano Ambiental, por força do artigo 225, assim como nos casos de Dano Nuclear, por força do artigo 21. Ainda existem autores que sustentam a aplicabilidade em casos diferentes, afirmando não existir contradição com a previsão da Responsabilidade Objetiva prevista para o Estado no Artigo 37 §6º.

Como marco temporal para a pesquisa envolvendo o STF, foi adotado todo o período posterior à promulgação da primeira Constituição que adota a teoria objetiva (1946) até o final do ano de 2016, sendo avaliados todos os julgados que citam a responsabilidade pelo Risco Integral. Dentro do sistema de jurisprudência do site do STF, utilizando as variáveis de pesquisa “risco” e “integral”, interligadas pelo conectivo “adj”. Filtrando pelos

acórdãos, foram encontrados 11 resultados, sendo o primeiro de 1967 e o ultimo de 2016, os quais serão trabalhados a seguir.

O Supremo Tribunal Federal, nos 11 julgados analisados, considerou pela inaplicabilidade da teoria em caso de morte causada por agente de segurança (Recurso Extraordinário RE 52311 / RN), em acidente envolvendo transporte do exército (Recurso Extraordinário RE 68107 / SP), troca de tiros envolvendo policial militar (Recurso Extraordinário 74554 / PR), acidente de transito envolvendo agente público (Recurso Extraordinário RE 91376 / SC e Recurso Extraordinário 92676 / SP), exercício regular da função de delegado de polícia (Recurso Extraordinário 78569 / PR), Acidente ferroviário (AgR 234010 AgR / RJ), acidente em parque municipal (RE 238453 / SC), morte de detento (Recurso Extraordinário 841526/RS) e acidente metroviário (ARE 934055 AgR).

Fugindo da convergência entre os julgados anteriores a ADI 4976 merece análise mais detalhada, pois em seu relatório o ministro Ricardo Lewandowski acabou por se manifestar de forma favorável a aplicação da teoria em determinados casos. A ADI 4976 julgou a constitucionalidade de alguns pontos da Lei 12.663/2012, conhecida como a Lei Geral da Copa. O Procurador Geral da República alegou inconstitucionalidade no tocante à aplicação da Teoria do Risco Integral em acidentes envolvendo o evento. Ao chegar ao Pleno do STF, em 2014, o ministro relator Ricardo Lewandowski acabou por afastar a inconstitucionalidade.

A PGR alegava que no art. 23 da lei era adotada a Teoria do Risco Integral, sendo incompatível com o art. 37 da Constituição Federal que adota apenas a Teoria do Risco. Ao emanar seu voto, o ministro relator argumentou, seguindo as lições de Sérgio Cavalieri, que o Art. 37 não vence todas as possibilidades referentes à responsabilidade da administração, ressaltando inclusive que a CF/88, no art. 21, XXIII, d, para muitos administrativistas adotou a teoria do risco integral nos casos de danos nucleares. Novamente citando Sergio Cavalieri o relator também revela que a teoria teria sido aceita nos casos de danos ambientais, por força do Art. 225, § 3º, da CF, e replicado no art. 14, § 1º, da Lei 6.938/1981, assim como também nos casos de ato de guerra envolvendo aeronaves brasileiras ou casos de terrorismo, conforme a lei Lei 10.744/2003.

Citando o parecer da Advocacia Geral da União, assim como os ensinamentos de Marçal Justem Filho[12], Alexandre Santos de Aragão[13] e artigo específico de Bruno Carrá[14], o Ministro Lewandowski ressalta a possibilidade das leis infraconstitucionais criarem regras especificas para a responsabilidade civil, mas relata que no caso concreto não se trata da adoção da teoria do risco integral, pelo artigo 23 não se tratar de responsabilidade extracontratual do Estado, mas sim de responsabilidade por atos de terceiros, fenômeno diferente e que não gera embate com o art. 37 da CF/88.

Tabela 5 - Posicionamento do Supremo Tribunal Federal quanto à aplicabilidade da Teoria do Risco Integral

Órgão de Julgamento do Acórdão	Pleno	2	18%
	Turmas	9	82%
Polo passivo da ação da ação de responsabilidade[15]	Administração Direta	8	80%
	Concessionária de Serviço Publico	2	20%
Escolha do acórdão pela diferenciação da teoria do risco integral	Diferenciam da Teoria do Risco	11	100%
	Não Diferenciam da Teoria do Risco	0	00%
Decisão no caso quanto a aplicação da teoria no risco integral	Aceitam a Aplicação no Caso	0	00%
	Não Aceitam a Aplicação no Caso	11	100%

Fonte: COSTA; RIBAS, 2017.

12. A obra citada pelo ministro é referenciada como: JUSTEN FILHO. Marçal. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.327.

13. A obra citada pelo ministro é referenciada como: ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo . Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 561.

14. A obra citada pelo ministro é referenciada como: CARRÁ, Bruno Leonardo Câmara. A Responsabilidade da União na Lei Geral da Copa de 2014: Uma Análise Sistemática. Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa, ano 2 (2013), n. 11, pp. 12.202-12.206.

15. Uma das ações é referente a uma ação direta de inconstitucionalidade, restando apenas 10 acórdãos para análise do tópico específico.

Tabela 6 - Embasamento do posicionamento do STF quanto à teoria do risco integral

Autores Citados		Precedentes Citados*		Legislação Citada**
Aguiar Dias (Amaro Cavalcanti)	1	RE 68.107	2	Art. 37 da CF 1988 - 5 citações
Hely Lopes Meireles	3	rtj 55/50	2	
Seabra Fagundes	1	RE 66.013 -SP	1	
Sergio Cavalheri	1	RTJ 71/99	1	Art. 107 da CF 1969 - 5 citações
Marçal Justen Filho	1	RE 74.292	1	
Bruno Carra;	1	RE-78.569	1	
Leonardo Câmara;	1	RE-179147	2	
Alexandre Aragão;	1	RE 591.874/MS	1	Art. 105 da CF 1967 - 5 Citações
		ARE 638467 RG	1	
		719772 AgR (2ªT)	1	
		ARE 717693 AgR (1ªT),	1	
		AI 782929 ED (1ªT),	1	Art. 194 de 1946 - 2 citações
		ARE 699423 AgR	1	

Fonte: COSTA; RIBAS, 2017.

* Dos 11 julgados analisados, 5 não apresentaram nenhum precedente como embasamento no que tocava a responsabilidade pelo risco integral, numero equivalente a 45,5%.

** Dos 11 julgados analisados, 2 não apresentaram nenhuma justificativa legislativa no embasamento tocante ao posicionamento quanto a responsabilidade pelo risco integral, numero equivalente a 18%.

Avaliando os resultados encontrados na análise do Supremo Tribunal Federal é possível aferir que na totalidade das decisões é realizada a diferenciação entre a Teoria do Risco Integral e a Teoria do Risco. Por outro lado, assim como na doutrina, as possibilidades de aplicação da teoria também são polêmicas na Corte, até o momento não existindo nenhum julgado que defenda a sua aplicabilidade em um caso prático, porém com manifestações em relatório divergindo do assunto em tal sentido. A competência constitucional do Tribunal acaba por afastar a possibilidade de avaliação de parte das hipóteses trazidas pela doutri-

na, assim como as baixas eventualidades de ocorrências reais (como nos casos de acidentes com aeronaves e danos nucleares), restando ainda dúvidas sobre o posicionamento na totalidade das hipóteses.

Conclusão

Percebe-se na análise quantitativa realizada uma dissonância entre os posicionamentos encontrados, tanto do Supremo Tribunal Federal como da Doutrina e do Superior Tribunal de Justiça. É notável a existência da separação dos conceitos referentes a Teoria do Risco e Teoria do Risco Integral, sendo possível afirmar que o entendimento dominante é pala compreensão da ultima como modalidade extremada. Quanto à aplicação, no ordenamento nacional, doutrina e STJ entendem pela possibilidade, a primeira se dividindo em 5 posicionamentos distintos, enquanto o Tribunal sustenta, até o momento, a compreensão apenas para os casos de dano ambiental. O STF, por seu turno, acaba por se distanciar desse entendimento, afastando a aplicabilidade em todos os casos julgados, apesar de manifestação isolada em relatório caminhando em sentido oposto.

Por fim, tem-se que a passagem dos 30 anos da Constituição mostrou-se insuficiente para pacificar um posicionamento quanto à Teoria do Risco integral, existindo até hoje divergências importantes que futuramente deverão ser tratadas.

Referências

CAHALI, Said Yussef. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 19ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 28ª Ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CARVALHO NETO, Tarcisio Vieira de. Responsabilidade Extracontratual do Estado Por Omissão. 1ª Ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2014.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 12ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

COSTA, Mateus Stallivieri; RIBAS, Ruy Tadeu Mambrini. **A aplicabilidade da teoria do risco integral no ordenamento brasileiro - uma revisão quanto ao posicionamento da doutrina e do supremo tribunal federal.** Anais do XII Congresso de Direito UFSC. 2017. Acesso disponível em: https://drive.google.com/file/d/1P1DMOyW--uDyG5oFLTlNum2gznUisRcmw/view

COSTA, Mateus Stallivieri; RIBAS, Ruy Tadeu Mambrini. **A aplicabilidade da teoria do risco integral: uma revisão quanto ao posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ)**. No Prelo.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil**. 23a Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro - Vol. 4 - Responsabilidade Civil**. 11ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GONÇALVEZ, Carlos Roberto. **Direito Civil Descomplicado: Responsabilidade Civil**. 3ª Ed. São Paulo:Saraiva, 2016.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11ª Ed. São Paulo: RT, 2015.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016

MAZZA. Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEIRELES, Hely Loppes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Edição. São Paulo: Malheiros. 2015.

MELO, Marco Aurélio Bezerra de**. Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil - Vol. IV**. São Paulo: Editora Atlas, 2015.

MOROSINI, Marco Aurélio. **Aspectos da responsabilidade civil do estado por danos decorrentes do exercício da função jurisdicional**. 202 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

PEDREIRA, Ana Maria. **A responsabilidade do estado por omissão**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris. 2016

PEDREIRA, Ana Maria. **A responsabilidade do estado por omissão**. Porto Alegre: Editora Núria Fabris. 2016

SANTOS, Ricardo Alexandre de Almeida; CALHEIROS JUNIOR, João de Deus Moreira. **Direito Administrativo Esquematizado**. São Paulo: Método, 2015.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: Volume Único**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Método, 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil Vol. 4: Responsabilidade Civil**. 8ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

VICENTE, Paulo; ALEXANDRINO, Marcelo. **Direito Administrativo Descomplicado**. 23ª Ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

A importância da ética empresarial em empresas públicas

Thaís Cíntia Cárnio
Lúcia Helena Polleti Bettini
Fernando R. M. Bertoncello

Introdução

A Constituição Federal de 1988 prevê expressamente a possibilidade de o Estado intervir no cotidiano econômico do País por intermédio de empresas públicas, cujas especificidades e os limites de atuação devem ser claramente estipulados em lei, sem gozo de privilégios fiscais que não sejam extensíveis às do setor privado.

Da mesma maneira que as empresas públicas devem seguir cumprir com todas as obrigações assumidas nas esferas civil, comercial e trabalhista, em condições de equilíbrio e concorrência leal com as empresas privadas, também devem seguir os princípios que norteiam a ética empresarial nas operações que realizam em seu cotidiano.

Um dos pontos principais que corroboram esse entendimento é justamente o entendimento de que há participação direta de recursos do erário público compondo seu capital.

Ora, se companhias constituídas exclusivamente por recursos próprios da iniciativa privada devem atentar para a responsabilidade so-

cial e comportamento ético ao desenvolver suas atividades empresariais, ainda mais nesse caso, em que o Estado aplica recursos oriundos de seus próprios cofres.

O trabalho discorrerá sobre essas questões éticas e as peculiaridades das empresas públicas, sua constituição e atuação na economia nacional.

1. Breve histórico das Empresas Estatais no Brasil

Desde a transição do Brasil-Império para o Brasil-República que o Estado brasileiro adota o modelo da descentralização, à época indicada, a territorial, vez que nosso território tem dimensão de continente e continuar com a centralização implicaria em não atendimento de todos os espaços e suas necessidades. Com essa tomada de decisão, verifica-se que a descentralização irá também acontecer na sequência para pessoas e, ao lado da Administração Pública Direta, dos entes políticos, teremos a Administração Indireta, composta por pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado, também como mecanismo de alcançar melhores resultados na realização das tarefas administrativas.

Nossa atenção no presente estudo vai para as pessoas jurídicas de direito privado, que desde os anos 1930 se apresentam com características muito próximas ao formato descrito pela Constituição de 1988. Podemos indicar o aparecimento dessas empresas com fundamento de várias ordens (Neto de Araujo, 2005), conforme a dos fatores econômicos ligados à política de desenvolvimento do país, dos fatores políticos que tiveram seu apogeu nas décadas de 60/70 com as justificativas do desenvolvimento da economia, soberania e segurança nacional, ainda hoje fundamento constitucional das empresas estatais na exploração das atividades econômicas, os de natureza administrativa propriamente ditos, com intenção de desburocratizar por meio do regime jurídico civil das empresas privadas, e os de ordem social para atendimento das classes mais baixas da população na prestação dos serviços públicos.

As justificativas oriundas da Era Vargas, a necessidade de uma Administração Pública burocrática, fundamentada no pensamento Weberiano que traz na legalidade estrita o afastamento de apadrinhamentos tão constantes oriundos do modelo patrimonialista, foram os motivos

que levaram inclusive a se criar um órgão de controle, o DASP - Departamento Administrativo do Serviço Público[16], sucessor do Conselho Federal do Serviço Público Civil, que teve o papel de organização, controle e implementação de políticas públicas em escala.

A adoção de modelo de descentralização para pessoas, foi marca dessa grande movimentação que trará autonomia gerencial para esses integrantes da Administração Indireta, quais sejam, as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista, sendo as duas últimas, objeto de nosso estudo.

Essa reforma se materializou por meio do Decreto- lei 200/67, conhecido com Lei da Reforma Administrativa, com alteração do texto constitucional de 1967, e passa a apresentar as diferenças entre a Administração direta e indireta e tentou trazer para o Estado brasileiro uma leitura gerencial de administração. Há definição legal da Administração indireta e de sua estruturação, com princípios próprios norteadores das atividades a serem executadas por cada um dos integrantes da Administração indireta, dentre eles o planejamento, a coordenação, a descentralização, a delegação de competências e o controle.

O engessamento decorrente do modelo burocrático e manutenção de privilégios, incluindo o ingresso na Administração Pública sem concurso público dentre outros, faz com que haja adoção de medidas para afastar esses transtornos, momento que surge o Ministério da Desburocratização e do Programa Nacional de Desburocratização no Brasil com a intenção explícita do desburocratizar e adotar modelo que privilegiasse a eficiência.

Nos anos 1980, a crise dos Estados nos países centrais se apresentou e um terceiro momento se delineia como palco da terceira reforma administrativa, pois o Estado do Bem-Estar Social não estava alcançando o equilíbrio entre as prestações sociais e as contas públicas. No Brasil, esse momento tardou pois, somente com o advento da Constituição de 1988 teremos apresentação de extenso catálogo de direitos fundamentais sociais e metas para a serem alcançadas. Muito se investiu para a implementação dos chamados direitos fundamentais de segunda geração,

16. O DASP – Departamento Administrativo do Serviço Público foi criado pelo decreto-lei 579/38.

mas, além de não haver resultados conforme previsto, os gastos públicos e a ineficiência se mostraram com toda força.

A opção que se faz foi a de diminuir o Estado diante das prestações sociais, ou seja, o Estado mínimo seria delineado, sendo que o Terceiro Setor seria apresentado como um local de premência do interesse público fora do aparato Estatal. Nesse contexto, no governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso, cria-se o Ministério da Administração Federal e Reforma Administrativa, que, apoiado no modelo gerencial norte-americano, traz em 1998, por meio da Emenda Constitucional nº 19, a terceira reforma administrativa.

Incluiu-se de maneira expressa para toda a Administração Pública, ao lado dos princípios já tratados pelo legislador constituinte de 1988, a eficiência, ou seja, os resultados devem ser alcançados pela Administração Pública na realização das tarefas administrativas, com atendimento dos interesses da coletividade. Houve três aspectos muito delimitados que foram a reforma da estrutura do Estado, a criação das agências autônomas como executoras de atividades exclusivas do Estado e a transferência de algumas tarefas não exclusivas para outros setores não Estatais, ou seja, as organizações sociais.

Na sequência a grande modificação que houve foi ao encontro da dinâmica da inclusão social e uma atuação Estatal voltada para o seu fortalecimento com atuação e gestão tendo o cidadão como o maior beneficiário. Passamos de um modelo gerencial puro, com foco na eficiência e consequente responsabilização de seus agentes, para o foco no consumidor dos serviços públicos, no sentido de atender as demandas sociais dos cidadãos.

De fato, houve essas modificações mas, recentemente, diante das diversas questões que, além de notícias deflagraram inúmeras ações judiciais e operações para o desmantelamento da corrupção abusiva no Estado, em 2016, houve uma inovação legislativa no tema em discussão do presente artigo, a Lei 13.303/16, a nova Lei das Estatais.

São marcas dessa alteração o atendimento ao interesse coletivo prioritário, seja por meio dos recursos que serão utilizados para atingir tal meta, tanto nos aspectos do controle quanto no da reparação de danos. As informações passam a receber a importância constitucional trazida em 1988 e se traduzem pelo dever da informação, conforme mandamen-

to descrito no elenco dos direitos e garantias fundamentais que, deverá vir reunida em documento corporativo com linguagem clara e acessível, em respeito às boas práticas de mercado, somado a um relatório que aponte para a sustentabilidade das empresas.

O que se nos apresenta é o que a doutrina chama de "Public Service Orientation" – PSO, que inova e traz o conceito de "Accontability" para a ambiência das Empresas Estatais, ou seja, a transparência somada à prestação de contas e responsabilidade pelos resultados. Carvalho Filho (2018) afirma que há um verdadeiro microssitema a nortear o agir da entidade integrante da Administração Indireta, na modalidade Empresas Estatais, entendimento que compartilhamos.

A Constituição é clara ao traçar as justificativas da existência das empresas estatais ao lado dos particulares na exploração da atividade econômica, quais sejam, os imperativos da segurança nacional e o interesse coletivo, portanto, o regime jurídico híbrido deve ser aplicado para que haja a melhor atuação no sentido de alcançar resultados que viabilizem o interesse público, retirando-se o que há de melhor do público e de mecanismos da ambiência privada para atingimento de resultados descritos como sendo os fundamentais de cada empresa estatal, conforme descrição estatutária e da lei autorizadora da sua criação.

2. Ética Empresarial

Por ética entende-se a ciência que estuda a conduta humana perante o ser e seus semelhantes, envolvendo os estudos de aprovação e desaprovação dos seres humanos e o seu valor (TAILLE; SOUZA; VIZIOLI, 2004).

Esse estudo que se inicia partindo da análise comportamental entre pessoas físicas, adquire nova dimensão e passa a considerar a importância da ética em procedimentos afetos à atividade empresarial.

Quando se trata do tema ética empresarial, um dos principais pontos que se apresentam como necessários para sua consecução é o desenvolvimento de setores internos que cuidem da governança corporativa da companhia.

Esse conceito implica da adoção de uma gama variada de práticas, iniciativas e comportamentos que tem como escopo primordial estabelecer procedimentos confiáveis e transparentes, que possam ser

claramente percebidos por aqueles que, direta ou indiretamente, relacionem-se com a empresa.

Esses grupos variados foram denominados pelo professor americano de administração de empresas e filósofo, Robert Edward Freeman de "partes interessadas" (BEZERRA, 2018).17

Fazem parte desse rol: sócios, elementos internos à administração da sociedade, como conselho, diretoria e afins, e externos também, como investidores, acionistas, fornecedores.

Quando se analisa essa questão sob a perspectiva pública, assoma-se a esse conjunto o interesse difuso e coletivo, trazendo ainda mais enfaticamente a obrigatoriedade de que a ética seja perseguida e incorporada ao desempenho diário da empresa em questão.

Ademais, a própria Constituição Federal expressa as circunstâncias nas quais a intervenção direta na atividade econômica pode ser exercida pelo Estado:

> Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a **exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária** aos imperativos da segurança nacional ou **a relevante interesse coletivo,** conforme definidos em lei.
>
> **§ 1º** A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:
>
> I - **sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;** (BRASIL, 1988) **(grifos da autora)**

Conforme se pode depreender da análise do *caput* do artigo 173, é requisito para a própria existência da empresa pública que haja relevante interesse coletivo. As disposições do inciso I corrobora esse entendimento, determinando que sua função social deve constar da lei que autoriza a criação dessa pessoa jurídica.

17. O termo advém da expressão em inglês "stakeholder", sendo que "stake" é sinônimo de "interesse", e "holder" significa "detentor".

Nesse cenário, além de o interesse público estar claramente inserido como parte interessada, conforme definição acima descrita, há disposição constitucional explícita quanto à fiscalização de suas atividades, tanto pelo Estado como pela a sociedade.

Ora, para que isso ocorra, um bom começo é a observância dos pilares governança corporativa: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade corporativa (INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA, 2018).

Por transparência entende-se a disponibilização de informações que sejam pertinentes para as partes interessadas, extrapolando aquelas cujo fornecimento decorre de obrigação legal.

A equidade implica no tratamento justo e isonômico de todos os sócios e partes interessadas, tanto no que se refere a direitos, como deveres e expectativas em relação aos resultados trazidos pela atividade empresarial, lembrando o requisito trazido pelo próprio texto constitucional, qual seja, de que haja efetivo interesse coletivo para seu estabelecimento.

Ainda na linha relacionada à fiscalização da empresa pública, deve haver a prestação de contas, que resultante do dever dos sócios, administradores, conselheiros, auditores e demais agentes de governança prestarem contas de sua atuação de maneira clara e tempestiva.

É fundamental que os dados sejam inteligíveis e claros, e ainda que sejam esclarecidas à sociedade dúvidas que eventualmente subsistam quanto a tais informações.

Não menos importante é a responsabilidade corporativa dos agentes de governança. Diferentemente do que ocorre nas empresas do setor privado, o ponto de maior relevância não se concentra na obtenção de lucros, mas sim extrapola esse resultado. Além de manter a viabilidade econômico-financeira da companhia, a Administração deve se concentrar em minimizar eventuais externalidades negativas que porventura possam decorrer da atividade desenvolvida, potencializar as consequências positivas e cumprir adequadamente com sua função social: aquela expressamente estabelecida na lei que autorizou a sua criação.

3. Instrumentos jurídicos de combate à corrupção e promoção da ética corporativa

Se não bastasse todo o aspecto moral e da ausência de conduta ético que há por trás dos atos corruptivos, esses também representam forte impacto na economia mundial. Segundo estimativa do Fórum Econômico Mundial, a corrupção tem um custo que equivale a US$ 2,6 trilhões por ano, correspondendo a cerca 5% do Produto Interno Bruto (PIB) global (WORLD ECONOMIC FORUM, 2012). Essa informação revela o quão grande é o desafio que as empresas, em todo mundo, têm enfrentado no combate ao envolvimento em corrupção.

Uma das formas que têm se apresentado para se combater a corrupção é a edição de normas mais rígidas e eficazes.

Publicada em 1º de agosto de 2013, com *vacatio legis* de cento de oitenta dias (entrando em vigor apenas em janeiro de 2014), a Lei n. 12.846 ("Lei 12.846/2013" ou "Lei Anticorrupção") representa um marco legal brasileiro no que diz respeito às formas de se combater um terrível mal enfrentado em todo o globo, a corrupção.

Apesar de ainda se ter muito a ser feito18, a edição da Lei Anticorrupção demonstra que o Brasil busca de fato amadurecer seu ambiente de negócios, pois fica par e passo com as mais rigorosas e avançadas legislações mundiais de combate à corrupção. Seu texto é comparável à de normas semelhantes existentes nos Estados Unidos (como o *Foreign Corrupt Practices Act*, ou *FCPA*) e no Reino Unido (como o *Bribery Act*), ambas exploradas no capítulo seguinte.

A Lei Anticorrupção inicia seu texto delimitando sua esfera de competência legal: as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

18. A corrupção é considerada o terceiro pior fator para se realizar negócios no Brasil, atrás apenas dos encargos fiscais e das regulações trabalhistas, respectivamente o primeiro e segundo piores fatores, segundo o Fórum Mundial Econômico (WORLD ECONOMIC FORUMb, 2018).

Da leitura do seu primeiro dispositivo, logo se verifica que a Lei 12.846/2013 se aplica à responsabilização, exclusivamente, da pessoa jurídica, não obstante a responsabilidade de pessoa física pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (art. 3º) a qual é tratada em outros diplomas legais.

Verifica-se também que se tem como sujeito passivo desses atos não só a administração pública nacional, como também a estrangeira.

As espécies de pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do referido artigo, pela completude apresentada, demonstram que o legislador buscou alcançar todas as espécies de sociedades, mesmo que constituídas com finalidade transitória.

É importante mencionar que a responsabilidade da pessoa jurídica subsistirá, independentemente desta passar por alteração societária, tal como incorporação, fusão ou cisão (art. 4º). Este aspecto surge como um dos prismas de atenção para sociedades que tenham a intenção de incorporar ou fundir-se a outras.

O art. 5º da Lei Anticorrupção define, para seus fins, o que seriam os atos lesivos à administração pública, como aqueles praticados pelas pessoas jurídicas definidas no art. 1º, que de forma ampla, atentam "contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil".

Por "princípios da administração pública", adstritos neste trabalho apenas ao rol do art. 37 da Constituição Federal brasileira[19], sem explorar os demais encontrados ao longo da Carta Maior, tem-se os Princípios de Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. Esses constituem princípios basilares da Administração Pública brasileira (MORAES, 2006, p. 295).

A Lei Anticorrupção também é responsável por delimitar a competência para instauração e julgamentos de processos administrativos para apuração da responsabilidade de pessoa jurídica. O mesmo diploma ain-

19.Art. 37, da Constituição da República Federativa do Brasil. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]

da tem em seu arcabouço o Acordo de Leniência, instituto que permite à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública celebrar acordo com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos corruptivos, desde que haja colaboração efetiva com as investigações e o processo administrativo (DI PIETRO; MARRARA, 2017, p. 196).

A Lei 12.846/2013, no âmbito do Poder Executivo federal, é regulamentada pelo Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015 ("Decreto n. 8.420/2015"), bem como por portarias e instruções normativas expedidas pelo Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria-Geral da União ("CGU"). Tais regulamentos permitem a plena aplicação dos importantes mecanismos de repressão aos atos ilícitos praticados contra a Administração Pública, nos termos da Lei Anticorrupção.

Sob a égide da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no que diz respeito aos administradores, estes estão sujeitos a responsabilização civil, mediante ação de responsabilidade movida pela companhia, por atos que violem lei (art. 158, II). Portanto, há que se interpretar que atos dos administradores que resultem no prejuízo da companhia em face da Lei Anticorrupção, por exemplo, sujeitam aqueles a responder civilmente pelos prejuízos que causarem. Os administradores têm o dever de agir diligentemente, fiscalizando a atuação dos demais administradores e funcionários da companhia para evitar que pratiquem atos em prejuízo da sociedade. A lealdade é pressuposto para atuação dos administradores, somando-se ao dever de agirem, sempre, no interesse da companhia, contudo, dentro dos limites da lei.

Considerações finais

Conforme explanado no presente trabalho, a Constituição Federal prevê, em seu artigo 173, a necessidade de constar da lei que estabelece a empresa pública sua função, sujeição a regime jurídico próprio inclusive no que se refere aos direitos e obrigações de natureza civil, comercial, trabalhista e tributário.

Ao longo do desenvolvimento do conceito desse tipo de empresa no Direito Pátrio, observa-se as inovações trazidas pela doutrina de "Public Service Orientation", que traz consigo conceitos como a transparência,

prestação de contas e responsabilidade pelos resultados. Esses aspectos refletem princípios de ética empresarial, o que demonstra a aproximação das empresas criadas pelo Estado àquelas do setor privado.

Ademais, objetivando primar pela extinção da corrupção e o aprimoramento da ética na condução das atividades das empresas públicas, foi aprovada a Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013, conhecida como "Lei Anticorrupção", representando um importante marco para o enfrentamento de ilícitos.

Com o respaldo constitucional e com ações como essas, caminha-se para o combate efetivo desse mal que contamina muitas das relações públicas e privadas do mundo moderno: a corrupção.

Referências bibliográficas

ARAÚJO, Edmir Neto de. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Editora Saraiva, 2005.

BEZERRA, Filipe. **Stakeholders: do significado à classificação.** Disponível em: http://www.portal-administracao.com/2014/07/stakeholders-significado-classificacao.html, último acesso em 01 Set 2018.

BRASIL, República Federativa do. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_18.02.2016/art_173_.asp , último acesso em 01 Set 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.**São Paulo: Atlas, 2018.

DIREITO INTERNACIONAL. **Bribery Act.** Disponível em: < https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>. Acesso em: 3 out. 2018.

_____. **Foreing Corruption Practices Act.** Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 3 out. 2018.

_____. **Convenção da OCDE sobre Combate ao Suborno de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais.** Disponível em: <https://mneguidelines.oecd.org/2011CombattingBribery,BribeSolicitation&Extortion.pdf>. Acesso em: 3 out. 2018.

Instituto Brasileiro de Governança Corporativa – IBGC. Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. Disponível em :http://www.ibgc.org.br/userfiles/2014/files/codigoMP_5edicao_web.pdf, último acesso em 3 Set 2018.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2018.

TAILLE, Y. DE L., SOUZA, L. S. DE, VIZIOLI, L. Ética e educação: uma revisão da literatura educacional de 1990 a 2003. Educação e Pesquisa, v. 30, n. 1, p. 91-108, 2004.

WORLD ECONOMIC FORUM. Disponível em: <http://reports.weforum.org/global-agenda-council-2012/councils/anti-corruption/>. Acesso em: 5 out. . 2018.

_____. Disponível em http://reports.weforum.org/global-competitiveness-index-2017-2018/countryeconomy-profiles/#economy=BRA. Acesso em: 5 out. 2018.

DIREITO AMBIENTAL

A relação dos povos indígenas com a água: uma análise sobre o entendimento da corte interamericana de direitos humanos

Antonio de Azevedo Maia

Introdução

Água é vida. Uma frase que parece tão óbvia em seu sentido finalístico, mas que na verdade esconde um conflito jurídico que transpassa as fronteiras e o tempo. Como bem essencial ao desenvolvimento da vida e recurso natural finito, a água é identificada para a comunidade internacional como sendo o "ouro do século XXI".

Nos últimos anos a água tem sido tema de grande importância nos debates ambientais, pois o ser humano percebeu a esgotabilidade quanto-qualitativa deste recurso, uma vez que alguns países já sofrem com a escassez e a potabilidade deste bem.

Ocorre que, além de recurso essencial para manutenção da vida, para alguns povos a água possui um significado ainda mais relevante. A relação dos povos indígenas com seus símbolos, sendo a água seu principal exemplo, vem sendo transmitida de gerações a gerações, tendo assim

um valor inestimável para essas sociedades, onde grande parte desses símbolos representam suas divindades sendo ela também responsável pela forma de vida do povo.

Os símbolos também revelam a ligação da terra com suas tradições e modo de sobrevivência, sendo essa a conexão com seus antepassados. Estas conexões formam linhas de transmissão de geração para geração, sendo passadas de forma oral, o que as torna mais vulneráveis, uma vez que podem ser perdidas a qualquer momento, principalmente com uma possível interferência de pessoas ou entidades não ligadas a essa sociedade, como o Estado, por exemplo.

Tal tema, apesar de encontrar raízes históricas antigas, ainda é bastante controverso em âmbito internacional, quanto às suas garantias de inviolabilidade, principalmente diante do Estado onde essas sociedades indígenas estão situadas. Diante dessa problemática bastante atual e importante, o presente trabalho vem mostrar o atual entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, entendimento também da Comissão Interamericana de direitos humanos, juntamente com seus julgados para facilitar a compreensão desse tema diante das inúmeras violações desses direitos e garantias dos povos indígenas e tradicionais com seus símbolos, buscando sempre a preservação de sua memória e resguardando o seu direito de intervir e participar de decisões que envolvam a sua comunidade, onde muitas vezes as populações indígenas são ignoradas quando seu território é violado.

Não menos importante, analisar-se-á também as garantias previstas em instrumentos internacionais como a Convenção Interamericana de Direitos Humanos, Declaração Americana de Direitos humanos analisando seus principais artigos relacionados a essas garantias.

1. Histórico de proteção da água

1.1. Tratados e conferências internacionais

A Comunidade Internacional pela primeira vez incluiu o tema de preservação de recursos naturais, incluindo os recursos hídricos, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, rea-

lizado na Suíça em 1972. A temática ambiental, então, tornou-se ponto importante na pauta das Conferências Internacionais que se seguiram.

A água, em face da sua preocupante degradação ao redor do mundo, passa a ser incluída num planejamento de estratégias pelo Programa das Nações Unidas para Meio Ambiente – PNUMA.

a) Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos

Sob a transformação da urbanização mundial que passava a diminuir a população rural e migrar para grandes centros em 1976 a Organização das Nações Unidas (ONU) realizou a primeira edição da Conferência das Nações Unidas para Assentamentos Humanos em Vancouver, vinte anos depois houve a segunda edição da Conferência em Istambul na Turquia que culminou na edição de um programa de ação denominado *Agenda Habitat*.

As conferências também deram origem a "Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos", importante instrumento de preocupação com o desenvolvimento sustentável das cidades do planeta. E considerou trivial ao desenvolvimento sustentável o acesso à água limpa fornecida em quantidade adequada.

> Esta conferência em Istambul marca uma nova era de cooperação, uma era da cultura da solidariedade. À medida que entramos no século XXI, nos oferecemos uma visão positiva dos assentamentos humanos sustentáveis, um senso de esperança para o nosso futuro comum e um estimulo para enfrentarmos um desafio verdadeiramente válido e comprometedor, o de construirmos juntos um mundo onde todos possam viver em uma casa segura, com a promessa de uma vida decente, com dignidade, boa saúde, segurança, felicidade e esperança. (IBAM, 1997)

b) Conferência Mar del Plata

Foi a primeira conferência a tratar do consumo crescente de água em dimensão mundial e a pressão realizada pelas instituições oficiais sobre águas em algumas regiões. Ocorreu em Março de 1977, em Mar

del Plata na Argentina e foi denominada de I Conferência das Nações Unidas sobre Águas. Esta conferência talvez por ter sido a primeira sobre tal assunto, não contou com um número expressivo de participantes, houve apenas alguns técnicos e políticos, não havendo participação da população em geral.

Nesta conferência foi aprovada a uma recomendação apresentada pela Conferência da ONU sobre Assentamentos Humanos, chamada de HABITAT, realizada um ano antes, em Vancouver no Canadá, solicitando esforços de todos os Estados para fornecerem água potável e serviços de saneamento adequados para todos até 1990.

Nesta Conferência foi traçado o Plano de Ação de Mar del Plata visando controlar a demanda por água no planeta. Declarou ainda a Década de 1980 como a "Década Internacional do Fornecimento da Água Potável e do Saneamento" sob a premissa de que:

> Todos os povos, quaisquer que sejam seu estágio de desenvolvimento e suas condições sociais e econômicas, têm direito ao acesso à água potável em quantidade e qualidade à altura de suas necessidades básicas (BRASIL, 1997).

1.2 Instrumentos universais de direitos humanos

A Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho de 1989 e a Declaração sobre Direitos dos Povos Indígenas de 2007 são os instrumentos mais importantes a respeito de direitos a consulta e ao consentimento prévio, livre e informado das populações indígenas. Isso fica bem claro já no seu artigo 1.b da Convenção 169 da OIT dispõe que o tratado se aplicará:

> b) povos em países independentes considerados indígenas pelo fato de descenderem de populações que viviam no país ou região geográfica na qual o país estava inserido no momento da sua conquista ou colonização ou do estabelecimento de suas fronteiras atuais e que, independente de sua condição jurídica, mantêm algumas de suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas ou todas elas.

Em contrapartida, o artigo 1.2 da mesma convenção diz que a auto identificação como indígena ou tribal deverá ser considerada um critério fundamental para a definição dos grupos aos quais se aplicam as disposições da presente Convenção.

A autoidentificação como aspecto fundamental para determinar quem são os sujeitos da consulta se reforça no artigo 33.1 da Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas, e estabelece que:

> Os povos indígenas têm direito a determinar sua própria identidade composição conforme seus costumes e tradições. Isso não prejudica o direito dos indígenas de obterem a cidadania dos Estados onde vivem.

A ONU tem identificado os seguintes princípios para que um processo de consulta se ajuste aos instrumentos internacionais: universalidade, inalienabilidade indivisibilidade, interdependência e inter-relação, não discriminação e igualdade, participação e inclusão.

Um dos elementos mais importantes de combate sobre o direito à consulta é a determinação e a obtenção do consentimento dos povos indígenas, sendo este um passo obrigatório. Mas os instrumentos internacionais vigentes prevêem que o direito a consulta não implica que os povos indígenas possuam o direito de veto, mas sim de embargo. Tanto o Relatório da ONU sobre povos indígenas, como a Corte IDH tem identificado situações em que um determinado projeto está condicionado a o consentimento dos povos indígenas. No caso da ONU, o ex- Relator James Anaya tem estabelecido que: "a Declaração reconhece as situações em que o estado tem a obrigação de obter o consentimento dos povos indígenas interessados, fora que as obrigações gerais das consultas têm a finalidade de procurar esse tal consentimento" (ANAYA, 2009).

A Declaração das Nações Unidas sobre Populações Indígenas declara que as medidas que envolvem o deslocamento forçado dos povos indígenas do seu território ancestral, armazenamento ou de emprego e realização de atividades militares em seu território, deve ser precedido do consentimento dos povos interessados.

Finalmente, para um processo de consulta ser bem sucedido, o Estado deve fornecer todas as informações necessárias sobre a atividade,

ação administrativa ou legislativa para serem consultadas. A informação deve ser fornecida para que os povos indígenas possam compreender a extensão e ter a oportunidade de fazer perguntas durante o desenvolvimento da consulta.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos já reconheceu que a privação de indivíduos de seus bens pode constituir violação à sua integridade psíquica e moral, quando em razão de tal privação, o indivíduo ficar sujeito a grandes sofrimentos emocionais. Mais especificamente, a separação de povos indígenas de suas terras tradicionais ou de seus símbolos como a água pode constituir uma violação ao artigo 5.1 da CADH, que diz: "Todas as pessoa têm o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral". Ou seja, quando desta separação resultar em dor psicológica e emocional significativa em razão da impossibilidade de se praticar rituais religiosos.

1.3. Mecanismos do sistema interamericano de direitos humanos

A Comissão estabeleceu que não existe uma definição precisa de "povos indígenas" no direito internacional. Dada a diversidade dos povos indígenas nas Américas e no resto do mundo, uma definição estrita afetaria o principal elemento para identificar a diversidade que é auto identificação. Independentemente da denominação ou do recebimento de definição, o fator determinante é a abordagem dos elementos que compõem um grupo humano, que pode determiná-lo como indígena.

A Comissão identificou que tanto a Convenção 169 da OIT, quanto a Declaração da ONU traziam um aspecto fundamental da auto identificação dos indígenas como indivíduos ou como comunidade. A Comissão afirmou que o "critério de auto identificação é o principal estado de Indiana determinação, tanto individual como coletivamente como povos" (CIDH, 2007).

Da mesma forma, a Corte IDH estabeleceu como uma auto identificação coletiva determinante. A este respeito, no seu acórdão no caso da Comunidade Indígena vs. Xákmok Kásek Paraguai:

> A identificação da Comunidade, a partir de seu nome à sua composição, é um fato social histórica que faz parte de sua autonomia (...). Portanto, o Tribunal de Justiça e o Estado devem limitar-se a respeitar as determinações a este respeito apresentar a Comunidade, ou seja, a forma como ele se auto identificar. (CIDH, 2007).

Deve-se ressaltar que, no direito internacional dos direitos humanos, povos indígenas ou comunidades não são obrigados a ser registrados ou reconhecidos pelo Estado, para ser titulares e exercer seus direitos.

2. O direito à agua

O direito à água, apesar de estar envolvido em grandes debates, permanece ainda sem uma definição concreta em qualquer organismo internacional, principalmente no que concerne o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (VIEIRA, 2016).

O tema sempre é derivado a partir de outro conteúdo de outros direitos humanos, como a saúde, a integridade, direito à vida ou propriedade, servindo esses como parâmetros para que assim, seja aplicado tal direito. Pesquisas indicam que a água potável não é acessível para mais de 1,4 bilhões de pessoas do planeta terra (PETRELLA, 2010).

Nesse contexto apesar da CIDH já ter presentes algumas decisões ou relatórios acerca de alguns direitos Econômicos, Sociais e Culturais envolvendo esse assunto, protegidos e tutelados pelo Protocolo de Salvador, o seu longo desenvolvimento acerca do tema, ocorreu em torno de três direitos acima relatados e presentes na Convenção Americana de Direitos Humanos e não no protocolo dos direitos ECOSOC. Vale ressaltar que essa abordagem em torno do direito a água esta relacionada principalmente com direitos civis e políticos.

A água já foi classificada pelo Sistema Interamericano de Direitos humanos, como essencial para o gozo de uma vida digna. Para este fim, foi desenvolvidos entendimentos muitos semelhantes previstos no Comentário Geral n º15 do Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais ONU (CERQUEIRA, 2016).

No julgamento do caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek X Paraguai, a Corte Interamericana determinou que uma pessoa deve

ter pelo menos 7,5 litros de água para satisfazer as suas necessidades básicas. Isso inclui o fornecimento de água potável e serviço do Estado e não interrupção das fontes de água naturais. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos também falou sobre a qualidade da água, observando que a poluição pode causar doença e sofrimento que vão de encontro a uma vida digna (CIDH).

A Comissão, por sua vez, desenvolveu normas em matéria de proteção da água como parte do ambiente e as vidas das pessoas. O relatório sobre a situação dos direitos humanos na Bolívia, em 2007, observou que os Estados têm a obrigação de mitigar os danos produzidos por empresas em fontes de água, a fim de garantir condições de vida mínimas no âmbito de concessões econômicas de atividades. Ele também indicou que os Estados devem parar as atividades de mineração que poluem rios e córregos, afetando as condições de vida dos pessoas.

Portanto, de acordo com as normas do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, os Estados devem garantir que as restrições ao uso e aproveitamento da terra e dos recursos naturais dos povos indígenas não envolvem uma negação de sua sobrevivência física e cultural como povo.

3. A relação dos povos indígenas com seu território

Outro aspecto fundamental dos territórios de populações tradicionais é o do vínculo social, pois diferentes grupos sociais vinculam seus símbolos e rituais ao ambiente biofísico, ou seja, fenômenos físicos ligados ao homem e a natureza.

A distinção entre espaço abstrato e genérico, e lugar concreto e habitado definido por Tuan, identifica lugares sagrados por um determinado grupo representa um dos mais importantes vinculo do espaço para com um sentimento e significado (LITLE, 2002).

A ideia de lugar também reflete valores diferenciados que um grupo social atribui vinculando aspectos do seu habitat, ou seja, do seu meio ambiente. Essa característica especifica relacionada à noção de lugar não deve ser confundida com a noção de originalidade, isto é, o primeiro grupo a ocupar determinada área geográfica. Esta totalmente ligada à ideia de terras imemoriais, algo que fica difícil estabelecer, como mostram as disputas arqueológicas.

A ideia de pertencer a um lugar, nos remete a procurar saber que grupos se originaram naquele lugar especifico, ou seja, através da etnogênese pretendendo dar conta do processo de formação de determinada etnia mostrando o seu surgimento. Pertencer a um determinado lugar, não se exige uma relação necessária com etnicidade que nos leva a ser avaliadas com o critério de pureza, mas sim com um espaço físico determinado.

Podemos destacar um caso emblemático dessa mudança de território, é a peregrinação da sociedade indígena Panará. Na década de 60, com a construção da rodovia Cuiabá- Mato Grosso esse grupo como começou a sofrer interferências em suas terras por parte de garimpeiros e fazendeiros interessados em ocupar suas terras devido a construção dessa rodovia. Nessa época, em aproximadamente oito aldeias viviam 600 Paranás. Após uma iniciativa da FUNAI em 1973, depois de mais de dois anos de invasões, foi tomada uma decisão de levar os 69 Paraná sobreviventes para o Parque indígena do Xingu.

Ao longo de vinte anos esse grupo mudou sete vezes, mas começou a se recuperar demograficamente. Já no inicio dos anos 90 algumas lideranças Panará insistiam em voltar ao seu lugar de origem, isto é, onde eles consideravam o seu verdadeiro lugar. Com as mudanças ao longo do tempo, foi identificada como sua nova terra indígena uma área próxima a bacia do rio Peixoto de Azevedo. Começando assim sua longa jornada para casa com aproximadamente 174 indivíduos.

3.1. A representação simbólica da água para os povos indígenas

A água possui um valor de extrema importância para os povos indígenas não só pela sua importância na reprodução material, mas também pela sua importância simbólica. Ela esta totalmente ligada aos seus inúmeros mitos de como se originou essas populações indígenas, mas também ligadas as suas divindades. Mitos esses que envolvem a própria criação dessas sociedades como dádiva dos deuses aos antepassados. Desde sempre principalmente por estar presente desde a criação do mundo a água é considerada uma dádiva divina pela sua abundancia, consequentemente o seu desaparecimento está ligado ao desaparecimento, o fim da própria sociedade (DIEGUES, 2007).

Em grande parte das sociedades primitivas, a água doce que emana das fontes, dos riachos e rios está vinculada ao símbolo de vida, em contrapartida a água do mar simboliza o perigo e a morte. Ambas são habitadas por seres que as protegem, como a Mãe d´água entre os caboclos da Amazônia, Yemanjá, mãe dos peixes, sereias e os monstros marinhos. A água pura das nascentes simbolizam a pureza e a inocência e por isso devem ser respeitadas, sob pena de serem castigados.

As representações divinas e culturais da água variam de povos indígenas para outro, como seu modo de criação e habitat onde se desenvolveram seu maior ou menor acesso a ela. Ao realizar uma análise das relações dos índios com a natureza, precisamos levar em consideração que a natureza não apresenta uma forma homogenia de ser, e sim, composta por diferentes formas de ecossistemas espalhados pelo mundo.

Ecossistema nada mais é do que o conjunto de fatores físicos, ecológicos e bióticos que caracterizam um determinado lugar e que se estendem por um espaço de dimensões variadas, constituindo-se numa totalidade sistêmica, integrada a fatores abióticos, como substancias minerais, os gases e os elementos climáticos isolados, por organismos vivos, como plantas, fungos animais, etc. (MUSEU DO ÍNDIO, 2013).

Dessa forma fica nítido que ao analisarmos as terras indígenas existentes no Brasil, ou seja, aproximadamente cerca de 560, que cada uma delas esta localizada em ecossistemas diferentes umas das outras, gerando assim culturas e crenças totalmente distintas umas das outras, pois o ecossistema o meio que se vive é fonte primordial para a criação do processo cultural das sociedades indígenas, na medida em que os índios adequam seu modo de viver ao meio que se vive.

Ao analisarmos especificamente um eco ecossistema específico, como o da região Amazônica, verificamos florestas de castanheiras, das matas de cipó, das várzeas, das matas de igapó, das savanas de terra firme, dos rios de agua preta, das florestas de terra firme, etc. Cada um desses ecossistemas enseja aos índios uma forma particular de manejo, para extrair de forma mais eficaz esses recursos para facilitar o seu bem estar (MUSEU DO ÍNDIO, 2013).

Em regra geral, as populações indígenas não se fixavam por muito tempo no mesmo território. O que era levado em consideração em pri-

meiro lugar era o acesso aos recursos indispensáveis para a subsistência das aldeias, como quantidade, qualidade e facilidade ao acesso a esse bem.

Os Kayapó Gorotire, por exemplo, que vivem em aldeias dispersas ao longo do curso dos rios Ibiri, Bacajá, Fresco e de todos os outros afluentes do rio Xingu, ocupando assim uma área com dimensões territoriais quase do tamanho da Áustria, adotam um estilo de vida seminômade, passando um período aproximado de 5 meses durante o ano fora do seu território permanente. Nesse período, além da coleta de recursos, os Kayapó aproveitam o cerrado para plantar diversas espécies de plantas, formando assim verdadeiras ilhas de recursos para facilitar a subsistência do seu povo (ISA, 2015).

Ainda analisando a observância de diferentes ecossistemas, os índios que vivem as margens das bacias dos rios de água preta, por sua vez, sabem que os leitos as margens dos igapós servem para o refugio de varias espécies de peixes, e que encontram alimentos e as condições adequadas para a sua desova e consequentemente a preservação dessas espécies.

Com base nessas observações que foram passadas de gerações para gerações, os índios evitam o plantio de suas rocas nesse ecossistema de forma a não perturbar o desenvolvimento do ciclo vital dessa espécie. Nesse contexto, é importante frisar que o a características de diversos ecossistemas influenciam diretamente a organização social dos índios, sua distribuição e suas tecnologias.

Vale destacar que não se pode dizer que o desenvolvimento cultural dessas sociedades é determinado pelo meio ambiente, mas vale salientar que a ideia de ecossistema apresenta possibilidades e limitações, exigindo dos índios diferentes respostas para o seu surgimento de suas divindades, principalmente divindades relacionados com a água (AB'SABER, 2002).

3.2. Um estudo de caso: comunidade krenak e o desastre de marina/mg

Em 05 novembro de 2015, ocorreu o pior acidente da mineração brasileira no município de Mariana, em Minas Gerais. A tragédia ocorreu após o rompimento de uma barragem (Fundão) da mineradora Samarco, que é controlada pela Vale e pela BHP Billiton.

O rompimento da barragem provocou uma enxurrada de lama que devastou o distrito de Bento Rodrigues, deixando um rastro de destruição à medida que avança pelo Rio Doce. Várias pessoas estão desabrigadas, com pouca água disponível, sem contar aqueles que perderam a vida na tragédia. Além disso, há os impactos ambientais, que são incalculáveis e, provavelmente, irreversíveis.

O acidente em Mariana liberou cerca de 62 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração, que eram formados, principalmente, por óxido de ferro, água e lama. Apesar de não possuir, segundo a Samarco, nenhum produto que causa intoxicação no homem, esses rejeitos podem devastar grandes ecossistemas.

A lama que atingiu as regiões próximas à barragem formou uma espécie de cobertura no local. Essa cobertura, quando secar, formará uma espécie de cimento, que impedirá o desenvolvimento de muitas espécies. Essa pavimentação, no entanto, demorará certo tempo, pois, em virtude da quantidade de rejeitos, especialistas acreditam que a lama demorará anos para secar. Enquanto o solo não seca, também é impossível realizar qualquer construção no local.

A cobertura de lama também impedirá o desenvolvimento de espécies vegetais, uma vez que é pobre em matéria orgânica, o que tornará, portanto, a região infértil. Além disso, em virtude da composição dos rejeitos, ao passar por um local, afetarão o pH da terra e causarão a desestruturação química do solo. Todos esses fatores levarão à extinção total do ambiente presente antes do acidente.

O rompimento da barragem afetou o rio Gualaxo, que é afluente do rio Carmo, o qual deságua no Rio Doce, um rio que abastece uma grande quantidade de cidades. À medida que a lama atinge os ambientes aquáticos, causa a morte de todos os organismos ali encontrados, como algas e peixes. Após o acidente, vários peixes morreram em razão da falta de oxigênio dissolvido na água e também em consequência da obstrução das brânquias. O ecossistema aquático desses rios foi completamente afetado e, consequentemente, os moradores que se beneficiavam da pesca.

A comunidade indígena Krenak, de Resplendor, elaborou um documento em que cobra providências para a descontaminação do Rio Doce (Uatu), que considera sagrado. A comunidade também está sem água e

sem recursos para caça. Além de ser considerado entidade sagrada, o Rio Doce é a principal fonte de subsistência dos índios.

No documento, o grupo Krenak relata que mantém uma relação espiritual com o rio e acrescenta que, diante de todo o desastre, exige que os responsáveis tomem medidas urgentes também com relação ao abastecimento de água na aldeia, com reservatório para cada família.

Além disso, no referido documento consta ainda que a comunidade sabe que os problemas causados com o rompimento dessa barragem irão permanecer ao longo de muitos anos, que os peixes estão todos mortos, as caças estão ficando doentes e a flora foi toda destruída e contaminada com os rejeitos e substâncias tóxicas laçados no Rio Doce.

E a comunidade exigiu que sejam feitos projetos voltados para caça, pesca, plantio e tudo o que envolve a vida do povo Krenak, uma vez que o Rio Doce está presente em todos os aspectos desse povo. Também exigiram indenização por danos morais causados à cultura e religião da comunidade. Ainda conforme o documento, foi pedido que o abastecimento de água deve ser feito da maneira mais urgente possível. A comunidade deu o prazo de 24 horas, sob pena de tomar as providências cabíveis.

O rompimento da barragem de Fundão, em Mariana, foi levado, recentemente à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – órgão autônomo da Organização dos Estados Americanos (OEA), mais especificamente no dia 08 de junho de 2016. A ONG Justiça Global apresentou o pedido na audiência realizada em Santiago, no Chile, no qual estão presentes denúncias e recomendações sobre casos que envolvem direitos humanos e mineração.

Ao final da audiência, o promotor de Justiça Guilherme Meneghin, do Ministério Público de Minas Gerais (MPMG), pediu para que a CIDH instaure um processo junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos. A intenção da solicitação é que sejam apuradas as denúncias feitas na audiência, principalmente as relativas ao desastre ambiental provocado pelo rompimento da barragem da Samarco, cujas donas são a Vale e a BHP Billiton.

Conclusão

Os povos indígenas após um longo período de debates, principalmente em âmbito internacional teve seus direitos garantidos a preser-

vação de seus rituais, símbolos sagrados como a água que possuem um valor espiritual inestimável para a maioria das sociedades indígenas, representando suas maiores divindades, onde grandes rios são os verdadeiros responsáveis para a delimitação dos seus territórios.

Onde devido ao grande crescimento populacional, os territórios indígenas estão sendo violados, principalmente pelo Estado buscando formas de suprir a necessidade de seus habitantes, usando como fonte para a captação de recursos hídricos, rios lagos pertencentes a essas comunidades indígenas sem qualquer comunicação ou aviso prévio tentando assim estabelecer um acordo, onde muitas vezes essas comunidades são obrigadas a migrar de um lugar para o outro, tornando-se verdadeiros nômades sem território.

De acordo com o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos através de suas jurisprudências, garante que se tais símbolos sagrados, territórios forem violados sem o seu consentimento possuem garantias de uma possível reparação que podem ser classificados em restabelecimento do direito violado, remuneração e compensação monetária, isto é, danos pecuniários ou não pecuniários, reabilitação, medidas de não-repetição. Além desses tipos de reparação, os acórdãos do Tribunal de Recursos Humanos que determina a responsabilidade internacional dos Estados, assegura o pagamento de despesas de representação da população indígena ora violada.

Referências

AB'SABER, Aziz N. **Bases para o estudo dos ecossistemas da Amazônia brasileira**. 2002. Disponível em: <http://revistas.usp.br/eav/article/view/9866/11438> Acesso em 15 de junho de 2016.

ANAYA, James. **Report of the Special Rapporteur on Indigenous Peoples Rights 2009**. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/AnnualReports.aspx>. Acesso em 26 de outubro de 2016.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal. **Agenda 21**. Brasília, 1997.

CERQUEIRA, Daniel. **Exigibilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales** – antecedentes históricos, fundamento legal y suposicionesEquivocadas. Fevereiro de 2016, Disponibilizada em: <http://dplfblog.com/2016/02/04/exigibilidad-de-los-derechos-economicos sociales-y-culturales-antecedentes-historicos--fundamento-legal ysuposiciones-equivocadas/>. Acesso em 16 de outubro de 2016.

CONECTAS. **Petição de denúncia do desastre ambiental ocorrido em Mariana, Minas Gerais, à Comissão Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/informe_audie%CC%82ncia-minera-c%CC%A7a%CC%83o%20revisado.pdf>. Acesso em 10 de junho de 2016.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos, **Caso Comunidade Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguai**, Sentença nº 24.

_____. Corte Interamericana de Direitos Humanos, **Acceso a la justicia e inclusión social**: El camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos, **Caso Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai**, nota 77.

DIEGUES, Carlos Antônio. Água e Cultura nas Populações Tradicionais Brasileiras. São Paulo, 2007.

IBAM. **Declaração de Istambul sobre Assentamentos Humanos**. IBAM/Prefeitura Municipal do Rio de Janeiro, 1997.

ISA. **Kayapó:** História e ocupação da região. Instituto Socioambiental: 2015. Disponível em: <https://pib.socioambiental.org/pt/povo/kayapo/182>. Acesso: 19 de outubro de 2016.

LITTLE, Paul. **Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil:** por uma antropologia da territorialidade. Brasília, 2012.

MUSEU DO ÍNDIO. **Povos indígenas**. 2013. Disponível em: <http://www.museudoindio.gov.br/projetos-e-parcerias/povos-indigenas>. Acesso em 30 de outubro de 2016.

VIEIRA, Andréia Costa. **O direito humano à água**. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2016.

Rio +30 e o futuro do direito ambiental

Bárbara Dias Cabral

Introdução

Em 1972, com a Conferência de Estocolmo, o futuro do direito ambiental começou. Tal Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente Humano trouxe à tona a discussão sobre ações no presente para manutenção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado no futuro. Para tanto, é necessário que as ciências, como a economia, administração – e o direito – se adaptem a este anseio premente. Há quatro anos do próximo encontro das Nações Unidas para tratar do futuro do meio ambiente, já é possível prever algumas questões para discussão.

O trabalho apresentará o passado do Direito Ambiental; exporá questões pontuais sobre o Relatório Brundtland, bem como das Conferências das Nações Unidas de 1992 a 2012. Em seguida, apresentará a Conferência Rio +30, a Agenda 2030 e os trabalhos prepatórios no Brasil. Por fim, tratará de questões concernentes ao futuro do Direito Ambiental; o conceito de futuras gerações e justiça intergeracional ambiental. Encerrará discorrendo sobre previsões ambientais e o papel da ciência jurídica em seu gerenciamento. A metodologia empregada é a pesquisa bibliográfica.

1. O passado do direito internacional ambiental: cúpula mundial sobre o desenvolvimento sustentável

A partir da Conferência de Estocolmo, em 1972, a cada dez anos a Organização das Nações Unidas faz nova reunião para tratar do futuro ambiental internacional. A primeira foi a Conferência de Nairóbi, no Quênia, seguida pela Cúpula da Terra, no Rio de Janeiro, Brasil. Logo após, foi a vez da Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Sustentável em Johanesburgo, África do Sul, seguida pela Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável, novamente no Rio de Janeiro.

1.1. O Relatório Brundtland: Nosso Futuro Comum

Pode-se afirmar que os primórdios da preocupação jurídica com o futuro do meio ambiente deu-se a partir da visão da Conferência da ONU sobre o Meio Ambiente (Estocolmo, 1972). No parágrafo 6º de sua declaração, afirmou que a defesa e melhoria do meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade.

A Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento reuniu-se em 1987. Como resultado de seus debates, gerou o Relatório Brundtland ou "Nosso Futuro Comum". Neste documento o desenvolvimento sustentável é concebido como "O desenvolvimento que satisfaz as necessidades presentes, sem comprometer a capacidade das gerações futuras de suprir suas próprias necessidades." Percebe-se que o texto mencionado inspirou o *caput* do artigo 225 da Constituição (BRASIL, 1988), promulgada um ano após a publicação do referido Relatório:

> 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.

A ideia do Desenvolvimento Sustentável proposta pelo Relatório é conciliação do desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, aliados ao fim da pobreza no mundo. Para tanto, é necessário que a

Regulação econômica (MOREIRA, 2014), estrutura-se por meio de incentivos, estímulos e sanções positivas. É fundamental o papel do Estado para garantir que a atuaç*ão econômica privada observe* preceitos sustentáveis.

1.2 Rio 92

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também ficou conhecida como Eco-92, Cúpula da Terra, Cimeira do Verão, Conferência do Rio de Janeiro e Rio 92. Teve como resultado duas convenções — sobre biodiversidade e mudanças climáticas — e mais três documentos — a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, a Declaração de Princípios sobre Florestas e a Agenda 21 — que até o presente guiam as ações nacionais e internacionais quanto ao desenvolvimento sustentável.

A Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, um documento composto por 27 princípios, em dois momentos fala sobre o futuro. Em seu Princípio 3, preconiza que "O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras". Já o Princípio 21 aduz que "A criatividade, os ideais e a coragem dos jovens do mundo devem ser mobilizados para criar uma parceria global com vistas a alcançar o desenvolvimento sustentável e assegurar um futuro melhor para todos".

Quatro anos após a Rio 92, Goldblatt (1996, p. 18) lamenta o pouco aporte teórico quando se trata da unificação dos "mundos social e natural, ou à origem e futuro dos movimentos sociais ambientalistas". As questões suscitadas pela Eco 92, na visão do autor, não resultaram em suficiente debate acadêmico e político. No Brasil, a referida Conferência inspirou legislações ambientais. Mas, pelos dados[20] *técnicos, é possível perceber que ainda há muito a ser feito quando o assunto é o a garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado às futuras gerações.*

20. Os números de um Brasil que "cospe no prato" do meio ambiente. Disponível em: https://exame.abril.com.br/brasil/os-numeros-de-um-brasil-que-cospe-no-prato-do-meio-ambiente/ Acesso em 25 set 2018.

1.3. Rio+ 10 e Rio +20

Dez anos após a Rio 92, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento Sustentável em Joanesburgo (África do Sul), a denominada Rio+10. As nações presentes revisaram as metas da Agenda 21 e debateram sobre a necessidade de um plano de ação global que conciliasse desenvolvimento da sociedade e preservação do meio ambiente para as gerações futuras.

Vinte anos após a Rio 92, realizou-se a Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente e Desenvolvimento Sustentável novamente no Rio de Janeiro, Brasil. Feita a análise ambiental da última década, houve um esforço coletivo das delegações na construção do documento "O Futuro Que Queremos". O item 13 do referido relatório (CNUDS, 2012) afirma que:

> o desenvolvimento sustentável exige ações concretas e urgentes. Ele só pode ser alcançado com uma ampla aliança de pessoas, governos, sociedade civil e setor privado, todos trabalhando juntos para garantir o futuro que queremos para as gerações presentes e futuras.

O documento ainda reconhece que há desafios atuais e futuros e há lacunas na implementação da agenda de desenvolvimento sustentável. Propõe que haja mais planejamento para o futuro, para aproveitar as oportunidades e enfrentar os desafios. Para tanto é preciso rever políticas, planos, programas e orçamentos de todos níveis, e pelas instâncias competentes. Por fim, percebe que as gerações mais jovens são os guardiões do futuro, e que é necessário melhorar a qualidade e o acesso à educação para construir às futuras gerações um ambiente digno.

1.4. Rio+30: o futuro do direito internacional ambiental

Apresentado o histórico das principais reuniões ambientais dos séculos XX e XXI, cumpre agora pensar no futuro. A Conferência Rio +30 ocorrerá em 2022. Espera-se que, durante seus debates, seja feita uma análise da Agenda 2030, que estará em pleno andamento, para observar se precisa de alterações.

1.5. Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável

Em 2015, chefes de Estado e de Governo e altos representantes, reunidos na sede das Nações Unidas em Nova York de decidiram sobre os novos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável globais. A este documento deu-se o nome de Agenda 2030. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável e 169 metas foram construídos sobre o legado dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio. Os Objetivos e metas estimularão a ação para os 15 anos seguintes em áreas de importância crucial para a humanidade e para o planeta.

Afirmou que o futuro da humanidade e do nosso planeta está nas mãos de todos – e não apenas dos governos- assim como nas mãos da geração mais jovem, que vai passar a tocha para as gerações futuras. Tomou a decisão de construir um futuro melhor para todas as pessoas, incluindo as milhões às quais foi negada a chance de levar uma vida decente. Asseverou que o mundo será um lugar melhor em 2030 se alcançar seus objetivos.

1.6. Expectativas e reflexões sobre a Conferência Rio +30

A quatro anos da Conferência Rio +30, ainda não há um posicionamento da ONU sobre as questões a serem discutidas no futuro encontro. Há especulações da empresa Market Analysis[21] sobre o panorama global em 2022 – ano em que será realizada a Conferência Rio +30. Prevê que, após a falência da economia global como era conhecida em 2012, haverá a paralisia dos Estados-Nação e do sistema político, nascendo o cenário das *Comunidades Empáticas*. Aos poucos, as cidades ganham força política e suplantam Estados obsoletos.

21. É um instituto de pesquisas especializado em sustentabilidade e responsabilidade social, parceiro de Ideia Sustentável na produção de conteúdo para os Dossiês e análises de tendências, bem como na realização de pesquisas customizadas e gestão de conhecimento para empresas clientes.

No mesmo sentido, a força dos cidadãos frente ao Estado é vista na seguinte reflexão (FENTON, 2012):

> It is only when we realize that we do not need Rio or the UN to resolve climate change that international progress can become possible.Our faith should not be in multilateralism, and international conferences, but rather, in each other, and in the power we can build together. Once we realize that, we will start building something so powerful that the impossible will become possible, and by Rio +30 we wont simply have blind faith, we will have the power.[22]

O autor impulsiona a pensar que já temos aporte jurídico suficiente para realizar os objetivos da Agenda 2030 antes da Rio +30. Ele não a desvaloriza, mas aponta para a consecução dos objetivos por meio da união entre Estado e sociedade. Guimarães e Fontoura (2012, p. 33) clamam por uma nova forma de se fazer Conferências globais-pensamento que vem a calhar à Rio +30:

> Já não é o momento de debater a ciência, a governança, as instituições ou os atores necessários para promover as mudanças necessárias. Por mais que ainda exista muito por conhecer, o mundo já está cansado de saber quais são os desafios mais urgentes, os responsáveis e as maneiras de superá-los.

Falar sobre A Rio +30 é vislumbrar o futuro o futuro do Direito Ambiental, que é complexo e imprevisível, mas, qualquer que seja a conjectura, passa pelo Estado de Direito Ambiental (FRAGA, 2004). Este, por sua vez, está atrelado a três conceitos principais ligados com a questão ambiental: a participação popular, o acesso à informação e à educação ambiental.

O mundo acredita ser possível a superação da contradição entre o desenvolvimento econômico e a manutenção dos recursos naturais ne-

22. Tradução livre: É somente quando percebemos que não precisamos do Rio ou da ONU para resolver a mudança climática que o progresso internacional possa se tornar possível. Nossa fé não deveria estar no multilateralismo, nem em conferências internacionais, mas sim em cada um e no poder que podemos construir juntos. Quando percebermos isso, começaremos a construir algo tão poderoso que o impossível se tornará possível e, com a Rio +30, não teremos simplesmente fé cega, teremos o poder.

cessários à vida das gerações futuras (GIAMBIAGI e PORTO, 2011). Espera-se que, das discussões que ocorrerão na Conferência Rio +30, mais do que pistas, apontem-se direcionamentos concretos às nações para que resolvam seus problemas ambientais. Deseja-se que a Conferencia Rio +30 não seja mais do mesmo.

1.7. Brasil 2022: Trabalhos Preparatórios

Embora pouco se saiba – e muito se espere – sobre a Conferencia Rio +30, é certo que o Brasil já está preparando se cenário político, econômico e social para a data. Elaborado pela Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República, o Relatório "Brasil 2022: Trabalhos Preparatórios" trata de questões relacionadas à Economia, Sociedade, Infraestrutura e Estado. Foi responsável por pensar estrategicamente o futuro do País, fixando metas para o ano de 2022.

Destaca que é preciso vincular as ações do presente à construção do futuro que interessa aos brasileiros e que um futuro sombrio desencoraja os seres humanos a construir um futuro melhor. Prevê que as questões sociais e ambientais terão cada vez mais importância para a agricultura e para a agroindústria. Enfatiza a necessidade de relações de dependência e cooperação e até a expressão de diferenças tratadas em um ambiente democrático, com a garantia da participação social.

Especificamente sobre o meio ambiente, impõe como metas, entre outras: Redução da emissão de gases causadores do efeito estufa em 40% em relação à tendência crescente até 2022, reciclar, pelo menos, 30% dos resíduos sólidos domiciliares e atingir sua disposição final adequada em 100% dos municípios brasileiros e reduzir em 50% os índices de poluição em bacias hidrográficas críticas.

2. O direito ambiental para as futuras gerações

Antes de qualquer discussão, é preciso definir quem é a presente geração e quem são as futuras gerações para as quais devemos preservar o meio ambiente. Consequentemente será possível tratar sustentabilidade

ecológica e financeira relacionada ao conceito de justiça intergeracional para fazer previsões ambientais às futuras gerações brasileiras.

2.1. O conceito de "futuras gerações"

Após profunda reflexão sobre conceitos como "futuro" e "geração", Ramos Júnior (2011, p. 381) afirma que:

> As quase infinitas futuras gerações estão distribuídas ao longo da região do espaço-tempo denominada futuro. Em sentido estrito, futuras gerações é um conceito antagônico de geração presente. Se a chamada geração presente possui uma extensão temporal de 52 anos, espaço dentro do qual o tríplice aspecto da condição humana se verifica de forma plena – vida biológica, vida laboral e vida política -, isso significa que cada geração possui 52 anos de extensão no espaço-tempo. Logo a geração futura, imediatamente posterior à presente, engloba todos os indivíduos menores de 18 anos de idade até aqueles que ainda nascerão 34 anos após o ponto em que se faz a contagem. Existe uma tendência histórica das gerações posteriores apresentarem um IDH maior que suas antecessoras. Por isso, embora as futuras gerações sofram do problema do déficit democrático, de certa forma isso é compensado pela natural tendência de terem maior qualidade de vida.

Para o autor, todos aqueles indivíduos humanos abaixo dos 18 anos e os não nascidos podem ser enquadrados como futura geração. Sobre a ordem constitucional, meio ambiente e futuras gerações, Ayala (2007, p. 373) explica que:

> no contexto da ordem constitucional brasileira, e nos termos da orientação definida pelo STF, o meio ambiente é patrimônio público, não porque pertence ao Poder Público, mas porque a sua proteção (dever de todos) interessa à coletividade, e se faz em benefício das presentes e das futuras gerações, sendo essa a qualidade do bem ambiental protegida pela constituição.

Ou seja, no exercício de deveres, a relação entre a concretização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e os deveres con-

feridos ao poder público e a sociedade e a titularidade compartilhada de interesses sobre o bem, alcança inclusive as futuras gerações.

3.2. Justiça intergeracional ambiental

Consoante Amaral Júnior (2011, p.116), a justiça intergeracional "funda-se na concepção de que a Terra é um bem que os nossos ancestrais nos legaram para ser usado e transmitido aos que viverão no futuro". Explicita Ramos Júnior que o foco da justiça intergeracional é a sustentabilidade ecológica e financeira (2011, p. 100). Continua sobre o tema discorrendo:

> Que tipo de noção de justiça aplica-se entre gerações? Imparcialidade? Igualdade? Reciprocidade? Estas são questões típicas da denominada justiça intergeracional (justiça entre gerações). (*op. Cit.* , p. 102)

Um dos desdobramentos da justiça entre gerações é a justiça intergeracional ambiental, observada no *caput* do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, outrora citado neste trabalho. Sobre o tema, discorre Mendes (2016, p. 31, 106, 110) que:

> uma justiça intergeracional ambiental passa por aplicar medidas de prevenção, de precaução para evitar os resultados catastróficos, uma vez que o sacrifício atual deve ser maior para possibilitar uma poupança futura e gerar uma qualidade de vida neste ambiente em crise. [...]A justiça intergeracional ambiental, inserida nas legislações internacionais, não é severa, pois não cria responsabilidades entre Estados aderentes das convenções, ou seja, é necessário obrigações jurídicas vinculativas em relação às gerações futuras. [..]É preciso criar instrumentos legais que vinculem aos Estados. As políticas ambientais não podem passar de promessas e só a partir de instrumentos vinculativos é que se pode concretizar a justiça intergeracional ambiental. O ecocídio deve ser considerado um crime contra a paz da humanidade, de modo a coibir uma massiva destruição ao meio ambiente.

Portanto, conclui-se que Conferências como a Rio +20 e seus documentos são exemplos práticos da justiça intergeracional ambiental.

Porém, para que sejam mais do textos politicamente corretos, é preciso criar mecanismos efetivos de cobrança de resultados em relação aos Estados-membros. Eis uma sugestão para a Conferência Rio +30.

3.3. Previsões ambientais para as futuras gerações brasileiras

Analisando todas as questões já mencionadas no trabalho, é possível ver que a ONU tem criado diversos documentos para tentar orientar os países a cuidar do meio ambiente da melhor forma possível. Porém, isto não tem sido suficiente para conter os avanços da degradação ambiental em escala mundial. As crianças das futuras gerações terão cada vez menos chances de encontrar o meio ambiente vivenciado por seus pais e avós (ROCHA, 2006).

Conforme Relatório anual (PNUD, 2017) entrou em vigor o novo Plano Estratégico do PNUD no Brasil 2017-2021. O referido plano se findará antes da Conferência Rio +30 – o que dará ao Brasil a oportunidade de melhorar seus indicadores até lá. O PNUD Brasil vem desenvolvendo sua cooperação em torno de quatro áreas-chave: Pessoas, Planeta, Prosperidade e Paz. Trata-se de quatro dos cinco eixos que resumem a Agenda 2030 e seus Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Em 2017, o PNUD concluiu projeto de promoção da transformação do mercado de eficiência energética em edifícios; contribuiu para o fortalecimento e a capacitação de povos e comunidades tradicionais para produção sustentável e gestão ambiental territorial; entre outras iniciativas. A mensagem que fica é de que é possível, a despeito de quaisquer adversidades, estabelecer alianças para o desenvolvimento inclusivo e sustentável. A união de forças tem permitido conquistar espaços e fazer valer os princípios que a ONU defende em todo o mundo.

Alves (2013, p. 123) complementa o prognóstico de forma positiva afirmando que "Os grandes encontros mundiais, a expansão legislativa protetivas, as pesquisas científicas, são fatores promissores e que mostram que o Século XXI é decisivo para o futuro do Planeta." Ou seja, nem tudo está perdido! E é exatamente por isso que as Conferências da ONU não vão parar na Rio +20. Cabe aos estados fazer cumprir seus

objetivos para chegar à Rio +30 da melhor forma possível. Vê-se o Brasil caminhando no sentido da sustentabilidade, embora ainda trôpego. O que se pode prever é um País melhor preparado para a Rio+30 do que esteve nas Conferências anteriores.

Conclusão

Desde 1972, dezenas conferências vem acontecendo e centenas de acordos ambientais vêm sendo celebrados. Porém, a escassa existência de caráter punitivo para o seu descumprimento, os tornam menos frutíferos do que teriam potencial para ser. O sistema capitalista contemporâneo visa unicamente o lucro – um impasse ao desenvolvimento sustentável.

O trabalho apresentou a história do Direito Ambiental Internacional; dos anos 70 aos anos 2000, tratou de questões concernentes ao futuro do Direito Ambiental; o conceito de futuras gerações e justiça intergeracional ambiental. Encerrou-se ponderando sobre questões ambientais e política no Brasil e sua preparação para o ano de 2022 em termos de políticas ambientais.

Pouco adianta, então, conferências decenais para discutir o tema. Para o futuro do Direito Ambiental é preciso se exigir uma postura firme por parte dos países-membro dos acordos e tratados internacionais. Para tanto, é preciso previsão de sanções para os descumpridores. No momento, é esperar para ver. É torcer para que a Rio+30 seja revolucionária. A ganância humana ameaça o futuro das gerações, do meio ambiente e do direito.

Pode-se concluir que o futuro do direito ambiental é divisível em 2 principais frentes de atuação. A primeira seria a criação de medidas punitivas para estados-membro de tratados internacionais ambientais. Em segundo lugar, deve-se aproximar a sociedade da tomada de decisões políticas, efetivamente participando das ações diárias de preservação do meio ambiente. Assim, será possível oferecer às futuras gerações Justiça intergeracional ambiental.

Referências

ALVES, Elizete Lanzoni. **A Proteção Ambiental e a Instrumentalidade da Averbação Informativa de Áreas Contaminadas no**

Registro de Imóveis: uma perspectiva da accountability ambiental na Sociedade de Risco. Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, p. 419. 2013.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Comércio internacional e a proteção do meio ambiente**. São Paulo: Editor Altas. 2011.

AYALA, Patryck de Araújo. O novo paradigma constitucional e a jurisprudência ambiental do Brasil. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 363-402

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 1988.

FENTON, Cameron. **Rio+20**: A Break-Up Destination for Idealistic Enviros. Disponível em: https://www.huffingtonpost.ca/cameron-fenton/rio-20-conference_b_128 0343.html Acesso em 25 jun 2018.

FRAGA, Jesús Jordano. **El Derecho Ambiental del siglo XXI**. "Revista de Direito Ambiental". Ano 9, n. 36, p. 200-230, out-dez., 2004, p. 223.

GIAMBIAGI, Fabio; PORTO, Claudio. 2022: Propostas para um Brasil Melhor no Ano do Bicentenário. Sâo Paulo: Elsevier Campus, 2011. 273 p.

GOLDBLATT, David. **Teoria Social e Ambiente**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

GUIMARÃES, Roberto Pereira; FONTOURA, Yuna Souza dos Reis da. **Ambiente & Sociedade**. São Paulo v. XV, n. 3, p. 1 9-39, set.-dez. 2012.

MDA. **Brasil 2022**: Trabalhos Preparatórios. Disponível em: http://www.mda.gov. br/sitemda/sites/sitemda/files/user_arquivos_64/Brasil%202022%20-%20Trabalhos%20Preparat%C3%B3rios.pdf Acesso em 25 set 2018.

MENDES, Lara França**. A justiça intergeracional**: uma perspetiva do direito fundamental das futuras gerações ao meio ambiente. Dissertação (mestrado) Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 126 p.

MMA. **Agenda 21.** Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21 /_arquivos/estocolmo.doc Acesso em 25 set 2018.

MOREIRA, Egon Bockmann. Qual é o Futuro do Direito da Regulação no Brasil? In: SUNDFELD, Carlos Ari; ROSILHO, André. **Direito da regulação e políticas públicas**. São Paulo: Malheiros, 2014. 350 p.

MPF. **Declaração Do Rio**. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sc/municipios/ itajai/gerco /volume-v Acesso em 25 set 2018.

ONU. **Agenda 2030**. Disponível em: https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf Acesso em 25 set 2018.

____. **Rio 92**. Disponível em: www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf. Acesso em 25 set 2018.

PAVIANI, Jayme (Orgs.). **Direito ambiental**: um olhar para a cidadania e sustentabilidade planetária. Caxias do Sul: Educs, 2006. p. 133-160.

RAMOS JÚNIOR, D. P. **Amplitude do conceito jurídico de futuras gerações e do respectivo direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado**. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental) – Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas. Manaus, p. 404. 2011.

ROCHA, Jefferson Marçal da. **Política internacional para o meio ambiente**: avanços e entraves pósconferência de Estocolmo. In: SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes e

SUSTENTÁVEL, Ideia. **O cenário do mundo na Rio+30**. Disponível em: https://www. ideiasustentavel.com.br/o-cenario-do-mundo--na-rio30/ Acesso em 25 jun 2018.

UNDP. **Relatório anual PNUD Brasil 2017**. Disponível em: file:///D:/Usuarios/023648542267/Downloads/relatorio-pnud-brasil-2017.pdf Acesso em 25 jun 2018.

UFSC. **Relatório o futuro que queremos.** Disponível em: http://rio-mais20sc.ufsc.br/ files/2012/07/CNUDS-vers%C3%A3o-portugu%-C3%AAs-COMIT%C3%8A-Pronto1.pdf Acesso em 25 jun 2018.

USP. **Relatório Brundtland**: Nosso Futuro Comum. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4245128/mod_resource/content/3/Nosso%20Futuro%20Comum.pdf Acesso em 26 set 2018.

Direito ambiental e socioambientalismo: análise crítica sobre a destinação dos resíduos de serviços de saúde na zona urbana do município de Igaporã-Bahia

Cinthia da Silva Barros
João Paulo Soares e Silva

Introdução

Este trabalho tem como referência uma perspectiva legal e doutrinária do socioambientalismo, analisando, de forma crítica, a necessidade da adoção de um paradigma de desenvolvimento que contribua para a promoção da sustentabilidade ambiental e social que possibilite a destinação adequada de resíduos de serviços de saúde. A presente pesquisa tem por finalidade estudar a questão da destinação do lixo hospitalar na Zona Urbana do Município de Igaporã. Essa temática é de extrema relevância, por tratar-se de um sério problema de saúde pública. Os Resíduos de Serviços da Saúde (RSS) possui algumas classificações, com relação ao manuseio e a coleta, que são definidos como resíduos do resultado das

atividades que são exercidas por prestadores de serviços de saúde como: hospitais, clínicas médicas, veterinárias, farmácias, ambulatórios, postos de saúde, odontológicas, laboratório de análises clínicas, laboratórios de pesquisa, laboratórios de análises de alimento, consultórios médicos e odontológicos, empresas de biotecnologia, casas de repouso, casas funerárias e dentre outros (CAFURE; GRACIOLLI, 2015).

Impreterivelmente é relevante destacar as legislações em âmbito federal os artigos 24, incisos VI e VIII e o artigo 225 da Carta Magna de 1988 (BRASIL, 1988), bem como a Política Nacional de Resíduos Sólidos regulamentada pela lei nº 12.305 de 2010, além do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), órgão que foi criado em 1982, regulamentando pela Lei n º 6.938/81 que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente (ANDERSON; BITTECOURT 2015).

Diante das diretivas constitucionais e infraconstitucionais do direito ao meio ambiente, mais precisamente no que concerne a questão dos resíduos sólidos de saúde, tem-se que o direito ao meio ambiente deve ser uma garantia fundamental para todos conforme a Constituição de 1988. Partindo dessa premissa, a investigação recai sobre tais problemas: 1) Analisar se o município de Igaporã adota um paradigma de desenvolvimento socioambiental, mormente, em relação aos resíduos de serviços de saúde em compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro; 2) Descrever a política nacional dos resíduos de serviço de saúde no Brasil; 3) Enfatizar a necessidade de adoção de políticas públicas para os Resíduos de Serviços de Saúde na Zona Urbana do Município de Igaporã. A partir dessa conjuntura, o objeto de análise do projeto são os Resíduos de Serviço de Saúde da Zona Urbana do Município do Igaporã, que não destina corretamente o lixo hospitalar, descartando-os no aterro sanitário do município.

A metodologia empregada no projeto é a bibliográfica, documental, explicativa, pelo método hipotético-dedutivo, sendo desenvolvida através da análise de documentos específicos como dados, artigos, legislações, e dentre outros, que apontam a necessidade de adoção de políticas públicas para uma destinação adequada dos Resíduos Sólidos de Saúde (RSS), tendo como área de estudo o município de Igaporã localizado no Estado da Bahia. Destaca-se por oportuno a necessidade da adoção de

um paradigma de desenvolvimento que contribua para a promoção da sustentabilidade socioambiental possibilitando uma destinação adequada dos Resíduos de Serviços de Saúde.

1. Aspectos conceituais sobre o gerenciamento dos resíduos de serviços de saúde no Brasil

A gestão integrada de resíduos sólidos é considerada uma maneira mais eficiente para lidar com o gerenciamento de resíduos, sendo que esta favorece o cumprimento das legislações pertinentes que contempla a redução dos impactos relacionados aos resíduos sólidos urbanos (RSS) (MARQUES-NETO, 2009). Por resíduo sólido depreende-se como qualquer material, substância, objeto ou bem descartado, haja vista que o lixo precisa ser tratado ou reciclado (BRASIL, 2018). No Brasil, a maior parte dos municípios não consegue realizar um serviço adequado no que diz respeito aos resíduos sólidos, com relação à coleta inadequada, no transporte, bem como, nas formas tratamento ou ainda nas formas de disposição, persistindo as inadequações (BRASIL, 2018).

Por ano cerca de 30 milhões de toneladas de lixo vão parar em lixões, aterros irregulares, onde esses rejeitos são depositados sem qualquer tratamento, provocando assim a contaminação do solo e também do lençol freático. Cumpre salientar um ponto relevante acerca do fim dos lixões, pois estes que deverão ser substituídos por aterros sanitários que sejam capazes de gerenciar de forma adequada os resíduos sólidos e os rejeitos (BRASIL, 2018).

A Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS) foi instituída pela Lei Federal nº 12.305/2010, a Política Nacional de Resíduos Sólidos foi aprovada depois de quase 20 anos de discussão no Congresso Nacional, contudo nos últimos seis anos, a sua implantação não foi efetivada. Assevera Teixeira (2013, p. 10) que:

> [...] após 21 anos de negociações e ampla participação social. A discussão em torno desta política marcou o início de uma forte articulação institucional envolvendo a União, estados e municípios,

> o setor produtivo e a sociedade civil, na busca de soluções para os problemas causados pela gestão inadequada dos resíduos sólidos urbanos, que compromete a qualidade de vida da população.

O gerenciamento dos resíduos de serviços de saúde (RSS) é um tema amplamente relevante, mormente porque quando esses resíduos são gerenciados de forma inadequada, em quaisquer de seus processos e manipulação, podem ocasionar verdadeiras catástrofes, vindo a poluir a água, o solo e o ar, alterando assim, os fatores químicos, físicos e os microbiológicos ambientais (SILVA E SOARES, 2004; TRAMONTINE, et al., 2008).

O presente trabalho discute sobre os Resíduos de Serviços de Saúde que são um dos tipos de Resíduos Sólidos, chamados de resíduos especiais. A Lei Federal nº 12.305/2010, que trata sobre os resíduos de serviço de saúde aponta que: "para efeitos desta Lei [...] g) os resíduos sólidos têm a seguinte classificação resíduos de serviços de saúde: os gerados nos serviços de saúde, conforme definido em regulamento ou em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama e do SNVS;" (BRASIL, 2010).

A Resolução do Conama nº 358, de 2005, conceitua os RSS como "todos aqueles resultantes de atividades exercidas nos serviços definidos no artigo 1º[23] desta resolução que, por suas características, necessitam de processos diferenciados em seu manejo, exigindo ou não tratamento prévio à sua disposição final" (BRASIL, 2005).

Os Resíduos de Serviços de Saúde (RSS) são definidos pela resolução RDC Nº 306, 2004, como aqueles resultantes de atividades exercidas por

23.O artigo 1º da Resolução do Conama nº 358 aplica-se a todos os serviços relacionados com o atendimento à saúde humana ou animal, inclusive os serviços de assistência domiciliar e de trabalhos de campo; laboratórios analíticos de produtos para saúde; necrotérios, funerárias e serviços onde se realizem atividades de embalsamamento (tanatopraxia e somatoconservação); serviços de medicina legal; drogarias e farmácias inclusive as de manipulação; estabelecimentos de ensino e pesquisa na área de saúde; centros de controle de zoonoses; distribuidores de produtos farmacêuticos; importadores, distribuidores e produtores de materiais e controles para diagnóstico in vitro; unidades móveis de atendimento à saúde; serviços de acupuntura; serviços de tatuagem, entre outros similares. Nesta seara é válido salientar eu esta Resolução não se aplica a fontes radioativas seladas, que devem seguir as determinações da Comissão Nacional de Energia Nuclear-CNEN, e às indústrias de produtos para a saúde, que devem observar as condições específi cas do seu licenciamento ambiental.

prestadores de assistência médica, farmacêutica, odontológica, laboratorial e instituições de ensino e pesquisa médica, estes que estão relacionados tanto à saúde humana quanto veterinária, inclusive os serviços de assistência domiciliar e de trabalhos de campo, necrotérios, funerárias e serviços em que se realizem atividades de embalsamento (BRASIL, 2004).

Também é considerada RDC nº 306 como Resíduos de Serviço de Saúde, os serviços de medicina legal, drogarias e farmácias, inclusive as de manipulação, estabelecimentos de ensino e pesquisa na área de saúde, serviços de acupuntura, serviços de tatuagem, centros de controle de zoonoses, as unidades móveis de atendimento à saúde e dentre outros similares que, por suas características, necessitam de processos diferenciados em seu manejo, exigindo ou não tratamento prévio à sua disposição final (BRASIL, 2004).

De acordo com a estimativa da ANVISA (2006), os resíduos de serviços de saúde (RSS) representam uma pequena parcela no montante de resíduos gerados no país, por volta de 1%, todavia é relevante tratar acerca do assunto, visto o risco potencial que apresentam à saúde pública e ao meio ambiente, podendo ser uma fonte de microrganismos patogênicos, cujo manuseio e descarte inadequados podem acarretar a disseminação de doenças infectocontagiosas, principalmente no que concerne ao caráter infectante de algumas de os objetos perfurocortantes como: lâminas de bisturi, agulhas, cateteres e dentre outros (BRASIL, 2006).

Existe uma preocupação com a destinação final dos resíduos de serviço de saúde, em que pese às normas exigidas, que há uma influência, sobretudo na 1ª etapa do gerenciamento dos RSS, que vai desde a segregação em sua origem, que altera a taxa de geração dos resíduos em suas diferentes categorias, refletindo assim, nos métodos de tratamento, bem como, na sua disposição final (MATTOSO, 1996). Todo gerador de Resíduos de Serviço de Saúde deve ter um plano de manejo, que é a ação de gerenciar os resíduos em seus aspectos intra e extra estabelecimento, desde a sua geração até a disposição final (MATTOSO, 1996). Na Tabela 01, é possível verificar que este conjunto de procedimentos deve ser realizado com responsabilidade, para a proteção do meio ambiente e de toda a saúde pública.

Tabela 01. Etapas de manejo e controle dos Resíduos de Serviço e Saúde(RSS)

Etapas de manejo conforme a CONAMA nº.237/97.	
Segregação	Consiste na separação dos resíduos no momento e local de sua geração, de acordo com as características físicas, químicas, biológicas, o seu estado físico e os riscos envolvidos.
Acondicionamento	Consiste no ato de embalar os resíduos segregados, em sacos ou recipientes que evitem vazamentos e resistam às ações de punctura e ruptura.
Identificação	Consiste no conjunto de medidas que permite o reconhecimento dos resíduos contidos nos sacos e recipientes, fornecendo informações ao correto manejo dos RSS.
Transporte interno	Consiste no traslado dos resíduos dos pontos de geração até local destinado ao armazenamento temporário ou armazenamento externo com a finalidade de apresentação para a coleta.
Armazenamento externo	Consiste na guarda dos recipientes de resíduos até a realização da etapa de coleta externa, em ambiente exclusivo com acesso facilitado para os veículos coletores.
Armazenamento temporário	Consiste na guarda temporária dos recipientes contendo os resíduos já acondicionados, em local próximo aos pontos de geração, visando agilizar a coleta dentro do estabelecimento e otimizar o deslocamento entre os pontos geradores e o ponto destinado à apresentação para coleta externa. Não poderá ser feito armazenamento temporário com disposição direta dos sacos sobre o piso, sendo obrigatória a conservação dos sacos em recipientes de acondicionamento.

Coleta e transporte externo	Consistem na remoção dos RSS do abrigo de resíduos (armazenamento externo) até a unidade de tratamento ou disposição final, utilizando-se técnicas que garantam a preservação das condições de acondicionamento e a integridade dos trabalhadores, da população e do meio ambiente, devendo estar de acordo com as orientações dos órgãos de limpeza urbana.
Tratamento	Consiste na aplicação de método, técnica ou processo que modifique as características dos riscos inerentes aos resíduos, reduzindo ou eliminando o risco de contaminação, de acidentes ocupacionais ou de dano ao meio ambiente.
Disposição final	Consiste na disposição de resíduos no solo, previamente preparado para recebê-los, obedecendo a critérios técnicos de construção e operação, e com licenciamento ambiental de acordo com a Resolução CONAMA nº.237/97.

Fonte: *CONAMA nº.237/97.*

Org:. *BARROS, Cinthia da Silva; SILVA, João Paulo Soares e.*

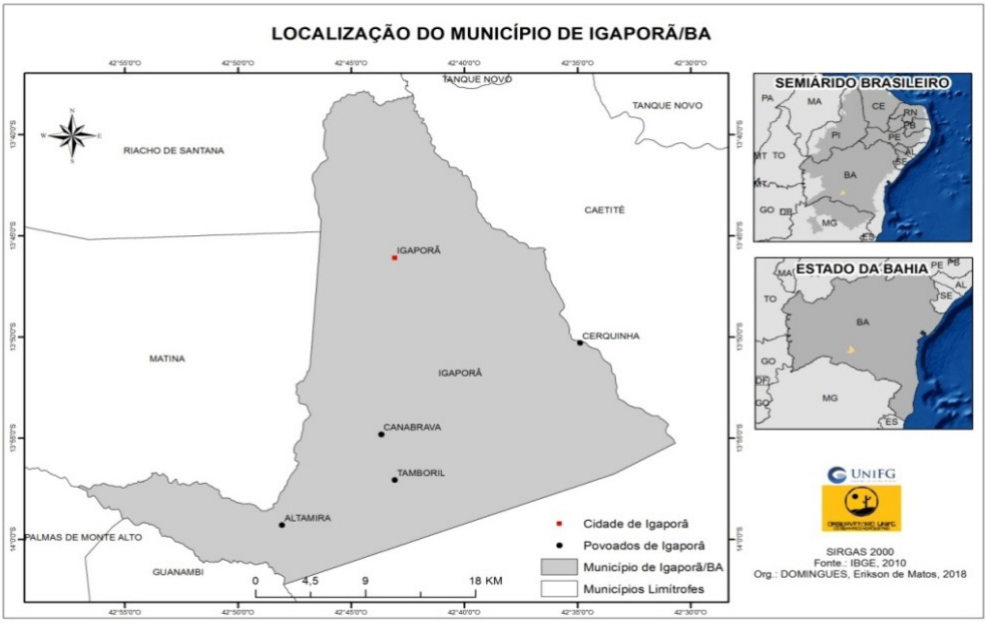
Consequentemente, diante da legislação vigente, é essencial que os hospitais estabeleçam planos para o gerenciamento dos resíduos de serviço de saúde, não somente por questão de fatores voltados para o controle da infecção hospitalar, mas deve-se considerar as questões ambientais que são relevantes para as geração atuais e futuras, conforme predispõe o artigo 225 da carta magna de 1988. É preciso que haja o desenvolvimento de políticas públicas através da educação, buscando assim um comprometimento com as questões ambientais.

2. Contextualização sobre a destinação dos resíduos de serviços de sáude na zona urbana do município de Igaporã

O município de Igaporã está situado na região Sudoeste da Bahia tendo suas origens no lugar onde hoje está localizada a casa de Pedra

do Santo Antonio, uma construção criada pelo fidalgo Bernardo de Brito que veio para Igaporã com o seus familiares. Igaporã localiza-se aproximadamente a 802 km da Capital Salvador, possui área da unidade territorial de 836, 587 km², Densidade 18,9 hab./km², uma população de aproximadamente 16 283 (dezesseis mil e duzentos e oitenta) habitantes, com os seguintes municípios limítrofes Macaúbas, Guanambi, Palmas de Monte Alto,Tanque Novo, Caetité, Matina e Riacho de Santana, conforme pode ser observado na figura 01 (IBGE, 2010).

Figura 01 - Localização do Município de Igaporã-Bahia



Fonte: *Instituto de Geografia e Estatísticas (IBGE,2010).*
Org.: *DOMINGUES, Erikson de Matos, 2018.*

A pesquisa pautou-se em analisar os resíduos de serviços de saúde da zona urbana do município de Igaporã, visto que a sede possui o maior número de unidades de saúde e pelo motivo de produzirem uma maior quantidade de Resíduos de Serviço de Saúde, haja vista que Zona urbana

do Município de Igaporã há 01 (um) Hospital Municipal, 03 (três) Postos de Saúde (PSF's Programa de Saúde da Família) e 01 (um) Centro de Especialidades Odontológicas (CEO).

No que tange a destinação, todos os resíduos produzidos pelos postos de saúde e do Centro de Especialidades Odontológicas, estes são encaminhados e acondicionados com os resíduos produzidos no Hospital Municipalde Igaporã que logo após este processo, todo o material é levado ao "lixão a céu aberto", localizado em uma estrada vicinal que dá acesso ao povoado de Santa Maria, onde o mesmo é jogado em uma vala e são cobertos com terra (IGAPORÃ, 2015).

Nesta perspectiva, existem leis específicas que regulamentam o gerenciamento dos Resíduos de Serviço de Saúde. Tendo em vista que em nível federal existe a Resolução do CONAMA Nº 358/2005 define que cabe aos geradores de Resíduos de Serviço de Saúde (RSS) o gerenciamento dos resíduos desde a sua geração até a sua disposição final (BRASIL, 2018). Preceitua o artigo 3º do Conama (2015, p.616) que:

> Cabe aos geradores de resíduos de serviço de saúde e ao responsável legal, referidos no art. 1º desta Resolução, **o gerenciamento dos resíduos desde a geração até a disposição final, de forma a atender aos requisitos ambientais e de saúde pública e saúde ocupacional, sem prejuízo de responsabilização solidária de todos aqueles, pessoas físicas e jurídicas que, direta ou indiretamente, causem ou possam causar degradação ambiental,** em especial os transportadores e operadores das instalações de tratamento e disposição final, nos termos da Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981. (grifo nosso)

É necessário salientar, que a RDC ANVISA nº 306/2004 dispõe sobre a competência que todo gerador de RSS possui que é o dever de elaboração do seu Plano de Gerenciamento de Resíduos Serviços de Saúde (PGRSS), tendo em vista que o Capítulo-III dispõe sobre o gerenciamento dos resíduos de serviços de saúde:

> O gerenciamento dos RSS constitui-se em um conjunto de procedimentos de gestão, planejados e implementados a partir de bases científicas e técnicas, normativas e legais, com o objetivo

> de minimizar a produção de resíduos e proporcionar aos resíduos gerados, um encaminhamento seguro, de formaeficiente, visando à proteção dos trabalhadores, a preservação da saúde pública, dos recursos naturais e do meio ambiente. O gerenciamento deve abranger todas as etapas de planejamento dos recursos físicos, dos recursos materiais e da capacitação dos recursos humanos envolvidos no manejo dos RSS.Todo gerador deve elaborar um Plano de Gerenciamento de Resíduos de Serviços de Saúde - PGRSS, baseado nas características dos resíduos gerados e na classificação (...) (BRASIL, 2004, s.p).

Apesar da existência de um Código Ambiental Municipal em Igaporã(2017) que dispõe no artigo 35: "Compete ao poder local à elaboração do Plano Municipal de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos." (IGAPORÃ, 2017), não há no Município um Plano e nem outro mecanismo que regulamente a destinação dos Resíduos de Serviços de Saúde, dessa forma depreende-se que todo procedimento de descarte dos resíduos de serviço de saúde da Zona Urbana do município de Igaporã é realizada de forma incorreta, visto que, contraria as legislações constituídas, causando vários danos para a sociedade e ao meio ambiente.

Considerações finais

Em vista dos argumentos apresentados, entende-se que o Município de Igaporã não adota um paradigma de desenvolvimento socioambiental, mormente, em relação aos Resíduos de Serviços de Saúde (RSS) em compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro, pois o Município não realiza de forma regular a coleta e a destinação desses Resíduos. Dando prosseguimento, este trabalho busca contribuir de forma efetiva para uma reflexão acadêmica, política, social e jurídica da necessidade de adoção de um paradigma de desenvolvimento que venha a auxiliar a promoção da sustentabilidade, possibilitando assim uma destinação adequada dos Resíduos de Serviços de Saúde (RSS) no Município de Igaporã, com a desenvolução de políticas públicas, ações que priorizem a questão dos Resíduos de Serviços de Saúde.

É necessária a execução de medidas essenciais como: a construção de um aterro sanitário, a elaboração do Plano Municipal de Gestão dos Resíduos Sólidos, focalizando nos Resíduos de Serviço de Saúde (RSS), bem como a compostagem dos Resíduos, além da elaboração de um Plano de Educação Ambiental voltada para a mobilização e a participação da população, das Escolas Municipais e Estaduais do Município, bem como de todas as pessoas, visando à conscientização sobre a problemática, do mesmo modo que, alertar ao Poder Público Municipal a respeito da relevância da questão, buscando assim, a aplicação devida de políticas públicas efetivas.

Referências bibliográficas

ANDERSON, R. S.; BITTENCOURT, B. da R.**A Política Nacional dos Resíduos Sólidos e a Responsabilidade Compartilhada no Desenvolvimento Sustentável Empresarial.** Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFMG/FUMEC/ Dom Helder Câmara; coordenadores: Beatriz Souza Costa, Mariana Ribeiro Santiago, Florianópolis: CONPEDI, 2015.

BRASIL. AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Manual de gerenciamento de resíduos de serviços de saúde. Série A:** Normas e Manuais Técnicos. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

BRASIL. Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Resolução RDC nº 306**, de 07 de dezembro de 2004. Dispõe sobre o Regulamento Técnico para o gerenciamento de resíduos de serviço de saúde. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, dez. 2004.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Política Nacional de Resíduos Sólidos: dificuldades para implantação- Bloco 1.** Disponível em: < http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/reportagem-especial/523012-politica-nacional-de-residuos-solidos-dificuldades-para-implantacao-bloco-1.html>. Acesso em: 10 de Outubro de 2018.

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

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional de Meio Ambiente. **Resolução CONAMA 358/2005**. Disponível: <www.mma.gov.br>. Acesso em: 18 de Março de 2018.

CAFURE, Vera Araujo; GRACIOLLI, Suelen Regina Patriarcha. **Os resíduos de serviço de saúde e seus impactos ambientais: uma revisão bibliográfica.** INTERAÇÕES, Campo Grande, v. 16, n. 2, p. 301-314, jul./dez. 2015.

IGAPORÃ. **Diagnóstico dos resíduos sólidos urbanos do município de Igaporã/Ba.** Projeto sertão sustentável. Priorizando a vida. (CDS) Alto Sertão. Consórcio de desenvolvimento sustentável do Alto Sertão, 2015.

IGAPORÃ. **Lei nº 300 de 16 de junho de 2017**. Código ambiental do município de Igaporã do Estado da Bahia institui a política municipal de meio ambiente, seus princípios, objetivo e diretrizes. Cria o sistema municipal de meio ambiente (SISMUMA) estabelece os instrumentos para gestão ambiental municipal e dá outras providências, 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA IBGE. **Censo Demográfico 2010**. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em:

LEAL, A. C.; THOMAZ Jr, A.; GONÇALVES, M. A.; ALVES, N. **Educação ambiental e o gerenciamento integrado dos resíduos sólidos em Presidente Prudente - SP:** desenvolvimento de metodologias para coleta seletiva, beneficiamento do lixo e organização do trabalho. Relatório Técnico e de Pesquisa. Presidente Prudente, FCT/Unesp/ FAPESP, 2002.

MARQUES NETO, J. C. Estudo da gestão municipal dos resíduos de construção e demolição na bacia hidrográfica do Turvo Grande (UGRHI-15). 629 p. **Tese (Doutorado em Ciências da Engenharia Ambiental).** EESC-USP, São Carlos, SP, 2009.

MATTOSO, V. D.B. Classificação, Quantificação e Análise Microbiológica dos Resíduos de Serviços de Saúde da Santa Casa de Misericórdia de São Carlos. São Carlos, 1996.**Dissertação (Mestrado)**-Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, 1996. 90 p.

SILVA, R. F. S.; SOARES, M. L. **Gestão dos resíduos sólidos de serviços de saúde com responsabilidade social.** VII SEMEAD. São Paulo, 2004.

TRAMONTINI, A.; REINEHR, R.; PANDOLFO, A.; MARTINS, M. S., ARALDI, J. **Diagnóstico do processo de gestão de resíduos sólidos em estabelecimentos assistenciais de saúde na cidade de Passo Fundo-RS**. XXVIII ENGEP. Rio de Janeiro, 2008.

Desenvolvimento sustentável: objetivos com ou sem resultados na américa latina contra uma economia convencional

Glaucia Maria de Araújo Ribeiro
Deicy Yurley Parra Flórez

Introdução

O planeta terra tem enfrentado várias transformações muitas delas nas mãos da humanidade efeito da economia, do comércio, da industrialização e do consumismo. Enquanto os três primeiros têm gerado efeitos de alguma forma positiva para a população e progresso, este último por outro lado, em conexão com os três anteriores, os novos sistemas capitalistas e novas noções de economia geram consequências negativas para a existência do meio ambiente e consequentemente para o ser humano.

Alguns países da América Latina estão na lista dos que fazem uso de uma economia tradicional que cria efeitos adversos, ao contrário de alguns países a nível mundial que estão optando por novas abordagens sustentáveis amigáveis ao meio ambiente e desenvolvimento humano, tentando favorecer a integridade e a preservação para as gerações futuras, lembrando que nos encontramos em uma sociedade que muda rapidamente de ideais e não tem princípios de conservação produto do neoliberalismo atual.

Emergindo desta situação a incógnita de: Como está se desdobrando a economia da extração dos recursos com a emissão dos objetivos de desenvolvimento sustentável dentro do sistema capitalista globalizado e sua preservação do meio ambiente?

Com o objetivo de questionar a relação entre economia e meio ambiente, partindo da compreensão de conceitos básicos fazendo uso do método qualitativo e descritivo dedutivo com a ajuda de estudos, documentação e literatura, estudando relatórios e notícias que nos permitirão concluir a questão planteada, verificando como os países em desenvolvimento fazem uso das economias tradicionais. Nessa perspectiva, a pesquisa amplia a visão de como apesar de existir os meios para o uso de novos programas de desenvolvimento o mercado global com interesses predomina especialmente nos países com maior diversidade ecossistêmica.

1. Meio ambiente, um olhar desde o conceitual para o desenvolvimento.

A economia representa atualmente um símbolo de progresso para os Estados e a sociedade, onde se desenvolve através de vários elementos que fortalecem seu crescimento, como a importação e exportação, a geração de energia, a extração de recursos naturais, entre outros. O meio ambiente como fonte de recursos é considerado fundamental para o desenvolvimento de uma economia que busca a expansão global, muitas vezes sem medir o alcance da extração (tanto da flora como da fauna e elementos vitais do meio ambiente), situação que gera efeitos nocivos à biosfera e ao bem-estar humano, contrariando o desenvolvimento sustentável promovido internacionalmente.

Antes de continuar, o presente estudo irá definir algumas noções ampliando a visão de forma geral para a compreensão do atual sistema de mercado. Inicialmente deve-se fazer a distinção do conceito de desenvolvimento totalmente diferente da noção de crescimento com a qual normalmente se relaciona, pois segundo Patricia Castillo (2011, p.5) o desenvolvimento é o:

> Proceso de incremento de la tasa de crecimiento de la renta por habitante en una región. El elemento esencial de desarrollo es el

> aumento de la productividad del trabajo, que puede conseguirse de tres modos: a través de la acumulación de una parte del producto, a través del progreso técnico y a través del perfeccionamiento de la organización de la actividad económica.

A noção que está inteiramente relacionada com a economia, economia etimologicamente definida como: administração doméstica ou gestão de recursos de forma eficiente, ligando a administração do campo político, daí o conceito de economia política. Portanto, o conceito de economia, ao invés de trabalhar com administração familiar, se encaixa em algo maior, a interferência "em outros institutos especialmente sobre o meio ambiente e busca a potencialização de outros (...) meios de produção utilizados pelos agentes privados, bem como pelo próprio Estado" (RECH, 2012, p. 31, 35).

Não entanto, como resultado da instabilidade dos recursos naturais e sua relação com a administração e o meio ambiente, duas correntes aparecem na economia. A primeira economia ambiental que integra a economia convencional e a economia ecológica. A primeira delas também conhecida como economia neoclássica, por seu sistema fechado pelo qual os mercados trocam bens e capital entre indivíduos, famílias e empresas, onde nada entra ou sai do sistema desaparecendo a relação com o meio ambiente. Dela existe uma subdivisão que estuda as consequências ambientais das ações humanas em suas ações como a existência de externalidades, e a alocação Inter geracional de recursos não renováveis (CEPAL, 1994, p. 12).

Por outro lado a economia ecológica se entende como um sistema dentro aberto de um sistema que permite a entrada e saída, isto é, que

> gere uma ecologia com aspecto integrador onde há um elemento de reconciliação (CEPAL, 1994).

De acordo com a definição, pode-se dizer que o mercado atual é baseado em uma base neoliberal que busca maior produção e menor gasto, sendo a economia ambiental a mais utilizada apesar de não ser a melhor opção.

Nesse sentido, os economistas com uma abordagem ecológica mencionam que não é possível dar um valor específico e verdadeiro aos recursos para sua exploração, já que são desconhecidos (CEPAL, 1994). É difícil por isso chegar a uma conciliação entre o desenvolvimento ecológico e a eco-

nomia, a fim de atender o desenvolvimento sustentável, dado que existem muitas divergências do considerado viável ou não para o meio ambiente.

A Comissão de Desenvolvimento Mundial das Nações Unidas em seu relatório "Our Common Future" ("Nuestro futuro común" em espanhol) de 1987 define nestes términos: "Humanity has the ability to make development sustainable to ensure that it meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs" (WORLD, 1987, p. 16).

Em outras palavras, o desenvolvimento sustentável não menciona apenas o estado natural do meio ambiente e suas formas de exploração, senão que integra elementos do uso e administração de recursos naturais para o futuro, desenvolvimento social e proteção do meio ambiente para tentar equilibra-lo com a economia.

Sob esta descrição o World Trade Report (2010, p. 46) define recursos naturais como "materiales existentes en el entorno natural escasos y económicamente útiles en la producción o el consumo, ya sea en estado bruto o tras haber sido sometidos a un mínimo proceso de elaboración". Recursos que fracassam em atender as necessidades da população global devido ao aumento da mesma, o desequilíbrio na distribuição de recursos e a deterioração do meio ambiente, especialmente de recursos não renováveis.

Jeronimo Girón (2012, p. 44) simplifica que:

> (...) mecanismo de consecução do capitalismo e como fim lógico da economia de mercado, visualiza-se o consumo, (...) não se questiona o ato de consumo – condição natural de sobrevivência –, mas sim o consumismo, já que inflama a sociedade de desejos e ao mesmo tempo a açoita com a sensação constanteda insatisfação. Essa dualidade acarreta sérios problemas ao próprio ser humano, como também repercute direta e indiretamente sobre os recursos naturais.

Resultados que podem ser observados em estudos realizados em nível regional pela ONU, FAO, organizações nacionais e locais, onde o desenvolvimento sustentável é afeitado por uma economia crescente de interesses sem estratégia efetiva de proteção e preservação do ecossistema. De acordo com o exposto, o Relatório Mundial sobre Perspectivas Econômicas e Situação afirma que o crescimento econômico atingiu 3%

para 2017 sendo a maior taxa desde 2011 (UNITED, 2017) assegurando o Secretário Geral das Nações Unidas, Antonio Guterres, durante a apresentação do relatório que:

> La situación económica mundial y perspectivas 2018 demuestra que las condiciones macroeconómicas actuales ofrecen a los legisladores un mayor alcance para abordar algunos de los temas profundamente arraigados que siguen obstaculizando el progreso hacia los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Em conclusão, embora a economia mundial tenha apresentado avanços para o desenvolvimento dos países, observa-se também que a sustentabilidade não apresentou avanços significativos em relação à poluição por carbono, exploração de recursos, pobreza, desigualdade, etc.

2. Economia convencional um passo à frente do desenvolvimento sustentável?

Em alguns países desenvolvidos os sistemas econômicos geram alternativas em favor da sustentabilidade, em quanto outros ainda estão nesse processo sem podem fazer a transição. A estrutura do mercado ou sistema econômico requer alta produtividade que atenda às necessidades e desejos da população, forçando os governos a gerar políticas públicas voltadas para o cumprimento das relações nacionais e internacionais que envolvem produção, extração e consumo.

Desenvolvimento ligado à economia convencional que discorda da noção de sustentabilidade, pois esta última busca garantir e satisfazer as necessidades da população sem comprometer os recursos das futuras gerações, ao contrário da economia ambiental que permanece com uma visão fechada com uma abordagem antropocêntrica que se concentra nos mercados e nos preços.

Da economia convencional, Alberto Acebedo (2002, p. 3) menciona que:

> [...] el análisis económico desconoció no sólo el costo que tiene el deterioro del medio ambiente: el ruido, la contaminación atmosférica, la destrucción de los recursos naturales y la alta gene-

> ración de residuos, sino que no concibió las repercusiones de un manejo inadecuado de los recursos dentro del proceso de producción sobre la estructura de costos y el nivel productivo.
>
> Por fortuna, los paradigmas productivos son cambiantes, y el mundo de hoy se ha visto obligado, por necesidad, a desarrollar un modelo de industrialización basado en el manejo racional de los recursos disponibles, generando corrientes tendientes a acrecentar el aprendizaje de su manipulación y reinserción a los procesos productivos.

Situação gerada por uma era de vacuidade assim chamada por Gilles Lipovetsky onde o consumo é o ideal e a crença, onde não há noção de futuro como produto de um pensamento hedonista, fragmentado e individualista, alcançando a hipermodernidade e o hiperconsumo, na sociedade atual, baseada em mercado, globalização, autonomia e escassez de valores (LIPOVETSKY, 2007). A sociedade hipermoderna se relaciona ao que foi proposto por Bauman na modernidade líquida, onde a sociedade está em constante fluidez ou mudanças e os efeitos gerados por ela levam a uma falta de identidade e estabilidade no indivíduo e, portanto, da sociedade, demandando com mais rapidez novas formas de complacência e processos de produção (BAUMAN, 2003).

Em outras palavras, com o exercício desse tipo de atividade, procura-se que toda ação seja direcionada a atender às novas exigências dos indivíduos e aos interesses globais do capitalismo.

Sob esse orçamento, Jeronimo Giron (2012) acrescenta que: "Diante do condicionamento das atividades econômicas, em função da necessidade de um meio ambiente saudável, é que se pretende encontrar meios viáveis para o desenvolvimento econômico e a preservação ambiental" (p. 30).

Nesse sentido, devemos refletir sobre como novas formas de entender o meio ambiente estão sendo geradas, como acrescenta Joan Alier (2007, p.4): "os conflitos ecológicos distributivos nascem no seio das contradições existentes entre crescimento econômico e sustentabilidade ambiental", juntamente da resistência minoritária contra a deterioração do ambiente que luta pela preservação do território. Efeitos gerados pelo controle de poderes no desenvolvimento de projetos de produção, contrariando as comunidades ou povos tradicionais que

através de diferentes alternativas promovem novas formas de progresso econômico, social, cultural e político.

Devido a esse e outros fatores estruturais, de organização e progresso alguns países escolheram alternativas e iniciativas que têm usado com sucesso, o Equador que para o ano de 2010 prometeu à ONU não fazer mais extração de petróleo em troco de um pagamento com países industrializados. O Peru, por exemplo, faz uma década se comprometeu a não usar (cultivar, importar) Organismos Geneticamente Modificados (OGMs) para garantir a segurança alimentar; e o México a programar a Comissão de Água Reserva Programa Nacional do Meio Ambiente Nacional (CONAGUA) (p. 17, 18).

A *Universidad Libre del Medio Ambiente y cultura de Paz* (UMAPAZ) que procura integrar a educação socioambiental com instituições do mesmo objeto. A *Global Ecovillage Network; Connecting Communities for a Better World,* rede que promove novos valores e novos projetos com uma abordagem sustentável, preservação do meio ambiente e desenvolvimento. O projeto *REconomy* que busca ajudar a transformar a economia local e combater os problemas das mudanças climáticas, a distribuição e a coleta de eletricidade e a desigualdade humana (PUC-SP, 2016).

No caso do Brasil, várias propostas foram adaptadas, a Iniciativa da Federação das Indústrias do Estado de São Paulo. (FIESP), con o Projeto *LIS, Liderezgos Innovadores* para a Sustentabilidade no Brasil, que busca "repensar modelos de negocios en su relación con todas las dimensiones que rigen la vida[24]" concentrando-os no sentido de uma relação mais equilibrada com o meio social e ambiental, com uma visão crítico-construtiva (PUC-SP, 2016, p. 79).

Comitê de Cadeia Produtiva da Bioindústria (BIOBRASIL) é uma iniciativa que busca estabelecer prioridades nos "produtos, processos e serviços brasileiros de biotecnologia", internacionalizando e fortalecendo as pequenas empresas (PUC-SP, 2016, p. 79).

O movimento Ideia Sustentável criado para promover "a inserção da sustentabilidade no Core Business das empresas" para a manutenção e fu-

24. "repensar modelos de negócios em sua relação com todas as dimensões que governam a vida" (Tradução livre da autora).

turo dos mesmos, analisando o contexto, espaço, propostas antigas e novas estratégias de apoio e liderança empresarial. O programa FAPESP (Padrões para o Programa Inovador de Pesquisa em Pequenas Empresas - PIPE) instituído com o objetivo de orientar "a pesquisa científica e/ou tecnológica em pequenas empresas" no uso de tecnologias e aumento de produtividade, além de desenvolvimento econômico e social (PUC-SP, 2016, p.78, 80).

Assim mesmo, existem muitas propostas e iniciativas que existem em todo o mundo, proporcionando impactos favoráveis. Não entanto, os países com maiores atrasos na preservação do meio ambiente são caracterizados por serem os mais ricos em biodiversidade como Peru, Bolívia, Nicarágua, Guatemala, Colômbia e Brasil (PUC-SP, 2016).

Giovanni Reyes (2015, p.p) acrescenta que embora o Brasil desde 2003 aumento a demanda no mercado interno participando mais no mercado internacional, não cuida de seus investimentos "esgotando seu modelo baseado quase exclusivamente no consumo interno", situação que não é sustentável porque só "depende de padrões sustentados de crescimento".

A Food and Agriculture Organization das Nações Unidas (FAO), em conjunto com a Associação Latino-Americana de Rádio Educação (ALER) e Florestas, Árvores e Pessoas (FTPP) em Florestas de trabalho, Árvores e Pessoas - Fase II - Documento do Trabalho: A Rádio e os Processos Participativos do Desenvolvimento Sustentável na Amazônia (1995, parte A) afirmam que:

> Apesar de que esta crisis ambiental se veía venir, tanto en los países desarrollados como en los del Tercer Mundo, en estos últimos países la euforia por el progreso no ha permitido que se adopten medidas radicales que favorezcan la equidad en la población y la sustentabilidad de los diferentes ciclos ecológicos.
>
> Una vez que se ha evidenciado, a través de múltiples estudios, diagnósticos e investigaciones, la imposibilidad de este estilo de desarrollo, sobre todo de los países latinoamericanos, para lograr la sustentabilidad en el largo plazo, es necesario determinar algunos mecanismos que encarrilen las fuerzas sociales y políticas para que operen con criterios diferentes de los que ahora prevalecen y establecer ciertas pautas que podrían marcar un punto de partida hacia el desarrollo sustentable.

Em outras palavras, os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável propostos pela ONU não foram implantados como deveriam estar nos países de maior biodiversidade, isto é, embora em muitos países da América Latina as propostas tenham sido iniciadas, elas não alcançaram um nível favorável para a população e meio ambiente como consequência de uma abordagem econômica convencional antropocêntrica.

O Brasil, por exemplo, é o produto de um ciclo de construção mais urbanizado que começou na década de 1950, e estima-se que nos próximos anos chegará a 90%. O crescimento da população urbana neste sentido "acarrea nuevos y complejos desafíos para los gestores públicos locales, presionando la infraestructura y el consumo de los recursos naturales" (PUC-SP, 2016, p. 5).

Uma vez que o que caracteriza as cidades globalizadas e atuais de acordo com Henry Acselrad (2001, p. 23) é o aumento dos riscos populacionais e ambientais, que consequentemente gera "desigualdade social [...] desemprego, desproteção social e da precarização do trabalho".

Venezuela, México, Brasil e Colômbia, que estão na gestão do equilíbrio sustentável e da economia de acordo com o Guia GPS com o Programa Países Sustentáveis (2016, páginas 4, 5) estão em grandes desigualdades em relação a outros países como o Uruguai, Chile e Argentina que apresentam avanços no nível de desenvolvimento por:

> Focarse en el consumo como un fin en sí, y no como un medio para promoción del bienestar colectivo y calidad de vida, genera serios efectos colaterales al medio ambiente; el acelerado proceso de urbanización y el consecuente crecimiento de la demanda por servicios básicos y de infraestructura requiere además de acciones rápidas de la gestión pública en conjunto con empresas y la sociedad civil, de una gestión transparente y apropiada; cómo lidiar con el aumento de desigualdad y la exclusión social en medio de un proceso global y descontrolado de concentración de riqueza.

O anterior como resultado da indiferença entre os campos sociais, sua extensão territorial e diversidade. *El Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales de Colombia* (2000) acrescenta que "las sociedades modernas no disponen todavía con suficientes herramientas

conceptuales, teorías y estadísticas que faciliten la operacionalización satisfactoria (...) de la economía ecológica ni en la línea de los flujos de materiales y energía, ni en la impactos ambientales" [25] (p. 450).

Situação associada à integração contínua da economia e do desenvolvimento do mercado que desloca noções que dificultam os objetivos estabelecidos na dinâmica da economia convencional, priorizando alguns setores e simultaneamente comprometendo os direitos das populações (desenvolvimento humano), ecossistemas e desenvolvimento sustentável que foi levantada na Agenda 21 das Nações Unidas.

Para isso, Giovanni Reyes (2015) assevera que nesta situação os investimentos devem ser feitos para combater a corrupção e "siendo –como siempre- el país del futuro, de un elusivo mañana que parece ser nunca[26]". Em outras palavras, precisa-se de ações concretas onde a participação para a construção e progresso seja compartilhada, um país equilibrado e justo, onde a sociedade em geral (incluindo as minorias), os atores políticos e do setor econômico gerar propostas inclinadas para o desenvolvimento sustentável com economia ecológica.

Para Acselrad (2001, p. 24) o desenvolvimento da economia deve estar subordinado a uma economia ambiental e aos princípios de justiça ambiental com o objetivo de reduzir a "desterritorialização dos capitais, exigindo-se, em lugar do império do ambiente de negócios, a busca de produção, distribuição e reprodução dos múltiplos atributos qualitativos de um ambiente".

Portanto, o desenvolvimento da economia deve focar uma dinâmica que gere espaço para expansão para uma economia ecológica, com a participação da sociedade, não só o desenvolvimento sustentável, mas uma integração justa das necessidades.

---

25. "as sociedades modernas ainda não possuem ferramentas conceituais, teorias e estatísticas suficientes para facilitar a operacionalização satisfatória (...) da economia ecológica ou na linha de fluxos de materiais e energia, nem sobre impactos ambientais" (Tradução livre da autora).

26. "Alivie o peso da burocracia", porque senão, como o Brasil continuará "sendo - como sempre - o país do futuro, de um amanhã inclusivo que parece nunca ser" (Tradução livre da autora).

Considerações finais

O desenvolvimento econômico com visão tradicional permanece em países latino-americanos que envolvem questões de interesse internacional, como a preservação do meio ambiente e os direitos humanos, seguido das políticas públicas tradicionais ainda implementadas direcionadas ao mercado, onde os aspectos sociais, ambientais e culturais dificilmente são considerados prioritários por ser o contraste de produtividade e aumento de capital, características de um sistema puramente neoliberal.

Alguns países de América Latina encontram-se em desvantagem por permanecer ainda com estruturas de trabalho atrasadas permitindo o uso de recursos naturais e riqueza ecossistema de forma inadequada. Não entanto, isso é prejudicial, pois não há recursos de forma inesgotável e ilimitada que possa satisfazer toda a população mundial com maiores exigências que as necessidades básicas.

No caso do Brasil, você pode-se ver claramente que a gestão da economia e integração com os mercados internacionais têm sido prejudicial, se bem tem fomentado ou reforçada a sustentabilidade do país mediante iniciativas e programas durante alguns anos, não são suficientes para avançar na gestão social e ambiental, lidando com mais desigualdade, injustiça e exclusão, ocasionando danos irreparáveis.

Em conclusão, pode-se disser que os objetivos de sustentabilidade se bem tem iniciativas, não cumpre com as expectativas ou resultados esperados, inicialmente pela visão econômica capitalista de maior produção, seguidas da não integração da sociedade incluídas as minorias limitando as liberdades e direitos da população. Afeitando do mesmo modo a preservação do meio ambiente especialmente as zonas com mais diversidade, prejudicando não só uma determinada comunidade e fauna senão pelo contrário a vida do planeta terra por se tratar de temas transfronteiriços.

Referencias

ACEBEDO, Jaime Alberto Rendón; VÁSQUEZ, Diana María González; PÉREZ, Diana Marcela Zapata. **Economía, industria y medio**

ambiente. Revista Ingenierías, Universidad de Medellín Semestre económico, vol. 5, no 9, 2002, Medellín, Colombia. Disponible en: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/economico/article/download/1357/1548> Acceso: 24/07/2018.

ACSELRAD, H. (org) **duracao das ciudades: sustentabilidad e risco nas politicas urbanas**. De Paulo Editoria Ltda. 2001, Rio de Janeiro.

ALIER, Joan. **O ecologismo dos pobres: confl itos ambientais e linguagens de valoração**. São Paulo: Contexto, 2007. Disponible en: <http://www.itf.org.br/o-ecologismo-dos-pobres-conflitos-ambientais-e-linguagens-de-valoracao.html> Acceso: 24/07/2018.

BAUMAN, Z. **Modernidad liquida**. Fondo de Cultura Economica, traduccido por Marta Rosenberg em colaboracioin con Jaime Arrambide. 2003, Argentina.

CEPAL, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. **Economía y ecología: dos ciencias y una responsabilidad frente a la naturaleza.** 04 de oct de 1994. Lima, Peru. Disponible en:< https://www.cepal.org/publicaciones/xml/8/19768/lcr1457s.pdf> Acceso: 20/07/2018.

ENCYCLOPEDIA Britannica. **Capitalism.** 2018. Disponible en: <https://www.britannica.com/topic/capitalism> Acceso: 20/07/2018

FAO, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, (ALER) Asociación Latinoamericana de Educación Radiofónica & (FTPP) Programa Bosques, Arboles y Comunidades Rurales. **Bosques, Árboles y Comunidades Rurales - Fase II - Documento de Trabajo: La Radio y Procesos Participativos de Desarrollo Sostenible en la Región Amazónica.** Serie: Documentos de Trabajo, 1995. Disponible en: <http://www.fao.org/docrep/x5600s/x5600s00.htm#Contents> Acceso: 24/07/2018.

GIRON, Jeronimo, et. al. **Direito, Economia, Capitalismo, Consumo e Meio Ambiente, Relações.** In: RECH, Adir, BUTZKE Alindo & GULLO Maria. Direito, Economia e Meio Ambiente olhares de di-

versos pesquisaores. Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Universidade de Caxias do Sul, 2012, Brasil, p. 23-46. Disponible en: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/DIREITO_ECONOMICA_MEIO_EDUCS_EBOOK.pdf> Acceso: 20/07/2018.

IDEAM, Instituto de Hidrología, Meteorología y Estudios Ambientales. **Flujo de materiales y energía en la economía colombiana.** El medio ambiente en Colombia. 2000. Colombia, p. 446-497. Disponible en: < http://documentacion.ideam.gov.co/openbiblio/bvirtual/000001/cap11.pdf> Acceso: 24/07/2018.

INFORME sobre el Comercio Mundial. **Recursos naturales: Definiciones, estructura del comercio y globalización**, II. El comercio de recursos naturales, 2010. Disponible en: <https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/wtr10-2b_s.pdf> Acceso: 20/07/2018.

LIPOTVESKY, G. **A felicidade paradoxal ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo.** Tradução Maria Lucia Machado, Companha das letras. 2007, São Paulo.

NACIONES Unidas**. El repunte de la economía mundial es una oportunidad para invertir en el Desarrollo Sostenible.** Objetivos de Desarrollo Sostenible, 2017. Disponivel em: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/12/16573/> Acceso: 10/09/2018.

PNUD: PROGRAMA de desarrollo de las Naciones Unidas. **Desarrollo Humano: Informe 1992**, publicado para el PNUD, Bogotá, 1992.

PUC-SP, Observatory for the iberoamerican Region- ORIBER, et.al. **GUÍA GPS, Gestión Pública Sustentable. Programa Países Sustentables,** 2016**.** Disponible en: <http://www.pucsp.br/catedraignacysachs/downloads/gps-final-espanhol.pdf> Acceso: 24/07/2018.

RECH, Adir. Burzke, Alindo & Gull, Maria. **Direito, economia e meio ambiente olhares de diversos pesquisadores.** Dados Inter-

nacionais de Catalogação na Publicação (CIP) Universidade de Caxias do Sul, 2012, Brasil. Disponible en: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/DIREITO_ECONOMICA_MEIO_EDUCS_EBOOK.pdf> Acceso: 20/07/2018.

REYES, G. **Economía de Brasil: La necesidad de la inversión para crecimiento sostenible. Atando cabos.** Universidad del Rosario, Sala de Prensa, 2015, Bogotá, Colombia. Disponivel em: http://www.urosario.edu.co/sala-de-prensa/noticias/Generales/Economia-de--Brasil-La-necesidad-de-la-inversion-pa/> Acesso: 15/sep-2018.

UNITED Nations. **World Economic Situation and Prospects 2018**. Sales No. E.18.II.C.2. 2018, New York. Disponivel em: <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/publication/WESP2018_Full_Web-1.pdf> Acesso: 10/09/2018

WORLD commission on environment and development. **Our common future: Report of the World Commission on Environment and Development.** 1987. Disponible en: <http://www.un-documents.net/our-common-future.pdf> Acceso: 10/09/2018.

Direito à educação ambiental e à conscientização pública como princípios fundamentais vinculados aos respectivos deveres de defender e preservar o meio ambiente no interesse de todos

Madson Anderson Corrêa
Matos do Amaral

Introdução

Educação vêm do latim *educatio,* de *educare* (educar) (SARAIVA, 2004). Que em sentido amplo, constitui "a ação de criar, educar, ensinar, instruir ou desenvolver as faculdades físicas, religiosas, morais, artísticas, intelectuais, profissionais da pessoa humana de todas as idades e condições sociais", devendo ser estabelecido desde o ensino elementar e fundamental. O conceito de Educação, em seu amplo sentido, se faz cada vez mais necessário e indispensável, perante o pleno desenvolvimento humano. Desta forma, pode ser compreendido como "pressuposto básico ao reconhecimento dos direitos, deveres da probidade, das responsabilidades, em todos os setores, perante a sociedade presente e futura." (CUSTÓDIO, 2005, p. 11 – 12).

É real, notório e preocupante os crescentes fatos que comprometem a qualidade ambiental e da vida saudável em sociedade. Demonstrando assim, a importância da educação ambiental, como "direito fundamental inalienável e inviolável de todas as pessoas, individual, social ou coletiva e publicamente consideradas, direta ou indiretamente". Na qual, está relacionado tanto com o reconhecimento de sua própria dignidade humana, bem como da dignidade da pessoa humana em todas as faixas etárias e classes sociais (CUSTÓDIO, 2005, p.12).

Logo, a Educação Ambiental deve ser entendida como "a conscientização da pessoa humana de seus próprios direitos, de seus deveres, de suas obrigações e das respectivas responsabilidades individuais, familiares, sociais, nacionais e internacionais" perante o meio ambiente (CUSTÓDIO, 2005, p.12).

1. A importância da política educacional nos mais diversos setores da vida em sociedade

1.1. No âmbito internacional

Os mais diversos autores das mais diversas áreas da Ciência e da Ciência Jurídica, consideram cada vez mais evidente a preocupação com a educação em todos os setores da vida social. Evidenciado um período de decadência das tradições e valores humanos universais, verifica-se que a "cerne da crise" está na "abdicação da consciência", provocada pela deserção ou perversão, fruto de uma falsa e traidora educação (SHEEN, 1961, p.211).

Seguindo esta mesma linha de raciocínio Custódio (2005, p. 13) afirma que a "consciência bem formada, definida como o conhecimento ou o sentido claro e verdadeiro dos fatos ou atos, das condutas ativas ou omissas, das tendências ou das previsões úteis ou prejudiciais à sociedade, vincula-se à educação", revelando assim seu caráter preventivo e evolutivo.

Partindo desta análise, podemos afirmar que educar significa no fundo e em última instância, formar a consciência pessoal, geradora de responsabilidade, nos mais diversos setores da vida em sociedade (FRANKL, 1989, p.30).

Nesta acepção, Custódio (2005, p.13) destaca que:

> Convincente é a relação entre "Educação e Crescimento Econômico", entre "Política e Planejamento Educacional", entre "Educação e Mão – de - Obra", entre "Educação e Mercado de Trabalho", entre "Eficiência e Produtividade Educacional", além da vinculação dos processos de descobertas científicas de pesquisas e desenvolvimento, das mudanças tecnológicas à educação, entre outras realidades.

A Educação, portanto, constitui "um bem de investimento" além de fator determinante para o processo de crescimento econômico (SHEEHAN, 1975, p. 72).

Neste sentido, vinculado ao "processo civilizatório", a educação se orienta na construção de uma sociedade mais justa, no legítimo interesse de todos (AZEVEDO, 1980, p.18).

Sobre a importância da educação na seara jurídica, Custódio (2005, p.13) revela que:

> No campo da ciência do Direito, em todos os âmbitos da Sociedade Humana, igualmente, convincente é a relação entre a educação solidificada pela luta contínua em defesa do Direito (privado, social ou público, nacional, comparado, comunitário ou internacional) e o "sentimento jurídico sadio" para "preservar e desenvolver" o próprio Estado ou País. Um dos "deveres mais elevados e importantes da pedagogia política é "esse cuidado" diretamente relacionado com "o sentimento jurídico do direito", o "sentimento jurídico sadio e vigoroso de cada indivíduo", no qual o Estado tem "a fonte mais fecunda de força para si mesmo, a garantia mais certa de sua própria função interna e externamente".

Desta forma, "a força moral e o sentimento jurídico de um povo" podem se tornar uma barreira eficaz em defesa do Estado. Sendo que a "força de um povo corresponde à de um sentimento jurídico", na qual, "cuidar do sentimento jurídico nacional é, pois, o mesmo que cuidar da prosperidade e da força do Estado (JHERING, 1978, p.106).

Diante da complexidade dos fatos e das transformações sociais, Custódio (2005, p.14) observa que "o conhecimento científico do direito pede um conjunto de vistas e uma educação muito particular, não bastando a

informação da massa do material legislativo, uma vez que é necessário assimilá-lo e servir-se dele".

Seguindo esta linha de raciocínio, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 da Organização das Nações Unidas (ONU), destaca a importância do ensino e da educação no desenvolvimento do respeito aos direitos e liberdades inerentes à pessoa humana, por meio de medidas de caráter nacional e internacional. Bem como, proclama dentre outros princípios o de que "toda pessoa tem direito à educação" objetivando desenvolver a personalidade humana e reforçar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Neste sentido, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU em seu artigo 26 estabelece que a educação deverá favorecer a compreensão, a tolerância a amizade entre todas a nações e todos os grupos sociais e religiosos, além de estabelecer o desenvolvimento das atividades da ONU para a manutenção da paz (ONU, 1948).

Ainda nos artigos 27 e 29 da Declaração da ONU de 1948 ficou estabelecido que de forma complementar e harmônica, todos têm direito de tomar parte, livremente, na vida cultural da comunidade, bem como de se beneficiar com a arte, de participar do progresso científico e dos benefícios dele resultantes. Desta forma, toda pessoa teria deveres para com a comunidade, bem como a liberdade para com o desenvolvimento de sua personalidade.

Sobre a matéria é importante destacar que:

> As contínuas mudanças de repercussões mundiais impõem permanente esforço pelo autêntico desenvolvimento educacional em todos os campos da Ciência, evidenciando-se que a luta pela "educação permanente" vem sendo objeto de progressivas preocupações das autoridades internacionais, notadamente a partir da Conferência Internacional de Montreal, organizada pela UNESCO, em agosto de 1960. Em uma visão unitária, a educação permanente vem sendo tem de debates e aprofundamento em seminários, convênios, congressos, mesas redondas, numerosas publicações, sustentando-se que a educação se estenda a todas as pessoas, de todas as idades, de todos os níveis, como "ideal universal educativo" durante "toda a vida". A pessoa humana, neste processo educativo, se coloca como sujeito capaz de escolha, de participação, de administração de sua formação, em um esforço contínuo de pesquisa, de

> conquista de novos conhecimentos, de novas relações, consciente de sua responsabilidade para com o seu próprio destino e, consequentemente, para com o destino da sociedade de que faz parte. Neste sentido, considera-se "a educação não mais como privilégio de poucos", mas "como um direito de todos durante toda a existência (CUSTÓDIO, 2005, p.15).

Outro marco importante em relação a importância da educação para a sociedade, ocorreu em 1990 na Conferência Mundial sobre a Educação para Todos, reafirmando o princípio da Declaração da ONU, na qual, a educação fundamental pode ser considerada e indispensável para se alcançar níveis de educação mais elevados, além de níveis de cultura, potenciais científicos e tecnológicos, bem como o desenvolvimento autônomo. Foi proclamado ainda a Declaração Mundial sobre a Educação para todos (ONU, 1990) reconhecendo a vinculação de informações disponíveis ao processo educacional não somente para a sobrevivência do ser humano e seu bem-estar elementar, mas também como estabelecer meios de "aprender a aprender".

Importante destacar ainda em 1993 o Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre a Educação para o século XXI (também conhecido como o "Relatório Jacques Delors") intitulado "Educação: um tesouro a descobrir", onde dentre os princípios e orientações estão: aprender a conhecer, aprender a fazer, aprender a viver com os outros, aprender a ser, e educação como desenvolvimento pessoal.

Com o intuito de reforçar ou melhor dizendo reafirmar a Declaração Mundial sobre a Educação para Todos, ocorreu no ano 2000 o "Marco de Ação de Dakar sobre a Educação para Todos: cumprir nossos compromissos comuns", estabelecendo objetivos e finalidades da educação para todos, todos os cidadãos e todas as sociedades, uma vez que "todos os seres humanos (crianças, jovens e adultos, de todas as idades) têm o direito de beneficiar-se de uma educação básica que satisfaça suas necessidades fundamentais de aprendizado na acepção mais nobre do texto" (CUSTÓDIO, 2005, p.16).

Neste sentido, busca-se uma educação que "compreenda aprender a assimilar conhecimentos, a fazer ou a criar, a viver com os demais e a ser ou servir", uma educação com o intuito de explorar as capacidades

individuais para se alcançar o pleno desenvolvimento da personalidade, além de se alcançar a melhoria da qualidade de vida e contribuir para a transformação da sociedade (UNESCO, 2000).

Para Custódio (2005, p.16) tais regulamentos internacionais visam buscar o "pleno desenvolvimento da pessoa humana para o bem-estar próprio, de sua família, da sociedade nacional e universal". Desta forma, sendo um direito universal de todas as pessoas (independente de raça, condição e idade), "o direito à autêntica educação" visa o "aprimoramento da pessoa humana", não somente pelo desenvolvimento de seu intelecto e liberdade, mas também com o intuito de que assumam responsabilidades, objetivando o diálogo e a promoção do bem comum.

1.2. No âmbito nacional

A Constituição Federal de 1988 estabelece a educação como um direito de todos e dever do Estado e da família, devendo ser promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, com o objetivo de se alcançar "o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho" (artigo 205 da CF) (BRASIL, 1988).

A norma constitucional, portanto, possui conteúdo amplo e de abrangente alcance, definindo educação como expresso direito de todos e expresso dever do Poder Público e da Família, para se alcançar o pleno desenvolvimento da pessoa, bem como para prepará-la para o exercício de sua cidadania. Conforme destaca Custódio (2005, p. 20 - 21):

> O real conhecimento de cada pessoa, adquirido por todos os meios ou métodos de informação, ensino, instrução ou educação, experiência, pesquisa, ciência e cultura, pelo básico conhecimento e pela adequada compreensão da Constituição Federal, notadamente dos princípios e das normas fundamentais sobre direitos, deveres e responsabilidades individuais, sociais, ou coletivos, comuns ou difusos, públicos, políticos, militares, indispensáveis às eficientes atribuições de profissionais em geral, dos Poderes Públicos Legislativo, Executivo e Judiciário, dos agentes públicos em geral, dos Poderes Privados, ao adequado exercício do direito de todos à educação, à ciência e à tecnologia, à comunicação social, ao meio ambiente saudável, à saúde pública, ao desporto, à ordem econômica e financeira, à ordem social, à ordem jurídica, à ordem

> pública, dentre outros princípios e normas aplicáveis. Trata-se de preparo definido como direito fundamental indispensável a cada cidadão ou cidadã para a formação de sua correta consciência ou conscientização ao oportuno exercício dos direitos das liberdades fundamentais, tanto civis e sociais como políticas e militares (de interesse individual, social ou coletivo, comum ou difuso e público), constitucionalmente assegurados e garantidos, bem como vinculados ao efetivo cumprimento dos deveres, das obrigações ou das responsabilidades correspondentes (igualmente de interesse individual, social ou coletivo, comum ou difuso e público).

A Constituição de 1988, portanto, prioriza à Educação vinculando-a em todos os setores da vida em sociedade. E atua como fonte geradora de conscientização indispensável à valorização e promoção da dignidade da pessoa humana, à conciliação do desenvolvimento sócio econômico com a valorização e a preservação do patrimônio nacional; bem como dos recursos: humanos, ambientais (naturais e culturais), alimentares, econômicos, sanitários, trabalhistas, entre outros. Para promoção do bem-estar da população e autonomia científico-tecnológica do País.

A Educação prevista na nossa Carta Magna constitui um direito de todos e um dever de todos (do Estado e da família); das pessoas, particularmente das intelectuais em geral, individual, social e coletivamente consideradas, ao seu pleno ou integral desenvolvimento (art. 205, c/c arts. 209, 210, 215, 217, 218, 221, 227 da CF/88). Para Custódio (2005, p.25) o dever do Estado se estende à promoção e ao incentivo de todos os valores integrantes da educação considerados indispensáveis ao pleno desenvolvimento da pessoa, seja por meios formais como não formais (onde inclui: "culturais, espirituais, morais ou éticos, desportivos, artísticos, profissionais, científicos, tecnológicos, ambientais, sanitários, dentre outros valores de interesse individual, social ou coletivo, comum ou difuso e público"), essenciais ao bem comum e ao desenvolvimento equilibrado do país.

No entanto, o que se verifica, na atual sociedade brasileira é uma oferta irregular e uma visão distorcida da Educação, o que acarreta em um ensino de má qualidade. Gerando uma "perda de consciência" da sociedade, comprometendo sua capacidade de raciocinar, de enxergar a sua realidade e de lutar pela sua transformação, pela sua melhoria. Para Celso Bandeira

de Mello "não há mais remota consciência de cidadania no Brasil", pois, esta "falta de consciência de cidadania não é restrita ao chamado povão. Ela se estende aos escalões mais altos do país" (MELLO, 2002, p.21).

Sobre a matéria destacamos que:

> [...] o problema é sério, muito sério, sendo evidente que o sistema de ensino no Brasil é muito precário, chega a ser chocante e revoltante o que estão fazendo com nossas crianças. Grande parte dos alunos que saírem das escolas públicas não terão nenhuma condição de competir no mercado de trabalho. Mas o pior é que os governantes acham tudo normal e se dizem satisfeitos com os resultados obtidos. Grave é a realidade. Alguma providência deve ser tomada o mais urgente possível, uma vez que o mundo atual exige muito estudo e conhecimento, como um direito do cidadão e dever do Estado.

É incontestável, a relevância desta questão jurídica na sociedade brasileira, bem como a notória gravidade dos fatos relacionados com a crise da educação e das consequências danosas ao desenvolvimento da pessoa humana, no seu preparo para o exercício de sua cidadania e na sua qualificação para o trabalho. O prejuízo recai não somente à própria pessoa, mas também à sua família, à sociedade, ao meio ambiente, à saúde pública, à cultura, ao desenvolvimento equilibrado do Brasil. A precarização da educação necessita de inadiável reação da comunidade científico-jurídica-educacional, da sociedade civil, da organização sindical, das entidades de classe ou outras legalmente constituídas, "das Universidades Públicas e Privadas, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) , do Ministério Público (MP), da Advocacia Pública, da Defensoria Pública, de demais organizações governamentais e não-governamentais, junto aos Poderes Públicos competentes (Executivo, Legislativo e Judiciário). Uma vez que é inadiável o "cumprimento das determinações constitucionais e legais vigentes em defesa, da recuperação, melhoria e preservação da educação brasileira" por medidas de caráter urgente (CUSTÓDIO, 2005, p.31).

Desta forma, tratando-se de uma matéria de relevância fundamental, justifica-se a extensão das demonstrações de fato e de direito sobre o conteúdo e o alcance da educação básica (educação infantil, ensino funda-

mental e ensino médio) e da educação superior (ou educação integral), como importantes bases para a Educação Ambiental e da conscientização pública, no interesse de todos do país (CUSTÓDIO, 2005, p.33).

2. Dignidade da pessoa humana e a educação ambiental

Com base nos argumentos e fundamentos legais previstos e diante do grave quadro de degradação educacional em nosso país é imperioso a necessidade do efetivo cumprimento dos expressos princípios e normas (nacionais e internacionais) , no legítimo e indispensável interesse do Brasil e na preservação da dignidade da pessoa humana.

A Educação além de "lucrativo investimento humano, constituem substanciais fontes permanentes de conhecimento", de verdadeira e progressiva conscientização pública e de pleno desenvolvimento da pessoa humana nos mais diversos campos e níveis da sociedade. A Educação Ambiental, na área das Ciências Ambientais e do Direito Ambiental , "é considerada como um processo permanente de aquisição de autêntico conhecimento progressivo, por todos os meios e métodos legítimos, formais ou informais, que concorre para a conscientização crescente de todas as pessoas" sobre a "realidade e a relevância do meio ambiente saudável como direito de todos, vinculado à continuidade da vida e da saúde das gerações presentes e futuras" (CUSTÓDIO, 2005, p.33)

Sobre a Educação Ambiental é importante destacar que:

> Trata-se de direito indispensável à continuidade da existência e da correspondente obrigação de todas as pessoas titulares no sentido de colaborar ou cooperar, participar e contribuir, de acordo com os respectivos conhecimentos e as respectivas capacidades e condições, para a defesa e preservação do meio ambiente saudável, mediante adequado e permanente uso racional ou uso sustentável (que assegure a disponibilidade permanente) dos recursos naturais , culturais, sanitários nele integrantes, vinculado ao princípio da prevenção (para evitar danos) indispensável à conciliação do desenvolvimento notadamente sócio - econômico e científico tecnológico, com a preservação ambiental, em prol da

> vida em todos os seus aspectos, tanto a presente como a futura (CUSTÓDIO, 2005, p.33).

A Educação Ambiental objetiva a conscientização da importância da defesa do meio ambiente equilibrado, considerado indispensável à própria sobrevivência humana, nos mais diversos âmbitos e níveis sociais. O processo de evolução da sociedade têm demonstrado cada vez mais que somente através de "um processo gradativo de instrução, educação, reflexões, pesquisas, debates, trabalhos permanentes se atinge grau satisfatório e indispensável de conscientização", contribuindo não somente para a defesa e proteção dos recursos naturais mas também para os "bens públicos e culturais, dos valores éticos, morais, espirituais em geral, no interesse individual, social, ou coletivo, comum ou difuso e público" (CUSTÓDIO, 2005, P.35).

A busca pelo equilíbrio do meio ambiente, bem como de todas as atividades e condutas humanas se faz cada vez mais necessário diante da indispensável e irrenunciável forma de salvaguardar a vida em geral, a saúde pública e o gênero humano no decorrer dos próximos séculos.

3. A conscientização pública da educação ambiental como direitos e deveres fundamentais

Um meio ambiente saudável é interesse de todos, direta ou indiretamente. A exploração e a utilização irracional dos recursos naturais provocam graves problemas que necessitam de ações urgentes, ligados não somente a saúde pública, mas a própria sobrevivência humana. É preciso adotar medidas sustentáveis (Educação Ambiental) com o intuito de resguardar direitos fundamentais das presentes e futuras gerações. E isso só pode ser alcançado através da conscientização da importância da Educação Ambiental.

A preocupação mundial com o meio ambiente apareceu notadamente em 1970 em um Congresso Internacional, em Nevada. Na qual um grupo de especialistas elaborou "a primeira definição oficialmente aceita, de educação ambiental, sempre precedida da informação ambiental". Para eles a educação ambiental é considerada um "processo de reconhe-

cimento de valores e conceitos úteis a esclarecer e a desenvolver aquelas disposições e técnicas necessárias à compreensão e à apreciação das inter-relações existentes entre o homem, a sua cultura e o meio ambiente" - físico e circunvizinho (INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE AND NATURAL RESOURCES, 1986, p.226).

Já em 1972, na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo, foi reconhecido a urgência de uma intervenção em defesa do meio ambiente, com recomendações a um possível esforço a nível internacional, para promoção da educação ambiental.

Na Conferência de Estocolmo foram estabelecidos princípios, na qual destacam-se: a educação em assuntos ambientais (para as gerações presentes, futuras e desfavorecidos socialmente), bem como a ampliação da participação (opinião) da comunidade no tocante à proteção e melhoria do meio ambiente.

Em 1975, em consonância com a Conferência de Estocolmo, foi instituída a Conferência Permanente para elaborar um Programa Internacional de Educação Ambiental, com colaboração da ONU, UNESCO e do Programa nas Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), resultando no mesmo ano, na "Carta de Belgrado", definido como o documento "mais importante e conclusivo elaborado a nível intergovernamental", pois, "define a finalidade, os princípios e as metodologias da educação ambiental" (CUSTÓDIO, 2005, p.36).

Outro marco importante, ocorreu em 1977, onde foi realizada a primeira Conferência Internacional de Tbillisi (Georgia) Sobre Educação Ambiental, onde foi adotado a "Declaração de Tbillisi" (14 A 26-10-1977 – UNESCO/PNUMA) com o objetivo de:

> [...] contribuir para a efetiva tomada de consciência dos graves problemas ambientais mundiais e das respectivas colaborações à melhoria das condições de vida, à proteção ambiental, ao respeito aos valores éticos, a educação ambiental, de forma plena, ou seja, "completa e permanente", desde o nível pré-escolar aos níveis fundamental, médio, superior ou universitário e pós-universitário, mediante estágios formais e informais, deve ser transmitida a todas as pessoas, de todas as idades e a cada nível de educação, em benefício tanto das gerações presentes e futuras como da paz.

> O programa internacional conjunto (ONU, UNESCO, PNUMA), visando à promoção da educação ambiental, entrou definitivamente em atividade (CUSTÓDIO, 2005, p.37).

Já no ano de 1992, ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, onde foi proclamada a Declaração do Rio/92, nela foram estabelecidos preceitos básicos de conduta, indispensáveis a conciliação do desenvolvimento, em todos os seus aspectos, com a proteção ambiental. Direta ou indiretamente, os princípios dos quais possuem correlação com a Educação Ambiental está a de que os Estados devam cooperar para fortalecer a capacidade interna de construção de desenvolvimento sustentável (princípio 9) além de facilitar e estimular a conscientização pública e a participação de todos os cidadãos (princípio 10).

Apesar da grande conquista legal na matéria ambiental de caráter generalista. Em 1997, "preocupados com o progresso insuficiente da educação ambiental após a Conferência do Rio/92, participantes de organizações não governamentais, intergovernamentais e não-governamentais de 90 países", se reuniram na Conferência de Meio Ambiente e Sociedade: Educação e Consciência para a Sustentabilidade, organizada pela UNESCO e pelo governo da Grécia entre 8 a 12 de dezembro de 1997 (na qual, houve a comemoração dos 20 anos da Declaração de Tbilissi), onde foi adotado a Declaração de Thessaloniki para a Educação Ambiental, devendo ser cumprida de acordo "com as orientações da Declaração de Tbiillisi e de sua evolução a partir das questões globais tratadas na Agenda 21 e nas grandes conferências da ONU" (CUSTÓDIO, 2005, p.38).

Diante de tais conquistas podemos afirmar que a informação ambiental e a educação ambiental, devam ser condutas autênticas, permanentes e inseparáveis de Estados Democráticos de Direito, objetivando a conscientização pública para a defesa e preservação do meio ambiente bem como dos respectivos bens ou recursos naturais.

Conclusão

Precisamos fortalecer uma união internacional mais forte, já que não estamos tratando de interesses individuais, mas sim de interesse coletivo. Estamos diante de uma grande problemática, na qual, todos são responsá-

veis. E a única forma de reverter este quadro é por meio da educação ambiental, da conscientização dos mais diversos setores da sociedade (pessoa física ou jurídica), e na revelação das consequências da inércia na busca por uma solução ou melhor dizendo por uma mudança na Educação.

É preciso reverter esta triste realidade da Educação no Brasil, para que se alcance o equilíbrio; indispensável tanto para o desenvolvimento nacional, como para o conhecimento, valorização, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente; fundamentais para o bem-estar das presentes e futuras gerações.

Referências

AZEVEDO, Marcello de Carvalho. **Educação, sociedade, justiça, realidade educacional**. 8ª edição. Ed Loyola, 1980.

BRASIL. **Constituição Federal do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 29 set. 2018.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Direito ambiental e questões jurídicas relevantes**. Ed. Millennium, Campinas, 2005.

DELORS, Jacques. **Educação: um tesouro a descobrir (Relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre a Educação para o século XXI)**. 3ª ed., UNESCO, Ed. Cortez, São Paulo, 1999.

FRANKL, Viktor E. **Sede de Sentido**. Trad.: Henrique Elfes. Ed. Quadrante, São Paulo, 1989.

INTERNATIONAL UNION FOR THE CONSERVATION OF NATURE AND NATURAL RESOURCES – IUCN. **Educazione ambiental nel contesto Internazionale**. In.: Annuario Europeo dell' Ambiente, Giuffre, Milano, 1986.

JHERING, Rudolf Von. **A luta pelo Direito**. Trad.: Vicente Sabino Júnior. Ed. Bushatsky, São Paulo, 1978.

MELLO, Celso Antonio Bandeira. **A sociedade já entrou no seu limite de tolerância**. In.: Jornal do Advogado OAB-SP, março de 2002.

ONU. **Declaração do Rio sobre Ambiente e Desenvolvimento de 1992**. Disponível em: <https://www.apambiente.pt/_zdata/Politicas/DesenvolvimentoSustentavel/1992_Declaracao_Rio.pdf>. Acesso em 2 nov. 2018

SARAIVA, F. R. dos Santos. **Novíssimo dicionário latino-português etimilógico, prosódico, histórico, Geográfico, Mitológico, Biográfico**. 3ª ed., Ed. Garnier, Rio de Janeiro, 2004.

SHEEHAN. **A economia da educação**. Trad.: Fernando C. Ferro. Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1975.

SHEEN, Fulton J. **Filosofias em luta (Philosophies at war)**. Trad.: Cypriano A. Costa. Ed. Agir, Rio de Janeiro, 1961.

UNESCO. **Educação para Todos (Education for All) – 2000**. Disponível em: ‹http:www.unesco.org.br›. Acesso em 28 set. 2018.

Ambiente urbano, acesso à água e injustiça ambiental: um exame da injustiça hídrica em tempos de escassez

Tauã Lima Verdan Rangel

Considerações iniciais

No decorrer das últimas décadas, em especial a partir de 1980, os temas associados à questão ambiental passaram a gozar de maior destaque no cenário mundial, devido, em grande parte, com a confecção de tratados e diplomas internacionais que enfatizaram a necessidade da mudança de pensamentos da humanidade, orientado, maiormente, para a preservação do meio ambiente. Concomitantemente, verifica-se o fortalecimento de um discurso participativo de comunidades e grupamentos sociais tradicionais nos processos decisórios. Observa-se, desta maneira, que foi conferido maior destaque ao fato de que a proeminência dos temas ambientais foi içada ao status de problema global, alcançado, em sua rubrica, não apenas a sociedade civil diretamente afetada, mas também os meios de comunicação e os governos de diversas áreas do planeta. Tal cenário é facilmente verificável na conjunção de esforços, por partes de grande parte dos países, para minorar os impactos am-

bientais decorrentes da emissão de poluentes e os adiantados estágios de degradação de ecossistemas frágeis.

Nesse passo, a industrialização de pequenos e médios centros urbanos, notadamente nos países subdesenvolvidos, encerra a dicotomia do almejado desenvolvimento econômico, encarado como o refulgir de uma nova era de prosperidade em realidades locais estagnadas e desprovidas de dinamicidade, e a degradação ambiental, desencadeando verdadeira eco-histeria nas comunidades e empreendimentos diretamente afetados. Por vezes, o discurso desenvolvimentista utilizado na instalação de indústrias objetiva, em relação à população diretamente afetada, expor tão somente os aspectos positivos da alteração dos processos ambientais, suprimindo as consequências, quando inexistente planejamento prévio, socioambientais. Diante deste cenário, o presente, a partir do referencial adotado, busca conjugar uma análise proveniente do entendimento da justiça ambiental, colhendo das discussões propostas por Henri Acselrad, Selene Herculano e José Augusto de Pádua, sobretudo, no que se refere à caracterização de variáveis repetidas nos processos de instalação de empreendimento econômicos, em especial a população diretamente afetada.

De igual modo, o presente socorre-se do aporte doutrinário apresentado pelo Direito Ambiental e pelo Direito Urbanístico, calcado nos conceitos tradicionais e imprescindíveis para o fomento da discussão, utilizando, para tanto, do discurso apresentado por Paulo Affonso Leme Machado, Paulo Bessa Antunes Filho, Celso Antonio Pacheco Fiorillo, José Afonso da Silva e Romeu Thomé. Ora, os conflitos socioambientais, advindos do agravamento da injustiça ambiental experimentada por comunidades, dá ensejo à discussão acerca do embate entre os princípios constitucionais do desenvolvimento econômico e do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ambos alçados à condição de elementos para materialização da dignidade da pessoa humana.

1. O espaço urbano em uma perspectiva ambiental: a ambiência do homem contemporâneo em análise

Inicialmente, ao adotar como ponto inicial de análise o meio ambiente e sua relação direta com o homem contemporâneo, necessário faz-se esquadrinhar a concessão jurídica apresentada pela Lei Nº. 6.938,

de 31 de agosto de 1981 (2018), que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Aludido diploma, ancorado apenas em uma visão hermética, concebe o meio ambiente como um conjunto de condições, leis e influências de ordem química, física e biológica que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas. Nesse primeiro momento, é possível deixar em clara evidência que o tema é dotado de complexidade e fragilidade, eis que dialoga uma sucessão de fatores distintos, os quais são facilmente distorcidos e deteriorados devido à ação antrópica.

José Afonso da Silva (2009, p. 20), ao traçar definição acerca de meio ambiente, descreve-o como "a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas". Celso Antônio Pacheco Fiorillo (2012, p. 77), por sua vez, afirma que a concepção definidora de meio ambiente está pautada em um ideário jurídico despido de determinação, cabendo, diante da situação concreta, promover o preenchimento da lacuna apresentada pelo dispositivo legal supramencionado. Trata-se, com efeito, de tema revestido de maciça fluidez, eis que o meio ambiente está diretamente associado ao ser humano, sofrendo os influxos, modificações e impactos por ele proporcionados. Não é possível, ingenuamente, conceber, na contemporaneidade, o meio ambiente apenas como uma floresta densa ou ecossistemas com espécies animais e vegetais próprios de uma determinada região; ao reverso, é imprescindível alinhar o entendimento da questão em debate com os anseios apresentados pela sociedade contemporânea.

A acepção ingênua do meio ambiente, na condição estrita de apenas condensar recursos naturais, está superada, em decorrência da dinamicidade da vida contemporânea, içado à condição de tema dotado de complexidade e integrante do rol de elementos do desenvolvimento do indivíduo. Tal fato decorre, sobremodo, do processo de constitucionalização do meio ambiente no Brasil, concedendo a elevação de normas e disposições legislativas que visam promover a proteção ambiental. Ao lado disso, não é possível esquecer que os princípios e corolários que sustentam a juridicidade do meio ambiente foram alçados a patamar de destaque, passando a integrar núcleos sensíveis, dentre os quais as liberdades públicas e os direitos fundamentais. "Com o advento da Constituição da República Fe-

derativa do Brasil de 1988, as normas de proteção ambiental são alçadas à categoria de normas constitucionais, com elaboração de capítulo especialmente dedicado à proteção do meio ambiente" (THOMÉ, 2012, p. 116).

Diante do alargamento da concepção do meio ambiente, salta aos olhos que se encontra alcançado por tal acepção o espaço urbano, considerado como a ambiência do homem contemporâneo, o qual encerra as manifestações e modificações propiciadas pela coletividade no habitat em que se encontra inserta. Trata-se, doutrinariamente, do denominado meio ambiente artificial ou meio ambiente humano, estando delimitado espaço urbano construído, consistente no conjunto de edificações e congêneres, denominado, dentro desta sistemática, de espaço urbano fechado, bem como pelos equipamentos públicos, nomeados de espaço urbano aberto, como salienta Fiorillo (2012, p. 79). Extrai-se, desse modo, que o cenário contemporâneo, refletindo a dinamicidade e complexidade do ser humano, passa a materializar verdadeiro habitat para o desenvolvimento do indivíduo.

É possível, assim, caracterizar o meio ambiente artificial como fruto da interferência da ação humana, ou seja, "aquele meio-ambiente trabalhado, alterado e modificado, em sua substância, pelo homem, é um meio-ambiente artificial" (BRITO, 2013). Neste cenário, o proeminente instrumento legislativo de tutela do meio ambiente humano, em um plano genérico, está assentado na Lei Nº. 10.257, de 10 de Julho de 2001, que regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências, conhecido como "Estatuto da Cidade", afixando os regramentos e princípios influenciadores da implementação da política urbana, de maneira que a cidade extrapole sua feição de apenas um grupamento de indivíduos em um determinado local, passando a desempenhar a função social. Fiorillo (2012, p. 467), ao tratar da legislação ora mencionada, evidencia, oportunamente, que aquela "deu relevância particular, no âmbito do planejamento municipal, tanto ao plano diretor (art. 4º, III, a, bem como arts. 39 a 42 do Estatuto) como à disciplina do parcelamento, uso e ocupação do solo".

Um dos objetivos da política de desenvolvimento urbano previsto no artigo 182 da Constituição Federal, são as funções sociais da cidade, que se realizam quando se consegue propiciar ao cidadão qualidade de vida, com concretização dos direitos fundamentais, e em consonância com o que

disciplina o artigo 225 da Carta Magna, que garante a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. E as funções sociais da cidade se concretizam quando o Poder Público consegue dispensar ao cidadão o direito à habitação, à livre circulação, ao lazer e ao trabalho. Ora, "dado ao conteúdo pertinente ao meio ambiente artificial, este em muito se relaciona à dinâmica das cidades. Desse modo, não há como desvinculá-lo do conceito de direito à sadia qualidade de vida" (FIORILLO, 2012, p. 549), tal como o direito à satisfação dos valores da dignidade humana e da própria vida.

O meio ambiente humano passa a ser dotado de uma ordem urbanística, consistente no conjunto de normas, dotadas de ordem pública e de interesse social, que passa a regular o uso da propriedade urbana em prol da coletividade, da segurança, do equilíbrio ambiental e do bem-estar dos cidadãos. "A ordem urbanística deve significar a institucionalização do justo na cidade. Não é uma 'ordem urbanística' como resultado da opressão ou da ação corruptora de latifundiários e especuladores imobiliários, porque aí seria a desordem urbanística gerada pela injustiça" (MACHADO, 2013, p. 446). Nesta perspectiva, está-se diante de um nível de planejamento que objetiva estabelecer patamares mínimos de organização do uso dos diversos fragmentos de um determinado recorte espacial, atentando-se para as potencialidades e capacidades inerentes aos sistemas ambientais desse espaço, sobremodo na ambiência urbana que, devido à complexidade a população, apresenta interseções peculiares. Ao lado disso, não é possível deixar de destacar que os ambiente urbanos tendem a ser diretamente influenciados e modificados pela realidade social.

Trata-se de uma significação em busca por uma ordem na utilização do espaço sob planejamento, de maneira que assegure a integridade ambiental, a manutenção dos serviços ambientais, a reprodução de seus recursos e "a manutenção dentro de uma trajetória evolutiva 'estável' (o que significa não criar um desequilíbrio irreversível que leve à degradação da paisagem). Enfim, é a busca pela sustentabilidade na utilização do espaço" (VICENS, 2012, p. 197). Ultrapassa-se, diante do painel pintado, a concepção de que os centros urbanos, por sua essência, são apenas aglomerados de indivíduos, por vezes, estratificados em decorrência de sua condição social e econômica. Absolutamente, ainda que esteja em

um plano, corriqueiramente, teórico, é possível observar que a preocupação em torno das cidades foi alçada à condição de desenvolvimento de seus integrantes, passa a sofrer forte discussão, em especial quando a temática está umbilicalmente atrelada aos processos de remoção de comunidades ou, ainda, alteração do cenário tradicional, a fim de comportar os empreendimentos industriais.

2. O fenômeno da industrialização como elemento agravador da injustiça ambiental: o embate entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado

O modelo de desenvolvimento liberal, estruturado no de individualismo econômico e mercado, consistindo na confluência de articulações entre a propriedade privada, iniciativa econômica priva e mercada, passa a apresentar, ainda na década de 1960, os primeiros sinais da problemática socioambiental. "Esse modelo de crescimento orientado por objetivos materiais e econômico puramente individualista, regido por regras jurídicas de natureza privada, dissociou a natureza da economia, alheando desta, os efeitos devastadores dos princípios econômicos na natureza" (FRAGA, 2007, p. 02). Entre o final da década de 1960 até 1980, o discurso, envolvendo a questão ambiental, explicitava a preocupação com o esgotamento dos recursos naturais que eram dotados de maior interesse econômico, sobretudo no que se referia à exploração do petróleo. Verifica-se, neste primeiro contato, que a questão do meio ambiente estava cingida à preocupação com a sobrevivência da espécie humana, num aspecto puramente econômico.

Diante da possibilidade do exaurimento dos recursos naturais dotados de aspecto econômico relevante, é possível observar uma crise civilizatória advinda não apenas da escassez daqueles, à proporção que são degradados, mas também em decorrência do modelo econômico adotado, o qual, por seu aspecto, desencadeou um desequilíbrio ambiental maciço colocando em risco a sobrevivência da espécie humana, assim como, na trilha dos efeitos produzidos, o aumento do desemprego pela

mecanização dos meios de produção, a miséria e a marginalidade social. O processo predatório ambiental potencializa um cenário caótico urbano, verificado, sobretudo, nos grandes centros, com formação de comunidades carentes e favelas, reduto da população marginalizada, constituindo verdadeiro bolsão de pobreza.

Conforme Lester R. Brown (1983, p. 05), as ameaças à civilização são provocadas pela erosão do solo a deterioração dos sistemas biológicos e esgotamento das reservar petrolíferas, além do comprometimento de elementos essenciais à existência humana, como, por exemplo, acesso à água potável. Aludidas ameaças desencadeiam tensões ambientais que se concretizam em crises econômicas, causadas pela dependência de alguns países dos produtos alimentícios oriundos de outros países, bem como das fontes de energia produzidas pelos combustíveis fósseis. É possível verificar que a crise socioambiental, surgida nos Estados Unidos, a partir da década de 1960, devido à mecanização dos meios de produção e a dependência de recursos naturais, em especial matrizes energéticas (petróleo), de outros países, forneceu o insumo carecido para a construção da justiça ambiental, advinda da criatividade dos movimentos sociais forjados pela luta da população afrodescendente que protestava contra a discriminação causada pela maior exposição desta população aos lixos químicos, radioativos e indústrias geradoras de poluentes.

Pela moldura ofertada pela justiça ambiental, infere-se que nenhum grupo de pessoas, seja em decorrência de sua condição étnica, raciais ou de classe, suporte ma parcela desproporcional de degradação do espaço coletivo. "Complementarmente, entende-se por injustiça ambiental a condição de existência coletiva própria a sociedade desiguais onde operam mecanismos sociopolíticos que destinam a maior carga dos danos ambientais" (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 09). Diante do exposto, o termo justiça ambiental afigura-se como uma definição aglutinadora e mobilizadora, eis que permite a integração de dimensões ambiental, social e ética da sustentabilidade e do desenvolvimento, corriqueiramente dissociados nos discursos e nas práticas. "Tal conceito contribui para reverter a fragmentação e o isolamento de vários movimentos sociais frente ao processo de globalização e reestruturação produtiva que provoca perda de soberania, desemprego, precarização

do trabalho e fragilização do movimento sindical e social como todo" (ACSELRAD; HERCULANO, PÁDUA, 2004, p. 18).

Neste quadrante, mais que uma expressão do campo do direito, justiça ambiental assume verdadeira feição de reflexão, mobilização e bandeira de luta de diversos sujeito e entidades, ais como associações de moradores, sindicatos, grupos direta e indiretamente afetados por diversos riscos, ambientalistas e cientistas. Joan Martínez Alier (2007, p. 35) colocou em destaque que, "até muito recentemente, a justiça ambiental como um movimento organizado permaneceu limitado ao seu país de origem", conquanto o ecologismo popular, também denominado de ecologismo dos pobres, constituam denominações aplicadas a movimentos populares característicos do Terceiro Mundo que se rebela contra os impactos ambientais que ameaçam a população mais carente, que constitui a ampla maioria do contingente populacional em muitos países. É aspecto tradicional dessas movimentações populares, a base camponesa cujos campos ou terras destinadas para pastos têm sido destruídos pela mineração ou pedreiras; movimentos de pescadores artesanais contra os barcos de alta tecnologia ou outras foram de pesca industrial que impacta diretamente o ambiente marinho em que desenvolve a atividade; e, ainda, por movimentos contrários às minas e fábricas por parte de comunidades diretamente atingidas pela contaminação do ar ou que vivem rio abaixo das instalações industriais poluidoras.

Ao lado disso, em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem peculiares, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, passando a configurar os anseios da população diretamente afetada, revelando-se, por vezes, ao pavilhão que busca minorar ou contornar um histórico de desigualdade e antagonismo que se arrasta culturalmente. Trata-se, pois, de um discurso pautado na denúncia de um quadro de robusta injustiça social, fomentado pela desigual distribuição do poder e da riqueza e pela apropriação, por parte das classes sociais mais abastadas, do território e dos recursos naturais, renegando, à margem da sociedade, grupamentos

sociais mais carentes, lançando-os em bolsões de pobreza. É imperioso explicitar que os aspectos econômicos se apresentam, no cenário nacional, como a flâmula a ser observada, condicionando questões socioambientais, dotadas de maior densidade, a um patamar secundário.

A partir das ponderações articuladas, verifica-se, no território nacional, o aparente embate entre a busca pelo desenvolvimento econômico e o meio ambiente ecologicamente equilibrado torna-se palpável, em especial quando a questão orbita em torno dos processos de industrialização, notadamente nos pequenos e médios centros urbanos, trazendo consigo a promessa de desenvolvimento. Neste aspecto, a acepção de "desenvolvimento" traz consigo um caráter mítico que povoa o imaginário comum, especialmente quando o foco está assentado na alteração da mudança social, decorrente da instalação de empreendimentos de médio e grande porte, promovendo a dinamização da economia local, aumento na arrecadação de impostos pelo Município em que será instalada e abertura de postos de trabalho.

"O grande atrativo aos centros urbanos faz com que o crescimento se dê de forma desordenada, gerando diversos problemas cuja solução passa pela implementação de políticas públicas, necessariamente antecedidas de um planejamento" (ARAÚJO JÚNIOR, 2008, p. 239). Constata-se, com clareza, que o modelo econômico que orienta o escalonamento de interesses no cenário nacional, sobrepuja, de maneira maciça, valores sociais, desencadeando um sucedâneo de formas de violência social, degradação ambiental e aviltamento ao indivíduo, na condição de ser dotado de dignidade e inúmeras potencialidades a serem desenvolvidas. Todavia, não é mais possível examinar as propostas de desenvolvimento econômico desprovida de cautela, dispensando ao assunto um olhar crítico e alinhado com elementos sólidos de convicção, notadamente no que se refere às consequências geradas para as populações tradicionais corriqueiramente atingidas e sacrificadas em nome do desenvolvimento econômico.

É imperioso conferir, a partir de uma ótica alicerçada nos conceitos e aportes proporcionados pela justiça ambiental, uma ressignificação do conceito de desenvolvimento, alinhando-o diretamente à questão ambiental, de maneira a superar o aspecto eminentemente econômico do tema, mas também dispensando uma abordagem socioambiental ao assunto. A

reestruturação da questão "resulta de uma apropriação singular da temática do meio ambiente por dinâmicas sociopolíticas tradicionalmente envolvidas com a construção da justiça social" (ACSELRAD, 2010, p. 108). Salta aos olhos que o processo de reconstrução de significado está intimamente atrelado a uma reconstituição dos espaços em que os embates sociais florescem em prol da construção de futuros possíveis. Justamente, neste espaço a temática ambiental passa a ganhar maior visibilidade, encontrado arrimo em assuntos sociais do emprego e da renda.

Tal fato deriva da premissa que o acentuado grau de desigualdades e de injustiças socioeconômicas, tal como a substancializada política de omissão e negligencia no atendimento geral às necessidades das classes populares, a questão envolvendo discussões acerca da (in)justiça ambiental deve compreender múltiplos aspectos, dentre os quais as carências de saneamento ambiental no meio urbano, a degradação das terras usadas para a promoção assentamentos provenientes da reforma agrária, no meio rural. De igual modo, é imperioso incluir na pauta de discussão o tema, que tem se tornado recorrente, das populações de pequenos e médios centros urbanos diretamente afetados pelo recente fenômeno de industrialização, sendo, por vezes, objeto da política de remoção e reurbanização. Ora, é crucial reconhecer que os moradores dos subúrbios e periferias urbanas, nas quais os passivos socioambientais tendem a ser agravados, em razão do prévio planejamento para dialogar o desenvolvimento econômico e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

É mister que haja uma ponderação de interesses, a fim de promover o desenvolvimento sustentável, conversando os interesses econômicos e a necessidades das populações afetadas de terem acesso ao meio ambiente preservado ou, ainda, minimamente degradado, de modo a desenvolverem-se, alcançando, em fim último, o utópico, porém sempre recorrido, conceito constitucional de dignidade humana. O sedimento que estrutura o ideário de desenvolvimento sustentável, como Paulo Bessa Antunes (2012, p. 17) anota, busca estabelecer uma conciliação a conservação dos recursos ambientais e o desenvolvimento econômico, assegurando-se atingir patamares mais dignos e humanos para a população diretamente afetada pelos passivos socioambientais.

De outro modo, denota-se que o fenômeno de industrialização, em especial atividades mineradoras e petrolíferas, nos pequenos e médios centros urbanos tem apresentado um discurso pautado no desenvolvimento. Trata-se, com efeito, de uma panaceia, na qual a possibilidade de injeção de capital na realidade local, proveniente da ampliação do aumento de arrecadação de tributos, tal como a disfarçada promessa de geração de postos de emprego e dinamização da economia, tem afigurado como importante pilar para o apoio de tais processos. "É assim que a força econômica das grandes corporações se transformou em força política – posto que eles praticamente habilitaram-se a ditar a configuração das políticas urbanas, ambientais e sociais" (ACSELRAD, 2006, p. 31), obtendo o elastecimento das normas com o argumento de sua suposta capacidade de gerar emprego e receitas públicas.

Neste aspecto, ao suprimir variáveis socioambientais, em especial a remoção de populações para comportar a instalação de empreendimentos industriais, tende a agravar, ainda mais, o quadro delicado de antagonismos sociais, nos quais a vulnerabilidade das populações diretamente afetadas agrava o cenário de injustiça ambiental. A população, sobretudo aquela colocada à margem da sociedade, constituinte das comunidades carentes e favelas que materializam os bolsões de pobreza dos centros urbanos, é desconsiderada pela política econômica, alicerçada na atração do capital que, utilizando sua capacidade de escolher os locais preferenciais para a instalação de seus investimentos, forçando as populações diretamente afetadas a conformar-se com os riscos socioambientais produzidos pelo empreendimento instalado na proximidade de suas residências, alterando, de maneira maciça, o cenário existente. Tal fato decorre, corriqueiramente, da ausência das mencionadas populações de se retirarem do local ou "são levadas a um deslocamento forçado, quando se encontram instaladas em ambientes favoráveis aos investimentos" (FRAGA, 2007, p. 08).

A atuação das empresas é subsidiada pela ação do governo, no sentido de apresentar ações e conjugação esforços para o denominado desenvolvimento sustentável, agindo sob o argumento do mercado, objetivando promover ganhos de eficiência e ativar mercados, ambicionando evitar o desperdício de matéria e energia. Concretamente, a lógica em destaque não prospera, mas sim padece diante de um cenário no qual,

devido à industrialização e instalação de empreendimentos, sem o prévio planejamento, há o agravamento da injustiça ambiental, em especial em locais nos quais a vulnerabilidade da população afetada é patente, havendo o claro sacrifício daquela em prol do desenvolvimento local. "A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento" (ACSELRAD; HERCULANO; PÁDUA, 2004, p. 10).

3. Injustiça hídrica: a escassez de água e a estruturação de uma nova faceta da injustiça ambiental

Diante dos conceitos e aporte apresentados, é forçoso reconhecer que, em um cenário de forte globalização, industrialização pungente e interferência robusta no meio ambiente, sobretudo em decorrência das alterações climáticas experimentadas na última década, a água doce tornou-se bem precioso para a manutenção da vida humana. Trata-se de elemento essencial para a satisfação das necessidades humanas básicas, a saúde, a produção de alimentos, a energia e a manutenção dos ecossistemas regionais e mundiais. Ora, neste aspecto há que se sublinhar que é cogente a necessidade de uma mudança de ótica acerca da temática, porquanto o futuro da espécie humana e de muitas outras espécies fica comprometido, exceto se houver uma melhora significativa na administração dos recursos hídricos terrestres. Nesta toada, a situação vivenciada no que atina à escassez de água potável inaugura uma nova faceta da injustiça ambiental, a saber: injustiça hídrica, influenciando diretamente para a limitação de fatores para o desenvolvimento socioeconômico de muitas regiões.

Neste aspecto, cuida apontar que a ausência ou contaminação da água influencia para a redução dos espaços de vida e ocasiona, além de imensos custos humanos, uma perda, em âmbito global, de produtividade social. "A competição de usos pela agricultura, geração de energia, indústria e o abastecimento humano tem gerado conflitos geopolíticos e socioambientais e afetado diretamente grande parte da população da Terra" (CASTRO; SCARIOT, 2008, p. 01). Mais de 2,6 bilhões de pessoas

não dispõem de saneamento básico e mais de um bilhão permanece a utilizar fontes de água improprias para o consumo. Ao lado disso, há que reconhecer que a injustiça hídrica passa a se manifestar na disponibilidade em qualidade e quantidade de água que impacta os meios de vida das populações mais pobres, produzindo efeitos em suas saúdes e vulnerabilidades. Igualmente, as consequências são percebidas no meio ambiente, na capacidade dos ecossistemas de fornecer serviços ambientais e a probabilidade de desastres ambientais.

Salta aos olhos, diante desse cenário, que uma das consequências mais perversas deste mau uso é a exclusão hídrica. Atualmente, apenas metade da população das nações em desenvolvimento tem acesso seguro à água potável. Mais que isso, diante do desenvolvimento industrial, da degradação ambiental e das alterações climáticas advindas da ação antrópica, conjugado com a ausência de conscientização dos países acerca da temática, a escassez de água aumentará significativamente nos próximos anos, impulsionado, sobremodo, pela elevação do uso per capita daquela.

Diante das ponderações apresentadas, prima sublinhar que o cenário de escassez provocado pela degradação e pela distribuição irregular tem o condão de desencadear conflitos, seja dentro dos próprios países ou entre nações. Historicamente, controlar o uso da água dos rios fez com que algumas civilizações se utilizassem disso como forma de exercer poder sobre outros povos e regiões geográficas. Contemporaneamente, percebe-se que o estoque de água é grandemente desigual, vez que a Ásia, concentrando cerca de 60% da população mundial, conta apenas com 36% da água doce mundial; além disso, as disparidades continuarão a crescer, sobretudo fomentado pela degradação ambiental e alterações climáticas advindas da interferência e poluição causadas pelo ser humano. Com efeito, há que se reconhecer que a injustiça hídrica traz à tona, mais uma vez, o sacrifício da população mais vulnerável em prol do desenvolvimento econômico.

Comentários Finais

Ainda incipiente, a discussão consciente dos processos de industrialização e instalação de empreendimentos econômicos com potencial poluidor elevado, à luz de uma moldura caracterizada pela justiça

ambiental, faz-se necessária. Em realidades nas quais as desigualdades alcançam maior destaque, a exemplo do Brasil e seu cenário social multifacetado, dotado de contradições e antagonismos bem caracterizadores, a universalização da temática de movimentos sustentados pela busca da justiça ambiental alcança vulto ainda maior, assumindo outras finalidades além das relacionadas essencialmente ao meio ambiente, sobretudo com o agravamento e acentuação do racismo ambiental, estratificando aspectos históricos e mazelas sociais que são polarizadas e fomentadas pela busca do desenvolvimento econômico.

Em um território dotado de uma intrincada e complexa realidade social, na qual a segregação advinda da constituição de populações carentes, renegadas à margem da sociedade, formando bolsões de pobreza, é algo cada vez mais corriqueiro, salta aos olhos que o agravamento da injustiça social é uma realidade tangível, fruto da concentração histórica de renda e a suplantação de um contingente populacional robusto, atraído por promessas de desenvolvimento econômico, por meio da geração de postos de emprego e o aumento na arrecadação de tributos. Sobretudo nas áreas urbanas mais frágeis, despidas de planejamento urbano, as quais passam a ser ocupadas desordenadamente por aqueles atraídos pela esperança de melhoria nas condições sociais vivenciadas.

Referências

ACSELRAD, Henri. Ambientalização das lutas sociais – o caso do movimento por justiça ambiental. Estudos Avançados, São Paulo, v. 24, n. 68, 2010, p. 103-119. Disponível: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142010000100010&script=sci_arttext>. Acesso em 04 ago. 2018.

_____. Território, localismo e política de escalas. In: _____; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves Bezerra (orgs.). Cidade, ambiente e política: problematizando a Agenda 21 local. Rio de Janeiro: Garamond, 2006.

_____; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto (orgs.). Justiça Ambiental e Cidadania. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004.

ALIER, Joan Martínez. O Ecologismo dos pobres: conflitos ambientais e linguagens de valorização. WALDMAN, Maurício (trad.). São Paulo: Editora Contexto, 2007.

ANTUNES, Paulo Bessa. Manual de Direito Ambiental. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ARAÚJO JÚNIOR, Miguel Etinger de. Meio Ambiente Urbano, Planejamento e Cidadania. In: MOTA, Maurício (coord.). Fundamentos Teóricos do Direito Ambiental. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 04 ago. 2018a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 04 ago. 2018b.

BRITO, Fernando de Azevedo Alves. A hodierna classificação do meio-ambiente, o seu remodelamento e a problemática sobre a existência ou a inexistência das classes do meio-ambiente do trabalho e do meio-ambiente misto. Boletim Jurídico, Uberaba, ano 5, n. 968. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

BROWN, Lester R. Por uma Sociedade Viável. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1983.

CASTRO, Carlos Ferreira de Abreu; SCARIOT, Aldicir. Escassez de água cria nova injustiça: a exclusão hídrica. Disponível em: <http://ct.aticenter.com.br/file.php/26/moddata/scorm/28/1_SAIBA_MAIS_Escassez_Agua.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018.

FARIAS, Talden. Introdução ao Direito Ambiental. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2009.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 13 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

FRAGA, Simone de Oliveira. Justiça Ambiental como Espaço para Concretização da Cidadania. Disponível em: <http://ojs.c3sl.ufpr.br/ojs/index.php/direito/article/download/7055/5031>. Acesso em 04 ago. 2018.

FUNDAÇÃO OSVALDO CRUZ. Mapas de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil. Disponível em: <http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

GUERRA, A. J. T.; CUNHA, S. B. da. Impactos Ambientais Urbanos no Brasil. 4 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

HERCULANO, Selene. O Clamor por Justiça Ambiental e Contra o Racismo Ambiental. Revista de Gestão Integrada em Saúde do Trabalho e Meio Ambiente, v.3, n.1, Artigo 2, jan./abril 2008, p. 01-20. Disponível em: <http://www.interfacehs.sp.senac.br/BR/artigos.asp?ed=6&cod_artigo=113>. Acesso em 04 ago. 2018.

_____. Desastres Ambientais, vulnerabilidade social e pobreza. Revista Nova América, n. 111, s.d. Disponível em: <http://www.novamerica.org.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

_____. Riscos e desigualdade social: a temática da Justiça Ambiental e sua construção no Brasil. In: In: I Encontro Nacional da Anppas. ANAIS..., 2002, Indaiatuba-SP, p. 01-15. Disponível em: <http://www.anppas.org.br/encontro_anual/encontro1/gt/teoria_meio_ambiente/Selen e%20Herculano.pdf>. Acesso em 04 ago. 2018.

KNOX, Winifred; TRIGUEIRO, Aline. Quando o desenvolvimento outsider atropela o envolvimento dos insiders: um estudo do campo de desenvolvimento no litoral do ES. In: I Circuito de Debates Acadêmicos. ANAIS..., 2011, p. 01-20. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br>. Acesso em 04 ago. 2018

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 21 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

MEIRELLES, Sérgio. A Explosão Urbana. Revista Ecologia e Desenvolvimento, 2000, ano 10, nº 85, p. 12-19. Disponível em: <http://www.cefetsp.br>. Acesso em 04 ago. 2018.

SILVA, José Afonso da. Direito Ambiental Constitucional. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

THOMÉ, Romeu. Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

VICENS, Raúl Sanchez. Geografia da Paisagem e ordenamento ambiental. In: BARBOSA, Jorge Luiz; LIMONAD, Ester (orgs.). Ordenamento Territorial e Ambiental. Niterói: Editora da Universidade Federal Fluminense, 2012.

Meio ambiente na constituição: trinta anos e o futuro incerto

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

Introdução

O meio ambiente, na atualidade, não se resume a um espaço no qual os seres humanos habitam. Ele comporta, ao revés, aspectos culturais e tecnológicos, de modo que uma definição limitada ao espaço ocupado se dissipou na doutrina ambientalista. O Direito Ambiental compreende, nesse sentido, uma união de normas com o intuito de proteção do meio ambiente em sentido amplo.

As normas referentes ao Direito Ambiental materializam-se em regras e princípios, possibilitando o enquadramento de comandos nos documentos positivados (DWORKIN, 2002, p. 39-41). A própria Constituição de República Federativa do Brasil de 1988 tem uma tendência de imiscuir o meio ambiente em seu aspecto relacionado ao espaço natural. É preciso, com espeque nas normas constitucionais e infraconstitucionais atuais, uma modificação apta a ensejar uma maior proteção ao meio ambiente, seja cultural, seja natural, seja tecnológico.

O direcionamento conferido pela Constituição e pelas leis no tocante ao meio ambiente serve para a sua proteção e para a salvaguarda de seus limites. As unidades de conservação, por exemplo, almejam a garantia

de um propósito constitucional: o de gerenciamento do meio ambiente com vistas à utilização de seus recursos pelos seres humanos mediante os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

O desenvolvimento sustentável ingressa no debate na condição de um conceito muito versado na doutrina, o qual, em regra, significa um mapeamento limítrofe entre os recursos ambientais e o potencial econômico de um Estado soberano, por exemplo. A concepção de sustentabilidade se associa à mobilização de um meio com ressalvas, isto é, a utilização de um bem de sorte a que o mesmo não se esgote em razão dessa prática.

Metodologicamente, o presente trabalho fundamenta-se na análise de todos os dispositivos constitucionais que citem a expressão "meio ambiente". Dessa forma, por intermédio de uma localização topográfica no texto constitucional, torna-se palpável a emissão de um juízo crítico relativo ao Direito Ambiental em sede da Carta Magna. A revisão bibliográfica e a análise de dados legislativos, pois, configuram os métodos a partir dos quais esta pesquisa se desenvolverá.

A pesquisa, frise-se, é de cunho propositivo, razão pela qual, posteriormente à colação dos artigos, de sua verificação bibliográfica e da ilação conclusiva, planeja-se a apresentação de uma proposta de intervenção no que pertine ao futuro da Constituição de 1988.

1. A expressão "meio ambiente" nos dispositivos iniciais

Inicialmente, objetiva-se uma análise referente aos artigos esposados na Constituição atual que citem a expressão "meio ambiente". A partir disso, será orquestrado um mapeamento sobre o tema na Carta Magna.

O primeiro dispositivo constitucional, em ordem númerica, a mencionar a expressão "meio ambiente" é artigo 5º, LXXIII, o qual aduz:

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

A ação popular, como é cediço, afigura um meio judicial de se questionar situações relacionadas à cidadania do indivíduo, ou seja, estabelece-se uma pertinência temática entre o conceito de cidadania e a repercussão passível a proporcionar o embasamento de ação popular.

A legitimidade ativa para a propositura de ação popular decorre, sob essa perspectiva, do desempenho de direitos de cidadão. A cidadania, é válido recordar, refere-se ao exercício de direitos políticos. No tocante à pertinência temática, o patrimônio público, cujo maior interessado na preservação é o cidadão, há a permissão para o ajuizamento do instrumento popular. A moralidade administrativa, com arrimo nos mesmos fundamentos, justifica a sua pertinência. Em seguida, a Constituição aborda a lesão ao meio ambiente na qualidade de motivo ensejador de ação popular.

O meio ambiente, destarte, assume um papel primordial no Estado Democrático de Direito brasileiro, porquanto a sua violação permite o ajuizamento de uma ação popular, a qual, conforme a doutrina majoritária constitucionalista, é uma via de efetiva manifestação popular no texto constitucional. É válida a invocação ao poder constituinte originário, pois, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único, da Carta de 1988, "todo poder emana do povo".

Em virtude da referida máxima, a origem do poder decorre do povo, que precisa desempenhá-lo na forma da Constituição da República. Esse documento político-jurídico baliza, além da conduta dos cidadãos, a organização do Estado Democrático de Direito, sinalizando o meio ambiente como um bem jurídico passível de salvaguarda.

Ressalte-se que o desrespeito ao patrimônio histórico e cultural traduz a opção de embasamento da propositura de ação popular, a qual pode ocorrer com o propósito de obstamento da violação da história e da cultura do povo, o que aconteceu no incêndio que se instaurou no Museu Nacional do Rio de Janeiro. O incêndio sob exame destruiu um acervo raríssimo e prejudicou inúmeras pesquisas desenvolvidas, as quais tinham por finalidade a proteção do patrimônio cultural e histórico do povo. O meio ambiente cultural restou absolutamente ultrajado com esse fenômeno drástico. A medida de reparação precisa ser substituída, constitucionalmente, pela via de prevenção.

O artigo 23, VI, da Carta da República, dispõe: "É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas" (BRASIL, 1988). Os entes federativos, conforme a doutrina propugna, são dotados de autonomia e não de soberania.

Tais entes, em função da competência comum atribuída pelo texto constitucional, que tem hierarquia superior no ordenamento jurídico brasileiro em relação às normas infraconstitucionais, responsabilizam-se pela salvaguarda do meio ambiente. Complementarmente à proteção prevista na Carta da República, o combate à poluição é versado na condição de instrumento para a proteção do meio ambiente.

Tratando-se, portanto, de competência comum, não cabe, administrativamente, a argumentação dos entes federativos no sentido de afastamento da responsabilidade comum, qual seja, a de empreendimento de medidas favoráveis à manutenção de um meio ambiente adequado aos seres humanos. Insta afirmar, ademais, que não podem ser realizadas atividades mínimas para o meio ambiente, mas atitudes efetivas em prol de sua proteção, dado que o mesmo acarreta inúmeras implicações na realidade fática.

Para além de uma perspectiva interna, Mazzuoli e Teixeira versam sobre o meio ambiente em sede internacional, como se observa a seguir:

> A proteção ambiental no âmbito internacional, garantida pelos princípios da Declaração sobre o Ambiente Humano de Estocolmo 1972 e da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro 1992, é estruturada por um sistema de conferências que se por um lado permite a aceleração da entrada em vigor de suas decisões por meio da adoção de normas de soft law, por outro não tem o poder de aplicar sanções a Estados descumpridores de tais normas. Vista a questão sob outro ângulo, porém as Declarações de Estocolmo e Rio permitem inter-relações entre questões ambientais e temas de direitos humanos, que já se inserem em sistemas jurídicos de proteção mais desenvolvidos (MAZZUOLI; TEIXEIRA, 2013, p. 194).

A problemática elencada por Mazzuoli e Teixeira (2013, p. 194) é muito recorrente no Direito Internacional, porque as sanções internacionais, muitas vezes, não conseguem ser aplicadas, motivo pelo

qual a doutrina internacionalista se inquieta acerca da efetividade dos tratados internacionais.

Segundo o artigo 24, VI, da Constituição da República Federativa de 1988, "Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição" (BRASIL, 1988). Com esteio no texto constitucional, é preciso salientar que os demais entes federativos não podem se esquivar da proteção ao meio ambiente em decorrência da previsão de competência concorrente.

É notório, na forma da Constituição da República, que, caso a União não legisle de forma geral sobre Direito Ambiental, é cabível a aplicação da legislação, em sua forma plena, estadual e distrital sobre o tema. O fato de a União poder legislar acerca de normas gerais em face da questão não impede a complementação dos entes federativos em relação a suas peculiaridades, manifestadas nas disposições específicas. A Carta Magna, no tema de competência legislativa, atribuiu, logo, competência concorrente (BRASIL, 1988).

No mesmo artigo, 23, porém no inciso VIII, configura competência concorrente, também, "a responsabilidade por dano ao meio ambiente" (BRASIL, 1988), ratificando a força da temática sancionatória, a qual é um mecanismo para a obtenção de efetividade da norma ambiental. A responsabilidade por dano ao meio ambiente não se amolda apenas nas esferas cível e administrativa, englobando o âmago penal.

Amaral e Riccetto questionam a efetividade da responsabilidade civil e dissertam:

> Mostra-se insuficiente a responsabilidade civil nos moldes clássicos, mesmo que sob o aspecto objetivo, visto que o mero ressarcimento do dano não compreende a proteção integral almejada, especialmente enquanto o bem jurídico lesado é o meio ambiente. A noção de sustentabilidade aliada à dinâmica da responsabilidade civil permite falar-se em um caráter normativo proveniente da indenização, que pode ser observado pela aplicação, nos danos extrapatrimoniais, das funções preventivas e punitivas. Assim,

> retorna à centralidade do instituto a conduta do ofensor, há tempo olvidada, para auxiliar o arbitramento da indenização. Alia-se à vitimologia, própria da teoria do risco, para cumprir um caráter de regulação difusa de condutas. A responsabilidade civil por danos ambientais obedece, portanto, à análise não somente do dano em si, diante das dificuldades de mensurá-lo, mas também da ofensividade do agente – critério comumente adotado no arbitramento do quantum debeatur. Parcela da doutrina e jurisprudência oculta uma função punitiva da responsabilidade civil, utilizando-a embutida em interpretação alargada do conceito de dano moral, abarcando especificidades das questões ambientais, tais como a dificuldade de mensuração do próprio dano. Torna-se nada mais do que concentrar diversos institutos dotados de características próprias em uma única via de solução, dotada, diante da atecnicidade, de exacerbado subjetivismo (AMARAL; RICCETTO, 2017, p. 123-124).

2. O meio ambiente quanto ao ministério público

O próximo dispositivo constitucional a tratar sobre a expressão "meio ambiente" é o artigo 129, III, que arquiteta, no bojo do papel do Ministério Público, "promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (BRASIL, 1988).

Infraconstitucionalmente, a lei da ação civil pública, nº 7.347, de 24 de Julho de 1985 perfilha a proteção constitucional e permite que a Defensoria Pública ajuize a ação, ampliando-se, assim, o seu conteúdo protetivo. A Constituição confere ao Ministério Público a função institucional de zelar pela proteção ao meio ambiente e, eventualmente, propor ação civil pública para fins de protegê-lo.

O inquérito civil indica o desenvolvimento de investigações com a mesma finalidade citada. Averigua-se, nesse ponto, a força ministerial favorável à proteção do meio ambiente, sendo certo que a Carta da República, além de prever a salvaguarda, dispõe de meios fiscalizatórios e práticos para a consecução de seus objetivos em matéria ambiental.

3. O meio ambiente no tocante à ordem econômica

Quanto à ordem econômica e financeira, houve uma alteração no texto originário da Constituição de 1988, proveniente da Emenda Constitucional n^0 42 de 2003, consubstanciando-se uma previsão relacionada ao meio ambiente, conforme o artigo 170, IV:

> 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, observados os seguintes princípios: defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação (BRASIL, 2003).

A tese de desenvolvimento sustentável, como já foi dito, advoga a compatibilidade entre o manejo dos recursos ambiental e do desenvolvimento da economia. Nesse sentido, os anseios econômicos não podem conceder motivo para a expropriação dos recursos ambientais com vistas ao esgotamento. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade podem ser invocados para aplicação na utilização dos recursos ambientais. De acordo com Canotilho,

> Convém distinguir entre sustentabilidade em sentido restrito ou ecológico e sustentabilidade em sentido amplo. A sustentabilidade em sentido restrito aponta para a protecção/manutenção a longo prazo de recursos através do planeamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. De modo mais analítico, considera-se que a sustentabilidade ecológica deve impor: (1) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração; (2) que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das "agressões" humanas esteja numa relação equilibra-

> da com o processo de renovação temporal; (5) que as ingerências "nucleares" na natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensarse e restituir-se (CANOTILHO, 2010, p. 9).

A proteção ao meio ambiente, então, em virtude de alteração constitucional pelo poder constituinte originário, obteve concretização na forma de princípio da ordem econômica. Os empresários, nesse passo, precisam se adequar às exigências constitucionais afetas ao meio ambiente para o coerente exercício da atividade econômica, a empresa.

A positivação constitucional da salvaguarda do meio ambiente como princípio da ordem econômica representou um avanço imenso nesses trinta anos de Constituição, pois conferiu um substrato uníssono na sua proteção pela Carta Magna. Se a defesa tocante ao meio ambiente denota um princípio da ordem econômica, infere-se o significado de que não pode haver esgotamento dos recursos naturais, culturais, por exemplo, em razão da má utilização dos recursos em sede econômica. O lucro não pode ser um fator de justificativa para a utilização inadequada do meio ambiente.

4. Meio ambiente, os garimpeiros e a função social

O parágrafo terceiro do artigo 174 exara: "O Estado favorecerá a organização da atividade garimpeira em cooperativas, levando em conta a proteção do meio ambiente e a promoção econômico-social dos garimpeiros" (BRASIL, 1988). Um critério constitucional para a estruturação dos garimpeiros em cooperativas é a defesa do meio ambiente. A atividade garimpeira, desse modo, não pode ser manipulada contrariamente aos preceitos constitucionais, estando correta a afirmação segundo a qual um mecanismo de orientação da atuação do Estado é o meio ambiente.

A função social da propriedade rural, conforme a Constituição, deve ser cumprida, devendo ser respeitados alguns requisitos, dentre os quais se encontra o adunado no artigo 186, II: "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente" (BRASIL, 1988).

Se houver desrespeito aos recursos naturais e à preservação ambiental em uma propriedade rural, pode-se alegar a ausência de cumprimen-

to de um dos pressupostos constitucionais para a configuração de função social da propriedade.

Atualmente, o direito de propriedade sofre limitações, eis que não pode ser exercido de forma a desconsiderar o seu impacto no conjunto social. Para o preenchimento de função social, a Carta da República requer a preservação ambiental e, em circunstância de poluição ou de manejo desproporcional dos recursos ambientais, a presença de função social é passível de inquietação.

À luz do artigo 200, VIII, é atribuição do sistema único de saúde: "colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho" (BRASIL, 1988). O dispositivo constitucional em comento justifica a interpretação na ótica de que o meio ambiente não se resume ao plano de espaço, mas abarca outras vertentes, como o meio ambiente do trabalho.

5. Meio ambiente, sus e comunicação social

O sistema único de saúde, enquanto uma estrutura organizacional com o objetivo de preservação da saúde democraticamente, deve ter uma relação com o equilíbrio ambiental, seja no âmago natural, seja no laboral. A saúde precisa, nesse espectro, ser analisada conjuntamente.

Quanto ao artigo 220, parágrafo terceiro, II, da Carta de 1988, a comunicação social e o meio ambiente se relacionam. As ferramentas para a defesa das propagandas de mecanismos contrários à preservação do meio ambiente dependem de lei federal para concretização (BRASIL, 1988).

6. Direito ambiental e sua problematização

Frise-se que há um capítulo destinado, exclusivamente, ao tema de meio ambiente na Constituição de 1988. No artigo 225, *caput*, fomenta-se a tese:

> 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).

O meio ambiente não pode ser mobilizado exclusivamente para a proteção das presentes gerações, pois o Direito Ambiental tem vocação para o futuro. Fala-se, em seguida, na defesa entre as gerações com base no meio em que vivem. As gerações atuais preservam e, posteriormente, as gerações futuras, quando se tornarem presentes, poderão preservar para as ulteriores.

O equilíbrio do meio ambiente também precisa ser fixado, posto que o direito ao meio ambiente não pode se estabelecer de forma desequilibrada. Esse direito deve ser desempenhado com o pensamento de alteridade e contenção de excessos. O artigo 225 se desmembra em vários parágrafos, porém, para delimitação do objeto de pesquisa, os parágrafos 1º, VII e 7º foram selecionados para investigação.

Conforme Marin e Lunelli,

> Quando se trata do "meio ambiente ecologicamente equilibrado", a controvérsia desloca-se para o aspecto de que os bens que compõem esse meio ambiente, muitas vezes, pertencem ao domínio privado. Assim é que o particular pode registrar a propriedade sobre determinada área de terras, onde existam espécimes de vegetação, que se constituem em objeto de interesse da coletividade. A evolução da sociedade determinou que o próprio direito de propriedade fosse trazido ao nível constitucional com o objetivo de atender à sua função social. E, por isso, essa "função social" torna-se essência do conceito de propriedade, de modo que ao titular da propriedade, impõese a observância do interesse público que se encerra nos bens que lhe integram o patrimônio (MARIN; LUNELLI, 2011, p. 76).

O parágrafo 1º, VII, do artigo 225 da Constituição dispõe, como função do Poder Público: "proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade". Em suma, práticas que "submetam os animais a crueldade" não podem ser praticadas em consonância com a ordem constitucional.

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4983 do Ceará, o Supremo Tribunal Federal exerceu o controle de constitucionalidade em relação a uma lei estadual do Ceará que se relacionava ao desempenho da "va-

quejada". No entendimento majoritário dos ministros, a referida lei é inconstitucional por submissão dos animais envolvidos a crueldade.

Em resposta à decisão proferida pela Corte Suprema brasileira, o Parlamento brasileiro acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 225, pela Emenda Constitucional nº 96 de 2017, o qual preconiza:

> Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos (BRASIL, 2017).

A Lei 13.364 de 2016 reconhece a "vaquejada" como "patrimônio cultural imaterial". Assim, verificou-se uma manifestação do Congresso Nacional no sentido contrário da decisão do Supremo Tribunal Federal. O Congresso, majoritariamente, entende a "vaquejada" como um elemento cultural, afastando, pois, a verificação do Supremo de crueldade nessa prática. O tema ainda pode gerar discussões futuras e a Constituição acompanha essa celeuma em decorrência das possíveis alterações em seu texto.

Segundo Gordilho e Borges,

> O direito ambiental, em sua dimensão subjetiva, se constitui em um direito fundamental que estabelece direitos e garantias individuais, de modo que estão inserido dentro dos limites materiais de reforma constitucional. Com informa a ADI n. 227.175/2017, proposta pelo PGR, EC n. 19/17, juntamente com a Lei n. 13.364/2016 e a Lei n. 10.220/2001, são inconstitucionais por violarem o artigo 226, VI promulgado pelo poder constituinte originário, que expressamente proíbe as práticas que submetem os animais à crueldade. É que além dos danos que a prática da vaquejada traz para os animais, notadamente equinos e bovinos, esta Emenda poderá ter efeitos perversos para a sociedade, permitindo que surjam novas leis que venham a tornar lícitas outras práticas culturais que submetem os animais à crueldade como as rinhas de galo e a farra do boi, em direta violação ao disposto no artigo 225, § 1º, inciso VII, da CF (BRASIL, 1988). Por fim, é preciso destacar que existe

> uma clara tendência pós-humanista de extensão do conceito de dignidade humana, para incluir os animais em nossa esfera de consideração moral, de modo que eles sejam considerados titulares do direito fundamental de não ser submetidos a práticas cruéis como à vaquejada (GORDILHO; BORGES, 2018, p. 213-214).

A análise de Gordilho e Borges é pertinente no sentido de possibilidade de desequilíbrios institucionais em virtude da produção de emenda constitucional no caso da "vaquejada". Sobre a "tendência pós-humanista de extensão do conceito de dignidade humana" (GORDILHO; BORGES, 2018, p. 214), é preciso cuidado, tendo em vista a grande discussão que se estabelece sobre a temática, mormente no novo constitucionalismo latino-americano. Alguns teóricos argumentam pela extensão, porém muitos outros não concebem tal possibilidade.

Conclusão

O presente trabalho vislumbrou, portanto, uma análise geral sobre o interregno de trinta anos de Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e suas implicações na realidade fática do Direito Ambiental. A expressão "meio ambiente", nessa senda, foi utilizada para a construção de um perfil da Constituição brasileira no concernente ao Direito Ambiental.

A título propositivo, aborda-se a possibilidade de a Constituição brasileira apresentar inovações próximas àquelas engendradas no novo constitucionalismo latino-americano. O Direito Ambiental, em algumas Constituições latino-americanas, ganhou extrema relevância no cenário nacional.

Como ponto pertinente da presente pesquisa, averiguaram-se duas emendas constitucionais, quais sejam, a primeira relacionada à consideração da defesa do meio ambiente como princípio da ordem econômica, visualizando-se, assim, o desenvolvimento sustentável como pilar constitucional, ao passo que a segunda se associou à celeuma da vaquejada.

Para o futuro, aguarda-se mais efetividade no tocante às normas constitucionais de defesa ao meio ambiente e, por conseguinte, uma atuação mais precisa da sociedade e do Estado com o escopo de salvaguardar o meio ambiente, seja cultural, natural ou do trabalho, por exemplo.

Bibliografia

AMARAL, Ana Cláudia Côrrea Zuin Mattos do e RICCETTO, Pedro Henrique Arcain. **Responsabilidade Civil e Sustentabilidade: normatividade em prol do Meio Ambiente.** *Sequência (Florianópolis)* [online]. 2017, n.75, pp.105-128. ISSN 0101-9562.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 set. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 42 de 19 de Dezembro de 2003**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc42.htm>. Acesso em: 29 jul. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 96 de 6 de Junho de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm>. Acesso em: 12 jul. 2018.

BRASIL. **Lei 13.364 de 29 de Novembro de 2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13364.htm>. Acesso em: 29 ago. 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Princípio da sustentabilidade como Princípio estruturante do Direito Constitucional. **Tékhne**, Barcelos , n. 13, p. 07-18, jun. 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GORDILHO, Heron José de Santana e BORGES, Daniel Moura. **Direito Animal e a Inconstitucionalidade da 96ª Emenda à Constituição Brasileira.** *Sequência (Florianópolis)* [online]. 2018, n.78, pp.199-218. ISSN 0101-9562.

MARIN, Jeferson e LUNELLI, Carlos Alberto. **Meio Ambiente, tutelas de urgência e processo coletivo.** *Opin. jurid.* [online]. 2011, vol.10, n.spe, pp.73-87. ISSN 1692-2530.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira e TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. **O direito internacional do meio ambiente e o *greening* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.** *Anu. Mex. Der. Inter* [online]. 2013, vol.13, pp.145-203. ISSN 1870-4654.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. JusPODIVM, 2011.

STF. **ADI 4983/CE**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgamento em: 6 de outubro de 2016.

DIREITO PENAL

Desenhos não democráticos de processo penal: controle social punitivo da pobreza pelo processo penal tradicional

Antonio Eduardo Ramires Santoro

Introdução

O processo penal brasileiro vem sofrendo importantes mudanças nas últimas décadas, especialmente após a Constituição de 1988. É possível verificar a concomitância de ao menos dois diferentes desenhos processuais que podemos chamar de subsistemas de processo penal: o processo penal tradicional e o processo penal de emergência (FERRAJOLI, 2014, p. 746 e seguintes).

Quanto a esse subsistema processual de emergência, não se pode ignorar que há um grupo considerável de processos penais com um novo desenho que se pode inicialmente traçar a partir de algumas evidências[27], tais como, a privilegiada posição social dos investigados (SUTHERLAND, 2015), a utilização de meios de obtenção de informações tecnologicamen-

27. A palavra evidências aqui utilizada no sentido de conhecimento a priori, sem submissão a um procedimento rigoroso de verificação da hipótese, portanto um conhecimento não científico, porém passível de confirmação por pesquisa.

te mais avançados e ocultos (PRADO, 2014) capazes de devassar a intimidade dos investigados, com a consequente espetacularização do processo (CASARA, 2016), a possibilidade da imprensa expor ao público conversas e vídeos captados em investigações ou mesmo acompanhar em tempo real a execução de fases ostensivas com medidas prisionais, conduções coercitivas ou de buscas e apreensões domiciliares, tornaram o processo conduzido como "operações" um produto de venda essencial à mídia.

Importa pontuar, entretanto, que o processo penal tradicional não perdeu força ou espaço. Basta verificar que a população carcerária brasileira, terceira maior do mundo[28], continua sendo composta de forma amplamente majoritária por pessoas acusadas ou condenadas pela prática de crimes contra o patrimônio (37%), crime de drogas (28%) e crimes contra a pessoa (11%), sendo que os crimes contra a Administração Pública que compõem boa parte dos crimes objetos dos processos cujo novo desenho não será abordado neste trabalho sequer somam um por cento da população carcerária (INFOPEN, 2016, p. 43). Os crimes econômicos e financeiros nem mesmo aparecem nas estatísticas prisionais.

Em relação à população prisional, negros e pardos, conquanto componham 53% da população brasileira, respondem por 64% da população prisional, ao passo que os brancos que contam 46% da população total do país, respondem por 35% dos encarcerados (INFOPEN, 2016, p. 32). E mais, 75% da população prisional tem até o ensino fundamental completo (INFOPEN, 2016, p. 33).

Portanto, as mudanças que vêm sendo realizadas no processo penal nas últimas décadas não se apresentam como uma substituição do modelo tradicional de processo, mas uma nova configuração para casos diversos, que não impactam nas estatísticas do sistema carcerário.

Diante do que se expôs, faz-se necessário enfrentar o seguinte problema: Quais as características do subsistema que podemos chamar de processo penal tradicional? Esse subsistema de processo é compatível com o processo penal democrático, nos traços que lhe foram conferidos pela Constituição de 1988?

---

28. De acordo com o Levantamento de Informações penitenciárias de junho de 2016 (BRASIL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – junho de 2016**. Brasília: Ministério da Justiça, 2017, p. 7,, doravante denominado simplesmente Infopen), o Brasil tem 726.712 presos, a terceira maior população carcerária do mundo.

A hipótese de trabalho é que existe um desenho processual conduzido por objetivos de controle social das massas indesejáveis (CASARA, 2017), mais especialmente pobres e negros, e não se adequam a um processo penal democrático na forma do desenho constitucional modelado pela Constituição de 1988.

Para responder à pergunta-problema será realizada uma pesquisa exploratória pelo método dedutivo, em nível explicativo, por fontes bibliográficas que terá por finalidade conhecer e definir as características do controle social punitivo por meio do processo penal tradicional, fundada, sobretudo, na criminologia crítica e na concepção de democracia constitucional de Luigi Ferrajoli, em "Direito e Razão: teoria do garantismo penal" (2014) e "Democracia e Garantismo"(2008).

1. Processo penal tradicional e o controle social punitivo da pobreza

Inicialmente deve se proceder à uma desambiguação necessária. O que se chamará aqui de processo penal tradicional não equivale ao modelo clássico de legalidade. O processo penal tradicional é aqui tratado como aquele que se estabeleceu em suas bases fundamentais a partir do advento da modernidade como principal instrumento de controle social das massas vulneráveis pelo Estado, mas não se fundamenta no respeito aos direitos humanos.

Como coloca Foucault, no início do século XIX, momento em que definiu como da instauração e funcionamento do grande sistema penal cujas linhas foram dadas na França pelo Código de Instrução Criminal (1808) e do Código Penal (1810), é possível identificar quatro elementos de análise: primeiro, está em curso uma guerra social que não é universal, mas de ricos contra pobres; segundo, as leis são feitas por pessoas às quais elas não se destinam, para serem aplicadas àqueles que não as fizeram; terceiro, o aparato judiciário é comandado pelo princípio da vigilância universal, convertendo o espetáculo em vigilância; quarto, o sistema de reclusão (FOUCAULT, 2015, p. 23).

Foucault percebe que o sistema penal da modernidade, diversamente daquele que se estabelecia na Idade Média, não se dirige ao indivíduo

que retira parte do consumo sem trabalhar, mas alguém que afeta a massa global das coisas por consumir, portanto, atinge os mecanismos de produção: o número de trabalhadores, a quantidade de trabalho fornecida e a quantidade de dinheiro que deveria voltar para a terra para fazê-la frutificar. "O vagabundo, portanto, é alguém que perturba a produção, e não só o consumidor estéril" (FOUCAULT, 2015, p. 44).

Há, assim, a partir do contratualismo moderno, uma compreensão política do criminoso como inimigo da sociedade e, sob o viés econômico, como aquele que se opõe à maximização da produção. A guisa de observação, não é difícil verificar isso hodiernamente no trato dos pedidos de liberdade provisória de presos em flagrante. Inobstante não seja um requisito legal, defesa, acusação e julgador tomam como importante, senão principal argumento para concessão da liberdade, o fato do preso ter uma ocupação lícita formal no mercado de trabalho, o que revela muito sobre a importância da garantia de mão de obra produtiva para o fundamento implícito do sistema penal.

A passagem da política criminal do medievo, que destrói o corpo do condenado, para a do modo de produção capitalista, que poupa o corpo para que na sua produtividade se evidencie o poder econômico, tem no tempo um importante paradigma de afirmação histórica: "do contrato como fixação do tempo de trabalho e da sentença como fixação do tempo de reclusão" (DE GIORGI, 2006, p. 41).

O cárcere passa a desempenhar um importante papel na ordem de controle capitalista (cf. MELOSSI e PAVARINO, 2010), a ideia de conversão da punição em ressocialização[29] e sua guinada ao estado atual do superencarceramento, tanto nos Estados Unidos (Cf. WACQUANT, 2003 e, mais especificamente quanto ao viés racista, ALEXANDER, 2017) como no Brasil (Cf. SOUZA, 2018), precisam ser considerados para compreensão do impacto sobre o desenho do processo penal que a essa estrutura de controle corresponde.

Mais especificamente em nosso país, a assustadoramente crescente taxa de encarceramento se dirige especialmente a pessoas pobres e negras.

29. Diante de uma ideia de previdenciarismo próprio da proposta do Weelfare State (vide GARLAND, 2008, p. 365-430).

2. A superutilização do encarceramento como medida processual de antecipação punitiva

De acordo com os dados do "Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN"[30], mantido pelo Ministério da Justiça, de dezembro de 2014, o Brasil tinha uma população carcerária de 622.202 pessoas presas[31], ocupava a 4ª colocação no ranking dos países com maior número de pessoas presas (INFOPEN, 2014, p. 14), e uma taxa de 306 pessoas presas por cem mil habitantes, ocupando a 6ª posição no ranking dos países com mais de 10 milhões de habitantes com maior taxa de encarceramento (INFOPEN, 2014, p. 15).

No último levantamento, referente ao mês de junho de 2016, a população carcerária brasileira já se apresenta como a terceira maior do mundo, ao passo que a taxa de pessoas presas por cem mil habitantes aumentou de 306 para 352,6. Como já dito, negros e pardos compõem 53% da população brasileira, mas respondem por 64% da população prisional. Mais de 60% dos presos não tem o Ensino Fundamental completo.

Um dado muito relevante para o que se pretende com o presente trabalho é identificar o impacto dos presos provisórios.

Os dados revelam que 40,2% (quarenta vírgula dois por cento) dos presos são provisórios (INFOPEN, 2016, p. 8). Isso implica dizer que em 2016 havia mais de 292.000 pessoas presas provisoriamente.

Esse é traço característico do superencarceramento brasileiro frente aos países com maior população carcerária, qual seja, a importância da prisão provisória, assim compreendida não apenas as prisões que têm natureza cautelar, mas toda prisão realizada durante o curso do processo.

A população carcerária brasileira em 2000 era de 232.755, enquanto em 2016 passou a 726.712, apresentando uma taxa de crescimento de 212,22%.

---

30. BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – dezembro de 2014. Brasília: Ministério da Justiça, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio--depen-versao-web.pdf>. Acesso em 20 fev. 2017, não é o documento outrora referido como Infopen, uma vez que aquele se refere ao levantamento de informações do mês de junho de 2016, divulgado em 2017.

31. Os numero não incluem as pessoas presas nas carceragens das delegacias, o que significa que este número deve ser ainda maior (Infopen, 2014, p. 11).

No entanto em 2000 havia 80.775 presos provisórios, ao passo que em 2016 esse número aumentou para 292.450, uma taxa de crescimento de 262,06%. Isso significa que o aumento de presos provisórios relativamente ao crescimento da população carcerária foi quase 50% maior.

No ano de 2015, a população presa sem julgamento (pre-trial prision population) nos Estados Unidos, maior população prisional do mundo, era de 20,3%. Na China, segundo país com a maior quantidade de presos, o número é provavelmente maior do que 200.000 pessoas presas provisoriamente, mas não há um dado exato a respeito. Na Rússia, que tem atualmente população carcerária menor que a brasileira, o percentual de presos provisórios é de 17,5% (vide para todos esses dados: ICPR – World Prison Brief Data, 2016).

Todavia, não se pode perder de vista que o quadro é ainda mais dramático quando se constata que os números apresentados no levantamento do Infopen configuram um retrato do sistema prisional no mês de junho de 2016, ou seja, trata-se de uma visão estática da população carcerária há mais de dois anos.

Para compreender o drama do sistema carcerário brasileiro é fundamental conhecer as movimentações prisionais, que, à falta de dados específicos, demanda proceder a uma análise lógica dos dados disponíveis.

Com efeito, as pessoas presas provisoriamente por mais de 90 dias respondem por apenas 26% (vinte e seis por cento) dos presos provisórios, o que implica dizer que o dado referente ao preso provisório obtido estaticamente em junho de 2016 apresenta muito maior dinamicidade se consideradas as entradas e saídas ao longo do ano de 2016. Em outras palavras, durante o ano de 2014 muito mais de 300.000 mil pessoas foram presas provisoriamente no Brasil (SANTORO, 2017).

Se for levado em conta que 74% dos presos provisórios – portanto, algo em torno de 216.000 – somente permanecem no sistema prisional por no máximo 90 dias ou 3 meses, é possível concluir em números aproximados que a cada trimestre o mesmo número de pessoas é preso provisoriamente e libertado no Brasil, o que totalizaria um rotativo de 865.652 presos (resultado da multiplicação do número de presos do trimestre por quatro, que é o número de trimestres do ano), enquanto há um número também aproximado de 76.000 presos provisórios (26%) que permane-

cem mais de 90 dias. Caso esses 26% ficassem presos por pelo menos 12 meses (duradouros), seria correto, em termos de estimativa, afirmar que em ordem de grandeza o número de presos provisórios no ano de 2016 foi de aproximadamente 940.000 mil presos (em contas exatas 941.689), como resultado da soma dos presos provisórios rotativos e duradouros.

Esse número de presos provisórios (rotativos e douradouros) é mais que o dobro de presos cumprindo pena (algo em torno de 430.000 pessoas) e a soma é quase de 1.400.000 (um milhão e quatrocentas mil) pessoas, número que passou pelo sistema prisional brasileiro ao longo de 2016.

Quadro – comparação entre as perspectivas estática e dinâmica dos presos provisórios

Ano de 2016	Presos provisórios	Total de presos	Percentual de presos provisórios
Perspectiva estática	292.450	726.712	40,2%
Perspectiva dinâmica	941.689	1.375.951	68,43%

Parece claro que o impacto da prisão provisória no superencarceramento brasileiro é muito maior do que oficialmente se anuncia. Presos sem condenação respondem estimativamente por quase 70% das pessoas presas no ano de 2016 no Brasil.

Isso se faz ao arrepio de uma política criminal legislativa que caminhou no sentido contrário durante o mesmo período, tendo em vista a entrada em vigor da Lei nº 12.403/2011 que fixou parâmetros mais rígidos para a decretação da prisão preventiva, bem como da criação e implantação da audiência de custódia no Brasil (especialmente a partir de 2015).

A prisão provisória é, atualmente no Brasil, uma antecipação punitiva determinada e executada para evitar um juízo de desvalor que se exerce sobre o Poder Judiciário compreendido como constituído por uma casta de privilegiados que são remunerados muito acima da população em geral e devem assumir uma responsabilidade maior por isso.

3. A influência do discurso punitivo midiático sobre as agências de persecução penal e a inversão provocada: Judiciário assume função de polícia, policiais assumem a condição de fontes de prova

Como se verificou pelos números trazidos anteriormente, a prisão provisória, que se dá durante o processo, é uma atitude do Poder Judiciário que responde à pressão (Cf. SCHREIBER, 2008) por punição em razão dos discursos de medo (cf. BATISTA, 2009) que são amplamente divulgados e deturpados pela grande mídia (cf. GOMES, 2015) e que estabelecem parâmetros de atuação das agências do sistema penal (Cf. MCCOMBS e SHAW, 2008) que não correspondem às suas funções originais no processo penal.

Assim, juízes e promotores[32] assumem posições típicas dos agentes de segurança pública e não de sujeitos processuais que são, estabelecendo em conjunto um conflito direto com o acusado, ou seja, ambos estão ao mesmo lado lutando contra o inimigo comum.

O prejuízo ao sistema é grande, pois parte da inversão prática do princípio da presunção de inocência, mas ainda maior quando se tem em vista que o juiz, mais especialmente que o promotor, participa ativamente do processo penal que passa a ser usado como o mais importante instrumento para combate ao crime e proteção da sociedade.

Os agentes de segurança pública, por sua vez, se convertem em fontes de prova. É o que ocorre quando policiais militares, que pela estrutura de segurança pública brasileira são os responsáveis pelo policiamento ostensivo, são ouvidos como testemunha e, não raramente, como a única fonte de prova do crime do qual o réu é acusado.

Acresça-se que a práxis ainda converteu o meio de prova que extrai dos agentes de segurança pública (posicionados como fontes de prova), elementos de prova, adotando à sorrelfa um sistema de prova legal que os admite como suficientes para uma condenação. Foi o que fez o Tri-

32. Naturalmente a utilização da expressão própria a designar o membro do Ministério Público estadual se deve ao fato de que é essa esfera que responde pelo grande encarceramento de jovens pobres e negros, acusados especialmente de tráfico, roubo, furto e homicídios (que juntos representam mais de 70% dos tipos penais pelos quais respondem ou foram condenadas as pessoas encarceradas).

bunal de Justiça do Rio de Janeiro ao editar a súmula 70, que autoriza a condenação com base exclusivamente no depoimento dos policiais.

Dessa forma, e sem pretender exaurir o tema já que, como colocado na introdução, este trabalho tem finalidade substancialmente exploratória, consistente na identificação das características dos desenhos processuais penais de exceção, pode-se, diante da brevíssima análise que anteriormente foi apresentada, afirmar que o processo penal tradicional no Brasil, utilizado como instrumento para o controle punitivo das classes mais vulneráveis, caracteriza-se por: (1) responder a um discurso midiático do medo; (2) dirigir-se contra as classes que se constituem especialmente a mão-de-obra para os meios de produção; (3) a confusão entre as funções dos sujeitos processuais e dos agentes de segurança pública, atribuindo àqueles às funções destes; (4) a utilização dos agentes de segurança pública como fontes de prova; (5) a antecipação da sanção pelo superuso da prisão provisória.

4. O processo penal tradicional e a negação do processo penal democrático

Impõe-se verificar se o processo penal tradicional se adéqua ao processo penal democrático, de acordo com a compreensão de Ferrajoli de democracia.

Neste ponto, é relevante apontar que seu conceito de democracia se afasta de uma compreensão que ele denominou plebiscitária.

Para Ferrajoli a democracia plebiscitária é uma "imagem simplificada" da democracia, que "consistiria essencialmente na onipotência da maioria" (FERRAJOLI, 2008, p. 25) e disso decorreriam várias consequências, como a desqualificação de regras ou limites ao poder executivo por ser expressão da maioria, a ideia de que a vontade da maioria legitima qualquer abuso, entre outros.

Também não se reporta à atual visão de democracia liberal que, segundo Ferrajoli, era um termo nobre que designava "um sistema democrático informado pela tutela das liberdades individuais, pelo respeito ao dissenso e às minorias, pela defesa do Estado de direito e da divisão de poderes, assim como pela rígida separação da esfera pública do Estado e a esfera

privada do mercado" (FERRAJOLI, 2008, p. 26), mas vem se identificando cada vez mais com a ausência de regras e de limites à liberdade da empresa.

Para Ferrajoli, a democracia constitucional é um novo paradigma que se pode identificar a partir do quinquênio 1945-1949, período posterior à derrota do nazismo e do fascismo. Isso porque o consenso de massas sobre o qual estavam fundadas as ditaduras fascistas, apesar de majoritário, não eram a única fonte de legitimação do poder. É assim que se "redescobre o significado da Constituição como limite e vínculo aos poderes públicos", em outras palavras, se redescobre em nível internacional o valor da Constituição como norma dirigida à garantia "da divisão de poderes e dos direitos fundamentais de todos" (FERRAJOLI, 2008, p. 28).

E, ainda, para o professor italiano, o termo "Estado de direito" deve ser empregado não apenas no sentido de Estado regulado por leis, mas como um modelo de Estado nascido com as modernas Constituições caracterizado pelo (i) princípio da legalidade, por força do qual todo poder público está subordinado às leis que disciplina a forma de exercício e no (ii) plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, incorporando-se aí a vedação de lesão aos direitos de liberdade e obrigação de satisfação dos direitos sociais.

Esta relação estabelecida entre a democracia constitucional e o Estado de Direito, contrapõe a "razão jurídica", própria deste e a "razão de Estado" ou "razão política". Isso porque enquanto na razão de Estado o Estado é um fim e os fundamentos jurídicos são flexíveis e manipuláveis pelo arbítrio, na razão jurídica, que fundamenta o Estado de Direito, o Estado é um meio e está vinculado pela sujeição de seus poderes às regras fundamentais.

Desta forma, (1) ao atender a pauta da mídia, o processo penal tradicional se afasta da razão jurídica; (2) ao realizar a confusão entre as funções dos sujeitos processuais e os agentes de segurança pública, afasta-se do axioma que estabelece o sistema processual acusatório como único garantista, segundo o qual o julgador não pode exercer funções acusadoras (FERRAJOLI, 2014, p. 517 e ss); (3) ao utilizar os agentes de segurança pública como fontes de prova, afasta-se do axioma do ônus da prova, segundo o qual a prova incumbe à acusação (FERRAJOLI, 2014, p. 145), bem como da verificabilidade fática da acusação (FERRAJOLI, 2014, p. 119); (4) ao antecipar a sanção por meio da prisão provisória, afasta-se do axioma

segundo o qual a pena depende da constatação do crime, violando igualmente a presunção de inocência (FERRAJOLI, 2014, p. 505 e ss).

Resta claro que o processo penal tradicional não se adéqua ao processo penal democrático, uma vez que os axiomas do garantismo foram contemplados pela Constituição de 1988.

Conclusão

É possível, ao final do presente trabalho, responder aos dois problemas propostos na introdução.

Quanto ao primeiro problema (quais são as características do processo penal tradicional?) é possível afirmar que o processo penal tradicional no Brasil, utilizado como instrumento para o controle punitivo das classes mais vulneráveis, caracteriza-se por: (1) responder a um discurso midiático do medo; (2) dirigir-se contra as classes que se constituem especialmente a mão-de-obra para os meios de produção; (3) a confusão entre as funções dos sujeitos processuais e dos agentes de segurança pública, atribuindo àqueles às funções destes; (4) a utilização dos agentes de segurança pública como fontes de prova; (5) a antecipação da sanção pelo superuso da prisão provisória.

Quanto ao segundo problema (o processo penal tradicional é compatível com o processo penal democrático?), é possível afirmar que o processo penal tradicional não é compatível com o processo penal democrático basicamente por quatro razões: (1) o processo penal tradicional atende a pauta da mídia e, portanto, se afasta da razão jurídica; (2) o processo penal tradicional realiza a confusão entre as funções dos sujeitos processuais e os agentes de segurança pública, afastando-se do axioma que estabelece o sistema processual acusatório como único garantista, segundo o qual o julgador não pode exercer funções acusadoras; (3) o processo penal tradicional utiliza os agentes de segurança pública como fontes de prova, afastando-se do axioma do ônus da prova, segundo o qual a prova incumbe à acusação, bem como da verificabilidade fática da acusação; (4) o processo penal tradicional antecipa a sanção por meio da prisão provisória, afastando-se do axioma segundo o qual a pena depende da constatação do crime, violando igualmente a presunção de inocência.

Bibliografia

BATISTA, Vera Malaguti. O medo na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2009.

BRASIL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – junho de 2016. Brasília: Ministério da Justiça, 2017

CASARA, Rubens. Processo Penal do Espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira. Curitiba: Emporio do Direito, 2016.

_____. Estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

DE GIORGI, Alessandro. A miséria governada através do sistema penal. tradução Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª edição. São Paulo: RT, 2014.

_____. Democracia y Garantismo. Madrid: Editorial Trotta, 2008.

FOUCAULT, Michel. A sociedade punitiva. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

GARLAND, David. A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

GOMES, Marcus Alan. Mídia e sistema penal: as distorções da criminalização nos meios de comunicação. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MELOSSI, Dario e PAVARINI, Massimo. Cárcere e Fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). Tradução Sérgio Lamarão. 2ª edição. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

MCCOMBS, Maxwell E., SHAW, Donald L. The agenda-setting function of mass media. Chicago: University of Chicago Press, 1972.

PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O impacto da prisão provisória no superencarceramento brasileiro In: VI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI - COSTA RICA, 2017, San Jose. NOVAS PERSPECTIVAS DO DIREITO: DIÁLOGOS OU DISJUNÇÕES ENTRE O DIREITO PÚBLICO E O DIREITO PRIVADO. Florianópolis: Conpedi, 2017. p.26 – 48.

SCHREIBER. Simone. A publicidade opressiva de julgamentos criminais. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOUZA, Taiguara Libano Soares e. A era do grande encarceramento. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

SUTHERLAND, Edwin. Crime de colarinho branco. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

Direito penal e crítica do sistema penal: uma introdução ao direito penal do inimigo

Claudio Abel Franco de Assis

Introducão

O presente artigo visa abordar, sintética e analiticamente, a teoria do Direito Penal do Inimigo, consoante a ótica do jurista alemão Günther Jakobs, fundamentada em uma política criminal de grande controvérsia na atualidade, mas que vem sendo aplicada paulatinamente em quase todo o mundo, na forma de leis mais severas, com o firme objetivo de controlar a criminalidade.

A singela investigação que ora se propõe irá abordar a sociedade moderna, a dogmática penal contemporânea, além da reflexão sobre a inserção do Direito Penal do Inimigo no contexto do Estado Democrático de Direito e da proteção universal aos direitos humanos. Cabe, desde logo, ponderar que inúmeros são os apontamentos críticos a respeito do Direito Penal do Inimigo, na forma a que se verá brevemente no decorrer deste artigo, remetendo o mesmo a um Direito Penal arbitrário, que não se coaduna com um Estado Democrático de Direito, e, bem como, às suas características que se contrapõem aos princípios e garantias penais, verificando assim o seu desrespeito pelos princípios constitucionais co-

muns a todos os Estados Democráticos de Direito e também em consonância com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, assegurados mediante importantes tratados internacionais.

1. Aspectos histórico-filosóficos da teoria maximalista

Em um período remoto bastante anterior à concepção da recente figura do Direito Penal do Inimigo na forma como hoje se verifica em Jakobs, alguns filósofos, principalmente os teóricos do contrato social ou filósofos das instituições, já formulavam suas teorias sobre quem são os inimigos ou *não cidadãos*, que, como tais, perderiam seus direitos e se diferenciariam daqueles que mantinham seus direitos assegurados (os cidadãos). O insigne Jean Jacques Rousseau já preconizava que todo o "malfeitor" que agride o "Direito Social" deixa de ser "membro" do Estado, pois estaria em guerra contra este, como bem demonstra a sentença contra ele pronunciada. A consequência então seria aquela em que "faz-se o culpado morrer menos como cidadão do Estado (*citoyen*) do que como inimigo (*ennemi*)" (*apud* JAKOBS, 2008, p. 4).

O referido Jakobs sustenta que, de igual forma, Fichte ensinava no sentido de que "quem por vontade ou imprudência, abandona o contrato civil numa parte em que, no contrato, contava-se com a sua ponderação, perde, a rigor todos os seus direitos"(JAKOBS, 2008, p. 4). Em sequência ainda sobre a ideia de inimigo nos teóricos iluministas, Hobbes expunha que inicialmente não havia que se retirar do criminoso o seu direito de ser cidadão, uma vez que este assim o deixaria de se em caso de rebelião, ou melhor, alta traição "pois a natureza desse crime está na recusa da submissão, o que significa um retorno ao estado de guerra. Aqueles que delinquem dessa forma são punidos não como súditos, mais sim como inimigos"(JAKOBS, 2008, p.6). Gunther Jakobs ensina então que, na linha de Rousseau e Fichte, todo criminoso, em si, seria inimigo, de sorte que, para Hobbes, o inimigo seria o alto traidor. Veja-se então que, para esses referidos filósofos, a quebra do contrato social implica diretamente na perda de direitos, o que pressupõe o tratamento de não cidadão ao infrator.

Por fim neste breve introito filosófico acerca da teoria jakobsiana, também são perceptíveis grandes similaridades entre a teoria do Direito Penal do Inimigo de Jakobs com as ideologias trazidas por Franz Von

List, Karl Binding e Edmund Mezger, que, embora com diferentes nuances em épocas e regimes políticos distintos, defenderam ideias que podem ser consideradas como antecedentes imediatos do Direito Penal do Inimigo (CONDE, 2012).

2. Direito penal do inimigo: prolegômenos conceituais

Em consonância com Luiz Flavio Gomes (2002), Günter Jakobs é considerado um dos mais brilhantes discípulos de Hans Welzel, posto que foi o criador do funcionalismo sistêmico (radical), o qual preceitua que o Direito Penal tem a função primordial de proteger a norma (e só por consequência tutelaria os bens jurídicos mais fundamentais). Assim, no que se refere ao seu berço, a teoria do Direito Penal do Inimigo teria sido exposta pela primeira vez no ano de 1985 em uma conferência realizada em Frankfurt na qual Jakobs defendeu a necessidade da separação, de forma excepcional, do Direito Penal do Cidadão em relação ao Direito Penal do Inimigo, visando à conservação do Estado Liberal. Entretanto, cabe destacar que, nessa ocasião, tal tese não obteve grande repercussão. Mais de uma década depois, em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, em um outro contexto e em uma época já bem diferente daquela situação política que rondava o mundo de fins dos anos de 1980, a teoria foi novamente exposta e então obteve um resultado diametralmente oposto: houve um significativo impacto entre os juristas e demais membros da comunidade internacional, talvez devido ao fato de Jakobs, naquela ocasião, ter enfatizado a nova terminologia proposta de uma forma bem crítica, apresentando o Direito Penal do Cidadão como aquele dirigido às pessoas, ao passo que o Direito Penal do Inimigo seria destinado a "não pessoas".

Nesse passo histórico, interessante é relevar que, não obstante, a maioria das pessoas que compareceram ao referido evento mostraram-se contrárias à tese apresentada por Jakobs, alegando que, nas atuais sociedades democráticas, não se fazia necessário um Direito Penal do Inimigo. Assim é que Albin Eser, diretor do *Max Planck Institut fur auslandishes und internacionales strafrecht* de Freibrug im Breisgau, foi um dos pioneiros na crítica a tese da Jakobs, comparando o ideário atinente

ao Direito Penal do Inimigo com o Estado de não direito nacional-socialista que a Alemanha havia implementado no tempo do nazismo, regime este criado pelo destacado penalista Edmund Mezger. Eser então afirmava que Mezger havia "erigido o principio da legalidade ao mais alto nível, pouco depois o degradou e logo voltou a colocá-lo nas alturas, em consonância às transformações políticas da época" (CONDE, 2012, p.96). É exatamente nessa direção que Muñoz Conde ensina:

> Mezger colaborou diretamente na elaboração de um dos engendros jurídicos mais repugnantes do regime nacional-socialista, no âmbito de um projeto de lei de tratamento dos "estranhos à comunidade" (Gemeinschaftfremde), para os quais propunha a internação em campos de concentração por tempo indefinido, esterilização para evitar uma herança indesejável, e, se a defesa da sociedade assim o requeresse, sua condenação a morte; e tudo isso sem limites nem garantias para além da simples decisão da policia do regime nacional-socialista. E, afim de fundamentar suas propostas e de não entrar em contradição com as construções dogmáticas que havia demonstrado em se tratando de outros trabalhos de cunho dogmático, propunha a existência de dois(ou mais) direitos penais: um para o cidadão normal, com todas as garantias e sutilezas da dogmática jurídico-penal tradicional, e outro disto dirigido aos que demonstrava "estranhos ou inimigos da comunidade", para os quais simplesmente propunha a eliminação ou extermínio, sem maiores exigências em controles jurídicos além da pura e simples vontade da policia do regime nazista. (CONDE, 2010, p.97).

Então, em face dessa divisão entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, o próprio Jakobs consignou que essas seriam regras jurídico-penais que, como as suas correlatas, as regras do Direito Penal do Cidadão, somente seriam concebíveis enquanto tipos ideais, isto é, para Jakobs "o direito penal do inimigo é, essencialmente, violência silenciosa; o direito penal do cidadão é, sobretudo, comunicação sobre a vigência da norma." (JAKOBS, 2008, p. 25)

Em outras palavras, o autor ensina que devem existir dois tipos de direito, um para o cidadão e outro para o inimigo. Nessa linha, se vislumbra, de um lado, um Direito Penal dirigido aos cidadãos, à pessoa,

um sistema para o qual a pena tem a função de proteger a vigência da norma e, por outro lado, um Direito Penal dirigido aos inimigos, à não pessoa, um sistema para o qual a pena tem a função de eliminar um perigo (JAKOBS, 2008). Assim, o primeiro teria como objeto os crimes praticados de forma incidental, ou seja, os que abrangem fatos isolados, contradições entre pessoa e entre norma jurídico-penal que existem de forma inevitável na vida em sociedade, mas que são episódicas. Em outro senso, o segundo sistema toma por objeto os crimes perpetrados de forma habitual, isto é, abarcam práticas reiteradas vinculadas a organizações criminosas, associações terroristas, tráfico de entorpecentes e criminalidade econômica, as quais seriam realidades do mundo recente que devem ser combatidas de forma excepcional. Daí porque tal sistema deve ser especialmente aplicado para os indivíduos que se afastaram de maneira duradoura ou ao menos de modo decidido do direito, não proporcionando garantia mínima de reabilitação.

Em sequência à explanação da teoria, o autor desenvolve algumas razões basilares para quando e como se utilizar o Direito Penal do Inimigo e o Direito Penal do Cidadão, as quais serão aqui exploradas. Assim, em breve explicação conceitual, o autor irá defender que o Direito Penal do Cidadão mantém a vigência da norma, já o Direito Penal do Inimigo visa combater preponderantemente perigos, em seguida, o Direito Penal do Inimigo deve adiantar o âmbito de proteção da norma (antecipação da tutela penal), para alcançar os atos preparatórios. No que concerne ao cidadão (aquele, v.g. autor de um homicídio ocasional), espera-se que o mesmo exteriorize um fato para que incida a reação (que vem confirmar a vigência da norma), já em relação ao inimigo (terrorista, por exemplo), deve ser interceptado prontamente, no estágio prévio, em razão de sua periculosidade. Veja-se, portanto, que os inimigos assim identificados devem ser punidos não de acordo com a culpabilidade, mas sim conforme a periculosidade que apresentem. Isso se evidencia através do entendimento de que as medidas contra o inimigo não se dirigem prioritariamente para o passado (o que ele fez), mas sim, para o futuro, para o que ele representa de perigo futuro, daí porque se reputa que o inimigo não é um sujeito de direito, mas um objeto de coação. Nessa linha de ideias, o cidadão, mesmo após delinquir, continuaria com o *status* de pessoa, já

o inimigo perderia esse *status,* posto que importante seria apenas a sua periculosidade. Afinal, ao inimigo não cabe a punição com pena, porém com uma medida de segurança (GOMES, 2002).

Após então algumas considerações vistas a respeito de como Jakobs aborda e sistematiza a teoria proposta, cabe destacar sobre qual seria nessa ordem a ótica da função da pena. O autor desenvolveu, como já destacado anteriormente, a corrente dogmática do funcionalismo sistêmico, bastante influenciado pela teoria dos sistemas de Luhmann, para a qual a pena tem função simbólica de reafirmação da vigência da norma. Sobre esse funcionalismo sistêmico, Fabio da Silva Bozza diz que Jakobs considera a prevenção geral positiva como a única função da pena criminal, sendo que tal conceituação concentra as finalidades de intimação, correção, neutralização e retribuição. Assim a legitimação do discurso punitivo versa sobre o exclusivo objetivo de afirmação da validade da norma, a qual seria colocada em dúvida caso para algum crime não houvesse punição (BOZZA,2008 p. 44).

Além disso, há ainda dois aspectos da pena a serem considerados para a referida teoria, sendo o primeiro a pena como coação e o segundo a pena como segurança. A pena como coação seria dotada de um significado simbólico, ou seja, de que o fato criminoso é irrelevante e que a norma segue sem modificações. O crime é visto como o ato de uma pessoa racional, que desautoriza a norma. A pena (coação) afirma que a lei continua vigente, mantendo-a a configuração da sociedade. Em sentido diverso, a pena como segurança "não só significa algo, mas também produz fisicamente algo" (JAKOBS e MELIÁ, 2008, p. 22.). A pena, nesta circunstância, possui função de prevenção, pois enquanto cumpre a pena, o preso estaria impossibilitado de praticar crimes. A punição e o encarceramento, neste aspecto, não tem nenhuma intenção no clássico efeito simbólico e pedagógico atribuído a pena, mas sim no objetivo de proteger a sociedade de um criminoso, no que visa à proteção "de modo fisicamente efetivo: luta contra um perigo, em lugar de comunicação" (JAKOBS e CANCIO MELIÁ, 2008, p. 23.).

Portanto, feitas essas considerações introdutórias, insta dizer apenas que Jakobs, na explanação de sua teoria, inovou ao utilizar o termo "inimigo" e "não pessoa", pois, se assim não fizesse, teria se restringido

a repetir o que outros teóricos do positivismo criminológico já vinham afirmando ao longo dos anos. Assim é que Zaffaroni bem lembra que "na hora de propor sua tática de contenção parece deixar as coisas como estavam, pois pretende dar um espaço ao inimigo no direito do Estado de direito" (ZAFFARONI,2007 p. 159).

3. Reflexões sobre a teoria do direito penal do inimigo no contexto do estado democrático de direito

Primeiramente e em sequência as criticas esboçadas com relação ao Direito Penal do Inimigo, é necessário apontar os princípios e as características fundamentais que regem o Estado Democrático de Direito para assim analisar se haveria alguma possibilidade de o Direito Penal do Inimigo ser implementado em um Estado Democrático de Direito.

O Estado de Direito é aquele regido pelo império das leis, pela divisão de poderes e a enunciação de direitos e garantias aos indivíduos. O Estado Democrático, por sua vez, é um aprimoramento do Estado de Direito, pois garante a participação de todos na vida política, ainda que indiretamente (BARROSO, 2006). Esta forma de estruturação do Estado funda-se em uma Constituição material, a qual dispõe sobre o arranjo e funcionamento da ordem política, assegurando direitos e garantias a todos igualmente.

O eminente José Afonso da Silva aponta os princípios fundamentais, sendo estes o princípio da constitucionalidade, o princípio democrático, princípio do sistema dos direitos fundamentais, princípio da justiça social, princípio da ordem econômica e da ordem social, princípio da igualdade, princípio da divisão dos poderes e da independência do juiz, princípio da legalidade e, finalmente, o princípio da segurança jurídica. Para o destacado mestre, a tarefa principal do Estado Democrático de Direito versa em "superar as desigualdades sociais e regionais e instaurar um regime democrático que realize justiça social" (SILVA, 1992. p., 111.).

Em acordo, então, com esses princípios e características, o Direito Penal do Inimigo, seria incompatível com o Estado Democrático de direito, pois neste não se pode enxergar a possibilidade de um individuo ser tratado como um "objeto de direito e não como sujeito de direito". Da mesma forma seria incompatível com o Estado Democrático de Direito

tratar um delinquente como inimigo, assim extinguindo garantias como a ampla defesa o contraditório e o devido processo legal, pois, ao se realizar tal ato, se feriria de morte os preceitos constitucionais.

Logo, é inaceitável um Estado Democrático de Direito em que existam pessoas que não gozem dos mesmos direitos e garantias assegurados a toda pessoa humana. Isto posto, a separação entre Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo, proposta por Jakobs, é impossível neste tipo de Estado, baseado na igualdade entre os seres humanos. Nesse sentido, veja-se que a teoria de Jakobs rememora a ideia do contrato social, de modo que, os que não aceitam o contrato firmado pela maioria indivisa dos indivíduos seriam à margem destes considerados, estando, por conseguinte, à margem da sociedade. Assim é que o grande luminar do Direito Penal, o Prof. Francisco Muñoz Conde (2012), pontua a evidente incompatibilidade de tal teoria com o Estado de Direito, uma vez que, além da existência da classificação de pessoas como observadoras ou não do direito vigente, existe ainda uma formulação absurdamente errônea no sentido de que, conforme essa fidelidade ou não à ordem jurídica, haveria uma conceituação definindo se essas pessoas constituem ou não fonte atual e futura de perigo para a sociedade, de modo então a se ter nisso a chancela do julgamento (absolutamente discutível) segundo leis diferenciadas (leis para observadores da norma e leis para descumpridores da norma) ainda que em um mesmo Estado Democrático de Direito.

Luiz Gracia Martín igualmente entende ser impraticável a conciliação entre Estado de Direito e Direito Penal do Inimigo, tendo em vista que o Estado Democrático de Direito é pautado pelo princípio da dignidade da pessoa humana:

> Na medida em que o Direito Penal do Inimigo for apenas força e coação físicas para imposição e defesa da ordem social, entrará em uma contradição insanável com a dignidade do ser humano e deverá ser invalidada e deslegitimada de modo absoluto. O horizonte da democracia e do Estado de Direito não pode abarcar nenhuma coexistência entre um Direito Penal para cidadãos e um Direito Penal para inimigos. O Direito Penal do inimigo não tem lugar no horizonte da democracia e do Estado de Direito, porque só no horizonte de uma sociedade não democrática e de um Esta-

> do totalitário é imaginável a emergência de um Direito Penal do inimigo. (GRACIA MARTÍN, 2007, p. 156.)

A doutrina de Francisco Muñoz Conde também segue o mesmo raciocínio:

> Provavelmente, a novidade deste "Direito penal do inimigo" a que agora se refere Jakobs, é que este tipo de Direito penal excepcional, contrário aos princípios liberais do Estado de Direito e inclusive aos direitos fundamentais reconhecidos nas constituições e declarações internacionais de direitos humanos, começa a dar-se também nos Estados Democráticos de Direito, que acolhem em suas constituições e textos jurídicos fundamentais princípios básicos de Direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, proporcionalidade, culpabilidade e sobretudo os de caráter processual penal, como o de presunção de inocência, devido processo e outras garantias do imputado em um processo penal. (MUÑOZ CONDE, 2012)

Nessa direção, ao se aceitar o conceito de inimigo, conforme já se viu detalhadamente em momento anterior neste estudo, se estaria aceitando uma ideia de guerra constante contra ele, sendo que, em um Estado Democrático de Direito, tal guerra é inconcebível, já que esta guerra não existe em um contexto bélico em sentido estrito, que deve acatar os princípios do Direito Internacional humanitário de Genebra. Segundo o grande mestre Zaffaroni:

> (...) quando se fala do hostil como inimigo introduzido dentro do direito penal ou administrativo como normal, ou seja, fora do contexto bélico em sentido estrito, não se faz referência à guerra, que deve respeitar os princípios do direito internacional humanitário de Genebra. Pelo contrário, está-se introduzindo com isso um conceito espúrio ou particular de guerra permanente e irregular, porque se trata de um inimigo que, por atuar fora das normas que devem ser cumpridas na guerra propriamente dita, ingressa no direito ordinário de um Estado que não está estritamente em guerra. (ZAFFARONI, 2007, p. 145)

Assim sendo, não se pode conceber que a luta contra o inimigo verse sobre espécies de "estado de exceção", tendo em vista que, nas Constituições Democráticas, este estado de exceção é implantado com um cuidado e um limite bem definidos. (ZAFFARONI, 2007, p. 145.)

Considerando também que as camadas de inimigos nem sempre são claramente perceptíveis (por características físicas, étnicas, por exemplo), a buscar de uma possível individualização dos mesmos acaba alcançando todos os indivíduos, indistintamente. Em uma averiguação nas comunicações particulares para individualizar o inimigo, por exemplo, a intimidade de todos será comprometida. Assim, o tratamento diferenciado gera lesão a direitos e garantias de todos, lembrando muito mais um Estado Absoluto do que um Estado de Direito.

Segundo ainda Zaffaroni, as implicações da aprovação do conceito de inimigo são aquelas já aludidas pelo teórico nazista Carl Schmitt, ou seja, a implantação de uma ditadura jurídica, na qual, enquanto houver emergência, há suspensão da Constituição (ZAFFARONI, 2007). A respeito do absurdo jurídico que seria a adoção do Direito Penal do Inimigo pelas Constituições democráticas, o mesmo autor alega que a proposta de Jakobs não é muito diferente do sistema de contenção do inimigo praticado na América Latina através das prisões provisórias.

Cornelius Prittwitz, por sua vez, tem uma olhar pessimista sobre a perversão do direito ordinário pelo Direito Penal do Inimigo. Segundo o referido autor, a volta de um Direito Penal efetivamente liberal é impossível:

> O direito penal como um todo está infectado pelo direito penal do inimigo; é totalmente impensável a reforma de uma parte do direito penal para voltar a um direito penal do cidadão realmente digno do Estado de direito. (...) O dano que Jakobs causou com suas reflexões e seu conceito de direito penal do inimigo é visível. Regimes autoritários adotarão entusiasmados a legitimação filosoficamente altissonante do direito penal do direito penal e processual contrário ao Estado de Direito.(PRITTWITZ, 2004, p. 43.)

Todavia, a sugerida dinâmica de contenção do poder punitivo do estado feita por Zaffaroni, conforme já visto neste texto, sobrepuja a

proposta estática de Jakobs, com sua teoria sobre o Direito Penal do Inimigo. Zaffaroni ressalta que a teoria de Jakobs parte de um aspecto estático da realidade. Jakobs reflete sobre o Estado de Direito abstrato (ideal, impossível), sendo necessário abandonar o modelo ideal. Como Zaffaroni bem revela dizendo que "nenhum Estado de Direito histórico é idêntico ao modelo real, (...) por isso Jakobs propõe, na prática, o abandono do modelo ideal." (ZAFFARONI, 2007, p. 166.)

Contudo, Zaffaroni parte do pressuposto que o modelo ideal é indispensável como um ponto de referência para qualquer ação jurídica e como contendor do Estado de polícia. Então, ao se efetuar a comparação entre Estado real e Estado ideal, analisa-se as falhas do Estado real, e, ao se eliminar o modelo ideal, permite-se, por conseguinte, a inclusão de elementos absolutos como tática para pôr fim a criminalidade, assim ocasionando a falta de um ponto de referencia para se perceber o que há de defeituoso no modelo de Estado. Diante disso, consoante ainda o festejado Zaffaroni, "estaremos diante de um ente puro, um ser sem possibilidade alguma de anunciar seu 'dever ser'". (ZAFFARONI, 2007, p. 167.)

Ainda seguindo o referido autor, os Estados de Direito e Estados de Polícia estão em constante dialética. O Estado de Polícia está no intrínseco do Estado de Direito, constantemente buscando vir à tona e romper com as amarras que lhe é colocado.

Assim, nota-se que, quanto mais o Estado de Direito restringe o Estado de Polícia, mais ele se aproxima do modelo ideal, porém nunca o alcançará, para que isso aconteça precisa abolir de forma permanente o Estado de Polícia, ocorrendo, portanto, uma grande diminuição do poder punitivo (SILVA SÁNCHEZ, 2002).

Dentro dessa concepção, o objetivo do Direito Penal é cuidar do Estado de Direito, reprimindo as ideias absolutistas e assegurando as garantias constitucionais. Zaffaroni bem adverte que falar em Estado de direito garantista é uma redundância grosseira, pois nele não pode haver outro direito penal senão o de garantia, pelo que "o direito penal de garantias é inerente ao Estado de direito". (ZAFFARONI, 2007, p. 173.)

Nessa linha de ideias, está patente que o arquétipo ideal de Estado de Direito é uma conquista alcançada após séculos de árduas batalhas, razão

pela qual não pode ser abandonado por força de uma suposta dificuldade na sua implementação, sob pena de se perder o guia do direito penal.

Além de tudo isso, reiterando mais uma vez o brocardo que é a tônica da reflexão aqui proposta, deve-se abolir o pensamento de que o Direito Penal é o recurso último para todos os problemas sociais, ou seja, a cura para a falência do Estado em suas políticas públicas. Insta salientar, nesse raciocínio, o que ensina Paulo Silva Fernandes no sentido de que, face ao grave quadro do aumento da criminalidade de toda a sorte, a população acaba por depositar suas esperanças no Direito Penal e no recrudescimento das penas o que, de modo extreme de dúvidas, é uma lástima posto que o Direito Penal não é, de nenhuma forma, remédio para os problemas sociais e muito menos para a patente deformação moral das ditas elites, responsáveis pela geração do caldo da "cultura da ilicitude" (FERNANDES, 2001).

Em senso muito próximo, assevera André Luiz Callegari:

> Há uma ideia generalizada que o direito penal pode cumprir determinadas funções que deveriam ser destinadas a outros ramos do ordenamento jurídico, porém, como o Estado é ineficiente para a resolução de determinados problemas sociais, sempre se vale do instrumento ameaçador que constitui o direito penal. (...) Deste modo, o direito penal se transforma em um instrumento ao mesmo tempo repressivo (com o aumento da população carcerária e elevação qualitativa e quantitativa do nível da pena) e simbólico (...). No interior desse processo, o eficientismo penal tenta fazer mais eficaz e mais rápida a resposta punitiva limitando ou suprimindo garantias substanciais e processuais que foram estabelecidas na tradição do direito penal liberal, nas Constituições e nas Convenções Internacionais. (CALEGARI, 2008, p. 468.)

Uma vez então que se parte do pressuposto de que o Direito Penal não tem a função de punir, mas sim de buscar o equilíbrio social através da justiça (GRECO, 2010), se entende então o seu fabuloso múnus na tutela e preservação daqueles bens jurídicos mais importantes para o homem (ideia de vanguarda, inclusive, de *ultima ratio*, de direito mínimo), não servindo, assim, de nenhuma maneira, como ferramenta de guerra e aniquilação.

Considerações Finais

O artigo em tela objetivou apontar para o fato de que o Direito Penal não é, e nunca poderá ser, a resposta a todos os problemas sociais. Contudo,ocorre no ordenamento jurídico brasileiro e, bem como, no mundo, uma notória expansão do Direito Penal através do pressuposto, erroneamente concebido, de que o mesmo seria um poderoso agente de combate às misérias sociais, levando então à edição de inúmeras leis e a divulgação intensa pela mídia a respeito do aumento da violência e ocorrência de delitos cada vez mais bárbaros. Isso tudo em um verdadeiro ciclo vicioso em que, ao passo que há uma dita "sanha criminógena" no meio social, se tem como consequência a adoção de novas legislações cada vez mais rígidas para pretensamente aplacar esses crimes e, assim, causar um sentimento simbólico de contenção da cólera social. Nessa linha de ideias, foi também possível constatar que o aumento da legislação penal, infelizmente, é característico de uma sociedade moderna.

Assim é que, ao se analisar o Direito Penal do Inimigo e a sua aplicação em um contexto de Estado de Direito à luz dos direitos humanos, foi possível concluir que a adoção do mesmo configura um patente retrocesso, uma vez que fere de morte os direitos fundamentais, os quais levaram séculos para serem incorporados à sociedade. Isso se efetiva em vista de que as suas peculiaridades colidem com os princípios e garantias penais, solapando assim os fundamentos constitucionais comuns a todos os Estados Democráticos de Direito e bem como à proteção ao individuo como sói ocorrer no sistema internacional de proteção aos direitos humanos.

Referências Bibliográficas

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção.** São Paulo: Boitempo Editorial, 2004

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo).** In: _____ (Org.). A nova interpretação constitucional – Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOZZA, Fábio da Silva.**Uma análise crítica da prevenção geral positiva no funcionalismo sistêmico de Günther Jakobs.**Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo. v. 70. p.41-70. jan. 2008.

CALLEGARI, André Luiz. **Estado e política criminal: a contaminação do direito penal ordinário pelo direito penal do inimigo ou a terceira velocidade do direito penal**. Revista dos Tribunais. São Paulo. v. 867. p. 453-469. jan. 2008.

FERNANDES, Paulo Silva. **Globalização, sociedade de risco e o futuro do direito penal: panorâmica de alguns problemas comuns.** Coimbra: Almedina, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Trad.: Ana Paula Zomer Sica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

GRACIA MARTÍN, Luis. **O horizonte do finalismo e o direito penal do inimigo.**trad.: Luiz Regis Prado e Érika Mendes de Carvalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOLUB, Philip S. **Dossiê "Guerra Infinita"/Ataque às Liberdades.** In: le Monde diplomatique. Set. 2006

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O direito penal na era da globalização.** 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRECO, Rogério. **Direito penal do equilíbrio: uma visão minimalista do direito penal.** 5ª ed. Niterói: Impetus, 2010.

FREIRE, Christiane Russomano. A **violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo: o caso RDD (regime disciplinar diferenciado).** São Paulo: IBCCRIM, 2005.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Trad.: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do Inimigo.** trad: Gercélia Batista de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2008.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito Penal do Inimigo.** 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2012.

PRITTWITZ, Cornelius. **O Direito Penal entre Direito Penal do Risco e Direito Penal do Inimigo: tendências atuais em direito penal e política criminal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Revista Brasileira de Ciências Criminais, 2004.

SILVA, José Afonso da.**Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA FRANCO, Alberto. **Crimes Hediondos**. 6ª ed. rev. Atual. eampl. São Paulo: RT, 2007.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. trad: Sérgio Lamarão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

A prática de insider trading e a lei anticorrupção: uma reflexão quanto a importância dos programas de compliance

Cristian Rodrigues França

Introdução

Dentre as inovações no mundo corporativo e jurídico emergiram novos institutos, legislações de acordo com as necessidades e anseios sociais, na busca de soluções e ou regulamentações para situações inovadoras ou antes sem um rumo a seguir.

Nesta linha acontecimentos jurídicos o mundo o direito empresarial viu despertar o combate à corrupção de forma mais contundente, no Brasil mais fortemente a partir de 2010 advindo de vários escândalos privado-públicos, envolvendo empresas, entes públicos e funcionários públicos.

Com a introdução da Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013), e o fortalecimento de entes como a CVM e o Cade, coadunando com o crescimento econômico e a atração de investidores no Brasil, tornou-se mais importante ainda o combate a corrupção, e neste sentido o combate as informações privilegiadas envolvendo o mercado de capitais, mercado

este também crescente e de grande importância à economia e à imagem do mercado de capitais.

Desta feita, este estudo tem como objetivo analisar e refletir a importância do compliance como uma ferramenta da combate à corrupção, em especial ao insider trading.

Verifica-se que são temas relativamente novos em nosso ordenamento e jurisprudências, mas que atingem todo o mundo empresarial e a sociedade tendo em vista sua magnitude econômica, perfazendo assim, um estudo de grande relevância e atenção.

1. Insider trading

O **Insider trading** acontece quando administradores de uma empresa, funcionários ou algum terceiro têm acesso a informações relevantes para o futuro da companhia, antes delas se tornarem públicas, e utilizam tais informações para obter **lucro no mercado financeiro,** são as chamadas informações privilegiadas que em regra proporcionam alguma lucratividade perante terceiros que não obtiveram a mesma informação.

De acordo com as regras do mercado de capitais brasileiro, todas as informações relevantes às empresas que negociem títulos devem ser disponibilizadas ao público ao mesmo tempo (AZEVEDO, 2017).

Doutrinariamente, informações relevantes, são aquelas que influenciam a cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia e, consequentemente, a decisão dos investidores de vender, comprar ou reter esses valores. O uso indevido de informações privilegiadas ou insider trading ocorre quando alguém utiliza informações relevantes de que tenha ciência e que ainda não foram reveladas ao conhecimento de investidores, com o fim de obter, para si ou para outrem, algum tipo de vantagem na negociação com valores mobiliários (D'ANDRÉIA, 2013)

Embora o Direito Brasileiro (a exemplo de muitos países) ainda não tenha definido, expressamente, o que seja insider, a Lei nº 6.404/ 76 implicitamente conceitua o termo insider, ao tratar sobre os deveres de lealdade e de informação por parte dos administradores ou pessoas a eles equiparados. Da mesma forma, o faz a Lei 6.385/ 76, ao delegar à CVM – Comissão de Valores Mobiliários - poderes normativos relativos

à informações que devem ser prestadas pelos administradores e controladores das companhias abertas (VIVIAN, 2015).

Ainda neste caminhar, elucidando ponto a ponto o mesmo autor ainda descreve:

> a) No Direito Brasileiro, o conceito de informações relevantes é exatamente aquele que se extrai do próprio texto legal, mais especificamente, do art. 155, §1º c/c 157, §4º, da Lei 6.404/ 76, qual seja: **informações relevantes são aquelas referentes a fatos, ocorridos nos negócios da companhia, que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado, de vender ou comprar valores mobiliários de sua emissão.**
>
> b) O administrador (e pessoas a ele equiparadas é obrigado a revelar, além de qualquer deliberação de Assembléia Geral ou dos órgãos de administração da companhia, qualquer **"fato relevante, ocorrido nos negócios da companhia, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado, de vender ou comprar valores mobiliários de sua emissão".**
>
> c) É o que se extrai da Lei 6.404/ 76, art. 157, §4º, exceto se houver expressa determinação em contrário pela CVM, nos termos do §5º do mesmo dispositivo, quando a informação puder colocar em risco a companhia.
>
> d) A Lei 6.385/76, em seu art. 22, §1º, VI, também dispõe sobre a competência da CVM em expedir normas aplicáveis às companhias abertas sobre a "divulgação de fatos relevantes, ocorridos nos seus negócios, que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado, de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia".
>
> e) Nos termos do art. 8º, inciso III, da Lei nº 6.385/76, compete ainda à CVM, "fiscalizar a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem e aos valores nele negociados".
>
> f) Assim, em cumprimento às disposições acima mencionadas, a Instrução CVM nº358/ 02, arts. 3º, §§ 3º, 4º e 5º e art. 5º, disciplina o modo de divulgação das informações relevantes.
>
> g) De acordo com o art. 7º da referida Instrução, a única exceção que se admite quanto à divulgação de informações relevantes, é

> "se os acionistas controladores ou os administradores entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia".

O *insider trading* também está previsto no artigo 27-D, resultante de alteração legislativa inserida, em 2001, na Lei nº 6.385/1976 (Lei do Mercado de Capitais), definindo como passível de punição quem "utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários". A pena pode chegar a cinco anos de prisão, além de multa (KISCHELEWISKI, 2016).

O direito dos investidores ao acesso às informações relevantes das companhias integrantes do mercado de capitais visa dar segurança às transações efetuadas no mercado de capitais. Isso porque, conforme já demonstrado, os investidores só irão negociar valores mobiliários, se tiverem a segurança de que somente correrão os riscos atinentes ao investimento neste mercado. Ou seja, somente haverá investimentos significativos em valores mobiliários, se os investidores possuírem garantias de que estarão participando do mercado em igualdade de condições com os demais players. Este também o principal fundamento para se coibir o uso de informações não divulgadas por aqueles que as detêm. Por isso pode-se dizer que o mercado de capitais eficiente é aquele cujas cotações de valores mobiliários representem exatamente o reflexo das informações divulgadas pelas companhias (CAMPOS, 2011).

Quanto mais rápida for a reação da cotação dos títulos às informações, mais eficiente será o mercado. O ideal, então, é que a cotação das ações reflita, apenas, todas as informações publicamente disponíveis, em um dado momento. È mediante normas que estabeleçam uma ampla política de prestação de informações por parte das companhias abertas (o disclosure) que se busca alcançar tal eficiência. Nesta esteira, a importância da transparência nas informações e igualdade entre os pares se mostra primordial para a regulação do mercado e sua credibilidade (PROENÇA, 2007).

Na busca desta transparência nas informações e igualdade entre os participantes, conforme supra, tanto as Lei das S.As quanto a própria

instrução normativa da CVM apontam diretrizes para cerceamento, inibição e supervisão de atos de insider trading, tendo em vista que este ato, gera muitas consequências, ao qual neste sentido conta com demais órgãos fiscalizadores, como podemos ver.

Com efeito, o sistema financeiro nacional é regulado pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), cuja estrutura conta com dois outros órgãos, o Banco Central (BACEN) e a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

O CMN tem função normatizadora, o BACEN possui função executiva, já a CVM, fiscalizatória. No geral, o objetivo é zelar pelo mercado de capitais, propiciando o bom funcionamento e a expansão da economia.

Os órgãos definem ilícitos, tais como atuar sem registro na CVM ou "*criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários, manipulação de preços, operação fraudulenta e prática não equitativa*" (ICVM 8/1979), além de funcionarem administrativamente na apuração dos ilícitos (NASCIMENTO, 2018).

A prática do insider trading é lesiva tanto para investidores, quanto para a própria empresa, pois o vazamento de informações, gera insegurança. Falta de confiabilidade, favoritismos, afastando investidores, manchando a imagem e o know how da empresa, além de danos aos terceiros (D'ANDREA, 2013)

Ainda na esfera dos danos e consequências, também compete à CVM aplicar as punições previstas no art. 11 da Lei 6.385/ 76, que poderão ser: advertência, multa, suspensão do exercício do cargo de administrador, inabilitação temporária, suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei, cassação de autorização ou registro, para o exercício das atividades de que trata esta Lei, e proibição temporária.

Note-se que nos termos do art. 9º, VI da Lei 6.385/ 76, as punições previstas no art. 11 supra, não excluem a responsabilidade civil e penal. Quanto à obrigação de indenizar, a exemplo do disposto nos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil, o prejudicado pela pratica do insider trading poderá propor ação para haver indenização por perdas e danos contra o administrador ou a quem se lhe compare, nos termos do art. 155, §3° da Lei 6.404/ 76:

> Art. 155: § 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1° e

> 2°[33], tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

Na esfera criminal, até o advento da Lei nº 10.303/2001, alguns doutrinadores defendiam que o insider trading era uma modalidade de estelionato, mas com o advento desta lei, que alterou e acrescentou dispositivos na Lei 6.404/76 e na Lei 6.385/76, o uso indevido de informação privilegiada passou a ser tipificado como crime, nos termos do art. 27-D, da Lei 6.385/ 76, in verbis:

> Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:
>
> **Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.**

Além é claro, de toda punibilidade que a mídia nestes casos leva à tona, pois a publicidade e divulgação destes atos, demasiadamente prejudicam as marcas, seus gestores e administradores como um todo, como notoriamente divulgado nos casos de escândalos envolvendo empresas e empresários nos últimos anos[33]

33. Muito famoso no Brasil o *insider trading* que envolveu um ex-diretor de Finanças e Relações com Investidores da Sadia. No início de 2016, o executivo foi condenado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) após ter sido acusado de lucrar com a informação de que a Sadia estava negociando a fusão com a Perdigão, também do ramo de alimentos. A operação fez surgir a gigante *Br Foods*. Antes que as negociações viessem a público, o executivo adquiriu títulos da Perdigão no mercado americano, prevendo sua valorização após o anúncio da oferta da Sadia e ganhando, com isso, vantagem econômica sobre os demais investidores. Recentemente muito divulgado na mídia o caso de *insider trading* dos irmãos Joesley e Wesley Batista, donos da *holding* J&F, que controla a **JBS**, acusados de utilizar informações sobre a delação premiada fechada com o Ministério Público Federal para comprar ações da própria empresa e se aproveitar de uma possível alta do dólar – (Pela primeira vez no Brasil foi decretada a prisão preventiva de ambos em setembro/2017 pelo crime de *insider trading*). FONTE: https://epocanegocios.globo.com/Empresa/noticia/2017/09/prisao-de-wesley-batista-e-1-por-insider-trading-no-brasil.html. e Superior Tribunal de Justiça (STJ) (REsp 1.569.171-SP).

2. A lei anticorrupção

A corrupção é tema de estudos há anos, tendo em vista pela sua temática social e consequências, que além de textos, artigos, verifica-se uma séria de operações como o Mensalão, Operação Satiagrarra e posteriormente, a lava-jato, e tantas operações. Neste caminhar a chamada Lei Anticorrupcao (Lei nº 12.846/2013) veio como um importante instrumento jurídico legal, em especial no combate as ineficácias, danos, prejuízos e abusos causados pela corrupção (SARMENTO, 2017), (SILVA et al., 2001)

Evidente que essa não é a primeira lei a tratar do combate à corrupção no Brasil. A prática é repudiada e punida com base em inúmeros diplomas legais, inclusive na própria Carta Republicana de 1988. Por outro lado, também não há dúvidas de que a nova lei possui inovações e é um instrumento prometido, vendido, como marco no combate à corrupção no país (SARMENTO, 2017), sendo esta, a corrupção, um mal real a ser combatido.

A nova Lei anticorrupcão vem, portanto, estabelecer a responsabilidade civil direta das empresas, inclusive aquelas estrangeiras que atuam também no Brasil, pelo suborno de agentes públicos brasileiros ou estrangeiros. Podemos considerar, assim, que a lei é bem ampla e traz consequências reais às empresas corruptoras, sejam elas brasileiras ou estrangeiras (SEGANTIN e FARIA, 2018).

Antes de sua vigência apenas as pessoas físicas eram responsabilizadas por atos de corrupção nas corporações pela legislação brasileira. No entanto, as companhias podem ser acusadas pelos fornecedores, pelos funcionários, pela imprensa e pelo Ministério Público. Mesmo assim, a incidência da Lei não afasta a possibilidade de que as pessoas físicas sejam investigadas nos âmbitos cível e criminal.

A Lei 12.846/2013 foi feita com base em muitos pontos da Lei do Cade (12.529/2011), mas que certos aspectos ficaram nebulosos. Segundo alguns apontamentos, a empresa que "abre o seu coração" pode ter imunidade total com base na Lei 12.529, mas isso não se repete na Lei Anticorrupção (CONJUR, 2017).

Em regra geral apresentam suas distinções: a Lei Anticorrupcao "dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira"

> (art. 1º), sem prejuízo da "responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito" (art. 3º).

Segundo os termos da lei, a pessoa jurídica pode ser objetivamente responsabilizada por atos lesivos à Administração, nacional ou estrangeira, assim definidos pelo art. 5º, caput, e incisos de I a V do referido diploma. Em grosso modo, a lei visa coibir a prática pelas empresas privadas de qualquer espécie de corrupção envolvendo agentes públicos e de ilegalidades em licitações e contratos administrativos.

Como consequência pela prática lesiva, as empresas podem ser condenadas, na esfera administrativa, a pesadíssimas multas, que variam de 0,1% a 20% do faturamento bruto da empresa, além da obrigação de publicação extraordinária da decisão condenatória, efetividade que se busca por meio de facilitações da referida lei, incluindo institutos inovadores como o Acordo de Leniência e os Programas de Integridade (Compliance).

Além das sanções administrativas, há ainda a previsão de um processo judicial em que poderão ser aplicadas as sanções de perdimento de bens, direitos ou valores; suspensão ou interdição parcial de atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; e proibição de receber incentivos, subsídios subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas (TOLEDO e PRADO FILHO, 2015).

Destes dispositivos captura-se que, a apuração baseada na Lei nº 12.846/13 terá como alvo principal os particulares (corruptores), deixando em segundo plano os agentes corruptos, esta uma importante distinção que há de se selecionar (SARMENTO, 2018).

Ainda neste caminhar, a discussão da importância da Lei anticorrupção em si, já deveras ratificado, o que não é unânime e ainda temos um longo percurso a ser executado, é a efetividade, aplicabilidade desta nova lei, como aduzido por **Maria Sylvia Ridolfo, em GRILLO (2017).**

> A lei anticorrupção está fazendo com que as empresas revisitem seus conceitos e procedimentos internos", mas alerta que, por ser muito recente, estão surgindo algumas questões na aplicação prática da norma.

> Apesar disso, ela pondera que ainda vai demorar para a lei ser alterada, mesmo sendo esse o momento certo para serem feitas as correções na norma. "É necessário um pouco mais de amadurecimento dos operadores do Direito", diz. "É mais complicado porque estamos aprendendo e criando jurisprudência em relação à lei anticorrupção."

Notadamente, como supranarrado é clarividente a importância desta norma reguladora a chamada lei anticorrupção, ao qual reforçada por meio dos programas de integridade, também incentivados pela mesma.

3. O programa de compliance

O desejo de se consolidar no mercado e a crescente pressão pela adoção de padrões éticos que resulte na valorização da organização têm feito com que as empresas se esforcem para alinhar a função de Compliance aos seus valores e objetivos estratégicos.

Compliance é uma tendência mundial entre as grandes instituições que realizam negócios a níveis internacionais e que buscam se resguardar através de políticas e práticas de redução de riscos para os negócios efetuados (PAGLIATO eti ali, s/a)

O termo C*ompliance*, origina-se do inglês, *to comply*, que significa seguir normas, regras, diretrizes ou responder a um comando. Tal termo não existe na língua portuguesa e, portanto, está sujeito a diversas interpretações. Porém, de modo geral, o C*ompliance* pode ser definido como: "[...] a adesão da companhia a normas ou procedimentos de determinado setor [...]" (ANTONIK, 2016).

Coaduanando com este pensamento Ribeiro Diniz (2015):

> C*ompliance* não é o mero cumprimento de regras formais e informais, pois seu alcance é mais amplo. O C*ompliance* constitui o conjunto de regras, padrões e procedimentos éticos e legais que orientará o comportamento da organização empresarial no mercado e a atitude de seus funcionários. A princípio, surge como uma rotina de procedimentos, o que esperamos seja para o futuro, um padrão de comportamento.

Um dos termos mais citados com a promulgação da Lei Anticorrupção foi o *compliance*. Com a nova norma, muitas empresas começaram a procurar rapidamente escritórios de advocacia e consultores para elaborar seus códigos de conduta e seus programas de mitigação de riscos e fraudes.

Passados alguns anos da vigência da lei, poucos profissionais e empresas realmente sabem o que é efetivamente esse instituto. "Empresas nem sempre entendem muito bem quando se fala em compliance", conta Maria Ridolfo, destacando que esse desconhecimento é maior em companhias de pequeno e médio porte. (GRILLO, 2017).

Ela destaca que houve um certo entusiasmo em relação às boas práticas quando a lei foi editada, mas a falta de uma cultura preventiva no Brasil prejudica a implantação. Muitas vezes, as empresas já têm regras, mas que são informais ou estão em segundo plano.

Há também resistência à mudança, pois muitos gestores se preocupam com um possível engessamento da rotina da empresa. "Em muitos casos até facilita", rebate, complementando que há ainda o preconceito com o advogado, que supostamente serviria apenas para burocratizar os procedimentos. Além disso, , a implantação de programas de *compliance* muitas vezes são vistas como necessidades de empresas que já tiveram problemas com corrupção. "As pessoas confundem com o início de um processo investigativo", demonstrando muito mais uma falha "cultural" de quebra de crenças e conceitos antigos, do que dificuldades em sua aplicabilidade e importância em si (GRILLO, 2017).

Porém mesmo diante de dificuldades, tal instituto tem-se fortalecido, desde as medidas já conquistadas, quanto ao vasto mercado de profissionais, atuação e alcance de sua aplicabilidade. O *compliance*, na verdade, se aplica a todos os tipos de organizações, desde empresas e entidades do terceiro setor, como entidades de natureza pública, até empresas de capital aberto e empresas fechadas de todas as regiões do mundo (MANZI, 2008).

A importância e efetividade do Compliance vem acompanhado de vários fatores e ações, desde procedimentos internos até a busca de melhor imagem da empresa:

> O uso de instrumentos como código de ética e de conduta, canal de denúncia, desenvolvimento de controles internos, procedi-

> mentos internos de divulgação de temas relacionados à corrupção, análise de aderência ética dos profissionais e parceiros comerciais é crescentemente utilizado pelas organizações na busca de diferenciais no mercado (CHERMAN e TOMEI, 2005).

A implementação de um programa de Compliance, além de combater fraude e corrupção, atua na redução dos riscos do negócio através da melhoria dos controles internos, além de agregar à empresa outros benefícios. Uma boa gestão trará melhoras para a empresa, garantindo que esteja em conformidade interna com os regulamentos, o que ajuda a evitar problemas relacionados à exposição negativa da imagem da empresa, casos de assédio moral e condutas antiéticas, proporciona a valorização interna e o aumento de credibilidade por parte de clientes, investidores e fornecedores, maior eficiência e qualidade de produtos fabricados ou serviços prestados, melhoria no retorno de investimentos e nos níveis de governança corporativa, demonstrando assim sua importância ao mundo corporativo em geral e não apenas em relação ao crime de insider trading (PAGLIATO eti ali, s/a).

Com a regulamentação da lei anticorrupção (Lei 12.846/2013) e a valorização dos programas de integridade, é notório a importância do Compliance, como descrito em seu artigo 7º:

> Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções:
>
> VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

Nesta senda, perspicaz e efetivo os comentários acerca do tema, como descrito por NASCIMENTO E GODINHO (2018):

> Na perspectiva de incentivos à adoção do compliance, a Lei nº 12.846/2013 seguiu a linha do soft law, porquanto não fixou consequências jurídicas negativas diretas para as empresas que escolham não implementar uma política de integridade e controle interno. Com efeito, a lei buscou criar estímulos negativos e positivos à aderência das companhias.

> Na ótica negativa, a norma possibilitou a imputação objetiva de responsabilidade das pessoas jurídicas, ou seja, a despeito da presença de culpa latu sensu (dolo ou culpa strictu senso), pelas condutas elencadas no art. 5º, sujeitando-as às sanções estabelecidas no art. 6º, incisos I e II, na esfera administrativa e do art. 19, incisos I a IV, no âmbito judicial-civil, dentre as quais, inclusive, está a dissolução compulsória da pessoa jurídica (art. 19, IV e §1º).
>
> Neste ponto, Carvalhosa (2015) afirma que o propósito real da Lei Anticorrupção foi instituir de forma velada a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica no Brasil, hipótese aceita pela jurisprudência apenas em relação aos crimes ambientais, com previsão na Lei nº 9.605/98, em virtude da texto-constitucional do art. 225, §3º, prevendo referida possibilidade.
>
> Pelo lado dos incentivos positivos, a Lei nº 12.486/2013 trouxe, especificamente no art. 7º, incisos I a IX, circunstâncias que serão valoradas e atenuarão a responsabilidade da empresa na esfera administrativa, dentre elas, a "cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações" (inc. VII), e a "existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica" (inc. VIII).

Cabe frisar que, as pessoas jurídicas que não quisessem incorrer nas sanções previstas, ou que quisessem contar com a atenuante de responsabilização administrativa, poderiam implementar sistemas de compliance, a fim de prevenir ilicitudes. Os dispositivos legais, nesta medida, serviram como fatores de dissuasão, na medida em que, para a empresa, afigurar-se-ia mais cômodo e menos custoso a instalação destes programas, ao invés do eventual ônus de enfrentar um processo administrativo e judicial pela eventual prática de atos ilícitos. (PITRE, 2017)

Ratificando o pensamento Veríssimo (2017) descreve: o inciso VIII constitui a correspondência jurídico-normativa dos programas de compliance no Brasil, cuja concepção alude justamente à existência de tais mecanismos de procedimentos internos de integridade.

O tratamento mais exaustivo do dispositivo, que sozinho não lograva clarear quais os elementos e rotinas comporiam um efetivo programa de integridade, foi fortalecido com a publicação do Decreto nº 8.420/2015,

que regulamentou a Lei Anticorrupção e definiu o programa de integridade nos seguintes termos:

> Art. 41. Para fins do disposto neste Decreto, programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.
>
> Parágrafo Único. O programa de integridade deve ser estruturado, aplicado e atualizado de acordo com as características e riscos atuais das atividades de cada pessoa jurídica, a qual por sua vez deve garantir o constante aprimoramento e adaptação do referido programa, visando garantir sua efetividade (BRASIL, 2015).

Além de determinar que a hipótese do inc. VIII, do art. 7º, da Lei nº 12.846/2013, reduziria a multa administrativa em 1% a 4% (art. 18, inc. V), os arts. 41 e 42 do decreto, inseridos do capítulo IV, "do programa de integridade", trouxeram delimitações objetivas e detalhadas sobre a implementação e os elementos dos sistemas de compliance, fornecendo padrões e orientações que servem como critério à avaliação de sua eficácia, para fins de aplicação da atenuante (BRASIL, 2013).

Especificamente o compliance quanto aos casos de insider trading reforçando a política de controle interno da empresa, avalizado e analisado os riscos, as implicações desta atividade e das empresas que atuam com este risco, o instrumento regulatório bem definido e demarcado quanto ao "sigilo das informações" penalizando diretamente o agende que incorre em erro na pratica do insider trading, além de resguardar a empresa serve como agente inibidor quando da ciência e assinatura desta cláusula no instrumento contratual do marco regulatório de compliance.

Considerações finais

A prática de insider trading como ato de corrupção por anos passou velada, assim como vários atos lesivos, amorais, que são relativizados no dia a dia seja por falta de leis que regulem e tipifiquem estes atos como

crimes ou mesmo por uma cultura do "jeitinho" nas coisas, da adaptabilidade, comodismo ou da falta de agendes combatentes da corrupção, quadro este que enseja uma mudança urgente.

Demonstrado que o insider trading traz prejuízos à sociedade, aos terceiros, salutar se faz o combate a este tipo de corrupção, aliás favoritismo este, que permeia em outros cantos e meios negociais por todo o mundo, seja na política, nos negócios, e em todas as esferas estatais e privadas, o favoritismo, a informação privilegiada que gera lucros abusivos à uma parte e prejuízos a outra, deve ser plenamente combalida.

Neste sentido a lei anticorrupção vem se mostrando um agente favorável no combate a corrupção, quiçá também no combate ao insider trading, fortalecida com demais institutos criados e salvaguardados pela referida lei o compliance vem à tona valorar e ajudar esta nobre causa.

Desta feita, além de ser um agende favorável a prevenção de atos ilícitos, corrupção e condutas lesivas, o compliance vem se mostrando como um importante instituto de integridade a ser considerado e mensurado como atenuante nas penalidades, multas e sanções, demonstrado assim, sua relevância no mundo corporativo, na proteção da marca e de todo o know how da empresa, como em sua organização interna.

Referências

AZEVEDO, Rita. Entenda o que é insider trading. Disponível em: https://exame.abril.com.br/mercados/entenda-o-que-e-insider-trading/. Acesso em 15 jun 2018.

BRASIL, DECRETO Nº 8.420, DE 18 DE MARÇO DE 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm. Acesso em 12 jun 208.

BRASIL. LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em 12 jun 2018.

BRASIL, LEI No 6.404, DE 15 DE DEZEMBRO DE 1976. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404compilada.htm. Acesso em 20 jun 2018.

CHERMAN, A.; TOMEI. P.A. Códigos de ética corporativa e a tomada de decisão ética: instrumentos de gestão e orientação de valores organizacionais? Revista de Administração Contemporânea (RAC), Curitiba, v.9, n.3, p.99-120, jul./ago./set. 2005.

CONJUR, Revista Consultor Jurídico: Lei Anticorrupção inovou ao permitir responsabilização de empresa. Disponível em: https://www.google.com.br/search?q=Lei+Anticorrup%C3%A7%C3%A3o+inovou+ao+permitir+responsabiliza%C3%A7%C3%A3o+de+empresa&oq=Lei+Anticorrup%C3%A7%C3%A3o+inovou+ao+permitir+responsabiliza%C3%A7%C3%A3o+de+empresa&aqs=chrome..69i57j69i60.311j0j8&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em 20 jun 2018.

D'ANDRÉA, Gabriella. 2013 Insider Trading: entenda e saiba as consequências desta prática. Disponível em: http://www.infomoney.com.br/onde-investir/acoes/noticia/2684276/insider-trading-entenda-saiba-consequencias-desta-pratica. Acesso em 20 jun 2019.

GRILLO, Brenno. Lei Anticorrupção inovou ao permitir responsabilização de empresa. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2017-fev-01/lei-anticorrupcao-inovou-permitir-responsabilizacao-empresa. Acesso em 20 jun 2018.

LAGE, Telder Andrade. O INSIDER TRADING: O alcance da proibição do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais e a responsabilidade do insider. Disponível em: http://www.mcampos.br/u/201503/telderandradelageoinsidertradingoalcancedaproibicaodouso.pdf. Acesso em 02 jul 2018.

NASCIMENTO, Eduardo e Rogerio Neres. O mercado de capitais e o crime de Insider Trading 2018 - http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI273541,91041- O+mercado+de+capitais+e+o+crime+de+Insider+Trading. Acesso em 20 jun 2018.

NASCIMENTO, Gabriela Monteiro Luz Frois do; GODINHO, Renato Godinho . Programas de integridade na Lei nº 12.846/2013: o compliance como instrumento de prevenção da corrupção

no Brasil. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5425, 9 maio2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66021>. Acesso em: 20 jun. 2018.

PITRE, Paloma Gerzeli. O tratamento dado aos programas de integridade pela Lei nº 12. 846/2013 e suas consequências jurídico-sancionatórias para as pessoas jurídicas de direito privado. In: Revista Brasileira de Estudos da Função Pública, Belo Horizonte, ano 6, n. 17, p. 195-232, 2017.

PROENÇA, José Marcelo Martins. Direitos e Deveres dos Acionistas. In FINKELSTEIN, Maria Eugênia Reis; PROENÇA, José Marcelo Martins (Coordenação).Sociedades anônimas. São Paulo: saraiva. 2007.

RIBEIRO, Márcia Carla Pereira; DINIZ, Patrícia Dittrich Ferreira. Compliance e Lei Anticorrupção nas empresas. In: Revista de Informação Legislativa, ano 52 Número 205 jan./mar. 2015. Disponível em:< https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p87.pdf>. Acesso em: 06 mai 2018.

SARMENTO, Leonardo. Crítica a lei anticorrupção e suas lacunas e provável inefetividade. Disponível em: https://leonardosarmento.jusbrasil.com.br/artigos/164272926/critica-lei-anticorrupcao-suas-lacunas-e-provavel-inefetividade. Acesso em 19 jun 2018.

SILVA, Marcos Fernandes Gonçalves; GARCIA, Fernando; BANDEIRA, Andréa Câmara. How does Corruption hurt growth? Evidence about the effects of corruption on factors productivity and per capita income. Disponível em: < http://core.ac.uk/download/pdf/6239429.pdf>. Acesso 24/05/2018.

TOLEDO, Certain e Francisco Octavio de Almeida Prado Filho. Considerações a respeito do acordo de leniência da lei anticorrupção. Disponível em: http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI217675,41046-Consideracoes+a+respeito+do+acordo+de+leniencia+da+lei+anticorrupcao. Acesso em 14 jun 2018.

O princípio da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, ii da CRFB/88) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de execução penal do condenado estrangeiro

Edeilson Ribeiro Bona
Artur Barros Freitas Osti

Introdução

O art. 4, II da Constituição Federal de 1988 trata do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais e se tratou de inovação do texto constitucional. Importante mencionar a evolução e contexto vivido na sua criação para sua compreensão.

O presente trabalho pretende dialogar a partir da inserção da norma de prevalência dos direitos humanos notadamente no âmbito do direito internacional influenciando a aplicação do direito constitucional em matéria penal.

Isto porque no campo da justiça criminal prevaleceu divergência sobre uma aparente impropriedade/impossibilidade na conciliação dos

direitos (fundamentais) do estrangeiro em situação de extradição com a regra de progressão de regime, em matéria de execução penal no Brasil.

Especificamente, pairou divergência em âmbito judicial nacional sobre a possibilidade de concessão de progressão de regime para o estrangeiro em situação de extradição e/ou expulsão. O Supremo Tribunal Federal teve de enfrentar esta matéria em sede de jurisdição constitucional algumas vezes, valendo-se do princípio da prevalência dos direitos humanos, previsto no art. 4º, II, da CRFB/88 na abordagem da matéria.

No artigo, parte-se da apresentação da agenda internacional dos direitos humanos no âmbito teórico do direito internacional para um viés prático, focado na *interpretação autêntica* (KELSEN, 1998, p. 388) conferida pelo Supremo Tribunal Federal à norma insculpida na Carta Magna de 1988.

Busca-se apresentar o direito através das manifestações da Corte Constitucional enquanto manifestação viva e prática do direito positivado e, por esta razão, a apresentação sobre a progressão de regime para o estrangeiro parte das considerações teóricas do princípio da prevalência dos direitos humanos a fim de, posteriormente, apresentar sua aplicabilidade a partir da jurisprudência do STF, notadamente quanto à concessão da progressão de regime envolvendo estrangeiro.

1. A agenda internacional para afirmação dos direitos humanos e o contexto brasileiro à época da promulgação da Constituição:

A pesquisa sobre o princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais, como previsto na CRFB/88 (art. 4º, II) exige o apontamento sobre o contexto e o retrospecto do país em matéria de aceitação do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

De início, valendo-se da doutrina clássica de Relações Internacionais, a ordem e a justiça são princípios básicos para coexistência dos Estados. Assim, a interação entre países exige estabilidade, certeza e previsibilidade e, portanto, "é fundamental que tenham o interesse comum no estabelecimento e na manutenção da ordem internacional" (JACKSON; SØRENSEN, 2016, p. 21). É inserido nestes deveres do Estado que atualmente se insere a defesa dos direitos humanos, segundo os mesmos autores:

> O direito internacional, as relações diplomáticas e as organizações internacionais só podem existir e operar de modo bem-sucedido caso estas expectativas sejam, em geral, cumpridas pela maioria dos Estados durante a maior parte do tempo. Outro dever dos países é defender os direitos humanos. Hoje, já existe uma estrutura legal internacional de direitos humanos — direitos civis, políticos, sociais e econômicos — desenvolvidos desde o término da Segunda Guerra Mundial. Certamente, a ordem e a justiça estão entre os valores mais fundamentais das relações internacionais. Esta abordagem com relação ao estudo da política mundial é típica das teorias da sociedade internacional das RI. De acordo com esta linha de raciocínio, as relações internacionais podem ser mais bem caracterizadas como um mundo no qual os Estados são atores socialmente responsáveis e compartilham o interesse de preservar a ordem internacional e promover a justiça internacional. (JACKSON; SØRENSEN, 2016, p. 21).

A afirmação dos direitos humanos demonstra um momento histórico determinante: quando a perspectiva se altera para primazia do indivíduo nas relações em face da vontade do soberano. Para BOBBIO (1992, p. 4):

> A afirmação dos direitos do homem deriva de uma radical inversão de perspectiva, característica da formação do Estado moderno, na representação da relação política, ou seja, na relação Estado/cidadão ou soberano/súditos: relação que é encarada, cada vez mais, do ponto de vista dos direitos dos cidadãos não mais súditos e não do ponto de vista dos direitos do soberano, em correspondência com a visão individualista da sociedade no início da idade moderna.

No caso brasileiro, ademais, é necessário considerar o contexto vivido, tanto em esfera doméstica quanto exterior. A influência do contexto global com o momento passado pelo Brasil converge para o crescimento da cultura de prevalência e de respeito aos direitos humanos. Como aponta CERVO (2007, p. 22): "O fim da ordem bipolar, em 1989, parecia sugerir ao Brasil uma alteração radical em sua estratégia de inserção internacional". E prossegue:

> Por um lado, no âmbito do multilateralismo, a postura de autonomia cedeu à postura coletiva no trato de temas da agenda internacional, sejam os temas negociados no Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt) — Organização Mundial do Comércio (OMC), como propriedade intelectual, investimentos, comércio de bens e serviços, desregulação econômica, fim dos sistemas de preferência; sejam os temas negociados em outros órgãos, particularmente no sistema da ONU, como meio ambiente, direitos humanos e segurança global. Uma passagem da ação soberana do Estado para a aceitação do coletivo, então chamado de forcas da globalização.

No tema afeto a esta pesquisa, inclusive, o princípio da prevalência dos direitos humanos igualmente se apresenta como um instrumento em busca do fortalecimento da conquista democrática, adquirida pela CFRB/88. Sobre esta correlação, são os apontamentos de PIOVESAN (2013, p. 321):

> A Constituição Federal de 1988 simboliza o marco jurídico da transição democrática e da institucionalização dos direitos humanos no país. O valor da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito (artigo 1º, III, da Constituição), impõe-se como núcleo básico e informador de todo ordenamento jurídico, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação do sistema constitucional.

Além disso, encontra-se presente de diversas formas nos tratados internacionais sobre direitos humanos, como se passa a expor. De plano, por exemplo, as Nações Unidas estabelecem como um dos seus objetivos, conseguir a cooperação internacional dos Estados para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, bem como promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais de todas as pessoas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

De acordo com a irretocável lição de CANÇADO TRINDADE (2003, p. 40), o fortalecimento dos direitos humanos não alcança somente a declaração destes no plano internacional, mas sim a sua expressão no plano do direito interno, reconhecendo-se que o indivíduo é titular de direitos em ambos os planos:

> Ao regulamentar novas formas de relações jurídicas, imbuído dos imperativos de proteção, o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem naturalmente questionar e desafiar certos dogmas do passado, invocados até nossos dias em meio a uma falta de espírito crítico e à persistência em certos círculos, de um positivismo jurídico degenerado. Talvez um exemplo dos mais significativos resida no próprio tratamento das relações entre o direito internacional e o direito interno, tradicionalmente enfocadas ad nauseam à luz da polêmica clássica, estéril e ociosa, entre dualistas e monistas, erigida sobre falsas premissas. Contra esta visão estática, se insurge o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao sustentar que o ser humano é sujeito tanto do direito interno quanto do direito internacional, dotado em ambos de personalidade e capacidade jurídicas próprias. (CANÇADO TRINDADE, 2003, p. 40)

Valiosa a lição de MAZZUOLI (2000, p. 88) no sentido de que a evolução destas disposições em favor da prevalência dos direitos humanos também se dá através da utilização do direito mais favorável pela aplicação do princípio *pro homine*. Não é por outra razão a apresentação destes direitos em forma de "vasos de comunicação" (MAZZUOLI, 2008, p. 42) nas disposições de tratados internacionais, a fim de prevalecer aquele que melhor reflete a doutrina do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A dignidade da pessoa humana reinaugura a ordem internacional e nacional, implicando não apenas na existência destes novos direitos, como, vigorando, também, na aplicação do direito do interno brasileiro.

Apontado o recorte do contexto internacional que enfrentou o Constituinte de 1988, apresenta-se a inserção do art. 4º da CFRB/88 e o alcance deste princípio da prevalência dos direitos humanos. Busca-se abordar o histórico constitucional e a amplitude da norma constitucional objeto do trabalho.

2. A inserção do art. 4º da Constituição Federal e o alcance da prevalência dos direitos humanos nas ordens interna e externa

A Constituição Federal de 1988 tratou expressamente dos princípios que irão reger o Brasil em suas relações internacionais. Abordado já no

início da CRFB/88, o princípio da prevalência dos direitos humanos vem alocado ao lado de diversos outros:

> Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
>
> I - independência nacional;
>
> II - prevalência dos direitos humanos;
>
> III - autodeterminação dos povos;
>
> IV - não-intervenção;
>
> V - igualdade entre os Estados;
>
> VI - defesa da paz;
>
> VII - solução pacífica dos conflitos;
>
> VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
>
> IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
>
> X - concessão de asilo político.
>
> Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações. (BRASIL, 1988)

Tratando deste artigo constitucional, leciona o Prof. José Afonso da SILVA (2006, p. 50) sobre as inspirações de cada inciso. Para o autor, cada uma destas disposições constitucionais guardam relação com um incentivo de ordem doméstica e/ou exterior para sua inserção na Carta Magna:

> Reconhecem-se no rol dos princípios consagrados no art. 4º quatro inspirações: (a) uma nacionalista, nas ideias de independência nacional (inciso I), de autodeterminação dos povos (inciso III) e de não intervenção (inciso IV) e de igualdade entre os Estados (inciso V); (b) outra internacionalista, nas ideias da prevalência dos direitos humanos (inciso II) e de repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII); (c) uma pacifista , nas ideias de defesa da paz (inciso V), de solução pacífica dos conflitos (inciso VII) e na concessão de asilo político (inciso X); (d) uma orientação comunitarista, nas ideias de cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso

> IX) e na formação de uma comunidade latino-americana (parágrafo único). (SILVA, 2006, p. 50).

Como apontado, a prevalência dos direitos humanos também se apresentou como uma o fortalecimento da conquista democrática trazido pela CFRB/88. Superado um tempo de ruptura institucional com a cassação de muitos direitos, o Constituinte brasileiro se preocupou em apontar cada direito e/ou remédio constitucional a fim de impossibilitar que se repetisse ações desta ordem (COMPARATO, 2017, p. 86).

Sobre sua amplitude, a ilustração do princípio da prevalência dos direitos humanos previsto no art. 4º da Constituição Federal também se insere em todo o ordenamento constitucional brasileiro. Seu espírito, portanto, irradia para todo ordenamento jurídico. Não sem outra razão que o art. 5º, §2º da CRFB/88 determina que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte" (BRASIL, 1988).

A existência de um dispositivo constitucional próprio para determinar essa prevalência nas relações internacionais demonstra um deslocamento para este campo. De acordo com PANNUNZIO (2014, p. 222):

> O princípio da prevalência dos direitos humanos consagrado no art. 4o, II, da Constituição Federal expressa a noção de que os direitos humanos, de brasileiros ou estrangeiros, passaram a ser um tema de legitimo interesse nacional e não podem ser ordinariamente subjugados em favor de objetivos políticos de outra natureza, mesmo naquelas situações em que isso permitiria avançar interesses coletivamente relevantes sob o ponto de vista econômico, político ou social.

A condição do estrangeiro também ser legítimo titular destes direitos é apontada com maestria por PANNUNZIO (2014, p. 222-223). Para o autor, é evidente a ligação do princípio com sua condição de estar contida em determinações referentes à atuação internacional do estado brasileiro:

> A incorporação do princípio em um artigo que dispõe especificamente sobre a inserção internacional do Estado brasileiro teve,

> não obstante, o efeito de chamar atenção para um aspecto intrínseco à noção de direitos humanos que, por vezes, pode passar despercebido. Como tais prerrogativas são inerentes à simples condição de ser humano, não dependem da filiação da pessoa a uma determinada cidadania e, nessa medida, podem ser consideradas universais e parte de uma "ordem moral internacional".

A Constituição Federal de 1988 manteve no Supremo Tribunal Federal o seu primeiro e último guardião, razão pela qual se revela tão importante compreender a aplicação e a interpretação da norma constitucional.

Embora o art. 4º, inc. II da CRFB/88 seja pano de fundo para diversas problemáticas decorrentes de sua aplicação, passa-se a apresentar a aplicação deste princípio nos casos de progressão de regime para estrangeiros.

Assim, questiona-se na prática como entendeu o Supremo Tribunal Federal ao se deparar em situações que se entendeu pela inaplicabilidade do direito à progressão de regime em razão da condição de estrangeiro? Em outras palavras, a condição de estrangeiro pode ser utilizada como argumento para se negar a aplicabilidade de direitos fundamentais ao indivíduo?

3. A prática da prevalência dos direitos humanos nos Tribunais Superiores e o posicionamento do Supremo Tribunal Federal em matéria de progressão de regime para estrangeiro:

De início, cabe um apontamento sobre a vastidão de temas correlacionados à pesquisa que se encontra nos precedentes analisados. Diversas matérias inseridas nos temas de extradição ou expulsão podem ser vislumbradas nas decisões, trazendo consigo alguns parâmetros de atuação em relação à condição do estrangeiro[34].

Para a finalidade deste artigo, restringe-se a pesquisa tão somente aos contornos relacionados à duvida acerca da incompatibilidade de concessão de progressão de regime para estrangeiro em situação de extradição e/

34. Para Ilustrar a matéria, v. decisão prolatada pelo STF nos seguintes casos: *a)* Ext 783 QO-QO, rel. p/ o ac. min. Ellen Gracie, voto do min. Celso de Mello, j. 28-11-2001, DJ de 14-11-2003; *b)* HC 82.424, rel. p/ o ac. min. Maurício Corrêa, j. 17-9-2003, DJ de 19-3-2004; *c)* Ext 1.195, Relator Min. Ayres Britto, julgado em 12-5-2011, DJE de 21-6-2011.

ou expulsão. Especificamente, busca-se compreender a aplicação do princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4, II da CRFB/88) pelo STF na resolução destes casos.

Na prática judiciária, o tema não se restringe somente aos casos julgados pela Corte Constitucional, pois é objeto de casos concretos ordinários postos à resolução judicial diariamente no Poder Judiciário estadual e federal. Na precisa lição de CARVALHO (2001, p. 171-172) sobre a incidência deste princípio na área penal:

> A consagração do princípio da prevalência dos Direitos Humanos, no entanto, não está vinculada apenas às relações exteriores, mas é orientadora de todo ordenamento jurídico nacional, principalmente das normas de natureza penal e processual penal, visto sua incorporação pelos princípios que definem os direitos e garantias fundamentais.

Aponta-se, preliminarmente, o julgamento realizado pelo Supremo Tribunal Federal no HC n. 82959, quando enfrentou a inconstitucionalidade de disposição contida na *Lei dos Crimes Hediondos* que impedia a progressão de regime em decorrência da prática dos crimes de tal natureza. Na oportunidade (BRASIL, DJe de 13-3-2006) por seis votos a cinco, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do art. 2º da Lei 8.072/90 que proibia a progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes hediondos. Entendeu-se que a regra da progressão de regime decorria do direito fundamental à individualização da pena (art. 5º, inc. XLVI da CRFB/88).

Reconhecido como direito fundamental, cabe averiguar sua eficácia quando confrontada com a situação de estrangeiro irregular condenado no Brasil. No Supremo Tribunal Federal, pode se ver a incidência do princípio da prevalência dos direitos humanos em diversas ocasiões em matéria de execução penal.

Primeiro, em julgamento realizado no ano de 1996, entendeu-se pela impossibilidade de tratamento penal diferenciado ao estrangeiro em condição de extraditando (BRASIL, DJ de 6-4-2001). Em destacável excerto do voto do Min. Celso de Mello na Ext nº. 633, contempla-se a ligação entre o direito às garantias fundamentais - no caso, o direito

à progressão de regime decorrente do princípio de individualização da pena e a dignidade da pessoa humana:

> A essencialidade da cooperação internacional na repressão penal aos delitos comuns não exonera o Estado brasileiro – e, em particular, o STF – de velar pelo respeito aos direitos fundamentais do súdito estrangeiro que venha a sofrer, em nosso país, processo extradicional instaurado por iniciativa de qualquer Estado estrangeiro. O fato de o estrangeiro ostentar a condição jurídica de extraditando não basta para reduzi-lo a um estado de submissão incompatível com a essencial dignidade que lhe é inerente como pessoa humana e que lhe confere a titularidade de direitos fundamentais inalienáveis, dentre os quais avulta, por sua insuperável importância, a garantia do due process of law. Em tema de direito extradicional, o STF não pode nem deve revelar indiferença diante de transgressões ao regime das garantias processuais fundamentais. É que o Estado brasileiro – que deve obediência irrestrita à própria Constituição que lhe rege a vida institucional – assumiu, nos termos desse mesmo estatuto político, o gravíssimo dever de sempre conferir prevalência aos direitos humanos (art. 4º, II). (BRASIL, DJ de 6-4-2001).

O Plenário do STF enfrentou a matéria em maio de 2014, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator na Ext. 947-QO (BRASIL, DJe de 30-10-2014) e, por maioria, concedeu habeas corpus de ofício a fim de que o Juízo da Execução Penal perquirisse sobre o preenchimento dos requisitos para progressão de regime. Restaram vencidos, parcialmente, os Ministros Teori Zavascki e Marco Aurélio. De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski, relator do caso:

> A exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de pena conflita com diversos princípios constitucionais, especialmente o da prevalência dos direitos humanos (art. 4º, II) e o da isonomia (art. 5º), que veda qualquer discriminação em razão da raça, cor, credo, religião, sexo, idade, origem e nacionalidade. (BRASIL, DJe de 30-10-2014)

O Ministro Ricardo Lewandowski fez constar que seu entendimento se dava no mesmo sentido do julgado no HC 97.147/MT, Rel. para o

acórdão Min. Cezar Peluso, julgado em 2009. Naquela oportunidade, a Segunda Turma do STF entendeu pela compatibilidade da progressão de regime, com a seguinte ementa:

> EXECUÇÃO PENAL. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Admissibilidade. Condenação por tráfico de drogas. Estrangeira sem domicílio no país e objeto de processo de expulsão. Irrelevância. HC concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no país e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena. (BRASIL, DJe 12-2-2010)

Neste julgado, em suma, entendeu-se que a situação de constar um processo de extradição contra o condenado estrangeiro não lhe retira o direito de progressão de regime, pois o alcance deste direito também se dá ao estrangeiro. Sua restrição se mostraria como uma discriminação negativa e em prejuízo dos direitos fundamentais e direitos humanos do estrangeiro em solo brasileiro (HC 97.147/MT. BRASIL, Dje 12-2-2010).

Além destes, vê-se também entendimento da Segunda Turma, proferido no HC nº 119.717, de relatoria do Min. Luiz Fux (BRASIL, DJe de 2-6-2014), além de decisão monocrática de relatoria do Ministro Luis Roberto Barroso em sede de recurso ordinário em *habeas corpus*, que assentou expressamente sobre a aplicabilidade do princípio de prevalência dos direitos humanos a fim de reconhecer a eficácia dos direitos do condenado ainda que existente processo de expulsão contra o estrangeiro:

> A orientação jurisprudencial do Plenário do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a exclusão do estrangeiro do sistema progressivo de cumprimento de pena, ainda quando exista procedimento de expulsão em curso, afronta diversos princípios constitucionais, notadamente o da prevalência dos direitos humanos e o da isonomia, competindo ao Juízo da Execução a análise de eventual risco de fuga e das peculiaridades do caso concreto. (BRASIL, Rec. Ord. em HC n. 125025/SP, DJe de 11-11-2014)

Igualmente foi a conclusão exposta em decisão monocrática prolatada pelo Ministro Gilmar Mendes também em 2014 no HC n. 121729

(BRASIL, DJe 8-4-2014). Em ambos os casos, a fim de apoiar o entendimento, citou-se o entendimento de julgados aqui já citados, especialmente: a) Ext. 947-QO, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; b) HC 117.878, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; c) HC 119.717, Rel. Min. Luiz Fux; e d) HC 91.147, Rel. para o acórdão Min. Cezar Peluso.

Como afiançado, o Superior Tribunal de Justiça também abordou a matéria em algumas ocasiões, sobretudo em sede de *habeas corpus.* Em 2014, entendeu-se no HC n. 284.335/SP que a "Corte Superior de Justiça possui entendimento firmado no sentido de que a situação irregular do estrangeiro no País não é circunstância, por si só, capaz de afastar o princípio da igualdade entre nacionais e estrangeiros" (BRASIL, DJe de 3-11-2014). Sobre o caso, prosseguiu o relator, Ministro Felix Fischer:

> Assim, mostra-se claro o constrangimento ilegal apontado, pois o eg. Tribunal de origem entendeu inviável a progressão prisional ao apenado apenas ao argumento de que o paciente é estrangeiro em situação irregular, o que não constitui motivação idônea para o indeferimento da benesse. (BRASIL, DJe de 3-11-2014)

Com a mesma conclusão apontada nesta decisão, também se manifestou o STJ em outras oportunidades: a) REsp n. 662567/PA, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 26-9-2005; b) HC n. 111.024/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJ de 15-12-2008; c) HC 103.373/SP, Sexta Turma, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJ de 22-9-2008; d) HC n. 252.745/SP, Quinta Turma, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe de 12-3-2013; e) C n. 265.720/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe de 20-6-2014; f) HC n. 299.630/SP, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 28-11-2014; g) HC n. 327.507/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, decisão monocrática, DJe de 26-6-2015.

Não se pode perder de vista a eficácia prática do princípio da dignidade da pessoa humana que deve ser visto em complemento ao da prevalência dos direitos humanos e da individualização da pena. Neste contexto, merecedora de destaque a apresentação do Ministro Rogerio Schietti Cruz sobre o tema no julgamento realizado pela Sexta Turma do HC n. 309.825/SP (BRASIL, DJe de 12-3-2005):

> A progressão de regime, tanto do nacional quanto do estrangeiro, deve ser pautada pelo respeito à dignidade da pessoa humana e pela observância aos princípios da igualdade e da individualização da pena. O benefício não pode ser vedado pelo simples fato de o apenado estar em situação irregular no país ou, mesmo, de haver decreto de expulsão expedido contra ele, motivos que, por si sós, conforme jurisprudência uníssona desta Corte, não seriam idôneos para tanto.

Logo, tanto o STJ quanto o STF entendem que a simples condição de estrangeiro, ainda que existam processos que impliquem na entrega do condenado à país estrangeiro (como expulsão e/ou extradição) não acarreta, *a priori*, na supressão do direito fundamental à individualização da pena. O entendimento se dá no sentido de que a condição do estrangeiro não pode excluir este direito. Todavia, a aferição sobre a possibilidade de progressão de regime será feita somente no caso concreto.

O princípio da prevalência dos direitos humanos incide por entender a Suprema Corte que negar este direito seria discriminar negativamente o estrangeiro e, por isso, em contrariedade ao princípio informado como regente das relações internacionais brasileira. Por fim, o entendimento do STF é ecoado em decisões do STJ.

Conclusão

A teoria do Direito Internacional dos Direitos Humanos indica a necessidade de fortalecimento dos direitos do indivíduo em face do Estado. Estes direitos se dão imediatamente em razão da condição de ser humano.

A evolução da doutrina dos direitos humanos representou sua inserção em documentos internacionais e nacionais. No Brasil, a CRFB/88 adotou expressamente a prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

No caso em estudo, buscou-se trata na prática sobre este princípio em matéria de execução penal. Viu-se que a progressão de regime do condenado decorrente do princípio da individualização da pena, contida no art. 5, inc. XLVI da CRFB/88, constitui direito do condenado no Brasil, conforme o julgamento do STF no HC n. 82959 (DJe de 13-3-2006).

Assim, uma vez aplicável este direito ao cidadão brasileiro, não pode o Estado se furtar da sua aplicação ao estrangeiro condenado em território brasileiro. Isto porque o princípio da prevalência dos direitos humanos determina que determinado direito fundamental em favor do indivíduo deve se sobrepor a fim de aumentar seu alcance e amplitude.

Em suma, a teoria do direito internacional dos direitos humanos se soma à prática do direito penal sobre a tentativa de proibição, por parte do Estado brasileiro, de supressão do direito de progressão de regime ao apenado estrangeiro.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou expressamente sobre a impossibilidade de se interpretar a condição do estrangeiro em prejuízo aos direitos fundamentais vigentes no Brasil em diversas ocasiões. Para a Suprema Corte, entender o contrário seria discriminar negativamente e em prejuízo da dignidade da pessoa humana.

O princípio da prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais (art. 4º, II da CRFB/88), portanto, acolhe a aplicação dos direitos fundamentais ao estrangeiro em solo brasileiro, ainda que em situação desfavorável como processo de expulsão e/ou extradição. A garantia deste direito fundamental ao estrangeiro se faz decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana e de prevalência dos direitos humanos nas relações internacionais.

Assim como no STF, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ) se vê igualmente o tema discutido em algumas ocasiões, aplicando-se o entendimento do Supremo Tribunal Federal. A matéria é pacífica em ambos os Tribunais.

Por conseguinte, tanto o STF quanto o STJ entendem que a simples condição de haver estes processos que impliquem na entrega do condenado à país estrangeiro não acarreta na supressão do direito fundamental. A aferição sobre a possibilidade de progressão de regime, todavia, será feita somente no caso concreto. Impede-se, portanto, a negativa de progressão de regime em razão da condição de estrangeiro.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília/DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ext 633**, Rel. Ministro Celso de Mello, j. 28-8-1996, Brasília/DF, DJ de 6-4-2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ext 783 QO-QO**, Rel. p/ o ac. Ministra Ellen Gracie, voto do Ministro Celso de Mello, j. 28-11-2001, Brasília/DF, DJ de 14-11-2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário, **HC n. 82959**, Rel. Ministro Marco Aurélio, j. 23-2-2006, Brasília/DF, DJe de 13-3-2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **Ext 947 QO-PAR**, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, j. 28-5-2014, Brasília/DF, DJe de 30-10-2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 97.147/MT**, Rel. Ministra Ellen Gracie, Rel. p/ acórdão Ministro Cezar Peluzo, j. em 4-8-2009, Brasília/DF, DJe de 12-2-2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC n. 119.717**, Rel. Ministro Luiz Fux, Brasília/DF, DJe de 2-6-2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Rec. Ord. em HC n. 125025/SP,** Rel. Ministro Luis Roberto Barroso, decisão monocrática. Brasília/DF, DJe de 11-11-2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 121729**, Rel. Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática, j. 2-4-2014, Brasília/DF, DJe de 7-4-2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC n. 309.825/SP**, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília/DF, DJe de 12-3-2005.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma, **HC n. 284.335/SP**, Rel. Ministro Felix Fischer. Brasília/DF, DJe de 3-11-2014.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de direito internacional dos direitos humanos**, v. 1. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Ed., 2003.

CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias:** Uma Leitura do Garantismo de Luigi Ferrajoli no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

CERVO, Amado Luiz. "A ação internacional do brasil em um mundo em transformação: conceitos, objetivos e resultados (1990-2005)". In: OLIVEIRA, Henrique Altemani de; LESSA, Antônio Carlos (orgs.). **Relações internacionais do Brasil:** temas e agendas, v.1. São Paulo: Saraiva, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

JACKSON, Robert; SØRENSEN, Georg. **Introdução às relações internacionais**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito** [tradução João Baptista Machado]. 6. ed. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 1998.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "A influência dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos no direito interno brasileiro e a primazia da norma mais favorável como regra de hermenêutica internacional". **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, v. 53, p. 83-106, São Paulo/SP, 2000.

_____. **Rumo às novas relações entre o direito internacional dos direitos humanos e o direito interno:** da exclusão à coexistência, da intransigência ao diálogo das fontes. Tese (Doutorado em Direito). Porto Alegre/RS: Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas, assinada em São Francisco em 26 de junho de 1945.** Rio de Janeiro/RJ: Centro de Informação da ONU para o Brasil. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2017/11/A-Carta-das-Na%C3%A7%C3%B5es-Unidas.pdf>. Acesso em 10 out. 2018.

PANNUNZIO, Eduardo. **Judicialização das relações internacionais a força do princípio constitucional da prevalência dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. "Comentário ao artigo 4º". In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo/Lisboa: Saraiva/Almedina, 2013.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

A mediação penal na violência doméstica

Fernanda Santos Fernandes

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar a adequação da utilização da mediação penal como alternativa eficaz nos casos envolvendo crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, diante da especificidade dos casos em que autor e vítima se conhecem e convivem sob o mesmo teto, por vezes, com filhos em comum.

A Constituição de 1988 fundou uma nova ordem democrática e inaugurou uma fase do Direito Constitucional, denominada de neoconstitucionalismo, fundado na perspectiva filosófica do pós-positivismo, sendo marcado, em especial, pela teoria dos direitos fundamentais, teoria dos princípios e nova hermenêutica jurídica, albergando um sistema aberto de valores, com um conjunto de princípios e regras destinados a realizar os direitos fundamentais nela exaustivamente plasmados, explícita e implicitamente, trazendo a dignidade da pessoa humana como valor central.

A Carta Constitucional passou a ocupar o centro do ordenamento jurídico, servindo como filtro para as demais normas infraconstitucionais, em um verdadeiro processo de filtragem constitucional, com enfo-

que na força normativa de suas normas, que passaram a ser dotadas de imperatividade, deixando de ser uma mera carta de recomendação.

Nessa senda, a promulgação da Constituição de 1988 preceituou o princípio da isonomia, estabelecendo que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, bem como o art. 226, §8º, que prevê a obrigação de o Estado assegurar a assistência à família, com a criação de mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações. Assim, imperioso se faz analisá-los não só sob as lentes de um direito subjetivo, como também em uma perspectiva objetiva, sendo demandado do Estado, para além de uma abstenção, um dever de agir, sob pena de incidir na proteção deficiente dos direitos e garantias constitucionais.

O surgimento da Lei no. 11.340/2006, após vários debates acerca da violência de gênero, em que pese representar um enorme avanço legislativo na proteção dos direitos humanos da mulher, não resolveu a celeuma da violência contra a mulher, muito menos foi capaz de diminuir os índices deste tipo de violência, restando claro que o enfoque punitivista não foi apto a fulminar os conflitos existentes.

A violência doméstica e familiar é uma questão muito complexa, por envolver partes que se conhecem e convivem sob o mesmo teto, muitas das vezes, com filhos comuns, envolvendo fatores de cunho psicossocial, histórico e cultural, merecendo uma intervenção estatal multidisciplinar e contextualizada, com foco na gênese do problema.

Neste contexto, é que se tentará demonstrar que a mediação penal se coaduna perfeitamente com as relações domésticas e familiares, em especial, por agir na causa do problema, solucionando definitivamente o conflito apresentado.

1. A violência doméstica na vigência das leis nº 9.099/95 E 11.340/2006 E a justiça restaurativa

Na obra Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal, Daniel Achutti faz um estudo comparativo da violência doméstica na vigência da Lei 9.099/90 e, posteriormente, a partir da Lei 11.340/06, apontando os fatores que impediram que estas leis cumprissem grande parte dos seus objetivos iniciais.

A iniciar pela Lei 9.099/90, o autor diagnosticou que as rotinas judiciárias burocráticas acabaram por impedir a celeridade tão esperada por esta Lei, existindo um grande índice de insatisfação das vítimas por não terem suas pretensões atendidas e, as vezes, sequer ouvidas durante a conciliação, que é feita de forma mecânica, sendo as vítima relegadas a um segundo plano, já que o que se pretende é a celeridade processual, que fica comprometida face à grande quantidade de demanda existente, não sendo o consenso entre as partes atingido, já que seus profissionais não recebem uma preparação especializada para atuação nos juizados.

Achutti (2014) pontuou os aspectos negativos da Lei 9.099, sendo muitos deles igualmente aproveitados à Lei 11.340, podendo ser assim sintetizados:

> (i) a importância dos mecanismos conciliatórios foi negligenciada, com a consequente ausência de qualquer diálogo dentre vítima e ofensor; (ii) houve um descuido acentuado em relação aos interesses da vítima, com foco voltado ao acusado, especialmente através do amplo uso da transação penal; (iii) a sobreposição dos atores jurídicos em relação às partes é notória, com predominância do uso de linguagem técnica; e (iv) quase não se verificam conciliações nos casos concretos, o que não colabora para a solução efetiva do conflito que envolve as partes.

Com relação a violência doméstica, o autor pontuou que a Lei 9.099 sofreu algumas críticas de ter reduzido a importância da violência conjugal no sistema penal, banalizando a violência contra a mulher, sobretudo pela falta de informações que as vítimas deste conflito recebiam, já que eram vistas como objeto ou instrumento processual, bem como pela falta de uma estrutura híbrida para fins de mediação dos conflitos (Amaral, 2007).

No caso dos Juizados, a composição civil dos danos realizada entre as partes na audiência preliminar, não atingia os objetivos esperados pelas vítimas de violência doméstica, já que o ressarcimento dos danos não era o foco principal, mas sim o fim da violência.

Segundo Mello (2007), o objetivo principal da Lei Maria da Penha é:

> dar voz "àquelas mulheres que não eram ouvidas em lugar algum, que chegavam às delegacias e eram orientadas a retornar ao lar

> que foi cenário da violência sofrida, que chegavam ao Judiciário e o agressor efetuava o pagamento de pena pecuniária, muitas vezes convertida em cestas básicas, cujos alimentos eram retirados do próprio lar conjugal, privando a própria vítima e o filhos que juntos retornavam à casa sem solução, e a violência continuava.

Wania Pasinato (2010) assinala que a Lei Maria da Penha possui como eixos as medidas criminais, as medidas de proteção da integridade física e dos direitos da mulher, as medidas assistenciais e as medidas de prevenção e educação, sendo necessária a articulação de todos esses eixos para a integral proteção da vítima, em especial, da implementação de políticas públicas com estratégias visando proibir a reprodução social da violência e da discriminação de gênero, com vistas ao combate, proteção e prevenção da violência.

Ao realizar um diagnóstico da aplicação da Lei 11.340/06, Achutti (2014) traz como crítica principal o foco punitivista desta lei, "por reafirmar o mito de que o sistema de justiça criminal possui condições de responder à altura os conflitos sociais", negando a busca do consenso e da mediação como forma de diminuição da violência doméstica, afastando-se do novo paradigma da justiça restaurativa como forma de resolução de conflitos.

Geraldo Prado classifica a Lei Maria da Penha como uma lei penal, já que

> "malgrado os esforços para consolidar-se como Estatuto capaz de compor um sistema micro de disciplina jurídica das questões pertinentes à violência doméstica e familiar contra a mulher. Os aspectos não penais das categorias e institutos criados funcionam como acessórios ou instrumentos de garantia de eficiência do mecanismo penal de responsabilização da violência doméstica e familiar contra a mulher, em suas variadas formas de manifestação".

Karam (2006) entende que o art. 16, da Lei Maria da Penha se trata de uma superproteção discriminatória da mulher, já que, ao estabelecer que a renúncia ao direito de representação só poderá ocorrer em audiência específica para este fim, reduz a mulher a uma condição de inferioridade, passando a ocupar "uma posição passiva e vitimizadora, tratada como in-

capaz de tomar suas próprias decisões", tendo posteriormente tal artigo sido declarado inconstitucional pelo STF, decidindo a Suprema Corte que os crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher serão processados mediante ação penal pública incondicionada.

Outro ponto pontuado foi o de que com a exclusão do rito dos JECRIM, a Lei Maria da Penha impediu a possibilidade de conciliação entre a ofendida e o agressor, evitando-se assim o fim do ciclo da violência.

Pasinato (2010) esclareceu que a falta de articulação entre o Poder Judiciário e a rede especializada de serviços impossibilita a busca de ajuda pelas vítimas, em caso de descumprimento das medidas protetivas de urgência, não havendo articulação com os programas e políticas sociais para o encaminhamento das vítimas e seus familiares. Ressalta, ainda, a falta de especialização dos juízes e demais servidores, culminando no arquivamento dos inquéritos, em vez de solução dos conflitos, bem como a demora no deferimento das medidas protetivas.

Achutti (2014) esclareceu que as medidas integradas de prevenção, assistenciais, de atendimento e protetivas

> "configuram um conjunto de instrumentos criativos e ágeis à disposição da mulher, mas encontram dificuldades relacionadas à sua eficácia, pois dependem da implementação de uma rede que integre todos os serviços à disposição da mulher vítima de violência doméstica – o que não existe na maior parte do país".

Segundo Achutti, os principais problemas relacionados a Lei Maria da Penha

> "estão diretamente relacionados ao retorno do uso do direito penal para o enfrentamento dos conflitos envolvendo violência doméstica, e ao encerramento das possibilidades de se utilizar mecanismos alternativos nestes casos, como a conciliação e a mediação. Os recursos do sistema penal há muito não produzem efeitos positivos, e a experiência do uso de mecanismos realmente consensuais de resolução de conflitos é uma página em branco no Brasil."

Outrossim, "a ausência de uma rede integrada de apoio à mulher na maioria do Estados, praticamente inviabilizam o acompanhamento indi-

vidualizado dos casos e expõe a dificuldade das mulheres em encontrar apoio em momentos críticos" (Achutti, 2014).

Na verdade, Achutti (2014) observa que apenas a edição de uma lei específica não resolverá o problema, uma vez que já ficou demonstrado com a experiência destas duas leis especiais que, em que pese terem sido formalmente instituídas, não foram eficazmente implementadas, sobretudo no que tange as políticas públicas, bem como em razão da falta de preparação dos operadores jurídicos.

E conclui o autor

> "Ademais, os obstáculos apontados acima se apresentam como um, conjunto de dificuldades a ser seriamente considerado antes da edição de novas leis penais no Brasil. O déficit democrático nacional apontado por Pestana (2009), a forte cultura jurídica legalista do Brasil diagnosticada por Santos (2008) e a racionalidade penal iluminista, entendida como sistema de pensamento que bloqueia uma reforma significativa em matéria penal, como exposto por Pires (1999), podem se transformar nos principais responsáveis pelo fracasso da justiça restaurativa no Brasil".

Ao tratar da justiça restaurativa como um novo modelo de administração de conflitos, Achutti (2009) partiu de duas premissas, a de que é possível considerá-la como um modelo diferenciado de conflitos, com aptidão de satisfação efetiva dos interesses das partes e a de que a sua utilização poderá diminuir o uso da justiça criminal e os índices de encarceramento.

Contudo, para que seja possível a adoção da justiça restaurativa no Brasil, é necessária para além de uma reforma legislativa, que seja alterada toda uma cultura jurídica, com a especialização e preparo de seus operadores jurídicos, com o fim de evitar sua burocratização e automatização, como ocorreu com a Lei 9.099.

2. Da mediação na lei de violência doméstica

Ao contrário do que muitos professam, a justiça restaurativa visa justamente a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, jogando os holofotes para a vítima, que passa a ter voz ativa no processo penal,

sendo ouvida e, sobretudo, tendo seus interesses atendidos, em consenso com o autor, buscando a pacificação social.

Em que pese o Projeto de Lei 5117/2009 atribuir ao Delegado de Polícia o papel de mediador de conflitos, em consonância com sua atribuição de agente democrático, este projeto foi arquivado, tendo sido apresentado um novo projeto de lei com o mesmo teor, o PL no. 1028/2011, proposto pelo Deputado Federal João Campos.

A mediação, por estar inserida no contexto de uma justiça restaurativa, que encara o crime, sobretudo, como uma ofensa ao indivíduo, como um conflito interpessoal, visa, diferentemente da justiça retributiva[35], resolver o conflito, com um olhar para o futuro, com o restabelecimento da relação de diálogo entre as partes, com a reparação dos danos, buscando a reconciliação, solução efetiva do conflito, restabelecimento da paz entre agressor e vítima, com o reconhecimento das expectativas de cada um e busca de solução definitiva para o conflito, em prol do restabelecimento da paz entre agressor e vítima.

Outrossim, a justiça restaurativa encoraja a mutualidade, o conhecimento mais profundo das pessoas envolvidas no conflito, buscando de uma solução definitiva para ele, com o envolvimento da vítima e do agressor no processo de mediação, valorizando suas expectativas e necessidades, bem como os direitos da vítima e encorajando o agressor a assumir a responsabilidade pelo fato.

Dessa forma, a justiça restaurativa deságua na responsabilização do agressor por meio do reconhecimento do impacto da sua conduta assim como pela ajuda em decidir como repor a situação, com o entendimento da ofensa em todo o seu contexto moral, social, econômico e político, com uma resposta centrada em todos os efeitos danosos gerados pelo agressor e o encorajamento ao arrependimento, ao perdão, ao pedido de desculpas e ao restabelecimento da paz. Deve ter a presença obrigatória de mediador e, quando o caso, de outros profissionais psicossociais, com o protagonismo absoluto da vítima e do agressor na solução do problema, tendo o enfoque na desjudicialização, na despenalização e no princípio da irrelevância penal do fato (dispensa da pena).

35. http://www.wiki-iuspedia.com.br/article.php?story=2007112110221527
http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/13519-13520-1-PB.pdf

No artigo "Mediação e Conciliação podem evitar violência doméstica", publicado na Revista Consultor Jurídico, André Luís Melo pontuou que a Secretaria Nacional de Políticas para as Mulheres tem resistido ao recurso da mediação e conciliação no âmbito da Lei 11.340/06, sob a alegação de que a mulher seria a parte vulnerável da relação, portanto, em relação de desigualdade, partindo de uma premissa falaciosa, uma vez que se tem notado que o que realmente ocorre nestes casos é uma falta de diálogo entre as partes, o que poderia ser suprido pela mediação.

E isso porque os casos de violência doméstica ocorrem entre pessoas conhecidas, que integram uma relação familiar ou de afeto, existindo muitas vezes filhos em comum, vínculos que deverão ser mantidos após o litígio, sendo a mediação nestes casos fundamental para possibilitar o diálogo entre as partes, visando a pacificação social.

O discurso do postulado "em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher", presente no inconsciente coletivo é exemplo de que tais relações são complexas. Diferentemente do que ocorre nos crimes de um modo geral, nas relações familiares e de afeto, a vítima só quer que a agressão termine, ainda que não queira continuar na relação amorosa, não desejando que o agressor seja preso ou condenado.

Por isso, é comum ser mencionado que, ao acionar a Polícia Militar ou comparecer à Delegacia de Polícia para registrar a ocorrência, a vítima deseja tão-somente que seja dado um "susto" no agressor, portanto, apenas quer ver cessada a agressão física ou verbal, não aceitando, em muitos casos, a prisão do autor.

Dessa forma, diferentemente da conciliação, que é mais rápida e tem o propósito de realização de acordos, com ampla intervenção do conciliador, a mediação pretende restabelecer o diálogo entre as partes, recomendável nos casos de relação duradoura, tais como as familiares e amorosas.

Os delitos mais comuns em violência doméstica são os de ameaça, crimes contra a honra e lesão corporal, sendo a maioria de menor potencial ofensivo, com exceção deste último tipo penal, mas em todos esses casos dificilmente o agressor ficará preso no final do processo, quando muito, em regime inicial aberto.

A Presidente do Tribunal Superior de Justiça da Catalunha (TSJC), Maria Eugenia Alegret[36], defendeu o uso da mediação em alguns casos

36. http://www.mediarconflitos.com/2007/05/mediao-para-violncia-contra-mulher.html

de violência de gênero, quando a agressão tenha ocorrido pontualmente em momento de crise, depois que percebeu que os juizados especiais de violência de gênero obtiveram, em quase dois anos de funcionamento, resultados relativos, com aumentos do número de registros de 2005 para 2006, motivo pelo qual apontou a importância de que a legislação não seja tão rígida, com enfoque apenas punitivista.

Assim, resta demonstrado que a política pública federal intervencionista e punitivista, que afasta a chance de diálogo entre as partes nos casos de violência doméstica e familiar, fulmina a possibilidade de solução da lide, com a cessação do ciclo de violência existente nestes conflitos.

Neste sentido, é imperioso que o Estado estimule a mediação como forma de prevenção da violência doméstica, por meio de políticas públicas e alteração legislativa, possibilitando que estas sejam realizadas desde a fase policial, com o auxílio de diversos órgãos públicos, bem como por equipes multidisciplinares.

A Ministra Cármen Lúcia37 vem defendendo o uso das técnicas de Justiça Restaurativa em casos de violência doméstica, conforme se pode depreender do site do STF, como forma de recomposição das famílias atingidas, em especial, quando envolvem as crianças, já que a justiça restaurativa é uma técnica de auxílio na solução de conflitos que tem como objetivo principal a oitiva das vítimas e dos ofensores, recebendo o incentivo, inclusive, do Conselho Nacional de Justiça, uma vez que tem a finalidade de restabelecimento do respeito entre as relações familiares, sem necessariamente ter a pretensão de restauração da relação, visando a pacificação social.

Neste sentido, a Ministra defendeu um maior empenho dos Tribunais na criação de varas especializadas de violência doméstica, tendo em vista haver apenas 115 unidades no país, já que demandaria a contratação de profissionais multidisciplinares e profissionais com um perfil específico para lidar com esse tema.

No artigo publicado na revista da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul sobre a experiência da aplicação da mediação nos casos envolvendo violência doméstica, é ressaltado pelas autoras como um grande desafio encontrado na proteção destas vítimas a

37. http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344711&tip=UN

> "sua dificuldade de se reconhecerem como vítimas, já que muitas vivem em uma estrutura familiar transgeracional na qual a violência é uma conduta comum e, por isso, banalizada. Nos casos de violência doméstica, a família deixa de ser um lugar de proteção, de intimidade e de reconhecimento da dignidade da pessoa humana para ser um lugar de sofrimento, submissão e, muitas vezes, de morte psíquica e/ou real. Tal violência se estende para além da díade do casal, influenciando os filhos a repetirem padrões de comportamento parentais, disfuncionais. Quanto mais a família estiver baseada em valores de reciprocidade afetiva, respeito ao outro, equilíbrio de poder nas relações e proteção de seus integrantes, maior influência terá no desenvolvimento das potencialidades de cada ser humano, promovendo a prevenção da violência[38]".

E mais adiante, continuam as autoras

> "A Lei 11.340 foi elaborada devido a uma sanção ao Estado brasileiro por sua ineficácia em punir o caso de violência de gênero sofrida pela brasileira Maria da Penha Maia Fernandes. Alarmantes são os dados divulgados, em 20 de junho de 2013, pela OMS (Organização Mundial da Saúde)[39], com relação à violência contra a mulher, relatando que "mais de um terço de todas as mulheres do mundo é vítima da violência física ou sexual, o que confere proporções epidêmicas para o problema"[40].

Outro dado estarrecedor é que "a maioria dessas mulheres é atacada ou abusada por seus maridos ou namorados"[41]. O relatório revela ainda que "38% das mulheres assassinadas no mundo foram mortas por seus parceiros e que 42% das que foram atacadas por eles carregam algum tipo de sequela do ataque, como ossos quebrados, problemas na gravidez, hematomas, depressão e doenças mentais[42]".

---

38. *www.fmp.com.br/revistas/index.php/FMP-Revista/article/download/10/16* , p. 267.

39. OMS, 2013, p. 20.

40. METRO COM AGÊNCIAS. Uma em cada três mulheres sofre algum tipo de violência. Jornal *Metro*, Porto Alegre, ano 2, n. 405, p. 11, jun. 2013.

41. *Ibidem.*

42. *Ibidem.*

A mediação estimula que as partes cheguem sozinhas, de forma autônoma, a criação de uma solução para o litígio, com o fim de pacificação das relações familiares, portanto, "a ideia é que ela restabeleça o diálogo entre os envolvidos, de modo que eles enxerguem, por si mesmos, outros aspectos do impasse, de modo a chegar a uma solução (Lorencini, 2012)".

Catão (2009) ressalta que a mediação é a uma das formas mais antigas de solução de conflitos com a função de dirimir conflitos, pressupondo um terceiro entre as partes para intermediar a resolução do litígio.

Nos dizeres de Neto (2012)

> "A mediação de conflitos pode ser definida como um processo em que um terceiro imparcial e independente coordena reuniões separadas ou conjuntas com as pessoas envolvidas, sejam elas físicas ou jurídicas, com o objetivo de promover uma reflexão sobre a inter-relação existente, a fim de alcançar uma solução, que atenda a todos os envolvidos. E como solução quase sempre resulta no cumprimento espontâneo das obrigações assumidas".

A lei 11.340/06 não prevê expressamente a utilização da mediação nos casos de violência doméstica, não havendo oportunidade durante o processo criminal de oitiva das partes, merecendo ser discutida a possibilidade de seu uso, como forma de pacificação das relações familiares e afetivas.

Patrícia Cunha Barreto de Carvalho, em seu artigo publicado na Revista da ESMESE nº 17, defendeu o uso da mediação nas relações familiares como um método eficaz.

A prática da mediação nas relações familiares, como um método alternativo de resolução do conflito, tem se revelado um poderoso e eficaz instrumento de pacificação de conflitos familiares por não focar na busca do acordo, o qual pode ou não ocorrer, mas sim no restabelecimento do diálogo entre os conflitantes, estimulando-os a desenvolver a capacidade de resolução eficaz dos problemas, com o enfrentamento das causas para assim dissolver o conflito instalado.

Ressalte-se que tal alternativa somente seria aplicável em casos prematuros, quando identificadas certas situações de menor gravidade que

apontarem para o desenvolvimento da violência doméstica e familiar de forma progressiva[43] (Carvalho, 2012).

Em que pese a Lei 11.340/06 representar um avanço na discriminação contra as mulheres, tal legislação não foi capaz de diminuir os casos de violência doméstica no país, e isto se explica pelo fato de que nestes crimes, diferentemente dos crimes comuns, há especificidades a serem consideradas de cunho psicossocial, histórico e cultural, merecendo um novo olhar sobre sua solução, que não meramente punitivista, clamando "por uma intervenção estatal contextualizada e multidisciplinar voltada, de fato, à solução do problema, principalmente a partir de suas origens" (Ribeiro, 2015).

A Justiça restaurativa se apoia no princípio da redefinição de crime, em que este é visto, para além de uma transgressão legal, como um ato que gera danos às pessoas e às relações (Jaccoud, 2005, p. 170), portanto, nos casos de violência doméstica o que se busca é a restauração das relações familiares das partes envolvidas no crime.

A mediação visa conceder as partes envolvidas no conflito a oportunidade de serem escutadas e de poderem expor suas pretensões, de modo que sejam restabelecidas as relações e os elos rompidos com a prática do crime, com o intuito de prevenção, educação, empoderamento e humanização do conflito (Azevedo, 2007).

Assim, a mediação busca a restauração das relações rompidas com a prática do crime, "de modo que, entendendo as causas e consequências do conflito, as partes envolvidas possam superar a possível gênese de novos delitos" (Ribeiro, 2015), trazendo um empoderamento às partes que passam a gerir seus conflitos de forma autônoma, buscando a melhor solução para eles.

Para tanto, a mediação tem que conservar suas características de voluntariedade, confidencialidade, oralidade, imparcialidade do mediador e autonomia decisória das partes (Sica, 2007), bem como como a de uma justiça alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, *in verbis:*

> [...] a mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à

43. REVISTA DA ESMESE, Nº 17, 2012 - DOUTRINA - 105

> justiça formal punitiva, cujo objeto é *o crime em sua dimensão relacional*, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo *objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito* e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e da paz jurídica (Sica, 2007).

A violência doméstica reiterada gera um emudecimento da vítima, retirando a possibilidade de diálogo entre as partes, conforme já assentado por Hannah Arendt (1995), interferindo diretamente no relacionamento familiar ou doméstico, se tornando um campo fértil para a mediação.

Há autores que defendem que a Lei 11.340/06 não proibiu a utilização da mediação nos conflitos domésticos e familiares, tendo em vista que apenas teria proibido a utilização dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/90 e, no art. 17, da aplicação tão somente da pena que implique em pagamento isolado de multa ou de cestas básicas (Ribeiro, 2015).

Na verdade, a construção de uma cultura de paz exige necessariamente uma alteração de comportamentos, crenças e atitudes. E, neste sentido, na mediação há uma desconstrução da forma de se resolver um conflito, com mudança de foco, que deixa de se preocupar com o resultado do problema, para se preocupar com as pessoas envolvidas, de modo a compreender sua dinâmica e suas variáveis, os pontos de vistas e interesses distintos, chegando-se a uma composição dos interesses das partes ao final dela, com estímulo ao diálogo e a colaboração entre as partes, humanizando o litígio.

Portanto, a mediação estimula o diálogo entre as partes, para que sejam revistas as causas do conflito, como também para que sejam verificadas as possibilidades de soluções, em que o mediador funcionará como um facilitador entre as partes, buscando o equilíbrio de poder e a divisão de responsabilidades, por meio dos processos de comunicação e cooperação, com a finalidade de construção de um acordo buscado pelas próprias partes, com o entendimento do conflito, de forma a evitar futuros litígios.

Cumpre ressaltar, para além da mediação penal, é indispensável pensar a questão do enfrentamento a violência contra a mulher com políticas públicas e multidisciplinares, mediante a rede de atendimento integrada e integral à família, englobando não só a vítima como também o agressor e os filhos do casal, como forma de se evitar que este agressor

reitere a conduta criminosa, bem como compreenda a ilicitude de sua conduta, com o seu encaminhamento imediato a grupos reflexivos. Com relação aos filhos, seria evitada a naturalização da violência e a reprodução futura deste comportamento.

Conclusão

Não obstante todo o esforço legislativo de criação de inúmeras leis protetivas, os números oficiais de agressões contra as mulheres continuam a aumentar paulatinamente, o que impõe uma rediscussão sobre o tema, sobretudo no que tange a eficácia da Lei 11.340/06 que, em que pese ser inovadora, não trouxe a proteção esperada às vítimas destes crimes, merecendo uma análise desconstrutivista (Derrida, 2006).

O tema é árduo, não se encaixando em fórmulas mágicas e milagrosas de solução de conflitos. E isso se deve ao fato de estar-se diante de um conflito familiar, em que o autor e a vítima, na maioria das vezes, convivem diariamente, sob o mesmo teto, muitas vezes com filhos em comum, o que dificulta em muito sua solução.

Assim, floresce neste cenário a mediação, como medida alternativa de solução de conflito, tendo como foco a desconstrução dos conflitos e a restauração da relação entre os envolvidos, com a construção de uma solução, sendo as partes encaradas como sujeitos do processo, com a incumbência de controlar o conteúdo da mediação e definir a natureza do acordo, especialmente eficaz nas relações familiares, por serem continuadas e duradouras.

Deve ser pontuado, contudo, que para que seja possível a adoção da mediação no Brasil de forma eficaz, é necessária para além de uma reforma legislativa, que seja alterada toda uma cultura jurídica, com a especialização e preparo de seus operadores jurídicos, com o fim de evitar sua burocratização e automatização.

Conclui-se, portanto, em sendo o problema da violência doméstica complexo, por envolver aspectos culturais, históricos e psicossociais, deve-se necessariamente passar pela revisão das políticas públicas voltadas ao aspecto da prevenção e educação, além da alteração da mentalidade e comportamento dos atores sociais.

Bibliografia

ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014. 292p. ISBN 978-85-02-21010-3.

ARENDT, Hannah. A CONDIÇÃO HUMANA. Ed. Forense Universitária, 1995.

Azevedo, André Gomma de (Org.). *Estudos em arbitragem, mediação e negociação.* v. 3. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2004.

BRAGA NETO, Adolfo. Mediação de conflitos: conceito e técnica. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA Paulo Eduardo da (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem:* curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012. p. 103.

CARVALHO, Patrícia Cunha Barreto de. Tatiane Gonçalves Miranda Goldhar* A MEDIAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. REVISTA DA ESMESE, Nº 17, 2012 - DOUTRINA – 101.

CATÃO, Ana Lucia Prado. *Mediação e judiciário:* problematizando fronteiras psi-jurídicas. 2009. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social) – Pontifi cia Universidade Catolica de São Paulo, São Paulo, 2009. p. 27.

DUARTE, Caetano. "Justiça Restaurativa", em Sub Judice, n.37, Coimbra: Almedina, out-dez 2006, p. 50

Jaccoud, Myléne. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: Slakmon, Catherine; Vitto, Renato Campos Pinto de; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Orgs.). *Justiça restaurativa.* Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. Sistemas multiportas: opções para tratamento de conflitos de forma adequada. In: SALLES,

Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SILVA Paulo Eduardo da (Coord.). *Negociação, mediação e arbitragem:* curso básico para programas de graduação em Direito. São Paulo: Método, 2012. p. 61.

MELO, Andre Luis. Mediação e conciliação podem evitar violência doméstica. Revista Consultor Jurídico, 23 de fevereiro de 2014. In, http://www.conjur.com.br/2014-fev-23/andre-mello-mediacao-conciliacao-podem-evitar-violencia-domestica.

RIBEIRO, Andréa Tavares. Mediação penal como alternativa a processo penal em casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 14 – n. 46, p. 11-32 – Edição Especial 2015.

Sica, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

THOMÉ, Liane Maria Busnello, e outros. MEDIAÇÃO FAMILIAR NA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: saber e saber fazer. In, *www.fmp.com.br/revistas/index.php/FMP-Revista/article/download/10/16* .

Sistema penal e violação de direitos fundamentais: a ilusão da racionalização do poder punitivo frente às garantias da Constituição Federal de 1988

Karoline Henrique Mendonça

Introdução

O presente estudo tem por objeto analisar a tentativa de racionalização do poder punitivo perpetrada pela Dogmática Penal e o estudo da realidade operativa do sistema penal, por meio do exercício do poder punitivo de seus agentes. Parte-se, assim, do seguinte problema: a dogmática jurídico-penal, em específico, e o sistema penal, em geral, têm cumprido suas funções declaradas de racionalização do poder punitivo, proteção de bens jurídicos e promoção de segurança jurídica e, consequentemente, mostram-se compatíveis com a proteção e garantia dos Direitos Fundamentais ancorados na Constituição Federal de 1988 (CF/88)?

Entende-se, preliminarmente, que o discurso garantidor/racionalizador da dogmática penal não encontra respaldo na prática do sistema penal. A dogmática penal, na verdade, não tem cumprido suas promessas de racionalização do poder punitivo, proteção de bens jurídicos (dentre

eles, os próprios Direitos Humanos) e garantia de segurança jurídica. O sistema penal se apresenta, de fato, como um instrumento incompatível com espírito e fundamentos dos Direitos Humanos, acabando por gerar mais violações do que as que pretende neutralizar.

Embora se apresente com uma modelagem racionalizadora e garantista, a dogmática penal tem servido apenas para proporcionar uma ilusão de legitimidade do poder punitivo estatal. Nesse contexto, prática do sistema penal, do qual a dogmática jurídico-penal é parte, apresenta-se discriminatória, arbitrária e violenta; e os Direitos Fundamentais, salvaguardados na CF/88, são diretamente atingidos por esse instrumento sistemático de exercício do poder estatal. A dogmática, por sua vez, em razão de sua natureza acrítica (isolada no mundo do dever-ser) funciona como um instrumento de legitimação de um sistema desigual, irracional e violador de Direitos Humanos.

Como metodologia para a elaboração do presente estudo, será adotada uma investigação centrada na análise interpretativa e pesquisa bibliográfica. O método de abordagem será o indutivo, no sentido conferido por Alves (1983, p. 114 e 116) de que "o raciocínio indutivo se caracteriza, pois, por passar do conhecido ao desconhecido, do visível ao invisível". Passando do particular para o geral – característica fundamental de tal método –, amplia-se o campo de argumentação, atingindo, assim, esferas não conhecidas inicialmente. O método de procedimento, por fim, será o comparativo.

1. Sobre a legitimação do poder punitivo estatal

Em "Força de Lei", Derrida (2010, p. 06) ressalta o caráter intrínseco de força que está presente no direito: "não há direito sem força" (p. 07). O autor destaca, aqui, a ideia de que não é possível dissociar o direito da coerção, ainda que potencial. Sem a possibilidade ser "*enforced*", não haveria direito. Nesse mesmo sentido, Kelsen (2015, p. 63) refere-se ao direito como uma ordem coativa – no sentido de ser produtora de atos de coação – que inflige sobre indivíduo infrator um verdadeiro "mal", contra sua vontade e utilizando a força física se necessário.

Ainda na obra acima mencionada, Derrida levanta um questionamento fundamental:

> Como distinguir entre essa força da lei [...] e [...] a violência que julgamos sempre injusta? Que diferença existe entre, por um lado, a força que pode ser justa, em todo caso julgada legítima (não apenas o instrumento a serviço do direito, mas a própria realização, a essência do direito), e, por outro lado, a violência que julgamos injusta? (2010, p. 09)

A violência que permeia a essência do direito é considerada legítima por que razão? Para Kelsen, o que diferencia a violência jurídica legítima da violência "que julgamos injusta" (na questão posta por Derrida) é o fato de aquela, materializada em uma sanção jurídica, ser uma norma integrante de um sistema normativo. Este sistema, por sua vez, vigente em um dado território, extrai seu "fundamento de validade" da Constituição normativa (2015, pp. 74-82).

O questionamento acerca da legitimidade/justiça da violência ganha um relevo ainda mais significativo se posicionado na esfera do Direito Penal. Este ramo do direito exprime com a mais alta intensidade essa força coercitiva que materializa o direito, por meio da sanção penal. Por mais que a coerção seja uma característica fundamental e comum a todas as normas jurídicas em geral, há, no caso das normas penais, um incremento de tal atividade coercitiva: a pena.

A pena, sanção especial do ramo do Direito Penal, concentra uma importante carga de violência e diferencia-se das demais sanções por sua natureza e intensidade, implicando sempre a privação ou restrição de um direito (CARVALHO, 2015, p. 44), mormente o da liberdade. Nesse contexto, surgem, no âmbito Direito Penal, teorias que visam a conferir uma racionalidade à imposição das penas, proporcionando uma ideia de limitação da violência estatal concentrada em sua aplicação.

Para Carvalho (2015, p. 45) "a pena imposta pela autoridade constituída é, inevitavelmente, um ato de violência programado pelo poder político e racionalizado pelo saber jurídico". Dessa forma, a pena, enquanto ato de violência programado, precisa ser limitada por regras (garantias jurídicas) e legitimada por discursos (teorias da pena):

> "o direito penal ocupa-se em justificar (processo de racionalização) o exercício da violência estatal, organizando os discursos de justificação em grandes modelos narrativos denominados teorias

> da pena. Assim, ao pressupor como superada a indagação sobre a (i)legitimidade do estado em impor sanções, a dogmática penal, por meio da penologia, constrói os discursos de legitimação da sanção criminal de forma a propor um fundamento racional ao ato de coação política e, em decorrência, habilitar o exercício do controle social realizado pelos Poderes constituídos [*organizados no âmbito do Sistema Penal*]." (CARVALHO, 2015, p. 47)

Antes de que sejam abordadas as teorias da pena, necessário é que se contextualize sua discussão no campo mais amplo da Dogmática Jurídico-Penal.

2. Dogmática Jurídico-Penal: A Promessa da Racionalização do Poder Punitivo

A dogmática jurídico-penal consolidou-se paralelamente ao surgimento e sedimentação do paradigma etiológico na Criminologia, aderindo ao ideal científico do positivismo, como será mencionado mais à frente. Vera Regina de Andrade traz a seguinte definição para a dogmática jurídico-penal:

> 'a' Ciência do Direito Penal que, tendo por objeto o Direito Penal positivo vigente em um da dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imanente) a construção de um sistema de conceitos elaborados a partir da interpretação do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem uma função essencialmente prática: racionalizar a aplicação judicial do Direito Penal. (2015, p. 04)

A dogmática penal proporciona, em tese, um corpo de conceitos fundamentais para que o arcabouço legal, criado pelo legislador, seja aplicado de forma "programada" pelo juiz, limitando seu arbítrio. A autoimagem da dogmática penal é, dessa forma, a de uma ciência do "dever-ser", cujo objeto de análise é o Direito Penal positivo vigente em um espaço e tempo determinados e cuja tarefa é construir um "sistema" de conceitos elaborados a partir da "intepretação" dos textos normativos – conforme procedi-

mentos intelectuais de coerência interna –, com a finalidade de ser útil à aplicação do Direito (ANDRADE, 2015, p. 128).

Depreende-se do descrito acima uma das principais funções declaradas da dogmática penal: a função racionalizadora/garantidora – expressão utilizada por Vera Regina de Andrade. Por meio da dogmática penal, seria possível garantir a aplicação da lei de forma justa, igualitária e segura. Nesse sentido, a finalidade declarada da ciência do Direito Penal é, conforme Batista (2013, p. 115):

> "permitir uma aplicação equitativa (no sentido de casos semelhantes encontrarem soluções semelhantes) e justa da lei penal" e, mais adiante, "estabelecendo limites e definindo conceitos, a dogmática subtrai daquela aplicação, a irracionalidade, a arbitrariedade e a improvisação. ".

O discurso declarado da racionalização/garantia contém princípios garantidores dos Direitos Fundamentais e conecta-se ao papel de proteção de bens jurídicos, atribuído ao sistema penal. Tais bens são, de forma genérica, compreendidos como os valores mais essenciais à pessoa e à sociedade – noção na qual se encaixa os próprios Direitos Humanos.

É possível sintetizar os discursos de racionalização do Direito Penal em três grandes teorias, conforme pontua Carvalho (2015, pp. 48 e ss): a teoria da lei penal; a teoria do delito; e a teoria da pena. A primeira centra-se nos procedimentos de fundamentação e validação das normas penais no tempo, no espaço e em relação às pessoas, tratando de questões como os critérios de elaboração das leis, definição do momento do crime, vigência das leis, local do delito, imunidades etc; em suma, trata de responder questões relacionadas à forma, momento, lugar e contra quem as normas penais serão aplicadas.

A teoria do delito, por sua vez, estuda os elementos do conceito analítico do crime: tipicidade, ilicitude e culpabilidade. Busca, dessa forma, estabelecer os critérios e condições que possibilitam qualificar uma dada conduta como crime e atribuir a responsabilidade ao seu sujeito ativo.

A teoria da pena, por fim, diferentemente de ambas as teorias acima citadas, extrapola os limites da matéria estritamente dogmática, envolvendo-se intimamente com o campo da filosofia política. Além disso, por se inserir na seara do controle social – tendo em vista a consequência

de sua execução –, "a forma de imposição das penas permite verificar o grau de adequação das práticas do sistema penal com seus discursos legitimadores" (CARVALHO, 2015, p. 50).

3. Operatividade real do sistema penal e deslegitimação do discurso jurídico-penal

O sistema penal, em sentido restritivo, integra um conjunto de mecanismos de controle social[44] que atuam em duas principais frentes: a de criar as condutas que são tidas como delitivas, bem como estabelecer as regras segundo as quais serão elaborados os crimes – dimensão programadora, e a de executar a repressão penal teoricamente elaborada – dimensão operativa (ANDRADE, 2003, p.43). A dogmática penal se insere na primeira dimensão.

São agentes do sistema penal, no sentido acima abordado, o legislador (enquanto criador de normas criminalizantes), o judiciário e as forças policiais (enquanto aplicadores das normas programadas, selecionando os indivíduos a serem atingidos pela norma), bem como o executivo (centralizado no sistema penitenciário).

A dogmática penal objetiva investigar o crime à luz das normas, do dever-ser, limitando a compreensão e a crítica ao direito à esfera puramente normativa. A tarefa do pesquisador da ciência penal seria, portanto, adotar um dado "sistema de compreensão e, a partir dos seus pressupostos e dos seus princípios fundacionais, estabelecer as condições de validade para a série de desdobramentos lógicos exigidos pelo sistema" (CARVALHO, 2015, p. 53). Essas considerações se coadunam com os postulados do positivismo jurídico, do qual a dogmática jurídica é tributária, que restringe a crítica e a compreensão acerca do direito ao âmbito puramente normativo.

A fim de se analisar os efeitos da ordem jurídico-penal instrumentalizada no sistema punitivo, no entanto, faz-se necessário direcionar os olhos para a realidade, afastando-se, assim, dos métodos puramente

44. O termo é usado, neste estudo, em um sentido estrito, referindo-se aos meios por meio dos quais a sociedade responde formalmente às pessoas tidas como desviantes. É o controle institucionalizado (pelo/no sistema penal) – leis, força policial, Ministério Público, Justiça, sistema penitenciário, dogmática penal.

dogmáticos. Uma orientação voltada para a realidade fenomênica, em que seja possível examinar a influência dos fatores sociais sobre o direito e sua incidência na sociedade, mostra-se mais adequada para compreender a atuação do sistema punitivo.

Nesse contexto, surge a criminologia crítica com a proposta de fazer frente à assepsia estabelecida pelo positivismo jurídico, expondo, no campo da punição, a enorme discrepância que existe entre os discursos idealizados pelas teorias de justificação das penas (dever-ser) e as funções efetivamente exercidas pelas agências do sistema punitivo (ser). Nesse sentido, Muñoz Conde e Hassemer (2008, p.5) destacam:

> "a importância que, para evitar a cegueira frente à realidade que muitas vezes tem a regulação jurídica, o saber normativo, ou seja, o jurídico, deva ir sempre acompanhado, apoiado e ilustrado pelo saber empírico, isto é, pelo conhecimento da realidade (...)"

Em consonância com as críticas acima expostas, Zaffaroni (2001, p. 19) alerta que o discurso jurídico-penal não pode se distanciar do "ser" para se refugiar no "dever ser", pois corre o risco de transformar-se em uma grande fantasia:

> "[...] para que esse 'dever ser' seja um 'ser que ainda não é' deve considerar o vir-a-ser possível do ser, pois, do contrário, converte-a em um ser se jamais será, isto é, num embuste. Portanto, o discurso jurídico-penal socialmente falso também é perverso: torce e retorce-se, tornando alucinado um exercício de poder que oculta e perturba a percepção do verdadeiro exercício de poder".

Como já exposto, a dogmática apresenta uma função racionalizadora do próprio Direito Penal: há aqui a promessa declarada da Dogmática de garantir uma proteção dos indivíduos em face da violência institucional – que só é legitima na medida em que respeita esse limite -, e isso se opera por meio da garantia dos Direitos Humanos no Sistema da Justiça Penal.

Nesse sentido, faz-se necessário analisar a operacionalidade do Sistema Penal a fim de avaliar se as promessas dogmáticas estão sendo cumpridas. Os agentes do sistema penal atuam de forma congruente

com as promessas dogmáticas de proteção básica contra a violência institucional, ou seja, respeitam os DDHH? As decisões judiciais são igualitárias, justas, seguras? A força policial atua nos limites de seus deveres legais, usam a força somente quando necessário?

Conforme destaca Andrade (2015, p. 13) "é esta análise contrastiva [sic] que possibilita emitir juízos de (in)congruência ente a operacionalidade ("ser") e a programação ("dever-ser") do sistema penal

3.1 A Operatividade Problemática e Real do Sistema Penal

Um dos primeiros aspectos que demonstram a ilusão das promessas racionalizadoras e programáticas da dogmática jurídico-penal é o papel criador do juiz, bem como dos demais agentes do controle social. A teoria do papel criador do juiz em relação ao direito centra-se na noção de que a lei é apenas um "projeto de direito", dando margem, no momento de sua aplicação, à incidência de outros aspectos que irão conformar as decisões (ANDRADE, 2015, p. 260).

Em relação aos agentes de criminalização secundária (polícia, Ministério Público, juízes), a autora pontua:

> [...] a lei penal configura tão-só um marco abstrato de decisão, no qual os agentes do controle social formal desfrutam ampla margem de discricionariedade na seleção que efetuam, desenvolvendo uma atividade criadora proporcionada pelo caráter 'definitorial' da criminalidade [...], pois, entre a seleção abstrata, potencial e provisória operada pela lei penal e a seleção efetiva e definitiva operada pelas instancias de criminalização secundária, medeia um complexo e dinâmico processo de refração. (2015, p. 261)

Outro aspecto fundamental e que se relaciona com o abordado acima, é a questão da seletividade penal. A criminalidade de "colarinho-branco", que apresenta uma alta taxa de impunidade relacionada ao prestígio social dos infratores; e a existência da chamada "cifra negra da criminalidade", que demonstra a enorme disparidade existente entre as estatísticas criminais oficiais e a criminalidade real, serviram para

demonstrar o caráter seletivo do sistema penal. Nesse contexto, Baratta (2004, p. 21) pontua que todo o aparato do sistema punitivo penal:

> ...está dirigido casi exclusivamente contra las clases populares y, en particular, contra los grupos sociales más débiles, como lo evidencia la composición social de la población carcelaria, a pesar de los comportamientos socialmente negativos estén distribuidos en todos los estratos sociales, y de que las violaciones más graves a los derechos humanos ocurran por obra de individuos pertenecientes a los grupos dominantes o que forman parte de organismos estatales u organizaciones económicas privadas, legales o ilegales.[45]

4. Sistema Penal e Prática Violadora de Direitos Fundamentais: Ameaça às Funções Declaradas

A partir das contribuições trazidas pela criminologia crítica e a análise prática dos sistemas punitivos, no Brasil e na América Latina em especial, é possível observar que o sistema penal é um instrumento de violência falsamente legitimado e que se distancia fortemente de suas funções declaras. Conforme destaca Baratta (2004, p. 301), ao se comparar a programação normativa do sistema penal (o dever-ser, do qual se ocupa a dogmática penal), com seu real funcionamento, observa-se que ele é, de forma predominante, um sistema de violação ao invés de proteção de direitos. Nesse sentido, podem-se elencar uma série de fatos que demonstram a operatividade deficitária e a consequente deslegitimação do sistema penal frente às garantias constantes na CF/88.

Em primeiro lugar, a aplicação da pena não cumpre nenhuma de suas pretensas funções detentoras de relevância social (prevenção geral negativa, prevenção especial positiva), não servindo para prevenir o cometimento de crimes ou ressocializar condenados. Carvalho (2015, p. 26), nesse contexto, afirma que:

45. "[...] está dirigido quase exclusivamente contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais débeis, como evidencia a composição social da população carcerária, apesar de que os comportamentos socialmente negativos estejam distribuídos em todos os estratos sociais, e de que as violações mais graves aos direitos humanos ocorram por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que formam parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais.". [Tradução nossa]

> na américa latina a absorção de discursos legitimadores das penas pelas agências encarregadas do controle social converge com a disseminada violação sistemática dos direitos humanos e fundamenta flagrantes distorções funcionais e desvios semânticos, no interior das agências e das "teorias".

Isso porque a "criminalidade" é construída de forma seletiva, como colocado pela criminologia crítica, e a prisão funciona, na verdade, como uma fábrica criminógena e arena de inflição de medidas cruéis. Nesse ponto, mencione-se que a taxa de reincidência criminal no Brasil ultrapassa os 70%, conforme pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, publicada em 2015.

Quanto à inflição de medidas cruéis, é de se destacar alguns trechos contidos no Informativo n. 798 do Supremo Tribunal Federal, publicado em 2015, em é retratado um "estado de coisas inconstitucional" do sistema penitenciário brasileiro:

> no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de Direitos Fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas. Nesse contexto, diversos dispositivos constitucionais (artigos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, e 6º), normas internacionais reconhecedoras dos direitos dos presos (o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, a Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos e Penas Cruéis, Desumanos e Degradantes e a Convenção Americana de Direitos Humanos)

O cenário apontado pelo STF demonstra que o sistema penal desrespeita de forma contumaz e gritante um dos mais básicos princípios do Direito Penal: o princípio da humanidade da pena, que veda a aplicação de pena ou tratamento cruel, desumano ou degradante, torturas, ou quaisquer outras medidas que atinjam a dignidade humana.

A CF/88 foi a primeira Constituição brasileira a cristalizar no ordenamento jurídico pátrio a proibição à tortura e a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Tal direito, além de estar positivado no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, consta da Declaração Uni-

versal de Direitos do Homem (art. V) e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 5, inciso 2).

O STF, ainda no informativo referido e em consonância com o que foi apontado acima acerca do efeito criminógeno do cárcere, destacou que as prisões brasileiras, além de não servirem para ressocializar indivíduos, fomentam o aumento da criminalidade, transformando pequenos delinquentes em "monstros do crime".

A prática do sistema punitivo, ademais, viola o princípio da presunção de inocência e da legalidade penal. O primeiro estabelece, nas palavras de nossa Carta Magna, que "ninguém será considerado culpado até transito em julgado de sentença penal condenatória" (art. 5º, LVII). O princípio da legalidade penal, por sua vez, preceitua que não pode haver crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (art. 5º, XXXIX).

A violação aos dois princípios acima citados tem se revelado, por exemplo, no uso abusivo da prisão provisória, eleita hoje a resposta penal por excelência, supostamente capaz de escapar aos controles de legalidade das suas concretas formas de execução – controle que, pelo lado das sanções penais, existe precariamente há algum tempo (CARVALHO, 2015, p. 26). Conforme dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias - Infopen, publicado em 2017, cerca de 40% da população carcerária brasileira é formada por presos provisórios, ou seja, presos que não receberam sentença penal condenatória.

O cenário acima descrito, combinado com a crônica morosidade dos processos penais no país, provoca uma distorção cronológica que resulta na conversão do auto de prisão em flagrante ou decretação da preventiva em sentença de fato, como analogamente mencionado por Zaffaroni (2001, p. 27) ao referir-se à realidade da América Latina.

Pode-se citar, ainda no campo das violações à legalidade penal, a existência de tipificações extremamente amplas e acabam por acarretar a difusão de seus limites: um bom exemplo é a tipificação do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, que contém nada menos do que 18 verbos nucleares para descrever a conduta a ser penalizada.

A massiva quantidade de presos provisórios, que não raro acabam encarcerados por mais tempo que o máximo de pena prevista para o delito

que cometeram[46], também representa uma violação ao princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII), que preconiza que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse contexto, Bulos (2011, p. 637) afirma que "a prisão preventiva na ordem constitucional brasileira tem sido alvo de deturpações. ".

4.1 Incompatibilidade Ideológica entre o Exercício de Poder dos Sistemas Penais e os Direitos Humanos

Herrera Flores, ao propor uma teoria crítica dos Direitos Humanos – título, inclusive, de uma de suas obras em que trata do assunto – visa a problematizar as tradicionais teorias relativas à temática, desconstruindo conceitos e crenças estabelecidos neste campo. Para o autor, os Direitos Humanos não devem ser tidos como um dado natural, próprio do jusnaturalismo, metafísico e desconectado da existência humana e suas relações sociais.

Tais direitos são compreendidos, todavia, como produtos culturais e de luta, fruto de enfrentamentos constantes entre diferentes setores sociais, portadores de diferentes parcelas de poder; em suma, são compreendidos como processos econômicos, sociais, políticos, normativos, que permitem a conformação de ambientes de luta pelas condições básicas e essenciais para existência humana digna.

Dessa forma, segundo Flores, os DDHH são verdadeiros processos, mas não de qualquer tipo; são processos de lutas, travadas pelos seres humanos a fim de terem acesso a bens necessários à vida, sendo os direitos o resultado provisório de tais enfrentamentos (2009, p. 28). Diante de uma sociedade desigual, em que o acesso aos referidos bens é limitado a um determinado grupo de pessoas, detentoras do poder, os Direitos Humanos, na perspectiva crítica ora abordada, devem atuar em posição de antagonismo, viabilizando alternativas aos elementos conformadores dessa ordem social desigual.

Nesse contexto, os Direitos Humanos devem possibilitar um agir emancipatório, constituindo disposições críticas e que visem a superar a si-

46. STF, HC 100574 MC/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJE de 26-9-2009; STF, 2ª Turma, HC 91.386/BA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJE de 16-5-2008;

tuação apontada constantemente por estudos que avaliam a realidade concreta, qual seja, o aprofundamento da desigualdade e das injustiças sociais.

Zaffaroni (2001, p. 148), em consonância com o acima disposto, afirma que os Direitos Humanos constituem uma ideologia programática para toda a humanidade; significando, assim, que seu programa deve realizar-se como transformação social e individual. E, mais à frente, o autor menciona a seguinte incompatibilidade entre os Direitos Humanos e o sistema penal:

> Enquanto os direitos humanos assinalam um programa realizador de igualdade de direitos de longo alcance, os sistemas penais são instrumentos de consagração ou cristalização da desigualdade de direitos em todas as sociedades (2001, p. 149)

A esfera penal, instrumentalizada no campo da punição e repressão, ao invés de associar-se às garantias e os direitos dos indivíduos, mostra uma enorme propensão a romper com a legalidade e afrontar os Direitos Humanos das pessoas envolvidas em sua atuação.

E embora se observe, como já mencionado acima, que a tendência do sistema penal é agir no sentindo contrário à tutela dos Direitos Humanos, "as ciências penais integrais (direito penal, processo penal, criminologia e política criminal) prosseguem na tarefa de racionalização do poder punitivo irracional" (CARVALHO, 2008, p. 501).

Conclusão

A operatividade real do sistema penal, no contexto da América Latina e, mais especificamente, do Brasil, mostra que os ideais de racionalização do poder punitivo, como a proteção de bens jurídicos, promoção da segurança jurídica, limitação da violência estatal, não se verificam na prática. Na realidade, a dogmática jurídico-penal vem sendo utilizada como instrumento de práticas que implicam na violação constante de Direitos Humanos.

Diversas garantias constitucionais contidas em nossa Carta Magna são desrespeitas de forma contumaz na prática penal brasileira, como a presunção da inocência, a proibição da tortura, a legalidade penal, o respeito à integridade física e moral, dentre outros. Tal cenário, inclusive, foi denunciado pela própria Corte Suprema do país, que atestou o

"Estado de Coisas Inconstitucional" na ADPF nº 347/DF impetrada pelo PSOL face a crise do Sistema Penitenciário brasileiro.

Diante de todo o exposto no presente trabalho, observa-se, que, embora se apresente com uma modelagem racionalizadora e garantista, a dogmática penal tem servido apenas para proporcionar uma ilusão de legitimidade do poder punitivo estatal. A prática do sistema penal, do qual a dogmática jurídico-penal é parte, apresenta-se discriminatória, arbitrária e violenta e os Direitos Fundamentais da CF/88 são diretamente atingidos por esse instrumento sistemático de exercício do poder estatal.

Referências

ALVES, Rubem. **Filosofia da ciência**. São Paulo: Brasiliense, 1983.

ANDRADE, Vera Regina. **A ilusão da segurança jurídica**. Do controle da violência à violência do controle penal. 3. ed., rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. Do Paradigma Etiológico ao Paradigma da Reação Social: Mudança e Permanência de Paradigmas Criminológicos na Ciência e no Senso Comum. **RevistaCCJ/UFSC**, ano 16. n. 30, pp. 24-36, 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/10713-10713-1-PB.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2018.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima:** códigos de violência na era da globalização. Porto alegre: Livraria do advogado, 2003.

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal Dos Direitos Humanos**, 1948.

BARATTA, Alessandro. Principios de Derecho Penal Mínimo: para umateoria de los Derechos Humanos como objeto y limite de la ley penal. *In*: **Criminología y Sistema Penal** (Compilación *in memoriam*). Editorial B de F, Buenos Aires, Argentina, 2004,

pp. 299-333.

_____.Derechos humanos: entre la violencia estructural y la violencia penal. *In*: **Nuevo Foro Penal**, n. 46. Colombia, 1989.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica aodireito penal brasileiro**. 12 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howart S. **Outsiders: studies in the sociology of deviance**. New York:Thefreepress, 1966.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do direito**/ Norberto Bobbio; compiladar por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. - São Paulo: Ícone, 1995.

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

_____, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Relatório de Reincidência Criminal**, 2015. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150611_relatorio_reincidencia_criminal.pdf>. Acesso em 10 jun. 2018.

_____, Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/peticaoInicial/verPeticaoInicial.asp?base=ADPF&s1=347&processo=347>. Acesso em: 11 mai. 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. – 6. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro** / Salo de Carvalho. – 2. ed. – SãoPaulo : Saraiva, 2015.

_____. Criminologia, Garantismo e Teoria Crítica dos Direitos Humanos. In: **Teoria crítica dos direitos humanos no século XXI** / Alejandro Rosillo Martínez... [et al.]. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. São Paulo: M. Fontes, 2010.

FLORES, Joaquín Herrera. **A (re)invenção dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

HRUSCHKA, J. Kant, Feuerbach y los fundamentos del derecho penal. *In*: MONTIEL, J. P. (Ed.). **La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal:** ¿decadencia o evolución? Madrid; Barcelona, 2012.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo:** noções e críticas. Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2. Ed. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: introdução à problemática científica do direito; tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. – 5. ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco e HASSEMER, Winfried. **Introdução à Criminologia**. Rio de Janeiro: lumen Juris, 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), 1969.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **A questão criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. – 1. ed. Rio de Janeiro :Revan, 2013.

Atuação das facções criminosas no sistema carcerário da cidade do Rio de Janeiro

Letícia Torrão e Silva

Introdução

O sistema carcerário do Rio de Janeiro, assim como do Brasil, é notavelmente precário, não possuindo condições básicas para uma vida digna. A higiene do local não possibilita cuidados mínimos para a saúde humana, uma vez que, a estrutura não possui manutenções regulares e, muitas vezes, utensílios básicos de higiene não são concedidos regularmente (como escovas, pasta de dente, sabonetes, entre outros). Além disso, os detentos não possuem condições de exercer atividades físicas regulares, o que contribui para a má qualidade de vida e de saúde dos presidiários. Ademais, a falta de disponibilização de elementos básicos para a cultura e estudo dos detentos causa um déficit de conhecimento, não ajuda a diminuir o tempo disponível e ainda dificulta a reinserção no mercado de trabalho, uma vez que dentro dos presídios adquirem um estigma ruim, algo que dificulta na busca por um emprego regular e ficam ociosos em momentos que poderiam estar aprendendo, a fim de facilitar sua reinserção social.

Outrossim, uma situação muito divulgada e que corrobora a existência de condições precárias dentro dos presídios é a superlotação. Se-

gundo o artigo de Ricardo Lacerda "como as cadeias viraram fábricas de facções criminosas", no Brasil, em 2017, havia 622,2 mil indivíduos em regime carcerário num espaço onde deveriam caber 371 mil. Cada preso, portanto, tinha o espaço de 1 m², em média. Contudo, cada pessoa ocupa, aproximadamente, 2,5 m² com os braços abertos. Por esse motivo, em algumas prisões, as celas ficam abertas e os corredores viram extensão dos dormitórios. Essa situação corrobora a diminuição de controle da circulação dos presidiários dentro das penitenciárias, facilitando até mesmo rebeliões, pois ajuda na articulação entre os detentos.

Nesse contexto caótico, precário e desorganizado dentro das prisões, indivíduos revoltados com o sistema carcerário e em busca de reivindicações, a fim de melhorar a qualidade de vida de quem estava preso, articularam-se em grupos e formaram facções. Estas, evoluíram com o tempo, e se expandiram para além dos presídios, mudando seus valores e objetivos iniciais.

As organizações criminosas formaram agrupamentos articulados com vínculos hierárquicos e utilização de violência para alcançar seus objetivos. Dentre os objetivos, o que mais se destaca é a obtenção de recursos financeiros para uso de seus membros.

Todavia, para conseguir mais adesões, essa finalidade é encoberta por outras ações que visam, por exemplo, o fim da opressão do Estado contra os detentos (por opressão entende-se abuso de poder, descaso, tratamento agressivo, entre outras atitudes consideradas desproporcionais ou ofensivas); apoio financeiro aos membros que precisam de ajuda e proteção contra grupos rivais. Desta forma, as facções conseguem participantes e apoio de parte da população, uma vez que possuem certas propostas atrativas. Esses preceitos são agrupados e constam, às vezes, em um estatuto.

O CV (Comando Vermelho) é a facção que mais cresceu e se destacou no Rio de Janeiro. Contudo, ela se expandiu para os outros estados, através do contato de membros com outros indivíduos nos presídios e por meio de articulações internas e aliança entre facções. A facção originada nos presídios, por meio da convivência entre presos políticos cobrava o "dízimo" de seus participantes, esse dinheiro era utilizado para financiar novas lutas e diminuir a precariedade de condições aos quais seus membros eram submetidos dentro e fora dos cárceres. O comando ganhava, assim, novas adesões e prestígio dentro das cadeias. Os seus membros passaram

a se identificar e compartilhar experiências, por meio do "*Modus Operandi*" (modo de operação, traduzido do latim), isto é, utilizar o mesmo modo para realizar as tarefas, de forma que identifique quem a praticou. O Estado, percebendo que sua articulação ganhava destaque, tentou separar seus membros, mas acabou disseminando ainda mais a ideologia do comando.

A dimensão do seu poder é compreendida quando o panorama de sua atuação é analisado, além da organização não estar somente no Rio de Janeiro, ela ultrapassa as fronteiras do território brasileiro, estando presente na Bolívia, Peru, Paraguai e Colômbia, onde possui ligação com a FARC (Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia), uma organização paramilitar que, por meio de métodos de guerrilha, lutava pela implantação do socialismo e melhores condições de vida para os presos colombianos, assemelhando-se, dessa forma, com alguns preceitos das organizações criminosas brasileiras.

Além disso, o Comando Vermelho possuía aliança com o PCC (Primeiro Comando da Capital), facção originada em São Paulo, mas esse vínculo foi desfeito por causa da busca pela influência em territórios bolivianos, paraguaios e colombianos.

Além do CV, o Rio de Janeiro possui outras duas facções muito atuantes em seu espaço territorial; a ADA (Amigo dos Amigos) e TCP (Terceiro Comando Puro), essas organizações entram em conflito entre si, causando um clima de tensão em toda sociedade.

A ADA surgiu, também, dentro do presídio e era aliada do Terceiro Comando (organização criminosa já extinta, que se originou em 1994, mesmo ano da ADA, e teve seu fim em 2002). Essa aliança tinha como finalidade principal diminuir a influência e poder do Comando Vermelho. O fundador dessa facção a formou logo após ter sido expulso do CV, por ter matado seu então líder.

Já o TCP, surgiu no Complexo da Maré e é uma dissidência do Terceiro Comando.

A principal ação dessas facções é o tráfico de drogas, visto que é muito lucrativo. Entretanto, as organizações praticam outras ações que ajudam a conseguir lucro ou são decorrentes e necessárias para alcançar seus objetivos, como, assassinatos, sequestros, rebeliões e, nas maiores, até mesmo ataques terroristas são realizados.

Desse modo, é possível perceber que os presídios possuem grande influência na formação das facções e ajudam a difundi-las, já que facilitam o contato entre membros e não membros, possibilitando a difusão de determinadas ideias. Além disso, a ocupação de um mesmo presídio por mais de uma facção pode causar conflitos, que acabam em mortes não só de membros das organizações, como outros presidiários e até agentes penitenciários e policiais.

Assim, faz-se necessária a análise do contexto em que esses grupos surgem e se difundem, a fim de diminuir sua influência no panorama social.

1. Atores de influência na formação de facções

1.1. Os motivos principais

Para conseguir, de fato, solucionar o problema é necessário primeiro buscar suas bases, isto é, o que o origina, a fim de combater não paliativamente, mas de modo eficaz, ou seja, de forma que realmente o extinga ou, ao menos, cause uma diminuição significativa. Tendo esse pensamento em vista, é preciso buscar o que motiva a formação das facções criminosas e os atores que influenciam seu crescimento.

Ao contrário do que muitos pensam, o que é entendido por rigor no modo de tratar os presos, a fim de conceder-lhes medo e, em virtude disso, não voltarem a praticar crimes, só tende a aumentar a realização de atos ilegais, e auxilia, também, a difusão das ideias das organizações criminosas.

A proibição das drogas, no Brasil como um todo, faz com que o tráfico seja um meio de atuação muito lucrativo, gerando, assim, a formação de organizações que possuem como principal objetivo a realização do tráfico. Desse modo, as facções se organizam e se articulam, não só dentro de uma cidade ou estado, mas em diversos locais do país, criando um verdadeiro sistema criminoso com esquemas elaborados, a fim de burlar as leis e alcançar seus objetivos.

Além disso, a prisão dos infratores também é vista, por muitos como a solução. No entanto, devido as diversas condições precárias as quais os detentos são submetidos, a existência e difusão das facções é facilitada

dentro dos presídios, diferente dos outros países, em que os criminosos se organizam mais facilmente fora do sistema, ou seja, nas ruas.

Desse modo, o crime organizado foi aumentando em todo o Brasil e encontra-se mais fortemente presente, atualmente e desde seu surgimento, em São Paulo e no Rio de Janeiro.

A lei das drogas, promulgada em 2006, não distingue a partir de que quantidade de drogas que está sendo portada o indivíduo pode ser enquadrado como traficante ou se é somente usuário, gerando um sentimento de revolta. Além disso, como o sistema é falho e nem todos os que cometem um mesmo delito são tratados de forma igualitária, os índices indicam que a cada três pessoas que são presas, duas são negras (segundo dados concedidos pelo Ministério da Justiça, baseados na pesquisa do Infopen), evidenciando um pouco da questão do racismo no país. Ademais, conforme a mesma pesquisa, 56% possuem vinte e nove anos ou menos e a minoria da população carcerária (47%) concluiu o Ensino Fundamental, de acordo com a pesquisa de Rodolfo Almeida e Daniel Mariani "qual o perfil da população carcerária brasileira". Portanto, essas pessoas que não possuem estudo adequado e não são tratadas de forma digna dentro das cadeias, ficam sem perspectiva de reinserção social, fazendo com que grande parte volte a praticar atos ilícitos (24,4%), conforme o relatório de reincidência criminal no Brasil, realizado IPEA, em 2015.

Nesse sentido, as condições precárias dos presídios também dificultam a reinserção do indivíduo na sociedade, uma vez que vivem em ambientes, muitas vezes, insalubres, sem condições de higiene adequadas, onde o tratamento concedido pelos policiais não é, na maioria das vezes, respeitoso, estimulando o ódio e, ás vezes, a vontade de vingança. Além de não terem acesso a diversos livros e outras formas de adquirir conhecimento, a fim de conseguirem um emprego ou alguma forma de participar do mercado de trabalho e facilitar sua reinserção social.

Ademais, esse ócio em que ficam os detentos estimula a conversa sobre os mais diversos assuntos, dentre eles encontram-se a difusão de ideias das facções, ou seja, de como fugir do sistema ou, permanecendo nele, de que forma é possível ajudar com os esquemas de tráfico. Desse modo, os presidiários são atraídos por promessas de vidas melhores, com mais conforto e dinheiro. Ademais, esse tempo ocioso possibilita também a maior

troca de experiências criminosas, aprimorando os métodos do crime, uma vez que, assim, é possível identificar os acertos e erros de cada situação e, portanto, aprimorar o modo de realizar determinada ação.

1.2. Como foram formadas as facções criminosas

O fenômeno do surgimento das facções criminosas teve origem, no Brasil, na década de 70. Isso se deu nesse período, porque o processo de urbanização intensificou-se na década de 60, devido ao processo de modernização do campo e crescimento das indústrias, iniciado por Getúlio Vargas e, posteriormente, Juscelino Kubitschek continuou seu prosseguimento.

Com a maior urbanização e concentração de pessoas no mesmo lugar, as articulações tornaram-se mais fáceis de elaborar. Durante a ditadura militar, os presos políticos começaram a ficar nos mesmos presídios em que estavam os detentos comuns. No entanto, essa atitude modificou a maneira de ordenação do crime, principalmente, nas maiores cidades do Brasil: São Paulo e Rio de Janeiro.

Os detentos passaram a sistematizar esquemas para realizar crimes, uma vez que absorviam ideais ideológicos de colaboração e táticas de guerrilha dos presos políticos. Assim, os outros presidiários passaram a aprender técnicas para melhorar a articulação de seus planejamentos.

Entretanto, por não poder prever o que iria ocorrer perante essa atitude ou por não pensar de forma adequada sobre as consequências dessa ação, a junção das duas "categorias" de detentos- os políticos e os que não cometeram atos considerados ilegais contra o regime político- gerou a formação de coletivos altamente organizados, a fim de obter lucratividade em suas ações e, se para isso fosse necessário, cometer diversos outros crimes contra a sociedade, a fim de alcançar seu objetivo. Assim, como o tráfico de drogas é um ramo lucrativo, foi por ele que os criminosos decidiram. Além disso, como é necessário, para concluir esse objetivo com sucesso, a utilização da violência, já que é uma ação de contrabando, o tráfico de armar cresceu em paralelo a essas ações.

O sociólogo da UERJ (Universidade Estadual do Rio de Janeiro), Inácio Cano, avalia que os presos se organizam em grupos para sua própria

proteção, pois, dessa forma, conseguiriam evitar mais facilmente assassinatos e estupros.

> "Na minha avaliação, o fato de os presos se organizarem, terem líderes coletivos etc, não é negativo, acontece em todas as prisões do mundo. Inclusive é positivo para poder negociar com os presos em caso de tensão. O problema é essa vinculação com as redes criminosas de fora, e as organizações de presos dentro dos presídios"

O Comando Vermelho, maior facção do Rio de Janeiro e uma das maiores do Brasil, possuiu esse nome, pois estava ligada a cor vermelha das ideias do socialismo. Isso ocorreu, porque, incialmente, essa facção possuía, em sua base, a ideologia de conseguir e lutar por melhores condições nos presídios. Contudo, com o passar do tempo, ela tornou-se não só uma organização que pregava a união entre seus membros para conseguir reivindicações de melhores condições de vida, mas para articular atos criminosos.

Essa organização criminosa foi fundada em 1980, logo após os presos políticos serem libertos, devido a Lei da Anistia de 1979.

O Comando Vermelho teve que se articular para conseguir deter os crimes que ocorriam dentro da própria cadeia (como roubos e estupros). Em uma década, essa facção já conseguia sua difusão por quase todas as penitenciárias do Rio de Janeiro, além de controlarem grande parte das favelas da cidade.

Dentro desse panorama, para conseguir maior influência e domínio de ações criminosas, as facções formaram alianças políticas e concederam apoio uma as outras, facilitando a divulgação e alcance de seus interesses.

As forças policiais, que deveriam deter os criminosos, muitas vezes, não combatem esses crimes, por já serem ligados com eles, uma vez que há corrupção dentro dessa instituição pública ou por temerem a morte ou ameaças a parentes e amigos. Assim, com auxílio ou, em muitos casos, omissão do poder público, as organizações criminosas crescem, criam aliados, aumentam seus membros e dominam grande parte do panorama nacional.

Nesse sentindo, o nível de articulação dessas facções criminosas é impressionante, já que surgiram dentro de presídios e atingiram a esfera nacional, ameaçando a segurança social, por meio de regras estabelecidas por membros dessas organizações.

De acordo com a pesquisa feita pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública feita pelo Instituto Datafolha, em agosto de 2017, 23% dos entrevistados considera que seja alta a chance de que o crime organizado atue em sua vizinhança, outros 26% responderam que a chance é média. Analisando esses dados é possível identificar como os grupos criminosos estão presentes em todo território brasileiro.

2. Função social dos presídios

2.1 Visão sociológica

Quando se analisa Durkheim, também é possível perceber o porquê do sistema carcerário do Rio de Janeiro não cumprir sua função social. Esse sociólogo explica que os presídios existem para que haja coesão social, essa coesão explicita-se nos valores, pois só é encarcerado quem fere os valores que uma sociedade considera como certos. Assim, para a prisão ser, de fato, efetiva e reinserir o detento no contexto social seria preciso oferecer meios para isso, o que não se realiza na prática. Portanto, o sistema carcerário carioca só cumpre a função punitiva, que decorre do sentimento de vingança que cada indivíduo necessita quando lesado, isto é, o cerceamento da liberdade mostra que o erro da pessoa foi reconhecido pela sociedade. Contudo, como o indivíduo não possui condições de ser reinserido socialmente através das condições oferecidas pelo atual sistema, ele só foi para o cárcere para mostrar que os valores sociais continuam válidos. Para Durkheim, isso já basta para a maior parte da população, uma vez que, o principal objetivo das sanções são, para ele, demonstrar que uma união de sentimentos e valores na sociedade.

Desse modo, os presídios do Rio de Janeiro cumprem o papel de demonstrar os princípios apresentados pelo sociólogo. Todavia, não condizem com os objetivos estabelecidos pela Constituição e os que, de fato, ajudariam a melhorar a convivência social, que é o de ressocialização do indivíduo.

2.2. Teoria garantista

Essa teoria foi formulada por Luigi Ferrajoli- um jurista italiano que segue a linha do juspositivismo-, em 1989, e publicada no livro *Diritto e*

Ragione: Teoria del Garantismo Penale. A teoria citada foi, primeiramente, aplicada no ramo do direito penal e visa questionar o exercício arbitrário de poder, ou seja, quando o agente público atua além da sua competência legal ou contra aos interesses públicos. Nessa perspectiva, o garantismo é uma característica das constituições democrático liberais, pois elas possuem dispositivos jurídicos eficiente para garantir o cumprimento das normas presentes no ordenamento jurídico pelo poder público.

Noberto Bobbio, filósofo político nascido em Turin (Itália), também analisa essa teoria no seu livro, considerando-a uma meta que, segundo ele, jamais poderia ser alcançada inteiramente, porém se o modelo da teoria estivesse bem definido ela poderia servir para correção do direito já existente.

A relação dessa teoria com o surgimento das facções criminosas encontra-se justamente no fato do garantismo não ser colocado em prática, criando um distanciamento entre teoria e execução, o que gera necessidade de lutar para alcançar condições melhores de vida. Assim, as organizações criminosas preparam um discurso de ajuda mútua entre os membros e revolta com as circunstâncias as quais são submetidos dentro das penitenciárias, adquirindo, portanto, adesão de outros presos, pois são motivados por valores e sentimentos em comum. Dessa forma, os próprios funcionários públicos, sejam eles juízes, agentes penitenciários ou policiais, quando comentem atos arbitrários, não obedecendo as garantias previstas na Constituição, corroboram a formação de facções criminosas.

3. Conflitos entre facções rivais nos presídios e suas consequências

3.1 Separação dentro do sistema carcerário

Dentro do sistema penitenciário do Rio de Janeiro, além de serem levados em consideração: o sexo, o tipo de crime e a pena ao qual está submetida o infrator, também é determinante para escolher qual presídio o detento irá cumprir a sanção ao qual foi submetido, a qual facção criminosa pertence, se fizer parte de alguma.

Essa distinção é muito importante para não haver confrontos dentro das cadeias, estimulando rebeliões e causando mortes tanto dos presidiários como dos agentes que trabalham nas penitenciárias.

Dessa forma, há presídios que só agrupam membros do Comando Vermelho, outros que recebem apensa aliados da ADA (Amigo dos Amigos), assim como outras ficam com apoiadores do Terceiro Comando Puro. Há ainda as que possuem só milicianos e as que abrigam os infratores que não fazem parte de nenhum grupo organizado de crime.

Contudo, essa divisão não é feita formalmente, pois não está prevista na Lei de Execuções Penais. Contudo, esse é o critério de divisão mais utilizado, ultrapassando as separações obrigatórias (tipo de crime praticado, regime de prisão e se o preso já foi condenado ou está em cárcere provisoriamente), a fim de tornar o trabalho dos agentes mais seguro, uma vez que a guerra entre facções gera muitas mortes de presidiários e agentes dos presídios, quando ocorre.

A mistura de facções rivais culminou na chacina da Casa de Custódia de Benfica, em 2004, quando o Comando Vermelho matou 30 presos, alguns de grupos rivais, em uma tentativa frustrada de fuga. A partir desse fato, a ideia de uma distribuição de presos nas cadeias, com base em sua facção começou a ganhar destaque.

A Secretaria de Administração Penitenciário do Rio de Janeiro (Seap) envia uma ficha às delegacias com as vagas disponíveis, explicando quantas vagas em cada presídio é destinada para cada facção.

Se ele não possui nenhuma facção, será tratado com se pertencesse a que mais atua na região em que vive.

Há também presídios que abrigam os detentos que não são aceitos por nenhuma facção, como estupradores e pedófilos.

Para conseguir ter um panorama mais verídico e completo do que ocorre dentro das cadeias, faz- se necessário analisar a perspectiva de quem possui esta vivência em seu cotidiano, como os agentes penitenciários.

Um agente entrevistado pelo UOL, em 2013, que trabalhava no Instituto Penal Vicente Piragibe, no complexo prisional de Bangu, diz que a facção que causa mais distúrbios é o Comando Vermelho:

> "Eles vão para o combate. As outras facções, ADA, Terceiro Comando Puro, vêm de outra origem, nunca tiveram uma política de enfrentamento com a polícia. São melhores para trabalhar, aceitam mais"

Ele conta também que os presos não vão falar isoladamente com os agentes, quando isso acontece os outros membros acham que eles po-

dem estar repassando informações. Os líderes são, segundo ele, os mais comportados, uma vez que não possuem a intenção de aumentar suas penas. Porém, mandam seus aliados provocarem os agentes e testarem seus limites, além de empenharem-se para extrair alguma informação dos policiais ou funcionários da penitenciária.

3.2 Conflitos e consequências sociais

As facções se propagam pelos presídios, pois, ao invés desses locais receberem mais atenção do Estado, acabam sendo abandonados e esquecidos pelos órgãos públicos. Assim, com um aglomerado de indivíduos reunidos e com muito tempo ocioso, os comandos criminosos difundem suas ideias (que, geralmente, tem como base a melhoria da qualidade de vida). Com a grande alienação, e pouca- ou nenhuma- oportunidade que encontram fora dos cárceres, os presos se interessam pelas propostas e acabam se afiliando às facções.

Desse contexto, surgem os conflitos entre as facções, pois cada uma deseja incorporar mais apoiadores, a fim de ganharem mais poder, influência e articulação.

Assim, quando há membros de facções contrárias e eles se identificam entre si, surgem conflitos e rebeliões dentro das cadeias, pois cada organização criminosa deseja comandar o local e retirar influência da outra. Assim, diversos casos, acabam com muitos feridos e mortos.

Nesse panorama, os presos são convidados para fazer parte de certa facção e a partir desse momento passam a possuir um "compromisso com o crime" e a pagar determinada quantia em dinheiro para o comando da facção, a fim de expandi-la e sustentar seus atos ilegais.

Um conflito muito famoso é o que ocorreu em Bangu 1. Esse confronto dentro da penitenciária ganhou destaque, quando foi levado aos cinemas no filme "Tropa de Elite II- o inimigo agora é outro".

O acontecimento ocorreu no dia 11 de setembro de 2002 e começou quando dois agentes penitenciários foram rendidos por membros do Comando Vermelho, dentre ele seu líder (Fernandinho Beira-Mar). O grupo invade a galeria em que se encontrava outra facção, a fim de se vingar de UÊ, que havia saído da facção, por matar Orlando Jogador (ex líder do Comando Vermelho), e fundou a organização criminosa Amigo dos

Amigos. Os membros da ADA foram queimados. Para que o plano fosse realizado com sucesso, os membros do CV conseguiram como aliado Celsinho da Vila Vintém, participante- na época do ADA e amigo de UÊ- em troca, ele saiu vivo do confronto.

Três delegados negociaram com o Beira-Mar. O chefe do comando pediu, nas negociações que nenhum preso fosse transferido e que as revistas fossem menos rigorosas. A governadora (Benedita da Silva) ordenou a invasão do Bope, mas essa não foi realizada, visto que afetaria os cinco agentes penitenciários e três funcionários da obra que estava sendo realizada que foram mantidos de reféns.

Esses conflitos dão origem a consequências, que são sentidas também fora do sistema carcerário. As rebeliões, muitas vezes, ocasionam fugas, uma vez que a segurança é quase inteiramente direcionada para acabar com o confronto. Desse modo, é mais fácil ocorrer evasões dos presídios. Assim, a sociedade fica sujeita a um clima de tensão constante.

Além disso, mesmo dentro dos presídios, devido a corrupção dos agentes e alta articulação das organizações, os criminosos conseguirem manter contato com os que não estão presos, mandando em conflitos dentro e fora das cadeiras e comandar ações criminosas, como conceder continuidade ao tráfico de drogas e armas; e atribuir ordem de matar membros de outras facções, ou até mesmo, pessoas inocentes que julguem ter contato com algum membro.

Assim, os conflitos dentre dos presídios gera uma atmosfera de instabilidade social geral, uma vez que, mesmo com alguns presos dentro das cadeias, é possível que atuem do lado de fora das penitenciárias e a fuga é uma possibilidade constante.

Considerações finais

A existência de diversas facções atuantes no contexto social é extremamente grave e complexo, uma vez que envolve graves deficiências no sistema carcerário, fazendo com que o local que deveria ressocializar os detentos estimule sua vinculação às facções.

Além disso, afeta a vida dos indivíduos que não estão nos presídios, por causa do clima de insegurança criado em áreas onde atuam essas facções,

já que há a possibilidade de conflitos eminentes, pelo controle do morro ou do tráfico na região, por exemplo. Esses confrontos atingem quem está ao redor, independente de fazer parte de alguma organização criminosa.

Desse modo, a existência de facções criminosas afeta de modo geral a sociedade.

Parte essencial do problema, encontra-se na aliança entre Estado e facções, que muitas vezes não só não as combatem como as apoiam para conseguir solucionar mais facilmente conflito dentro de favelas e outras áreas em que as organizações possuem influências. Assim, o aparato governamental tornou-se parte integrante do problema.

Dessa forma, é possível concluir que as facções criminosas e as consequências sociais causadas pela sua existência estão longe de acabar, uma vez que estão altamente articuladas dentro e fora dos presídios, assim como com o corpo social e o aparato judiciário e de segurança pública, dominando diversas esferas sociais.

Portanto, para mudar, de fato, o panorama atual, não basta focar somente na análise das facções e seus atos, mas é preciso reestruturar e investigar o aparato judiciário, assim como conceder maior especialização e treinamento aos policiais, a fim de mitigar seu envolvimento com organizações criminosas, seja por medo ou qualquer outra motivação.

Referências

ALESSI, Gil. Prisões em massa, motor das facções que afetam a vida da metade dos brasileiros. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/01/31/politica/1517410163_964093.html> Acesso em 15 de setembro, 2018.

ALVES, José Cláudio. 'Os dois segmentos que organizam o crime no Rio - o Estado e as facções - saíram vitoriosos'. Disponível em: <http://www.epsjv.fiocruz.br/noticias/entrevista/os-dois-segmentos-que--organizam-o-crime-no-rio-o-estado-e-faccoes-sairam> Acesso em 30 de agosto, 2018.

BARROS, Ciro. Disseminação de facções tem impacto profundo na violência geral. Disponível em: <https://apublica.org/2018/02/disse-

minacao-de-faccoes-tem-impacto-profundo-na-violencia-geral--diz-pesquisadora/> Acesso em 30 de agosto,2018.

BIANCHI, Paula. Um presídio por facção: Rio faz divisão informal de presos para evitar confrontos. Disponível em:<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/13/um-presidio--por-faccao-rio-faz-divisao-informal-de-presos-para-evitar-confrontos.htm> Acesso em 15 de agosto, 2018.

CARIELLO, Gabriel. Rio descumpre lei que impede a classificação de presos segundo facção criminosa. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/rio-descumpre-lei-que-impede-classificacao-de--presos-segundo-faccao-criminosa-20754957> Acesso em 19 de setembro, 2018.

COELHO, Camilo. "Beira- Mar comanda mortes em Bangu 1". Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/bau-do-crime/beira-mar-comanda-mortes-em-bangu-1-391452.html> Acesso em 20 de setembro, 2018.

DELGADO, Malu. Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios. Disponível em:<https://www.dw.com/pt-br/brasil-tem-pelo-menos--83-fac%C3%A7%C3%B5es-em-pres%C3%ADdios/a-37151946> Acesso em 24 de setembro, 2018

GALIEGO, Andressa. A origem das facções criminosas no Brasil. Disponível em: <https://jornalistasempauta.blogspot.com/2013/03/a-origem-das-faccoes-criminosas-no.html> Acesso em 15 de setembro,2018.

LACERDA, Ricardo. Como as cadeias viraram fábricas de facções criminosas. Disponível em:<https://super.abril.com.br/comportamento/como-as-cadeias-viraram-fabricas-de-faccoes-criminosas/> Acesso em 28 de agosto, 2018.

LUCENA, Jorge. AS FACÇÕES CRIMINOSAS NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS Disponível em: <https://meuartigo.brasilescola.uol.com.

br/politica/as-faccoes-criminosas-nos-presidios-brasileiros.htm> Acesso em 5 de setembro,2018.

MIGOWSKI, Eduardo. As origens do comando vermelho explicam porque o Brasil é tão violento. Disponível em:<https://voyager1.net/sociedade/origens-do-comando-vermelho/> Acesso em 18 de agosto, 2018.

MOREIRA, Brunna. Do exercício arbitrário e abuso de poder: características e objetos. Disponível em: <https://juridicocerto.com/p/brunna-rafaella-san/artigos/do-exercicio-arbitrario-e-abuso-de-poder--caracteristicas-e-objetos-4337> Acesso em 22 de agosto, 2018.

NETO, Bento Rodrigues Chaves. Crime organizado nos presídios. Disponível em:< https://www.webartigos.com/artigos/crime-organizado--e-faccoes-nos-presidios/25158> Acesso em 1 de setembro, 2018.

OLIVERI, Antonio Carlos. Crime organizado: No Brasil, fenômeno se organizpu na década de 70. Disponível em:<https://vestibular.uol.com.br/resumo-das-disciplinas/atualidades/crime-organizado--no-brasil-fenomeno-se-originou-na-decada-de-70.htm> Acesso em 15 de setembro, 2018.

SANTOS, Kananda. A violência nos presídios: a ação do crime organizado e seus reflexos na sociedade, com ênfase no complexo penitenciário de pedrinhas. Disponível em: <https://kananda12musik.jusbrasil.com.br/artigos/381651445/a-violencia-nos-presidios-a-acao-do-crime-organizado-e-seus-reflexos-na-sociedade-com-enfase-no-complexo-penitenciario-de-pedrinhas-1> Acesso em 25 de setembro, 2018.

TRINDADE, André Karam. Raízes do garantismo e o pensamento de Luigi Ferrajoli. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-08/diario-classe-raizes-garantismo-pensamento-luigi--ferrajoli> Acesso em 12 de setembro, 2018

Os 30 anos da constituição federal de 1988 e rebeliões nas penitenciárias brasileiras

Wagneriana Lima Temóteo Camurça
Mateus Natanael Targino Maurício
Natália Pinto Costa

Introdução

Pretende-se discorrer sobre as teorias do surgimento do crime organizado no Brasil de forma generalizada, perpassando em razão disto à análise do sistema carcerário e sua influência para além dele e a decretação do Estado de Coisas Inconstitucional (EIC) pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

A despeito das facções, além de uma breve explanação do seu surgimento dentro do sistema carcerário, buscou-se estabelecer vínculos entre a violência ocorrida dentro dos presídios e elementos sociais que expliquem o processo social de união dos presos em grupos, abordando, portanto teóricos que lecionam a despeito das relações de poder como forma de interação social.

E por fim, buscou-se explorar a eclosão das rebeliões nas regiões Norte e Nordeste no ano de 2017 em específico e a aparente fragilidade do poder público perante a manutenção das penitenciárias brasileiras.

1. Contextualização do fenômeno das facções e a ineficácia do sistema penitenciário

Apesar da discordância de como surgiu o crime organizado no Brasil, prioritariamente que ele se solidificou por meio de facções. Antes de adentrar na gênese de como surgiram às facções e seus reflexos na sociedade, é imperativo compreender o contexto que antecede a sua implantação.

O Estado, representado por meio de seus dirigentes locais, não possui controle efetivo na maioria das penitenciarias que encontram em sua responsabilidade, a politica de um cárcere ressocializador encontra diversas dificuldades para ser satisfatória, conforme, percebe-se por meio do voto do Ministro Marco Aúrelio na ADPF- 347.

O pensar em crime organizado e prisão hodiernamente no Brasil a priori faz surgir os diversos questionamentos, tais como se as facções produzem a "crise" prisional ou a "crise" prisional produz as facções, se os presídios são instituições realmente mantidas pelo Estado e se são realmente eficientes, estas são indagações de extrema relevância para interpretar o cenário que contornam as ditas facções.

Pretende-se por meio deste tópico responder estas indagações e ao mesmo tempo desvincular os argumentos produzidos pela cultura midiática na qual estamos emersos, sobre o assunto corrobora Souza (2010, p.95) "o sistema midiático moderno, aproveitando-se de certa forma da falha institucional do sistema penal e processual penal no cumprimento de seu papel social exerce a função catalisadora da opinião pública sobre um tema previamente selecionado". E essa função é muitas vezes perpetuando equívocos sobre o sistema carcerário e etiquetando os indivíduos, que sequer pode defende-se.

Os meios midiáticos divulgam os diversos desafios que o Brasil enfrenta, tais como a crise politica, crise econômica, crise institucional e a crise no que tange a segurança pública, no entanto o sistema carcerário não esta passando por uma crise, ele é a crise, teoricamente a prisão, à privação de liberdade tem o principal escopo à reintegração dos presos, além de ser uma forma de controle e prevenção da criminalidade, o que demostra ser ineficiente, levando em consideração o número da população carcerária brasileira, segundo dados do Levantamento Nacional de

Informações Penitenciárias (INFOPEN), até junho de 2016 o número de presos no Brasil era de 726.712 mil pessoas.

Segundo o mesmo órgão, o número de vagas é de 368.049, gerando, portanto, um déficit de 358.663 vagas, o relatório de 2017 que possuem como referências dados coletados no ano de 2016, entre o período de 2000 até 2016 a taxa de aprisionamento aumentou em 157%, esse crescimento exponencial é a consequência mais imediata do "endurecimento penal e das formas radicais de controle das pequenas ilegalidades" (SALLA; GAUTO; ALVAREZ, 2006, p. 330)

Foucault (2008, p. 196) afirma que se sabe o quanto as prisões são inúteis e perigosas, entretanto, não se sabe o que colocar em seu lugar, e acrescenta ainda que é algo tão natural da sociedade tal como o uso do tempo para medir as trocas. As formulações do sistema penitenciário Brasileiro tiveram grande influência dos sistemas europeu e norte-americano, tendo sido o primeiro país da América Latina a construir uma penitenciária dentro destas ideias, sendo em 1834, que se iniciou a construção da Casa de Correção do Rio de Janeiro, obra finalizada em 1850 (ARAÚJO, 2009, p.98).

Entretanto, cabe ressaltar o período em que o Brasil vivia na época da criação das prisões, passava-se por um regime escravocrata, tendo relatos que as prisões civis, tais como Calabouço, Aljube e Santa Bárbara- todas localizadas no Rio de Janeiro- as autoridades estabeleciam uma divisão de acordo com a condição jurídica dos presos (livres ou escravos) sexo e tipo de crime praticado (ARAÚJO, 2009, p. 20), sendo a prisão de Calabouço que se localizava no Morro do Castelo, quase exclusiva de escravos que eram acusados como possíveis fugitivos, praticantes de capoeira, entre outras, nesta prisão os escravos sofriam açoite a noite inteira, entre outros castigos, e era a única em que não se misturavam os status jurídicos dos detentos (ARAÚJO, 2009, p. 21).

Os parágrafos anteriores tentam de maneira simplista projetar as primeiras reformas prisionais do Brasil, pois, segundo Maia et al. (2009, p. 22):

> [...] a manutenção e a regulamentação das instituições carcerárias durante o império eram de competência dos governos provinciais, o que ocasionava particularidades, por pressão dos interesses das elites locais – que permaneciam ambíguas entre formas punitivas

> tradicionais, privatizadas, e os atrativos da modernidade em que queriam reconhecer.

Ou seja, para a autora a prisão surgiu no Brasil para a manutenção de poder e privilégios das elites locais, não tendo como objetivo algum humanizar as penas ou ressocializar os apenados, fugindo totalmente de um discurso reformador, o Estado lutava pela primazia do castigo e a manutenção de prerrogativas antigas, herdadas dos tempos coloniais e perpetuando suas principais características.

O binômio ressocialização e punição não são umas realidades dentro prisões brasileiras desde a sua criação, a declaração do estado inconstitucional de coisas do sistema carcerário em 2015 pelo Supremo Tribunal Federal (STF) é um reflexo disto, a falta de estrutura e a violência são traços marcantes das prisões e pontos que corroboram com o surgimento das facções.

Sobre as então denominadas facções, no Brasil não é comum à utilização de termos como "gangues prisionais" para determinar a união organizada dos presos, estes são chamados- como dito desde o início do presente trabalho- de facções, termo este que é utilizado desde meados dos anos 2000, por diversos grupos- jornalistas, cientistas, políticos- e sendo mais recentemente utilizado também a nomenclatura *comando*. (MISSE, 2001; SOUZA, 2006; DIAS, 2011).

O imbróglio da utilização de tal nomenclatura se dá-se em razão de no português tais expressões não conseguirem determinar com clareza que se trata de grupos que organizados no interior de uma prisão, além de no campo das ciências sociais o termo "facção" ser conceituado e consolidado como um estudo de sistemas e partidos políticos, e peculiarmente os termos adotados no Brasil não encontram simetria com os termos usados na literatura internacional, que comumente utilizado como *prison gangs* (ALMEIDA; LOURENÇO, 2013)

O que pode causar a falsa impressão da impossibilidade de um diálogo entre fontes de pesquisas brasileiras e de outros países, em razão da incompatibilidade de termos, além de transpassar que o fenômeno ocorrido no Brasil possui peculiaridades únicas que não comporta um estudo comparado, o que prospera, pois, apesar de defendido no transcorrer do presente trabalho que a criminalidade assume particularidades a depender

do contexto histórico e geográfico em que se insere no capítulo 2 deste trabalho monográfico aborda-se o uso da violência no Brasil – Ceará, de acordo com um estudo comparado com outros países da América Central.

Assim como em diversos países as *prison gangs* ou *facções* e *comandos* são todos frutos do cárcere, dentro da realidade brasileira, as principais facções que atuam em nível nacional são o Primeiro Comando da Capital (PCC) com origem em São Paulo e o Comando Vermelho (CV) do Rio de Janeiro.

O surgimento das facções no Brasil ocorreu dentro do sistema penitenciário paulista por meados dos anos 90. O Massacre do Carandiru em 1992 é representativo, pois, consegue demostrar a arbitrariedade e a violência presente nos anos 1990 no sistema carcerário, a operação aconteceu como reação a rebelião que ocorria no Pavilhão 9, tendo como resultado a morte de 111 presos, meses após existem relatos que o PCC surgiu. Para Salla (2006), o episódio do Carandiru é um marco na historia prisional, pois, a partir deste momento a causa de morte das prisões deixa de ser dos conflitos dos presos com os seguranças e passa ser entre os próprios presos.

O PCC e demais facções conseguem agregar mais membros com o discurso de solidariedade e união contra as más condições e abusos do poder estatal, ou seja, esses grupos se tornam cada vez mais fortes e maiores em razão da ineficiência do sistema, no tópico a seguir delimita-se melhor as condições precárias a qual os presos são submetidos.

1.1. O estado de coisas inconstitucional (EIC)

No ano de 2015 foi protocolada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamento (ADPF) de n° 347, que foi distribuída para o Ministro Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, que tinha como principal pedido o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional (EIC) do sistema carcerário brasileiro, e no transcorrer da petição inicial, foram ressaltadas as condições insalubres, as doenças infecciosas, a falta de água potável bem como de produtos de higiênicos básicos, as torturas e as violências sexuais presentes dentro dos estabelecimentos prisionais, demostrando-se, desta maneira, a afronta aos direitos humanos e às lesões a preceitos fundamentais.

O estado deplorável dos presídios brasileiros até chegou à intervenção da Corte Interamericana de Direitos Humanos em diversas ocasiões, tais como nos anos de 2002, 2005, 2006, 2014, que condenaram o Brasil a cumprir medidas provisórias para garantir melhores condições pessoais, psíquicas e morais de pessoas privadas de liberdade em várias penitenciárias do país.

Sobre o Estado de Coisas Inconstitucional (EIC) é necessário compreender mais sobre para assimilar as consequências de seu reconhecimento no âmbito do sistema carcerário.

O termo foi desenvolvido na Corte Constitucional da Colômbia (CCC). Foi decretada pela primeira vez em 1997, na Sentença de Unificação n. 559, tratavam-se ações protocoladas pelos professores em razão de terem seus direitos previdenciários negados pelas autoridades locais, a partir de então a Corte passou a investigar casos em que acontecia uma violação de direitos fundamentais em razão de uma omissão. (ARAÚJO; FERREIRA, 2017)

Ainda segundo os autores, existem dois casos bastante emblemáticos envolvendo a temática e sua aplicação pela Corte gira em torno do sistema carcerário e do deslocamento forçado de pessoas em razão da extrema violência. Este último exemplo, decorreu em razão do temor gerado na população pelos grupos armados Forças Armadas Revolucionária da Colômbia (FARC), mais de 1000 famílias migravam para outros lugares da Colômbia para refugia-se junto com seus familiares dos ataques do grupo em questão.

Sobre o sistema carcerário, foi reconhecido, por meio da sentença T. 153/1998 (CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIA, 2018) a superlotação, a violação de direitos fundamentais de natureza geral, as péssimas condições de higiene que se tornava uma afronta à dignidade da pessoa humana, a Corte em seus estudos empíricos chegou a mencionar a situação da Penitenciária de Bela Vista, que sua superlotação chegou a obrigar presos a dormir no banheiro que ocasionou em diversas doenças dermatológicas.

No transcorrer do estudo foram constatadas situações precárias em diversas penitenciárias do país, em busca de soluções a Colômbia realizou atividades conjuntas com o Poder Judiciário, Ministério de Justiça entre outros órgãos como Instituto Penitenciário Nacional e Carcerário (IPNEC).

Diante disto, pode observar que o EIC compreende violação de direitos fundamentais de maneira massivas, bem como omissões e em algumas si-

tuações problemas estruturais também, isto em um primeiro plano. No segundo plano segundo a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (IDH) envolve presídios e o sistema carcerário de maneira ampla, que determinou diversas medidas provisórias em relação ao Brasil, como por exemplo, envolvendo a Penitenciária de Pedrinhas, onde ocorreu uma sangrenta rebelião em 2014 em razão do encarceramento em massa, em que ocorreram decapitações, violência contra agentes policiais, diversos tipos de tortura e até mesmo a queimada de ônibus na cidade por meio do comando de presos, a corte determinou que algumas medidas, entre elas:

> (i)identificar e responder de maneira efetiva às causas que permitem o tráfico de armas no interior do centro penitenciário, bem como os conflitos entre facções criminosas rivais pelo controle da distribuição de drogas; (ii) elaborar e implementar um plano de emergência para os reclusos portadores de doenças contagiosas e tomar medidas para evitar a propagação dessas doenças; (iii) adotar medidas para garantir a segurança dos visitantes e das demais pessoas que se encontram no complexo penitenciário. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2014)

Esses dados demostram a negligencia do Estado Brasileiro com os presos e as condições insalubres na qual são submetidos, evidenciado que dentro dos presídios existem graves violações aos direitos humanos, com a violação dos seguintes dispositivos: dignidade da pessoa humana (artigo. 1º, III), proibição de tortura, do tratamento desumano ou degradante (artigo. 5º, III), sanções cruéis (artigo. 5º, XLVII, e), integridade física e psíquica dos presos (artigo. 5º, XLIX), entre outros direitos fundamentais que asseguram saúde, alimentação e acesso à justiça.

O Ministro Marco Aurélio em seu voto sintetizou essas violações presentes no sistema carcerário (ADPF 347, 2015):

> [...]. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que "a superlotação" é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana.

Dentro dessa realidade, pode-se observar a teoria sistematizada por Gunther Jakobs (2007) em prática, preleciona o autor em linhas gerais que existe a divisão entre o cidadão (pessoas) e o inimigo (não pessoas), e esse último rompe com o contrato social e razão disto merece tratamento diferenciado, não sendo merecedor de qualquer privilégio do Estado, "um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de pessoa." (JAKOBS, 2007, p. 35), estas faltas de condições mínimas demostram que esses apenados/ custodiados são tratados como inimigos da sociedade.

1.2. As relações de poder como formas de interação social

Com o encarceramento em massa e a negligência do Estado com esses apenados, apenas, corrobora com a proliferação para o aumento das rebeliões bem como das criações das facções criminosas, pois a ausência estatal dentro desses estabelecimentos tornou-se uma justificação para que os próprios presos assumissem uma postura mais ativa dentro da estrutura prisional com o intuito de criar e manter uma ordem interna, ou seja, o modelo prisional no Brasil não é estruturado pelo poder público e sim pelos próprios detentos.

Estes conjuntos de fatores apontados cooperaram para que os presídios formassem palco para o nascimento das organizações criminosas. Um exemplo disto são as criações do Comando Vermelho (CV) em 1981, dentro dos presídios cariocas, e o Primeiro Comando da Capital (PCC) no ano de 1993, em São Paulo, todas são frutos do cárcere. As então denominadas facções apresentam-se cada vez mais rigorosas e com uma maior amplitude de ações. Em alguns momentos, tais organizações além de controlarem e organizam as penitenciárias, determinam a realização de *motins e chacinas* tanto dentro como fora dos presídios.

Dentro da teoria do filósofo político inglês Thomas Hobbes, encontra-se possíveis respostas da justificação desses detentos assumirem uma postura mais ativa frente à negligência que sofrem do estado, pois para o teórico é necessário à criação de um governo com autoridade absoluta para garantir a preservação da humanidade, pois, os seres humanos são

naturalmente egoístas, autodestrutivos e que pode levar a humanidade aos caos, a destruição, portanto, a autoridade de capaz de conter essas pessoas destrutivas é indispensável. Hobbes (1983, p.46), afirma que:

> Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens.

Ou seja, de acordo com Hobbes a ausência de um poder comum e coercitivo o estado natural do homem é entrar em guerra uns contra os outros, justamente para evitar esse estado de violência perpétua é que os homens tendem a se unir no intuito de sobrevivência, além disto, tem-se também outra teoria para respaldar essa configuração das relações sociais dentro da prisão, ela se funda no *poder como fonte de interação social.*

Dentro da dinâmica prisional é possível observar essa socialização em torno do poder e da dominação que também representa um tipo extremo de interação social. A forma pela qual estes grupos se relacionam tem forte relação com o poder, pois suas relações são estruturadas para gerar uma dependência que vincula uns aos outros, e dentro deste contexto a utilização da força física pode constitui-se como uma forma peculiar de poder e submissão, tornando a filiação as facções uma alternativa de manter a sobrevivência.

Esse processo de pertencer a algum grupo dentro das prisões pode ser denominado como *prisionização,* que representa os efeitos da prisão na identidade do preso "a integração aos costumes, valores e normas comuns aos detentos se dá a partir do processo de socialização pelo qual o individuo se apropria de códigos, da linguagem e dos conhecimentos específicos desse grupo prisional (cultura prisional)" de acordo com Braga (2008, p.43), ou seja, em linhas gerais, os presos são imersos em uma cultura de violência sistemática e encontram nesses grupos criminosos segurança para sobreviver ao cárcere.

Dentro desse contexto, ao ser inserido no sistema carcerário o apenado/ custodiado passa por esse processo de aculturação, onde se adapta

as condições necessárias para sobrevivência e integração social, ou seja, existe uma perda de uma identidade e a construção de uma nova.

E dentro do contexto das penitenciarias brasileiras, como já relatado as condições insalubres, e a violência física na definição das hierarquias sociais, criam oportunidades para as facções surgirem, e os indivíduos que agora ingressam nesse sistema observam a ausência de um poder central no estado e concentrada nesses grupos organizados.

Com o surgimento das facções, esses grupos criaram regras próprias, bem como execuções rápidas e violentas e julgamentos internos, tudo de forma a substituir os três poderes estatais, de criar as leis, executá-las e julgá-las (OLIVEIRA, 2007). O exercício do poder por esses grupos se caracterizam pela criação de ordem e sanções a serem aplicadas caso ocorram o seu descumprimento, Braga (2008, p.167), pontua que grupos como PCC, possuem inclusivo estatuto escrito, que foi publicado no Diário Oficial do Estado de São Paulo, em 1996, por iniciativa do deputado estadual Afánazio Jazadji.

A expansão das facções dentro do sistema penitenciário brasileiro modificou as formas de relação e de violência entre os presos, e agora a violência é monopolizada por esses grupos, o que abordaremos no tópico a seguir ao examinar as rebeliões.

1.3. A eclosão de rebeliões carcerárias no Norte e Nordeste nos ano de 2017

Apesar de o presente tópico abordar as rebeliões que ocorreram no nordeste brasileiro no ano de 2017, sabe-se que esse fenômeno não é algo novo, o evento que ficou conhecido nacionalmente como os "ataques de maio de 2006", que consistiu na rebelião de 29 unidades prisionais do Estado de São Paulo, mostrou a articulação e a amplitude dos grupos organizados no Brasil.

Segundo Salla (2006, p.291) as rebeliões no Brasil podem ser agrupadas em três períodos, em um primeiro momento no início dos 80, as principais características dos movimentos nessa época consistiam como reação a precariedade em que eram submetidos, pela falta de alimentação, higiene, entre outros, o segundo momento teve como marco o Massacre do Carandiru, logo após quando o País passava por uma democratização

e política de humanização dos presídios, e a terceira é a que persiste até a o recorte escolhido para ser analisado, que é marcado pela a incapacidade do estado e a omissão em gerenciar esses grupos organizados.

O ano de 2016 e 2017 foi marcado por diversas rebeliões dentro das penitenciarias brasileiras, pretendem-se analisar duas em especifico- a do Presídio de Alcaçuz no Rio Grande do Norte e a do Complexo Penitenciário Anísio Jobim no Estado do Amazonas- ambas ocasionadas por disputas de facções rivais, o que evidencia que a violência é dentro das prisões persiste e que agora assume uma nova dinâmica, não mais em confronto com agentes representantes do estado como foi o massacre do Carandiru, mas entre os próprios presos.

A rebelião no Presídio Anísio Jobim foi a primeira do ano de 2017, sendo realizada no dia 01 de Janeiro, que durou cerca de 17 horas, foi ocasionada pela disputa de poder entre o PCC e a Família do Norte (FDN), facção regional que é uma aliada do CV, informações essas que foram divulgadas pelas autoridades de Segurança Pública do Amazonas (LOPES; RODRIGUES, 2017, p. 96.)

Os resultados dessa rebelião registrou a morte de 56 presos e a fuga de 184, segundo as investigações o PCC havia declarado guerra ao CV, devido ao rompimento de um acordo entre os grupos, e que foi ordenado uma ordem de matança o que se espalhou por meio de mensagens via *whatsapp* para dentro dos presídios e como uma resposta os integrantes da FDN, teriam se organizado para neutralizar o PCC, matando, portanto, os presos que pertencia ao grupo oposto, o que desencadeou outras diversas rebeliões entre outros presídios, tais como o de Alcaçuz no Rio Grande do Norte.

O massacre de Alcaçuz foi o terceiro registrado no ano de 2017, que foi tão violenta quanto as antecedentes, marcadas por traços de extrema de violência, decapitações e outros atos de canibalismos aconteceram. (LOPES; RODRIGUES, 2017, p. 96)

Como dito, as rebeliões não são um fenômeno recente no Brasil, entretanto, a forma como vem sendo estruturada nos últimos anos, e principalmente nos anos de 2016 e 2017, demostram a influência das facções que surgiu dentro das prisões expandido seu poder e alcance para fora delas, afetando diretamente a população carcerária assim como não carcerária. Os massacres que ocorreram no ano de 2017, somados ultrapas-

sam o número de mortos no episódio do Carandiru, o que se pretende expor é como o pensamento do Italiano Giorgi Agamben possui correlação com os eventos ocorridos.

O estado de exceção hoje pode ser aplicado em diversas facetas do sistema prisional brasileiro, não se restringindo apenas os mecanismos criados pelo a Constituinte de 1988 como o Estado de Sítio e de Guerra, o próprio sistema carcerário é uma configuração de estado de exceção.

A suspensão e a neutralização de direitos são comuns dentro do sistema penitenciário, o que ficou evidenciado quando abordado o estado de coisas inconstitucional em tópico anterior, o preso é construído como um inimigo da sociedade em que não possuem direitos, o discurso de "bandido bom é bandido morto" tem se perpetuado.

As rebeliões são um reflexo da falta de estrutura dos presídios brasileiros- o que já foi bastante abordado no transcorrer do capitulo- juntamente com a falta de politicas públicas que sejam eficientes em diminuir o número de reincidência, além de a perpetuação das facções se dão em razão dos presos sentirem necessidade de manter-se vivo e para isso necessitam de uma " família" ou "padrinho" dentro da prisão.

Ademais, ressalta-se que a violência é reiterada dentro desse contexto, existindo uma lógica de punição e de guerra, tudo isso não se pode considerar como produto de um estado democrático, inclusive, tudo todo o sistema carcerário contradiz a ideia de um Estado de direito universal.

Como já discutido as rebeliões em massa nos presídios brasileiros não são recentes e de acordo com as circunstâncias acabam afetando indiretamente ou diretamente a população não carcerária.

Sedimentando, o elemento *poder* tem enorme influência nas relações interpessoais dentro dos estabelecimentos prisionais e na contemporaneidade vem assumindo novas facetas, os grupos que antes se organizavam para se rebelar contra o Estado e suas omissões, agora se opõem um contra os outros, utilizando-se da violência física como definição de suas hierarquias sociais e que ultrapassam os muros prisionais.

Conclusão

A Constituição Federal de 1988 foi a que, de longe, mais prestou atenção no tema da segurança pública, trazendo inclusive um capítulo inteiro

dedicado a ela, e elencando a segurança como um direito fundamental previsto no artigo 5º e como um direito social no artigo 6º, enquanto o artigo 144, só regulamentado recentemente, traz o funcionamento, a execução e as diretrizes básicas de como esse direito fundamental será garantido pelo Estado. Ou seja, o constituinte de 1988 não consegue explicitar exatamente o que seja segurança pública e qual é o objeto jurídico que será tutelado pelo o conceito, apenas afirma que ela será exercida, o que ocasionalmente provoca insegurança, uma vez que é possível o termo ganhar diversas facetas haja vista o conceito muito amplo.

E neste campo denominado segurança pública é perceptível à fragilidade das ações politicas tomadas. Talvez por se continuar a partir do pressuposto de que a segurança pública é apenas ação das polícias. E dentro do contexto, é necessário compreender o papel do Estado, o lugar social que cada remetente destas politicas ocupam, pois é como supracitado é necessário analisar as atuais dinâmicas criminais de cada estado como um fenômeno social, bem como examinar o perfil de cada grupo que comete e que sofrem com essa violência.

Referências

ARAUJO, Carlos Eduardo Moreira de. **Cárceres imperiais: a Casa de Correção do Rio de Janeiro: seus detentos e o sistema prisional no Império**, 1830-1861. 2009. 328 p. Tese (doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Filosofia e Ciencias Humanas, Campinas, SP. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/280976>. Acesso em: 12 ago. 2018.

AGAMBEN, Giorgi, 1942- **Estado de exceção**/ Giorgio Agamben; tradução de Iraci D. Poletti- São Paulo: Boitempo, 2004 (Estado de Sítio)

DIAS, Camila Caldeira Nunes**. Da pulverização ao monopólio da violência: expansão e consolidação do Primeiro Comando da Capital (PCC) no sistema carcerário paulista**. 2011. Tese (Doutorado em Sociologia) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

doi:10.11606/T.8.2011.tde-13062012-164151. Acesso em 30 de julho de 2018.

CORREA, Paulo Mortinari Araújo. **As maras e Pandilhas no triângulo norte da América Central e a atuação dos Estados Unidos em seu combate.** 2015. 180 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2015.

FERREIRA, Siddharta Legale; ARAÚJO, David Pereira de. **O Estado de Coisas Inconvencional: trazendo a Corte Interamericana de Direitos Humanos para o debate sobre o sistema prisional brasileiro. Publicum,** Rio de Janeiro, v. 2, n. 2, p.67-82, ago. 2016. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/publicum/article/view/26042/19681>. Acesso em: 30 mar. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raul, **Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico, Lei 9.034-95 e político-criminal**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995.

HOBBES, Thomas. **Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil.** (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983. Col. Os Pensadores.

IPEA. **Atlas da violência 2017**. Disponível em <http://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/download/2/2017> acesso em 30 de mar. de 2018

JAKOBS, Günther, MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo – Noções e Críticas**. 2ª ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro, Edições Graal, 1979.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008

MAIA, C. et al**. História e Historiografia das Prisões**. In: História das Prisões no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, v.1

MANSO, Bruno Paes; DIAS, Camila Nunes. PCC, sistema prisional e gestão do novo mundo do crime no Brasil. **Revista Brasileira de Segurança Pública**, São Paulo, v. 11, n. 2, p.10-29, Ago/ Set. 2017.

OLIVIERI, Antônio Carlos. **O Cangaço**. 2 ed. São Paulo: Ática, 1997.

O POVO. Presencia mudança forçada de famílias ameaçadas por facção- acesso <https://www.opovo.com.br/jornal/cotidiano/2018/01/mais-de-20-familias-sao-expulsas-das-proprias-casas-por-faccao.html> acesso em 30 de mar. 2018.

PALVA, Thiago. **Pichações proibindo roubos se espalham por Fortaleza.** Disponível em:<https://www20.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2016/08/29/noticiasjornalcotidiano,3653646/pichacoes--proibindo-roubos-se-espalham-por-fortaleza.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2018.

ROSSI, Marina. **Confronto em Alcaçuz deixa mortos e feridos enquanto Natal espera soldados.** 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/20/politica/1484870553_916142.html>. Acesso em: 18 de abr. 2018.

RESOLUÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS1 DE 14 DE NOVEMBRO DE 2014. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf>. acesso 30 de mar.2018.

SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Rev. Sociologias, Porto Alegre, ano.8, n°16, jul/dez 2006, p.274-307

Salla, F., Gauto, M., & Alvarez, M. (2006). **A contribuição de David Garland: a sociologia da punição.** Tempo Social, 18(1), 329-350. Disponível em <http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12505> Acesso 30 de mar.2018.

SILVA, Eduardo Araújo. **Crime Organizado: Procedimento Probatório**. São Paulo: Atlas, 2003.

SOUZA, Artur César de. **A decisão do juiz e a influência da mídia**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

De Bangkok ao Brasil: a invisibilidade da mulher presa e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 como forma de resistência

Rosana Alves Gama Souza da Silva

Introdução

A sociedade contemporânea enfrenta novos desafios, decorrentes, entre outros fatores, da globalização e da constante mudança do homem a fim de adaptar-se ao que ocorre no mundo, tendo se transformado em verdadeira sociedade de risco (BECK, 2011).

No entanto, embora muitas mudanças sejam desejadas e benéficas, a exemplo da tecnologia e de outros meios que facilitam a interação, a comunicação e a compreensão entre os indivíduos, a sociedade hodierna lida com problemas que decorrem do crescimento de população alienada politicamente, com fracas bases educacionais e que reproduz notícias com rapidez e sem pensamento crítico.

Dessa forma, notícias, sejam verdadeiras ou falsas, e opiniões, com ou sem embasamento, viralizam em redes sociais, meios em que predominam a rapidez da informação e a superficialidade do conteúdo em

detrimento da verdade, restando inaugurada a era da "pós-verdade" (CABETTE FÁBIO, 2016).

Os assuntos não são discutidos ou, quando o são, não refletem a profundidade que se espera, gerando opiniões inflamadas e equivocadas a respeito de tema, em regra, polêmico, a exemplo da violência e do sistema carcerário.

Dentre as consequências do "mundo líquido" de Bauman (2001), em que as relações são rápidas e superficiais e a eterna vigilância é o preço que se paga pela segurança, a violência é fator crescente na sociedade em que vivemos. Todavia - seria possível perguntar- como a violência cresce se as punições nas últimas décadas aumentaram?

A prisão no Brasil é tema que requer, para além de discussões acadêmicas, educação política da sociedade, tendo em vista que a ignorância sobre o funcionamento do sistema gera na população maior descrença e desprezo ao já desamparado sistema carcerário.

A exemplo do que se fazia com os leprosos na época de Cristo e com as montanhas de Leônia (BAUMAN, 2005), Estado e sociedade por vezes parecem crer que o problema carcerário, se devidamente rechaçado e suprimido das pautas brasileiras, desaparecerá.

No entanto, o crime não desaparece com a prisão, tampouco suas consequências ou o próprio criminoso. Encarcerar tanto e tão mal, no atual sistema falido, significa apenas esconder temporariamente o problema (mesmo porque não há prisão perpétua no Brasil) para que este não se torne constante lembrete de que falhou o Estado em sua missão de amparar e proteger todos os indivíduos.

Ausentes, portanto, o Estado e a sociedade na construção de respostas para a criminalidade, os encarcerados padecem as consequências do abandono e desprezo, inexistindo dignidade ou chance real de ressocialização, ficção que alenta os utópicos.

1. A invisibilidade da mulher presa no Brasil

Para agravar a situação, o sistema carcerário (no qual existe "Estado de Coisas Inconstitucional", reconhecido pelo Supremo Tribunal

Federal na ADPF nº 347) ganha novos contornos, já que cada vez mais mulheres têm sido presas.

Todavia, não obstante o crescimento estratosférico de 525% do encarceramento feminino nos últimos dezesseis anos, as mulheres compõem minoria "invisível" no sistema prisional, sendo constantemente preteridas em seus direitos.

São as esquecidas em um sistema de esquecidos.

Isso porque além de todos os presos fazerem parte de verdadeiro "submundo", a saber, de realidade abjeta ignorada pela maioria da população, as mulheres presas são relegadas a segundo plano pela sociedade e frequentemente pelos próprios companheiros por não atenderem às expectativas que estes em regra têm de uma mulher: deve ser pura, casta, íntegra, exemplar e útil em sua tarefa de gerenciar casa e família.

A partir do momento em que a mulher não se encontra à disposição para a satisfação das necessidades sociais, ainda que vítima de um sistema que a oprimiu com a idealização de gênero propagada socialmente (SILVA, 2015), se torna inútil e é abandonada.

Essencialmente, a invisibilidade das mulheres presas decorre muito mais de sua condição de mulher (para quem sempre existiu a pena privada – controle do corpo pelos costumes - além da pena pública - MENDES, 2015), que em virtude do reduzido número de mulheres presas, sendo possível afirmar que tais diferenças de tratamento decorrem do patriarcalismo que estrutura a sociedade, como se verá a seguir.

A uma, é importante ressaltar que quando uma mulher comete um crime, diverge duplamente do papel a ela designado pela sociedade. Destoa primeiro como indivíduo que rompe o contrato social ao praticar ilícito e, depois, destoa enquanto mulher, já que desta é esperado comportamento dócil e submisso.

Por essa razão é que as prisões existentes não são, em regra, projetadas para mulheres e para atender as suas necessidades básicas, mas sim para homens, em sistema penal androcêntrico (CAMPOS & CARVALHO, 2011), considerando que historicamente a prática de crime por mulheres era vista como desvio passível de correção em hospitais ou conventos, já que "pecadoras" (PRIORI, 2012).

Às mulheres, portanto, é conferido o mesmo tratamento que aos homens, em perversa isonomia formal de violação de direitos, haja vista

que, de acordo com os dados do INFOPEN (2018) apenas 7% dos presídios foram projetados para mulheres.

A duas, como se atribui o papel cuidador à mulher, sendo dela a carga mental de gerenciar tarefas, esta sofre pela ausência de manutenção de vínculos afetivos quando presa. Quando o homem é preso, a mulher constantemente o visita, sendo vítima reflexa das violações sistemáticas de direitos (DELEFRATI & NOVAES, 2016), mas quando a mulher é presa o panorama se altera.

Além de abandonada pelo Estado diante da carência de políticas públicas, a segunda pena da mulher presa é o abandono afetivo, considerando que apenas 8% delas são visitadas por companheiros e apenas 11% são visitadas pelo menos uma vez por mês por sua própria família (FIDELIS, 2012).

Por derradeiro, o perfil da mulher presa no Brasil deixa patente a interseccionalidade de fatores de discriminação (CRENSHAW, 2014), que ocorre quando determinado grupo tem seus direitos violados ou limitados de forma ainda mais significativa em razão da conjugação de fatores de discriminação como raça e gênero.

A mulher presa é, em regra (INFOPEN, 2018), negra, pobre, jovem, solteira, mãe e não completou o ensino fundamental, concentrando inúmeros fatores de vulnerabilidade que estampam, mais que a seletividade penal e a criminalização da pobreza, a feminização da pobreza.

A ausência de preparo não se refere apenas à estrutura prisional, sendo possível encontra-la também no tipo penal que leva as mulheres à prisão.

Estima-se que 62% das mulheres estejam presas pelo delito de tráfico de drogas, ainda que, segundo o Departamento Penitenciário, as mulheres sejam, em regra, primárias, não estejam ligadas a organizações criminosas e geralmente tenham papel secundário nesse tipo de crime.

O que ocorre é que, segundo pesquisa, semelhantemente ao mau posicionamento que ocorre em relação às mulheres no mercado de trabalho, este existe também na estrutura do tráfico, ocupando as mulheres, deste modo, funções de menor importância e maior exposição (CABETTE FÁBIO, 2016).

Ademais, em regra essas mulheres servem apenas de meio de transporte para as drogas a pedido de seus companheiros (denominadas "mulas").

Especificamente em relação ao crime de tráfico, o encarceramento feminino representa tripla condenação (conceito da pesquisadora Cori-

na Giacomello – ITCC, 2015), já que representa assimetria entre homens e mulheres antes da prisão, as sentenças e regimes tendem a ser agravados por se tratar de tráfico e as mulheres sofrem formas próprias de discriminação dentro da prisão.

Há mais. De acordo com informações do Departamento Penitenciário (INFOPEN, 2018), 45% das mulheres presas ainda não foram julgadas, mesmo que 74% das presas sejam mães, sendo 7% delas mães de seis ou mais filhos.

E, embora o Brasil possua a quarta maior população carcerária feminina do mundo, o Levantamento de Informações Penitenciárias sobre Mulheres (INFOPEN, 2018) indica que em menos da metade dos presídios brasileiros há cela para gestantes e berços.

Além disso, em estudo divulgado pela Fundação Oswaldo Cruz (AGÊNCIA BRASIL, 2017), de 246 mães entrevistadas, não houve assistência pré-natal para 36% delas, 15% sofreram violência, 32% não realizaram testes de sífilis e 4,6% dos seus filhos nasceram com sífilis.

Assim, resta claro que o encarceramento de mulheres implica violação sistemática de direitos não apenas da mulher, mas de toda a estrutura familiar que dela depende pra sobreviver, materialmente ou afetivamente.

2. As regras de Bangkok e o ordenamento brasileiro como instrumentos de resistência

O primeiro instrumento de resistência no combate às violações sistemáticas dos direitos das mulheres presas é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que estabelece o respeito à dignidade humana do preso em seu artigo 1º, inciso III, e o direito – estampado no artigo 5º, III, de o preso não ser submetido a tratamento desumano ou degradante.

Além disso, estabelece no artigo 5º a integridade física e moral do preso (inciso XLIX), seu direito de ter comunicado o seu lugar de prisão ao juiz e sua família (LXII), o direito de ter informados os seus direitos e de ter garantida assistência de advogado (LXIII), o direito de ter relaxada prisão ilegal (LXV), dentre outros.

Assim, a Constituição da República se posta como garantidora da integridade física e psicológica das presas, bem como a Lei de Execução Penal, que, não obstante a sua desatualização – vide artigo 19, parágrafo único,

que estabelece que a "mulher condenada terá ensino profissional adequado à sua condição" – busca conferir tratamento específico à mulher.

Além da Carta Magna e da Lei de Execução Penal, o Brasil é signatário de outros documentos que estabelecem os direitos dos presos que devem ser assegurados, considerando sua situação vulnerável.

Dentre eles, devem ser mencionados o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que estabelece o direito de o preso ser tratado com humanidade; a Convenção de Belém do Pará, promulgada pelo Decreto nº 1973, de 1996, que entende como violência também aquela física, sexual e psicológica perpetrada ou tolerada pelo Estado ou seus agentes, onde quer que ocorra; e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, promulgada pelo Decreto nº 4377, de 2002, que reforça a necessidade de igualdade material das mulheres em relação aos homens.

Ademais, ciente das estatísticas, o Brasil participou de forma ativa da construção das Regras de Bangkok, documento formulado pela Organização das Nações Unidas que traça as diretrizes para o tratamento de presas e também medidas de liberdade para mulheres infratoras.

Consoante o texto do documento, apesar da existência de Regras e Mandela e também das Regras de Tóquio, documentos anteriormente elaborados que tratam dos direitos dos presos, estes não contemplavam de forma integral as mulheres, haja vista as idiossincrasias já apontadas.

Segundo André Ramos (2017), a Regras de Bangkok se baseiam em dois pressupostos:

> "(i) as necessidades específicas das mulheres, as quais incluem, entre outras, idade, orientação sexual, identidade de gênero, nacionalidade, situação de gestação e maternidade; (ii) o reconhecimento de que parcela das mulheres infratoras não representa risco à sociedade, de modo que o encarceramento pode dificultar a sua reinserção social".

Dessa forma, as Regras de Bangkok complementam as mencionadas regras e surgem como forma de conferir atenção específica para a mulher, seja física ou psicológica.

Nesse sentido, constam orientações para que seja, por exemplo, garantido à mulher o contato com parentes a fim de assegurar que seu filho não reste desamparado.

De igual modo, há previsão expressa de que sejam disponibilizados os materiais necessários à sua higiene, como absorventes descartáveis e suprimento regular de água (ONU, 2016).

Outras questões relevantes tratadas no material versam sobre a apuração de violência psicológica, física ou sexual no momento da abordagem policial, considerando que no Brasil mais de 500 mulheres são vítimas de agressão física a cada hora (ACAYABA E REIS, 2017).

Outro tema explorado que merece destaque é o fornecimento de medidas alternativas à prisão no caso de mulheres encarceradas por tráfico de drogas, objetivando tornar tal crime uma questão de saúde pública, não de mero punitivismo.

Dessarte, é possível notar que ampla, embora não taxativa, a produção legislativa nacional e internacional no sentido de conferir igualdade material e dignidade às mulheres, especialmente às presas, que compõe parcela vulnerável.

Conclusão

O presente artigo se justifica por trazer à discussão problema que assola o país, qual seja, as deploráveis condições carcerárias e, mais especificamente, o desrespeito aos direitos e garantias fundamentais que elas representam à mulher presa.

Como apontado, uma das razões para o movimento de encarceramento nas últimas décadas foi o aumento da criminalidade, considerando a insegurança popular e seu pedido por recrudescimento de sanções, especialmente nos anos 90, o que culminou na tomada de medidas drásticas como a edição da lei dos crimes hediondos.

Nesse contexto, possível lembrar que o crime cometido contra a filha da escritora de novelas Glória Perez foi responsável pela alteração da Lei de crimes hediondos em 1994, pois mobilizou a população e implicou, ainda que indiretamente, a inclusão do homicídio qualificado no rol dos crimes hediondos (ROCHA, 2012).

A ideia da lei consistia em demonstrar o repúdio em relação a determinados delitos, como homicídio qualificado, extorsão mediante sequestro e latrocínio, retardando a saída dos condenados da prisão e impondo obstáculos na concessão de fiança.

Além da referida lei, outras mudanças foram feitas recentemente na legislação penal que comprovam que só aumenta a sanha punitiva legislativa, a exemplo da edição de nova lei de drogas em 2006 aumentando a pena para o crime de tráfico de drogas. Todavia, a população, mais de dez anos depois, ainda clama por medidas mais drásticas.

O que se pode notar pelo contínuo pedido de punição vindo da sociedade é que o aumento das penas e a criação de obstáculos para o desencarceramento dos indivíduos não tem sido suficiente para diminuir a prática de delitos.

Estima-se, inclusive, que atualmente no Estado de Pernambuco sejam cometidos dezesseis homicídios por dia, segundo informe jornalístico da Folha de São Paulo (2017). De acordo com o Código Penal, a pena a ser aplicada para quem comete homicídio simples varia entre 6 e 12 anos e para os que cometem homicídio qualificado a pena varia entre 12 e 30 anos.

Os novos crimes e as penas aumentadas não intimidaram, portanto, os criminosos. No entanto, grande parte da população continua a acreditar que "bandido bom é bandido morto" (embora no Brasil seja, em regra, vedada a pena de morte) e que as indignidades que lá sofrem os detentos, como a superlotação e até mesmo o fornecimento de alimentos estragados (EXTRA, 2015) e a utilização de miolo de pão como substituto de absorvente íntimo (QUEIROZ, 2015), são consequências naturais da prática do fato criminoso.

Para além da alienação, a sociedade é tomada atualmente por um sentimento de vingança e busca medidas extremas e sensacionalistas, como penas cada vez mais severas e a redução da maioridade penal (NOBRE, 2015).

Todavia, parece a sociedade apontar suas pedras para o alvo errado, já que o preso é, em regra, vítima de um Estado que não lhe proporcionou o mínimo e que agora dele cobra postura íntegra e proba, exemplar.

Exemplar quando não são exemplares as escolas públicas (GUIMARÃES, 2015). Exemplar quando não são exemplares os hospitais públicos (JORNAL G1, 2014). Exemplar quando não são exemplares os próprios agentes do Estado (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA, 2016).

O Brasil prende muito e prende mal.

O Brasil ocupa, segundo dados fornecidos pelo Levantamento de Informações Penitenciárias (2017), realizado pelo Ministério da Justiça, o posto de país com a terceira maior população carcerária no mundo.

Segundo este mesmo Levantamento, a população carcerária no Brasil aumentou 707% da década de 90 para a atual, contando atualmente com mais de 700.000 presos. Ademais, mais de 40% do efetivo carcerário é composto por presos provisórios.

Isso significa que enorme fatia da população carcerária ali está provisoriamente, ou seja, está padecendo as excrescências do sistema sem que ao menos tenha sido condenada.

Ressalte-se, nesse ponto, que o Brasil, de acordo com a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelece o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, segundo o qual o indivíduo não pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, até que sua condenação seja definitiva e que a respeito dela não mais caibam recursos.

Portanto, o estado de inocência é uma regra e garantia para o indivíduo, que só pode ser privado da liberdade se definitivamente condenado ou provisoriamente durante o trâmite da investigação ou de seu processo se preencher determinados requisitos legais, geralmente relacionado ao fato de sua soltura atrapalhar de algum modo o andamento do procedimento.

Nesse passo, o Código de Processo Penal, que estabelece as regras a serem utilizadas na condução de um processo criminal, informa nos artigos 311 a 321 que o juiz, ao se deparar com o acusado de cometer crime, pode deixa-lo em liberdade durante o processo, determinar que seja preso ou aplicar medidas alternativas à prisão, como a utilização de tornozeleira, a proibição de deixar a Comarca e o comparecimento periódico em juízo.

Assim, não é necessário, desde a alteração legislativa ocorrida em 2011, que o juiz fique adstrito ao binômio prisão-liberdade, havendo leque de opções menos nocivas que podem, se for o caso, ser adotadas. No entanto, não é o que usualmente ocorre.

Além de muitas prisões, o percentual de reincidência, ou seja, de indivíduos que voltam a cometer crimes, também é altíssimo, já que pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) a

pedido do Conselho Nacional de Justiça (2015) calcula que um em cada quatro condenados reincide no crime dentro do prazo de cinco anos.

Tal dado reafirma o quão falho é o sistema, pois ao não fornecer meios reais de o preso conseguir se reerguer depois de sua soltura, acaba por criar círculo vicioso em que inevitavelmente, por falta de oportunidades e estrutura, aquele voltará a delinquir.

Como se observa, não por acaso o preso é o retrato do menos favorecido no Brasil: pobre, negro e sem educação, corroborando o fato de que as desigualdades sociais são antigas e profundas (RIBEIRO, 1995).

Tais estatísticas, de igual modo, demonstram, em seu imo, a necessidade de recuperar a dignidade e a autoestima dos menos favorecidos, proporcionando-lhes condições dignas de existência, condições essas que ultrapassam a renda e significam também oportunidades iguais nas escolas e nos empregos.

E se o panorama é aterrador quando se trata do sistema carcerário como um todo, quando se fala nos "presos que menstruam" (QUEIROZ, 2015) a situação é ainda mais precária.

As mulheres presas, esquecidas pelo Estado e por suas próprias famílias, são vítimas de violência e de violação de direitos em razão de seu gênero, já que a falta de atenção específica as suas peculiaridades torna suas vulnerabilidades fatores ainda maiores de risco.

A respeito das normas de proteção à mulher, necessário dizer que, apesar da participação brasileira na criação das Regras de Bangkok, aprovadas em 2010, estas só foram traduzidas para o português em 2016. Este lapso significa, mais do que uma ausência de aplicação das referidas regras no país nos últimos anos, descaso público no que toca à situação prisional das mulheres.

O mesmo pode ser dito sobre os demais normativos mencionados: embora confiram inúmeros direitos às mulheres presas, ao coteja-los com a realidade, é possível dessumir a larga distância entre eles.

Ao comparar os instrumentos de combate à opressão da mulher e de violação de seus direitos com o encarceramento de mulheres, à revelia das Regras Bangkok e da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e feito em estabelecimentos inadequados às peculiaridades das mulheres, é possível concluir que o encarceramento feminino no Brasil,

da forma como vem sendo realizado, retira a dignidade das presas e implica grave violação aos seus direitos fundamentais.

Desse modo, todos os documentos de proteção à mulher e, principalmente, a Constituição da República Federativa do Brasil (enquanto principal instrumento democrático e garantidor da igualdade material e da dignidade da pessoa humana) devem ser, mais que apenas notados no processo evolutivo de reconhecimento de direitos das mulheres, efetivamente utilizados como meios de resistência às opressões sofridas diuturnamente pelas mulheres encarceradas no Brasil.

Referências bibliográficas

ACAYABA, Cintia. REIS, Thiago. **Mais de 500 mulheres são vítimas de agressão física a cada hora no Brasil, aponta Datafolha.** 08 de março de 2017. Disponível em: < https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/mais-de-500-mulheres-sao-vitimas-de-agressao-fisica-a-cada-hora-no-brasil-aponta-datafolha.ghtml>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

ALMEIDA, Rodolfo. MARIANI, Daniel. **Lotação de presídios e taxa de encarceramento aqui e no mundo.** Nexo Jornal. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: < https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/04/Lota%C3%A7%C3%A3o-de-pres%C3%ADdios-e-taxa-de-encarceramento-aqui-e-no-mundo>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

_____. **O acesso a educação e serviços nos presídios do Brasil.** Nexo Jornal. 10 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/10/O-acesso-a-educa%C3%A7%C3%A3o-e-servi%C3%A7os-nos-pres%C3%ADdios-do-Brasil>. Acesso em: 06 de outubro de 2018.

ALMEIDA, Rodolfo et alia. **Qual o perfil da população carcerária brasileira.** Nexo Jornal. 18 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2017/01/18/Qual-o-perfil-da-população-carcerária-brasileira>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. **NBR 10520:** informação e documentação: citação em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. **Vidas desperdiçadas.** 1ª Ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2005.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco.** São Paulo: Editora 34, 2011.

BRASIL. **Decreto nº 1973, de 1º de agosto de 1996.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1973.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

_____. **Decreto nº 4377, de 13 de setembro de 2002.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm>. Acesso em 10 de outubro de 2018.

_____. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8072.htm>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

BRASIL. Governo Federal. **Presos sem condenação (em porcentagem).** Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/06/semcondenacao.png/image_view_fullscreen>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

CABETTE FÁBIO, ANDRÉ. Nexo. **O que é 'pós-verdade', a palavra do ano segundo a Universidade de Oxford.** 16 de novembro de 2016. Disponível em: <https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/11/16/O-que-%C3%A9-%E2%80%98p%C3%B3s-verdade%E2%80%99-a-palavra-do-ano-segundo-a-Universidade-de-Oxford>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

_____. **Por que o número de mulheres presas cresce em um ritmo maior do que o de homens presos.** 28 de abril de 2016. Disponível em: < https://www.nexojornal.com.br/expresso/2016/04/28/Por-que--o-n%C3%BAmero-de-mulheres-presas-cresce-em-um-ritmo-maior--do-que-o-de-homens-presos>. Acesso em: 12 de outubro de 2018.

CAMPOS. Carmen Hein de. CARVALHO. Salo de. **Tensões atuais entre a criminologia feminista e a criminologia crítica: a experiência brasileira.** In: CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha Comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p.143-172. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/02/1_8_tensoes-atuais.pdf>. Acesso em: 11 de outubro de 2018.

CARVALHO, Salo de. **Penas e Medidas de segurança no Direito Penal brasileiro.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Um em cada quatro condenados reincide no crime, aponta pesquisa.** Disponível em: < http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79883-um-em-cada-quatro-condenados-reincide--no-crime-aponta-pesquisa>. Acesso em: 23 de setembro de 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro.** In: Separata ITEC, ano 1, n. 4, p.3 jan.fev.mar, 2000.

CRENSHAW, Kimberlé. **Entrevista.** Disponível em: <https://www.newstatesman.com/lifestyle/2014/04/kimberl-crenshaw-intersectionality-i-wanted-come-everyday-metaphor-anyone-could>. Acesso em 11 de outubro de 2018.

DE GIORGI, Alessandro. **Cinco teses sobre o encarceramento em massa.** Trad. Leandro Ayres França. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

DELEFRATI, Kézia Camargo. NOVAES, Elizabete David. **Mulheres em revista: uma reflexão sobre a revista vexatória às mulheres de presos e a violação dos direitos fundamentais.** Revista Ciência e Sociedade, Macapá, n.1, v.1, jan./jun. de 2016. Disponível em: <>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

EXTRA. **Detentos reclamam de comida estragada e fazem greve de fome em São Gonçalo.** 26 de janeiro de 2015.Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/detentos-reclamam-de-co-

mida-estragada-fazem-greve-de-fome-em-sao-goncalo-15156205.html>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

DELMAS-MARTY, Mireille. **Os Grandes Sistemas de Política Criminal.** São Paulo: Manole, 2004.

FIDELIS, Nina. Revista Fórum. **Mulheres encarceradas.** Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/digital/85/mulheres-encarceradas/>. Acesso em 20 de setembro de 2018.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 27ª Edição. Petrópolis: Vozes, 1987.

G1, GLOBO. Mais **de 60% dos hospitais públicos estão sempre superlotados.** Disponível em: < http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2014/03/mais-de-60-dos-hospitais-publicos-estao-sempre-superlotados.html>. Acesso em: 09 de outubo de 2018.

GIACOMOLLI, Nereu. **O devido processo penal – abordagem conforme a CF e o Pacto de São José da Costa Rica.** 3ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Gen, 2016.

GENELHÚ, Ricardo. **Do discurso da impunidade à impunização: o sistema penal do capitalismo brasileiro e a destruição da democracia.** Rio de Janeiro: Revan, 2015.

GUIMARÃES, Carla. Época. **O ensino público no Brasil: ruim, desigual e estagnado.** Disponível em: <http://epoca.globo.com/ideias/noticia/2015/01/bo-ensino-publico-no-brasilb-ruim-desigual-e-estagnado.html>. Acesso em 18 de setembro de 2017.

INSTITUTO TERRA, TRABALHO E CIDADANIA. **Orientações para uma política de desencarceramento de mulheres/2016.** Disponível: <http://ittc.org.br/wp-content/uploads/2016/04/orientacoes.pdf>. Acesso em: 22 de setembro de 2018.

_____. **Mulheres e tráfico de drogas: uma sentença tripla – parte I.** Disponível em: <http://ittc.org.br/mulheres-e-trafico-de-drogas--uma-sentenca-tripla-parte-i/>. Acesso em: 11 de outubro de 2018.

KIRCHHEIMER, Otto. RUSCHE, Georg. **Punição e estrutura social.** 2ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** 2ª Edição. Salvador: Editora JusPodivm, 2014, pág. 568.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 11ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões Cautelares.** 5ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MACHADO, Leandro. VERPA, Danilo. **Violência explode e PE regride uma década com 16 assassinatos por dia.** Folha de São Paulo. 16 de abril de 2017. Disponível em: < http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2017/04 /1875876-violencia-explode-e-pe-regride-uma-decada-com-16-assassinatos-por-dia.shtml?cmpid=newstvfolha>. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia Feminista – novos paradigmas.** 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN – 2016.** Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 07 de outubro de 2018.

_____. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN Mulheres – 2018.** Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 05 de outubro de 2018.

MINISTÉRIO DA TRANSPARÊNCIA E CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. **Governo Federal expulsa 541 servidores em 2015 por atividades contrárias à lei.** Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/noticias/2016/01/governo-federal-expulsa-541-servidores-em-2015-por-atividades-contrarias-a-lei>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

NOBRE, Noéli. **Maioria da sociedade quer redução da maioridade penal; governo é contra.** Câmara Notícias. 21/07/2015. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITO-E-JUSTICA/492614-MAIORIA-DA-SOCIEDADE-QUER-REDUCAO-DA-MAIORIDADE-PENAL-GOVERNO-E--CONTRA.html>. Acesso em: 18 de setembro de 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado.** 10ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRIORI, Claudia. **Mulheres fora da lei e da norma: controle e cotidiano na penitenciária feminina do Paraná (1970 – 1995).** Disponível em: <http://www.espen.pr.gov.br/arquivos/File/Mulheres_fora_da_lei_e_da_norma.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

QUEIROZ, Nana. **Presos que menstruam.** 1ª Edição. Rio de Janeiro: Record, 2015.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos.** 4ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro – a formação e o sentido do Brasil.** 2ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ROCHA, Carla. Jornal O Globo. **Daniella Perez: 20 anos do assassinato que mudou a lei.** Disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/daniella-perez-20-anos-do-assassinato-que-mudou--lei-7125130>. Acesso em: 20 de setembro de 2018.

SILVA, Amanda Daniele. **Ser homem, ser mulher: as reflexões acerca do entendimento de gênero. In: Mãe/mulher atrás das grades: a realidade imposta pelo cárcere à família monoparental feminina.** São Paulo: Editora UNESP; São Paulo: Cultura Acadêmica, 2015, pp. 51-100.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Liminar em ADPF 347.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Decisão plenário em: 09/09/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4783560>. Acesso em 10 de setembro de 2018.

VIEIRA, Pedro (org.). **Depois do Grande Encarceramento.** Rio de Janeiro: Revan, 2010.

WORLD PRISON BRIEF. **World Prison Brief Data – Brazil.** Disponível em: <http://www.prisonstudies.org/country/brazil>. Acesso em: 15 de setembro de 2018.

O habeas corpus coletivo: um direito de mulheres e crianças à liberdade

Thaysa Navarro de Aquino Ribeiro

Introdução

O *habeas corpus* é um remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988.

Trata-se do remédio constitucional mais antigo, não só em relação ao ordenamento jurídico brasileiro, como também nos diversos ordenamentos de todo o mundo.

A ação constitucional do *habeas corpus* será cabível não só quando alguém sofrer efetivamente restrição na sua liberdade de locomoção, mas também quando houver ameaça de que isso irá acontecer. Assim, sua finalidade é garantir o direito de ir e vir do indivíduo.

O autor da ação constitucional de *habeas corpus* é o impetrante, que poderá ser qualquer pessoa física em sua própria defesa, em favor de terceiro, podendo ser o membro do parquet ou mesmo pessoa jurídica, mas sempre em favor da pessoa física.

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e procedimento especial. Trata-se de ação isenta de custas, que tem como

objetivo evitar ou fazer cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Sabe-se, ainda, que há duas espécies de *habeas corpus,* quais sejam, *habeas corpus* preventivo e *habeas corpus* repressivo.

Diante da importância da ação constitucional do *habeas corpus* e da violação da locomoção de indeterminadas pessoas que se encontram em situações semelhantes, os advogados de um movimento chamado Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetraram *habeas corpus* coletivo para que o Supremo Tribunal Federal concedesse às mulheres gestantes ou com filhos menores de até 12 (doze) anos, o direito à prisão domiciliar.

No dia 20 de fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal concedeu uma decisão histórica, que merece ser estudada e divulgada.

Trata-se da concessão do habeas corpus coletivo na defesa das mulheres submetidas à prisão cautelar e que sejam gestantes ou estejam em estado puerperal.

Além disso, esta decisão protege todas as mulheres que sejam mães de crianças com até doze anos de idade e que estejam sob sua responsabilidade.

Esta decisão histórica do Supremo Tribunal Federal almejou proteger não apenas a mulher que está sujeita à prisão, mas também as suas crianças.

A ordem foi estendida também a adolescentes, que estejam cumprindo medidas socioeducativas, bem como a mulheres que tenham filhos deficientes, ainda que maiores de doze anos.

Esta foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal aceitou o instituto do habeas corpus coletivo.

Assim, o presente estudo objetiva verificar a compatibilidade do *habeas corpus* coletivo com o ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, no primeiro capítulo deste trabalho, será analisada a origem histórica do *habeas corpus,* bem como sua finalidade e espécies. Posteriormente, será estudado o instituto do *habeas corpus* coletivo propriamente dito, com base no Código de Processo Penal, na Constituição Federal de 1988 e na recente decisão histórica do Supremo Tribunal Federal.

Trata-se de uma pesquisa qualitativa, baseada em revisão bibliográfica e análise jurisprudencial.

1. Habeas corpus: um importante remédio constitucional

1.1. Origem Histórica

O *habeas corpus* é o remédio constitucional mais antigo que existe, não só no ordenamento jurídico pátrio, como também nos diferentes sistemas jurídicos do mundo.

O *habeas corpus* foi a primeira garantia de direitos fundamentais concedida por João Sem Terra, na Magna Carta, de 1215, e, posteriormente, formalizada pelo Habeas Corpus Act.

Em 1821, houve a primeira manifestação do instituto, por meio de um alvará emitido por Dom Pedro I, que assegurava a liberdade de locomoção. Já a terminologia *habeas corpus* só apareceu no Código Criminal de 1830.

Em 1891, o instituto foi garantido constitucionalmente, permanecendo nas Constituições posteriores, inclusive na Constituição Federal de 1988.

À luz do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXVIII: conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Vale mencionar que o *habeas corpus* será cabível não só quando alguém sofrer efetivamente restrição na sua liberdade de locomoção, mas também quando houver ameaça de que isso irá acontecer.

Segundo Pedro Lenza

> O *habeas corpus* foi inicialmente utilizado como remédio para garantir não só a liberdade física como também os demais direitos que tinham por pressuposto básico a locomoção. Tratava-se da chamada teoria brasileira do *habeas corpus,* que perdurou até o advento da Reforma Constitucional de 1926, impondo o exercício

> da garantia somente para os casos de lesão ou ameaça de lesão à liberdade de ir e vir. (LENZA, 2015, P. 1241).

Impetrante é o nome que se dá ao autor do *habeas corpus.* Já o paciente é aquele em favor do qual se impetra tal remédio constitucional. E a autoridade que pratica a ilegalidade ou abuso de poder chama-se de autoridade coatora ou impetrado.

O autor da ação constitucional de *habeas corpus,* ora impetrante, poderá ser qualquer pessoa física em sua própria defesa, em favor de terceiro, podendo ser o membro do parquet ou mesmo pessoa jurídica, mas sempre em favor da pessoa física.

Faz-se importante mencionar que o juiz, no seu exercício jurisdicional, a Turma Recursal e o Tribunal poderão conceder o *habeas corpus* de ofício.

A ação constitucional de *habeas corpus* pode ser impetrada sem advogado e sem qualquer formalidade processual. Trata-se de ação gratuita.

De acordo com o artigo 5º, inciso LXXVII, da Constituição Federal de 1988

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXXVII: São gratuitas as ações de *habeas corpus* e *habeas-data,* e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

Por fim, pode o *habeas corpus* ser impetrado para trancar a ação penal ou o inquérito policial, bem como em face de particular.

1.2 Finalidade e Espécies de Habeas Corpus

O *habeas corpus* tem como finalidade garantir a liberdade de locomoção, consubstanciada em uma ordem dada pelo Juiz ou Tribunal ao coator, cassando, assim, a ameaça ou coação à liberdade de locomoção.

O artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988 assegura a qualquer pessoa a locomoção pelo território nacional em tempos de paz

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XV: é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens.

Essa lei a que o artigo faz menção, deverá regulamentar restrições ao direito de locomoção interna, em tempo de guerra e o direito de locomoção através das fronteiras nacionais em tempo de guerra ou paz.

A ação constitucional do *habeas corpus* não poderá ser utilizada para corrigir qualquer ausência de idoneidade, que não esteja, diretamente, relacionada à ameaça ou efetiva restrição à liberdade de ir e vir.

O Poder Judiciário poderá considerar ato de constrangimento, que não tenha sido mencionado na ação de *habeas corpus,* podendo atuar no tocante à extensão da ordem, deferindo-a aquém ou além do pleiteado.

O *habeas corpus* é uma ação constitucional de caráter penal e procedimento especial. Trata-se de ação isenta de custas, que tem como objetivo evitar ou cessar violência ou ameaça na liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Sabe-se que há duas espécies de *habeas corpus,* quais sejam, *habeas corpus* preventivo ou salvo-conduto e *habeas corpus* liberatório ou repressivo.

O *habeas corpus* preventivo é cabível quando alguém se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder, bastando, apenas a ameaça de coação à liberdade de locomoção.

O habeas corpus repressivo será cabível quando alguém já estiver sofrendo violência ou coação em sua liberdade de locomoção por ilegalidade ou abuso de poder, fazendo cessar, assim, o desrespeito à liberdade de locomoção.

2. Do habeas corpus coletivo

2.1 Aspectos introdutórios

A Lei 13.257, de 08 de março, de 2016 prevê a implantação de políticas públicas voltadas para as crianças que estão na primeira infância.

Tal lei alterou o Código de Processo Penal, mormente no que tange às prisões domiciliares.

O Código de Processo Penal prevê a possibilidade do réu permanecer recolhido em sua residência em vez de ficar em prisão preventiva.

À luz do artigo 317, do Código de Processo Penal "a prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial".

O artigo 318, do Código de Processo Penal estabelece as hipóteses em que a prisão domiciliar é permitida, promovendo a Lei 13.257 de 2016 importantíssimas alterações neste rol.

> Art. 318: Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I- maior de 80 (oitenta) anos; II- extremamente debilitado por motivo de doença grave; III- imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menos de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV- gestante; V- mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI- homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Desta forma, após a vigência da Lei 13.257 de 2016, basta que a investigada ou ré esteja grávida para ter direito à prisão domiciliar. Não obstante, muitas mulheres permaneciam em unidades prisionais cumprindo prisão preventiva.

Diante deste cenário, os advogados de um movimento chamado Coletivo de Advogados em Direitos Humanos impetraram habeas corpus coletivo para que o Supremo Tribunal Federal concedesse às mulheres gestantes ou com filhos menores de até 12 (doze) anos, o direito à prisão domiciliar.

No dia 20 de fevereiro de 2018, o Supremo Tribunal Federal concedeu uma decisão histórica, que merece ser estudada e divulgada.

Trata-se da concessão do habeas corpus coletivo na defesa das mulheres submetidas à prisão cautelar e que sejam gestantes ou estejam em estado puerperal. Além disso, esta decisão protege todas as mulheres que sejam mães de crianças com até doze anos de idade e que estejam sob sua responsabilidade.

Esta decisão histórica do Supremo Tribunal Federal almejou proteger não apenas a mulher que está sujeita à prisão, mas também as suas crianças.

A ordem foi estendida também a adolescentes, que estejam cumprindo medidas socioeducativas, bem como a mulheres que tenham filhos deficientes, ainda que maiores de doze anos.

Vale mencionar que não são todos os crimes que estão amparados por essa decisão. Assim, os crimes praticados mediante violência ou grave ameaça contra descendentes dessas mulheres não estão amparados pelo habeas corpus coletivo.

Esta foi a primeira vez que o Supremo Tribunal Federal aceitou o instituto do habeas corpus coletivo.

Os Ministros da 2ª Turma entenderam, por unanimidade, que violações coletivas a direitos humanos precisam ser combatidas.

Segundo Ricardo Lewandowski, relator do caso

> O habeas corpus, como foi apresentado, na dimensão coletiva, é cabível. Trata-se da única solução viável para garantir acesso à Justiça de grupos sociais mais vulneráveis. O habeas corpus coletivo deve ser aceito, principalmente, porque tem por objetivo salvaguardar um dos mais preciosos bens do ser humano, que é a liberdade. Na sociedade contemporânea, muitos abusos assumem caráter coletivo. (LEWANDOWSKI, 2018).

Nestas situações em que as violações ao direito são coletivas, o habeas corpus também deve ser coletivo.

Para o Ministro Gilmar Mendes (2018), o habeas corpus, do ponto de vista constitucional é a garantia básica que deu origem a todo processo constitucional.

Assim, para os Ministros da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, a legislação precisa ser aplicada igualmente para todas as mulheres, salvaguardando os direitos das mães e das crianças de viver e crescer em ambiente livre e saudável.

2.2 A coletivização do habeas corpus

A ação coletiva é um dos únicos instrumentos capazes de garantir o acesso à justiça de grupos vulneráveis economicamente. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal tem concedido com maior amplitude a ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e o mandado de injunção coletivo.

Já o *habeas corpus* tem como finalidade a proteção da liberdade.

À luz do artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LXVIII – conceder-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Desta forma, é garantido a qualquer indivíduo o direito ao *habeas corpus* quando sua liberdade for ameaçada. Além disso, a Constituição Federal de 1988 estabelece que nenhum indivíduo será submetido à prisão, antes da condenação por sentença transitada em julgado, quando for possível a liberdade provisória.

Assim, a liberdade de ir e vir pode ultrapassar a esfera isolada de um indivíduo, alcançando indeterminadas pessoas. Podemos citar como exemplo, no Brasil, o cumprimento de pena em condições mais gravosas do que as impostas pela sentença por um grande número de presos.

Como a ação viola um número indeterminado de pessoas, a individualização do *habeas corpus* faz persistir a ilegalidade. Com isso, os Tribunais Superiores têm concedido o *habeas corpus* coletivo, com o escopo de proteger uma coletividade de pessoas ameaçadas de forma igualitária.

Nos entendimentos da Defensora Pública Thais Lima (LIMA, 2018)

> Não há mais justificativas para que não se admita a tutela coletiva do *status libertatis.* A violação ao direito de liberdade não é diferente daquela que afeta, por exemplo, o direito de informação nas relações de consumo, pois pode atingir múltiplos sujeitos a partir de um ato danoso comum. Assim, a tutela efetiva da liberdade por vezes somente será alcançada através de instrumentos processuais de demanda coletiva, como o *habeas corpus* coletivo.

Para o Supremo Tribunal Federal, não há uma previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro da possibilidade de concessão do habeas corpus coletivo. No entanto, existem dois dispositivos legais, no Código de Processo Penal Brasileiro, que, indiretamente, permitem o *habeas corpus* coletivo.

> Art. 580: No caso de concurso de agentes (Código Penal, art. 25), a decisão do recurso interposto por um dos réus, se fundado em motivos que não sejam de caráter exclusivamente pessoal, aproveitará aos outros.
>
> Art. 654: O habeas corpus poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem, bem como pelo Ministério Público (...). §2º. Os juízes e os tribunais têm competência para expedir de ofício ordem de *habeas corpus,* quando no curo de processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal.

Conclui-se, desta forma, que os Tribunais podem estender para todas as pessoas que se encontrem na mesma situação a ordem de *habeas corpus* concedida individualmente em favor de uma pessoa.

Portanto, o instrumento para combater as violações a que são submetidas gestantes, lactantes e mães com crianças de até 12 (doze) anos, qual seja, o *habeas corpus,* deve ser concedido de forma coletiva.

2.3 O Sistema Carcerário Deficiente do Brasil

Sabe-se que o sistema carcerário brasileiro vive uma grande crise. Há inúmeros problemas, como a superlotação, violência entre os detentos, falta de condições mínimas de higiene e saúde.

O Supremo Tribunal Federal reconheceu que o sistema penitenciário no Brasil vive um "Estado de Coisas Inconstitucional".

> O sistema penitenciário brasileiro vive um "Estado de Coisas Inconstitucional", com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios acabam sendo penas cruéis e desumanas.
>
> A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa uma verdadeira "falha estrutural" que gera ofensa aos direitos dos presos, além da perpetuação e do agravamento da situação. [47]

Desta forma, as gestantes e mães de crianças, que se encontram presas, ficam sujeitas a um sistema prisional degradante, sem cuidados médicos básicos, como pré-natal e pós-parto. Além disso, seus filhos menores ficam abandonados, em virtude da ausência de creches e berçários.

A Lei de Execução Penal assegura que os estabelecimentos penais nos quais a mulher cumpre pena serão dotados de berçário, para que elas possam cuidar e amamentar os seus filhos. Determina que as penitenciárias femininas disporão de lugares especiais para gestantes e parturientes. Impõe, ainda, que as mulheres ficarão em estabelecimento próprio e adequado à sua condição pessoal.

O artigo 8º da Lei 8.069, de 1990, que instituiu o Estatuto da Criança e do Adolescente garante acesso aos programas e políticas de saúde, planejamento reprodutivo a todas as gestantes, nutrição adequada, atenção humanizada à gravidez, ao parto, ao puerpério, dentre outros.

No entanto, a realidade do Brasil é outra, bem diferente do que a determinada nas Leis, com escassez e precariedade de creches, berçários e saúde, afrontando, a todo tempo, o ordenamento jurídico brasileiro.

Além disso, o Brasil vive uma cultura do encarceramento, que se revela através do encarceramento de mulheres pobres e vulneráveis.

De acordo com o Ministro Ricardo Lewandowski[48]

---

47. FEDERAL, Supremo Tribunal. Plenário. **ADPF 327 MC/DF.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgamento: 09/09/2015.

48. *LEWANDOWSKI, Ricardo.* ***2ª Turma concede HC coletivo a gestantes e mães de filhos com até doze anos presas preventivamente****. Disponível em:* http://www2.stf.jus.

> Isso decorre em virtude de um "proceder mecânico, automatizado, de certos magistrados, assoberbados pelo excesso de trabalho" e também por conta de uma "interpretação acrítica, matizada por um ultrapassado viés punitivista da legislação penal e processual penal, cujo resultado leva a situações que ferem a dignidade humana de gestantes e mães submetidas a uma situação carcerária degradante, com evidentes prejuízos para as respectivas crianças".

O Sistema Prisional Brasileiro na forma como recebe e abriga as gestantes, as mães e crianças é inconstitucional, haja vista que não pode a pessoa presa, em especial aquela submetida à prisão cautelar ter direitos suprimidos para além dos previstos em dispositivos legais.

Diante disso, no caso de prisão cautelar é autorizada sua substituição pela prisão domiciliar, em consonância com os incisos IV e V, do artigo 318, do Código de Processo Penal.

A imposição de prisão preventiva a essas mulheres, ou seja, a sua sujeição, antes do trânsito em julgado de uma condenação criminal, a estabelecimentos privativos de liberdade, que subtraem o seu acesso ao pré-natal, assistência regular ao parto e pós-parto, além de privar suas crianças de condições adequadas para o desenvolvimento constitui ato ilegal.

Vale lembrar que a Constituição Federal proíbe qualquer tratamento desumano, cruel ou degradante, consagrando a dignidade da pessoa humana como um vetor axiológico fundamental ao ordenamento jurídico brasileiro.

Por fim, o Estado no exercício de sua atividade persecutória, com a utilização abusiva da prisão cautelar, incrementa o risco das gestações, partos e puerpérios vividos por mulheres submetidas às penas privativas de liberdade. O Estado além de oferecer espaços superlotados, insalubres e desequipados, falha ao garantir serviços de saúde às mulheres privadas de liberdade.

Considerações Finais

O *habeas corpus* é um remédio constitucional previsto no artigo 5º, inciso LXVIII, da Constituição Federal de 1988.

---

br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalDestaques&idConteudo=370643.

A ação constitucional do *habeas corpus* será cabível não só quando alguém sofrer efetivamente restrição na sua liberdade de locomoção, mas também quando houver ameaça de que isso irá acontecer. Assim, sua finalidade é garantir a liberdade de locomoção do indivíduo.

Desta forma, a liberdade de ir e vir pode ultrapassar a esfera isolada de um indivíduo, alcançando indeterminadas pessoas. Podemos citar como exemplo, no Brasil, o cumprimento de pena em condições mais gravosas do que as impostas pela sentença por uma grande número de presos.

Diante da constante violação a direitos que atingem a coletividade, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal permitiu a concessão de *habeas corpus* coletivo a todas as mulheres presas grávidas e mães de crianças com até doze anos de idade. Além disso, os Ministros estenderam essa decisão às adolescentes em situação semelhante do sistema socioeducativo e mulheres que tenham sob custódia pessoas com deficiência.

Assim, o presente trabalho analisou a importância e compatibilidade do *habeas corpus* coletivo com o ordenamento jurídico brasileiro, pois, embora não haja previsão expressa na legislação brasileira da possibilidade de concessão do habeas corpus coletivo, existem dois dispositivos legais, no Código de Processo Penal Brasileiro, que, indiretamente, permitem o *habeas corpus* coletivo.

Referências

BRASIL. Lei 7.210/84. **Lei de Execução Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm. Acesso em: 28 de novembro de 2017.

GALLI, Marcelo. **Cabimento de HC Coletivo ainda divide opiniões no meio jurídico e dentro do STF.** Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-fev-21/cabimento-hc-coletivo-ainda-divide-opinioes-meio-juridico. Acesso em: 01/10/2018.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. **Direito Processual Penal – Estudos e Pareceres.** Salvador. 2018. Ed. Juspodivm.

JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo. 2014. Ed. Saraiva.

JÚNIOR, João Conrado Blum; OLIVEIRA, Bruna Mayara de. **O HC Coletivo para presas grávidas e mães: críticas à recente decisão do STF.** Disponível em: https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI276149,81042-O+HC+coletivo+para+presas+gravidas+e+maes+criticas+a+recente+decisao. Acesso em: 25/09/2018.

LIMA, Juliana Domingos de. **STF aprova *habeas corpus* coletivo para mães. Qual o impacto da decisão?** Disponível em: https://www.nexojornal.com.br/expresso/2018/02/21/STF-aprova-habeas-corpus-coletivo-para-m%C3%A3es.-Qual-o-impacto-da-decis%C3%A3o. Acesso em: 20/09/2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado Artigo por Artigo.** Salvador. 2018. Ed. Juspodivm.

LIMA, Thais. **Ministros, precisamos falar sobre o *Habeas Corpus* Coletivo.** Disponível em: https://jota.info/colunas/a-defesa/defesa-senhores-ministros-precisamos-falar-sobre-habeascorpus-coletivo-22092016**. Acesso em: 02/10/2018.**

MELO, Rebecca Braz Vieira de. **O direito fundamental à liberdade de locomoção e o *habeas corpus* coletivo.** Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,o-direito-fundamental-a-liberdade-de-locomocao-e-o-habeas-corpus-coletivo,590420.html. Acesso em: 02/10/2018.

DIREITO INTERNACIONAL

Implicações decorrentes da ratificação do estatuto de Roma na ordem jurídica brasileira

Andreia Cadore Tolfo

Introdução

O significativo desenvolvimento experimentado pelo Direito Internacional Público ao longo no século XX, somado à terrível e maciça violação dos direitos do ser humano verificada na Segunda Guerra Mundial propiciaram um ambiente favorável à internacionalização dos direitos humanos.

Nesse contexto assume grande relevância a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que foi criada sob os auspicio da ONU (Organização das Nações Unidas), tendo obtido o apoio de diversos países da comunidade internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos se converteu em alicerce para diversos tratados direcionados à proteção dos direitos do ser humano que foram sendo celebrados pelos Estados posteriormente.

Isso denota que a partir da Declaração de 1948 ocorreu uma vasta produção normativa internacional em prol dos direitos do homem, o que também despertou o interesse de organizações internacionais em proteger esses direitos. Houve a criação de diversos órgãos internacionais com competência para fiscalizar violações e responsabilizar Estados

e até indivíduos que cometam violações. A atuação de órgãos internacionais como a Comissão de Direitos Humanos da ONU, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Tribunal Penal Internacional (TPI) evidenciam bem esse contexto.

O Estado brasileiro é parte de diversos tratados internacionais de direitos humanos, sobretudo dos celebrados no âmbito da ONU (Organização das Nações Unidas) e da OEA (Organização dos Estados Americanos). São os tratados internacionais que formalizam a aceitação pelos países de obrigações relativas à proteção de direitos do ser humanos. Esses tratados internacionais devem ser devidamente aceitos pelos Estados através da ratificação, estabelecendo-se assim obrigação jurídica para o país em relação ao compromisso internacional.

Os tratados de direitos humanos objetivam estabelecer obrigações para os Estados no sentido de atuarem ou de se absterem de certos atos, a fim de garantir o respeito aos direitos do homem. Assim, ao se vincular aos tratados de proteção dos direitos humanos, surge para o Estado a obrigação de promover no âmbito interno, a concretização das metas estabelecidas internacionalmente, devendo respeitar e promover esses direitos.

Este trabalho tem por objetivo verificar os efeitos jurídicos dos tratados internacionais na ordem jurídica interna, sobretudo no que diz respeito às providências que o Estado tem o dever de tomar para dar cumprimento aos seus compromissos externos consubstanciados nos tratados.

Após uma análise a respeito das obrigações decorrentes dos tratados internacionais, o estudo verifica quais são as ações necessárias no âmbito interno para que o Brasil dê cumprimento às obrigações decorrentes da ratificação do Estatuto de Roma (de 1998), que criou o Tribunal Penal Internacional (TPI). O trabalho utiliza pesquisa bibliográfica e método dedutivo.

1. Os tratados internacionais e as obrigações jurídicas deles decorrentes

Embora o tratado internacional seja produzido em foro diverso das normas internas do país, o mesmo não se distingue, em termos de efeitos, das normas jurídicas nacionais. O tratado é um ato jurídico que produz norma internacional, a qual desencadeia efeitos legais, gerando direitos e obrigações também na esfera jurídica doméstica dos Estados.

Tendo o Estado, por sua vontade, se vinculado a um compromisso internacional, surge a obrigação de agir em conformidade com o que foi acordado, ou seja, impõe-se ao Estado o cumprimento do conteúdo do tratado. No que se refere aos tratados de direitos humanos, nota-se que geralmente esses acordos não se limitam a descrever o comportamento estatal, mas definem providências a serem tomadas na esfera interna dos Estados a fim de que estes deem cumprimento ao ajuste celebrado na esfera internacional.

Em decorrência disso, cada país que ratifica o tratado deve promover ações no âmbito interno, sobretudo para adequar a legislação nacional aos compromissos contidos no tratado e também promover políticas públicas e ações administrativas para dar efetividade aos direitos humanos protegidos no âmbito internacional. Essas obrigações que surgem para o Estado em razão da ratificação do tratado se dirigem aos três Poderes do Estado, ou seja, Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário.

Em muitas situações, o Poder Legislativo deve criar leis que possibilitem a implementação das obrigações assumidas pelo Estado por meio de tratados. É que após a aceitação da obrigação para o Estado no sentido de proteger/promover determinado direito das pessoas em um tratado, é necessário o detalhamento a respeito de como se implementará a referida proteção na ordem jurídica interna. Por isso, muitas vezes torna-se necessária a criação ou a alteração da legislação nacional do país.

Por sua vez, o Poder Executivo deve providenciar o cumprimento do acordado no tratado, promovendo as ações governamentais necessárias, as quais incluem atuações de diversos órgãos da administração pública, das forças armadas, da polícia, etc. Em muitas situações é necessária a criação e execução de políticas públicas para dar cumprimento a um tratado de direitos humanos.

Já o Poder Judiciário possui a atribuição de aplicar o tratado internacional em caso de demanda judicial que o invoque. Cabe ainda o Judiciário realizar o chamado controle da convencionalidade, que é a verificação da compatibilidade do direito interno (brasileiro) com os tratados de direitos humanos que o Estado brasileiro tenha se vinculado (MAZZUOLI, 2009, p. 109).

Destarte, são diversos os reflexos decorrentes dos tratados internacionais de direitos humanos que impactam cada um dos três poderes do

Estado, criando obrigações específicas para os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no sentido de garantir que o Estado brasileiro esteja dando cumprimento às suas obrigações internacionais.

2. O não cumprimento dos tratados e a responsabilidade internacional do estado

O não cumprimento das obrigações decorrente dos tratados internacionais por parte do país faz surgir a responsabilidade internacional do Estado, a qual pode se configurar por meio de ato ou omissão estatal.

Segundo Rezek (20014, p. 271), a responsabilidade do Estado resulta de uma conduta ilícita, que represente afronta ao direito internacional, seja de um princípio geral, de uma regra costumeira, ou de um dispositivo de um tratado. Nas palavras de Accioly, Silva e Casella (2012, p. 387): "o Estado é internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais."

Para se configurar a responsabilidade internacional do Estado devem estar presentes os seguintes elementos: ato ilícito (violação dos deveres e obrigações do Estado); imputabilidade (nexo de causalidade, que liga o ato ilícito a quem é por ele responsável); e dano ou prejuízo (pode ser material ou moral) (SILVA, 2002, p. 285-287).

Conforme destaca Husek (2008, p. 112), havendo responsabilidade, surge o dever de reparar o dano, que na ordem jurídica internacional pode revestir-se de diversas formas como indenização (pagamento compensatório do dano) e a garantia da não repetição (garantia de que o fato não se repetirá).

Ao praticarem atos contrários aos compromissos contidos nos tratados internacionais (Direito Internacional), qualquer um dos três Poderes pode gerar a responsabilidade internacional do país, já que são eles que atuam em nome do Estado. E, configurando-se a violação de direitos humanos protegidos em tratados ratificados pelo país, abra-se a possibilidade o Estado ser demandado em Cortes ou órgão internacionais como a Comissão Interamericana de Direitos Humanos; a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça (CIJ) da ONU.

3. O estatuto de roma e a criação do tribunal penal internacional

Para visualizar os reflexos jurídicos decorrentes dos tratados internacionais na ordem jurídica interna brasileira torna-se pertinente a análise das obrigações geradas para o Estado brasileiro com a ratificação do Estatuto de Roma (de 1998).

Com a meta de criar uma corte penal internacional permanente e universal, com competência para julgar os acusados de cometer os mais graves crimes internacionais contra direitos humanos, que a ONU realizou em 1998, a Conferência Diplomática de Pleniponteciários das Nações Unidas, para a criação de um Tribunal Penal Internacional (BREGALDA, 2007, p. 144).

Diferentemente dos tribunais que haviam sido criados anteriormente para tentar responsabilizar acusados de graves violações, o Tribunal Penal Internacional foi criado visando o futuro, preexistindo aos crimes de sua jurisdição. Ou seja, o TPI foi criado para tentar superar deficiências das pretéritas cortes destinadas a julgar crimes de guerra (CARDOSO, 2012, p. 40).

De acordo com o artigo 5º do Estatuto de Roma, o TPI possui competência para processar e julgar os crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes de agressão e crimes contra a humanidade.

Entende-se por genocídio atos praticados com a intenção de destruir, totalmente ou parcialmente, um grupo ético, nacional, religioso ou racial, como por exemplo, homicídio de membros de grupo, ofensas graves à integridade física ou mental de membros do grupo, medidas para impedir o nascimento no seio do grupo, transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo (MAZZUOLI, 2018, p. 896).

Os crimes de guerra são frutos de uma longa evolução do Direito Humanitário. De acordo com o Estatuto de Roma, são crimes de guerra as violações graves das Convenções de Genebra de 1949, a exemplo dos seguintes atos: tortura e outros tratamentos cruéis, incluindo experiências biológicas; atacar intencionalmente população civil; matar ou ferir combatente que tenha se rendido; deportação; utilizar veneno ou armas envenenadas; usar gases asfixiantes ou tóxicos; escravidão sexual, provocar inanição da população civil como método de guerra, privando-a de bens indispensáveis à sobrevivência, etc. (MAZZUOLI, 2018, p. 898-899).

Quanto aos crimes denominados contra a humanidade, Mello (2004, p. 972) menciona que são aqueles praticados de modo maciço em face da população civil, fora do conflito armado, além de outros delitos, tais como estupro, tortura, extermínio, escravidão, assassinato, etc.

Porém, no que diz respeito aos crimes de agressão, o Estatuto de Roma não definiu sua tipificação, pois não houve consenso para tanto. Desta forma, o Tribunal Penal Internacional apenas poderia exercer sua jurisdição sobre esse crime, desde que fosse aprovada disposição que o definisse (MAZZUOLI, 2018, p. 901).

Em 2010 foi celebrado um acordo (de Emenda ao Estatuto de Roma) em que o crime de agressão foi definido como planejamento, preparação, início ou execução, por pessoa que exerce controle ou dirige a ação política ou militar de um Estado, de um ato de agressão o qual, pelo seu caráter, gravidade e escala, constitui violação da Carta da ONU (CARDOSO, 2012, p. 149).

Dentre suas particularidades, está o fato de o Estatuto de Roma ser um acordo multilateral, ou seja, aceito por todos os Estados membros do Tribunal Penal Internacional. O Estatuto de Roma impede a ratificação ou adesão com reserva por parte dos Estados membros, logo, impossibilita o descumprimento pelos Estados de qualquer uma das obrigações nele descritas (MAZZUOLI, 2018, p. 895).

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, embora tenha sido assinado em 1998, passou a vigorar internacionalmente a partir de 1º de julho de 2002, sendo em Haia, na Holanda, a sede do referido tribunal.

Um dos princípios que rege o TPI é o princípio da complementaridade, segundo o qual o referido tribunal somente julga quando há incapacidade ou falta de disposição do Estado em processar e julgar os responsáveis por crimes de sua competência. (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2012, p. 854-855).

O Tribunal Penal Internacional é integrado por dezoito juízes, possuindo diversos órgãos, dentre os quais se destaca a Promotoria, que é órgão autônomo do Tribunal, competente a receber denúncias, examiná-las, investigá-las e se for o caso, propor ação penal junto à Corte (PIOVESAN, 2011, p. 288).

A competência do TPI é para julgar indivíduos e não Estados. A responsabilidade pela violação do Direito Internacional e pela incidência

nos crimes de competência do TPI recai sobre a pessoa (responsabilidade penal internacional do indivíduo).

Porém, é importante frisar que como decorrência do princípio da complementaridade, o TPI somente deve atuar quando há incapacidade ou falta de disposição do Estado em processar e julgar os responsáveis por crimes de sua competência. Desta forma, a competência primária para investigar e julgar tais crimes é o Estado.

Mazzuoli (2018, p. 893) salienta que além de ter o dever de julgar os responsáveis pelo cometimento dos crimes de competência do TPI, os Estados que fazem parte do Estatuto de Roma possuem o dever de cooperar com o Tribunal durante o inquérito, bem como no procedimento contra os crimes de competência da corte, através de atos como a entrega de pessoas, produção de provas, proteção de testemunhas, entre outros, conforme pedido de cooperação do próprio Tribunal.

4. Implicações da ratificação do estatuto de roma na ordem jurídica brasileira

O Brasil é um Estado parte do Tribunal Penal Internacional, tendo ratificado o Estatuto de Roma em 2002. Internamente, o Estatuto de Roma foi aprovado no Brasil, pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 112 e promulgado pelo Decreto n. 4.388, em 2002.

Como o Brasil ratificou o Estatuto de Roma que institui o TPI, o respectivo tratado passou a integrar o ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal, vinculando o país. Surge, assim, para o Estado brasileiro a obrigação jurídica de cumprir as normas que integram esse acordo internacional. Com isso, diversas implicações jurídicas surgiram e algumas providências estatais foram necessárias para dar cumprimento aos termos do tratado.

4.1. O reconhecimento pelo Brasil da jurisdição do TPI

Considerando que os Estados possuem o atributo da soberania, os países são livres para atuar com independência no cenário internacional, afastadas quaisquer coações ou interferência externa (MAZZUOLI, 2018, p. 443). Resulta desse atributo a noção de que, como regra geral,

a atuação de cortes internacionais no sentido de julgar os Estados e de determinar providências que sevem ser cumpridas pelos países necessita da concordância do próprio Estado. Ou seja, para que um tribunal internacional tenha legitimidade para julgar um Estado, determinar o cumprimento de medidas processuais e exercer sua jurisdição é preciso que o Estado manifeste a sua concordância.

Desta forma, em razão da ratificação do Estatuto de Roma pelo Brasil, foi necessária a atuação do Poder Legislativo no sentido de criar normativa interna reconhecendo a submissão do Estado brasileiro à jurisdição do TPI. Destarte, foi criada a Emenda Constitucional 45/2004 que introduziu o parágrafo 4º ao artigo 5º da Constituição Federal, prevendo que o Brasil "se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão".

Em face do reconhecimento da jurisdição do TPI, o Estado brasileiro tem o dever de cumprir as medidas necessárias para promover a cooperação com o Tribunal, o que inclui a obtenção de documentos; oitiva de testemunhas; facilitar o comparecimento voluntário de peritos e testemunhas perante o Tribunal; realizar perícias; proteger testemunhas; preservar provas; além de implementar medidas cautelares (RAMOS, 2016, p. 383).

4.2 Dever do Brasil de entregar indivíduos nacionais em caso de ordem de detenção ou prisão dada pelo TPI

Conforme determina o artigo 89 do Estatuto de Roma, os Estados partes do tratado possuem a obrigação jurídica de entregar nacionais seus acusados de cometer crimes de competência do TPI, para que sejam julgados pela referida corte.

Entretanto, na ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal de 1988 (CF/88) não permite a extradição de nacionais, embora admita exceções, vez que autoriza a extradição de brasileiros naturalizados, por crime comum que tenha praticado antes da naturalização ou por tráfico de drogas. Ou seja, a CF/88 veda a extradição de brasileiros natos e dificulta a extradição de brasileiros naturalizados em determinadas situações (art. 5º, inc. LI).

As disposições do Estatuto de Roma em relação à entrega de nacionais parecem conflitar com as disposições da Constituição brasileira sobre extradição, causando dúvida em relação à possibilidade jurídica de cumprimento do tratado por parte do Brasil.

Lenza (2015, p. 1314) observa que a proteção do brasileiro em relação à extradição decorre da ideia de soberania e de preservação da jurisdição nacional, incluindo-se a eventual parcialidade dos tribunais estrangeiros, bem como as condições das instituições penais de vários países.

A principal razão para a proteção do nacional, impedindo-se a sua extradição, é que o Estado tem a obrigação de proteger os seus nacionais. Essa proteção decorre do direito de nacionalidade, o qual configura um direito fundamental. Outras razões decorrentes de direitos humanos podem ser citadas para justificar a não extradição de nacionais, como o princípio de que ninguém pode ser subtraído a seus juízes naturais e o direito do nacional de habitar seu próprio Estado (MELLO, 2004, p. 1025).

Contudo, a cooperação que se espera do Estado perante o TPI no que diz respeito à entrega de indivíduo acusado de crime de competência do referido tribunal não se confunde com a extradição. O próprio Estatuto de Roma, em seu artigo 102, faz uma diferenciação entre a entrega de indivíduo ao TPI e extradição.

Segundo as disposições do art. 102 do Estatuto de Roma, o sistema de entrega de um indivíduo ao TPI não é o mesmo que extradição, a qual se refere à entrega do indivíduo a outro Estado, para que responda a processo penal ou cumpra pena. No caso da entrega ao TPI, se estabelece a entrega de uma pessoa a uma corte internacional cuja competência está garantida constitucionalmente e legitimada por tratado ratificado pelo Brasil (MAZZUOLI, 2018, p. 906).

Observa-se que o Estatuto de Roma procurou distinguir os dois institutos jurídicos, que embora apresentem semelhanças, são diversos, a fim de evitar que possíveis controvérsias viessem a dificultar o funcionamento da corte permanente internacional. Sendo assim, nada obsta o cumprimento, pelo Brasil, da obrigação decorrente do tratado internacional (Estatuto de Roma) que prevê a entrega de nacionais.

4.3 Dever do Brasil de entregar indivíduos que possuam imunidades

O Estatuto de Roma, em seu artigo 27, estabelece a irrelevância da qualidade de oficial que por ventura o acusado de crimes de competência do TPI possa gozar, seja derivada de norma de direito interno ou de norma de direito internacional. O Estatuto mencionado prevê que tal status não pode ser utilizado para se esquivar da atuação jurisdicional do TPI.

Nesses termos, mesmo o Chefe de Estado ou de Governo pode ser responsabilizado perante o TPI, apesar de possuírem imunidade de jurisdição perante o Direito Internacional e imunidades no direito interno.

Porém, se de um lado o Estatuto de Roma não reconhece qualquer imunidade aos acusados de crimes de sua competência, a Constituição Federal brasileira prevê imunidades material e formal de certas autoridades públicas, como Presidente da República e Congressistas (RAMOS, 2016, p. 380).

A desconsideração da qualidade de oficial, prevista no Estatuto de Roma impede que pessoas que cometam crimes de competência do TPI busquem se eximir de sua responsabilidade criminal em razão dos cargos que ocupem.

Ainda é preciso considerar que de acordo com a Constituição brasileira de 1988:

> Art. 5º (...)
>
> LIII – ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.

O dispositivo constitucional referido faz parte dos direitos do indivíduo em matéria penal. A segurança em matéria penal constitui-se de garantias que objetivam tutelar a liberdade pessoal dos indivíduos, e nesse aspecto, a Constituição brasileira possui um rol significante (SILVA, 2008, p. 438).

Nesse rol, estão os incisos XXXVII e LIII da CF/88, os quais remontam a garantia da inexistência de juízo ou tribunal de exceção, acolhendo o princípio do juiz natural, o qual prevê a prerrogativa de foro para crimes cometidos por algumas autoridades e determina que

ninguém seja processado e nem sentenciado senão pela autoridade competente (SILVA, 2008, p. 439).

Neste sentido, o artigo 86 da Constituição Federal concede imunidade relativa ao Presidente da República no que diz respeito a crimes comuns que por ventura venha a praticar. Já o Estatuto de Roma, prevendo a irrelevância da qualidade de oficial e vedando expressamente as imunidades decorrentes de funções oficiais, busca submeter governantes ou Chefes de Estados à jurisdição do Tribunal, excluindo, também, qualquer privilégio de foro. Tal regra do TPI poderia, assim, confrontar com os preceitos do princípio do juiz natural, dentre outros fundamentos legais da ordem jurídica brasileira que defendem imunidades de jurisdição (TAQUARY, 2009, p. 276).

Porém, Flávia Piovesan (2010, p. 228) nota que a referida imunidade do Presidente da República prevista na Constituição brasileira está relacionada à soberania interna (doméstica), buscando o equilíbrio entre os Poderes no ordenamento jurídico brasileiro e não na ordem jurídica internacional.

Mesmo considerando-se a imunidade de jurisdição na ordem jurídica internacional, que decorre do princípio da igualdade dos Estados, é preciso ater-se ao fato de que a regra da imunidade foi desenvolvida com objetivo de proteger a soberania de um Estado perante outro e não perante um tribunal internacional (como é o caso do TPI).

Assim, em que pese às antinomias existentes entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal, o posicionamento majoritário de estudiosos sobre o tema, é que se trata de conflito aparente, do qual não se originaram prejuízos ao ordenamento jurídico interno.

A busca pela maior eficácia dos direitos humanos e pela consolidação do princípio da dignidade da pessoa humana faz com que ocorra a flexibilização de conceitos antes considerados rígidos, como aqueles que asseguram foro por prerrogativa de função e imunidades. Nesse sentido, o princípio da prevalência dos direitos humanos acolhido no artigo 4º da Constituição Federal permite implicitamente que haja restrições às imunidades em casos de violações de direitos humanos (PIOVESAN, 2010, p. 230). Desta forma, não há impedimento para que o Estado brasileiro cumpra suas obrigações que derivam da ratificação do Estatuto de Roma.

4.4 Dever do Brasil de entregar indivíduos sujeitos à aplicação da pena de prisão perpétua

No Estatuto de Roma há previsão da possibilidade do TPI aplicar pena de prisão perpétua, quando motivada pela conduta do condenado e pela relevância de seu crime, podendo a pena ser revista em 25 anos (PIOVESAN, 2010, p.223).

Contudo, o artigo 5º, XLVII, "b", da Constituição Federal brasileira, proíbe expressamente a aplicação de pena de caráter perpétuo. Essa regra tem especial relevância para o caso brasileiro, levando-se em conta que o referido artigo da Constituição Federal constitui clausula pétrea. Também se deve considerar que o Estatuto de Roma não admite reservas (PIOVESAN, 2010, p.223).

A proibição da aplicação da pena de prisão perpétua no sistema constitucional brasileiro encontra ligações estreitas com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois a pena de prisão perpétua impede a ressocialização do preso e a sua volta a sociedade. Além disso, tal pena contraria direitos fundamentais protegidos constitucionalmente, como o direito à liberdade.

Conforme Mazzuoli (2018, p. 909), a forma mais acertada de interpretar tais normas é que a norma constitucional, quando tipifica a proibição da pena de caráter perpétuo se direciona apenas para o legislador interno brasileiro, não abrangendo Estados estrangeiros ou tribunais internacionais.

Assim, a expressa vedação da aplicação da pena de prisão perpétua na atual Constituição Federal, não configura óbice para sua aplicação fora do território nacional (MAZZUOLI, 2018, p. 909).

4.5 Dever do Brasil de tipificar no Direito interno os crimes de competência do TPI

O artigo 88 do Estatuo de Roma prevê que os Estados partes deverão assegurar-se de que o seu Direito interno preveja procedimentos que permitam cumprir as formas de cooperação previstas no tratado.

Como o Estatuto de Roma estabelece jurisdição complementar ao TPI e atribui ao Estado a obrigação primária de processar e julgar indivíduos acusados de crimes de competência do Tribunal, é importante considerar o princípio da reserva legal. Deste princípio decorre a regra de que somente o Poder Legislativo do Estado possui competência para a criação de tipos penais. Em matéria penal existe reserva constitucional de lei em sentido formal.

A fim de dar cumprimento a essa obrigação que resulta da ratificação do Estatuto de Roma, foi encaminhado ao Congresso Nacional o projeto de lei nº 4.038/2008 que dispõe sobre o crime de genocídio, define os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do TPI, institui normas processuais específicas e dispõe sobre a cooperação com o TPI.

Assim, para adequação da legislação interna ao Estatuto de Roma, encontra-se em trâmite no Congresso Nacional brasileiro um projeto de lei que tem por objetivo a criminalização das condutas tipificadas pelo Direito Internacional na ordem jurídica interna. Com a reprodução no Direito interno dos tipos penais específicos previstos no Estatuto de Roma, o Estado brasileiro estará apto a exercer a sua competência primária de julgar e punir os responsáveis pelos referidos crimes.

Considerações finais

A criação do Tribunal Penal Internacional, representa um grande avanço para a comunidade internacional e para o Direito Internacional em direção à ampliação da proteção dos direitos humanos. O Brasil participa desse movimento em prol dos direitos do homem, tendo ratificado o Estatuto de Roma, o que originou a obrigação para o país de implementar o referido tratado.

Para promover a implementação do tratado, além de efetuar a ratificação, o Estado fica sujeito a diferentes implicações jurídicas que decorrem do compromisso internacional e que evidenciam a necessidade tomar certas medidas estatais internamente.

As normas do Estatuto de Roma podem expor certos conflitos com o texto constitucional brasileiro, sobretudo em relação aos direitos funda-

mentais previstos em incisos do artigo 5º da CF/88, os quais estabelecem a aplicação da regra o do juiz natural, a não aplicabilidade de prisão perpétua e a não extradição de pessoas nacionais.

É importante salientar que a Constituição Federal serve de parâmetro para as leis infraconstitucionais brasileiras e também para os tratados internacionais que o Estado brasileiro pretende ratificar. Ou seja, as leis, e também os tratados, não podem contrariar o conteúdo da Constituição, sob pena de serem declarados inconstitucionais.

Isso poderia impossibilitar o Estado brasileiro de dar cumprimento a suas obrigações que provém do Estatuto de Roma. Entretanto, as possíveis contrariedades entre o Estatuto de Roma e a Constituição Federal são apenas divergências aparentes que não impedem o Estado brasileiro de cumprir suas obrigações que decorrem do referido tratado.

Nesse sentido, ressalta-se que existem diferenças marcantes entre os institutos da entrega e da extradição. Além disso, os dispositivos constantes na Constituição Federal possuem vigência dentro do território do Brasil, de modo que a jurisdição internacional do Tribunal Penal Internacional não afeta a soberania interna. Assim, a regra sobre pena de prisão perpétua é perfeitamente aplicável fora do território brasileiro.

No que se refere à desconsideração de imunidades é preciso sopesar que a busca pela maior eficácia dos direitos humanos justifica a flexibilização de algumas normas, como as que asseguram foro por prerrogativa de função e imunidades no Direito brasileiro.

Também é importante destacar a iniciativa brasileira no sentido de aceitar expressamente a jurisdição do Tribunal Penal Internacional (§4º do artigo 5º, da CF/88), possibilitando o cumprimento de medidas necessárias para promover a cooperação com o Tribunal.

Além disso, também foi necessário adequação na legislação interna, com apresentação de Projeto de Lei para criminalização das condutas tipificadas pelo Estatuto de Roma. Com isso, o Estado brasileiro, que é detentor da competência primária para julgar e punir os responsáveis pelos crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e os crimes contra a administração da justiça do TPI está preparado para proteger com eficiência os direitos humanos.

Esse contexto revela o salutar engajamento do Estado brasileiro com a proteção dos direitos do ser humano, seja na ordem jurídica interna, seja na ordem jurídica internacional.

Referências

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

BREGALDA, Gustavo. **Direito Internacional Público e Privado**. São Paulo: Atlas, 2007.

CARDOSO, Elio. **Tribunal Penal Internacional**. Fundação Alexandre Gusmão, Brasília. 2012. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/986-Tribunal_Penal_Internacional_CONCEITOS.pdf >. Acesso em: 30 ago. 2018.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: LTR, 2008.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

_____. **O controle jurisdicional da convencionalidade das leis**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª ed. Rio de Janeiro. São Paulo: Renovar, 2004.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

REZEK, Francisco. **Direito Internacional Público**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 31ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

TAQUARY, Eneida Orbage de Britto. **Tribunal Penal Internacional & a Emenda Constitucional 45/04**. 1ª ed. Curitiba: Juruá, 2009.

Diplomacia federativa no Brasil e a dubiedade constitucional acerca da autorização dos entes subnacionais para atuação internacional

Edeilson Ribeiro Bona

Introdução

O exercício das relações internacionais, em regra, se dá através do Estado nacional. Dotado de soberania, atribui-se ao ente nacional a capacidade de sujeito de Direito Internacional.

Atualmente, todavia, verificam-se novos canais de comunicação entre os atores internacionais, sejam eles públicos ou privados. Há, inclusive, a atuação dos novos atores internacionais que embora não sejam sujeitos de direito internacional, criam na prática uma nova arena internacional e, assim, expandem os níveis existentes para o exercício da diplomacia (HOCKING, 1993).

Assim, o que se denomina na academia como *paradiplomacia* (neste artigo tratada por *diplomacia federativa*) é uma realidade verificada nos quatro cantos do globo terrestre, pois a atuação internacional não se restringe ao Estado soberano e também contempla ações internacionais advindas dos entes subnacionais, como estados, regiões, províncias e municípios.

Em alguns países o tema foi devidamente institucionalizado nas Cartas constitucionais, a fim de dar mais segurança para esta atuação. Naqueles que adotam o modelo federalista, esta capacidade representou o aumento de autonomia dos entes não centrais de governo em face do governo central (BRANCO, 2008, p. 88).

Reconhecida a imensidão do fenômeno relacionado à atuação internacional dos governos subnacionais na academia, esta pesquisa se restringe à apresentação da matéria a partir da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988.

Não raras as vezes pairam dúvidas sobre a (im)possibilidade dos estados-membros e municípios brasileiros exercerem relações internacionais a qualquer título. O próprio texto da CRFB/88 dá margem para esta incerteza, razão pela qual se busca investigar, efetivamente, sua permissão.

Neste artigo, aborda-se as disposições constitucionais vigentes que tratam das competências dos estados e dos municípios, bem como projetos legislativos que buscaram regular a diplomacia federativa no Brasil, a fim de averiguar a possibilidade desta atuação com base na matriz constitucional vigente.

1. Noções preliminares sobre a atuação internacional dos entes subnacionais

A partir do questionamento de Martin Lutero sobre os dogmas da Igreja Católica, instituiu-se novas religiões que foram reconhecidas pelas autoridades ocidentais, afetando a noção existente entre Estado e Igreja (estado confessional). Estas transformações geraram os conflitos que culminaram na Guerra dos Trinta Anos, entre 1618 e 1648 (GAMA, 2002, p. 18).

O fim deste conflito trouxe consigo a Paz de Vestefália, que inaugurou a soberania e expressou a igualdade hierárquica entre os Estados. Com isso, a soberania se revelou a partir de uma afirmação do Direito Internacional Público:

> A soberania não é apenas uma ideia doutrinária fundada na observação da realidade internacional existente desde quando os governos monárquicos da Europa, pelo século XVI, escaparam ao controle centralizando do Papa e do Sacro Império romano-germânico.

> Ela é hoje uma afirmação do direito internacional positivo, no mais alto nível de seus textos convencionais. (REZEK, 2011, p. 260).

Do mesmo modo, ao Estado soberano foi concedido o poder de celebrar tratados e ao seu redor se desenvolveu boa parte do direito internacional público. Sobre a capacidade jurídica para firmar tratados, é a doutrina de MAZZUOLI (2014, p. 215): "somente três dos sujeitos atuais do Direito Internacional a detêm de modo perene: os Estados soberanos, a Santa Sé (pois detém personalidade jurídica internacional) e as organizações internacionais intergovernamentais".

Todavia, sobretudo com o advento da globalização, observou-se o complemento desta cooperação internacional tradicional (centralizada), exercida pelo Estado no plano da diplomacia com outras formas de cooperação, desta vez descentralizadas (não convencionais), exercida por novos atores internacionais, como ONGs, entidades do setor produtivo e governos subnacionais (MARIANO; MARIANO, 2006, p. 112).

Para LESSA (2007, p. 421): "Não se concebe que o relacionamento vivo entre os povos deva fluir pela via exclusiva dos canais diplomáticos tradicionais. O próprio espírito de nosso tempo requer que estes canais sejam os mais amplos possíveis".

Aumentou-se com isso a atuação de diversos atores internacionais, despertando o interesse dos estados e municípios para o enfrentamento dos problemas enfrentados atualmente. Sendo estes problemas visualizados em ordem global, o diálogo entre os governos subnacionais no plano internacional decorre desta necessidade de alinhamento, como em matéria de meio ambiente (JAKOBSEN, 2009, p. 23).

Na academia, o tema foi pesquisado por meio dos estudos do *novo-federalismo*, desenvolvido nos EUA na década de 70, focado na relação/tensão existente entre o governo central e os entes não centrais, como leciona AGUIRRE (1999, p. 187):

> This academic debate focused on the changes which occurred during the 1970s and 1980s in federal states (the so-called 'new federalism') and, particularly, in the relations between federal governments and federated states in matters of foreign policy. The political tension between the two main poles, central and non-central, of any federal structure, seemed to be even more

> acute in the field of international relations, since foreign policy had been, historically, the preserve of central government. This tension between central government's 'diplomacy' and the international involvement of federated states was interpreted as a particularly interesting symptom of the dynamic internal process of centralization/decentralization in federal states.

O termo *paradiplomacia* foi cunhado por SOLDATOS (1990) e é decorrente dos estudos de DUCHACEK (1986, 1990), que tratavam da atuação internacional dos entes federativos subnacionais. Atualmente, a doutrina indica o melhor conceito para o termo como aquele desenvolvido por CORNAGO (1999, p. 40), que afirma ser o fenômeno correspondente ao envolvimento de governos não centrais nas relações internacionais, mediante o estabelecimento de contatos permanentes ou *ad hoc*, com entidades estrangeiras públicas ou privadas, com o objetivo de promover questões socioeconômicas e culturais, assim como qualquer outra dimensão externa de suas próprias competências constitucionais.

A projeção internacional dos entes não centrais de governo reflete razões de ordem política, cultural e econômica, desenvolvendo-se tanto em paralelo quanto a partir da autorização estatal, de modo que alguns países se atentaram a este fato e institucionalizaram a temática em suas ordens jurídicas:

> Países como Alemanha, Áustria, Bélgica, Suíça e Argentina, atentos a essa demanda das unidades subnacionais por um espaço nas relações internacionais, promoveram a institucionalização da paradiplomacia em suas constituições, com graus variáveis de autonomia concedidos aos entes não-centrais. (ONUKI; OLIVEIRA, 2013, p. 23).

Uma das primeiras críticas destinadas ao fenômeno se deu pela crença que estas atuações poderiam indicar intenções segregacionistas pelos governos que a praticavam. A academia teve de desenvolver outro termo a fim de afastar este receito. Assim, para toda atuação que implicasse em ideais separatistas por parte de um governo subnacional, cunhou-se o termo *protodiplomacia*[49].

49. De acordo com RODRIGUES (2004, p. 33): "Como forma de expressar ações internacionais de governos subnacionais com pretensões separatistas, como é o conhecido caso

É inserido neste contexto de preocupação, inclusive, que o Ministério das Relações Exteriores (MRE) do Brasil buscou tratar do assunto por meio do termo *diplomacia federativa*, a fim de indicar a coerência e coordenação na atuação dos governos subnacionais brasileiros com a política externa nacional. Em outras palavras, a fim de afastar qualquer possibilidade de existir uma diplomacia *em paralelo*, este termo foi desenvolvido e incorporado ao discurso oficial do Itamaraty (BOGÉA, 2001, p. 3).

Neste artigo, utiliza-se deste termo para indicar que a atuação dos governos subnacionais que se busca apresentar é fundamentalmente alinhada à posição externada pelo Governo Federal. Em outras palavras, não se trata de política diversa daquela adotada pela União, tampouco fora dos limites constitucionais de sua atuação.

2. A diplomacia federativa no Brasil e a dubiez de matriz constitucional:

Embora não exclusiva dos Estados federais, o exercício da paradiplomacia remete às singularidades e desafios do federalismo, pois entes federativos de nível intermediário (como os estados-membros) e locais (como as cidades), enfrentam cada qual a sua realidade com desafios distintos, como aponta LESSA (2007, p. 26):

> Em parte, a paradiplomacia se explica como uma política deliberada de delegação de responsabilidades em face da crescente complexidade dos assuntos que afetam regiões fronteiriças e das especificidades dos interesses locais. Os governos centrais têm-se defrontado amiúde com insuficientes recursos, conhecimentos e flexibilidade para dar conta daquelas realidades.

Limitando-se esta discussão tão somente ao cenário nacional, percebe-se a complexidade para poder se afirmar sobre a possibilidade de atuação dos governos subnacionais brasileiros no plano internacional.

---

da Província de Quebec, no Canadá, criou-se a expressão *protodiplomacia*, que indicaria uma forma germinal, gestacional, de diplomacia de um governo subnacional aspirante à condição de Estado independente. Uma tal nomenclatura tem pouca expressão e quase nenhum alcance geral, e muito menos no Brasil".

Embora a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988 tenha buscado responder ao anseio de uma nova ordem pós-autoritarismo e de descentralização política, a Constituição brasileira é omissa acerca da possibilidade dos seus entes federativos atuarem no plano internacional.

Diferentemente de outras Constituições (como é o caso dos ordenamentos constitucionais da Alemanha, Áustria e Bélgica), a CRFB/88 não apresentou nenhuma autorização expressa para atuação dos seus entes subnacionais (BRANCO, 2008, p. 102).

Em um primeiro momento, inclusive, pode-se entender que a prática é vedada pela CRFB/88. Isto porque, caso visualizado isoladamente o art. 21, tem-se que compete somente à União o exercício das relações internacionais (inc. I). Diante da relevância desta norma constitucional, transcreve-se os incisos I ao IV:

> Art. 21. Compete à União:
>
> I - manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais;
>
> II - declarar a guerra e celebrar a paz;
>
> III - assegurar a defesa nacional;
>
> IV - permitir, nos casos previstos em lei complementar, que forças estrangeiras transitem pelo território nacional ou nele permaneçam temporariamente; [...]. (BRASIL, 1988).

Assim, os poderes maiores da diplomacia "clássica" – ou da própria soberania (*summa potestas)*, isto é, "os atos que impliquem exteriorização originária da vontade soberana" (BONAVIDES, 2006, p. 197) – são exclusivamente exercidos pela União.

No caso brasileiro, o denominado "núcleo-duro" das relações internacionais tem como parâmetro "as relações diplomáticas e consulares, o reconhecimento de Estado e de governo, e o campo da defesa" (RODRIGUES, 2008, p. 1017).

Esta posição é reforçada pelas leituras do artigo 49, inc. I, e do artigo 84, inc. VII e VIII, todos da CRFB/88. O primeiro afirma ser de competência exclusiva do Congresso Nacional resolver sobre tratados, acordos

ou atos internacionais, enquanto as outras disposições tratam da competência privativa do Presidente da República para manter relações com Estados estrangeiros, bem como para celebrar tratados, convenções e atos internacionais (BRASIL, 1988).

Não obstante o Brasil ser um dos poucos países do mundo que concedeu ao município a mesma autonomia dos Estados, do Distrito Federal e da União (art. 18 da CRFB/88), manteve-se no plano das relações internacionais a centralização e exclusividade em sua condução somente pela União, sem influência dos demais entes federativos (BRASIL, 1988).

Esta característica centralizadora da União em matéria de política externa não é recente, pois tal diretriz é notada em todas as Constituições brasileiras desde a adoção do federalismo, valendo-se do retrospecto realizado por PRAZERES (2004, p. 295):

> O caráter centralizador da federação brasileira fez-se sentir também em matéria de condução de política externa. Neste particular, todas as constituições brasileiras, desde a adoção do federalismo, seguiram o mesmo padrão, atribuindo exclusivamente ao presidente da República o poder da celebração de compromissos internacionais. Mesmo a primeira Constituição republicana e federal trazia em seu artigo n. 48, itens 14 e 16, que, entre as competências privativas do presidente da República, estavam: manter as relações com Estados estrangeiros e entabular negociações internacionais; celebrar ajustes, convenções e tratados, sempre ad referendum do Congresso Nacional. Com a atual Constituição brasileira, de 1988, a reiterar os princípios que desde as origens do federalismo orientaram a condução da política externa nacional, perfazem-se mais de cem anos de tradição centralizadora quanto à representação externa do país.

A fim de se adequar juridicamente as ações internacionais dos governos subnacionais brasileiros, buscou-se a aprovação de algumas normas no processo legislativo federal. Destaca-se a este título o Projeto de Lei do Senado (PLS) nº. 98/2006 e o Projeto de Emenda à Constituição (PEC) nº. 475/2005.

O PLS nº. 98/2006, de autoria do Senador Antero Paes de Barros, dispunha sobre a aplicação de normas internacionais em território brasileiro. No

tocante à paradiplomacia, o substituto apresentado pelo Senador Arthur Virgílio autorizava os governos subnacionais à prática de "convênios internacionais" (BRASIL, 2010). Embora de alcance limitado, para BRANCO (2007, p. 49) é inegável que se tratou "de um avanço considerável na inserção internacional dos entes federados no ordenamento jurídico brasileiro".

Entretanto, o Senador Cristovam Buarque, então Relator da proposta na Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, opinou pela prejudicialidade do PLS nº. 98/2006, inclusive porque o Senado Federal havia aprovado a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, arquivando-se o projeto legislativo (BRASIL, 2010).

Já no âmbito de atuação da Câmara dos Deputados, o Deputado Federal André Costa apresentou o Projeto de Emenda à Constituição nº. 475/2005, que ficou conhecido como "PEC da Paradiplomacia". A proposta de emenda constitucional buscava acrescentar o §2º ao art. 23 da Constituição Federal, nos seguintes termos (BRASIL, 2005):

> §2º. Os Estados, Distrito Federal e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, poderão promover atos e celebrar acordos ou convênios com entes de subnacionais estrangeiros, mediante prévia autorização da União, observado o artigo 49, e na forma da lei.

Assim que apresentada, a PEC seguiu para análise da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania (CCJ) da Câmara dos Deputados. Nesta Comissão, o Relator da matéria, Deputado Federal Ney Lopes, apresentou parecer contrário à PEC, opinando pela sua inconstitucionalidade.

Os motivos que levaram à rejeição da PEC podem se revelar ainda mais importantes do que o próprio propósito apresentado na mesma. Isto porque, para o Relator da proposta, a prévia autorização exigida no texto da PEC representava "a subversão da ordem federativa ao restringir a autonomia estatal prevista no artigo 18 da Constituição da República" (BRASIL, 2006). Para o Relator:

> A sugestão da emenda ao texto constitucional ora examinada parte do pressuposto que os entes públicos acima citados não podem, hoje, celebrar atos com pessoas jurídicas estrangeiras

> – e não podem exatamente porque faltaria a devida menção no texto constitucional.
>
> Discordo.
>
> Nada há no texto constitucional que impeça Estados, Distrito Federal e Municípios de celebrar atos internacionais (com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, contratos, acordos ou convênios, etc...).
>
> A liberdade de celebrar atos é decorrente da autonomia declarada no artigo 18 da Constituição da República e explicitada em outros artigos, como o 30. Sua liberdade é ampla e submissível a apenas dois limites:
>
> a) em casos onde o legislador constituinte deliberou restringi-la (vide artigo 52, inciso V);
>
> b) o próprio conjunto de competências atribuídas aos entes estatais pela Constituição da República.
>
> Assim, parcela componente da autonomia estatal não pode ser diminuída ou extinta, sob pena de avançar sobre a própria natureza jurídica dos entes estatais. (BRASIL, 2006)

O Deputado Federal Ney Lopes prosseguiu advertindo que "certamente não caberia aos Estados, ao Distrito Federal ou aos Municípios celebrar, por exemplo, atos internacionais cujo tema seja nacionalidade ou moeda" (BRASIL, 2006). Todavia, dentro da esfera de competência dos demais entes federativos subnacionais, como descrita, por exemplo, no art. 23 da Constituição Federal, afirma o Parlamentar que é possível a celebração destes atos com "com quaisquer pessoas estrangeiras, sejam elas dotadas ou não de personalidade jurídica de direito internacional" (BRASIL, 2006).

Sobre a magnitude deste parecer para a abordagem da paradiplomacia no direito constitucional brasileiro, é a cátedra de APRIGIO (2016, p. 43-44):

> É imperativo destacar que o parecer do relator foi contrário à pretensão da PEC 475/2005, única e simplesmente, por entender que a pretensão conceitual, *per se*, trazida pela proposta, já encontrava (e ainda encontra) amparo no próprio texto legal da CF. Como exposto anteriormente, o legislador adverte que "nada há no texto constitucional que impeça Estados, Distrito Federal e

> Municípios de celebrar atos internacionais". No entanto, importante destacar o entendimento do legislador. Para o relator, acatar a proposta significaria romper com o próprio princípio da autonomia dos entes federativos, tendo em vista o exporto no art. 23 da CF, que define as competências comuns da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

Em outras palavras, a CCJ da Câmara deliberou no sentido de que a necessidade de "prévia autorização da União" para a celebração de qualquer acordo que tenha como parte contratante os governos subnacionais, conforme constava na PEC, representava o esvaziamento da autonomia dos entes federados, pois, dentro de suas competências legislativas, a própria Constituição Federal já havia estabelecido as restrições, como é o caso da necessidade de autorização do Senado Federal para operações externas financeiras, contido no art. 52, V da CRFB/88.

Sobre o art. 52, V da CRFB/88, inclusive, é a lição de MAZZUOLI (2003, p. 103):

> A Constituição brasileira de 1988, inovando em relação as Cartas anteriores, estabeleceu competir privativamente ao Senado Federal "autorizar operações externas de natureza financeira" de interesse da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Em outras palavras, o dispositivo em apreço tem área de abrangência específica de natureza dúplice, podendo dizer respeito tanto aos contratos administrativos internacionais, assinados diretamente pelos municípios (sempre que o credor for empresa), como também os acordos celebrados pelo Brasil com o Fundo Monetário Internacional, que tem como ponto de partida o envio da carta de intenções a este organismo Internacional, culminando com a autorização relativa ao um stand-by arrangement (chamado no Brasil de acordo de crédito contingente).

Diante da existência deste dispositivo, APRIGIO (2016, p. 46) aponta que a Constituição brasileira já previu a possibilidade de os governos subnacionais desenvolverem a prática internacional de atração de recursos no exterior, através de investimentos diretos estrangeiros, bem como pela captação de recursos oriundos de instituições como o Banco Mundial, o

Banco Interamericano de Desenvolvimento e outros, condicionando-se, todavia, à aprovação e autorização do Congresso Nacional.

A fim de delimitar os assuntos que podem ser objeto de atos internacionais por entes subnacionais, vale-se do art. 23 da CRFB/88 que abrange as matérias de competência comuns entre os entes federativos, incluindo, por exemplo, temas ligados à saúde, patrimônio artístico, natural e cultural, educação, ciência, tecnologia, pesquisa, inovação, meio ambiente e outros, como se apresenta:

> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:
>
> I - zelar pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas e conservar o patrimônio público;
>
> II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;
>
> III - proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos;
>
> IV - impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural;
>
> V - proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação;
>
> VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;
>
> VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;
>
> VIII - fomentar a produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar;
>
> IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;
>
> X - combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos;
>
> XI - registrar, acompanhar e fiscalizar as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios;

> XII - estabelecer e implantar política de educação para a segurança do trânsito. (BRASIL, 1988)

Para SARAIVA (2004, p. 146), "o federalismo está associado à ideia de construção da unidade na variedade", razão pela qual não se pode afirmar que os estados e municípios estão impedidos de realizar convênios internacionais naquelas matérias que possuem competência legislativa. Sobre o tema, leciona PRAZERES (2004, p. 303):

> A boa exegese dos dispositivos constitucionais referentes à política externa não parece afastar a possibilidade das unidades federadas defenderem seus interesses no plano internacional desde que não assumam compromissos jurídicos

Isto é, em que pese o art. 21, inc. I da CRFB/88 indicar a exclusividade da União para atuação no plano internacional, uma das características marcantes do federalismo diz respeito exatamente à repartição de competências entre os seus entes federativos, de modo que embora existam matérias de competências exclusivas do ente nacional, há matéria comum a todos (art. 23 da CRFB/88).

APRIGIO (2016, p. 45) ainda afirma que a autorização concedida no parecer acima citado, inclusive, é corroborada na análise da mesma CCJ da Câmara dos Deputados em outras normativas apreciadas.

Ademais, diante deste silêncio normativo tanto em âmbito constitucional como infraconstitucional, a atuação dos estados brasileiros se revela ainda mais difícil, diante da insegurança jurídica causada internacionalmente, razão pela qual alguns dos estados brasileiros tem buscado moldar suas atuações com maior segurança jurídica e, por isso, editaram normas estaduais sobre o tema (SETZER, 2013, p. 81).

Por estas razões, a previsão contida no art. 21, inc. I, da CRFB/88, que diz ser exclusividade da União "manter relações com Estados estrangeiros e participar de organizações internacionais", carece de uma leitura conjunta com as demais competências constitucionais comuns, bem como não impede de plano a atuação dos demais entes federados, reconhecendo-se limitações na atuação destes.

Em sede de conclusão, a atuação dos governos subnacionais no Brasil é legítima até o ponto que extrapole suas competências constitucionais, adentrando em matéria da União. O limite para esta atuação, todavia, só pode ser aferido no curso da atuação.

Conclusão

O Estado não é mais o único ator das relações internacionais, embora ainda seja o mais relevante. Em muitos países, vê-se a responsabilidade compartilhada entre o órgão central e os entes não centrais de governo para atuação internacional.

No Brasil, contudo, extrai-se da leitura do texto constitucional a impossibilidade de os entes federativos brasileiros firmarem acordos no plano internacional. Esta afirmação, contudo, deve ser interpretada de forma restritiva aos atos internacionais solenes, pois há diversas outras formas de atuação internacional que são de natureza informal, como os vínculos de cooperação.

É dizer: o art. 21, inc. I, da CRFB/88 deve ser interpretado sistematicamente com todo ordenamento constitucional, principalmente o art. 23, que trata das competências em comum. Isto é, se há competência para legislar e atuar em determinado assunto, não há como supor que os entes subnacionais não possam se socorrer de boas práticas e convênios internacionais sobre as mesmas matérias.

Como aponta VIGEVANI (2006, p. 131): *"o aumento, nas últimas décadas, da ação internacional dos governos subnacionais ocorreu de facto, não alterando os fundamentos jurídicos pré-existentes"*, bem como que a censura na atuação internacional apenas se deu nos acordos formais levados a cabo pelos governos subnacionais.

De toda forma, há que se considerar os efeitos jurídicos e práticos dos pareceres emitidos pela CCJ da Câmara Federal, sobretudo quando da análise da PEC nº 475/2005, que expressamente reconheceu a possibilidade dos entes subnacionais firmarem atos internacionais dentro de sua competência sem a necessidade de autorização prévia da União e/ou Estado-membro.

Ademais, a própria CRFB/88 no art. 52, inc. V, autoriza convênios internacionais pelos entes federativos subnacionais, exigindo, contudo, a autorização da União quando se tratar de "operações externas de cooperação financeira", pois a responsabilidade internacional em eventual descumprimento recai sobre o efetivo sujeito de direito internacional (no Brasil, a própria União).

Destarte, conclui-se pela total compatibilidade da atuação internacional dos entes federativos subnacionais brasileiros para firmamento de acordos e convênios internacionais, desde que dentro de sua competência legislativa. Em caso de operações externas que envolvam financiamento e obrigações financeiras, a atuação deve ser autorizada pelo Senado Federal.

Ainda assim, a autorização constitucional, por si só, não finda a discussão sobre o papel e o espaço destes novos atores no cenário internacional. Permanece, dentre outras, a discussão sobre a responsabilidade internacional decorrente dos acordos firmados pelos governos subnacionais.

Referências

AGUIRRE, Iñaki. "Making Sense of Paradiplomacy? An Intertextual Enquiry about a Concept in Search of a Definition". In: ALDECOA, Francisco; KEATING, Michael. **Paradiplomacy in action:** the foreign relations of subnational governments. London/New York: Routledge, 1999.

APRIGIO, André. **Paradiplomacia e interdependência**: as cidades como atores internacionais. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

BOGÉA, Antenor. **A diplomacia federativa:** do papel internacional e das atividades externas das unidades federativas nos estados nacionais. Brasília: Itamaraty, Instituto Rio Branco, 2001.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política.** 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília/DF: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 475, de 2005, do Deputado Federal André Costa. Disponível em <http://www.camara.gov.br/ proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=353232&filename=Tramitacao-PEC+ 475/2005> Acesso em 10 out. 2018

_____. Câmara dos Deputados. Parecer da CCJ, de 18 de abril de 2006, ao PEC nº. 475/2005. Disponível em <http://www.camara.gov.br/ proposicoesWeb/ prop_mostrarintegra?codteor=388392&filename=TramitacaoPRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+475/2005>. Acesso em 10 out. 2018.

_____. Senado Federal. Pareceres nº. 468 e 469, de 4 de maio de 2010. Sobre o Projeto de Lei do Senado nº 98, de 2006, de autoria do Senador Antero Paes de Barros, que dispõe sobre a aplicação de normas internacionais no Brasil e dá outras providências. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/77481>. Acesso em 10 out. 2018.

BRANCO, Álvaro Chagas Castelo. **Paradiplomacia e entes não centrais no cenário internacional.** Curitiba: Juruá, 2008.

_____. "A paradiplomacia como forma de inserção internacional de unidades subnacionais". **PRISMAS: Direito, Política Pública e Mundial**, Brasília, v. 4, n. 1, pp. 48-67, jan/jul. 2007.

CORNAGO, Noé. "Diplomacy and paradiplomacy in the redefinition of international security: dimensions of conflict and co-operation". In: ALDECOA, Francisco; KEATING, Michael. **Paradiplomacy in action***:* the foreign relations of subnational governments. London/New York: Routledge, 1999.

DUCHACEK, Ivo D. **The Territorial Dimension of Politics:** Within, Among, and Across Nations. London: Westview Press, 1986.

_____. "An Explanatory Framework for the Study of Federated States as Foreign-policy Actors". In: MICHELMANN; Hans; SOLDATOS, Panayotis (eds.). **Federalism and International Relations:** The

Role of Subnational Units. Oxford/New York: Oxford University Press, 1990.

GAMA, Ricardo Rodrigues. **Introdução ao direito internacional.** Campinas: Bookseller, 2002.

HOCKING, Brian. **Localizing Foreign Policy:** Non-central govermnments and multilayered diplomacy. London/New York: Leicester University Press, 1993.

JAKOBSEN, Kjeld. "O poder local e as relações internacionais". In: RODRIGUES, Gilberto M. Antonio; XAVIER, Marcos; ROMÃO, Wagner de Melo (orgs.). **Cidades em relações internacionais:** análises e experiências brasileiras. São Paulo: Desatino, 2009.

LESSA, José Vicente da Silva**. Paradiplomacia no Brasil e no mundo:** o poder de celebrar tratados dos governos não centrais. Viçosa (MG): Editora UFV, 2007.

_____. "Anotações sobre Atos Internacionais". In: CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.). **Desafios do direito internacional contemporâneo:** Jornadas de Direito Internacional Público no Itamaraty. Brasília: FUNAG, 2007

MARIANO, Marcelo; MARIANO, Karina. "Governos subnacionais e integração regional: considerações teóricas". In: VIGEVANI, Tullo; WANDERLEY, Luiz Eduardo; CINTRA, Rodrigo (orgs.). **A ação internacional das cidades no contexto da globalização** – Cadernos CEDEC. São Paulo: CEDEC, 2006.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. "O Senado Federal e o problema das operações externas de natureza financeira: exegese do artigo 52, V Constituição Brasileira a luz do Direito Internacional". In: SILVA, Roberto Luis. **O Brasil e os acordos internacionais:** perspectivas jurídicas e econômicas a Luz dos acordos com o FMI, São Paulo: RT, 2003.

_____. *Direito dos tratados.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ONUKI, Janina; OLIVEIRA, Amâncio Jorge de. **Paradiplomacia e relações internacionais:** a experiência da cidade de São Paulo. São Paulo: CAENI/IRI/USP, 2013.

PRAZERES, Tatiana Lacerda. "Por uma atuação constitucionalmente viável das unidades federadas brasileiras". In: VIGEVANI, Túlio et al. (Org.). **A dimensão subnacional e as relações internacionais.** São Paulo: EDUC, 2004.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público:** curso elementar. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. **Política externa federativa:** análise de ações internacionais de estados e municípios brasileiros. Tese (Doutorado). São Paulo: PUC-SP, 2004.

_____. "Relações internacionais federativas no Brasil". **Dados**, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, pp. 1015-1034, 2008.

SARAIVA, José Flávio Sombra. "A busca de um novo paradigma: política exterior, comércio externo e federalismo no Brasil". **Revista Brasileira de Política Internacional**, Brasília, v. 47, n. 2, pp. 131-162, 2004.

SETZER, Joana. **Environmental paradiplomacy:** the engagement of the Brazilian state of São Paulo in international environmental relations. Tese (Doutorado/PhD). London (UK): London School of Economics and Political Science, 2013.

SOLDATOS, Panayotis. "Perforated Sovereignties: Toward a Typology of New Panayotis Actors in International Relations". In: MICHELMANN, Hans; _____ (eds.). **Federalism and International Relations:** The Role of Subnational Units. Oxford/New York: Oxford University Press, 1990.

VIGEVANI, Tullo. "Problemas para a atividade internacional das unidades subnacionais: estados e municípios brasileiros". **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 21, n. 62, pp. 127-139, 2006.

A inércia da justiça brasileira e a competência da corte interamericana de direitos humanos no desastre de Mariana

Eloi Henrique Ghidetti Duarte

Introdução

No dia 05 de novembro de 2015 uma barragem de rejeitos oriundos da mineração se rompeu após anos de atos e decisões duvidosas tanto das empresas envolvidas como do governo local e de autarquias federais, ações, essas, típicas do cotidiano no Brasil. No caso das barragens em Mariana, foram indiciadas 22 pessoas e 04 empresas pelo Ministério Público Federal, e no dia 29 de março de 2017 o processo número 0060017-58.2015.4.01.3800 foi suspenso pelo juiz responsável da Vara Única Federal da Subseção Judiciária de Ponte Nova.

1. O Desastre Ambiental

Conforme consta na denúncia proposta pelo Ministério Público Federal:

> No dia 05 de novembro de 2015, aproximadamente às 15:30 horas, ocorreu o rompimento da barragem de Fundão, situada no Complexo Industrial de Germano, no Município de Mariana/MG, sob a gestão da pessoa jurídica SAMARCO MINERAÇÃO S/A. O empreendimento estava localizado na Bacia do rio Gualaxo do Norte, afluente do rio do Carmo, que é afluente do rio Doce. O colapso da estrutura ocasionou o extravasamento imediato de aproximadamente 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, entre outros particulados, e outros 16 milhões de metros cúbicos continuam escoando lentamente (...).

Durante as investigações, foram constatados diversos atos negligentes e típicos de corrupção que assola todas as esferas da República Brasileira, como pode se observar na página 29 da aludida denúncia:

> No dia 31 de julho de 2015, a denunciada VOGBR e o denunciado SAMUEL SANTANA PAES LOURES, na condição de responsável técnico, elaboraram e emitiram a declaração falsa e enganosa sobre a estabilidade da barragem Fundão (...) sabiam do histórico de problemas geotécnicos havidos com a barragem de Fundão, e que fez com que ela entrasse em operação em dezembro de 2008 e fosse paralisada em abril de 2009 até maio de 2010.

Este trecho da denúncia ilustra claramente que em face da burocracia que torna muito dispendioso e o tempo levado para um alvará ou qualquer outro documento público para o funcionamento. A burocracia no Brasil ilustra a total dominação do Estado que afeta as liberdades individuais, atrasa o desenvolvimento nacional, assim como disse Fernando Schüler "o cipoal burocrático persiste no Brasil porque desbastá-lo implica uma tomada de risco: retirar poder do Estado e aumentar a cota de liberdade e responsabilidade das pessoas".

O Jornal "El País" também publicou uma matéria em 2014 que fala da burocracia brasileira "A burocracia afoga a sociedade civil brasileira: O excesso de trâmites exigidos pelos órgãos públicos e privados demora, frustra e encarece projetos e empresas dos cidadãos".

Segundo o instituto Endeavor Brasil, demonstra o quão complicado é apenas para abrir uma empresa, e como muitos empresários são compeli-

dos a dar um "cafezinho" muitas vezes para aliviar a espera que advém de: Tempo de resposta lento dos órgãos responsáveis; As decisões de aprovação são subjetivas, de acordo com cada servidor público; Vai e volta do processo não é claro (informações imprecisas); Documentação costuma estar (quase sempre) incompleta; Excesso de requisições complica o processo.

Ainda, como exemplo da lentidão estatal, afirma o instituto supra que "o Banco Mundial estima que no Brasil são gastas, por ano, 2.038 horas para que uma empresa preencha os documentos necessários e pague os impostos devidos" e inclusive sobre o ICMS, também diz que foi atualizada 558 vezes em 04 anos, uma média de 01 atualização a cada 03 dias.

Diante do breve comentário sobre a burocracia no Brasil, vê se claramente um dos principais motivos que levaram ao desastre em Mariana, onde a fiscalização foi falha perante o sistema burocrático e atos de corrupção que permitiram o funcionamento da barragem até o dia fatídico.

A denúncia proposta diz, em fl.30, com relação às inspeções "que foram detectadas a olho desarmado várias anomalias, que, embora registradas fotograficamente, não foram consideradas importantes, pelos denunciados, no concernente à estabilidade das barragens. Entre essas anomalias, estava a surgência de água no talude de jusante". Observa-se nesta citação constante na peça ministerial negligência por parte da empresa Samarco por não corrigir nem mesmo os erros aparentes que desencadeou no rompimento.

Assim, perante os dados colhidos na investigação da Força Tarefa Rio Doce, acredita o *Parquet* que "desde a época do licenciamento do empreendimento, de todos os riscos envolvidos na construção e operação da barragem de Fundão, os denunciados optaram por uma política empresarial de priorização de resultados econômicos em detrimento de práticas de segurança para o meio ambiente e para as pessoas potencialmente afetadas, assumindo todos os riscos da causação das mortes".

Com relação à negligência pública perante tal desastre, em 21 de setembro de 2016, o TCU (Tribunal de Contas da União) publicou um acórdão (2440/2016-TCU-Plenário) sobre o acidente onde menciona autarquias do governo que teriam sido omissas e falhas, contribuindo indiretamente para o ocorrido, conforme trechos a seguir:

> Nos termos da PNSB (Política Nacional de Segurança de Barragens), a reponsabilidade legal pela segurança da barragem de deposição de rejeitos de mineração é do empreendedor, cabendo-lhe implementar todas as ações necessárias para tal fim. Ao DNPM cabe realizar a fiscalização da segurança dessas estruturas, processo que inclui rotinas como o cadastramento de barragens, a classificação de risco associado, a análise de documentos de empreendedores e a realização de ações de fiscalização in loco (vistorias) (...) as superintendências regionais não seguem as diretrizes emanadas pela Sede na elaboração de seus planos de fiscalização. Verificou-se, por exemplo, que apenas 35% das barragens classificadas como de alto risco, em nível nacional, foram fiscalizadas pelo DNPM entre 2012 a 2015 e que 93% das fiscalizações realizadas no mesmo período foram feitas em estruturas de baixo risco, contrariando diretriz do órgão central. (...) Adicionalmente, foi constituído processo específico no TCU para análise de possíveis responsabilidades pela falta de governança adequada do DNPM e de devida estruturação operacional da Autarquia, que a tornam incapaz de exercer satisfatoriamente as suas competências.

Uma cadeia de eventos com diversos autores diretos e indiretos tornou realidade este evento desastroso para a fauna, para a flora e para as pessoas residentes nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, cujos rejeitos tornaram inabitáveis regiões e a destruição de rios e praias do litoral capixaba. Com a suspensão do processo criminal, o risco de impunidade aumenta, pois muitas das empresas envolvidas possuem negócios de políticos que seriam afetados indiretamente, levando este processo criminal a se arrastar por anos ofendendo a dignidade da pessoa humana de todas as vítimas envolvidas.

Em 20 de outubro de 2017, após alguns meses suspenso, o MPF requereu o andamento da ação.

2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)

A instalação da Corte deu-se em 1979. Ela tem natureza de órgão jurisdicional no sistema regional. É composta por sete juízes nacionais dos Estados membros da OEA, eleitos pelos Estados parte da Convenção Americana, que prevê direitos e liberdades que devem ser respei-

tados pelos Estados Partes, os quais devem respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pelo tratado.

Muito se tem falado e discutido na competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em certas ações que envolvem graves violações aos direitos do homem e tem competência para julgar acusados desses crimes nos casos de omissões dos Estados Nacionais cujos casos não são julgados. A Corte Interamericana de Direitos Humanos

> tem sede em São José, capital da Costa Rica, e faz parte do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Ela é um dos três Tribunais regionais de proteção dos Direitos Humanos, ao lado do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e a Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos. Sua primeira reunião foi realizada em 1979 na sede da Organização dos Estados Americanos (OEA), em Washington, EUA. (CNJ, 2018).

O Sistema Interamericano de Direitos Humanos iniciou-se, formalmente, com a aprovação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem em 1948 contando, ainda, com diversos outros protocolos e convenções que abordam o mesmo tema, a proteção da dignidade da pessoa humana.

Os assuntos relacionados aos Direitos Humanos na América, adveio após a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica, por ter sido criado nessa cidade em 1969, entrando em vigor em 1978 em razão do número de países que a ratificaram na data. Dos 35 Estados membros da OEA, 25 são partes da Convenção Americana, incluindo o Brasil, que aderiu apenas em 1992 através do Decreto nº 678/92.

Além disso, a Convenção estabelece que tanto a Comissão quanto a Corte são competentes para conhecer dos assuntos relacionados com o cumprimento dos compromissos contraídos pelos Estados partes da Convenção

Vê-se como exemplo de violações dos Direitos Humanos e uma ofensa no direito internacional humanitário, o acidente da barragem de rejeitos minerais em Mariana (Minas Gerais, Brasil), onde diversos atos negligentes acarretaram neste desastre que afetou milhares de pessoas e o meio ambiente local e marítimo que levará gerações para a efetiva normalização.

As Nações Unidas (ONU) e diversos outros acordos e tratados relativos ao meio ambiente nos ensina que "o meio ambiente ecologicamente equilibrado, além de ser um direito fundamental em si (...) também é condicionante essencial de outros direitos fundamentais do ser humano, como o direito à vida e à saúde"(Amorim, p.146).

Desse modo "a ação humana em relação à degradação ambiental e aos efeitos nocivos das mudanças climáticas constitui-se, portanto, em violação direta a direitos fundamentais básicos do ser humano"(Amorim, p.146).

A CIDH pode agir quando perceber que há omissão do judiciário brasileiro ou total descaso, pois a jurisdição internacional é sempre complementar, subsidiária à legislação interna. A falta de informações iniciais pelos envolvidos, consonante à segurança e os riscos que envolveria as cidades próximas à barragem, dificultou ainda mais um serviço eficiente de emergência em caso de situação de perigo, temor este comprovado pelo número de vítimas e prejuízos ambientais.

Dessa Forma, teria competência para julgar este caso visto que foi violado os Direitos da Pessoa Humana quanto às vítimas atingidas, pois a preservação ambiental é uma obrigação de todos os Estados que ratificaram tais acordos e tratados e, inclusive, os que não ratificaram, também estão sendo observados pela comissão e estão sob a jurisdição da CIDH.

3. O Compromisso assumido pelo Brasil

> A Conferência de Estocolmo realizada em 1972 foi o primeiro encontro mundial para a discussão de como proteger o meio ambiente. Um total de 113 Estados foram representados através de seus líderes em conjunto com as organizações internacionais. A partir dessa conferência, os Países tiveram mais consciência e ponderaram com preocupação os impactos ambientais causados pelo Homem. Foi colocada como primordial a preocupação com a crescente degradação ambiental causada pelo progresso das nações.

De acordo com a Conferência de Estocolmo, foram ditados alguns princípios, alguns destes que não foram respeitados pelo Estado brasileiro e pelas empresas envolvidas no desastre em Minas Gerais:

> **Princípio 1** – (...) tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras; **Princípio 4** – O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat (...) deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna; **Princípio 7** – Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do Homem, os recursos vivos e a vida marinha (...); Princípio 21- (...) 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, não prejudiquem o meio ambiente de outros estados ou de zonas situadas fora de toda a jurisdição.

Como observado nos trechos de alguns princípios constantes na Conferência de Estocolmo de 1972, o Brasil, devido ao favorecimento político e práticas de corrupção, deixou de observar estes cuidados para um meio ambiente sadio, cuja plenitude de vida foi afetada por gerações, até que sejam dissipadas ou recuperadas as áreas atingidas com o decorrer dos anos, ou até mesmo pela recuperação pelo esforço Humano.

O Brasil que já havia participado 20 anos antes da Conferência de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, especialmente nos dois anos de seu período preparatório, teve participação efetiva no que tange à inserção da temática do desenvolvimento no foco das questões envolvendo o meio ambiente (Mazzuoli, 2013, p.1030).

Por sempre ter participado e tomado frente com relação à questão ambiental, o Brasil era tido como exemplo na preocupação, mas questões de governo e de interesses políticos afetou essa moralidade que o Brasil possuía, perdendo investimentos de países estrangeiros que auxiliava, por exemplo, no combate ao desmatamento.

Mazzuoli ainda afirma que :

> Como que num tipo de esforço ao entendimento segundo o qual a vida tutelada pela norma constitucional tem um sentido amplo, abrangendo tanto a vida da pessoa humana como todos os seus desdobramentos, a exemplo do meio ambiente ecologicamente equilibrado essencial à sadia qualidade de seu gozo e fruição (p.1045).

A Constituição de 1988 recepcionou a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº6.938/81), que foi um marco na proteção do meio ambiente, o que consagra como um direito fundamental:

Tendo em vista que visa proteger o direito à vida com todos os seus desdobramentos, incluindo a sadia qualidade de seu gozo. É um direito fundamental no sentido que, sem ele, a pessoa humana não se realiza plenamente, ou seja, não consegue desfrutá-lo sadiamente, para se utilizar a terminologia empregada pela letra da Constituição (Mazzuoli, 2013, p.1044).

Considerações finais

O Brasil tomou parte de vários acordos e conferências internacionais sobre o meio ambiente como maior interessado por possuir uma vasta região de florestas e demais *habitat*, cujos nichos ecológicos são ricos em diversas espécies da flora e fauna. Intenção política o Brasil sempre teve, mas a vontade política deixou a desejar em diversos aspectos.

O favorecimento de empresas, interesses políticos sempre foram as principais barreiras para o progresso da nação para o primeiro mundo, título este que o Brasil possuía durante o Segundo Reinado de Dom Pedro II, e com o advento da República a moralidade do Estado foi afetado por conchavos políticos.

Observa-se por meio da denúncia proposta pelo Ministério Público responsável pela Força Tarefa Rio Doce, que houve negligência dos órgãos fiscalizadores e atos de corrupção para o favorecimento das empresas responsáveis para o funcionamento da barragem que não possuia estabilidade para continuar sendo usada, avisos e laudos foram ignorados, tendo as empresas envolvidas responsabilidade civil e penal dos atos praticados e/ou negligenciados.

Com a suspensão do processo principal, e meses para que voltasse o prosseguimento, acerca da responsabilidade de empresas, funcionários públicos e autarquias por ter violado os Direitos Humanos das vítimas e do meio ambiente necessário para a sobrevivência saudável da população brasileira, bem como da fauna e flora local, abre-se uma discussão e uma certeza sobre a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos por esta violação, pelo fato da Justiça brasileira não manter a lisura no processo, podendo a aludida Corte agir de forma imparcial e

eficaz para responsabilizar os culpados do maior desastre ambiental do Brasil até o momento.

Referências Bibliográficas

AMORIM, João Alberto Alves. **A ONU e o Meio ambiente: Direitos Humanos, Mudanças Climáticas e Segurança Internacional no Século XXI**. 1ªed. São Paulo: Atlas, 2015.

BORGES, Beatriz. **A burocracia Afoga a Sociedade Brasileira**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/01/07/sociedad/1389049905_067195.html

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm

CONSELHO NACINAL DE JUSTIÇA. Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH). Disponível em: http://www.cnj.jus.br/poder-judiciario/relacoes-internacionais/corte-interamericana-de--direitos-humanos-corte-idh.

GREENPEACE BRASIL**. Rio Doce: 1 Ano de Lama e Luta.** Disponível em: http://www.greenpeace.org/brasil/pt/Noticias/Rio-Doce-1-Ano-de-Lama-e-Luta/?gclid=COC wj7zS2dYCFcIGk-QodmaMGjg

INSTITUTO ENDEAVOR. **Tudo sobre a burocracia**. Disponível em:https://endeavor.org.br/tudo-sobre-burocracia/?esvt=-b&esvq=burocracia%20no%20brasil &esvadt=999999---1&esvcrea=222113134050&esvplace=&esvd=c&esvaid=50078&gclid =EA I aIQobChMIyMHH_czj1gIVBAeRCh1LQQL7EAAYASAAE gL8GvD_BwE

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público.** 7ª ed. São Paulo: RT, 2013.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/ _arquivos/estocolmo.doc

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**. MPF denuncia 26 por tragédia em Mariana (MG).** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/es/sala-de-imprensa/noticias-es/mpf-denuncia-26-por-tragedia-em--mariana-mg

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**. MPF requer à Justiça prosseguimento da ação criminal.** Disponível em: http://www.mpf.mp.br/mg/sala-de-imprensa/noticias-mg/caso-mariana-mpf-requer-ao-juizo-federal-prosseguimento-da-acao-criminal-2

MONTEIRO, Ministro José Múcio. O. **Segurança de Barragens de Rejeitos de Mineração**. TCU, 2016. Disponível em: http://portal.tcu.gov.br/data/files/34/B4/CC/DC/947B9510 91EE6B952A2818A8/Seguran_a%20de%20Barragens%20de%20Rejeitos%20de%20Minera__o.pdf

PONTES, Nádia**. Mariana mining disaster: one year under the mud.** Disponível em: http://www.dw.com/en/mariana-mining-disaster--one-year-under-the-mud/a-36270399

SCHÜLER, Fernando. **A lógica infernal da Burocracia no Brasil**. Disponível em: http://epoca.globo.com/politica/fernando-schuler/noticia/2017/02/logica-infernal-da-burocracia-no-brasil.html

O suporte da constituição federal de 1988 nas operações de paz das nações unidas: a minustah e o seu impacto no Brasil

Eloi Henrique Ghidetti Duarte
Simone Alvarez Lima

Introdução

Uma das missões de paz mais famosas dentre os brasileiros foi a Minustah, a Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti, aprovada pela Resolução nº 1.542 do Conselho das Nações Unidas.

O primeiro item é destinado a tratar do surgimento das missões de paz e sua fundamentação na Carta da ONU, mostrando que o sistema de segurança coletiva exige a convicção, por parte de todos os Estados, que a paz é indivisível a fim de que haja o interesse coletivo em sua preservação.

O segundo item tem a finalidade de mostrar os princípios que regem as relações internacionais brasileira que fomentaram a liderança do Brasil nessa missão de paz, especialmente a prevalência dos direitos humanos, repúdio ao terrorismo e ao racismo e IX a cooperação entre os povos para o progresso da humanidade. Neste tópico, será explicado que a Constituição Federal de 1988 foi pioneira em matéria de relações internacionais e integração.

Por fim, o terceiro item trata da Minustah, apontando os motivos que levaram o estabelecimento dessa Missão de Paz, dando realce aos aspectos positivos da participação dos brasileiros e o projeto de lei que tentou colocar o nome dos soldados falecidos no terremoto como heróis de guerra. Neste item aborda-se como a participação dos militares na Minustah melhorou a imagem deixada pelas atrocidades da Ditadura Militar.

O objetivo do presente artigo é trazer um enfoque de Direito Constitucional a um instituto típico do Direito Internacional, que é o das missões de paz e mostrar o que o Brasil teve de legado positivo após sua participação na Minustah.

Justifica-se essa pesquisa por questões teóricas, ao trazer maior arcabouço teórico sobre as missões de paz das Nações Unidas, mostrando o protagonismo brasileiro na Minustah e, em um momento em que se percebe que os militares ainda não resgataram, completamente, a confiança do povo brasileiro, mostrar o quão importante eles podem ser no restabelecimento da paz, da ordem e da prevalência dos direitos humanos.

1. Um ensaio sobre as Missões de Paz da ONU

A ONU (Organização das Nações Unidas), no preâmbulo do Tratado que a constituiu, Carta das Nações Unidas, estabelece que os povos signatários resolvem:

> preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade ampla.

Essa preservação da paz mundial e estabilidade governamental é uma das preocupações maiores da ONU e vem, desde o final da Primeira Guerra Mundial, para evitar que novos conflitos surgissem novamente em território europeu. A Liga das Nações foi constituída em 1920 e a

mesma não conseguiu manter a estabilidade na Europa. A ameaça comunista e fascista tomou conta do cenário europeu e logo começou a Segunda Guerra Mundial, que foi ainda mais cruel e devastadora do que o conflito mundial anterior.

Ao final do segundo conflito, a Liga das Nações foi logo substituída pela Organização das Nações Unidas, em 1946, cujos países fundadores foram os vitoriosos da Segunda Guerra. A ONU passou por mais uma provação, manter a paz e estabilidade durante a Guerra Fria, que nada mais foi do que uma guerra híbrida de informações e ideologias, onde o capitalismo e democracia tentava frear o crescimento do comunismo no mundo.

A fim de auxiliar os Estados necessitados, devastados por conflitos, a criar condições para alcançar uma paz permanente e duradoura foram criadas as operações de paz das Nações Unidas, que, mesmo sem previsão expressa na Carta da ONU, surgiram como uma medida contingencial e funções definidas de acordo com as particularidades da situação a ser enfrentada. A primeira operação de paz criada foi estabelecida em 1948 para o monitoramento do Acordo de Armistício entre Israel e seus vizinhos árabes. (NAÇÕES UNIDAS, 2018)

De acordo com Vaz (2015, p. 35), a Carta da ONU proíbe expressamente o uso da força no relacionamento entre os Estados, assim como intervenções indevidas que ponham em risco a soberania, exceto quando autorizada pelo Conselho de Segurança, em situações de ameaça à segurança internacional.

O sistema de segurança coletiva exige a convicção, por parte de todos os Estados, que a paz é indivisível a fim de que haja o interesse coletivo em sua preservação. Claude (1984, p. 252) explica que o compromisso comunitário com a paz não significa colocar os interesses da comunidade internacional acima dos nacionais, mas identificar um com o outro.

As missões de paz diferem da imposição de paz, não se confundindo com a medida coercitiva prevista no Capítulo VII da Carta da ONU, pois dentre seus princípios está o consentimento das partes e a composição é determinada por acordo entre a ONU e os Estados voluntários.

As missões de paz não são uma unanimidade, pois há doutrinas que questionam seus benefícios. Alvarez (2007, p. 34) conta que existe o temor de que os propósitos humanitários sirvam de pretexto para inter-

venções cujos reais motivos sejam econômicos ou políticos. Segundo Vaz (2015, p. 42), muitos críticos veem a prática das intervenções humanitárias como uma "nova forma de imperialismo e ingerência indevida nos assuntos domésticos de um Estado que, em nome do princípio da autodeterminação, supostamente poderia tratar seus cidadãos como bem lhe aprouvesse." Na mesma diapasão, eis as palavras de Batista:

> Esse tipo de atuação do CSNU se chama de "intervenção humanitária", com toda a polêmica que, como já explicitado, este instituto carrega, abrigando discussões que a caracterizam de formas distintas, ora como forma de ingerência internacional, ora como um "neo-colonialismo" disfarçado de assistência humanitária no mundo contemporâneo, ou ainda, como ação necessária para a preservação dos direitos humanos em zonas de conflito". (BATISTA, 2011, p. 4-5)

Por outro lado, apenar da desconfiança mencionada acima, melhor que exista no ordenamento jurídico a possibilidade da missão de paz, afinal, trata-se de uma forma de proteger direitos humanitários e neste sentido, Leis (2002, p. 11) reitera que "enquanto os direitos humanos não se encontrem reconhecidos e institucionalizados em nível global, devemos conviver com a possibilidade de discrepâncias entre legalidade, legitimidade e eficácia das decisões que afetam a política mundial." Ou seja, em muitos países, os direitos ou não são positivados, ou, se positivados, não contam com instrumentos necessários para a sua concretização e isso não pode servir de subterfúgio para um país violar os direitos humanos de seus nacionais sem que outro país possa intervir.

Uma das Missões de Paz mais conhecidas no Brasil foi a Minustah, mas antes de estuda-la neste artigo, é necessário trazer o aporte constitucional brasileiro que possibilitou o estabelecimento dessa missão, pois a Constituição Federal de 1988 foi a primeira a enfocar nas relações internacionais entre o Brasil e outras nações, conforme será verificado a seguir.

2. O suporte da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, ao contrário de todas as Constituições Brasileiras anteriores, trouxe um artigo específico para tratar de relações

internacionais e da integração com os demais países. O art. 4º da atual Constituição atribuiu aos preceitos a condição de princípios fundamentais que regem as relações internacionais, consagrando "princípios para balizar a atuação do Brasil como membro integrado em uma comunidade internacional." (SARLET, MARINONI e MITIDIERO, 2018, p. 302). De acordo para Lafer (2005, p. 19), os princípios insculpidos no art. 4º representam um marco normativo que assume a condição de diretriz da política externa brasileira, vinculando os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Segundo Tiburcio e Barroso (2013, p. 13), as Constituições anteriores a de 1988 mostravam que as relações internacionais não estavam dentre as principais preocupações do Brasil, no máximo, traziam dispositivos que buscavam consolidar interesses nacionais no plano externo, como a Carta de 1824, "ao consagrar a independência nacional como premissa das relações do país com Estados estrangeiros."

O artigo 4º da Constituição Federal brasileira de 1988 deixa clara a neutralidade do Brasil em conflitos que não envolvam, diretamente, o país, mas abre abertura e legitimidade para ações militares para a manutenção da paz, como dispõem os incisos II (prevalência dos direitos humanos), IV (defesa da paz), VIII (repúdio ao terrorismo e ao racismo) e IX (cooperação entre os povos para o progresso da humanidade) especificamente, cuja fundamentação para ações das missões de paz da ONU é combater o terrorismo que assola uma nação, governos que ferem direitos humanos de seu próprio povo e ajuda humanitária.

Na intervenção humanitária no Haiti, o Brasil estava buscando a preservação dos direitos humanos, tendo em vista a falta de segurança que atentava contra a vida e direitos políticos dos cidadãos haitianos; restabelecer a paz através do exército, tendo em vista a ineficiência da polícia haitiana; o repúdio ao racismo, devido ao fato de muitos dos conflitos haitianos terem origens raciais e cooperar para que o Haiti alcançasse o progresso suficiente para poder retomar à segurança do país.

Na égide da Constituição Federal de 1988, o Brasil se tornou signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, em 07 de setembro de 1992, pois, segundo Cançado Trindade (2003, p. 603) o país começou implantar os mecanismos de defesa dos Direitos Humanos após a redemocratização trazida pela Constituição Federal de 1988. Nas palavras de

Tardin (2015, p. 140), "a consolidação do regime democrático no Brasil foi marcada por três fatores: a promulgação da Constituição de 1988, a primeira eleição direta para Presidente da República e o afastamento das Forças Armadas do centro do poder político."

A Constituição Federal de 1988 ao trazer os princípios que regem as relações internacionais mostrou as balizas da política externa brasileira. Para Lafer (2009, p. 16), a tarefa primordial da política externa é "traduzir as necessidades internas em possibilidades externas para ampliar o poder de controle de uma sociedade sobre o seu destino". Assim, cria-se uma relação de interdependência.

A Constituição Federal permitiu a liderança do Brasil na Minustah e também o seu aprimoramento. Em 2010, houve um aumento no contingente brasileiro nesta Missão de Paz, para a qual o Congresso Brasileiro autorizou o envio de mais 1.300 homens, observando que "são sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em modificação do referido contingente, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional".

Por fim, agora que há a ciência do embasamento constitucional para as relações internacionais brasileiras e que, por via indireta, serviu de pilar para a participação brasileira nas missões de paz, partir-se-á para a narrativa do que foi a Minustah, a mais conhecida missão de paz por parte dos brasileiros.

3. A Minustah e os militares brasileiros

O Haiti é o país mais pobre das Américas, passou por ditaduras e golpes, assim como desastres naturais, como o terremoto ocorrido em 2010 que destruiu a capital Porto Príncipe.

> A existência de uma intervenção no país, a deslegitimação do Estado, a persistente situação de pobreza endêmica, as altas taxas de desemprego, a incapacidade de prover bens básicos de sobrevivência aos seus cidadãos e de protege-los contra violações de direitos humanos e contra a violência de gangues políticas, testemunham a favor de m estado de falência ou colapso. (VAZ, 2015, p. 74)

Em 29 de fevereiro de 2004, devido à instabilidade política e conflitos internos que provocaram o exílio do Presidente Haitiano Jean-Bertrand Aristide, o presidente interino Boniface Alexandre, pediu ajuda às Nações Unidas para conter a violência e o crescente caos no país. Eis o início do que veio a ser a missão de paz mais conhecida dentre os brasileiros.

O Conselho de Segurança da ONU, através da Resolução nº 1.542, aprovou uma operação de manutenção da paz no Haiti devido à crise social, política e econômica. A alegação do Conselho de Segurança para a aprovação foi ter considerado a situação haitiana "uma ameaça à paz e à segurança internacional e para a estabilidade do Caribe, especialmente porque ela poderia provocar um êxodo em direção a outros Estados da sub-região."

O período inicial da duração da Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti (Minustah) era de seis meses, podendo ser renovado, o que, de fato foi feito, tendo em vista que foi finalizada apenas em 2017. Como desafio, Vaz (2015, p. 94) conta que a Missão tinha que garantir a segurança e a estabilidade política necessárias para o processo eleitoral.

Há uma divergência a respeito da intenção do Brasil, mas que foge ao objeto do presente artigo. Quando sondado para tomar parte na missão que se preparava, o Brasil relutou, sugerindo que o embasamento fosse o Capítulo VI (construção da paz por meio da Solução Pacífica dos Litígios), em vez do Capítulo VII (imposição da Paz), até porque seria mais condizente com os princípios que balizam as relações internacionais brasileiras. Segundo Seitenfus (2014, p. 149), "para vencer as reticências brasileiras, foi proposto ao país assumir o comando da vertente militar."

Logo após a decisão do Conselho de Segurança da ONU a respeito da Missão de Paz, o Congresso Nacional brasileiro, através do Decreto Legislativo nº 207, publicado no Diário Oficial da União, em 20 de maio de 2004, decretou o início da Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti, MINUSTAH:

> Art. 1º - Fica autorizado o envio de contingente de 1.200 (mil e duzentos) militares brasileiros para a Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti (MINUSTAH).

> Parágrafo único. Ficam sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em modificação do referido contingente, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do inciso I do art. 49 da Constituição Federal, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Seitenfus (2014, p. 148) criticou o fundamento da Resolução nº 1.529 pois definiu um conflito político e constitucional de alcance doméstico, caracterizando-o como uma ameaça à paz regional, contudo, a falta de segurança e a devastação em um país faz com que seus nacionais queiram imigrar para outros países, logo, esse conflito, ainda que doméstico, ganhou patamar transfronteiriço.

O Brasil se destacou no âmbito das Nações Unidas com a Minustah. A presença dos soldados brasileiros foi fundamental à manutenção da paz em um País assolado pela guerra civil, ditadores e desastres ambientais. Sob o comando do General Augusto Heleno Ribeiro Pereira, "o efetivo autorizado para o contingente militar foi de 6.700 homens, oriundos dos seguintes países contribuintes: Argentina, Benin, Bolívia, Brasil, Canadá, Chade, Chile, Croácia, França, Jordânia, Nepal, Paraguai, Peru, Portugal, Turquia e Uruguai". Assim, o Brasil estava liderando uma tropa que incluía diversas nacionalidades.

Segundo a ONU, de 2004 a 2010, o Brasil manteve um contingente de 1.200 militares para diversas ações no Haiti, desde combater atos de terrorismo até limpeza das ruas das cidades. A partir do terremoto devastador em 2010 que atingiu o território haitiano, o exército brasileiro se empenhou nas ações sociais e na ajuda para recompor as cidades e a dignidade da população. Assim comentou o jornalista Rodrigo Alvarez:

> Sob qualquer ponto de vista, o terremoto que atingiu o Haiti no dia 12 de janeiro de 2010 teve proporções dantescas. E o que talvez mais chame atenção é que os sete graus da escala Richter não fariam dele um megaterremoto, não fosse a miséria em que já se encontrava o país, não fosse a precariedade das construções e das vidas haitianas, em condições subumanas ao longo de mais de quinhentos anos de história. (ALVAREZ, 2010, p. 27)

Durante as missões no Haiti, os militares brasileiros passaram por diversas provações, o referido terremoto matou inúmeras pessoas, incluindo soldados brasileiros, conforme dado extraído do site Defesanet:

> Durante o período que o Brasil esteve no Haiti, o país atravessou pelo menos três grandes catástrofes: furacão Mathew, em outubro do ano passado, causando cerca de 900 mortes; o terremoto, em 2010, que deixou mais de 200 mil mortos; e o surto de cólera, matando mais de 4,5 pessoas. O papel dos brasileiros foi imprescindível na ajuda humanitária nos eventos. (DEFESA.NET)

Ainda neste levantamento de informações presentes nesta matéria, destaca-se o serviço prestado pela FAB (Força Aérea Brasileira), a qual "realizou 36.028 procedimentos médicos e mais 1.145 cirurgias num prazo de pouco mais de quatro meses." Vale ressaltar que quando a Minustah foi implantada, ainda persistia a imagem ruim das forças armadas devido à Ditadura Militar, contudo, um dos legados para o Brasil foi a melhora da imagem do militar, que deixou de ser visto como um inimigo opressor, como um parceiro em prol dos direitos humanos.

Outro legado da MINUSTAH para o Brasil foi a humanização das forças armadas que a mídia trouxe à tona. De acordo com Tardin (2015, p. 128), "a foto no jornal de um oficial militar chorando a morte de seus subordinados por meio de uma tragédia natural pôde aproximá-lo da visão de um cidadão comum. Um civil pôde se identificar com esse militar que, como qualquer ser humano, sofre a perda de um amigo."

Um dos dados pouco divulgados a respeito da Minustah foi o fato de que no Brasil, existiu o Projeto de Lei nº 6784/2010, de autoria do Deputado Federal Talmir, do PV-SP, que tinha como objetivo incluir os nomes dos soldados, falecidos no terremoto de 2010, no Haiti, no Livro dos Heróis da Pátria, o qual foi arquivado "nos termos do artigo 105 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.[50]

50. Vale transcrever uma parte da justificativa do mencionado projeto de lei: "Esta ação, ao tempo de desperta em todos nós brasileiros um sentimento de extremo orgulho, legitimam a ação militar naquele País, engrandecendo a importância da Força de Paz e conferindo aos nossos representantes, o status de heróis. Assim a inscrição no Livro de Heróis da Pátria, do nome dos dezenove militares vitimados pelo terremoto de 12 de janeiro de 2010 no Haiti, reveste-se da mais alta relevância, em termos de reconhecimento,

Na defesa da paz e no trabalho para a manutenção da ordem no Haiti, os brasileiros ganharam, no dia 23 de agosto de 2017, uma medalha da ONU, após os 90 dias de missão de paz no território haitiano. Não que tenha sido perfeita, a Minustah foi acusada de alguns abusos, como morte de inocentes em favelas, tiroteio entre a Missão e criminosos haitianos, denúncias de exploração sexual de soldados cingaleses (VAZ, 2015, p. 122), entretanto, foi primordial ao Haiti, ao mostrar que a paz está estreitamente vinculada ao desenvolvimento.

Conclusão

Através desse artigo, é possível concluir que a Missão de Estabilização das Nações Unidas no Haiti teve impacto também no Brasil e que ela esteve alinhada aos princípios balizadores insculpidos na Constituição Federal de 1988, especialmente a prevalência dos direitos humanos, combate ao racismo e cooperação para o desenvolvimento.

No Haiti, a MINUSTAH cumpriu seu papel, pois deu o suporte necessário à nação haitiana, após anos de guerra civil política, eliminação de grupos armados e segregação racial, que impediam o bom andamento da máquina estatal que, mesmo com a intervenção da ONU dentro de sua alçada, entregou o Haiti aos haitianos com melhoras nunca antes adquiridas na história do país.

Os brasileiros, assim como na Segunda Guerra Mundial, militares ou civis tiveram um comportamento exemplar e fizeram o trabalho como deveria ser feito, arrancando elogios da comunidade internacional. Não que tudo tenha ocorrido perfeitamente, mas os brasileiros deram até mesmo as suas vidas por aquela nação que se viu ainda mais em apuros após o terremoto de 2010 que destruiu a capital Porto Príncipe. Isso fez com que a imagem do militar rival fosse diluída com a noção de que o militar pode ser um herói e um parceiro, algo fomentado, inclusive, pela mídia.

---

pelo que fizeram em vida, e pela ação dos nossos representantes na Força de Paz, como um todo." (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. *Projeto de Lei PL.6784/2010*. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao? idProposicao=465977 > Acesso em 27/03/2018.

Aos militares brasileiros, que participaram da MINUSTAH, ficaram os elogios da comunidade internacional, a designação de novas missões de paz e o agradecimento dos cidadãos do Haiti, que se empenharam, juntamente, com estes, para acolher os necessitados e tirar as muletas da democracia para que esse povo bravo, com uma história de luta justa, caminhe sozinho para fazer do Haiti um exemplo de país no Caribe.

Referências bibliográficas

ALVAREZ, Rodrigo. *Haiti, Depois do Inferno:* Memórias de um Repórter no Maior Terremoto do Século. São Paulo: Globo, 2010.

BATISTA. Vanessa Oliveira. La intervención humanitaria y el rol del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Anais do III Congresso Del Doctorado em Ciencias Juridicas. Pontifícia Universidad Javeriana, 19 a 20 de outubro de 2011.

CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL. *Projeto de Lei PL.6784/2010.* Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465977 > Acesso em 27/03/2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Las clausulas petreas de la protección internacional del ser humano. In.: *El sistema interamericano de protección de los derechos humanos em el umbral del siglo XXI.* 2 ed. San José de Costa Rica, 2003.

DEFESANET. *MINUSTAH – Seminário Confirma Sucesso de Missão das Nações Unidas.* Disponível em: http://www.defesanet.com.br/ph/noticia/27912/MINUSTAH---Seminario-confir ma-sucesso-do-Brasil-nos-13-anos-de-Missao-das-Nacoes-Unidas-p%E2%80%A6> Acesso em 27/03/2018.

LAFER, Celso. *A internacionalização dos Direitos Humanos.* São Paulo: Manole, 2005.

LEIS, Hector R. Cidadania e globalização: novos desafios para antigos problemas. In.: SCHERER-WARREN (org.). *Transformações sociais*

e dilemas da globalização: um diálogo Brasil/ Portugal. São Paulo: Cortez, 2002.

NAÇÕES UNIDAS. Paz e Segurança. Disponível em: https://nacoesunidas.org/acao/paz-e-seguranca/. Acesso em 09 de outubro de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional.* 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SEITENFUS, Ricardo. *Haiti*: dilemas e fracassos internacionais. Ijuí: Ed. Ijuí, 2014.

TARDIN, Elaine Borges. *O exército brasileiro no Haiti*: a reconstrução de uma imagem manchada pela Ditadura Militar. Curitiba: Appris, 2015.

VAZ, Anelise. *Muito além da paz:* a missão humanitária da ONU no Haiti. Curitiba: Appris, 2015.

A organização das nações unidas e a tutela da paz e da segurança internacional: uma visão a partir da teoria da sociedade do risco

Madson Anderson Corrêa Matos do Amaral

Introdução

Ao término da Segunda Guerra Mundial em 1945, três importantes eventos, motivados pelo cenário de conflito ocorreram: a assinatura da Carta da Organização das Nações Unidas (Carta da ONU); os bombardeios nucleares ao Japão, em Hiroshima e Nagasaki; e a celebração do Acordo sobre o Tribunal Penal Militar Internacional para a Punição de Crimes de Guerra. Tais eventos decorriam "de um projeto unitário: encerrar a guerra, punir os responsáveis por ela, e estabelecer as bases para uma nova comunidade internacional" (CASSESE, apud AMORIM, 2015, p. 41).

A Organização das Nações Unidas, criada em 26 de junho de 1945 ao final da Conferência das Nações Unidas sobre a Organização Internacional, estabeleceu seis órgãos principais: a Assembleia Geral, o Conselho de Segurança, o Conselho Econômico e Social, a Secretaria Geral, o Conselho de Tutela e a Corte Internacional de Justiça. Devendo todos funcionarem de forma harmoniosa, nos seus respectivos mandatos, funções e estrutu-

ras internas com o objetivo de "alcançar a manutenção da paz e da segurança internacional", além de buscar promover o desenvolvimento social e estabelecer uma relação amistosa de prevalência dos Direitos Humanos para toda comunidade internacional (AMORIM, 2015, p. 41).

Diante de tais acontecimentos, busca-se com a pesquisa abordar como a Organização das Nações Unidas têm trabalho no decorrer do tempo, objetivando a tutela da paz e da segurança internacional, além de abordar as principais conquistas e os maiores desafios a serem enfrentados, tendo por base o estudo da teoria da Sociedade do Risco de Ulrich Beck.

1. A paz e a segurança internacional como objetivos fundamentais da organização das nações unidas

A Organização das Nações Unidas (ONU) representa um marco jurídico fundamental na construção de uma nova comunidade internacional. Para Amorim (2015, p. 42) ela surgiu vocacionada à manutenção da paz e da segurança internacional, "através da adoção coletiva de medidas efetivas para evitar ameaças à paz, ou a sua ruptura, reprimir atos de agressão, buscar a solução pacífica de controvérsia" além de buscar "fomentar a cooperação internacional para a solução dos problemas econômicos, sociais, culturais e humanísticos da sociedade internacional", com o único objetivo de "promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais".

Na Carta da Organização das Nações Unidas, em seu preâmbulo ficou estabelecido que:

> Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que por duas vezes, no espaço de nossa vida, trouxe sofrimento indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a estabelecer condições sobre as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e outras fontes do direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. E, para tais fins, praticar a tolerância e viver em paz, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir nossas forças para manter a paz e a segurança

> internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, a emprega um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução de tais objetivos (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Para Amorim (2015, p. 43) a Carta das Nações representa um significado ainda maior, segundo o autor:

> A intenção de deixar claros estes objetivos é de que a organização perseguiria propósitos políticos – ainda que através do desenvolvimento e do estabelecimento de normas jurídicas -, sem, torná-la prisioneira de um tecnismo jurídico e de questiúnculas hermenêuticas que engessam a realização de seus propósitos, visava prevenir de um lado, um enrijecimento excessivo das relações entre os Estados, pela disposição de normas jurídicas restritivas com objetivos utópicos ou de difícil cumprimento integral imediato – o que poderia levar a mais uma ruptura destas relações, exemplo do que ocorrera nos acontecimentos que precipitaram os dois conflitos mundiais -, e, de outro, promover um sistema baseado na responsabilidade coletiva e na proibição do uso da força, como vetores fundamentais para alcance de seu objetivo maior: a manutenção da paz e segurança internacional.

Na opinião de Antonio Cassese (2004, p. 320) acerca da matéria, discorre que: "talvez fosse melhor pensar que, diante de dois métodos radicalmente opostos para a solução de disputas ou tensões, '*balas*' ou '*palavras*', a opção mais corajosa a se adotar fosse essa última, ainda que, entretanto, a primeira fosse continuar a existir".

A Carta das Nações Unidas deixa claro e evidente sua intenção que é dar início a uma nova era, "onde *guerra* fosse proibida como instrumento de política estatal, e suas regras sobre *segurança coletiva* fossem adotadas integralmente como conduta geral de seus membros (AMORIM, 2015, p. 43).

Conforme, estabelecido no artigo 2º da Carta da ONU, na qual, dentre os propósitos da organização e de seus membros estão:

> a) Agir segundo o princípio da igualdade soberana entre os Estados;

> b) Cumprir de boa-fé os compromissos por ele assumidos segundo os preceitos estabelecidos no tratado constitutivo da organização,
>
> c) Resolver todas as controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo a não ameaçar a paz, a segurança e a justiça internacional;
>
> d) Evitar, em suas relações internacionais, a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a independência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os propósitos das Nações Unidas; (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945)

Além disso, a Carta das Nações Unidas, estabelece nos seus capítulos VI e VII, não apenas "normas e procedimentos para a solução pacífica de controvérsias", mas também "ações necessárias para lidar com rupturas, ou ameaças de rupturas, à paz e à segurança internacionais e atos de agressão". Afim de se alcançar tal objetivo, foi criado um órgão específico com competência primária para manutenção da paz e da segurança, chamado Conselho de Segurança, com expresso poder de delegação e ação dos Estados membros. O Conselho de se segurança possui ainda competência "para estabelecer sanções que impliquem ou não, no uso da força", quando verificar a existência de qualquer ato que comprometa a paz (AMORIM, 2015, p. 43).

É importante destacar ainda que:

> Atualmente, a Carta da ONU é um tratado ao qual está obrigada a maioria quase que absoluta dos Estados do Planeta, e é esta universalidade a principal característica que lhe confere contornos distintivos em relação aos demais tratados e permite que se dê caráter "quase-constitucional" às suas disposições, principalmente em relação à importância e à relevância de seus objetivos principais, à supremacia de suas disposições ante quaisquer outros tratados a à adaptabilidade que lhe foi conferida pela construção prática de seus órgãos ao longo dos anos – sobretudo diante de circunstâncias inéditas quando de sua elaboração (AMORIM, 2015, p. 44).

Na concepção de Thomas Frank (apud, AMORIM, 2015, p. 44), o que emerge "do amplo legado de debates registrados e de decisões dos prin-

cipais órgãos políticos [da organização] é que eles tendem a tratar a Carta não como uma fórmula estática, mas como um instrumento constitutivo capaz de crescimento orgânico".

A Cara da ONU de 1945 funciona como uma espécie de "constituição global", na qual, foi responsável por "uma transformação profunda da ordem jurídica internacional, ao simbolizar o nascimento de um novo paradigma do direito internacional público". Além disso, o texto renova o repertório jurídico no plano internacional. Bem como, estabelece "uma ordem pública entre as nações, ao positivar como invioláveis certos valores tidos como imprescindíveis à vida social". Sendo um Tratado constitutivo de uma organização internacional, tal regulamento da ONU, é considerada uma norma internacional convencional, "destinada a criação de uma pessoas jurídica de direito internacional", sem a intenção de tornar-se o "documento fundamental de criação de uma federação global, ou de um super - estado ou de um governo mundial suprartes", segundo a opinião de Amorim (2015, p. 45), destacando ainda que:

> Por outro lado, a Carta também se distingue dos demais textos normativos de direito internacional não apenas pelos direitos e obrigações que estabelece, mas pela criação de órgão vocacionados à implementação destes direitos, com mandato específico para tal.
>
> Além disso, as peculiaridades de seus propósitos e as razões e o contexto de sua elaboração conferem à Carta da ONU caráter único em relação aos demais tratados, atribuindo-lhe assim um caráter "quase-constitucional".

Destarte, os Estados como principais atores internacionais, apesar de, jamais terem estabelecido de modo consciente e voluntário um rol de princípios e normas "constitucionais" para regulamentar a governança global, acabaram dentro desta formulação de um quadro normativo mínimo, estabelecendo valores e princípios internacionais, que vêm se moldando aos longos nos anos, fazendo com que a Carta das Nações Unidas, ganhasse caráter de norma constitutiva a ser aplicada a toda comunidade internacional, em especial, no que se refere a manutenção da paz e da segurança (TOMUSCHAT, apud AMORIN, 2015, p. 45).

Ainda sobre a matéria Cristian Tomuschat (apud, Amorim, 2015, p. 45) revela que:

> Tem se tornado óbvio nos anos recentes que a Carta [da ONU] não é nada mais do que a constituição da comunidade internacional [...]. Agora que a universalidade foi alcançada, ela se apresenta como o instrumento mais importante da comunidade internacional, sem comparação a qualquer outro acordo internacional.

Por meio da Carta de 1945, a ONU distribuiu ainda competências aos seus mais diversos órgãos, necessários ao cumprimento dos seus respectivos mandatos, segundo Amorim (2015, p. 46) a Carta elencou "os direitos e deveres de seus membros, os valores e princípios fundamentais que devem pautar suas atividades e a conduta de seus membros, os objetivos que devem ser obrigatoriamente perseguidos e os procedimentos para a integração", bem como a cooperação de todos os seus membros,

Para Pierre – Marie Dupuy (apud, AMORIM, 2015, p. 46) a Carta da ONU, "representa um projeto político e um compromisso legal para seus membros, bem como um tratado obrigatório e um ambicioso programa de cooperação, além de um acordo elementar para a comunidade internacional e a constituição global".

Sobre a matéria Érica De Wet, discorre que:

> No direito interno a constituição é de suma importância para qualquer membro da comunidade social que ele governa. Ele vincula todos os órgãos estatais e membros da sociedade e determina a hierarquia das normas, no topo da qual estão os princípios que pertencem à constituição. Devido à composição quase universal da Organização das Nações Unidas e ao fato de que seus princípios básicos são aceitos pelos poucos não membros, o quadro normativo consagrado na Carta constitui a constituição da ordem jurídica internacional (apud, AMORIM, 2015, p. 46).

2 A paz e a segurança internacional a partir da teoria da sociedade do risco de ulrich beck

Dentre os mais diversos acontecimentos que se seguiram com o término da Guerra Fria, em diversas partes do Planeta, "serviram para

fazer germinar, de forma mais vigorosa, a constatação de que questões sociais e a ação ou omissão do Estado, em relação à violação de direitos humanos", podem acarretar em fatores de "ameaça à paz e a segurança internacional". Ainda segundo Amorim (2015, p. 59) somados a isso está a evolução e a sistematização do "processo de reconstrução dos direitos e de liberdades individuais – realizadas nas relações internacionais a partir da segunda guerra mundial e capitaneadas pela ONU-, estabelecendo-se assim um desafio crítico à ênfase estatal no discurso sobre segurança".

Sobre a matéria João Amorim (2015, p.59) destaca que:

> Este processo, jacente e latente nas relações internacionais, mesmo durante a guerra fria, levou à consolidação do entendimento dos direitos humanos como valor, como *ethos*, fundamental da sociedade internacional e como condicionante da paz e da segurança internacionais.
>
> *O término da guerra fria removeu a grossa tampa do bueiro que encobria a diversidade de problemas e tensões sociais, étnicas e políticas e econômicas que a disputa ideológica bipolar e o processo histórico sufocam*, e trouxe à luz a possibilidade de discussão e dos arranjos necessários ao redimensionamento do discurso em torno da segurança internacional, de modo a deslocar o foco da visão tradicional – centralizada na figura do Estado – para uma perspectiva que contemplasse o ser humano como figura central das preocupações e ações relacionadas à segurança.
>
> O início da ampliação da noção e dos contornos da segurança, no sentido de compatibilizar sua dimensão com as regras do sistema internacional de proteção da pessoa humana, coincidiu com um período de rápido crescimento do número de conflitos internos, incidentes e crises humanitárias no mundo, que capturam a atenção internacional em relação às necessidades de segurança das pessoas.
>
> [...]
>
> *O resultado direto disto foi a emergência do conceito de segurança humana e o começo da adaptação de normas, procedimentos e da prática internacional – principalmente dentro da ONU – a este conceito* (Grifo do autor).

É notório que a partir da década de 1990, a relação entre desenvolvimento e segurança passaram a ser discutidos e abordados diretamente, em nível político, nas relações internacionais, conforme afirma Amorim (2015, p. 60), bem como a questão da segurança que passou a ser analisada não apenas pela perspectiva das medidas adotadas a partir de suas consequências, mas, também da análise de suas causas.

Ainda sobre a matéria Robert Picciot, Funmi Olonisakin e Michale Clarke, discorrem que:

> No cenário alterado da era pós-guerra fria, a comunidade internacional vem (sic) buscando alcançar formas de aproximar cada vez mais [as discussões sobre a relação entre] segurança e desenvolvimento. Numa época de interdependência e mudanças rápidas, o que acontece fora das fronteiras afeta o que acontece dentro. A recíproca é também verdadeira: os problemas dos outros se tornaram os nossos. Em busca de certeza, políticas de segurança e de desenvolvimento buscam objetivos compensadores. A redução da pobreza é um objetivo nobre e a segurança dos cidadãos é propósito central dos Estados. [...] . Dessa forma, enfrentar ameaças, gerenciar riscos e construir competências em Estados vulneráveis têm se tornado prioridades políticas para a segurança, assim como para o desenvolvimento (apud, Amorim, 2015, p. 60)

Já no ano de 1992, pela primeira vez, em uma reunião com chefes de Estado e de Governo, o Conselho de Segurança da ONU, reconheceu que "a ausência da guerra e de conflitos armados entre o Estados não garante, por si, paz e segurança internacionais", além disso afirmou que "as fontes não militares de instabilidade nas áreas econômicas, social, humanitária e ambiental tornaram-se ameaças à paz e à seguranças internacionais". A necessidade de apresentar um relatório com análises e recomendações com o objetivo de se estabelecer formas mais eficientes para as ações da ONU em relação à diplomacia preventiva e à manutenção da paz, gerou em 17 de junho de 1992, um relatório intitulado *An Agenda for Peace: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-Building*, reconhecendo que:

> O conceito de paz é fácil de se aprender; o de segurança internacional já é mais complexo, uma vez que uma série de contradições

> têm surgido ao seu redor. No momento em que potências nucleares começam a negociar acordos de redução de armamentos, a proliferação de armas de destruição em massa ameaça se ampliar e armas convencionais continuam a se acumular em diversas regiões do planeta. À medida que o racismo é reconhecido pela sua força destrutiva e o regime do apartheid está sendo removido, novas tensões raciais estão surgindo e encontrando sua expressão de violência. Os avanços tecnológicos estão alterando a qualidade e a expectativa de vida em todas as partes do globo. A revolução nas comunicações uniu o mundo em conscientização, em aspirações e em grande solidariedade com as injustiças. *Mas, o progresso também traz novos riscos à estabilidade: danos ambientais, desagregação das famílias, grande violação da privacidade na vida e nos direitos dos indivíduos.* Esta nova dimensão de insegurança não pode conduzir ao acobertamento dos problemas devastadores e contínuos do crescimento populacional descontrolado, dívidas esmagadoras, barreiras ao comércio, drogas e o crescente distanciamento entre ricos e pobres. Pobreza, fome, doenças opressão e desespero são abundantes [...]. Estas são tanto causas quanto consequências de conflitos que demandam a atenção incessante e a mais alta prioridade da ONU. *Uma camada de ozônio porosa pode representar uma ameaça maior à população afetada do que um exército inimigo. A seca e a doença podem dizimar tão impiedosamente quanto as armas de guerra. Por isso, neste momento de renovada oportunidade, os esforços da ONU para a construção da paz, estabilidade e segurança devem compreender questões além das ameaças militares, de modo a quebrar as causas de conflito e da guerra que caracterizam o passado.*

Em relação a segurança humana, seu conceito tem caráter integrador, reconhecendo a universalidade da vida, embutido na noção de solidariedade entre os povos. Além disso, detêm componentes essenciais que são: a liberdade do querer (*freedom from want*) e liberdade do medo (*freedom from fear*). "Ambas já estavam reconhecidas no direito internacional, ao menos desde a celebração da Carta da ONU, contudo, a *liberdade do medo* acabou recebendo atenção primordial", em decorrência da situação política da época, e que de seta forma perdura até os dias atuais (AMORIM, 2015, p.64).

Sobre este fato, o Relatório do Desenvolvimento Humano, de 1994, listou ais ameaças à segurança humana, contudo, na opinião de Amorim (2015, p.65) ela pode ser compartimentalizada em sete categorias delinea-

das: Segurança Econômica; Segurança Alimentar; Segurança Ambiental; Segurança Pessoal; Segurança Comunitária e Segurança Política.

Seguindo esta linha de raciocínio, em 2005, o Secretário Geral das Nações Unidas à Assembleia Geral, em seu relatório intitulado *In a Larger Freedom – Towards Security, Development and Human Rights for All*, embasado nas conclusões da Comissão Internacional sobre Intervenção e Soberania Estatal e no relatório do Painel de Alto Nível sobre Ameaças, Desafios e Mudança, afirmou que há uma "norma emergente sobre a existência de uma responsabilidade internacional coletiva de proteção", na qual, segundo ele, todos "nós devemos adotar a responsabilidade de proteção, e quando necessário, agir com base nela", Amorim (2015, p. 68) explica ainda que a responsabilidade está para todos os Estados, sendo este, o fator primordial para todas as ações a serem adotadas.

Diante do que foi falado até aqui, verifica-se que a obsolescência da sociedade, provocou o surgimento da sociedade do risco. A era moderna, podemos afirmar que iniciou de forma inconsequente, ao não monitorar os seus mecanismos de desenvolvimento, vem como prevê os riscos decorrentes.

Neste sentido Beck, Giddens e Lash (1997, p.17) destacam que:

> [...] autolimitação daquele desenvolvimento, assim como na tarefa de redeterminar os padrões (de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição do ano) atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais. Entretanto, o problema que aqui se coloca é o fato de estes últimos não somente escaparem à percepção sensorial e excederem à nossa imaginação, mas também não podemos ser determinados pela ciência.

Desta forma, certifica-se que a sociedade do risco se refere:

> [...] a algo mais que o simples fato de que avida social moderna introduz novas formas de perigo que a humanidade terá que enfrentar. Viver na "sociedade de risco" significa viver com uma atitude calculista em relação às possibilidades de ação, positivas e negativas, com que somos continuamente confrontados, como individuo e globalmente em nossa existência social contemporânea (GIDDENS, 2002, p. 33).

Ainda sobre esta situação, Luhmann (2006, p.6) destaca que quando se busca a definição do conceito de risco, a sociedade imediatamente, "encontra-se envolta por um nevoeiro, o qual a torna incapaz de ver além de seu para choque dianteiro".

Para Ulrich Beck (2002, p. 14) em sua concepção, destaca que os riscos "começam quando a nossa confiança na segurança deixa de ser relevante diante de uma situação de catástrofe iminente. O conceito de risco, portanto, caracteriza-se como um estado intermediário peculiar entre segurança e destruição"; para o autor, a percepção dos riscos e a ameaça provocada, determina o nosso pensamento e ação.

Diante da insegurança e da imprevisibilidade presente, não podemos deixar de associar a sociedade do risco também, as ameaças futuras. Uma vez que, se trata de uma "dinâmica estimuladora de uma sociedade empenhada na mudança, apostada em determinar o seu próprio futuro, em vez de depender da religião, da tradição e dos caprichos da natureza" (GIDDENS, 2000, p.33).

Desta forma, os riscos não se limitam apenas por danos já constatados, mas também a danos futuros, conforme explica Ulrich Beck (2010, p.39):

> [...] neles, exprime-se sobretudo um componente futuro. Este se baseia na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto "amplificador do risco". Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje.

Verifica-se, portanto que os riscos reportam-se a "causalidades futuras associadas a práticas do presente, referem-se às ameaças determinadas na atualidade em razão de probabilidades futuras" (SERRAGLIO, 2014, p. 39).

Para Rafaelle de Giorgi (1994, p.45) trata-se "de uma modalidade da relação com o futuro, é uma forma de determinação das indeterminações segundo a diferença de probabilidade/improbabilidade".

Assim, os ricos para Ulrich Beck (1998, p.11-12):

> [...] incluem e combinam política, ética, matemática, meios de comunicação, tecnologias, assim como definições e preceitos cul-

> turais. [...] o risco é uma forma de controle ou, poder-se-ia dizer, colonizar o futuro. Eventos que (ainda) não existem influenciam, profundamente, as atividades e ações do presente. Inobstante sejam virtuais, são reais, fazem parte da realidade.

Neste sentido, a "nossa época não é mais perigosa – não é mais arriscada – do que épocas anteriores, mas o equilíbrio entre riscos e perigos criados por nós são tão ameaçadores, ou mais, do que os perigos que não são exteriores (GIDDENS, 2000, p.41). Conforme exemplifica Luhmann (2006, p.88):

> [...] as incertezas fabricadas significam, agora, que o risco se tornou inevitável na vida humana, na qual todos o enfrentam de forma desconhecida e incalculável. O termo "risco" passa a ser sinônimo de ninguém "sabe". O homem não opta por assumir riscos, simplesmente se submete e eles. Vive-se em uma fronteira – em uma sociedade de risco – da qual ninguém pode escapar. A nossa sociedade encontra-se repleta de riscos aleatórios.

Ainda sobre a sociedade do risco, Luhmann (2006, p.88) destaca que:

> [...] quanto mais a sociedade aprende, mais consciência de que pouco sabe tem, e nesse sentido, mais aprofundada a consciência acerca do risco se torna. Quanto mais complexa é a análise dos fatos, mais aspectos que envolvem um futuro incerto emergem. Partindo-se desse ponto de vista, não é de se estranhar que as perspectivas que permeiam os riscos tenham se desenvolvido em conjunto com a especialização da ciência. Os riscos da sociedade hodierna não são apenas um produto da percepção das consequências das conquistas tecnológicas, mas sobretudo, da expansão das responsabilidades de investigação e do conhecimento.

A sociedade do risco busca, portanto, negar a existência de ameaças imprevisíveis. Fato este que vêm sendo combatido pela Organização das Nações Unidas (ONU) por meio de políticas de promoção da paz e da segurança internacional, bem como por seus regulamentos.

Conclusão

Diante do que foi analisado no decorrer da pesquisa podemos afirmar que a sociedade do risco coloca em evidência e em consideração as ameaças invisíveis produzidas.

As instituições, no caso da ONU, são obrigadas a (re)conhecer a existência de ameaças à paz e à segurança internacional. E desta forma criam mecanismos capazes de desviar tais preocupações do cotidiano humano, "controlando", assim, suas indeterminações.

A Organização das Nações Unidas por meio de instrumentos e estratégias vêm buscando normalizar e diminuir o nível de risco produzido. Uma vez que, os riscos permeiam atualidade, fazendo com que a própria sociedade seja descrita como sociedade do risco.

Referências

AMORIM, João Alberto Alves. **A ONU e o meio ambiente**: direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional. Ed. Atlas, 2015.

BECK, U.; GIDDENS, A.; LASH, S. **Modernização reflexiva**: política, tradição e estética na ordem social moderna. São Paulo: UNESP, 1997.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo global**. Madrid: Siglo XXI de España, 2002.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: ruma a uma outra modernidade. São Paulo: Editora 34, 2010.

CASESE, Antonio. **International Law**. 2 ed. New York: Oxford University Press, 2004.

DE WET, Érica. **The Chapter VII Powers of the United Nations Security Coucil**. London: Hart, 2004.

DUPUY, Pierre – Marie. **The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited**. Max Planck Yearbook of United Nations Law, 1997.

FRANCK, Thomas M. **Recourse to Force** – State Action Against Theats and Armed Attacks. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

GIDDENS, A. **Modernidade e identidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

GIDDENS, A. **O mundo na era da globalização**. São Paulo: Editora Presença, 2000.

LUHMANN, N. **Risk**: A sociological theory. Londres: Aldnine Transaction, 2006.

ONU. ***An Agenda for Peace**: Preventive Diplomacy, Peacemaking and Peace-Building*. Disponível em: <http://www.un-documents.net/a47-277.htm>. Acesso em 2 out. 2018.

ONU. **Carta da Organização das Nações Unidas de 1945**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/carta/>. Acesso em 30 set. 2018.

PICCIOTO, Robert; OLONISAKIN, Funmi; Clarke, Michael. **Global Development and Human Security**. New Jersey: Transaction, 2007.

SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional**: uma leitura a partir da teoria da sociedade do risco. Ciritiba: Juruá, 2014.

TOMUSCHAT, Christian. **Obligations Arising for States Without or Against Their Will**. RCADI, vol. 235, 1993.

A concepção contemporânea de soberania e a proteção jurídica internacional para refugiados

Rute Oliveira Passos
Nivaldo Souza Santos Filho
Flávia Moreira Guimarães Pessoa

Introdução

O debate sobre a soberania como instituto jurídico no campo do Direito Internacional nunca se obteve uma conclusão unânime, em razão da própria sistemática global impedir respostas uniformes aplicáveis a imensa diversidade proposta pelos entes da comunidade internacional. Diante disso, não faltam esforços para que, oportunamente retomem-se as discussões a respeito de como a soberania está postulada contemporaneamente e se seu reconhecimento é aplicável às relações jurídicas existentes.

Nesse contexto, o presente estudo atende a uma análise teórica da evolução conceitual da soberania e o efetivo reconhecimento do Direito Internacional dos Refugiados. Nesse sentido, considerando que a iminente crise dos refugiados no mundo está atrelada a fenômenos conjunturais que envolvem especificamente a incidência de uma soberania absoluta, em que a atuação estatal se mostra ilimitada frente as necessidades que a sistemática de proteção a pessoa humana requer de cada

Estado. Assim, compreende-se ser indispensável observar a partir de uma perspectiva cosmopolita, o comportamento dos Estados perante o sistema internacional do refúgio.

Compreende-se que os marcos surgidos a partir das guerras mundiais, evoluíram o conceito de soberania, partindo de uma concepção de reconhecimento dos Direitos Humanos e sua ressignificação. Ao momento em que a comunidade internacional percebeu a impossibilidade dos estados soberanos lidarem com os diretos humanos em uma perspectiva doméstica, necessário de fez, adotar um sistema internacional para a sua proteção, reconhecendo então, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Pactos dela advindos. A partir de então, pode-se considerar a existência de uma limitação à soberania estatal frente as perspectivas de proteção do indivíduo perante a comunidade global.

Todavia, analisando a situação que envolve a crise humanitária dos refugiados contemporaneamente, questiona-se até que ponto a soberania absoluta tida como ultrapassada tem sido presente das relações jurídica internacionais, tendo em vista, que a soberania nesse contexto, pode tanto favorecer as mazelas que influenciam os principais fluxos de refugiados no mundo, assim como também, induzem a perpetuação do limbo imposto às pessoas em situação de refúgio, em que não há disposição para reconhecer os seus direitos nem aceita-las dentro de determinados territórios.

Desse modo, para o desenvolvimento desse estudo, dividiu-se o trabalho em uma análise geral da proteção jurídica internacional para refugiados, partindo da sua evolução histórica até a forma no qual está postulada contemporaneamente, elucidando a participação dos estados soberanos em voluntariamente se obrigarem a reconhecer o direito internacional dos refugiados. Em seguida analisa-se as diversas concepções de soberania, a saber, a soberania absoluta, relativa e a soberania absoluta limitada, analisando, em qual dessas concepções, há um devido equilíbrio entre o exercício da soberania estatal e o reconhecimento no plano prático do direito internacional dos direitos humanos para refugiados.

1. As soberanias: externa, abosluta, relativa e absoluta limitada

Ao tratar do Direito Internacional dos Refugiados, indissociavelmente tratamos do instituto da "soberania externa", denominada por Ferra-

jolli (2002), como aquela que se encontra como prerrogativa do Estado na esfera internacional, que em linhas gerais tem o seu principal aspecto determinado pela a não ingerência de qualquer ente da comunidade internacional em seus assuntos internos. Em se tratando de uma da proteção jurídica do indivíduo em situação de refúgio, o território é o elemento do Estado alvo da busca de refúgio, de modo que, o seu controle é exercido através das próprias prerrogativas decorrentes da soberania.

No entanto, há uma linha tênue entre o exercício da soberania e o respeito aos Direitos Humanos, quando no seu próprio exercício o país celebra tratados internacionais que lhe impõem direitos e deveres a serem cumpridos, seja perante a própria ordem internacional, seja perante o seu povo. A problemática se apresenta, quando, do mesmo modo que o Estado tem o dever de proteger seus cidadãos, deve trazer para a efetivação dos Direitos Humanos a sua proteção, que vai além da proteção apenas do seu nacional.

A soberania como elementar da composição de um Estado, possui inerentemente características complexas, justificando assim, a infindável discussão da sua existência e aplicação no Direito Internacional, sendo que até então, existem várias vertentes que discutem a sua concepção absoluta ou relativa. Assim, conforme preleciona Celso de Mello (1994) a soberania ou independência é muitas vezes difícil de ser determinada e na prática deve ser feita uma análise de cada caso. Do mesmo modo, Ferrajoli (2002) aponta que "a parábola da soberania está longe de ser concluída", exemplificando que "mesmo a Organização das Nações Unidas, não obstante sua inspiração e sua aspiração universalista, continua, não só no plano factual, mas também no plano jurídico a ser condicionada pelo princípio da soberania dos Estados".

Analisando o instituto da soberania em relação ao direito e proteção internacional dos Refugiados, verifica-se que, sua atuação decorre do respeito aos Direitos Humanos, estes, enviesados pelas Declarações e Tratados Internacionais. No entanto, sopesada aos interesses políticos internos nos Estados, se verifica a predominância de uma supervalorização equivocada ao que se entende como bem-estar social do Estado que envolve os aspectos principalmente socioeconômicos, como também fazendo sempre alusão à segurança nacional.

Ferrajoli (2002) coloca ponto bastante intrigante no que diz respeito à soberania, defendendo que quando posta frente à universalização dos

Direitos Humanos, seu reconhecimento interno, restringe a sua aplicação no Direito Internacional. Assim, explica de que forma os direitos fundamentais foram reconhecidos na esfera internacional e nacional através da Declaração universal de 1948, tendo especificamente sua base sustentada pela igualdade de todas as pessoas. Contudo, ao invés de proceder a universalização em toda a esfera global, o que se pôde verificar foi que o " 'universo' jurídico-positivo com o do ordenamento interno do Estados, os direitos do 'homem' acabam de fato por se achar sobre os direitos do "cidadão". Ou seja, "a cidadania, enquanto internamente representa a base da igualdade, externamente age como privilégio e como fonte de discriminação contra os não cidadãos".

Desse modo, verifica-se que na prática, o que ocorre é a atribuição do uso da soberania para aplicar os instrumentos internacionais no espectro doméstico, de forma a favorecer seus cidadãos, como defesa dos seus direitos, sendo a principal justificativa para o não reconhecimento do Direito Internacional dos Refugiados. Assim, depare-se até mesmo com o questionamento se soberania relativizada pelos instrumentos internacionais está colocada apenas para atender os interesses de cidadãos de determinado território, ou partindo de uma perspectiva global de proteção da pessoa humana.

Nesse diapasão, busca-se analisar o instituto da soberania como prerrogativa estatal, não como limitadora ao exercício dos Direitos Humanos, em específico o Direito Internacional dos Refugiados, mas sim, como instrumento que valida a sua atuação, desde que, com intenções protetivas e não meramente declaratórias e políticas. Isso, levando-se em consideração que atual crise passada pela humanidade em relação aos refugiados, diz respeito não a ausência de regulamentação de proteção a esses direitos, mas ao seu efetivo cumprimento. Aduz Mahlke[51] que "apesar da existência de normas internacionais sobre refúgios, quando se observa sua implementação, constata-se que o que existe é um arranjo fragmentado de inciativas nacionais", causando uma inefetividade do sistema de proteção.

51. MAHLKE, Helisane. **Desafios a consolidação do Sistema Internacional de Proteção aos Refugiados**. Disponível em: < https://www.academia.edu/21416339/_Desafios_%C3%A0_Consolida%C3%A7%C3%A3o_do_Sistema_Internacional_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_aos_Refugiados_>. Acesso em: 22. Set. 2018.

Acredita-se dessa forma que, seja esse o cerne da complexibilidade que envolve o Direito Internacional, e que, longe está de uma solução satisfatória. Inclusive, em se tratando especificamente do Direito Internacional dos Refugiados, no qual, "apesar de ser um fato do cenário internacional, verifica-se, atualmente, que não há um instrumento internacional amplo o qual regule a conduta dos Estados a respeito de todas as variáveis existentes na migração". (APOLINÁRIO, JUBILUT, 2010, p. 277). Nesse sentido, entende-se necessário verificar de que forma o conceito de soberania sofreu modificação no seu reconhecimento internacional pelos Estados com o passar dos anos, a fim de observar como ela se encontra reconhecida hodiernamente e se postula em equilíbrio com a sistemática proteção internacional dos direitos humanos para refugiados.

Após o episódio do atentado terrorista de 11 de setembro de 2011[52] os Estados voltaram suas atenções para as questões da segurança nacional. Nesse mesmo sentido, retomam-se as discussões a respeito do exercício da soberania, sendo importante para o presente estudo elucidar quais os conceitos anteriormente discutidos. Segundo Oliveira (2006), "o conceito de soberania apareceu em um momento histórico específico, apresentando características que, com o passar dos séculos, incorporaram novos elementos", sendo que, a análise do seu conceito deve permear as condições históricas a ela atreladas, como se deve fazer com qualquer instituto jurídico.

Perpassando os auspícios da idade média o instituto da soberania era utilizado de forma distinta do que se se utilizou no século XVI, mudando seu significado na Idade Moderna[53]. Perceba-se distintamente da forma

52. "Torna-se muito fácil, sobretudo após 11 de setembro, justificar a superioridade do valor da segurança sobre o restante dos valores que inspiram os direitos humanos. E, mais fácil ainda, atribuir, ao imigrante ou ao diferente, a responsabilidade, transformando-os em um "bode expiatório" no qual situamos nossas frustrações e nossa incapacidade política para resolver os problemas da delinqüência organizada, assim como os problemas derivados dos débeis sistemas de pensão (previdência) que nos asseguram um futuro incerto e problemático. O populismo de extrema direita nutre-se dessas incapacidades do Estado de Direito. Contra essa tendência, devemos reconhecer, primeiro, o papel benéfico que em todas as épocas históricas supuseram as migrações, as mesclas, as mestiçagens. E, segundo, fazer chegar à opinião pública as vantagens laborais, fiscais e culturais que a imigração é capaz de produzir. " (FLORES, 2002, p. 25).

53. OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **O conceito de soberania perante a globalização**. Revista CEJ, v. 10, n. 32, p. 80-88, 2006.

como será interpretado no século XVI, a noção de soberano que qualificava a pessoa do rei passa, na Idade Moderna, a caracterizar o Estado moderno, apresentando novo significado.[54]

Jean Bodin em seus seis livros da República, foi o pioneiro a sistematizar a soberania estatal como atribuição do poder divino, por isso, justificando-a como sendo absoluta, com características de perpetuabilidade e ilimitabilidade. Contudo, pode-se compreender que na sistemática jurídica internacional, a soberania pode não mais ter suas concepções colocadas como puramente absoluta, porque diante de uma conjuntura política, partindo dos aspectos morais, os estados estariam mal vistos, agindo de forma deliberada ao seu alvedrio. Por isso, muitos justificam a impossibilidade de se conceber uma soberania absoluta contemporaneamente. Contudo, tal posicionamento ignora o fato de que, é uma escolha do Estado soberano, agir de acordo a moral da comunidade internacional ou não, tal situação não está ligada a nenhum imperativo a qual o Estado se encontre subordinado.

A "Paz de Westfália" como marco jurídico para a soberania favoreceu as estruturas do Estado a fim de protege-lo contra a ingerência de outros entes, considerados inclusive, mais fortes na conjuntura internacional. Porém, ao passo que estabelece limites para a ingerência, abre margem para a atuação deliberada do Estado no seu próprio território. O que decorre em situações em que o poder soberano estatal, através dessa prerrogativa sustenta violências estruturais consequentes em graves violações de direitos humanos, o que em geral, sustenta a iminente crise de refugiados no mundo.

54. Para esse momento apresentativo, importa a informação prévia de que os conceitos de soberania variam sobremaneira dependendo da ótica de quem os constroem. Parte da doutrina se refere à soberania como um poder do Estado, enquanto outros preferem tratá-la como a "qualidade" do poder do Estado. De outro modo é o conceito normativista de Hans Kelsen, que concebe a soberania como expressão da unidade de uma ordem. Para Miguel Reale a soberania é uma qualidade essencial do Estado, enquanto que para Georg Jellinek a soberania é qualificada como nota essencial do poder do Estado. Já Orest Ranelletti faz uma distinção entre a soberania de império e a soberania qualitativa, explicando que no significado de poder de império traduz-se como elemento essencial do Estado, não podendo faltar, o que não acontece com a soberania com o sentido de qualidade do Estado, podendo ser dispensada, entendimento que coincide com a observação de Georg Jellinek de que o Estado Medieval não apresentava essa qualidade (TAIAR, 2009).

Por outro lado, aqueles que conseguem romper as fronteiras dos territórios de seus países de origem em busca de refúgio em outro Estado, por não poder valer-se da proteção do seu próprio estado-nação, se depara com a soberania absoluta, quando, por razões insustentáveis no plano jurídico, enrijece suas políticas migratórias a fim de evitar qualquer proximidade de quem quer que seja, como imigrante ou como requerente de refúgio ou asilo. Levando-se muito em conta o fato de que, as políticas migratórias instituídas para proteção contra imigrações ilegais, afetam mais solicitantes de refúgio que fogem de iminentes perseguições e violações dos direitos humanos, do que propriamente aqueles que buscam uma nacionalidade irregular sem estar incluídos dentro dos pressupostos que caracteriza a situação de refúgio.

2. Soberania e direitos humanos para refugiados no mesmo plano reconhecimento jurídico

Conforme Taiar (2009) discute, a soberania absoluta não há de ser confundida com a soberania ilimitada. Ou seja, suas características de unidade e indivisibilidade, que propõe para um único território uma única autoridade do qual decorre o poder, não podendo sofrer interferências externas, a sua existência está *per si*, limitada a própria administração local e obrigações no plano internacional, do qual voluntariamente se dispõe a submissão. Nesse aspecto, é que se insere o debate em que, como no plano prático a limitação da soberania pode ser provada e admitida pelos próprios Estados. Ou seja, "a dificuldade está no estabelecimento prático de um equilíbrio sensível entre as necessidades dos Estados soberanos individuais e a comunidade internacional dos Estados". (TAIAR, 2009, p. 74). E é exatamente esse equilíbrio exigido pela proteção internacional dos Direitos Humanos para Refugiados e que no plano prático encontram óbices, perante as reiteradas colocações do estado que aludem a uma soberania puramente absoluta, sem sofrer quaisquer limitações, tanto no plano interno, quanto no plano internacional.

Quando um Estado ratifica um tratado de proteção dos direitos humanos, não diminui ele sua soberania (entendida em sua concepção contemporânea), mas, ao contrário, pratica um verdadeiro ato soberano, e o faz

de acordo com sua Constituição. (MAZZUOLI, 2002, p. 174,). No entanto, tratando tal instituto em relação a proteção dos direitos humanos, "a noção clássica de soberania sofre, ainda, uma outra transformação. No cenário internacional de proteção, os Estados perdem a discricionariedade de, internamente, a seu alvedrio e a seu talante, fazer ou deixar de fazer o que bem lhes convier". (MAZZUOLI, 2002, p. 173). Assim, a adequada utilização da prerrogativa soberana na atuação dos Estados favorece a eficácia dos Direitos Humanos, vez que, no plano social, é o Estado o maior violador dos direitos inerentes à pessoa humana, principalmente pelo fato de ser o detentor da obrigação de garanti-la, seja a nacionais e estrangeiros.

Outrossim é que, o sistema de proteção internacional dos direitos humanos da ONU não ameaça a soberania nacional dos Estados, uma vez que o seu caráter de proteção é complementar e subsidiário, em que se reconhece primordialmente aos Estados a incumbência pela efetiva proteção. (MAZZUOLI, 2002, p. 175). Ou seja, "A maior organização universal, a ONU, apesar de ser uma pessoa jurídica de Direito Público Internacional, não é soberana, e é formada pelos Estados, que continuam independentes e autônomos, mesmo integrando-a". (OLIVEIRA, 2006, p. 86).

Assim, por mais delicado que seja tratar soberania e violação dos Direitos Humanos, reitera-se que, o respeito aos tratados convencionados na comunidade internacional, especificamente os que tratam dos direitos humanos, de forma alguma desafia a soberania do Estado. Afirma-se que esta, está posta de forma limitada através de si mesma, tendo em vista que a perspectiva puramente absoluta enfraquece a ideia de que, em detrimento do respeito a integridade da pessoa humana, o Estado precisa reafirma-se na sua autonomia.

O indivíduo como sujeito de direitos, permitindo que este venha exercê-lo também no plano internacional, sem se encontrar totalmente coarctado e controlado pelos estados, ora por um, ora por outro, sob alegações e nas circunstâncias mais variadas, permanece em boa medida, aspiração cuja implementação terá de ser desenvolvida. (ACCIOLY, 2014, p. 357). Nessa conjuntura, verifica-se que os Estados agem de uma forma totalmente política no que diz respeito ao tratamento que se dá internamente aos refugiados, sendo que tal atuação decorre em duas vertentes: a posição do Estado frente à sociedade e a posição da sociedade frente ao Estado.

Como afirmado por Menezes e Reis (2013), "a falha em responder adequadamente aos fluxos de refugiados deve-se, em larga medida, à natureza política e internacional do problema, sendo essa refletida em todos os aspectos que envolvem a temática" (MENEZES E REIS, 2013, p. 158). Assim, reitera Mazzuoli (2002) que não existem direitos humanos globais, internacionais e universais, sem uma soberania flexibilizada, ou seja, a devida proteção é correlacionada com a limitação da atuação dos Estados, sendo que a não transformação do conceito impediria a projeção dos direitos humanos na agenda internacional.

De acordo González (2009) medidas restritivas em relação às políticas migratórias são invocadas pelas justificativas de segurança nacional, sem ao menos estabelecer um sistema de controle e identificação para verificar os indivíduos que se encontram em situação de refúgio ou demais situações de migração. No entanto, há que se considerar que, já é pacífico pelo Escritório do Alto Comissariado das Nações Unidas que refúgio e direitos humanos são intrinsicamente veiculados, sendo a simples violação aos direitos humanos, legitima o reconhecimento ao status de refugiado. (MENEZES E REIS, 2013, p. 146).

Assim, diante do que fora trazido em termos conceituais e aspectos históricos, há demonstrado que o instituto da soberania é predominante o que diz respeito a conduta dos Estados frente a atual crise humanitária consequente do grande número de solicitações de refúgio. Isso levando-se em consideração que, tudo isso envolve os aspectos de segurança nacional, que são justificados propositalmente de forma equivocada, como também, a concessão de refúgio se vê bastante limitada consequentemente. Desse modo, utiliza-se das palavras de Taiar (2009) considerando que "A espécie humana só pode prosperar se existir um mínimo de equilíbrio. É esse particular, no sentido da descoberta do melhor critério ou critérios, que carece de atenção".

Considerações finais

Diante do que se apresenta, a soberania considerada absoluta mas limitada compreende contemporaneamente a real situação das relações jurídicas no plano internacional, não ignorando o fato de que, o

caráter absoluto do poder soberano ainda persiste, porém, pode ser limitado pela sua própria obrigação de viver em sociedade no âmbito internacional, sociedade esta que compõe-se de regras, deveres e obrigações que acompanham os estados na sua atuação, a fim de que, hajam em consonância com os princípios do Direito Internacional. Contudo, o real equilíbrio entre esse tipo de soberania e o reconhecimento efetivo dos direitos humanos só será possível quando houver devidamente instrumentalizado mecanismos hábeis de controle do cumprimento das obrigações dos Estados perante aquilo que, através do seu ato soberano, decidiu se comprometer.

A complexidade das relações jurídicas internacionais e o reconhecimento do direito internacional dos direitos humanos para refugiados longe está de um discurso unânime e pacífico, porém, é indispensável que se estabeleçam estudos visando promover maior proximidade entre a proteção da pessoa humana e as relações de poder inerentes da posição estado e indivíduo. Assim, estabelecer sistematicamente uma soberania que reconhece o poder absoluto como prerrogativa do estado, mas que se encontra limitado ao reconhecimento dos direitos da pessoa humana, atende a uma perspectiva de trazer o plano prático as adequações entre o posicionamento estatal em relação aos refugiados e o reconhecimento dos seus direitos humanos.

Analise da prerrogativa estatal como soberano, prescinde uma ressignificação para que, a sua atuação seja pautada a partir da contemplação da pessoa humana, não como ameaça ao estado, mas como sujeito de direito a ser protegido por ele. O conceito contemporâneo de soberania precisa ser encarado sob uma perspectiva humanística, partindo do pressuposto que os propósitos estatais devem alinhar-se ao reconhecimento dos direitos humanos, não os primeiros anular o segundo. Ainda que na iminência de interesses políticos e econômicos urgirem por ações mais rigorosas, precipuamente a dignidade da pessoa humana, que milenarmente tem sido objeto de luta, há de ser ponderada nos debates que envolvam o poder estatal a pessoa humana como sujeito de direitos, sendo o próprio estado o principal responsável para garanti-los.

Referências bibliográficas

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de direito internacional público**. – 21. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno: nascimento e crise do Estado Nacional.** –São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FLORES, Joaquin Herrera. **Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência**. Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002. ISSN 2177-7055. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15330>. Acesso em: 10 Set. 2018.

MURILLO, Juan Carlos. Os legítimos interesses de segurança dos Estados e a proteção internacional de refugiados. **Revista Internacional de Direitos Humanos: SUR**, p. 121-

JUBILUT, Liliana Lyra; APOLINARIO, Silvia Menicucci. O. S.. **A necessidade de proteção internacional no âmbito da migração.** Rev. direito GV, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 275-294, Jun 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322010000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 Set. 2018.

MAHLKE, Helisane. **Desafios a consolidação do Sistema Internacional de Proteção aos Refugiados.** Disponível em: <https://www.academia.edu/21416339/_Desafios_%C3%A0_Consolida%C3%A7%C3%A3o_do_Sistema_Internacional_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_aos_Refugiados_>. Acesso em: 22. Set. 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis**. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal nº156, p. 169-177, ano 39, 2002

MELLO, Celso Duvivier de Albuquerque. **Curso de direito internacional público**. 10. ed.rev. e aum. Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1994.

MENEZES, Thais Silva and REIS, Rossana Rocha. **Direitos humanos e refúgio: uma análise sobre o momento pós-determinação do status de refugiado**. Rev. bras. polít. int. [online]. 2013, vol.56, n.1, pp.144-162.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **O conceito de soberania perante a globalização.** Revista CEJ, v. 10, n. 32, p. 80-88, 2006.

TAIAR, Rogerio. **Direito internacional dos direitos humanos: uma discussão sobre a relativização da soberania face à efetivação da proteção internacional dos direitos humano**s. 2009. Tese (Doutorado em Diretos Humanos) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

O direito internacional e sua trajetória nos trinta anos de constituição

Thomaz Muylaert de Carvalho Britto

Introdução

Os direitos humanos, conforme se estuda na doutrina constitucionalista, compreendem uma vertente internacional dos direitos inerentes à pessoa humana. Não é pretensão deste artigo uma análise acerca da essência desses direitos. Objetiva-se, assim, um estudo relacionado aos trinta anos de Constituição da República Federativa do Brasil aplicado ao Direito Internacional.

O Direito Internacional, segundo uma corrente dos internacionalistas, abarca o futuro do Direito Constitucional, compreensão esta que advém, principalmente, de expectativas a partir da União Europeia. Discute-se, inclusive, se seria possível um "Direito Administrativo sem Estado", conforme Colaço (2008, p. 19).

A Constituição da República, quando promulgada, previu ampla proteção aos direitos fundamentais, os quais têm uma abrangência nacional e, em regra, encontram-se positivados no texto da Carta Maior. Se um direito é fundamental, a consequência é a relevância da proteção conferida pelo Estado a seu conteúdo. A essência desse direito, por

conseguinte, resguarda um bem jurídico cujo valor é imprescindível no ordenamento jurídico.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao se submeter ao texto constitucional de 1988, adquire uma nova fundamentação e, também, um novo parâmetro de controle de constitucionalidade. Por meio do referido controle, busca-se a existência ou não de compatibilidade entre a norma questionada e o instrumento de supervisão, qual seja, a Constituição de 1988, em que pese se possa falar em controle de constitucionalidade cujo parâmetro seja a Constituição dos Estados.

Cumpre ressaltar que, na Federação brasileira, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são dotados de autonomia, ao passo que a soberania é articulada globalmente no tocante à República Federativa do Brasil.

No presente trabalho, logo, vislumbra-se uma reflexão sobre os efeitos da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, a qual exerceu influência no tema dos tratados de direitos humanos. Ademais, almeja-se a verificação da produção acadêmica sobre o tema no período de trinta anos da Constituição de 1988.

1. A emenda constitucional nº 45 de 2004

Inicialmente, é pertinente abordar os parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição com o objetivo de localização dos direitos fundamentais na Carta da República. Um comentário inicial é o de que ambos já constavam no seu texto original. Em outras palavras, não decorreram de emenda constitucional.

O parágrafo 1º do artigo 5º prescreve: "As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata" (BRASIL, 1988). Depreende-se desse parágrafo a importância conferida, pelo poder constituinte originário, às normas que definem direitos e garantias fundamentais, eis que não há condicionamento. Ao revés, manifestou-se a ratificação da aplicação imediata das mencionadas normas.

O poder constituinte originário, dessa forma, com base em ampla discussão averiguada em sede da Assembleia Nacional Constituinte de 1987 e em resposta ao período ditatorial anterior, consagrou a proteção às normas que definem os direitos fundamentais.

Durante os trabalhos desenvolvidos na Assembleia Nacional Constituinte, uma motivação relativa a mudanças balizou os constituintes em prol da democracia e de medidas que respondessem a práticas substancialmente contrárias ao Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, à luz da interpretação histórica, apresenta-se aquele parágrafo na condição de substrato oposto ao tempo ditatorial.

Alexy contribui com o conceito de direitos fundamentais e com um breve comentário histórico:

> Os direitos fundamentais são, por um lado, elementos essenciais da ordem jurídica nacional respectiva. Por outro, porém, eles indicam além do sistema nacional. Nessa passagem do nacional deixam-se distinguir dois aspectos: um substancial e um sistemático. Os direitos fundamentais rompem, por razões substanciais, o quadro nacional, porque eles, se querem satisfazer os requisistos que lhes podem ser postos, devem incluir os direitos do homem. Os direitos do homem têm, porém, independentemente de sua positivação, validez universal'. Eles põem, por conseguinte, exigências a cada ordem jurídica. Uma contribuição importante para a sua concretização internacional forneceu e fornece a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10 de dezembro de 1948. Os direitos do homem tornaram-se vinculativos jurídico-positivamente no plano internacional pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 19 de dezembro de 1966 (ALEXY, 1999, p. 67).

Mediante a inquietação de Alexy (1999, p. 67) no tocante aos direitos fundamentais, é válido expor que os direitos dos seres humanos, entendidos na sua essência, invocam os direitos inerentes a cada ser humano. Em outras palavras, se um direito é fundamental, o significado disso é a sua imprescindibilidade no âmbito jurídico dos seres humanos. Alexy invoca "os direitos do homem" e os distancia da consubstanciação nos ordenamentos jurídicos nacionais, ante a sua importância.

Infere-se que, quando cita os "direitos do homem", Alexy (1999, p. 67) embasa os atuais direitos humanos. Na distinção preconizada na doutrina constitucionalista, os direitos humanos concernem ao plano internacional, enquanto os fundamentais dizem respeito à abrangência nacional.

Atualmente, é pertinente o afastamento da nomenclatura "direitos do homem", conforme sustenta boa parte dos estudiosos em Direito Constitucional, porquanto os direitos essenciais concernem aos seres humanos independentemente de seu gênero. Ultrapassa-se, nesse passo, um viés de desigualdade, para um planejamento de igualdade substancial. A igualdade formal, como é cediço, não modifica, em diversas c3ircunstâncias, práticas sociais que vulneram a igualdade em seu aspecto substancial, fático.

Thiago Penido Martins disserta sobre os direitos fundamentais e sua reverberação no âmago das relações privadas, consoante se nota a seguir:

> Uma das temáticas mais controversas e que tem despertado o interesse de inúmeros estudiosos é aquela relativa à eficácia dos direitos fundamentais no âmbito das relações jurídicas entre particulares, em especial, quando o objetivo é definir a extensão da eficácia dos direitos fundamentais nessas relações jurídicas, a qual demanda, necessariamente, a análise das relações existentes entre as normas jurídicas constitucionais e as normas jurídicas de direito privado, bem como o conflito entre direitos fundamentais concretizado no âmbito de relações jurídicas privadas (MARTINS, 2017, p. 133).

Sobre o conflito trabalhado por Martins (2017, p. 133), percebe-se, no caminho da doutrina, a defesa da suposta constitucionalização do Direito Privado. Ao mesmo tempo em que há defensores da temática, observam-se críticos da mesma. A argumentação selecionada pelos primeiros se direciona no sentido de concatenação de reflexos da Constituição em face de todo o ordenamento jurídico. Para essa parcela de estudiosos, trata-se, em verdade, de um fenômeno de constitucionalização do Direito como um todo, não adstrito apenas ao Direito Privado, o qual está representado, mormente, pelo Direito Civil.

A constitucionalização de um ramo jurídico se traduz no espelhamento das normas advindas da Carta Magna em torno do ordenamento jurídico, sendo possível, dessa forma, uma compatibilização entre os chamados fins constitucionais e os meios que os instrumentalizam, quais sejam, as normas infraconstitucionais.

Dentro dessa campo, reside, como se sabe, o controle de constitucionalidade das leis. O controle em apreço encampa uma maneira de fiscali-

zação referente aos instrumentos legais que materializam a Constituição no campo infraconstitucional.

O Direito Internacional, devido à sua característica futurista, na perspectiva de consolidação de sua relevância, obteve, no Brasil, com o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, um grande avanço. Uma parte dos constitucionalistas atribui somente uma vitória parcial ao parágrafo 3º do artigo 5º, porque o aludido dispositivo constitucional se restringiu aos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos. Contudo, a corrente mais consentânea com os fins constitucionais reconhece, nessa emenda, um fomento para avanços futuros em sede internacional.

De acordo com o artigo 5º, parágrafo 3º da Constituição da República (2004), "Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais".

Preliminarmente, cumpre explanar que o procedimento adotado no parágrafo desenvolvido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004 é o mesmo materializado para a modificação da Constituição por via de emenda constitucional. A aprovação precisa ocorrer, logo, tanto na Câmara dos Deputados quanto no Senado Federal. Ademais, o quórum de três quintos e a exigência de dois turnos são elementos aferidos no parágrafo 3º.

Frise-se que, com fulcro no texto constitucional, os tratados internacionais que versem acerca de direitos humanos, caso aprovados na forma do procedimento arrolado naquele parágrafo, tornam-se equivalentes às emendas. Tecnicamente, portanto, não são emendas constitucionais, mas equivalem a esses instrumentos para fins de consideração da Constituição.

Mesmo anteriormente à Emenda Constitucional nº 45 de 2004, Flávia Piovesan (2000, p. 98) já defendia a natureza constitucional dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos:

> Enfatize-se que, enquanto os demais tratados internacionais têm força hierárquica infraconstitucional, nos termos do artigo 182, III, "b" do texto (que admite o cabimento de recurso extraordinário de decisão que declarar a inconstitucionalidade de tratado), os direitos enunciados em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, detêm natureza de norma constitucional. Este

> tratamento jurídico diferenciado se justifica, na medida em que os tratados internacionais de direitos humanos apresentam um caráter especial, distinguindo-se dos tratados internacionais comuns. Enquanfo estes buscam o equilíbtio e a reciprocidade de relações entre Estados partes, aqueles transcendem os meros compromissos recíprocos entre os Estados pactuantes, tendo em vista que objetivam a salvaguarda dos direitos do ser humano e não das prerrogativas dos Estados (PIOVESAN, 1998, p. 98).

Há, assim como se verifica na obra de Piovesan, uma diferença substancial entre os tratados internacionais sobre bens jurídicos gerais e os que concernem à proteção dos direitos humanos. Os tratados internacionais sobre temas distintos aos direitos humanos têm a sua relevância na seara internacional, mas não se preocupam, ao menos diretamente, com bens jurídicos essenciais, como a liberdade individual, por exemplo.

Assim, entende-se a pretensão do poder constituinte derivado no ínterim de alteração constitucional com vistas à concessão de um tratamento especial aos tratados internacionais que lidam com os direitos humanos. Ocorre, entretanto, uma ressalva colacionada pela doutrina: caso o tratado internacional em tela, qual seja, aquele que contempla direitos humanos, não seja aprovado na forma do procedimento previsto na Carta Magna, discute-se a sua hierarquia no ordenamento jurídico brasileiro.

2. O novo constitucionalismo latino-americano

A partir de um exame de Direito Internacional nos trinta anos de Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é válida a citação ao entendimento esposado por Antonio Herman Benjamin, o qual disserta sobre a natureza no Direito Constitucional brasileiro, ou seja, qual seria o entendimento mais razoável e compatível com a Constituição acerca da natureza. Em resumo, Benjamim congrega:

> Se é verdade que nem toda a proteção ambiental é explicável pela perspectiva do resguardo utilitarista do ser humano (tome-se, p. ex., a proibição legal de crueldade contra animais, vedação esta que já é bem antiga em certos países, inclusive no Brasil), por outro lado, ao se reconhecer valor intrínseco à natureza termi-

> na-se, como regra, por tutelar os humanos que dela dependem (BENJAMIN, 2011, p. 96).

Em outras palavras, Benjamin objetiva dizer que a natureza não pode ser submetida a qualquer espaço na doutrina ambientalista brasileira, na medida em que compõe o ambiente no qual os seres humanos vivem. Desse modo, ela tem um valor imenso junto à realidade fática. Sabe-se que a Constituição não se compatibiliza com o emprego de crueldade no tocante aos animais, fato que se confirmou, no Supremo Tribunal Federal, com a recente decisão sobre a "vaquejada".

Sob um espectro comparativo em plano internacional, faz-se pertinente a menção às Constituições da Bolívia e do Equador, cujo conteúdo abarcou um tratamento especial à natureza e, consequentemente, reconheceu sua importância na vida de seus cidadãos. Não se limitou a isso, é como se essas Cartas Magnas tivessem concretizado uma proteção independente ao ser humano propriamente dito no atinente à natureza. A sua preponderância, pois, supera o vínculo com os seres humanos. Conforme Tolentino e Oliveira,

> Os direitos da natureza, sejam na Constituição da Bolívia ou na do Equador, bem como a Lei da Mãe Terra, ao que tudo indica, podem ser um instrumento que possibilite o equilíbrio do ambiente, entendendo a pessoa humana como parte da Pachamama, ou seja, da natureza, a qual tem o direito à vida. A nova legislação, nascida do debate entre os próprios atores sociais, garante a proteção da natureza, recupera e fortalece os saberes locais e conhecimentos ancestrais. A Lei da Mãe Terra baseia-se no fato de que, se o ser humano faz parte dessa terra (Pachamama), e se ela tem direitos, os seres humanos também têm direitos: direito à vida, à saúde, ao bem-estar, como têm também o dever de obrigações e de respeitá-la. A Bolívia e o Equador deram um passo importante ao reconhecer a condição "sagrada" da terra, como algo muito importante para a vida - como é vista a Pachamama - não na sua percepção folclórica ou mitológica - mas como um sistema vivo, no qual o ser humano é só mais um elemento. Garantir o equilíbrio desse sistema passa a ser fundamental também para a sobrevivência das espécies, inclusive o homem. Proteger a Pachamama é tornar efetivo o direito à vida em suas múltiplas dimensões (TOLENTINO; OLIVEIRA, 2015, p. 331-332).

Diante de um visão diferente da anteriormente esposada, Tolentino e Oliveira (2015, p. 331-332), consoante observado, sustentam uma aproximação intensa entre os seres humanos e a natureza, de modo a se falar, possivelmente, em indissociabilidade. Esse posicionamento é adequado à conjunção do debate, uma vez que permite uma pressuposição do ser humano em relação à natureza e vice-versa. A compreensão das autoras, portanto, tange a uma linha de reciprocidade, em relação à qual os seres humanos e a natureza têm direitos, principalmente quando analisam as Constituições da Bolívia e do Equador.

Quando Tolentino e Oliveira (2015, p. 331-332) abordam o ser humano na condição de um aspecto do meio ambiente, denota-se a centralidade desempenhada pela natureza no aspecto global. A doutrina ambientalista, nesse sentido, advoga o percurso de uma teoria centrada no ser humano para um conjunto de ideias que valorizem a natureza e reconheçam, nesse viés, o ser humano na qualidade de um componente de um contexto amplo e geral. Quanto à ratificação dos atos internacionais, Menezes alerta (2017, p. 681):

> O processo de ratificação dos tratados e acordos internacionais exige o respeito à soberania dos países e garante-lhes a liberdade de adesão. A regra do *pacta sunt servanda*, segundo a qual o acordo voluntariamente aceito vincula os países à obrigação de cumpri-lo, é a teoria aceita pela doutrina majoritária do direito internacional. Desta forma, o que parte de uma decisão soberana não pode ser ignorado por interesses particulares de seus governantes. Tratados e acordos não funcionam por si sós, são necessárias vontade política e ações para materializá-los, ou seja, algo mais que meras palavras e assinaturas. Apesar da ampla adesão a esses pactos, alguns Estados ignoram a Carta das Nações Unidas, envoltos por doutrinação religiosa e ditaduras travestidas de Repúblicas dentro do mundo oriental (MENEZES, 2017, p. 681).

Em concordância com os ensinamentos de Menezes (2017, p. 681), nota-se, em Direito Internacional, a máxima segundo a qual as situações pactuados merecem cumprimento. Assim, a ratificação se instrumentaliza como um procedimento no qual se permite ao Estado soberano um cotejamento entre a suposta soberania absoluta da qual se cerca e a concessão, em alguns temas estratégicos, para fins internacionais.

A pretensão do Direito Internacional, embora criticada por muitos no concernente à sua efetividade, é fomentada na possibilidade de coexistência de um mesmo tratamento a alguns temas essenciais no bojo da sociedade internacional. Acontece que, em muitas situações, a soberania dos Estados se sobrepõe a compromissos firmados e ratificados, razão pela qual se discute a efetividade das sanções internacionais.

Os direitos humanos, dentro desse contexto, não pode ser vulnerados em decorrência de uma prática estatal dissonante da firmada internacionalmente. A questão do Direito Internacional acaba sendo a busca por instrumentos de efetividade. Menezes (2017, p. 681) corrobora do mesmo entendimento, pois novas medidas precisam ser fomentadas com o escopo de proteção desses direitos fundamentais em sede internacional, quais sejam, os direitos da pessoa humana, cujo lastro tange à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

3. A integração latino-americana

O parágrafo único do artigo 4º da Constituição de 1988 manteve o texto originário. O dispositivo em exame dispõe: "A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações" (BRASIL, 1988).

Perante o estudo do presente artigo, orquestra-se, em nível constitucional, além da cooperação entre os Estados soberanos da América Latina, a construção de uma comunidade entre as nações. A essência de tal norma constitucional é propositiva, com teor necessariamente propositivo. Os estudiosos de Direito Internacional costumam ratificar o MERCOSUL como instrumento crucial para o reconhecimento de maior integração na América Latina.

É coerente notar que a Constituição não se restringe a uma visão unívoca de aproximação econômica, mas vislumbra uma efetiva formação conjunta em sede cultural, política e social. Em suma, a questão financeira se coloca nas relações travadas entre os Estados latino-americanos, entretanto, trata-se de apenas um elemento dentro dos objeti-

vos constitucionais. O novo constitucionalismo latino-americano, por exemplo, é um fenômeno que gera influências entre os Estados soberanos da América Latina, eis que o reconhecimento do posicionamento constitucional a certos temas permite uma reflexão nos demais Estados latino-americanos, possibilitando-se, também, uma positivação em plano constitucional. Na reflexão de Sloboda,

> O Mercosul fortalece-se por meio do aprofundamento da integração regional, do aperfeiçoamento institucional e da ampliação horizontal, com o aumento do número de membros. O bloco destaca-se não apenas na esfera econômica, mas também na política, com a harmonização gradativa de posições em foros internacionais. Ademais, o Mercosul exerce papel importante na consolidação dos direitos humanos na região, após a celebração do Protocolo de Assunção sobre compromisso com a promoção e proteção dos direitos humanos no Mercosul. O desenvolvimento integral dos povos e a redução das assimetrias regionais são preocupações primordiais do processo de integração. A dimensão social do bloco é fortalecida pela crescente cooperação em temas como ciência e tecnologia, bem como com o aumento do número de bolsas para estudantes e docentes da região. O bloco é, ainda, vetor de integração cultural sul-americana. A consolidação da cidadania do Mercosul, a harmonização de documentos e de placas de veículos são iniciativas que aproximam os povos sul-americanos e contribuem, decisivamente, para a integração do Brasil e dos brasileiros em sua circunstância geográfica. Pautado pela legitimidade democrática e pelo respeito ao direito internacional, o Mercosul é expressão de uma multipolaridade benigna. O aprofundamento dos vínculos de integração na América do Sul contribui para a consolidação de uma ordem mundial mais justa e menos assimétrica (SLOBODA, 2015, p.715).

A questão da redução de assimetrias trabalhada por Sloboda (2015, p. 715) também é questionável em âmbito internacional, uma vez que, simultaneamente, permite uma maior cooperação e um maior compartilhamento de ideais, porém, sob o ponto de vista cultural, ressalte-se a crucialidade de manutenção das peculiaridades de cada Estado soberano. Esse elemento é, até mesmo, um ponto negativo da globalização, cuja finalidade, muitas vezes, acarreta redução de peculiaridades, o que

precisa ser perscrutado mediante ressalvas. A cultura, caso vulnerada, ocasiona a violação de direitos humanos, os quais devem ser a prioridade da sociedade internacional.

O novo constitucionalismo latino-americano tem sido assunto nas pautas de Direito Internacional, consoante se comprova em Cademartori e Miranda:

> À medida em que a América Latina torna-se mais democrática, sua sociedade civil organiza-se melhor e reforça seus vínculos transnacionais, inclusive com movimentos sociais em países autoritários ou de democracia frágil. Esses laços criam grupos de pressão sobre a implementação das relações externas de um país, criando para o governo ambiente mais conflituoso, de maior escrutínio sobre suas ações. As relações entre democracia e a constituição tem consequências importantes para as relações externas dos países. Grande parte dos países latino-americanos promoveram mudanças de regime, o que significou transformações no direcionamento das relações externas desses países, com uma agenda de cooperação internacional enriquecida pelas novas políticas sociais e por ações mais assertivas (ainda que ambíguas e contraditórias) na defesa das liberdades democráticas, sobretudo na América Latina. O processo de formulação das relações externas foi alterado, com cada vez mais grupos dentro da sociedade latino-americana pressionando pela representação de seus interesses. Os Ministérios das Relações Exteriores permanecem refratários a essas influências, mas os movimentos sociais buscam alianças com setores do Estado que também querem mais espaço na agenda diplomática. A democracia é um processo em permanente construção. (CADEMARTORI; MIRANDA, 2016, p. 116-117).

Cademartori e Miranda (2016, p. 116-117), nesse sentido, pontificam a transição democrática de vários Estados soberanos na América Latina enquanto um fator fulcral com o propósito de maior cooperação internacional. A integração, logo, é proporcionada pela conjectura de políticas em um mesmo sentido ou, ainda que diferentes, sejam compatíveis e sob o espírito democrático. A democracia pode ser engendrada, em virtude do exposto, em um elemento considerável na integração constante da Constituição Brasileira de 1988.

Conclusão

O trabalho em tela, portanto, permitiu o estabelecimento de um panorama acerca do Direito Internacional e da sua relação com o ordenamento jurídico interno brasileiro. A análise foi centrada, especialmente, na temática de Direitos Humanos, cuja tutela de bens jurídicos justifica, por si só, a sua primordialidade na esfera internacional.

O estudo em questão pretendeu, também, um afastamento de uma verificação histórica tocante ao Direito Internacional com vistas ao aprofundamento do contexto brasileiro e da reverberação desse ramo jurídico na Carta Magna de 1988. A Emenda Constitucional n0 45 de 2004 representou, assim como foi esposado, um grande avanço no tratamento do tema afeto aos tratados internacionais sobre direitos humanos, sendo reconhecidos os mesmos, desde que seja seguido o procedimento arrolado no parágrafo 30 do artigo 50, hierarquia equivalente às emendas constitucionais.

O novo constitucionalismo latino-americano, representado pela discussão atinente aos direitos da natureza e de seu reposicionamento na seara constitucional de Bolívia e Equador, foi mobilizado como um fator de possíveis consequências nos próximos anos de Constituição Brasileira de 1988. É possível que, futuramente, a natureza seja reconhecida como sujeito de direitos. Atualmente, ainda não prevalece essa tese.

O MERCOSUL, a seu turno, compreende uma tentativa da Constituição de 1988 no viés de possibilitar uma integração maior no território latino-americano. Com base na experiência da União Europeia, é possível que, futuramente, haja um ideal de compartilhamento de cidadania única entre os Estados soberanos. Atualmente, ainda há dilemas a serem enfrentados na esfera de cooperação latino-americana.

A Constituição de 1988, nessa senda, caminhou junto a diversos aprimoramentos nos anos posteriores à promulgação e, tendo completado trinta anos, permitiu a garantia mais eficiente de direitos fundamentais e do ímpeto de contemplar novas mudanças com o intuito de ampliarem a salvaguarda dos mesmos.

Bibliografia

ALEXY, Robert, Colisão de Direitos Fundamentais e Realização de Direitos Fundamentais do Estado de Direito Democrático", **Revista de Direito Administrativo** nº 217, 1999. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>. Acesso em: 20 set 2018.

ANTUNES, Luís Filipe Colaço. **Direito Administrativo sem Estado**: crise ou o fim de um paradigma? Coimbra Editora. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BENJAMIN, Antonio Herman. A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC**, 2011, p. 79- 96.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 21 set. 2018.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº. 45 de 30 de Dezembro de 2004**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 20 jul. 2018.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart; MIRANDA, José Alberto Antunes de. Democracia, Constituição e Relações Exteriores: o papel do Direito e da Cidadania no Contexto do Novo Constitucionalismo Latino-Americano. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 72, abr. 2016, p. 93-124.

MARTINS, Thiago Penido. Eficácia do princípio da igualdade nas relações jurídicas privadas. **Revista de Derecho Privado**, n.º 32, enero - junio de 2017, p. 109 - 140.

MENEZES, Quênida de Rezende. Um Tribunal Constitucional Internacional para garantir os direitos democráticos e os Direitos Humanos. **Revista Direito GV**. São paulo: v. 13 n. 2, , maio - ago 2017, p. 677-705.

PIOVESAN, Flávia. A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos. In: Superior Tribunal de Justiça; Secretaria de Estado dos Direitos Humanos. (Org.). **A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil**. Brasília: 2000, p. 87-104.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito internacional público e privado: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário**. JusPODIVM, 2011.

SLOBODA, Pedro Muniz Pinto. A legalidade da entrada da Venezuela no Mercosul. **Anuario Mexicano de Derecho Internacional**, vol. XV, 2015, p. 701-716.

TOLENTINO, Zelma Thomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. Pachamama e o direito à vida: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 12, n. 23, jan - jun 2015, p. 313-335.

A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos sob o enfoque na primazia da pessoa humana

Verônica Monteiro Serantes Teixeira

Introdução

O presente artigo visa abordar a interação entre o direito internacional e do direito interno na proteção dos direitos humanos, capaz de gerar debates contemporâneos que circundam o cenário mundial, no tocante a violação destes direitos.

É evidente que em um mundo cada vez mais integrado, o direito internacional tem se mostrado com um papel relevante na dinâmica das relações nas fronteiras e com um impacto direto no âmbito interno dos Estados.

Destaca-se que a globalização, os direitos humanos e a consequente possibilidade de maior interação entre pessoas de nacionalidades diversas no território de dada soberania impõem que as relações entre indivíduos sejam imediatas e dinâmicas e exigem uma resposta rápida para tais intersecções pelo direito internacional, fomentando uma aproximação necessária entre a norma internacional e os sistemas jurídicos dos Estados.

Segundo Norberto Bobbio (1995) em seu livro "O positivismo jurídico", o ordenamento jurídico se baseia em três caracteres fundamentais a ela atribuídos: a unidade, a coerência e a completitude; são estas três características que fazem com que o direito no seu conjunto seja um ordenamento e, portanto, uma entidade nova, distinta das normas singulares que o constituem.

Em sendo assim, com base na teoria da unicidade do Direito não se nega a existência de um pluralismo de ordenamentos jurídicos nos Estados, mas se entende que cada ente estatal possui um ordenamento interno próprio, diferente do ordenamento interno dos demais Estados, o qual deverá, em todos os casos, se relacionar através de um intercâmbio dialético entre normas internas e internacionais, com vias a preservar a unidade do Direito.

Logo, para garantir a aplicação e defesa do direito internacional dos direitos humanos, o ideal é que prevaleça a primazia da pessoa humana, garantindo sempre a Dignidade do ser humano, que foi vítima de grave violação de seu direito, a fim de que possa garantir a paz nos Estados.

1. Direitos humanos: origem e significado

As experiências da Primeira e Segunda Guerras Mundiais ressaltaram a necessidade de proteger o ser humano contra o exercício arbitrário do poder do Estado bem como de promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla.

Assim, após a Segunda Guerra Mundial, a necessidade de manter a paz para o ser humano gerou a criação de formas de reforçar a cooperação internacional, de modo que garantir a efetiva proteção da pessoa humana, e foi nesse contexto que se iniciou os alicerces de um novo ordenamento jurídico internacional, com a adoção da Carta das Nações Unidas.

Com a adoção, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 10 de dezembro de 1948 houve o reconhecimento de direitos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais e, embora não se trate de um documento legalmente vinculatório, uma vez que o mesmo foi adotado por meio de uma deliberação da Assembléia Geral, os princípios nela contidos são atualmente considerados como sendo legalmente vinculatórios para os Estados, tanto

como direito internacional consuetudinário, ou como princípios gerais de direito, ou como princípios fundamentais de humanidade.

Neste contexto, é possível afirmar que os direitos humanos pertencem ao indivíduo, sendo intrínseca a condição humana, são também universais e inalienáveis, e por esta razão,

No dizer de Norberto Bobbio (1992), os direitos consagrados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representam "uma síntese do passado e uma inspiração para o futuro: mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre", pois tais direitos são históricos e constituem um conjunto permanentemente aberto a novas articulações, especificações e atualizações.

2 A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos

As normas jurídicas, de origem internacional e interna buscam tutelar os seres humanos que possuem seus direitos violados ou ameaçados, formando um ordenamento jurídico de proteção.

É certo afirmar que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao consagrar valores e interesses comuns consubstanciados na proteção dos direitos da pessoa humana, garante mecanismos de tutela mediante o exercício de uma garantia coletiva. Considerando esse aspecto, os mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos se direciona rumo à consolidação de obrigações *erga omnes*.

Destaca-se pela experiência internacional, a possibilidade de acordo quanto à universalidade dos direitos humanos apesar das divergências ideológicas e entendimentos doutrinários distintos (teorias monista e dualista), e, tal avanço se deu após o pós-guerra.

Observa-se que as soluções no tocante à hierarquia entre normas de tratados internacionais e de direito interno dependem de critérios valorativos da discricionariedade dos constitucionais nacionais, variando de país para país.

É preciso refletir que a incorporação normativa internacional de proteção no direito interno dos Estados representa prioridade nos dias atuais, ou seja, da adoção e aperfeiçoamento de medidas nacionais de

implementação depende do futuro da própria proteção internacional dos direitos humanos. Identifica-se um propósito comum entre o domínio de proteção do direito internacional e do direito interno, formando um todo indivisível, que é a proteção da pessoa humana.

Segundo o Professor Cançado Trindade (2006) existe um papel importante reservado aos advogados de supostas vítimas de violações de direitos humanos no sentido de invocar os tratados internacionais, de modo a exigir dos juízes e tribunais nacionais, a aplicação destas normas de direitos humanos em suas decisões.

Ao conscientizar todos por meio da invocação dos direitos humanos, os operadores do Direito tendem a reduzir a considerável distância entre o reconhecimento formal, e a vigência real, dos direitos humanos, consagrados não só na Constituição e na lei interna como também nos tratados de proteção. Além de fazer exigir dos juízes e tribunais nacionais, no exercício permanente de suas funções, que considerem, estudem e apliquem as normas dos tratados de direitos humanos, e fundamentem suas decisões.

Conforme lições do Professor Cançado Trindade:

> No domínio da proteção dos direitos humanos, interagem o direito internacional e o direito interno movidos pelas mesmas necessidades de proteção, prevalecendo as normas que melhor protejam o ser humano. A primazia é da pessoa humana. (CANÇADO, 2006).

No entanto, muito embora o intuito seja garantir a tutela dos indivíduos na esfera internacional e/ou esfera interna de cada Estado, cada um possui a liberdade de incluir em suas leis internas de forma que possibilite cumprir com as obrigações legais internacionais. Então, surgem na doutrina duas teorias, quais são elas: Monista e Dualista.

2.1 Teoria monista

Para esta corrente doutrinária, o direito internacional se aplica diretamente na ordem jurídica dos Estados, pois suas relações são de interpenetração, pertencendo a um sistema único baseado na identidade dos sujeitos (os indivíduos) e das fontes de direito. Esta teoria é subdividida

em duas vertentes, monismo com primazia de direito interno e monismo com primazia do direito internacional. Há ainda aqueles que admitem a tese do monismo moderado. Para alguns, as variações da teoria monista comprometem a sua base teórica.

O monismo com primado do Direito Internacional foi desenvolvido principalmente pela Escola de Viena, por autores como Kelsen (1998) que sustentava pela primazia do direito internacional sobre o direito interno. Segundo Kelsen (1998), a ordem jurídica interna deriva da ordem jurídica internacional, razão pela qual a autonomia estatal encontraria limites no ordenamento internacional. (Esta posição era aceita inicialmente pelos Tribunais brasileiros, inclusive pelo STF, até que em 1977, ao julgado o Recurso Extraordinário 80.004, a Suprema Corte modificou o ponto de vista, admitindo a derrogação de um tratado por lei posterior).

A Convenção de Viena que versa sobre o Direito dos Tratados do ano de 1969, trouxe em seus fundamentos a teoria do monismo internacionalista em seu Artigo 27, que dispõe: "Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado". Diante disso pode-se concluir que monismo internacionalista é a teoria adotada pelo direito internacional.

A teoria monista tradicional, assim, acaba por negar a existência do Direito Internacional, reduzindo-o a uma parte do Direito nacional, sendo mero desdobramento do direito interno.

E por fim, há ainda a chamada corrente do monismo moderado, a qual identifica equivalência entre as normas nacionais e internacionais, devendo possível conflito ser suprimido por critérios próprios. Para estes que assim, entendem há várias correntes a serem analisadas, como por exemplo: Supremacia internacional, Supremacia do direito interno e Supremacia constitucional.

Em todas as hipóteses acima, o ordenamento interno do país monista permitiria o conflito entre norma interna e norma internacional, portanto, seria ele apto para solucionar tal pendência.

Ou seja, de acordo com a teoria monista, da qual há, na verdade, várias versões diferentes, o direito internacional e o direito nacional podem, em termos gerais, ser descritos como constituindo um único sistema legal. Isto significa que uma vez que um Estado tenha ratificado um tratado para

proteção do ser humano, por exemplo, os termos de tal tratado tornar-se-ão automaticamente normas compulsórias do direito nacional.

2.2 Teoria dualista

Sob uma concepção dualista, há diferentes sistemas jurídicos no mundo em níveis nacional e internacional, que interagem uns com os outros com base nas normas internas de cada sistema jurídico.

Entende-se pela distinção entre os dois ordenamentos, o Interno e o Internacional, de modo que a ordem jurídica interna compreende a Constituição e demais instâncias normativas vigentes no País e a externa envolve tratado e demais critérios que regem os diversos Estados.

A norma externa só teria aplicabilidade no Direito Interno caso fosse recepcionada pelo mesmo, não havendo assim conflito. O descumprimento pelo Estado da incorporação em seu ordenamento interno de uma norma externa com a qual houvesse se comprometido ensejaria apenas sua responsabilidade internacional, não podendo haver jamais imposição por parte dos demais signatários.

Em segundo lugar, de acordo com a teoria dualista, o direito nacional e o direito internacional são sistemas legais diferentes. O direito nacional é supremo, e para os juízes nacionais serem competentes para aplicar as normas internacionais dos tratados, por exemplo, os tratados têm de ser especificamente adotados ou transportados para o direito nacional interno. Portanto, um tratado de direitos humanos ratificado pelo Estado envolvido não pode, em princípio, ser invocado pelos juízes nacionais, a menos que o tratado seja incorporado à lei nacional, um processo que, normalmente, exige uma lei.

Convém destacar que as divergências doutrinárias, no tocante as teorias existentes, gerou intenso debates entre os juristas, demonstrando que a distinção entre dois ordenamentos jurídicos, dificilmente traria uma resposta satisfatória para a proteção internacional dos direitos humanos. E é justamente neste ponto, que se intensifica os debates contemporâneos, em defesa de um ordenamento jurídico único, baseado na primazia da pessoa humana.

3. Aplicação dos tratados de direitos humanos no direito interno dos estados

Cada Estado possui uma maneira de incluir/incorporar as normas internacionais de direitos humanos em suas leis internas, alguns prevêem nas suas constituições numerosas disposições sobre direitos humanos, que podem seguir o texto, por exemplo, da Declaração universal de Direitos humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos ou das convenções regionais de direitos humanos.

Há aqueles Estados que adotam uma legislação específica, quer para clarificar ou elaborar suas próprias disposições constitucionais, ou para adaptar suas leis nacionais às suas obrigações legais internacionais. É também comum aos Estados incorporarem os tratados internacionais sobre os direitos humanos ao seu direito nacional, mediante a promulgação de uma lei nacional. Este é, por exemplo, o caso da Convenção Européia de Direitos Humanos no Reino Unido, que foi incorporada à lei britânica em virtude da Lei de Direitos humanos de 1998, que entrou em vigor em 2 de outubro de 2000.

Em alguns Estados, os tratados têm precedência sobre a lei nacional e são, portanto, automaticamente aplicáveis nos tribunais nacionais assim que são ratificados pelo Estado envolvido.

Em alguns países pode haver uma lacuna na legislação nacional com respeito, dentre outras questões, aos direitos humanos; porém, dependendo das circunstâncias, os juízes e advogados podem se basear no direito internacional dos direitos humanos bem como na jurisprudência internacional relevante – ou na jurisprudência nacional de outros países – a fim de aplicar alguns princípios legais básicos para a proteção do indivíduo.

E há aqueles Estados que ao interpretar os princípios do direito comum, os juízes podem se basear no direito internacional dos direitos humanos e na jurisprudência internacional que interpreta tal lei.

Importante enfatizar que as soluções, de direito constitucional, quanto à hierarquia entre normas de tratados e de direito interno, resultam de critérios valorativos e da discricionariedade dos constituintes nacionais, variando, pois, de país a país. Assim, algumas Constituições se mostram mais abertas ao direito internacional do que outras.

Insta consignar que a tendência constitucional contemporânea de dispensar um tratamento especial aos tratados de direitos humanos é, pois, sintomática de uma escala de valores na qual o ser humano passa a ocupar posição central.

Ademais, os Estados não podem invocar seu direito interno para justificar violações do direito internacional, mas são livres para escolher as modalidades de implementação do referido direito.

4. Tratados internacionais e o processo de formação

A Convenção de Viena (1969) foi elaborada decorrente da necessidade em disciplinar e regular o processo de formação dos tratados internacionais. Sendo assim, é certo afirmar que os tratados internacionais só se aplicam aos Estados-partes, sendo expressão do consenso. Admitem reservas, ou seja, os Estados que aderirem pode realizar uma declaração unilateral excluindo ou modificando o efeito jurídico de certas cláusulas, desde que mantenham o propósito do tratado celebrado.

Como regra geral, o processo e formação dos tratados envolvem algumas fases/etapas: negociação, conclusão e assinatura do tratado, que são da competência do Poder Executivo. Após assinatura, o segundo passo é a apreciação e aprovação pelo Poder Legislativo.

Ato contínuo, aprovado o tratado pelo Legislativo deverá ser ratificado pelo Poder Executivo. A ratificação significa o aceite definitivo, pelo o qual o Estado se obriga pelo tratado no plano internacional. O instrumento de ratificação deverá ser depositado em um órgão que assuma a custódia do instrumento, exemplos ONU e OEA.

Uma vez que um tratado tenha entrado em vigor e se tornado vinculatório para os Estados membros, estes devem cumprir as obrigações do tratado "de boa-fé (pacta sunt servanda). Isto implica, que o Estado não pode evitar a responsabilidade sob o direito internacional, invocando as disposições de suas leis internas para justificar seu inadimplemento no cumprimento de suas obrigações de direito internacional.

4.1. Processo de incorporação dos tratados internacionais no estado brasileiro

O artigo 84, inciso VIII da Constituição Federal de 1988 determina que é da competência exclusiva do Presidente da República celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Já o artigo 49, inciso I da Constituição Federal de 1988 prevê ser da competência exclusiva do Congresso Nacional resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais. Os tratados internacionais se aperfeiçoam por um ato complexo, no qual se integra a vontade do Presidente da República que os celebra e a do Congresso Nacional, que os aprova, mediante decreto legislativo.

No que se refere a este processo de incorporação dos tratados no ordenamento jurídico brasileiro, existem críticas, pois não há ainda prazo para que o Congresso Nacional aprecie o tratado assinado, muito menos prazo para que o Presidente da República ratifique o tratado, se aprovado pelo Congresso Nacional. Esta discricionariedade dos Poderes gera violação ao principio da boa fé vigente no Direito Internacional. Exemplo: Convenção de Viena assinada pelo Brasil em 1969 e encaminhada à apreciação do Congresso Nacional em 1992, e aprovada por Decreto Legislativo nº 496 em 2009.

4.2. Incorporação da normativa internacional na proteção dos direitos humanos ao direito interno do estado brasileiro

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 5º, §2º que os direitos e garantias expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Desse preceito constitucional, temos que esse processo de inclusão dos tratados no rol dos direitos protegidos significa a incorporação pelo texto constitucional.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 80.004, decidiu que o tratado internacional assumia a hierarquiade lei ordinária

federal, sendo válida a regra de que lei posterior revoga lei anterior. Pelo decidido nesse julgado, é possível que um tratado internacional deixe de ser aplicado quando colida com uma lei ordinária, que lhe seja posterior. Prevalecendo o direito interno.

No dizer de Celso D. Albuquerque Mello:

> A tendência mais recente no Brasil é a de um verdadeiro retrocesso nesta matéria. No recurso extraordinário n.80.004, decidido em 1977, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu que uma lei revoga o tratado anterior. Esta decisão viola também a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (1969) que não admite o término de tratado por mudança de direito superveniente. (MELLO, 2004).

O STF também manteve esse posicionamento no julgamento HC 72.131-RJ (22.11.1995), mesmo após a Constituição de 1988 ao enfrentar a questão concernente ao Pacto de São José da Costa Rica (que proíbe a prisão por depositário infiel), afirmando que inexiste primazia hierárquico-normativa dos tratados ou convenções internacionais sobre o direito positivo interno.

Esse posicionamento do STF foi modificado, por unanimidade que negou o Recurso Extraordinário n.466.343 estendendo a proibição da prisão civil por dívida à hipótese de alienação fiduciária em garantia, com fundamento na Convenção Americana de Direitos Humanos (art.7º, §7º). O Brasil passou a reconhecer a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1998.

No entanto, a partir da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004 (Reforma do Judiciário), os tratados relativos aos direitos humanos passaram a vigorar de imediato e a ser equiparados às normas constitucionais, devendo ser aprovados em dois turnos, por pelo menos três quintos dos votos na Câmara dos Deputados e no Senado Federal. O primeiro deles a ser recebido como norma constitucional a partir da EC 45/2004 foi a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, voltada para a inclusão social dessas pessoas e a adaptabilidade dos espaços.

De fato, no julgamento do Recurso Extraordinário 466.343-1- SP, o Min.Gilmar Mendes votou no sentido de que:

> O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil,dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com eleconflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Assim, a posição do STF é de que no ordenamento jurídico brasileiro se aplique a Teoria Dualista moderada, considerando existir dois ordenamentos, no entanto havendo a necessidade de incorporação do tratado por meio de decreto presidencial.

O pleno do STF seguiu a posição do Min. Gilmar Mendes, segundo a qual os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito simples – maioria absoluta e não qualificada (antes ou depois da Emenda Constitucional 45, de 08 de dezembro de 2004) possuem hierarquia supralegal e infraconstitucional, enquanto que os tratados de direitos humanos aprovados pelo rito congressual especial, do art. 5º, parágrafo 3º, da CF, teriam hierarquia de emendas à Constituição (hierarquia constitucional).

Os demais tratados continuariam a seguir a decisão do RE 80.004, que os coloca como equivalentes a leis federais, dando-lhes, portanto, paridade hierárquica. Sobre esse tema, há que se dizer que, no Recurso Extraordinário 460.320-Paraná, o tema voltará a ser analisado pelo STF, havendo voto já proferido pelo Min. Gilmar Mendes. O processo foi objeto do pedido de vista do Min. Dias Tóffoli, encontrando-se, na atualidade, com seu julgamento adiado, por pedido do ministro referido, desde 30 de setembro de 2014.

O Judiciário Brasileiro se posicionou no sentido de que se adotou no país o sistema dualista, com tratados hierarquicamente posicionados como lei federal, com tratamento especial para os tratados de direitos humanos, muito embora faça uma diferenciação, entre tratados de direitos humanos aprovados antes e depois da Emenda Constitucional nº 45, atribuindo somente a aqueles que passaram pela aprovação em dois turnos, por 3/5 dos votos dos respectivos membros de cada Casa Legislativa do Congresso Nacional a hierarquia de norma constitucional, autorizando-os a integrar o bloco de constitucionalidade, em sentido amplo.

Portanto, na visão dualista da Corte, os tratados em geral são equivalentes a leis federais, enquanto que os tratados de direitos humanos podem ser supralegais ou equivalentes a emendas à Constituição, confor-

me o caso. Outra exceção é aplicada para os tratados internacionais de direito tributário, que, por força do art. 98 do Código Tributário Nacional, têm hierarquia supralegal, havendo sido este dispositivo recepcionado pelo Superior Tribunal de Justiça (REsp 21989 SP 1992/0010752-4).

Segundo Shaw (2011, p. 101), com o avanço das tecnologias, especialmente de comunicações, a soberania foi profundamente alterada, por conta da interdependência entre os Estados, o que, "aliada à organização cerrada da sociedade comercial e política contemporânea em nível internacional", leva a que todos os atos dos Estados, mesmo internos, tenham reflexos nas relações internacionais e nas decisões internas de outros Estados.

Nesse sentido, é importante se repensar que o futuro do Direito Internacional dos direitos humanos dependerá de mudanças de atuação dos Estados, não se justificando que continue sendo abordado de forma estanque do direito constitucional. Ora, as grandes transformações internas dos Estados repercutem no plano internacional, e a nova realidade provoca mudanças na evolução interna e no ordenamento constitucional dos Estados afetados.

4.3. Bloco de constitucionalidade e tratado de direitos humanos

Embora, se saiba que a Constituição é o fundamento de validade das disposições legais inferiores ou subseqüentes, é certo se afirmar a existência do bloco de constitucionalidade que significa ao conjunto de todas as normas e textos com patamar constitucional, ainda que não constantes na constituição codificada.

Nesse sentido, seguindo Canotilho:

> O programa normativo- constitucional não pode se reduzir, de forma positivística, ao 'texto' da Constituição. Há que se densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o 'bloco da constitucionalidade' a princípios não escritos, mais ainda reconduzíveis ao programa normativo-constitucional, como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas. (CANOTILHO, 2003)

O Professor Antônio Augusto Cançado Trindade (1991) sustenta que o parágrafo 2º do art. 5º da Constituição de 1988 acrescentou direitos e garantias expressos em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ao elenco de direitos constitucionalmente consagrados, o que denota ser

> alentador que as conquistas do direito internacional em favor da proteção ao ser humano venham a projetar-se no direito constitucional, enriquecendo-o, e demonstrando que a busca de proteção cada vez mais eficaz da pessoa humana encontra guarida nas raízes do pensamento tanto internacionalista quanto constitucionalista. (CANÇADO, 1991, p. 631).

Ora, segundo esse entendimento surge o seguinte debate: somente os tratados internacionais de direitos humanos aprovados com base no rito inserido pela Emenda Constitucional de nº45 (artigo 5º, §3º, CF/1988) fariam parte do bloco de constitucionalidade?

Os tratados internacionais de direitos humanos são automaticamente aplicáveis com base no artigo 5º, §2º da CRFB/1988? Ou seja, para serem efetivados no ordenamento jurídico interno necessitam de decreto de execução (presidencial), ficam condicionados para ser incorporarem no âmbito interno a este decreto?

O STF entende que para o Tratado Internacional adquirir executoriedade no plano interno, precisa passar por três etapas: celebração do Presidente da República; aprovação de um Decreto Legislativo; edição de um decreto do Presidente da República, promulgando o tratado anteriormente ratificado pelo Congresso Nacional.

Contudo, no tocante aos tratados internacionais de direitos humanos entende-se pela aplicação imediata no ordenamento interno, havendo a incorporação automática, tendo em vista o procedimento de aprovação ser qualificado (3/5 em cada Casa do Congresso Nacional), sendo desnecessária a expedição de decreto presidencial, já que é equivalente emenda constitucional.

No que se refere aos tratados de direitos humanos aprovados no Congresso Nacional, antes da Emenda Constitucional nº 45/2004, o STF,

por maioria, entende que esses tratados, por terem hierarquia supralegal e infraconstitucional (RExtr nº 349.703-RS) não integram o bloco de constitucionalidade, adotando uma postura formalista.

Celso Lafer destaca que

> os tratados internacionais de direitos humanos anteriores à Constituição de 1988, aos quais o Brasil aderiu e que foram validamente promulgados, inserindo-se na ordem jurídica interna, têm a hierarquia de normas constitucionais, pois foram como tais formalmente recepcionados pelo § 2º do art. 5º não só pela referência nele contida aos tratados como também pelo dispositivo que afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ele adotados." (LAFER, 2005, p. 17).

Não é razoável excluir os tratados de direitos humanos que não seguiram um rito rígido de aprovação no Congresso Nacional sejam excluídos do bloco de constitucionalidade, eis que muitos estabelecem direitos e garantias ao cidadão, como o Pacto de San José da Costa Rica, dentre tantos outros, aprovados antes de 2004.

Segundo Flavia Piovesan, os tratados de direitos humanos materialmente constitucionais são suscetíveis de denúncia, em virtude das peculiaridades do regime de Direito Internacional Público, enquanto que os tratados formalmente e materialmente constitucionais (que são aqueles aprovados pelo rito da Emenda Constitucional) não são suscetíveis de denúncia.

Cabe consignar que entender que os tratados de direitos humanos aprovados antes de 2004, estariam excluídos do bloco de constitucionalidade seria desconsiderar a tutela da Dignidade da Pessoa Humana e da aplicação da primazia da pessoa humana.

Considerações finais

Diante dos conflitos existentes entre as normas de direito internacional dos direitos humanos e as de direito interno, é importante que se busque um diálogo entre os ordenamentos jurídicos, de modo que prevaleça a norma mais favorável a vítima.

Ensina Antônio Augusto Cançado Trindade,

> desvencilhamo-nos das amarras da velha e ociosa polêmica entre monistas e dualistas; neste campo de proteção, não se trata de primazia do Direito Internacional ou do Direito Interno, aqui em constante interação: a primazia é, no presente domínio, da norma que melhor proteja, em cada caso, os direitos consagrados da pessoa humana, seja ela uma norma de Direito Internacional ou de Direito interno. (CANÇADO, 1991)

Assim, adota-se a prevalência da norma mais favorável a vitima, a que tutela os direitos da pessoa humana, a fim de se garantir uma ampla proteção, para aqueles que são vítimas de violações de direitos humanos.

A propósito, cabe transcrever lição do Professor Celso D. de Albuquerque Mello, *verbis*:

> O direito, seja ele qual for, dirige-se sempre aos homens. O homem é a finalidade última do Direito. Este somente existe para regulamentar a vida entre os homens. Ele é produto do homem. Ora, não poderia o DI negar ao indivíduo a subjetividade internacional. Negá-la seria desumanizar o DI e transformá-lo em um conjunto de normas ocas sem qualquer aspecto social. Seria fugir ao fenômeno de socialização que se manifesta em todos os ramos do Direito. (MELLO, 2004).

Sendo assim, conclui-se que devem os Estados procurar a harmonia entre seus ordenamentos jurídicos, a fim de que o ser humano seja a finalidade última do Direito, seja em qualquer parte do mundo, e a todos deve ser tutelada a dignidade da pessoa humana, além de prevalecer a primazia da pessoa humana.

Referências

BARROSO, Luis Roberto (organizador).**O direito internacional contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Jacob Dolinger.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito**. São Paulo: Ícone, 1995.

_____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995.

_____. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I).** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

Kelsen, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito** / Hans Kelsen ; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 1998. – (Ensino Superior)

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos Direitos Humanos: Fundamentos e Instrumentos Básicos.** São Paulo: Saraiva, 1991.

LAFER, Celso. **A Internacionalização dos Direitos Humanos: Constituição, Racismo e Relações Internacionais**. Barueri: Manole, 2005.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 15ª. Ed. 2004. Rio: Renovar.

PETERKE, Sven (coordenador). **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais.** 2009. Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4ª. Ed. 2013, S.Paulo: Saraiva.

1º EDIÇÃO	*Janeiro de 2019*
FORMATO	*16x23cm*
MIOLO	*Papel Offset 75g/m²*
CAPA	*Papel Supremo 250g/m²*
TIPOGRAFIA	*Linux Libertine*
IMPRESSÃO	*Gráfica Multifoco*