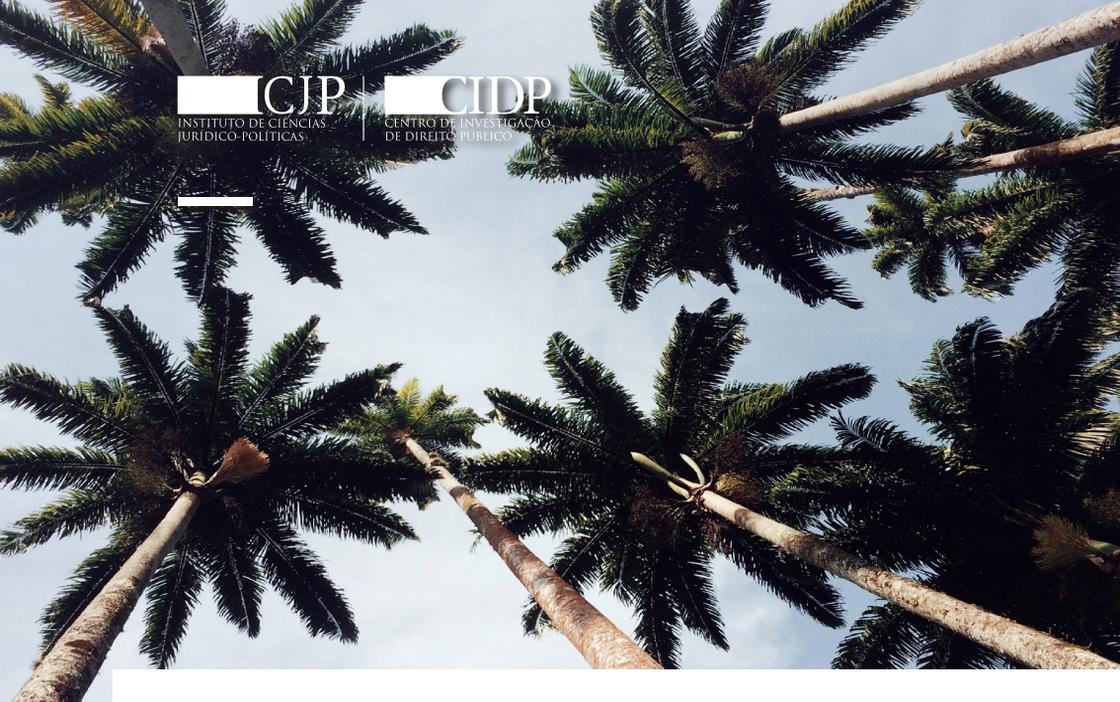


CJP
INSTITUTO DE CIÊNCIAS
JURÍDICO-POLÍTICAS

CIDP
CENTRO DE INVESTIGAÇÃO
DE DIREITO PÚBLICO



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

Volume 11

JORGE MIRANDA | CARLA AMADO GOMES
SUSANA BORRÀS PENTINAT
(Coordenadores)

BLEINE QUEIROZ CAÚLA
MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS
RODRIGO MARTINIANO AYRES LINS
(Organizadores)



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA



Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional

E-BOOK INTERNACIONAL VOLUME 11

Estado del Derecho Socioambiental -
el encuentro de soluciones para las crisis
climáticas, sociales y jurídicas



JORGE MIRANDA
CARLA AMADO GOMES
SUSANA BORRÀS PENTINAT
(Coordinadores)

BLEINE QUEIROZ CAÚLA
MARCO ANTHONY STEVESON VILLAS BOAS
RODRIGO MARTINIANO AYRES LINS
(Organizadores)

Instituto de Ciências Jurídico-Políticas
Centro de Investigação de Direito Público

www.icjp.pt | icjp@fd.ulisboa.pt



FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE LISBOA

Alameda da Universidade
1649-014 Lisboa

-

Setembro de 2021

ISBN: 978-989-8722-51-5

-

Imagem da capa:

Rebecca Ramos

(foto do Jardim Botânico do Rio de Janeiro)

Revisão ortográfica:

Maria Ângela Barbosa Lopes

Revisão ABTN:

Bleine Queiroz Caúla

-

Produzido por:

OH! Multimédia

mail@oh-multimedia.com



Comissão Científica

Alexandre Sousa Pinheiro – ASP Formação e Consultoria

Ângela Issa Haonat – UFT

Ana Maria D'Ávila Lopes – Universidade de Fortaleza

Ana Paula Araújo de Holanda – Universidade de Fortaleza

Anna Ciammariconi – Università degli Studi di Teramo

André Leite – Universidade de Vilnius

Beatriz Souza Costa – ESDHC

Bleine Queiroz Caúla – Universidade de Fortaleza

Carla Amado Gomes – Universidade de Lisboa

César Barros Leal – UFC

Claudia do Amaral Furquim – IDEM

Claudia Ribeiro Pereira Nunes – Yale University

Dayse Braga Martins – Universidade de Fortaleza

Délton Winter de Carvalho – UNISINOS

Elvira Domínguez-Redondo – Middlesex University

[Ir para o índice](#)

Fernando González Botija – Universidade Complutense de Madrid

Francisco Lisboa Rodrigues – FATENE

Horácio Wanderlei Rodrigues – UFSC

Jefferson Aparecido Dias – UNIMAR

João Pedro Oliveira de Miranda – Universidade de Lisboa

Jorge Miranda – Universidade de Lisboa

Katherinne de Macedo Maciel Mihaliuc – Universidade de Fortaleza

Leonel Severo Rocha – UNISINOS

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima – Universidade de Fortaleza

Orides Mezzaroba – UFSC

Paulo de Bessa Antunes – UNIRIO

Roberta Teles – Universidade de Fortaleza

Rodrigo Martiniano Ayres Lins – ABRADEP

Rômulo Guilherme Leitão – Universidade de Fortaleza

Susana Borràs Pentinat – Universitat Rovira i Virgili

Valério de Oliveira Mazzuoli – UFMT

Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Wagner Menezes – USP



Coordenadores

Jorge Miranda

Licenciado em Direito (1963) e doutor em Ciências Jurídico-Políticas (1979), é professor catedrático das Faculdades de Direito da Universidade de Lisboa e da Universidade Católica Portuguesa. Nas duas Faculdades já exerceu a regência de todas as disciplinas do Grupo de Ciências Jurídico-Políticas, mantendo hoje a seu cargo as de Direito Constitucional e Direitos Fundamentais. Também na Faculdade de Direito de Lisboa, exerceu funções como presidente do Conselho Científico (1988-1990 e 2004-2007) e presidente do Conselho Directivo (1991-2001). Integrou ainda Comissão Científica da Escola de Direito da Universidade do Minho (1973-2005) e coordenou a licenciatura em Direito da Universidade Católica Portuguesa (1983-1989). Eleito nas listas do Partido Popular Democrático, foi deputado à Assembleia Constituinte (1975-1976), tendo tido um papel importante na feitura da Constituição da República Portuguesa de 1976. A sua colaboração estendeu-se também à elaboração das Constituições de São Tomé e Príncipe (1990), de Moçambique (1990), da Guiné-Bissau (1991) e de Timor-Leste (2001). Foi membro da Comissão Constitucional (1976-1980), órgão precursor do atual Tribunal Constitucional. É Doutor Honoris Causa em Direito, pela Universidade de Pau (França, 1996), Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Brasil, 2000), Universidade Católica de Lovaina (Bélgica, 2003) e pela Universidade do Porto (2005).). Presidente Honorário Vitalício do Instituto Luso Brasileiro de Direito Público.

[Ir para o índice](#)

Carla Amado Gomes

Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto). Foi Vice-Presidente do Instituto da Cooperação Jurídica da Faculdade de Direito de Lisboa (2006-2014). Foi Professora Convidada da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (2007-2013). Foi assessora no Tribunal Constitucional (1998/1999). Lecciona cursos de Mestrado e Pós-Graduação em Direito do Ambiente, Direito Administrativo e Direito da Energia em Angola, Moçambique e Brasil. Colabora regularmente em ações de formação no Centro de Estudos Judiciários.

Susana Borràs Pentinat

Profesora doctora de Derecho internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rovira i Virgili (Tarragona-España) e investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT). PROJECT “PROYECTO DE I+D: La constitución climática global: gobernanza y Derecho en un contexto complejo” (CONCLIMADER2016-80011-P), (MINECO/FEDER, UE), Programa Estatal de Fomento de la Investigación Científica y Técnica de Excelencia, subprograma Estatal de Generación del Conocimiento, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016, efectuada por resolución de 17 de junio de 2015 (BOE de 23 de junio) de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación (SEIDI), Ministerio de Economía y Competitividad, España.



Organizadores

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito, linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável - Universidade Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha. Professora Assistente da Universidade de Fortaleza. Pedagoga. Advogada agraciada com o V Prêmio Innovare, 2008 (Projeto Cidadania Ativa – gestão 2005-2008). Coordenadora Científica do Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional. Principais obras publicadas: O Direito Constitucional e a Independência dos Tribunais Brasileiros e Portugueses: aspectos relevantes; Direitos Fundamentais: uma perspectiva de futuro; O direito administrativo na perspectiva luso-brasileira; A Lacuna entre o Direito e a Gestão do Ambiente: os 20 anos de melodia das agendas 21 locais. E-mail: bleinequeiroz@yahoo.com.br. ORCID Id <http://orcid.org/0000-0002-0033-8242>.

Rodrigo Martiniano Ayres Lins

Mestre em Direito Constitucional e Teoria Política (Unifor). Especialista em Direito Eleitoral (Puc/MG), em Direito Processual Civil (Unicap) e em Direito Público (Esmape). Pós-graduando em Políticas Públicas para Cidades Inteligentes (Usp). Atualmente é Procurador-Geral Adjunto da Assembleia Legislativa do Ceará e Professor de Cursos de Pós-Graduação em Direito. Membro fundador da Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (Abradep).

[Ir para o índice](#)

Autores

Ana Paula Araújo de Holanda

Doutora em Direito, pela Universidad Rovira i Virgili, reconhecido pela Universidade de Marília – UNIMAR (2021). Advogada. Graduada em Direito, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Especialista em Direito Público, pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito, pela Universidade Federal do Ceará. Professora da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: apaholanda@hotmail.com

Ângela Issa Haonat

Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Docente de Programas de Mestrado da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Advogada. Sócia do Haonat, Melo & Badona Advogados Associados. Membro da Comissão Científica do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.

Bleine Queiroz Caúla

Doutora em Direito – linha Estratégia Global para o Desenvolvimento Sustentável (Universitat Rovira i Virgili, Tarragona – Catalunha, Espanha), reconhecido pela Universidade de Marília – UNIMAR (2021). Coordenadora científica do Diálogo ACI (www.dialogoaci.com). @bleinequeiroz @dialogoaci_instituto.



Bruna Souza Paula

Doutoranda do curso de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, 2012, diploma revalidado em 2013. Especialista em Direito Processual pela Unisul, 2008, e em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa, 2009. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza, 2007.

Bruno Costa Marinho

Mestre em Direito Ambiental, Bacharel em Direito e Bacharel em Ciências Militares. E-mail: bcmarinho@gmail.com.

Carolina Corrêa Moro

Doutoranda em Ciência Ambiental, pelo PROCAM/USP. Mestre em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito, pela mesma instituição. Pesquisadora no Grupo de Estudos Aplicados ao Meio Ambiente da Universidade de São Paulo (GEAMA/USP). E-mail: cc_moro@yahoo.com.

Caroline Costa Bernardo

Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas – Ciência Política –, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Bacharel em Direito, pela UFPA. Tecnóloga em Gestão Pública, pelo IFPA. E-mail: contato@carolinebernardo.com.

Caroline Marques Leal Jorge Santos

Mestranda em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Graduada em Direito, pela mesma instituição. Pes-

quisadora no Grupo de Estudos Aplicados ao Meio Ambiente da Universidade de São Paulo (GEAMA/USP). E-mail: carolinejorgesantos@usp.br.

Deilton Ribeiro Brasil

Pós-Doutor em Direito, pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito, pela UGF/RJ. Professor da Graduação e do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. E-mail: deilton.ribeiro@terra.com.br.

Dayane Nayara da Silva Alves

Mestra em Direito Econômico e Desenvolvimento pela UCAM-RJ. Foi aluna regular da disciplina de Direito e Economia do PPGD UFRJ, 2018.1. Especialista em Direito Fiscal pela Puc-Rio, 2018. Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Prof. Dr. do Programa de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas e Professor da graduação em Direito da UEA e da UNINORTE. E-mail: erivaldofilho@hotmail.com.

Eveline Correia de Castro

Graduação em direito na Universidade de Fortaleza – UNIFOR. Pós-Graduação em direito processual civil e mestrado em direito constitucional pela Universidade de Fortaleza- UNIFOR. Coordenadora geral do Curso de Direito do Centro Universitário Estácio do Ceará. Membro do Conselho- CONSEPE- do Centro Universitário Estácio do Ceará. Sócia o Instituto Brasileiro de Direito de Família- IBDFAM e da ABEDI- Associação Brasileira de Estudos em Direito.



Gabriel Antonio Silveira Mantelli

Mestrando em Direito e Desenvolvimento na Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito SP). Graduado em Direito, pela Universidade de São Paulo (USP). Integra o Núcleo de Direito Global e Desenvolvimento da FGV Direito SP. E-mail: gabrielmantelli@gmail.com.

Gabriela Fauth

Doutora em Direito (Universitat Rovira i Virgili). Pesquisadora de Pós-Doutorado do Programa de Pós-Graduação em Urbanismo, da Universidade Federal do Rio de Janeiro (bolsista FAPERJ). Pesquisadora do Laboratório de Direito e Urbanismo, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. E-mail: gabrielafauth@hotmail.com.

Gustavo Paschoal T. de C. Oliveira

Doutor em Direito. Professor do Programa de Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos e da Graduação em Direito da Universidade Federal do Tocantins (UFT). Professor e Coordenador da Graduação em Direito do Centro Universitário Luterano de Palmas (CEULP/ULBRA). Advogado. Membro da Comissão de Direito Ambiental da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/TO), Seccional Tocantins. Diretor Financeiro da Escola Superior da Advocacia (ESA), OAB/TO. E-mail: gustavopaschoal1@gmail.com

Hortencia Silva Aires Leal

Pós-graduada em Direito Tributário (Universidade Candido Mendes).
Graduada em Direito (Universidade de Fortaleza, 2016). Advogada.

Ir para o índice

Igor Labre de Oliveira Barros

Acadêmico de Direito – CEULP\ULBRA – Palmas, Técnico Federal em Agroindústria – IFTO. E-mail: igor.labre@hotmail.com

Itzel Ramos Olivares

Licenciada en Derecho por la Universidad del Valle de México (UVM), Especialista en Administración Pública Estatal y Municipal por la Universidad de Guanajuato (UG), y graduada en el Máster Universitario en Derecho Ambiental de la Universitat Rovira i Virgili (URV). Actualmente realiza el doctorado en Derecho en la URV, su investigación versa sobre la política energética en México y es becaria pre-doctoral del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT).

Jerônimo Basilio São Mateus Mateus

Candidato predoctoral en el Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona – CEDAT, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona – España. Becario FPI del Ministerio de Economía y Competitividad – España. Maestría en Derecho Ambiental por la Universidad Rovira i Virgili (2014); licenciado en derecho por la Universidad Federal de Sergipe (2005).

Júlia Maia de Meneses

Doutoranda em Direito Constitucional e mestra, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Unifor. Participante do Grupo de Pesquisa da “Constituição de 1937”, sob a coordenação do professor doutor Martonio Mont’Alverne (orientador).



Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira

Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais pelo PPGD da Universidade de Itaúna -MG. Pós-graduado em Direito Tributário pela Universidade Gama Filho-RJ. Bacharel em Direito pela Universidade FUMEC-MG. E-mail: leonardoconstant@hotmail.com

María Dolores Núñez Ávila

Estudiante en el Programa de Doctorado en Derecho, Criminología y Ciencias Políticas de la Universitat de Valencia, Estudiante en el Programa de Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional de la Universitat de Valencia, Investigadora asociada Universidad Andina Simón Bolívar sede (Quito), Master en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional en la Universitat de Valencia, Máster en Derecho Mercantil, con asesoría Mercantil, Laboral y Fiscal en la Universitat de Valencia, Abogada, Licenciada en Ciencias Políticas y Sociales por la Universidad de Cuenca Ecuador.

Martonio Mont'Alverne Barreto Lima

Professor titular da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Doutor e pós-doutor em Direito, pela Universidade de Frankfurt. Mestre em Direito, pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Procurador do município de Fortaleza

Nathasha Bianca Macêdo Correia Silva

Graduada em Direito, pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: nathashabiancam@gmail.com

Ir para o índice

Nicole de Almeida Correa

Advogada. Pós-graduanda em Direito e Processo Administrativos pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). E-mail: nicolecorrea2@hotmail.com

Patrícia Medina

Professora Programa de Mestrado Profissional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins e Escola Superior da Magistratura Tocantinense (PPGPJDH-UFT-ESMAT). Doutora em Educação (UFG). Mestre em Administração de Sistemas Educacionais (PUCRS). Pedagoga (FAPA). Bacharel em Direito (UFT). E-mail: patriciamedina@uft.edu.br.

Rafael Costa Freiria

Graduado em Direito, pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), 2000. Mestre em Direitos Difusos e Sociais, pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), 2005. Doutor em Saneamento e Ambiente, pela Unicamp, 2010. Pós-Doutorado no Programa de Direito Ambiental da Universidade de Alicante – Espanha, 2013. Atualmente é professor efetivo da Faculdade de Tecnologia da Unicamp na área ambiental. E-mail: rafaelfreiria@ft.unicamp.br

Rafael Costa Marinho

Mestre m Ciências Militares, Bacharel em Direito e Bacharel em Ciências Militares. E-mail: caprcostamarinho@hotmail.com



Rayka Oliveira Soares Valadares

Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos, pela Universidade Federal do Tocantins em parceria com a Escola Superior da Magistratura Tocantinense (UFT-ESMAT). Servidora, conciliadora e assessora jurídica na Justiça Federal de Primeiro Grau no Tocantins. Tutora pelo Conselho da Justiça Federal. Graduada em Direito, pela Fundação Universidade do Tocantins (UNITINS). E-mail: raykasvaladares@gmail.com

Renata Nayane de Menezes

Mestre em Ciências Jurídico-Ambientais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS). Advogada. E-mail: renatamenezes@gmail.com

Renata Rodrigues de Castro Rocha

Doutora e Mestre em Ciência Florestal pela Universidade Federal de Viçosa – UFV, Minas Gerais. Professora Adjunta do curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins- UFT. E-mail: renatarocha@uft.edu.br

Renato Zica de Oliveira

Graduado em Direito pela UNIPAM (2019). Mestre em Engenharia Elétrica, pela Universidade Federal de Minas Gerais. Pós-Graduado em Gestão Pública, pela Universidade Federal Uberlândia/MG. E-mail: renatozica@yahoo.com.br

[Ir para o índice](#)

Ricardo Glasenapp

Doutor em Direito Constitucional pela PUC-SP. Professor de graduação e pós-graduação. Atualmente é Professor na Universidade Nove de Julho –UNINOVE. Advogado. E-mail: ricardoglasenapp@hotmail.com

Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Doutora em Direito (UFSC). Professora Adjunto do Programa de Pós-Graduação em Urbanismo, da Faculdade de Arquitetura e Urbanismo, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. E-mail: cavallazzi@uol.com.br.

Ruth M. P. Santos

Doutoranda em Ciências Jurídico-Internacional e Europeia, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito das Relações Internacionais. Pesquisadora Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) – Proc. n. 1806/2015-07. Pesquisadora Voluntária do Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS). Advogada. E-mail: ruthmpsantos@gmail.com

Sarah Araújo Ferreira

Acadêmica do curso de Direito na Faculdade Católica do Tocantins (Campus I). E-mail: sarahjanne2008@gmail.com

Sócrates Costa Oliveira

Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Pesquisador (PAVIC/UNIFOR) com linha de pesquisa em Direito Tributário e em Direito do Trabalho. E-mail: socratesoliveira@outlook.com



Stéphanie Nathanael Lemos

Mestrado pela Universidade de Itaúna/MG. Pós-Graduada em Gestão Pública Municipal, pela Universidade Federal Uberlândia/MG. E-mail: stephanielemosadv@yahoo.com.br.

Stephanie Victoria Ascencio Serrato

Licenciada en Derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH) y graduada en el Máster Universitario en Derecho Ambiental de la Universitat Rovira i Virgili (URV) y en el Máster sobre Educación Ambiental del Instituto Internacional de Formación Ambiental (IIFA). Actualmente realiza el doctorado en Derecho en la URV sobre la regulación de las políticas de adaptación al cambio climático en México y es becaria pre-doctoral del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, CONACYT, México.

Suyene Monteiro da Rocha

Doutora em Biotecnologia- BIONORTE/UFAM. Mestre em Ciências do Ambiente- UFT. Professora Adjunta no curso de Direito da Universidade Federal do Tocantins. Coordenadora do grupo de pesquisa CNPq: Políticas Públicas Ambientais e Sustentabilidade. E-mail: suyenerocha@uft.edu.br.

Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes

Mestranda em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Universidade Federal do Tocantins (UFT/ESMAT). Máster em Derechos Sociales pela Universidad de Castilla-La Mancha (Espanha). Especialista em Direito do Trabalho e Direito Processual do Trabalho pela Universidade do Tocantins (UNITINS). Juíza do Trabalho do TRT da 10ª Região (DF/TO). Conselheira da Escola Judicial do TRT da 10ª Região. E-mail: suzidarlyfernandes@uft.edu.br.

Ir para o índice

Taisa Cintra Dosso

Graduada e Mestre em Direito, pela Universidade Estadual Paulista (UNESP), campus de Franca. Especialista em Direito Processual Civil. Professora da Escola Superior de Direito (ESD). Procuradora do Município de Ribeirão Preto-SP. E-mail: taisacintradosso@gmail.com.

Tais Ramos

Mestre em Direito Direitos Sociais e Políticas Públicas, Graduada em Direito e Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul- UNISC. Atualmente é Professora na Universidade Nove de Julho –UNINOVE. Advogada. E-mail: taisramos@gmail.com

Thiago Pachêco Santos Gil Alves

Acadêmico do curso de Direito na Faculdade Católica do Tocantins (Campus I). E-mail: thiagoalves.psg@gmail.com.

Zaneir Gonçalves Teixeira

Bacharel e Mestre em Direito, pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGDIR-UFC). Advogada inscrita na OAB/CE, nº 12.638. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR).



Prefácio

É com grande alegria que recebo a incumbência de prefaciá-la presente obra, fruto de um trabalho realizado de longa data e que já chega a um décimo primeiro volume. O título deste já consolidado projeto “Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional” alinha-se aos novos tempos. Hoje não se pode pensar o desenvolvimento social sem proteção ambiental e sustentabilidade, a partir do que vem sendo chamado Estado de Direito Ambiental. Da mesma forma é a Constituição brasileira que deve orientar este processo e diminuir as possibilidades do horizonte futuro, permitindo apenas alternativas sustentáveis e decisões que levem em consideração as futuras gerações. Por fim, os problemas jurídicos estão cada vez mais entrelaçados globalmente, sendo sempre absolutamente necessária a reflexão acerca dos problemas também a partir de um recorte internacional. E o mais importante, todos esses ramos estão entrelaçados em forma de “diálogos”, interconectando diversas tradições do pensamento jurídico contemporâneo.

A obra é brilhantemente coordenada pelo doutor Jorge Miranda e pela doutora Carla Amado Gomes, ambos ilustres professores da Universidade de Lisboa (Portugal), e por Susana Borràs Pentinat, também destacada jurista que atua na Universidad Rovira i Virgili (Itália). A obra é ainda

[Ir para o índice](#)

organizada pela professora doutora Bleine Queiroz Caúla, pelo professor Rodrigo Martiniano Ayres Lins e pelo Desembargador Marco Anthony Steveson Villas Boas. Ainda, importante destacar a justa homenagem a que se presta esta obra ao trabalho do desembargador Antonio Rulli Junior (in memoriam), em face de todo o seu compromisso e dedicação às Escolas Judiciárias e à busca por uma justiça sempre e cada vez mais qualificada.

A obra é composta por 22 artigos, sendo que 7 estão organizados na temática ambiental, 7 na constitucional e 8 na internacional. Os autores Bleine Queiroz Caúla, Nicole de Almeida Correa, Sócrates Costa Oliveira inauguram a “seção ambiental” desta obra e colocam de forma pragmática a necessidade de o Estado, no ato de arborização urbana, ser limitado pela lei, a fim de que seja valorizada e protegida a biodiversidade dos biomas brasileiros da introdução invasiva de espécies vegetais exóticas.

Gabriela Fauth e Rosângela Lunardelli Cavallazzi defrontam os desafios e estratégias na cidade standard para a tutela urbano-ambiental no atual processo de globalização, fazendo um diálogo com os conceitos interdisciplinares de vulnerabilidade, resiliência e sustentabilidade.

A responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais no trágico desastre socioambiental do rompimento da barragem de rejeitos operada pela mineradora Samarco Mineração S.A. foi objeto de análise de Deilton Ribeiro Brasil, Renato Zica de Oliveira e Stéphanie Nathanael Lemos.

Considerando a concepção e regime jurídico das áreas verdes urbanas e das áreas de preservação permanente, Rafael Costa Freiria e Taisa Cintra Dosso discorrem sobre a importância da diferenciação desses institutos para a gestão ambiental e política urbana, tendo como cenário o Programa Município Verde Azul do Estado de São Paulo.

O vanguardista tema atinente à repercussão da bioética no meio ambiente ecologicamente equilibrado e no princípio da solidariedade



intergeracional é enfrentado por Igor Labre de Oliveira Barros e Gustavo Paschoal T. de C. Oliveira.

No trabalho seguinte são as ideias do economista polonês Ignacy Sachs que inspiram Suyene Monteiro da Rocha e Renata Rodrigues de Castro Rocha a analisarem a atuação da Administração Pública na promoção e compatibilização entre o desenvolvimento, o progresso, o atendimento às necessidades da população e a sustentabilidade na utilização dos recursos naturais.

Gabriel Antônio Silveira Mantelli, Carolina Corrêa Moro e Caroline Marques Leal Jorge Santos discorrem sobre o mapeamento de injustiças ambientais e sua importância para efetivar o Estado de Direito Socioambiental e salvaguardar a justiça ambiental.

Os “diálogos constitucionais”, por seu turno, são iniciados por Patrícia Medina e Rayka Oliveira Soares Valadares, que avaliam a possibilidade de utilização da mediação no sistema prisional como estratégia contributiva para concretização de promessas constitucionais e para remição da pena, a partir da experiência mexicana e de pesquisa desenvolvida no estado do Ceará.

O árduo tema da caracterização do dano existencial como ofensa aos direitos humanos do trabalhador é defrontado por Sarah Araújo Ferreira, Thiago Pachêco Santos Gil Alves e Ângela Issa Haonat.

Em seguida, Bruna Souza Paula e Eveline de Castro Correia relacionam o recente Estatuto da Primeira Infância com o dever de cuidado dos pais, com o intuito de verificar se o princípio do melhor interesse da criança foi efetivado por tal modificação legislativa.

Bleine Queiroz Caúla, Dayane Nayara da Silva Alves e Hortencia Silva Aires Leal, de forma audaz, discorrem a respeito da função pedagógica e preventiva e dos aspectos processuais da responsabilidade do agente fiscal por danos ocasionados ao cidadão.

O Projeto Fortaleza 2010, criado em 2014 no município de Fortaleza (CE), é o objeto de análise sociológica e jurídica de Zaneir Gonçalves Teixeira para compreender a crise urbana, bem como desvelar os múltiplos sentidos das propostas de planejamento e desenvolvimento urbano.

A sensível problemática relacionada com o abandono afetivo de idosos e os aspectos social e jurídico da responsabilidade civil por tal situação são os temas defrontados por Ana Paula Araújo de Holanda e Nathasha Bianca Macêdo Correia Silva, que, ao final, analisam o Projeto de Lei nº 4.294, de 2008.

Levando em conta a expansão das tecnologias que proporcionam a interconectividade no mundo contemporâneo, Suyene Monteiro da Rocha e Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes refletem sobre o impacto dessa “era digital” no direito fundamental à intimidade do trabalhador nas relações de trabalho, tendo como elemento fundante as normas constitucionais.

A responsável por principiar os “debates internacionais” é María Dolores Núñez Ávila que analisa o caso do povo de Kichwa Sarayaku vs. Equador, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que tem como embate a atividade de extração e exploração de recursos naturais em territórios indígenas.

Jeronimo Basilio São Mateus tem por objeto de pesquisa o reconhecimento pelo Sistema Interamericano de Direito Humanos, tanto nas normas jurídicas quanto nas decisões proferidas pela Corte Interamericana de Direito Humanos, da sacralidade da terra pelos povos indígenas.

A temática sobre a influência da posição desenvolvimentista da Organização das Nações Unidas no desenvolvimento dos Estados e as tendências de cooperação internacional são investigadas por Deilton Ribeiro Brasil, Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira e Stéphanie Nathanael Lemos.



O texto de Bruno Costa Marinho, Rafael Costa Marinho e Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho consiste no estudo relativo aos impasses entre o poder de polícia ambiental e as atribuições dos órgãos policiais na faixa de fronteira brasileira para a proteção do meio ambiente.

Haja vista as questões holísticas em torno das águas transfronteiriças, Ruth M. P. Santos, Renata Nayane de Menezes e Caroline Costa Bernardo dedicam-se a analisar os instrumentos de proteção internacional destas águas, enfocando o Mercosul.

Contemporâneo e pertinente é o trabalho de Stephanie Victoria Ascencio Serrato e Itzel Ramos Olivares em que se discute se as políticas de mudança climática no México estão em consonância com o direito ao desenvolvimento, sobretudo aquelas relacionadas com a redução de gases de efeito estufa, perpassando ainda sobre a reforma energética mexicana de 2013.

No subsequente trabalho, o princípio da igualdade e sua interpretação na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto San José da Costa Rica, é explorado por Ricardo Glasenapp e Tais Ramos.

A vida da filósofa Hannah Arendt, suas críticas às teorias da banalidade do mal e do dente da engrenagem, bem como suas concepções a respeito do poder, liberdade e direitos humanos, são retratadas por Júlia Maia de Meneses Coutinho e Martonio Mont'Alverne Barreto Lima.

Por derradeiro, parabênizo veementemente os coordenadores, organizadores e autores deste livro coletivo pela potente sinergia e diversidade intelectual que lhe serve de marca. Merece também destaque a Editora do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins pela publicação desta, fazendo chegar ao público jurídico brasileiro uma obra tão relevante, sob a credibilidade de um selo editorial.

[Ir para o índice](#)

Por tudo isso, tenho que a presente obra, a exemplo de seus volumes anteriores, trata-se de um acervo inestimável para o Direito na contemporaneidade, apontando este para um futuro de enormes desafios jurídicos e que somente poderão ser resolvidos a partir dos pilares do Estado de Direito, da Justiça Internacional e da Sustentabilidade Ecológica.

São Leopoldo-RS, 28 de junho de 2021.

Prof. Dr. Délton Winter de Carvalho

Pós-Doutor em Direito Ambiental e dos Desastres, University of California, Berkeley, USA. Doutor e Mestre em Direito UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS, nível Mestrado e Doutorado. Advogado, Parecerista e Consultor jurídico. Sócio-fundador do escritório Délton Carvalho Advogados Associados. Coordenador Regional da APRODAB, Rio Grande do Sul. Membro da Comissão de Direito Ambiental da OAB/RS. Membro do Conselho Pedagógico da Escola Superior da Advocacia – ESA/OAB-RS; Autor de diversos artigos publicados nacional e internacionalmente. delton@deltoncarvalho.com.br.



Apresentação

O Seminário Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional completou quinze edições no ano de 2019, percorrendo cidades brasileiras como Fortaleza, Belém, Belo Horizonte, Brasília, Marília, Palmas e Rio de Janeiro; e as cidades estrangeiras: Braga, Lisboa e Porto (Portugal); Santiago de Compostela, Sevilla e Tarragona (Espanha), Quito (Equador) e Teramo (Itália).

São editorados dois livros em cada edição do evento: um volume de artigos apresentados e outro de artigos dos palestrantes e autores convidados. No Brasil, a publicação é impressa e disponibilizada no site www.dialogoaci.com com acesso gratuito. A publicação em e-Book internacional pelo Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa tem como madrinha a Professora Carla Amado Gomes, coordenadora acadêmica do Diálogo ACI. Seu entusiasmo e visão continental permitiram a ampliação do universo da leitura dos textos acadêmicos produzidos em todas as edições do Seminário. Uma incansável defensora do “notável percurso do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional”.

A Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) é uma das instituições realizadoras do Diálogo ACI, desde o ano de 2016. Nas edições realizadas na cidade de Palmas a publicação é editora pelo Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins.

[Ir para o índice](#)

O e-Book Internacional Volume 11 compila os artigos apresentados no X Diálogo ACI – ocorrido nos meses de maio e junho de 2017, na Escola Superior da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e na Universidade Rovira i Virgili (URV), na Catalunha-Espanha. A publicação da obra em e-Book internacional promove a pesquisa das áreas Ambiental (7 artigos); Constitucional (7 artigos); e Internacional (8 artigos), reúne 41 autores brasileiros e 4 estrangeiros.

Agradecimento especial à professora Susana Borràs Pentinat da URV e ao Desembargador Marco Villas Boas do TJTO. A obra internacional traz uma adaptação da ABNT com as normas de publicação do ICJP da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. A Coordenação de Apoio de Pessoal de Nível Superior (CAPES), o Instituto de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, o Centro de Estudos de Direito Ambiental de Tarragona (CEDAT), o Centro de Ciências Jurídicas (CCJ) e a Vice-Reitoria da Pós-Graduação da Unifor têm relevante contribuição para a continuidade do evento.

Na foto de capa, a beleza única do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, captada pela talentosa Designer Rebecca Ramos. Municípes e turistas passeiam pela casa das orquídeas, palmeiras imperiais e vitórias-régias. Foi fundado em junho de 1808 por D. João, então príncipe regente de Portugal, é um precioso tesouro que guarda dois bancos de DNA e de sementes, com mais de 4 mil espécies.

Nossos agradecimentos.

Lisboa, 19 de julho de 2020.

Bleine Queiroz Caúla
Coordenadora Científica

[Ir para o índice](#)



Índice

I AMBIENTAL

- 32** A Lei como instrumento de proteção à flora nativa nos centros urbanos

Bleine Queiroz Caúla; Nicole de Almeida Correa; Sócrates Costa Oliveira

- 57** Desafios e estratégias na Cidade Standard: vulnerabilidades, resiliência e sustentabilidade

Gabriela Fauth; Rosângela Lunardelli Cavallazzi

- 77** A responsabilidade civil do estado de Minas Gerais na tragédia de Mariana

Deilton Ribeiro Brasil; Renato Zica de Oliveira;
Stéphanie Nathanael Lemos

- 107** Áreas Verdes Urbanas e Áreas de Preservação Permanente: a importância da diferenciação e efetivação desses institutos para a Política Urbana

Rafael Costa Freiria; Taisa Cintra Dosso

- 138** A Bioética e o Princípio da Solidariedade Intergeracional

Igor Labre de Oliveira Barros; Gustavo Paschoal T. de C. Oliveira

- 163** Uma análise da sustentabilidade na Administração Pública à luz do pensamento de Ignacy Sachs: novas perspectivas acerca da escassez de recursos

Suyene Monteiro da Rocha;
Renata Rodrigues de Castro Rocha

- 186** Mapeamento de injustiças ambientais: uma ferramenta de implementação do Estado de Direito Socioambiental

Gabriel Antônio Silveira Mantelli; Carolina Corrêa Moro;
Caroline Marques Leal Jorge Santos

II CONSTITUCIONAL

- 208** Formação de mediadores nos presídios: possibilidade de remição da pena de prisão e concretização de promessas constitucionais

Patrícia Medina; Rayka Oliveira Soares Valadares

- 232** Dano existencial como ofensa aos Direitos Humanos do trabalhador

Sarah Araújo Ferreira; Thiago Pachêco Santos Gil Alves;
Ângela Issa Haonat

- 258** O Estatuto da Primeira Infância e o dever de cuidado dos pais: uma abordagem da efetividade do Princípio do Melhor Interesse da Criança

Bruna Souza Paula; Eveline de Castro Correia



- 280** A função pedagógica da responsabilidade do agente fiscal nos casos de danos ocasionados ao cidadão
Bleine Queiroz Caúla; Dayane Nayara da Silva Alves;
Hortencia Silva Aires Leal
- 311** Crise urbana e planejamento: o Projeto Fortaleza 2040 sob as perspectivas sociológica e jurídica
Zaneir Gonçalves Teixeira
- 335** Abordagem ao Projeto de Lei nº 4.294/2008 e a responsabilidade civil em caso de abandono afetivo de idosos
Ana Paula Araújo de Holanda;
Nathasha Bianca Macêdo Correia Silva
- 359** Direito fundamental à intimidade nas relações de trabalho: reflexões sobre o modelo constitucional brasileiro
Suyene Monteiro da Rocha; Suzidarly Ribeiro Teixeira Fernandes

III INTERNACIONAL

- 381** La lucha por la tierra: el Caso del pueblo Kichwa Sarayaku vs Ecuador
María Dolores Núñez Ávila
- 408** La Sacralidad de la Tierra en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos
Jeronimo Basilio São Mateus

- 432** Tendências da cooperação internacional e a efetividade do direito ao desenvolvimento no âmbito das Nações Unidas

Deilton Ribeiro Brasil;
Leonardo Alexandre Tadeu Constant de Oliveira;
Stéphanie Nathanael Lemos

- 452** Poder de Polícia e da Polícia na faixa de fronteira do Brasil: ação conjunta programada ou indefinição de competências ambientais?

Bruno Costa Marinho; Rafael Costa Marinho;
Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

- 482** Os instrumentos de proteção das águas transfronteiriças: a questão jurídica do Mercosul

Ruth M. P. Santos; Renata Nayane de Menezes;
Caroline Costa Bernardo

- 511** Políticas climáticas en México y Derecho al desarrollo: algunos puntos de desencuentro

Stephanie Victoria Ascencio Serrato; Itzel Ramos Olivares

- 546** O Princípio da Igualdade e sua interpretação no Pacto de San José da Costa Rica

Ricardo Glasenapp; Tais Ramos

- 571** Hannah Arendt: Poder, Liberdade e Direitos Humanos na perspectiva Judaica

Júlia Maia de Meneses;
Martonio Mont'Alverne Barreto Lima



I. AMBIENTAL

[Ir para o índice](#)

A Lei como instrumento de proteção à flora nativa nos centros urbanos

The Law as mechanism of protection
of the native flora in the urban centers

BLEINE QUEIROZ CAÚLA
NICOLE DE ALMEIDA CORREIA
SÓCRATES COSTA OLIVEIRA

Resumo

O labor ora em comento cobre um estudo que objetiva analisar a lei como um mecanismo de valorização e defesa da biodiversidade dos biomas brasileiros, defendendo a iniciativa de limitação ao Estado para que se utilize apenas de árvores nativas das regiões onde for ocorrer a arborização pública. Observa-se que a medida poderá impactar positivamente a forma de planejamento e arborização nas cidades, por ser um meio fácil de implementação, não necessitar de grandes esforços, nem onerar a Administração Pública. Nesse sentido, a metodologia utilizada para tal fim destinou-se a garantir a interdisciplinaridade da Ecologia com o Direito, e recorreu à pesquisa bibliográfica em livros e artigos para solucionar o problema sob escólio, qual seja, o da eficácia de uma lei que limitasse aos tipos de espécies vegetais nativas as possíveis de serem utilizadas nos planos de arborização pública urbana, para proteger a biodiversidade e



valorizar a flora dos biomas brasileiros. Concluiu-se que a iniciativa possui harmonia com os dispositivos constitucionais de proteção ao equilíbrio ecológico e seria capaz de reduzir o número de espécies estrangeiras nas cidades brasileiras, tendo o potencial de estimular a sociedade a optar por espécies nativas em suas propriedades, diminuindo os danos que plantas exóticas ou invasoras possam causar aos ecossistemas nacionais.

Palavras-chave: Biodiversidade. Espécies Nativas. Espécies Invasoras. Administração Pública. Direito Ambiental.

Abstract

The paper now covers a study that aims to analyze the law as a mechanism to valorize and defend the biodiversity of Brazilian biomes, defending the initiative of limiting the State to use only trees native to the regions where public afforestation occurs. It is observed that the measure can positively impact the way of planning and afforestation in the cities, since it is an easy means of implementation and does not require great efforts, as well as does not burden the Public Administration. In this sense, the methodology used for this purpose was aimed at ensuring the interdisciplinarity of Ecology with Law, and resorted to bibliographical research in books and articles to solve the problem under scolio, that is, the effectiveness of a law that limited the types Of native plant species as possible to be used in urban public tree-planting plans, to protect biodiversity and enhance the flora of Brazilian biomes. It was concluded that the initiative has harmony with the constitutional mechanisms to protect the ecological balance and would be able to reduce the number of foreign species in Brazilian cities, and having the potential to encourage society

[Ir para o índice](#)

to opt for native species in its properties, Damage that exotic or invasive plants may cause to national ecosystems.

Keywords: *Biodiversity. Native Species. Invasive Species. Public Administration. Environmental Law.*

INTRODUÇÃO

A diversidade biológica ou biodiversidade pode ser considerada como a totalidade das variedades vivas, seus ecossistemas e recursos biológicos. Sua conservação parte de uma preocupação universal da humanidade, chamada a atenção pela Convenção Sobre Diversidade Biológica, aprovada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), no ano de 1992, na cidade do Rio de Janeiro.

Com o processo da globalização, crescimento demográfico e aceleração do crescimento das áreas urbanas, urgem-se medidas para que obstem os danos ocasionados ao meio ambiente, bem jurídico de titularidade difusa, cuja proteção alcança número indeterminado de pessoas. Debate-se relevante temática cuja negligência ocasionará consequências calamitosas para a variedade de ecossistemas, qual seja, a proteção às espécies nativas, neste trabalho mais especificamente referidas as espécies vegetais urbanas. O meio ambiente considerado direito fundamental pela sua essencialidade à íntegra subsistência do homem dá-se que o Estado deve garantir instrumentos rígidos, fortes e pedagógicos para sua perdurável preservação.

As hipóteses do estudo foram investigadas a partir de pesquisa bibliográfica, recorrendo-se a um caso prático, o que leva à abordagem teórico-empírica. Utilizou-se uma abordagem quantitativa e qualitativa,



voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece os fatos.

O trabalho está dividido em cinco seções, a começar por esta introdução. Logo após, escoa-se o desenvolvimento sobre um breve histórico a respeito da Convenção Sobre a Diversidade Biológica; o Direito Fundamental ao Meio Ambiente e à Biodiversidade. Em seguida, é tratada a problemática das espécies exóticas invasoras ante as espécies nativas e a proteção da biodiversidade, assim como demonstra um panorama dos intentos de regulamentação sobre a matéria. Ao final, estabelecem-se considerações finais sobre as possibilidades da lei como ferramenta de proteção à flora nativa nos centros urbanos.

1. A CONVENÇÃO SOBRE DIVERSIDADE BIOLÓGICA E O DIREITO AO MEIO AMBIENTE

A proteção da biodiversidade ganha relevo com as principais convenções internacionais de meio ambiente. Para entender a proteção das árvores nativas e seu relevante papel na arborização urbana, necessária se faz a narrativa precursora dessa riqueza.

Após dez anos da realização da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas institui a Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, em 1983, que teve como presidente a primeira-ministra norueguesa Gro Harlem Brundtland. Em seguida, foi aprovado o Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum), apresentado à Organização

[Ir para o índice](#)

das Nações Unidas, em 1987, reunindo a opinião de pessoas de diversos países sobre variados temas relacionados ao meio ambiente e desenvolvimento, como população, saúde, comércio, áreas urbanas, ecossistemas e indústria. O Relatório firmou o princípio do desenvolvimento sustentável, qual seja, o princípio que busca o atendimento das necessidades da atual geração sem comprometer a capacidade das futuras gerações¹.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (CNUMAD), conhecida como Eco-92 ou Cúpula da Terra, aprovou importantes documentos, como a Agenda 21; a Declaração do Rio Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; a Declaração de Princípios para o desenvolvimento Sustentável das Florestas; Fundo para o Meio Ambiente; a Convenção-Quadro sobre Mudança do Clima; e, por fim, a Convenção Sobre Diversidade Biológica. Conforme Sirvinskas², a reunião faz um balanço dos princípios firmados na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, em 1972.

A Convenção Sobre Diversidade Biológica (CDB), cujo texto fora aprovado pelo Decreto Legislativo nº 2, de 3 de fevereiro de 1994, tem como objetivos a “conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos [...]”³. No Brasil, a promulgação da Convenção Sobre Diversidade Biológica ocorreu pelo Decreto nº 2.519, de 1998⁴.

1 GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**, 2015, p. 43.

2 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

3 BRASIL. **Decreto Legislativo nº 2, de 03 de fevereiro de 1994**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 27 jan. 2017.

4 BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992. Brasília, DF, 17 mar. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Acesso em: 31 dez. 2017.



Oportuno ressaltar o conceito de “biodiversidade” ou “diversidade biológica” inserto no artigo 2º da Convenção Sobre Diversidade Biológica⁵:

“Diversidade biológica” significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas.

A partir da Convenção Sobre Diversidade Biológica, iniciativas públicas e privadas foram impulsionadas no Brasil, com o fim de resguardar a diversidade biológica. Conforme Mazzuoli⁶, o direito ao meio ambiente deve ser visto em duas dimensões, uma individual e outra coletiva. A primeira teria relação com o “convívio de um indivíduo ou grupos de indivíduos com instrumentos legais estatais voltados à proteção de recursos naturais e à garantia de direitos civis e políticos, como o acesso à informação e a participação na gestão de bens ambientais”, assim como a imposição de normas entre particulares em relações de cunho contratual, trabalhista ou civilista que garantam aos envolvidos o direito fundamental de estarem em contato com um ambiente sadio.

Na dimensão coletiva, por sua vez, o meio ambiente é o bem comum, resultado do “esverdeamento dos direitos econômicos, sociais e culturais”⁷, implicando-se aqui também a proteção da coletividade dada a vulnerabilidade decorrente da degradação ambiental.

5 Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 11 mar. 2018.

6 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos, 2013, p. 207. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogy/article/view/20905/19629>. Acesso em: 18 jan. 2017.

7 MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos, 2013, p. 208.

Em razão da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano (1972), ocorreu o impulsionamento das reformas constitucionais para a inclusão do meio ambiente como direito fundamental. Conforme Canotilho⁸, houve “ecologização da ordem jurídica”, ecologização das Constituições marcada pela solidariedade das gerações, o que significa que a sociedade atual deve resguardar o direito ao futuro da humanidade.

Em Portugal, conforme Gomes⁹, a entrada do tema Meio Ambiente se deu pela Constituição, de 1976, no art. 66º, o primeiro artigo ambiental, o qual consagra o direito dos cidadãos a um ambiente sadio e ecologicamente equilibrado. Porém, a autora pondera que apenas 10 anos depois, em 1987, criou-se a Lei de Bases do Ambiente (LBA) – Lei nº 11, de 7 de abril de 1987 –, revogada pela Lei nº 19, de 2014, que institui as bases da política de ambiente. No mais, todavia, os primeiros passos constitucionais expressos foram introduzidos.

2. BIODIVERSIDADE NATIVA X ESPÉCIES EXÓTICAS INVASORAS: ESFORÇOS PARA A REGULAMENTAÇÃO

Em meio à preservação da biodiversidade, faz-se premente a conservação das populações nativas, quais sejam, aquelas naturais de certo ecossistema, proteção a qual deve preponderar ante as demais formas

8 CANOTILHO, 2008, p. 5 *apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos, 2013, p. 205.

9 GOMES, Carla Amado. Constituição e Ambiente: errância e simbolismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 3, p. 27-46, nov. 2006. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em: 19 jan. 2017.



de uso do solo ou outras atividades degradantes, devendo-se para tanto existir normas legais que protejam os recursos naturais, bens pertencentes a toda a sociedade.

Conforme Caúla¹⁰, “pensar a questão ambiental hoje implica ir além da necessidade de dar bases ecológicas à produção, de inovar as tecnologias para reciclar os rejeitos ou incorporar normas ecológicas à economia”, devendo-se preservar a diversidade biológica, étnica e cultural e impulsionar o manejo produtivo da biodiversidade.

A degradação do meio ambiente e as alterações das paisagens naturais propiciam a invasão por espécies exóticas. Combinadas a ação do homem e a globalização, as espécies exóticas adentram um território acidental ou intencionalmente, independentemente das separações político-geográficas. Porém, atenta-se ao fato de que simplesmente por ser exótica não significa de logo ser um dano, chegando-se ao conceito de “espécie exótica invasora” aquelas que, oriundas de outros ambientes, uma vez introduzidas, adaptam-se e se reproduzem a ponto de substituir espécies nativas e modificar processos ecológicos naturais, persistindo em detrimento das espécies dos ecossistemas nativos¹¹.

Tais espécies invadem biologicamente um dado ecossistema causando transformações, podendo, até mesmo, quebrar cadeias ecológicas, impedindo que os ecossistemas se recuperem naturalmente. O poten-

10 CAÚLA, Bleine Queiroz. **Educação ambiental e agenda 21 local**: estratégias para a efetivação do desenvolvimento sustentável. 2007, p. 28. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudo/F1066347715/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

11 ZILLER, Sílvia R. Espécies exóticas da flora invasoras em unidades de conservação. In: CAMPOS, João Batista; TOSSULINO, Márcia de Guadalupe Pires; MÜLLER, Carolina Regina Cury (org.). **Unidades de Conservação**: ações para valorização da biodiversidade. Curitiba: Instituto Ambiental do Paraná, 2005, p. 35. Disponível em: http://observatorio.wwf.org.br/site_media/upload/gestao/documentos/IAP2005.pdf#page=29. Acesso em: 10 jan. 2017.

cial de modificação dos sistemas é tanto que é considerada a segunda maior ameaça à biodiversidade, apenas atrás da degradação de habitats¹². Mais de 120.000 espécies exóticas de plantas, de animais e de micróbios foram introduzidas nos Estados Unidos, Reino Unido, Austrália, África do Sul, Índia e Brasil, causando grandes perdas econômicas na agricultura e silvicultura¹³.

A maior parte das plantas encontradas nesses países foi introduzida por motivos alimentícios ou ornamentais. Das 55.000 espécies de plantas conhecidas no Brasil, 21% são consideradas exóticas. Parte das espécies das gramíneas introduzidas tem significantes impactos negativos, uma vez que elas se sobrepõem às gramíneas nativas e tornam o ecossistema mais suscetível a incêndios do que as nativas¹⁴.

Conforme Zill¹⁵ são exemplos de plantas invasoras, tomando por base de demonstração o estado do Paraná, vejamos:

Espécies de plantas que se enquadram nesta problemática são, no estado do Paraná, a uva-do-japão *Hovenia dul-*

12 BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/>. Acesso em: 19 jan. 2017.

13 PIMENTEL, David *et al.* Economic and environmental threats of alien plant, animal, and microbe invasions. **Agriculture, Ecosystems and Environment**, New York, v. 84, n. 1, p.1-20, 13 fev. 2001. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S016788090000178X>. Acesso em: 29 jan. 2017.

14 Cf. PIMENTEL, David *et al.* Economic and environmental threats of alien plant, animal, and microbe invasions. **Agriculture, Ecosystems and Environment**, New York, v. 84, n. 1, p.1-20, 13 fev. 2001.

15 Cf. ZILLER, Sílvia R. Espécies exóticas da flora invasoras em unidades de conservação. In: CAMPOS, João Batista; TOSSULINO, Márcia de Guadalupe Pires; MÜLLER, Carolina Regina Cury (org.). **Unidades de Conservação: ações para valorização da biodiversidade**. Curitiba: Instituto Ambiental do Paraná, 2005, p. 47. Disponível em: http://observatorio.wwf.org.br/site_media/upload/gestao/documentos/IAP2005.pdf#page=29. Acesso em: 10 jan. 2017.



cis, a nêspêra *Eryobotrya japonica* e o cinamomo *Melia azedarach*, nas formações com araucária e Floresta Estacional no sul do Brasil, pau-incenso *Pittosporum undulatum* nas florestas com araucária no planalto paranaense, a acácia-negra *Acacia mearnsii*, o tojo *Ulex europaeus* em campos e áreas desmatadas, espécies do gênero *Pinus*, gramíneas diversas, especialmente do gênero *Brachiaria*, o capim-gordura *Melinis minutiflora* e o capim-annoni *Eragrostis plana*, entre outras.

Por sua relevância, a temática foi disposta no Regulamento da União Europeia¹⁶ nº 1.143, de 2014, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de outubro de 2013, sobre a prevenção e a gestão da introdução e propagação de espécies exóticas invasoras. Conforme o documento, nem sempre a aparição de espécies exóticas pressupõe motivos de preocupação, exceto quando essas espécies se tornam invasoras, gerando graves efeitos para a biodiversidade e ecossistemas, assim como efeitos sociais e econômicos. Aponta-se que cerca de 12.000 espécies do meio ambiente da União Europeia e de outros países europeus são exóticas; deste número, cerca de 10% a 15% são invasoras.

Tal regulamento foi criado como meio de efetivação das disposições da Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB), a qual, em seu artigo 8º, alínea “h”, delibera: “Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies”.

16 UNIÓN EUROPEA. **Regulamento nº 1143, de 22 de outubro de 2014.** Reglamento (UE) nº 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de Octubre de 2014. Sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras. Estrasburgo, 4 nov. 2014. Disponível em: https://app.vlex.com/#WW/search*/especies+invasoras/WW/vid/542163398/graphical_version. Acesso em: 15 jan. 2017.

Algumas espécies exóticas invasoras estão incluídas no anexo do documento, e a importação delas na União Europeia está proibida, por causa dos efeitos degradadores nas espécies autóctones:

Esas especies son las siguientes: Callosciurus erythraeus, Sciurus carolinensis, Oxyura jamaicensis, Lithobates (Rana) catesbeianus, Sciurus niger, Chrysemys picta y Trachemys scripta elegans. A fin de garantizar un marco jurídico coherente y normas uniformes sobre especies exóticas invasoras a escala de la Unión, la inclusión en la lista de la Unión de dichas especies exóticas invasoras como especies exóticas invasoras preocupantes para la Unión debe ser considerada un asunto prioritario.

O documento ainda determina que, além da preocupação com a erradicação das espécies invasoras, devem ser adotadas medidas reparadoras para aumentar a resistência dos ecossistemas em razão das invasões; reparar os danos ocorridos; e melhorar o estado de conservação das espécies e dos habitats. Ademais, impôs aos Estados-Membros que determinassem sanções eficazes e proporcionais no caso de descumprimento, aplicando-se o princípio do poluidor-pagador, conforme o artigo 21:

De conformidad con el principio de que «quien contamina paga» y sin perjuicio de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (1), los Estados miembros perseguirán la recuperación de los costes de las medidas necesarias para prevenir, reducir al máximo o mitigar los efectos negativos de especies exóticas invasoras, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, así como los costes de reparación.



Dessa forma, a União Europeia trata a matéria exigindo um plano de ação de seus membros para a prevenção, com pronta detecção e erradicação rápida, medidas como advertir o público sobre o problema, assim como reduzir ao máximo a contaminação causada pelas espécies exóticas invasoras e garantir controles adequados nas fronteiras da União, em razão da proteção das suas espécies autóctones.

Sobre o assunto, no Brasil há leis esparsas para regulamentar o tema das espécies invasoras, quais sejam, a Lei nº 9.605, de 1998, Lei de Crimes Ambientais; a Lei nº 5.179, de 1967, Proteção da Fauna; e a Lei nº 6.938, de 1981, Política Nacional de Meio Ambiente, impondo sanções àqueles que as disseminarem. Em relação a sementes e mudas para a agricultura e consumo, as comercializações nacionais e internacionais das mesmas utilizadas em território nacional ficam regulamentadas pela Lei nº 10.711, de 2003, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Sementes e Mudas.

A Lei de Crimes Ambientais (nº 9.605, de 1998)¹⁷ exara como crime em seu artigo 31 a introdução de “espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente”, como pena de detenção de três meses a um ano, e multa. Ademais, no art. 61, tem-se pena para aquele que “Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas”, com pena de reclusão de um a quatro anos, e multa.

Em virtude da Convenção da Diversidade Biológica¹⁸, a qual estabeleceu o Plano Estratégico de Biodiversidade 2011-2020 incluindo as Metas

17 BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 30 jan. 2017.

18 BRASIL. **Decreto Legislativo nº 2, de 03 de fevereiro de 1994.** Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 27 jan. 2017.

de Aichi de Biodiversidade, o governo brasileiro pela Resolução Conabio nº 06¹⁹, de 3 de setembro de 2013, adotou tais programas. Pela meta nº 9 das Metas de Aichi tem-se que, “Até 2020, espécies exóticas invasoras e seus vetores terão sido identificadas e priorizadas, espécies prioritárias terão sido controladas ou erradicadas, e medidas de controle de vetores terão sido tomadas para impedir sua introdução e estabelecimento”.

Apesar de não haver uma política específica de combate de espécies invasoras, o Brasil já introduziu iniciativas normativo-legais destinadas a cumprir os objetivos propostos pela CDB em razão da proteção da biodiversidade, de forma a alcançar as pretensões contraídas em âmbito nacional e internacional.

3. A NECESSÁRIA EFICIÊNCIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA AO PLANTIO DE ÁRVORES NATIVAS

A valorização da rica flora brasileira e conhecimento da sociedade sobre ela devem ser incentivados, tendo em vista que a pouca presença ou a ausência de espécies nativas nas áreas urbanas é reflexo do desconhecimento das potencialidades da flora local. Grande parte dos projetos de urbanização e arborização dos centros urbanos no Brasil parecem não contar com a rica biodiversidade local, abrindo mão, dessa forma, dos inúmeros benefícios que elas podem oferecer para as cidades.

19 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Resolução CONABIO nº 06, de 03 de setembro de 2013**. Dispõe sobre as Metas Nacionais de Biodiversidade para 2020. Brasília, DF. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/docs-plano-de-acao-ARQUIVO/00-saiba-mais/02 - RESOLU%C3%87%C3%83O_CONABIO_N%C2%BA_06_DE_03_DE_SET_DE_2013.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.



No ano de 2006 foi feito um levantamento das árvores que existiam nos espaços públicos na cidade de Fortaleza, especificamente nos bairros Benfica e Jardim América (ruas e praças). Conforme Moro e Westerkamp²⁰, a referida pesquisa constatou a presença de 2.075 árvores de 89 espécies nos dois bairros pesquisados, sendo que 95% das espécies eram exóticas, apenas 5% delas eram brasileiras, e, dentre as espécies nacionais, nem todas ocorriam de forma espontânea no Ceará.

De modo semelhante ao inventário feito na cidade de Fortaleza, uma pesquisa foi realizada na cidade de Morada Nova, no estado do Ceará, ou seja, um levantamento quantitativo das espécies existentes na arborização das praças da cidade, que demonstrou a existência de 15 espécies de 12 famílias, delas, 93,3% não são espécies brasileiras e apenas 6,7% pertencem à flora nacional²¹.

As plantas nativas carregam consigo características derivadas de seus muitos anos de adaptação à região onde elas ocorrem de forma espontânea, quais sejam, resistência às pragas locais; adaptação à temperatura; ao estresse hídrico; ao tipo de solo, possuindo, pois, equilíbrio no seu respectivo bioma, diante da adaptação que este já possui com as características típicas do local²². Por já estarem adaptadas ao bioma, as plantas

20 MORO, Marcelo Freire; WESTERKAMP, Christian; The alien street trees of Fortaleza (NE Brazil): qualitative observations and the inventory of two districts. **Ciência Florestal**, Santa Maria, v. 21, n. 4, p. 791, out./dez., 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/cienciaflorestal/article/viewFile/4524/2684>. Acesso em: 4 jan. 2017.

21 SILVA, Addressa Pereira da.; LIMA, Claudiana Costa de; MELO, Marlenildo Ferreira; NUNES *et al.* Diversidade da flora utilizada na arborização urbana no município de Morada Nova, Ceará, Brasil. In: **II Simpósio da Rede de Recursos Genéticos Vegetais do Nordeste**. Fortaleza, Embrapa Agroindústria Tropical, 2015 (R 223). Disponível em: <http://www.rgvne.org/2simposio/wp-content/uploads/2015/11/223.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2017.

22 NUNES, Raphael Layola; MARMONTEL, Caio Vinicius Ferreira; RODRIGUES, João Paulo; MELO, Augusto Gabriel Claro. Levantamento qualitativo da arborização urbana do bairro Ferrarópolis na cidade de Garça-SP. **REVSBAU**, Piracicaba – SP, v. 8, n.1, p. 70, 2013 Disponível em: http://www.revsbau.esalq.usp.br/artigos_cientificos/artigo20sn-publicacao.pdf. Acesso em: 4 jan. 2017.

nativas apresentam um potencial de serem economicamente mais viáveis para a população, uma vez que demandariam menos manutenção durante qualquer estágio de vida²³.

A presença de árvores nativas na paisagem urbana oportunizaria a convivência dos cidadãos com tais espécies, e, por sua vez, ocorreria mais conhecimento sobre os biomas nacionais, a fim de buscar proteção da sociedade sobre essas plantas. A medida agregaria também um valor pedagógico, pois direcionaria as pessoas para um diálogo mais atento sobre como as áreas urbanas são planejadas e administradas, estimulando que os cidadãos também optem por espécies locais ao arborizar suas propriedades.

Ademais, os centros urbanos carregam como componentes de sua identidade diversas características específicas, seja pela arquitetura; pelo seu clima; seus habitantes; sua cultura e culinária; porém, as características que se tornam indissociáveis ao lugar não se resumem a isso, e, portanto, a vegetação ocupante da área urbana também confere identidade aos locais. A cidade de Buenos Aires, na Argentina, é comumente retratada por fotos e pinturas que destacam os seus jacarandás floridos (*Jacaranda mimosifolia*); a cidade do Porto, em Portugal pelas suas amendoeiras (*Prunus dulcis*) plantadas em toda a região do Douro. No Brasil temos a cidade de Brasília, conhecida por abrigar vários Ipês (*Tabebuia chrysostricha*) em suas ruas.

O aumento da presença de espécies nativas na arborização das cidades traria uma melhor relação entre a área urbana e o ecossistema onde

23 MUNEROLI, Clenara Citron; MASCARÓ, Juan José. Arborização urbana: uso de espécies arbóreas nativas na captura do carbono atmosférico. **REVSBAU**, Piracicaba – SP, v. 5, n.1, p. 176, 2010. Disponível em: http://www.revsbau.esalq.usp.br/artigos_cientificos/artigo107-publicacao.pdf. Acesso em: 4 jan. 2017.



ela se encontra. A medida poderia ser implementada por meio da edição de uma lei capaz de limitar a administração pública a utilizar-se apenas de espécies nativas nos seus projetos de arborização. Tal medida possui fundamento no artigo 225 da Constituição Federal, de 1988²⁴.

Os benefícios de uma arborização que respeita os biomas nacionais e valoriza as espécies locais podem se tornar presentes no cotidiano brasileiro, desde que houvesse a instituição de um instrumento normativo vinculando a Administração Pública para que ela, ao elaborar plano de arborização, esteja limitada a escolher apenas as plantas nativas do bioma predominante para o plantio.

Os atores sociais por vezes desconhecem o potencial que a flora brasileira tem a oferecer para a arborização urbana e acabam desperdiçando a oportunidade de contribuir com a preservação dos ecossistemas nacionais, optando pela escolha de plantas nativas para a cidade. O comportamento observado em diversas cidades brasileiras revela-se como paradoxal, diante do fato de o Brasil abrigar a maior biodiversidade de árvores do Planeta, e também a maior diversidade de plantas endêmicas, conforme o estudo realizado pela *Botanical Gardens Conservation International* (BGCI)²⁵ e publicado no *Journal of Sustainable Forestry*:

24 Constituição Federal, de 1988, Art. 225 [...] I- preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; II- preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; [...] VI- promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente; VII- 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.

25 BOTANICAL GARDENS CONSERVATION INTERNATIONAL. **GlobalTreeSearch**: The first complete global database of tree species and country distributions. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10549811.2017.1310049>. Acesso em: 10 mar. 2017.

The country with the most diverse tree flora is Brazil, with 8,715 tree species, followed by Colombia (5,776 spp.) and Indonesia (5,142 spp.). Nearly 58% of all tree species (34,575) are single country endemics. The countries with the most endemic trees are Brazil (4,333 spp.), Madagascar (2,991 spp.), Australia (2,584 spp.), and China (2,149 spp.). (2017).

Os centros urbanos brasileiros podem se tornar precursores de uma nova forma de arborização, valorizando e utilizando as espécies locais. Pensar e planejar as cidades com a implementação de um efeito pedagógico sobre a biodiversidade do bioma local, colaborará para a proteção contra a invasão de espécies exóticas, de modo a conferir aos centros urbanos um resgate da identidade ecológica do seu bioma, tornando a flora local parte integrante da identidade das cidades.

Um município de Iguatu, no estado do Ceará, demonstrou esforços para tornar a flora local mais presente, conhecida e valorizada pela população local. Foi o primeiro no Ceará a aprovar uma lei estabelecendo que, no plano de arborização realizado pela Prefeitura, as espécies a serem utilizadas sejam totalmente de árvores nativas da Caatinga, e, portanto, não deve haver espécies de fora do bioma compondo qualquer projeto municipal para a cidade.

A iniciativa de apresentar o Projeto de Lei Municipal (PLM) surgiu após uma turma de alunos da Escola Estadual de Educação Profissional Lucas Emmanuel Lima Pinheiro constatar que o conteúdo disponível nos livros sobre o bioma da Caatinga²⁶ era escasso, e que, no entanto, sobre outros

26 Art. 225, §4º da CF/88: “A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais”. Oportuno lembrar a lacuna do §4º do artigo 225 que não trata da Caatinga, bioma exclusivamente brasileiro, concentrado na região nordeste. Conforme a ONG brasileira, **Associação O Eco**, a Caatinga ocupa cerca de 844 mil quilômetros quadrados, o equivalente a 11% do território do país, e engloba os estados de Alagoas, Bahia, Ceará, Maranhão, Pernambuco, Paraíba, Rio Grande do Norte, Piauí, Sergipe e o norte de Minas Gerais. O clima semi-árido caracteriza a paisagem de uma vegetação sem folhas e os troncos de árvores esbranquiçados e secos. Os tupis denominaram de “mata branca”, que na sua língua era a *caa* (mata) + *tinga* (branca), a caatinga. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28603-o-que-e-o-bioma-caatinga/>. Acesso em: 12 mar. 2018.



biomas havia mais informações. Após pesquisas feitas com a população do município de Iguatu, percebeu-se o generalizado desconhecimento sobre o bioma predominante no Ceará. A partir de então, os estudantes elaboraram o Projeto de Lei Municipal visando tornar as espécies locais mais conhecidas e valorizadas.

A Lei Municipal nº 2.404, de 2016, torna concreta a ideia de vincular a Administração Pública à gestão eficiente e sustentável de plantar espécies que compõem a flora nativa da região. O objetivo dessa norma é levar ao cotidiano dos centros urbanos as espécies que são naturais de determinada região. A aprovação de lei que limite a discricionariedade administrativa para realizar apenas o plantio de espécies da flora local é fundamental, pois pode vir a garantir a segurança das espécies nativas. Conforme o art. 3º da Lei Municipal nº 2.404, de 2016²⁷,

Art. 3º- Fica instituído como símbolo da caatinga, no município de Iguatu, a árvore OITICICA (licania rígida).

Parágrafo Único – As árvores da caatinga, em especial a oiticica, deverão ser utilizadas na arborização das ruas, avenidas e instituições públicas municipais.

Essa iniciativa, tanto no âmbito estadual ou federal, pode ser eficaz para ampliar a preservação dos biomas, que por sua vez sofrem constantes danos causados por espécies invasoras que se proliferam de forma descontrolada, atingindo as regiões de mata nativa, interrompendo o

27 CEARÁ, **Lei nº 2.404, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de fortalecer as políticas de valorização e preservação da caatinga, no município de Iguatu e adota outras providências. Diário Oficial dos Municípios do Ceará. Atos do Poder Legislativo, Iguatu, CE, 06 de maio de 2016. Disponível em: <http://www.diariomunicipal.com.br/aprece/materia/CEF80056>. Acesso em: 22 fev. 2018.

equilíbrio ecológico e competindo com as espécies locais. Regular o plantio por iniciativa pública, limitando a discricionariedade da administração sobre as espécies possíveis de serem utilizadas já é visto como um incentivo que pode reduzir consideravelmente a presença de plantas exóticas nas cidades, colaborando com uma redução aos danos causados por espécies invasoras nos ecossistemas e valorizando a biodiversidade local.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O equilíbrio ecológico e o desenvolvimento sustentável constituem preocupação da sociedade internacional há algum tempo. Deles depende o direito ao futuro, de modo que conduzem diferentes nações a participarem, anualmente, da Conferências das Partes (COPs) para dialogar, ponderar e rediscutir temas emblemáticos, como energia, poluição, água, saneamento, alimentação, migrantes climáticos, dentre outros. O objetivo é restabelecer e cumprir as metas capazes de recompor o ambiente equilibrado (propício à vida na Terra).

A Constituição Federal, de 1988, constitucionalizou a proteção ambiental de forma específica (artigo 225) e interdisciplinar com outros direitos (sociais, econômicos, de liberdade, livre iniciativa, da saúde, da mobilidade urbana, do lazer, da moradia). Entrementes, a iniciativa de determinar que o Poder Público plante apenas árvores nativas visa preservar a variabilidade de organismos vivos e seus ecossistemas. É uma medida que contribui para diminuir o número de espécies que podem causar danos ao equilíbrio dos biomas nacionais, disputando espaço na natureza com as plantas nativas, e podendo se proliferar como uma espécie invasora.



A legislação brasileira estabelece como crime a introdução de espécies de animais que não são considerados nativos no território brasileiro para prevenir danos ao meio ambiente. Porém, danos semelhantes podem e são causados pela introdução de espécies de exóticas à flora brasileira, pois algumas delas têm demonstrado grande adaptabilidade no País, e disputam espaço com as plantas nativas, interferindo assim no ciclo natural das áreas de vegetação nativa.

Na arborização urbana, realizada pelo Poder Público, deve haver limitação legal para que ocorra apenas o plantio de espécies nativas dos biomas onde as cidades estiverem localizadas, a fim de valorizar e tornar a flora local mais conhecida, estimulando a sociedade a também optar por espécies locais em plantios particulares. É uma iniciativa de valorização da biodiversidade de árvores do Brasil.

Nesse sentido, conclui-se o quanto é importante o papel do Estado para a criação e execução de mecanismos de defesa ambiental e condução de políticas sustentáveis e de incentivo e valorização da biodiversidade nacional. Reconhecer a relevância desse mecanismo de incentivo e proteção é garantir o direito da sociedade ao equilíbrio ecossistêmico das espécies nativas.

REFERÊNCIAS

Associação O Eco. **O que é o bioma Caatinga**. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28603-o-que-e-o-bioma-caatinga/>. Acesso em: 12 mar. 2018.

BOTANICAL GARDENS CONSERVATION INTERNATIONAL. **GlobalTree-Search**: The first complete global database of tree species and country distributions. Disponível em: <http://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/10549811.2017.1310049>. Acesso em: 10 mar. 2017.

Ir para o índice

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 2, de 03 de fevereiro de 1994**. Aprova o texto do Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, realizada na Cidade do Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992. Brasília, DF, Diário Oficial da União, Seção 1. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1994/decretolegislativo-2-3-fevereiro-1994-358280-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.711, de 5 de agosto de 2003**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Sementes e Mudanças e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.711.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 5.179, de 3 de janeiro de 1967**. Dispõe sobre a proteção à fauna e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5197.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 30 maio 2021.



BRASIL. **Decreto nº 2.519, de 16 de março de 1998**. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Ministério do Meio Ambiente**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/i>. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Resolução CONABIO nº 06, de 03 de setembro de 2013**. Dispõe sobre as Metas Nacionais de Biodiversidade para 2020. Disponível em: <http://bibspi.planejamento.gov.br/handle/iditem/371>. Acesso em: 30 jan. 2017.

CAÚLA, Bleine Queiroz. **Educação ambiental e agenda 21 local: estratégias para a efetivação do desenvolvimento sustentável**. 2007. Dissertação (Mestrado em Administração de Empresas). Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 204 f. Disponível em: <https://uol.unifor.br/oul/conteudo/F1066347715/Dissertacao.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2017.

CEARÁ, **Lei nº 2.404, de 28 de abril de 2016**. Dispõe sobre a obrigatoriedade de fortalecer as políticas de valorização e preservação da caatinga, no município de Iguatu e adota outras providências. Diário Oficial dos Municípios do Ceará. Atos do Poder Legislativo, Iguatu, CE, 06 maio 2016. Disponível em: <http://www.diariomunicipal.com.br/apre/materia/CEF80056>. Acesso em: 22 fev. 2018.

GOMES, Carla Amado. Constituição e Ambiente: errância e simbolismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 3, p. 27-46, nov. 2006. Disponível em: <http://www.panoptica.org>. Acesso em: 19 jan. 2017.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito ambiental**. 4. ed. Rev. e atualizada. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; TEIXEIRA, Gustavo de Faria Moreira. O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos. **Revista Direito GV**, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 199-241, jan. 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20905/19629>. Acesso em: 18 jan. 2017.

MEDEIROS, Josimar Araújo. Arborização urbana com plantas nativas na seca de 2013 na Cidade de São José do Seridó/RN. **Revista Eletrônica em Gestão, Educação e Tecnologia Ambiental** – REGET, V. 18 n. 2 Mai-Ago. 2014, p. 908-918. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/reget/article/view/13733/pdf>. Acesso em: 18 jan. 2017.

MORO, Marcelo Freire; WESTERKAMP, Christian; The alien street trees of Fortaleza (NE Brazil): qualitative observations and the inventory of two districts. **Ciência Florestal**, Santa Maria, v. 21, n. 4, p. 789-798, out.-dez., 2011. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/index.php/cienciaflorestal/article/viewFile/4524/2684>. Acesso em: 4 jan. 2017.

MUNEROLI, Clenara Citron; MASCARÓ, Juan José. Arborização urbana: uso de espécies arbóreas nativas na captura do carbono atmosférico. **REVSBAU**, Piracicaba – SP, v.5, n.1, p.160-182, 2010. Disponível em: http://www.revsbau.esalq.usp.br/artigos_cientificos/artigo107-publicacao.pdf. Acesso em: 4 jan. 2017.

NUNES, Raphael Layola; MARMONTEL, Caio Vinicius Ferreira; RODRIGUES, João Paulo; MELO, Augusto Gabriel Claro. Levantamento qualitativo da arborização urbana do bairro Ferrarópolis na cidade de Garça-SP. **REVSBAU**, Piracicaba – SP, v.8, n.1, p.65-74, 2013 Disponível em: http://www.revsbau.esalq.usp.br/artigos_cientificos/artigo20sn-publicacao.pdf. Acesso em: 4 jan. 2017.



PIMENTEL, David et al. Economic and environmental threats of alien plant, animal, and microbe invasions. **Agriculture, Ecosystems and Environment**, New York, v. 84, n. 1, p.1-20, 13 fev. 2001. Disponível em: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S016788090000178X>. Acesso em: 29 jan. 2017.

PORTUGAL. **Lei nº 11, de 07 de abril de 1987**. Lei de Bases do Ambiente. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=752&tabela=leis. Acesso 29 set. 2017.

POTUGAL. **Lei nº 19, 14 de abril de 2014**. Define as bases da política de ambiente e revoga a Lei de Bases do Ambiente n.º 11/87. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2091&tabela=leis&nverso=. Acesso em: 29 set. 2017.

SILVA, Andressa Pereira da.; LIMA, Claudiana Costa de; MELO, Marlenildo Ferreira; NUNES, Marcos Venicius; SOUZA, Francisco Carlos Almeida de; LEITE, Romualdo Lunguinho; CAVALCANTE, Cícero Antônio Maia. Diversidade da flora utilizada na arborização urbana no município de Morada Nova, Ceará, Brasil. In: **II Simpósio da Rede de Recursos Genéticos Vegetais do Nordeste**, 2015, Fortaleza, Embrapa Agroindústria Tropical, 2015 (R 223). Disponível em: <http://www.rgvne.org/2simposio/wp-content/uploads/2015/11/223.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2017.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

UNIÓN EUROPEA. Reglamento nº 1143, de 22 de outubro de 2014. **Reglamento (UE) nº 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de Octubre de 2014**. Sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras. Estrasburgo, 4 nov. 2014. Disponível em: https://app.vlex.com/#WW/search*/especies+invasoras/WW/vid/542163398/graphical_version. Acesso em: 15 jan. 2017.

Ir para o índice

ZILLER, Sílvia R. Espécies exóticas da flora invasoras em unidades de conservação. *In*: CAMPOS, João Batista; TOSSULINO, Márcia de Guadalupe Pires; MÜLLER, Carolina Regina Cury (org.). **Unidades de Conservação**: ações para valorização da biodiversidade. Curitiba: Instituto Ambiental do Paraná, 2005, p. 34-52. Disponível em: http://observatorio.wwf.org.br/site_media/upload/gestao/documentos/IAP2005.pdf#page=29. Acesso em: 10 jan. 2017.



Desafios e estratégias na Cidade Standard: vulnerabilidades, resiliência e sustentabilidade

Challenges and strategies
in the Standard City:
vulnerability, resilience
and sustainability

GABRIELA FAUTH
ROSÂNGELA LUNARDELLI CAVALLAZZI

Resumo

A magnitude do atual processo de globalização acaba gerando novas vulnerabilidades, tanto sociais como ambientais, questionando de forma incisiva as perspectivas da sustentabilidade nas cidades contemporâneas. Este trabalho pretende realizar um debate, segundo uma leitura interdisciplinar, em torno de alguns paradigmas da cidade contemporânea, no contexto do processo de globalização e dos desafios com a tutela urbano-ambiental, percebida especialmente no contexto da cidade

[Ir para o índice](#)

standard. O diálogo sobre os conceitos interdisciplinares da resiliência e da sustentabilidade busca subsídios para que as políticas públicas visem a um melhor desempenho socioambiental das cidades na perspectiva da garantia de direitos, corroborando com a democracia e ampliando o conceito de cidadania inerente às lutas sociais atuais. Na perspectiva da eficácia social da norma urbanística, o presente estudo estabelece o diálogo entre os campos do Direito e do Urbanismo, tendo o Direito à cidade como conceito-chave, estruturante da justiça distributiva e que está diretamente associado à qualidade de vida dos habitantes da cidade.

Palavras-chave: Globalização. Vulnerabilidade. Resiliência. Sustentabilidade. Interdisciplinaridade.

Abstract

The magnitude of the current process of globalization generates new vulnerabilities, both social and environmental, questioning in an incisive way the perspectives of sustainability in contemporary cities. This paper aims to debate based on an interdisciplinary reading, among some paradigms of the contemporary city, in the context of the globalization process and the challenges with the urban environmental protection, perceived especially in the context of the standard city. The dialogue about the interdisciplinary concepts of resilience and sustainability seeks for subsidies for the public policies towards a better social and environmental performance of cities in the perspective of guaranteeing rights, confirming with democracy and broadening the concept of citizenship inherent to current social struggles. In the perspective of the social efficiency of the urban norm, the present study establishes the dialogue between Law and Urbanism, conceiving the Right to the city as a key concept, the structuring of distributive justice and is directly associated with the quality of life of the inhabitants of the city.



Keywords: *Globalization. Vulnerability. Resilience. Sustainability. Interdisciplinarity.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo explora conceitos interdisciplinares, como resiliência e sustentabilidade como estratégias teórico-metodológicas para o projeto e o planejamento das cidades, investigando subsídios para políticas públicas que visem a um melhor desempenho socioambiental destas.

As questões sobre o meio ambiente, paisagem urbana e resiliência e sustentabilidade nas grandes cidades, para uma melhor eficácia política e social, exigem estratégias segundo uma abordagem interdisciplinar.

Sendo assim, o debate no campo ambiental sobre desenvolvimento sustentável é sumamente importante, mas tem sido marcado por interpretações múltiplas ensejando a produção de sentidos que nem sempre estão articulados com o real sentido da sustentabilidade.

Ao longo das últimas décadas, o debate ambiental foi profundamente marcado pelo conceito de desenvolvimento sustentável. Se inicialmente este foi um conceito inovador e inspirador, ao longo dos anos ele foi se tornando cada vez mais desgastado, com diferentes interpretações nem sempre rigorosas.

Atualmente novos conceitos têm surgido e são capazes de extravasar o âmbito acadêmico e repercutir positivamente em políticas públicas.

A chamada crise ambiental é o resultado de uma crise social das instituições que fundamenta a sociedade moderna, que projeta uma reconsideração das práticas institucionalizadas que a produziram e, consequen-

[Ir para o índice](#)

temente, uma reconsideração do papel da ciência na sociedade. Assim, cabe colocar de manifesto e analisar a ideia essencial desenvolvida por Ulrich Beck¹ de que o caráter reflexivo da Pós-Modernidade supõe um questionamento das instituições em que se baseou a Modernidade. E, nesse sentido, as décadas 60 e 70 dão conta dos primeiros sintomas da referida crise e passaram a desenvolver questões relativas à preocupação pelo uso dos recursos naturais e das práticas políticas cidadãs.

Sob a ideia da percepção social do risco, esboçou-se que a crise ambiental adverte para um despertar sobre a negativa da tecnociência como modelo de conhecimento legítimo e reconhecido. Dessarte, a nova percepção do risco leva a uma crítica do domínio da natureza como instrumento social, exigindo uma resposta por parte da Política e do Direito.

Uma boa contribuição para o debate é aquela que desenvolve Henri Acselrad², sintetizando a problemática incentivada pelo paradigma sustentável e sua dimensão urbana. O autor enfatiza que a essência circunscrita ao modelo da cidade sustentável reside na simples necessidade de justar ecologicamente os fluxos urbanos, sob uma visão em que a cidade está pensada à luz da economia do espaço, matéria e energia, uma visão de que esses atributos servirão para mera constituição simbólica da “sustentabilidade” e para o processo da competitividade intraurbana.

Nesse sentido, o conceito de resiliência merece atenção, de modo que o entendimento desse conceito necessita estar devidamente demarcado, sendo que neste trabalho parte-se do raciocínio que resiliência trata-se de um processo, cuja dinâmica adota uma dimensão singular, e assim, dialoga

1 BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Buenos Aires: Paidós, 1998.

2 ACSELRAD, Henri. “Vigiar e Unir: a agenda da sustentabilidade urbana”. **Revista VeraCidade**, Ano 2, Nº 2, Julho de 2007, p. 4. Disponível em: http://www.veracidade.salvador.ba.gov.br/v2/index.php?option=com_content&view=article&id=21&Itemid=3. Acesso em: 18 jul. 2018.



com a ecologia e o desenho urbano, na perspectiva da capacidade que possui um sistema em retroceder para alcançar novamente o seu *status quo*.

Por tanto, a chave de sentido da resiliência remete a um estado de constante adaptação, rejeitando o pseudo-equilíbrio.

O diálogo do conceito de resiliência com o de sustentabilidade pela via do compromisso com a paisagem urbana é estratégico, uma vez que permite explicitar o imbricado jogo das relações sociais que atravessam a constante construção das cidades, constituindo, pois, um compromisso vivo com a compreensão e, quiçá, com a superação dos conflitos ambientais nas cidades contemporâneas.

No que se refere à urbanização sustentável, requer-se equidade no que diz respeito às três dimensões que compõem o conceito de sustentabilidade. A partir de planos e projetos urbanos, o desafio está em contemplar possíveis soluções que permeiem o combate à vulnerabilidade física e social (ou seja, de espaços e pessoas), indo além da capacidade de resiliência.

Sobre a metodologia, foi escolhido como método de análise o método sociojurídico, desenvolvido por Maria Guadalupe Piragibe da Fonseca. Segundo a autora, “não se trata propriamente de propor técnicas totalmente diferentes das utilizadas nas ciências sociais, mas de esclarecer as metas a serem alcançadas na pesquisa jurídica e adequar a essas metas os modos consagrados nas ciências sociais de acessar a realidade”³.

3 FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito**: pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p.18.

1. AS NOVAS VULNERABILIDADES NO ATUAL PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO

A magnitude do atual processo de globalização acaba gerando novas vulnerabilidades, tanto sociais como ambientais, questionando de forma incisiva as perspectivas da sustentabilidade nas cidades contemporâneas. Logo, a relevância em contextualizar situações e sujeitos vulneráveis se confirma imprescindível.

O sociólogo ambientalista espanhol Jorge Riechmann⁴ defende que “*el orden económico internacional globalizado, lejos de mitigar las desigualdades sociales y los desequilibrios ambientales profundiza la brecha...*”.

Mas, se parece fácil estabelecer esse necessário diálogo entre os contextos, relações e sujeitos vulneráveis, com o tema da sustentabilidade não se pode dizer o mesmo em relação ao conteúdo do seu conceito. O conceito de sustentabilidade pode ser considerado aberto ou muito amplo, levando-se em conta as diferentes disciplinas que o compõem, dificultando, de certo modo, ainda mais o seu já complexo processo de interpretação.

A suposta imprecisão do conceito sustentabilidade sugere que não exista – como é bem razoável – hegemonia de discurso. Conforme Henri Acselrad⁵, o discurso econômico foi, sem dúvidas, o que melhor se apropriou do conceito de sustentabilidade⁶.

4 RIECHMANN, J. **Un mundo vulnerable**, Madrid: Libros de Catarata, 2000. p. 216.

5 ACSELRAD, Henri. “Vulnerabilidade, processos e relações”. In: FERREIRA, Helene Sivini; MORATO LEITE, José Rubens; BORATTI, Larissa Verri (org.). **Estado de direito ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 95-103.

6 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro. Construções normativas na cidade standard: vulnerabilidades e sustentabilidade. **Revista Conpedi Law Review**, v. 1, n. 11, 2015. p. 137-148, p. 140.



A cidade contemporânea é aquela que está situada dentro da lógica do mercado, agravada pelo estágio atual da sociedade de consumo em que as condições de vulnerabilidade são crescentes, realizadas a partir da precarização do trabalho e do nível de exploração dos recursos naturais. Sendo assim, a produção de seu espaço ocorre com vistas dos setores econômicos que cada vez mais atuam na gestão das cidades de forma unilateral, em certa medida cedidos pelos próprios poderes públicos, caracterizando o que se entende por cidades estandardizadas⁷.

Entretanto, a complexidade da cidade contemporânea lhes confere o caráter plural e de fragmentação. Está no competente processo de uniformização, oriundo do já conhecido processo de sistematização e codificação dos tempos modernos, que a globalização se organiza. A dinâmica do atual processo de globalização muito bem se adapta a esta dinâmica e uniformiza tudo e todos, ultrapassando fronteiras, especialmente pela falácia da unidade, mas, também, a partir do pressuposto do reconhecimento das diferenças e da sociedade plural, uniformiza os sentidos⁸.

Na sociedade contemporânea e na cidade estandardizada que coabitam sociedade de consumo e sociedade de mercado, caracterizando a cidade contemporânea, baseada em padrões que uniformizam as relações sociais e sob efeitos do processo de globalização tudo e todos se uniformizam.

7 O conceito de cidade standard nasce de pesquisas realizadas no âmbito do Laboratório de Direito e Urbanismo/FAU/PROURB/UFRJ, onde vem sendo desenvolvido o conceito em inúmeros trabalhos e ensaios publicados e não publicados sob coordenação da professora doutora Rosângela Lunardelli Cavallazzi.

8 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro. Construções normativas na cidade standard: vulnerabilidades e sustentabilidade. **Revista Conpedi Law Review**, vol 1, n. 11, 2015. p. 141.

Enfrentar o tema da sustentabilidade requer, portanto, sempre um olhar prudente sobre o contexto, cautela necessária para manter o espírito científico em alerta.

Segundo esta lógica, se assim podemos dizer, buscamos situar e contextualizar o tema na sociedade contemporânea no caldeirão da cidade standard⁹ e suas imbricadas vulnerabilidades.

Sendo a sociedade contemporânea caracterizada pela ampla desigualdade e pelas inúmeras vulnerabilidades, tende a aumentar os espaços vulneráveis, os sujeitos vulneráveis e as relações vulneráveis¹⁰.

Na cidade standard, o habitante, portanto, adere a uma cidade que não permite diálogo, e sua sobrevivência cada vez mais se constitui em espaços de desigualdade. E na paisagem da cidade standard, a uniformização predomina sobre a história produzida pelos seus moradores.

Ou seja, a dimensão social pode estar representada pela estandardização da cultura, do consumo, e até mesmo da economia local¹¹. O fato, com certeza, não constitui em si uma novidade, pois a matriz moderna foi sempre muito competente na produção de falsas igualdades.

A cidade standard, padronizada e pretensamente homogeneizada, vem sendo moldada por movimentos aparentemente contraditórios. Parece estranho, para não dizer um contrassenso, mas é possível reco-

9 Sobre este conceito ver em: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Relatório de pesquisa projeto códigos da cidade**: análise das interferências jurídico-urbanísticas na cidade *standard*, Rio de Janeiro: FAPERJ/PROURB- PUC-Rio, 2012.

10 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro. Construções normativas na cidade standard: vulnerabilidades e sustentabilidade. **Revista Conpedi Law Review**, v. 1, n. 11, 2015. p. 142.

11 MUÑOZ, Francesc. **Urbanalización**: paisajes comunes, lugares globales. Barcelona: Gustavo Gili, 2008. p. 12.



nhecer nas cidades standard dois movimentos simultâneos: a fragmentação e a uniformização.

A uniformização em outra escala ou face tem sido também uma estratégia/instrumento competente para padronizar, estandardizar as cidades no “mundo” globalizado. Portanto, quando trabalhamos o conceito de cidades standard estamos reconhecendo este padrão uniformizador, uma realidade sem identidade.

A fragmentação é uma das características mais fortes das cidades atuais, perpassa o urbanismo, as questões sociais e culturais. Em que pese às diferentes escalas administrativas, a cidade hoje é formada por um somatório de várias cidades, que, no território, podem ser compartilháveis segundo questões em comum¹².

A fragmentação como lógica pós-moderna propicia a estruturação das políticas de planejamento e de urbanismo que ocasionam o agravamento do espaço dos vulneráveis na cidade, em detrimento do eixo de direitos sociais fundamentais já consolidados e garantidos até como rol dos Direitos Humanos. A escala da fragmentação alcança da mesma forma o âmbito jurídico e perpassa às questões urbanas, abarcando as questões sociais, ambientais e culturais¹³.

A fragmentação da norma e da forma, no contexto da globalização, conforme o senso comum, reconhece, desmantela unidades, alcança não

12 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro. Construções normativas na cidade standard: vulnerabilidades e sustentabilidade. **Revista Conpedi Law Review**, v. 1, n. 11, 2015. p. 142.

13 FAUTH, Gabriela. Cidade standard e o caráter emancipatório do direito à cidade como ferramenta de resistência na cidade de Barcelona. *In*: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela. **Cidade standard e novas vulnerabilidades**, Rio de Janeiro: PROURB, 2017, p. 25.

apenas o âmbito econômico, mas também e principalmente os âmbitos político e social. Esse processo gera espacialização dos riscos urbanos e fragiliza os direitos que compõem o Direito à cidade.

No processo de fragmentação da norma, ocorre, necessariamente, espacialização, ocupação e registro no espaço simbólico do campo jurídico e, simultaneamente, a cristalização de uma nova forma no espaço da cidade. Estabelece-se assim, provavelmente, certa concorrência entre o direito codificado, uniformizador de sentidos, de conteúdos normativos, e o pluralismo intrínseco das práticas sociais instituintes¹⁴.

2. DESAFIOS JURÍDICO-URBANÍSTICOS NA CONSTRUÇÃO DA SUSTENTABILIDADE URBANA

A sociedade atual sofre os efeitos do processo de globalização com a uniformização de tudo e de todos, enfrenta, também, as tensões fruto das exigências do mercado, da incerteza, das rupturas dos princípios e tradições. Ao mesmo tempo, a contínua fragmentação é uma das características mais fortes da cidade contemporânea que perpassa as várias dimensões e concentra seus impactos na questão urbana. Este duplo movimento constitui relevante foco para a compreensão das dinâmicas territoriais atuais e dos direitos sociais e difusos nos projetos urbanos.

A fragmentação é reconhecida como código próprio do movimento de globalização, mas se constitui também em estratégia, pois as partes deslocadas do todo perdem o sentido.

14 CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Relatório de pesquisa projeto códigos da cidade**: análise das interferências jurídico-urbanísticas na cidade standard. Rio de Janeiro: FAPERJ/ PROURB- PUC-Rio, 2012.



Assim acontece, por exemplo, no caso dos direitos sociais que compõem o Direito à cidade. Evidentemente que a efetividade de um desses direitos é importante e de imediato indica tutela jurídica; entretanto, a realização do Direito à cidade somente ocorre quando, articuladamente, todos os direitos sociais que constituem o feixe de direitos são efetivados.

Na perspectiva epistemológica, existem desafios que exigem a promoção do diálogo entre campos disciplinares distintos. A relação que o Direito Urbanístico estabelece com o campo do conhecimento Urbanismo é, sem dúvida, a mais relevante no sentido da tutela do direito à cidade, permitindo não só a articulação de distintos aportes teóricos, mas principalmente uma visão plural no sentido da compreensão dos conflitos urbanos, de escala local e regional.

Quando há um único modelo hegemônico da cidade que se impõe, este acaba por parecer não alienado àquele que o deseja, isto é, o modelo de cidade adequado a um único tipo de usuário acaba por seduzi-lo como mercadoria que fora pensada exclusivamente para si. Esse espaço, quando realizado, ganhará legitimidade e será celebrado como a retomada, a revitalização, a readequação, e mesmo a reurbanização de um espaço antes negado.

Ressalta-se que, por detrás de uma paisagem padronizada e porque não “banalizada”, existem processos e procedimentos que, de forma repetida, alteram culturas e uniformizam relações sociais diretamente vinculadas a estes lugares.

Essa reflexão parte do entendimento de que o estado, ao produzir suas estratégias de controle do território, tem sido pautado a partir de uma temporalidade da urgência típica da lógica do mercado, e esta, por sua vez, produz reflexos concretos na espacialidade do tecido urbano que tende a eliminar aspectos fundamentais de uma cidade, ou seja, a

possibilidade de encontro, de negociação e do conflito social, criando um espaço de ilusão onde não são reconhecidos os limites entre o público e o privado. A temporalidade do estado se rende à temporalidade da urgência e opera na mudança da temporalidade e espacialidade da cidade na direção da precarização da vida.

Importante analisar esse contexto ainda sob a ótica da contradição capitalista, evidenciada de maneira cada vez mais latente a partir do modo de transformação contemporânea dos tecidos urbanos.

Uma cidade pode, ou não, ser considerada global, tendo em conta os atributos que o mercado global exige, ao mesmo tempo em que qualquer cidade internaliza o projeto neoliberal, pois estará diretamente e sob determinados níveis de influência desse paradigma. Por essa razão, as dimensões políticas, econômicas e culturais que a globalização formula terão implicações nas políticas urbanas, nas relações sociais e nas visões de mundo de seus habitantes etc.¹⁵

A cidade – quando compreendida pelo seu duplo caráter contraditório de obra e produto – carrega na sua constituição a condição de ser um artifício humano, fruto do trabalho social. Logo, sendo realização humana, descola-se da noção de natureza e adentra-se na noção de história, na noção de transformação. É por essa razão que a cidade pode ser considerada como um direito a ser conquistado, porque um direito revela algo disputável, fruto de ações políticas e, obviamente, portador de história. O direito à cidade é, portanto, uma condição da cidade como artifício, como obra humana.

15 RIBEIRO, Fernando Pinto. **Os paradigmas neoliberal e ambiental na construção da cidade contemporânea**: tramas e tendências do discurso hegemônico da sustentabilidade na Europa e no Brasil. 2014. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo), Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 136.



Em meio a esse estado de coisas, predominam, portanto, na paisagem urbana, construções normativas que reforçam o modelo de cidade standard. Constatadas as condições de vulnerabilidade que atravessam espaços e relações, considerar a paisagem urbana como princípio de interpretação da norma urbanística, sem dúvida, constitui uma estratégia para a preservação do espaço público. Uma opção no sentido da tutela dos vulneráveis e em concordância com a perspectiva e objetivo da resiliência urbana¹⁶.

Outra abordagem necessária refere-se às questões de governabilidade, que atualmente traduzem-se na gestão dos conflitos e nos acordos de interesses entre público e privado, na procura estéril de consensos e na negociação de parcerias em vista da legitimação das políticas.

É preciso desembaraçar esse processo, que se compreenda como essa nova técnica se dissemina e da mesma forma compreender quais os métodos de controle podem ser criados para resistir ao espaço único, ao espaço do silêncio, da neutralidade: o meio técnico-científico-informacional¹⁷, assim como a técnica, pode funcionar a favor do pluralismo.

O diálogo do poder público com a população tem ocorrido no âmbito simbólico, em que também se manifestam os conflitos de forças e de interesses. O que trazemos à discussão é o fato de haver uma blindagem simbólica ao diálogo nos processos de concepção e realização dos projetos urbanos, colocando em xeque o conceito e processos ditos sustentáveis.

Na perspectiva da compreensão das dinâmicas territoriais contemporâneas e dos direitos sociais em grandes projetos, adotamos a aborda-

16 KOVARICK, Lúcio. Sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil Estados Unidos, França e Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, 2003. p. 61-85.

17 SANTOS, Milton. **A natureza do Espaço**: – técnica e tempo – razão e emoção. São Paulo: Hucitec, 1999.

gem interdisciplinar jurídico-urbanística como um dos recortes analíticos, priorizando o corte conceitual de competências e escalas, como chaves de sentido para a interpretação da norma urbanística e projetos urbanos.

O diálogo reflexivo, conectando as dimensões jurídico-paisagísticas e socioambientais poderá, com certeza, atingir um marco temático e institucional representativo de estudos que compreendem contextos de vulnerabilidades.

Nesse sentido, constatadas as condições de vulnerabilidade que atravessam espaços e relações das cidades standard, consideramos a paisagem urbana como princípio de interpretação e estratégia para a preservação do espaço público. Uma opção no sentido da tutela dos vulneráveis. Para alcançar tal propósito, é necessário o desenvolvimento de políticas e procedimentos para a criação da resiliência enquanto redução da vulnerabilidade por meio de um enfoque baseado nos direitos.

Esse processo gera espacialização dos riscos urbanos e fragiliza os direitos que compõem o Direito à cidade. Nesse sentido, a globalização é fragmentação. A globalização – confusa e perversa¹⁸ – não é irreversível, ou melhor, é passível de reversibilidade ao ser humanizada.

Dessa afirmação, não se deve concluir que estaríamos diante de um processo inexoravelmente imposto pela dinâmica da sociedade de mercado, ao contrário, a capacidade de resistência e principalmente de invenção e de produção de novas relações das práticas sociais instituintes constitui, segundo nossa concepção, a grande possibilidade no sentido da eficácia social da norma. Em outras palavras, o filtro humano na nova ética do consumo¹⁹.

18 SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2009.

19 BAUDRILLARD, Jean. **O Sistema dos Objetos**. São Paulo: Perspectiva, 2000. p. 168-170.



O único contraponto a esse processo, ou seja, o único espaço que ainda mantém unidade e identidade é o das práticas sociais.

A aplicação do princípio da vulnerabilidade no campo do Direito Urbanístico pode assumir um papel nuclear nos processos de inclusão social, ou seja, de afirmação da cidadania.

Os desafios jurídicos são principais somente porque as demandas sociais também são. Assim sendo, é no processo de globalização que as novas vulnerabilidades surgem e o Direito volta a ter papel principal na construção da cidadania e da sustentabilidade, até mesmo para a sobrevivência do Direito no mundo globalizado²⁰.

Considerando-se grandes projetos urbanos, a dimensão ambiental tem sido, de um modo geral, tratada de forma fragmentada tanto no aspecto da delimitação territorial quanto no das funções de determinada área de interesse ambiental. As fragilidades desses territórios são abordadas com menor ou maior atenção, dependendo do interesse norteador do projeto em questão, resultando num tratamento incompleto (ou insuficiente) para uma efetiva proteção.

Nessa busca, é importante considerar que os programas relativos ao uso e ocupação do solo, a conservação e a preservação ambiental estão relacionados a territórios que ultrapassam os recortes das competências das gestões municipais, exigindo ações articuladas entre os entes federativos. A abordagem ambiental deve considerar os efeitos que extrapolam delimitações legais. São exemplos do necessário planejamento em escala regional resultante do envolvimento de diversos municípios o tratamento de efluentes lançados nos corpos hídricos, à captação de água para o abastecimento urbano, industrial, e a destinação dos resíduos sólidos.

20 FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 274.

O território é capaz de indicar, portanto, conexões contemporâneas capazes de conduzir a formatação desses grandes projetos que determinarão a nova forma de utilização do tempo dos indivíduos. Esses projetos são produtos complexos que integram uma cadeia de ações advindas de campos muitas vezes contraditórios, mas que se traduzem num consenso integrado na forma de desenhos e planos que incluem regulamentações normativas diversas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto das cidades hodiernas, as demandas e interesses são os mais diversos e múltiplos. A realidade contempla resignificações e reinterpretções constantes no espaço urbano, explicitando a complexidade da questão urbana, sempre conflituosa, no dizer de Henri Lefebvre.

A magnitude desse cenário apresenta importante configuração de direito à cidade, sempre em movimento, representados por direitos coletivos que conformarão um feixe de direitos. Logo, não são apenas direitos individuais colocados lado a lado, isoladamente, segundo a lógica dos direitos individuais, e sim por meio dos *status* de direito coletivo que se fazem valer se estiverem devidamente articulados, imbricados, constituindo outro lugar. Esse feixe de direitos que, em virtude da sua articulação, redimensiona a capacidade de eficácia social da norma dentro do próprio Direito à cidade.

Essa configuração, longe de fragmentar, articula, lançando luz à pluralidade, permitindo, num segundo momento ou lugar, recompor o consenso no combate ao dissenso, ampliando, assim, a dimensão da eficácia social da norma urbanística.



Dessa forma, o fenômeno da fragmentação, independentemente de seus efeitos dispersores de direitos e segregador de espaços, pela via da mudança do seu eixo do mercado para o homem, e da forma para o conteúdo, poderá dar visibilidade a novos direitos, novas demandas, construir outros espaços a partir de construções normativas na cidade standard, abrindo espaço para, no processo de globalização – em que novas vulnerabilidades surgem – o Direito retomar seu papel principal de transformação social e construção da cidadania e, igualmente, de sustentabilidade.

O presente estudo considerou relevante explicitar a relação entre o agravamento das vulnerabilidades dos sujeitos, em que a dimensão do atual processo de globalização acaba gerando novas vulnerabilidades, tanto sociais como ambientais, questionando de forma contundente as perspectivas da sustentabilidade nas cidades contemporâneas. Na perspectiva da eficácia social da norma urbanística, o presente estudo estabeleceu o diálogo entre os campos do Direito e do Urbanismo, sendo que o Direito à cidade é um conceito-chave, estruturante da justiça distributiva e está diretamente associado à qualidade de vida dos habitantes da cidade. A natureza dos direitos que estruturam o Direito à cidade, a exemplo do meio ambiente, é a sua titularidade indefinida, tratando-se de direitos coletivos e difusos.

Nessa perspectiva interdisciplinar é evidente que a abordagem da questão socioambiental precisa considerar as dimensões tanto ambientais quanto fundiárias, urbanísticas, regionais e político-institucionais. Nesse sentido, refletir sobre essas dimensões permite a compreensão da dinâmica ambiental como partícipe no processo de desenvolvimento urbano como elemento vital.

A cidade como criação coletiva, plural, tem por exigência a necessária tradução jurídico-urbanística de seus instrumentos. Cabe aos urbanistas

e juristas utilizarem sua sensibilidade privilegiada para perceber os significados dessa tradução para depois devolvê-los à população, de forma diversificada, fundindo objetos e normas, de acordo com as necessidades da sociedade. Traduzindo na perspectiva da eficácia social da norma urbanística, estaríamos falando do critério da legitimidade.

As interferências jurídico-urbanísticas na cidade standard suscitam novas reflexões e novas soluções na direção de conformar um caminho que reconfigure o entendimento de cidade sustentável como ponto de chegada da reprodução do espaço urbano.

A fiel relação das novas técnicas e teorias jurídicas, como adequadas para construir políticas públicas afins com as demandas deste século, permite que as políticas de proteção ambiental sejam livres de qualquer dogma moderno e, desse modo, amplie a noção de sustentabilidade para outros segmentos que não somente o ambiental, na perspectiva multidisciplinar.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri. “Vulnerabilidade, processos e relações”. In: FERREIRA, Helene Sivini; MORATO LEITE, José Rubens; BORATTI, Larissa Verri (Org.). **Estado de direito ambiental: tendências**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010, p. 95-103.

ACSELRAD, Henri. “Vigiar e Unir: a agenda da sustentabilidade urbana”. **Revista VeraCidade**, Ano 2, Nº 2, Julho de 2007, p. 1-11. Disponível em: http://www.veracidade.salvador.ba.gov.br/v2/index.php?option=com_content&view=article&id=21&Itemid=3. Acesso em: 18 jul. 2018.

BAUDRILLARD, Jean. **O Sistema dos Objetos**. São Paulo: Perspectiva, 2000.



BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Buenos Aires: Paidós, 1998.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli. **Relatório de pesquisa projeto códigos da cidade**: análise das interferências jurídico-urbanísticas na cidade de standard. Rio de Janeiro: FAPERJ/ PROURB- PUC-Rio, 2012.

CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; MACHADO, Denise Barcellos Pinheiro. Construções normativas na cidade standard: vulnerabilidades e sustentabilidade. **Revista Conpedi Law Review**, v. 1, n. 11, 2015, p. 137-148. Disponível em: <http://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3438>. Acesso em: 8 jan. 2017.

FARIA, José Eduardo. **O Direito na Economia Globalizada**. São Paulo: Malheiros, 2004.

FAUTH, Gabriela. Cidade standard e o caráter emancipatório do direito à cidade como ferramenta de resistência na cidade de Barcelona, *In*: CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli; FAUTH, Gabriela. **Cidade standard e novas vulnerabilidades**. Rio de Janeiro: PROURB, 2017. No prelo.

FONSECA, Maria Guadalupe Piragibe da. **Iniciação à pesquisa no direito**: pelos caminhos do conhecimento e da invenção. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

KOVARICK, Lúcio. Sobre a vulnerabilidade socioeconômica e civil Estados Unidos, França e Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 18, n. 51, p. 61-85, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v18n51/15986.pdf>. Acesso em: 6 nov. 2017.

MUÑOZ, Francesc. **Urbanización**: paisajes comunes, lugares globales. Barcelona: Gustavo Gili, 2008. Disponível em: https://bibliodarq.files.wordpress.com/2014/08/2_muc3b1oz-f-urbanizacic3b3n-paisajes-comunes-lugares-globales.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

RIBEIRO, Fernando Pinto. **Os paradigmas neoliberal e ambiental na construção da cidade contemporânea**: tramas e tendências do discurso hegemônico da sustentabilidade na Europa e no Brasil. 2014. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo), Universidade de São Paulo, São Paulo.

RIECHMANN, J. **Un mundo vulnerable**. Madrid: Libros de Catarata, 2000.

SANTOS, Milton. **A natureza do Espaço**: – técnica e tempo – razão e emoção. São Paulo: Hucitec, 1999.

SANTOS, Milton. **Por uma outra Globalização**: do pensamento único à consciência universal. Rio de Janeiro: Record, 2009.



A responsabilidade civil do Estado de Minas Gerais na tragédia de Mariana

The civil responsibility of Minas Gerais State in the tragedy of Mariana

DEILTON RIBEIRO BRASIL
RENATO ZICA DE OLIVEIRA
STÉPHANIE NATHANAEL LEMOS

Resumo

Motivado pelo maior desastre socioambiental da história brasileira, decorrente do rompimento de uma barragem de rejeitos operada pela mineradora *Samarco Mineração S.A.*, no Município de Mariana/MG, o presente artigo tem por objetivo geral discutir a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais e, por objetivos específicos, analisar o caso concreto, à luz da legislação ambiental e de peculiaridades relativas ao estado de Minas Gerais. Apresenta-se, superficialmente, parte da estrutura administrativa deste Estado, voltada ao controle à fiscalização de atividades minerárias, com o intuito de verificar o aparelhamento estatal necessário ao cumprimento de seu dever de exercer o poder polícia ambiental. Ao final, concluindo-se acerca da responsabilidade civil do Estado,

[Ir para o índice](#)

busca-se avaliar a omissão de órgãos públicos competentes, no que tange à fiscalização de atividades potencialmente lesivas ao meio ambiente, discutindo-se as consequências dessa omissão à luz da legislação ambiental.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Responsabilidade Civil do Estado. Omissão. Mariana/MG. Samarco Mineração S.A.

Abstract

Motivated by the greatest socioenvironmental disaster in Brazilian history, due to the rupture of a tailings dam operated by the mining company Samarco Mineração S.A., in the Municipality of Mariana/MG, this article has as general objective to discuss the civil responsibility of the State for environmental damages and, for specific objectives, to analyze the specific case, in light of the environmental legislation and peculiarities related to the state of Minas Gerais. It is superficially part of the administrative structure of this State, aimed at controlling the inspection of mining activities, with the purpose of verifying the state apparatus necessary to fulfill its duty to exercise the power of environmental police. At the end, it is concluded that the State is responsible for assessing the omission of competent public bodies regarding the inspection of activities potentially harmful to the environment, discussing the consequences of this omission in light of environmental legislation.

Keywords: Environmental Law. Civil Liability of the State. Omission. Mariana/MG. Samarco Mineração S.A.



INTRODUÇÃO

Na tarde do dia 5/11/2015, rompeu-se a Barragem de Fundão, localizada no subdistrito de Bento Rodrigues, a 35 km do centro do Município de Mariana/MG. O rompimento da barragem, destinada à contenção de rejeitos decorrentes da atividade da mineradora *Samarco Mineração S.A.*, é considerado o maior desastre socioambiental da história brasileira e o maior do mundo envolvendo barragens de rejeitos¹.

Os danos decorrentes do rompimento foram mortes; a destruição de Bento Rodrigues; o aumento da turbidez das águas do Rio Doce, com impactos no abastecimento de água em cidades de Minas Gerais e Espírito Santo²; danos culturais a monumentos históricos do período colonial, e também à fauna e à flora pertencentes à bacia hidrográfica do Rio Doce, incluindo possível extinção de espécies endêmicas, e prejuízos à atividade de pesqueira e turismo nas localidades atingidas. Na tragédia, morreram dezoito pessoas, sendo que uma está desaparecida. Foram afetados também o Oceano Atlântico e diversos municípios às margens do Rio Doce.

Ambientalistas estimam que os danos aos ecossistemas marinho e do rio Doce perdurem por cerca de 100 anos. No tocante aos danos à

1 BRASIL. Portal Brasil. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (org.). **Entenda o acidente de Mariana e suas consequências para o meio ambiente**. 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/entenda-o-acidente-de-mariana-e-suas-consequencias-para-o-meio-ambiente>. Acesso em: 12 jan. 2017.

2 MAFFRA, Marcelo Azevedo. Ofício n.º 114/2016/CRPUA. 11 abr. 2016. Patos de Minas, MG. SARNEY FILHO. Brasília, DF. 75 f. **Encaminha documentação referente à Comissão Externa destinada a acompanhar e monitorar desdobramentos do desastre ambiental ocorrido em Mariana-MG**. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/A%C3%A7%C3%A3o%20Civil%20P%C3%BAblica%20MP-MG.pdf>. Acesso em: 22 out. 2016.

infraestrutura do município de Mariana, a prefeitura calcula gastos com a respectiva reparação da ordem de R\$ 100 milhões³.

O *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988⁴, consagrou o meio ambiente bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, razão pela qual constitui direito fundamental de terceira dimensão. Nesse sentido, qualquer prática que enseje prejuízo ou mitigação desse bem deve ser reparada. Para tanto, ganha contornos o instituto da responsabilidade civil, cuja finalidade é restabelecer o equilíbrio infringido, independentemente do lesado ou do infrator, assim como da extensão do dano, se individual ou coletivo.

Diante do dano ambiental que assolou a cidade de Mariana, em 4/4/2016, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais propôs ação civil pública, com pedido liminar, em face do poluidor e do Estado de Minas Gerais⁵.

Se por um lado é indiscutível a responsabilidade da *Samarco Mineração S.A.*, por outro, surge certa polêmica no que toca à responsabilização do Estado por dano ambiental. Mas quais são os fundamentos jurídicos e legais para se responsabilizar o Estado por eventuais danos ambientais? Em quais casos poderá o Estado ser responsabilizado? Há de se falar na responsabilidade do estado de Minas Gerais no caso em análise?

3 BRASIL. Portal Brasil. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (org.). **Entenda o acidente de Mariana e suas consequências para o meio ambiente**. 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/entenda-o-acidente-de-mariana-e-suas-consequencias-para-o-meio-ambiente>. Acesso em: 12 jan. 2017.

4 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

5 MAFFRA, Marcelo Azevedo. **Ofício n.º 114/2016/CRPUA**. 11 abr. 2016. Patos de Minas, MG. SARNEY FILHO. Brasília, DF. 75 f. Encaminha documentação referente à Comissão Externa destinada a acompanhar e monitorar desdobramentos do desastre ambiental ocorrido em Mariana-MG. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/A%C3%A7%C3%A3o%20Civil%20P%C3%BAblica%20MP-MG.pdf>. Acesso em: 22 out. 2016.



Diversos fatores contribuíram para o rompimento da Barragem de Fundão, dentre os quais se destaca a falta de supervisão do poder público, mais especificamente do órgão responsável pela autorização e fiscalização da exploração mineral, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM). Destaca-se a atuação precária desse órgão, abordada pelo Pleno do Tribunal de Contas da União (TCU), no Acórdão nº 2.440, de 2016, em sessão realizada em 21/9/2016 (Processo nº TC-032.034/2015-6, relator ministro José Múcio Monteiro)⁶.

Embora o tema proposto não seja novidade, é de grande relevância, tendo desencadeado debates entre doutrinadores, juristas e, até mesmo, entre membros de diferentes setores da sociedade, especialmente quando as autoridades públicas deixam de fiscalizar áreas protegidas que sofrem os mais diversos danos ambientais, ou quando deixam de fiscalizar atividades com potencial de causar danos. Estes, por sua vez, resultam em violação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, essencial à sadia qualidade de vida da presente e das futuras gerações.

É nesse cenário que se insere o presente trabalho, que tem por objetivo geral tão somente discutir a responsabilidade do Estado por danos ambientais e, por objetivos específicos, analisar o caso concreto ocorrido em Mariana, à luz da legislação ambiental e de peculiaridades relativas ao estado de Minas Gerais, buscando avaliar a omissão de órgãos públicos competentes, no que tange ao seu dever de fiscalizar atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente.

6 CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabilidade ambiental: a tragédia de mariana como parâmetro da incerteza. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.) CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 6, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.71-98.

Em face da robustez do tema, este trabalho apresenta os aspectos elementares sobre a questão, não possuindo a pretensão de exaurir a discussão, mas tão somente trazer à tona números e posicionamentos acerca da problemática, propondo debates que devem ser aprofundados em trabalhos de maior complexidade.

Utilizou-se da pesquisa teórico-bibliográfica e documental. No que tange ao procedimento metodológico, optou-se pelo método dedutivo, haja vista partir-se de uma concepção macro para uma concepção microanalítica, permitindo-se, portanto, a delimitação do problema teórico. Finalmente, no procedimento técnico, foram adotadas as análises interpretativas, comparativas e temáticas, possibilitando uma discussão pautada sob o ponto de vista da crítica científica.

1. DISCUSSÃO

A obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente é fruto de longa evolução, calcada na percepção gradual das sociedades humanas sobre a crise ambiental instalada, definitivamente, a partir do início da era industrial, e das consequências que a destruição do ambiente natural poderia gerar para a própria sobrevivência do homem⁷.

O direito ao meio ambiente equilibrado, hoje consagrado como direito fundamental do homem (artigo 225 da Constituição Federal, de 1988)⁸, foi

7 LEUZINGER, Marcia Dieguez. Responsabilidade Civil do Estado por Danos ao Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. v. 45/2007, p. 184-195, jan./mar. 2007.

8 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.



assim reconhecido pela Conferência das Nações Unidas sobre Ambiente Humano⁹, em 1972. Desde então, o legislador ordinário cuidou de desenvolver meios jurídicos adequados para a proteção do meio ambiente.

Dentre o arcabouço normativo, destacam-se a Lei nº 6.938, de 1981¹⁰, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, a Lei nº 9.605, de 1998¹¹, que trata dos Crimes Ambientais, e a Lei nº 7.347, de 1985¹², que dispõe sobre a implementação da Ação Civil Pública para a defesa do Meio Ambiente.

Como forma de reparar e reequilibrar o dano causado ao meio ambiente, a Lei nº 6.938, de 1981, determinou ao poluidor a obrigação de indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade, independentemente de aferição de culpa¹³. Da mesma forma, a Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de

9 NATIONS, United. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment**. 1972. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>. Acesso em: 15 fev. 2017.

10 BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

11 BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

12 BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

13 BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

1985) determina ser a responsabilidade civil objetiva, sendo suficiente a demonstração do nexo de causalidade entre a atuação do agente e o dano ao meio ambiente¹⁴.

Dessa forma, se a máxima da responsabilidade civil subjetiva é a culpa, a palavra de ordem na responsabilidade objetiva é a distribuição do ônus entre aqueles que recebem o bônus direto da atividade de risco¹⁵.

Para maior proteção ambiental nas esferas administrativa, civil e penal, o legislador resolveu consagrar constitucionalmente a responsabilidade objetiva (§3º do artigo 225 da Constituição Federal, de 1988¹⁶), adotando a teoria do risco integral. Desse modo, os particulares e o Estado respondem objetivamente pelos danos ambientais a que derem causa, tendo em vista tratar-se de danos difusos. Ademais, segundo essa teoria, não se admitem hipóteses de exclusão da responsabilidade, de modo que o Estado sempre será responsável, por se tratar de um garantidor universal¹⁷.

Em decorrência da característica estatal de garantidor universal, poderá ele responder até mesmo de forma solidária pelos danos causados

14 BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985**. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

15 MENEZES, Joyceane Bezerra de. A Reengenharia da Responsabilidade Civil na Sociedade de Riscos – Da Culpa à Socialização dos Riscos. *In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, 17, 2008, Salvador. Florianópolis: Fundação Bioteux, 2008. p. 4564-4583. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/joyceane_bezerra_de_menezes.pdf. Acesso em: 5 nov. 2016.

16 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

17 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 177.



por terceiros, em decorrência da imposição constitucional expressa no sentido de que cabe ao Estado defender e preservar o Meio Ambiente, podendo o ente político exercer o seu direito de regresso quanto ao agente que houver provocado diretamente a lesão¹⁸.

Não obstante, diante da dificuldade de se apurar o responsável pelo dano, em hipóteses em que estão envolvidas muitas indústrias ou pessoas, adota-se, no Direito Ambiental, à semelhança do Direito Civil, o princípio da solidariedade passiva. Essa regra se aplica no Direito Ambiental com fundamento no artigo 942 do Código Civil de 2002¹⁹. Assim, havendo mais de um causador do dano, todos responderão solidariamente²⁰.

Para melhor entendimento da questão ora discutida, com foco na tragédia de Mariana, são necessários alguns comentários acerca de disposições constitucionais sobre a matéria, bem como da legislação do estado de Minas Gerais e da atuação deste no tocante ao seu dever de fiscalizar.

1.1 As obrigações do Estado na estrutura de responsabilização ambiental

A atividade de defesa de perigos esteve desde sempre ligada à prevenção. A ideia de Estado, entendida como estrutura de sobrevivência de

18 MOTA, Tercio de Sousa; BARBOSA, Erivaldo Moreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. Ação civil pública como instrumento de proteção do meio ambiente. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9105&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 13 fev. 2017.

19 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

20 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 269.

uma comunidade politicamente organizada, traz consigo a necessidade de evitar danos significativos em pessoas e bens. Por isso, o risco foi progressivamente deixando de ser considerado como uma fatalidade para passar a integrar, a título essencial, a ponderação decisória das entidades públicas em determinados domínios²¹. Vislumbra-se, portanto, que

o princípio da prevenção, que no Estado liberal se limitava a evitar a produção de eventos cuja ocorrência estava causalmente determinada (em razão da sua iminência) ou era causalmente determinável (por recurso a regras de experiência) sofre, a par de uma extensão objectiva, uma extensão funcional, por força do advento do fenómeno do risco. [...] Com efeito, a ingerência administrativa no âmbito da defesa de perigos baseia-se no pressuposto de que, com probabilidade, da omissão pública resultará um dano, o que é distinto de aceitar que a mera possibilidade de ocorrência do evento lesivo basta para acionar uma competência que se traduz na prática de actos restritivos de direitos dos particulares. O conteúdo da norma habilitativa deve acompanhar, na medida do possível, esta extensão, objectiva e funcional. É mais um desafio que se coloca à tarefa de reconstrução do sentido da lei como vinculação positiva do poder administrativo²².

É no sentido *lato sensu* da prevenção (prevenção e precaução) que a Constituição Federal, de 1988 (*caput* do artigo 225) impõe a todos – também e principalmente ao Estado – o dever de defender o meio ambiente, determinando ao Poder Público a preservação dos ecossistemas e o contro-

21 GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 164.

22 GOMES, Carla Amado. **Risco e modificação do acto autorizativo concretizador de deveres de protecção do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 168.



le das atividades potencialmente poluidoras²³. Assim, pode ser constatado que pesa sobre o Estado um dever constitucional, geral e positivo, representado por verdadeiras obrigações de fazer, onde só cabe um único, e nada mais que único comportamento: defender e proteger o meio ambiente.

Nesse cenário, a proteção do meio ambiente está adaptada à competência material comum, ou seja, proteção ambiental adstrita a normas que conferem deveres aos entes da Federação, e não simplesmente facultades. Com isso, buscou o legislador constituinte estabelecer competências materiais comuns a todos os entes da Federação Brasileira, a saber, União, Estados, Distrito Federal e Municípios²⁴.

Observa-se, pois, no sistema de responsabilização ambiental previsto na Lei nº 6.938, de 1981, que cumpre ao Estado o papel central de controlar a conduta do administrado, de forma a prevenir que tais condutas possam levar a consequências danosas ao meio ambiente²⁵.

No AgRg no REsp 711.405-PR, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 28/4/2009, o relator concluiu que a atividade desenvolvida com risco de dano ambiental pode ser fiscalizada por um ente da Federação, mesmo que a competência para licenciar seja de outro, pois o pacto federativo atribui competência aos quatro entes da Federação para proteger o meio ambiente por meio da fiscalização²⁶. Logo, todos os entes políticos

23 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

24 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, 860 p.

25 LEVADA, Filipe Antônio Marchi. A Responsabilidade Civil do Estado por Danos ao Meio Ambiente. **Revista de Direito Privado**. vol. 32/2007, p. 55-74, out-dez/2007.

26 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 711.405-PR**. Min. Humberto Martins. 2ª Turma. J. em 28/04/2009. Diário da Justiça Eletrônico: 15/05/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=860751&num_registro=200401790140&data=20090515&formato=HTML. Acesso em: 11 jan. 2018.

possuem o dever constitucional de exercer o poder de polícia ambiental, por se tratar de competência material comum a proteção ao meio ambiente em qualquer de suas formas, *ex vi* inciso VI do artigo 23 da Constituição Federal, de 1988²⁷.

Para se dar efetividade às matérias repartidas entre os entes da Federação, basta o exercício do poder de polícia ambiental, inerente a cada uma das entidades públicas, sem o qual seria inviável fazer valer a competência material²⁸.

O poder de polícia ambiental consiste em ser este a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina o direito, dentre outras, de atividades, dependentes de concessão, autorização/permissão ou licença do Poder Público que possam decorrer poluição ou agressão à natureza. Melhor explicando:

O Poder de Polícia Ambiental instrumentaliza-se, por meio do auto de infração, com a imposição das medidas elencadas no artigo 3º do Decreto 6.514/2008: advertência, multa, apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora e demais produtos e subprodutos objeto da infração, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração, destruição ou inutilização do produto; suspensão de venda e fabricação do produto; embargo de obra ou atividade e suas

27 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

28 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 200.



respectivas áreas; demolição de obra; suspensão parcial ou total das atividades e restritiva de direitos²⁹.

Verifica-se, pois, que o Estado tem o dever de exercer o poder de polícia administrativa em relação ao bem ambiental, por meio de seus órgãos, sempre que se envolva a utilização dos recursos ambientais. A efetividade das medidas de defesa e preservação do meio ambiente é instrumentalizada pelo exercício do poder de polícia ambiental. Se o Estado se queda inerte diante de um dever legal, fica caracterizada a ilicitude de sua conduta omissiva.

1.2 Responsabilidade civil do Estado por omissão

Determinando a Constituição Federal, de 1988, no §3º do artigo 225³⁰, que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções penais e administrativas, a Política Nacional de Meio Ambiente (Lei nº 9.605, de 1998³¹) e o Decreto nº 6.514, de 2008³², obedecendo ao mandamento constitucional, dispõem

29 COSTA, Elisson Pereira da. Poder de Polícia Ambiental e a Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, São Paulo, v. 16, p.13-24, dez. 2010. Semestral. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-013-Artigo-Elisson_Pereira_da_Costa_\(Poder_de_Policia_Ambiental_e_a_Administracao_Publica\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-013-Artigo-Elisson_Pereira_da_Costa_(Poder_de_Policia_Ambiental_e_a_Administracao_Publica).pdf). Acesso em: 15 fev. 2017.

30 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

31 BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: 13 fev. 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

32 BRASIL. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: 23 jul. 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

acerca das sanções penais e administrativas para condutas e atividades consideradas lesivas. Para tais normas, nos artigos 70 e 2º, respectivamente, é considerada infração administrativa ambiental qualquer ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Noutras palavras, assim como a coletividade, deve o Poder Público preservar o meio ambiente e defendê-lo de ações ou omissões lesivas, sob pena de incorrer em infração administrativa ambiental. Parece paradoxal imaginar uma hipótese em que o Estado responderia por aquilo que ele mesmo deve preservar e reprimir: práticas lesivas, ou pretensas à lesão, ao meio ambiente. Todavia, existem algumas hipóteses em que aquele figura no polo passivo, no foco da culpa, ainda que se adote o critério objetivo de averiguação do dano. São as hipóteses em que talvez os entes da federação não cumpram com seus desideratos socioambientais e jurídico-ambientais de resguardo da ordem natural³³.

Ao distribuir as competências entre entes públicos, o artigo 23 da Constituição Federal, de 1988³⁴, define como sendo de competência administrativa comum a todos os entes a proteção aos documentos, às obras e a outros bens de valor histórico, artístico e cultural, aos monumentos, às paisagens naturais notáveis e aos sítios arqueológicos, a preservação das florestas, da fauna e da flora, o registro, acompanhamento

33 BRAGA, Luiz Felipe Nobre. A Responsabilidade do Estado por dano ambiental à luz da jurisprudência e do pós-positivismo. In: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIII, n. 72, jan. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7047. Acesso em: 23 out. 2016.

34 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.



e fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios, assim como a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em quaisquer de suas formas.

Considerando que cabe ao Poder Público zelar para que as condutas dos administrados não privem as gerações futuras de um meio ambiente saudável – caso em que, verificados os pressupostos da responsabilização civil, o Estado será considerado poluidor indireto e corresponsável pela recuperação/reparação do dano³⁵.

Alinhada a esse entendimento é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, firmada no sentido de reconhecer a legitimidade passiva de pessoa jurídica de direito público (no caso, estado-membro) na ação que busca a responsabilidade pela degradação do meio ambiente, em razão da conduta omissiva quanto a seu dever de fiscalizá-lo³⁶.

Consolida esse entendimento o item 8 da Edição nº 30, de 18/3/2015, Jurisprudência em Teses: “Em matéria de proteção ambiental, há responsabilidade civil do Estado quando a omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar for determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado”³⁷.

35 LEVADA, Filipe Antônio Marchi. A Responsabilidade Civil do Estado por Danos ao Meio Ambiente. **Revista de Direito Privado**. vol. 32/2007, p. 55-74, out-dez/2007.

36 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência n.º 0427**. Brasília, DF, 15 a 19 mar. 2010. Meio Ambiente. Legitimidade passiva do Estado. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre;=@COD='0427'>. Acesso em: 12 fev. 2017.

37 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses n. 30, de 18 de março de 2015**. Direito ambiental. Verbete n. 08, 2015, p. 03. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf. Acesso em 11 jan. 2018.

Dessa forma, na responsabilidade civil por desastres ambientais antropogênicos (acidentes industriais), há a ênfase sobre a responsabilidade do agente direto pela atividade, em sua matriz objetiva, com a possibilidade de “responsabilidade solidária de execução subsidiária” do Estado, na medida de sua colaboração omissiva³⁸. Como se observa no REsp 1.071.741/SP (2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 24/3/2009)³⁹ e no AgRg no REsp 1001780/PR (1ª Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 27/9/2011)⁴⁰, há precedente do Superior Tribunal de Justiça declarando a responsabilidade objetiva e solidária do Estado por danos ambientais, mesmo em se tratando de omissão na fiscalização ambiental.

Entretanto, como se verifica nos julgados citados, o entendimento é no sentido de que a responsabilidade do Poder Público é de execução subsidiária, na hipótese de omissão de cumprimento adequado do seu dever de fiscalizar que foi determinante para a concretização ou o agravamento do dano causado pelo seu causador direto. A responsabilidade solidária e de execução subsidiária significa que o Estado integra o título executivo sob a condição de, como devedor-reserva, só ser convocado a quitar a dívida se o degradador original, direto ou material (= devedor principal), não o fizer, seja por total ou parcial exaurimento patrimonial

38 CARVALHO, Délton Winter de. Responsabilidade civil do estado por desastres naturais: critérios para configuração da omissão estatal face ao não cumprimento de deveres de proteção. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 77, p. 137-168, 2015.

39 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.071.741/SP**, Relator Min. Herman Benjamin, 2ª Turma. J. em 24/03/2009. Diário da Justiça Eletrônico: 16/12/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863210&num_registro=200801460435&data=20101216&formato=HTML. Acesso em: 11 jan. 2018.

40 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1001780/PR**. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma. J. em 27/09/2011. Diário da Justiça Eletrônico: 04/10/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1092429&num_registro=200702476534&data=20111004&formato=HTML. Acesso em: 11 jan. 2018.



ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, até mesmo técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (artigo 934 do Código Civil, de 2002), com a desconsideração da personalidade jurídica do artigo 50 do Código Civil⁴¹.

1.3 A estrutura administrativa do Estado de Minas Gerais voltada ao controle e à fiscalização de atividades minerárias

Como demonstrado, o ordenamento jurídico pátrio atribui ao Estado o dever de exercer o poder de polícia ambiental, registrando, acompanhando e fiscalizando as concessões de direitos de pesquisa e exploração de recursos hídricos e minerais. É o que dispõe o inciso XI do artigo 23 da Constituição Federal, de 1988, cujo *caput* define serem tais atribuições competências comuns dos entes da Federação⁴².

Nesse contexto, diante do inciso IV do artigo 3º da Lei nº 6.938, de 1981⁴³, e da jurisprudência, a responsabilidade civil do estado de Minas Gerais, como poluidor indireto, deve ser analisada em face de suposta omissão no seu dever de fiscalizar a atividade de mineração então realizada pela *Samarco Mineração S.A.* Cumpre, pois, verificar quais são os órgãos estatais existentes para tanto e sua efetiva atuação.

41 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficial da União. Brasília, DF: 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

42 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

43 BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF: 02 set. 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

A Lei Delegada Estadual nº 180, de 20/1/11⁴⁴ (revogada pelo inciso XCVI do artigo 195 da Lei nº 22.257, de 27/7/2016⁴⁵; revogados os artigos 199 a 208 pelo inciso IV do artigo 40 da Lei nº 21.972, de 2016)⁴⁶, regulamentada pelo Decreto nº 45.824, de 2011⁴⁷ (revogado pelo Decreto nº 47.042, de 6/9/2016)⁴⁸, em seu artigo 199, definia que a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD) tinha por finalidade planejar, organizar, dirigir, coordenar, executar, controlar, fiscalizar e avaliar as ações setoriais a cargo do Estado, relativas à proteção e à defesa do meio ambiente, ao gerenciamento dos recursos hídricos e à articulação das políticas de gestão dos recursos ambientais, com vista ao desenvolvimento sustentável.

44 MINAS GERAIS. **Lei Delegada nº 180, de 20 janeiro de 2011**. Dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LDL&num=180&comp=&ano=2011&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 11 jan. 2018.

45 MINAS GERAIS. **Lei nº 22.257, de 27 de julho de 2016**. Estabelece a estrutura orgânica da administração pública do Poder Executivo do Estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=22257&comp=&ano=2016&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 11 jan. 2018.

46 MINAS GERAIS. **Lei nº 21.972, de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos - Sisema - e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21972&ano=2016>. Acesso em: 11 jan. 2018.

47 MINAS GERAIS. **Decreto nº 45.824, de 20 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=20034>. Acesso em: 18 abr. 2018.

48 MINAS GERAIS. **Decreto nº 47.042, de 06 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=DEC&num=47042&comp=&ano=2016&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 11 jan. 2018.



O artigo 203 dessa Lei, por sua vez, definia a finalidade da Fundação Estadual de Meio Ambiente (FEAM), qual seja, executar a política de proteção, conservação e melhoria da qualidade ambiental, no que concerne à gestão do ar, do solo e dos resíduos sólidos, bem como de prevenção e de correção da poluição ou da degradação ambiental provocada pelas atividades industriais, minerárias, de infraestrutura etc.

De acordo com os incisos I e IV do artigo 202 da Lei delegada⁴⁹, Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável e Fundação Estadual de Meio Ambiente compunham o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (SISEMA), cuja finalidade era integrar o regime de proteção e defesa do meio ambiente e dos recursos hídricos a cargo do Estado no Sistema Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei Federal nº 6.938, de 1981⁵⁰.

Como se observa, o Estado de Minas Gerais possuía, em sua estrutura administrativa, órgãos e entidades com atribuições, como controle e fiscalização, voltadas à prevenção de riscos e acidentes ambientais, dentre os quais se destacam os decorrentes de atividades minerárias.

Por fim, é oportuno registrar que a competência para o licenciamento ambiental não se confunde com a atribuição para exercer a fiscalização ambiental, não sendo objeto deste trabalho a análise relativa ao licenciamento.

49 MINAS GERAIS. **Lei Delegada nº 180, de 20 janeiro de 2011**. Dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LDL&num=180&comp=&ano=2011&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 11 jan. 2018.

50 BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

1.4 A Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários

Nos termos do artigo 78 do Código Tributário Nacional (CTN), considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos⁵¹.

Considerando a vasta legislação que rege o poder de polícia ambiental, principalmente o disposto no parágrafo primeiro do artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, não resta dúvida da sua natureza vinculada, em regra, não havendo se falar em conveniência e oportunidade na sua realização, sendo dever do Poder Público promover a conservação do meio ambiente⁵².

Portanto, para quem as grandes oportunidades voltadas ao direcionamento das atividades econômicas, no sentido da sustentabilidade, residem na política tributária, com base no papel ecossocial dos tributos estaduais, a mineração foi objeto de projeto de lei de iniciativa do governador. Visando ao custeio das atividades dos órgãos públicos que atuam no setor de mine-

51 BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

52 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.



ração, amparado pelo artigo 77 do Código Tributário Nacional⁵³, o estado de Minas Gerais instituiu, por meio da Lei nº 19.976, de 2011⁵⁴, regulamentada pelo Decreto nº 45.936, de 2012, a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários (TFRM). Seu valor corresponde a uma Unidade Fiscal do Estado de Minas Gerais (UFEMG) por tonelada extraída⁵⁵.

De acordo com artigo 1º da Lei nº 19.976, de 27/12/2011, a TFRM tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia conferido ao Estado sobre a atividade de pesquisa, lavra, exploração ou aproveitamento, realizada no Estado, dos recursos minerais ou minérios que sejam fonte, primária ou secundária, direta ou indireta, imediata ou mediata, isolada ou conjuntamente com outros elementos químicos, de chumbo, cobre, estanho, ferro, lítio, manganês, níquel, tântalo, titânio, zinco e zircônio. O poder de polícia em questão (parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 19.976, 27/12/2011) será exercido por vários órgãos e entidades, dentre os quais se destacam Semad e Feam⁵⁶.

53 BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

54 MINAS GERAIS. **Lei nº 19.976, de 27 de dezembro de 2011.** Institui a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários - TFRM - e o Cadastro Estadual de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – Cerm. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2011/l19976_2011.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

55 COELHO, Hamilton Antônio. Responsabilidade ambiental, sustentabilidade, tributação ecossocial e os tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais.** Belo Horizonte. p. 39-44. Ano 30, vol. 82, nº 1 (Jan.-Mar. 2012).

56 MINAS GERAIS. **Lei nº 19.976, de 27 de dezembro de 2011.** Institui a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários - TFRM - e o Cadastro Estadual de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – Cerm. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2011/l19976_2011.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

Segundo informações extraídas do sítio da Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais (SEFAZ), entre 1º de janeiro a 31 de agosto de 2016, o Estado arrecadou o equivalente a R\$ 197.287.163,99, a título de TFRM. Em 2015, esse valor chegou a R\$ 304.583.271,37⁵⁷. Para se ter uma ideia da representatividade desses montantes, de acordo com a Lei Orçamentária Anual (Lei nº 21.695, de 2015), o orçamento da Semad, no mesmo ano, foi de pouco mais de R\$ 121 milhões, incluídos nesse valor investimentos, despesas com pessoal, encargos sociais e outras despesas⁵⁸.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após longa evolução, calcada na percepção gradual da crise ambiental, a responsabilidade civil do Estado por danos ambientais foi ampliada, de tal forma consagra-se, no Brasil, a responsabilidade objetiva, solidária e ilimitada, adotando-se a teoria do risco integral. Assim sendo, foi imposto ao Estado, alçado à condição de garantidor universal do meio ambiente equilibrado para a presente e às futuras gerações, o dever de exercer o poder de polícia administrativa em relação ao bem ambiental, por meio de seus órgãos, sempre que se envolva a utilização dos recursos ambientais.

Nesse contexto, o presente trabalho buscou analisar a jurisprudência mais recente sobre a matéria, bem como o entendimento doutrinário majoritário, com vista a verificar a responsabilidade civil do estado de Minas Gerais ante o desastre ambiental ocorrido no Município de Mariana.

57 MINAS GERAIS. Subsecretaria da Receita Estadual. Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais. In: **Receita do Estado**. 2016. Elaborada por: Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais. Disponível em: Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/receita_estado/. Acesso em: 12 fev. 2017.

58 MINAS GERAIS. **Lei nº 21.695, de 09 de abril de 2015**. Estima as receitas e fixa as despesas do Orçamento Fiscal do Estado de Minas Gerais e do Orçamento de investimento das Empresas Controladas pelo Estado para o exercício de 2015.



Após pesquisas à legislação pertinente editada pelo estado de Minas Gerais, bem como a dados disponibilizados pela Secretaria de Estado da Fazenda, constatou-se que, para o cumprimento de seu dever constitucional de defender e preservar o meio ambiente, este Estado se aparelhou, possuindo, na época do fato, estrutura administrativa destinada à fiscalização e ao controle de atividades minerárias, bem como recursos financeiros (abundantes, a partir de 2012) voltados ao custeio do exercício desse poder de polícia. Comprova-se, pois, que o Estado possuía meios para atuar na *Samarco Mineração S.A.*, de forma a evitar ou, na pior das hipóteses, minimizar o dano provocado pelo rompimento da barragem de rejeitos.

Assim sendo, o estado de Minas Gerais é responsável indireto pelo dano ambiental causado, tendo em vista que sua omissão no cumprimento adequado do dever de fiscalizar foi determinante para concretização ou agravamento do dano causado. Ademais, em que pese a implementação de política tributária capaz de promover o avanço das ações afetas à responsabilidade ambiental e das reflexões acerca desse tema, há de se questionar o papel do Poder Executivo no caso concreto. Diante da evidente falha do Estado em sua missão, importa auferir se permanecem a serviço do interesse público os mecanismos de atuação estatal – dentre os quais, sem dúvida, o mais efetivo é o poder de polícia. Aparentemente, não permanecem.

Embora o Estado e a *Samarco Mineração S.A.* sejam responsáveis solidários, o entendimento atualmente dominante é no sentido de que, em caso de omissão determinante de cumprimento adequado do dever estatal de fiscalizar, a responsabilidade do Poder Público é de execução subsidiária.

Cumprir mencionar que o propósito deste trabalho é tão somente avaliar a responsabilidade do Estado no caso concreto de Mariana. Foge de seu escopo uma discussão mais aprofundada, por meio da qual se

avaliar não apenas a adequação, como também a oportunidade das normas previstas no ordenamento jurídico pátrio, no tocante ao modelo de responsabilização por danos ambientais difusos. Apenas com o propósito de iniciar tal debate, suscitam-se questionamentos quanto à estrutura da responsabilidade civil positivada, na condição de elemento eficaz para restabelecer a ordem na sociedade em função do dano causado.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. A Responsabilidade do Estado por dano ambiental à luz da jurisprudência e do pós-positivismo. *In*: **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XIII, nº 72, jan. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7047. Acesso em: 23 out. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008**. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2008/decreto/d6514.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.



BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.** Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L9605.htm. Acesso em: 17 abr. 2018.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

BRASIL. Portal Brasil. Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República (org.). **Entenda o acidente de Mariana e suas consequências para o meio ambiente.** 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2015/12/entenda-o-acidente-de-mariana-e-suas-consequencias-para-o-meio-ambiente>. Acesso em: 12 jan. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 711.405-PR.** Min. Humberto Martins. 2ª Turma. J. em 28/04/2009. Diário da Justiça Eletrônico: 15/05/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=860751&num_registro=200401790140&data=20090515&formato=HTML. Acesso em: 11 jan. 2018.

Ir para o índice

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1.071.741/SP**, Relator Min. Herman Benjamin. 2ª Turma. J. em 24/03/2009. Diário da Justiça Eletrônico: 16/12/2010. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=863210&num_registro=200801460435&data=20101216&formato=HTML. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp 1001780/PR**. Min. Teori Zavascki, 1ª Turma. J. em 27/09/2011. Diário da Justiça Eletrônico: 04/10/2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1092429&num_registro=200702476534&data=20111004&formato=HTML. Acesso em: 11 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Informativo de Jurisprudência nº 0427**. Brasília, DF, 15 a 19 mar. 2010. Meio Ambiente. Legitimidade Passiva. Estado. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre;=@COD='0427'>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em teses n. 30, de 18 de março de 2015**. Direito ambiental. Verbete n. 08, 2015, p. 03. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%Aancia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf. Acesso em 11 jan. 2018.

CARVALHO, Délton Winter de. Responsabilidade civil do estado por desastres naturais: critérios para configuração da omissão estatal face ao não cumprimento de deveres de proteção. **Revista de Direito Ambiental**, vol. 77, p. 137-168, 2015.

CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; TÔRRES, Lorena Grangeiro de Lucena. Mineração, desenvolvimento econômico e sustentabili-



dade ambiental: a tragédia de Mariana como parâmetro da incerteza. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**, v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p.71-98.

COELHO, Hamilton Antônio. Responsabilidade ambiental, sustentabilidade, tributação ecossocial e os tribunais de contas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. Belo Horizonte. p. 39-44. Ano 30, v. 82, nº 1, Jan./Mar. 2012.

COSTA, Elisson Pereira da. Poder de Polícia Ambiental e a Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Constitucional (RBDC)**, São Paulo, v. 16, p.13-24, dez. 2010. Semestral. Disponível em: [http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-013-Artigo_Elisson_Pereira_da_Costa_\(Poder_de_Policia_Ambiental_e_a_Administracao_Publica\).pdf](http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-16/RBDC-16-013-Artigo_Elisson_Pereira_da_Costa_(Poder_de_Policia_Ambiental_e_a_Administracao_Publica).pdf). Acesso em: 15 fev. 2017.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GOMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de deveres de Protecção do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

LEVADA, Filipe Antônio Marchi. A Responsabilidade Civil do Estado por Danos ao Meio Ambiente. **Revista de Direito Privado**. v. 32/2007, p. 55-74, out-dez/2007.

LEUZINGER, Marcia Dieguez. Responsabilidade Civil do Estado por Danos ao Meio Ambiente. **Revista de Direito Ambiental**. vol. 45/2007, p. 184-195, jan-mar/2007.

MAFFRA, Marcelo Azevedo. **Ofício nº 114/2016/CRPUA**. 11 abr. 2016. Patos de Minas, MG. SARNEY FILHO. Brasília, DF. 75 f. Encaminha documentação referente à Comissão Externa destinada a acompanhar e monitorar desdobramentos do desastre ambiental ocorrido em Mariana-MG. Disponível em: <http://www.camara.leg.br/internet/comissoes/comissoes-especiais/A%C3%A7%C3%A3o%20Civil%20P%C3%BAblica%20MP-MG.pdf>. Acesso em: 22 out. 2016.

MENEZES, Joyceane Bezerra de. A Reengenharia da Responsabilidade Civil na Sociedade de Riscos – Da Culpa à Socialização dos Riscos. *In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*, 17, 2008, Salvador. Florianópolis: Fundação Bioteux, 2008. p. 4564 - 4583. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/joyceane_bezerra_de_menezes.pdf. Acesso em: 5 nov. 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**: a gestão ambiental em foco. Doutrina. Jurisprudência. Glossário. 7.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 45.824, de 20 de dezembro de 2011**. Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <http://www.siam.mg.gov.br/sla/download.pdf?idNorma=20034>. Acesso em: 18 abr. 2018.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 45.936, de 23 de março de 2012**. Estabelece o Regulamento da Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários- TFRM- e dispõe sobre o Cadastro Estadual de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários- CERM. Disponível



em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/decretos/2012/d45936_2012.htm. Acesso em: 18 abr. 2018.

MINAS GERAIS. **Decreto nº 47.042, de 06 de setembro de 2016**. Dispõe sobre a organização da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=DEC&num=47042&comp=&ano=2016&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei Delegada nº 180, de 20 janeiro de 2011**. Dispõe sobre a estrutura orgânica da Administração Pública do Poder Executivo do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LDL&num=180&comp=&ano=2011&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei nº 19.976, de 27 de dezembro de 2011**. Institui a Taxa de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários- TFRM- e o Cadastro Estadual de Controle, Monitoramento e Fiscalização das Atividades de Pesquisa, Lavra, Exploração e Aproveitamento de Recursos Minerários – Cerm. Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/empresas/legislacao_tributaria/leis/2011/l19976_2011.htm. Acesso em: 11 jan. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei nº 21.695, de 09 de abril de 2015**. Estima as receitas e fixa as despesas do Orçamento Fiscal do Estado de Minas Gerais e do Orçamento de investimento das Empresas Controladas pelo Estado para o exercício de 2015. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=lei&num=21695&comp=&ano=2015>. Acesso em: 18 abr. 2018.

Ir para o índice

MINAS GERAIS. **Lei nº 21.972, de 21 de janeiro de 2016**. Dispõe sobre o Sistema Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos- Sisema- e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa.html?tipo=LEI&num=21972&ano=2016>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MINAS GERAIS. **Lei nº 22.257, de 27 de julho de 2016**. Estabelece a estrutura orgânica da administração pública do Poder Executivo do Estado e dá outras providências. Disponível em: <https://www.almg.gov.br/consulte/legislacao/completa/completa-nova-min.html?tipo=LEI&num=22257&comp=&ano=2016&texto=consolidado#texto>. Acesso em: 11 jan. 2018.

MINAS GERAIS. Subsecretaria da Receita Estadual. Secretaria de Estado de Fazenda de Minas Gerais. **Receita do Estado**. 2016. Elaborada por: Superintendência de Arrecadação e Informações Fiscais. Disponível em: Disponível em: http://www.fazenda.mg.gov.br/governo/receita_estado/. Acesso em: 12 fev. 2017.

MOTA, Tercio de Sousa; BARBOSA, Erivaldo Moreira; MOTA, Gabriela Brasileiro Campos. Ação civil pública como instrumento de proteção do meio ambiente. *In: Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 86, mar 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9105&n_link=revista_artigos_leitura. Acesso em: 13 fev. 2017.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

UNITED NATIONS. **Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment**. 1972. Disponível em: <http://www.unep.org/Documents.Multilingual/Default.asp?DocumentID=97&ArticleID=1503&l=en>. Acesso em: 15 fev. 2017.



Áreas Verdes Urbanas e Áreas de Preservação Permanente: A importância da diferenciação e efetivação desses institutos para a Política Urbana

Urban Green Areas and Permanent Preservation Areas: The importance of the differentiation and effectiveness of these Institutes for Urban Policy

**RAFAEL COSTA FREIRIA
TAISA CINTRA DOSSO**

Resumo

A partir da premissa teórica de integração entre Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais, o artigo propõe uma análise inter-relacionada de aspectos conceituais da Gestão Ambiental, no caso a concepção de avaliação de desempenho, com Políticas Públicas Ambientais, a partir de alguns aspectos do Programa Município Verde Azul do Estado de São Paulo, e reflexos dessa relação em temas afetos ao Direito Ambiental. Nes-

[Ir para o índice](#)

se cenário, por meio de levantamentos bibliográficos, estudo de casos e análise de legislações, o trabalho traz como objetivo principal abordar a concepção e regime jurídico das áreas verdes urbanas e a importância da diferenciação das áreas de preservação permanente. Os resultados dessa discussão, sobre dois institutos que se encontram na categoria de espaços territoriais especialmente protegidos, mas se diferenciam quanto às suas finalidades, é um aspecto de grande importância para que o processo de expansão urbana possa ocorrer de forma sustentável.

Palavras-chave: Direito Ambiental. Políticas Públicas. Gestão Ambiental. Áreas Verdes Urbanas. Áreas de Preservação Permanente.

Abstract

From the theoretical premise of integration among Law, Management and Public Environmental Policies, the article proposes an interrelated analysis of conceptual aspects of Environmental Management, in this case the conception of the performance assessment, with Environmental Public Policies, from some aspects of the Green Blue Municipality Program of São Paulo state, and reflections of this relationship in subjects related to the Environmental Law. Within this scenario, through bibliographical surveys, case studies and analysis of laws, the work brings as its main goal to approach the conception and legal regime of the Urban Green Areas and the importance of the differentiation of the Permanent Preservation Areas. The results of this discussion, about two institutes that are in the category of territorial spaces especially protected, but differ in their purpose, is an aspect of great importance for the process of urban expansion can occur in a sustainable way.

Keywords: Environmental Law. Public Policies. Environmental Management. Urban Green Areas. Permanent Preservation Areas.



INTRODUÇÃO

Um dos referenciais teóricos do artigo está presente em Freiria¹ em que está desenvolvida a proposta de análise integrada entre os temas Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais. Nesse sentido, adota-se como premissa a interdependência teórica e prática dessas três áreas do conhecimento para a efetivação das questões ambientais.

Em termos conceituais, parte-se da concepção originária da Gestão Ambiental para se fazer uma análise na prática de uma Política Pública, no caso o Programa Município Verde Azul do Estado de São Paulo, e, em seguida, ressaltar alguns resultados desse processo em relação à proteção de áreas verdes urbanas, necessidades de diferenciação das áreas de preservação permanente e a importância desses espaços territoriais especialmente protegidos para a Política Urbana.

No caso, a lógica da Gestão influenciando uma Política Pública que irá aprimorar e ser aprimorada pelo Direito Ambiental, uma vez que o processo suscitará a discussão e o aprimoramento da regulamentação das áreas verdes urbanas e a necessidade de diferenciação do regime jurídico das áreas de preservação permanente.

Isso porque a referida Política Pública Ambiental do Estado de São, no caso o Programa Estadual Município Verde Azul, previsto pela Resolução SMA nº 44, de 2017², por intermédio do estímulo de maior apoio orça-

1 FREIRIA, Rafael Costa. **Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais**. São Paulo: Senac, 2011.

2 SÃO PAULO. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. **Resolução SMA nº 44, de 05 de junho de 2017**. Estabelece procedimentos operacionais e os parâmetros de avaliação para as Pré-certificações de junho e setembro, no âmbito do Programa Município Verde Azul, para o exercício de 2017.

mentário estadual para as cidades que demonstrarem melhor desempenho ambiental, cobra delas o aperfeiçoamento de suas políticas ambientais municipais. Nesse sentido, todos os municípios devem realizar o planejamento ambiental, materializado por meio de planos de ações, apresentando os diagnósticos e prognósticos para dez diretivas ambientais. No trabalho, são destacados temas relacionados com duas diretivas: biodiversidade e arborização urbana.

Estas duas diretivas de gestão ambiental para as cidades paulistas (biodiversidade e arborização urbana) exigem, por exemplo, por parte dos municípios, a realização de diagnósticos dos percentuais de áreas verdes, de projeções de copas das árvores e também a existência de legislações obrigando que todos os novos parcelamentos de solo, públicos ou privados, apresentem projeto de arborização urbana e paisagismo das respectivas áreas verdes.

Quando se começa a aprimorar tais diagnósticos chama-se a atenção para a questão das áreas verdes urbanas. Imprecisões conceituais e funcionais (no sentido de se saber claramente para que servem as áreas verdes urbanas), baixos percentuais nos municípios, confusão com áreas de preservação permanente, são alguns pontos que envolvem a problematização da discussão, justificando a importância da pesquisa envolvendo as funções socioambientais e institucionais das áreas verdes urbanas, bem como a diferenciação com as chamadas áreas de preservação permanente.

Tomando como base esse contexto, tem-se como objetivo principal do artigo abordar a concepção e o regime jurídico atuais das áreas verdes urbanas e a importância da diferenciação das áreas de preservação



permanente. Para tal propósito, foram eleitas as seguintes abordagens metodológicas: levantamento e revisões bibliográficas, estudo de casos e análise de legislações ambientais relacionadas com o tema.

1. DO PROGRAMA ESTADUAL MUNICÍPIO VERDE AZUL COMO CONTEXTO QUE SUSCITA A DISCUSSÃO PRINCIPAL SOBRE ÁREAS VERDES E ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE

Nos últimos anos no estado de São Paulo, por meio do Programa estadual estratégico “Município Verde Azul” (MVA), embasado atualmente³ na Resolução nº 44/2017 da Secretaria de Estado do Meio Ambiente, verifica-se a construção de uma política ambiental com fulcro na legislação e que, para se efetivar, depende das práticas de gestão ambiental⁴.

Em síntese, esse programa estadual estabelece mecanismos e procedimentos a fim de fomentar e aprimorar a efetivação da política ambiental no estado de São Paulo, por meio do fortalecimento e aprimoramento

3 Importante destacar que o Programa segue lógica de melhoria contínua e anualmente nova Resolução é editada no sentido de aprimorar indicadores ambientais do Programa.

4 Gestão Ambiental: Sintetizada como o processo, que ocorre por meio das etapas de Planejamento (sendo as principais formas de manifestação os Projetos, Planos e Programas) e Gerenciamento (sendo as principais formas de manifestação a Execução, Monitoramento e Avaliação de Desempenho (daquilo que foi planejado e executado)), capaz de dar vazão a garantias previstas pelo Direito Ambiental que fundamentam as Políticas Ambientais. O Processo de Gestão é a via capaz de mediar a aproximação da realidade factual da situação ideal prevista pelo Direito, dentro da proposta de melhoramento contínuo dos aspectos ambientais de determinada organização. Esse processo, que ocorre caso a caso, na realidade de cada situação, se dá por etapas dinâmicas que devem ir ao encontro dos objetivos da Política Ambiental. SANTOS, Rozely Ferreira dos. **Planejamento Ambiental: teoria e prática**. São Paulo: Oficina de Textos, 2004 e MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Introdução à Administração**. São Paulo: Atlas, 2008.

das políticas ambientais municipais, incentivando a instituição de processos de gestão ambientais nos municípios.

O Programa, por intermédio do estímulo de maior apoio orçamentário estadual para as cidades que demonstrarem melhor desempenho ambiental, cobra delas o aperfeiçoamento de suas políticas ambientais. Nesse sentido, todos os municípios devem realizar o planejamento ambiental, materializado por meio de planos de ações, apresentando os diagnósticos e prognósticos para dez diretrizes ambientais (município sustentável, estrutura e educação ambiental, conselho ambiental, biodiversidade, gestão das águas, qualidade do ar, uso do solo, arborização urbana, esgoto tratado, resíduos sólidos).

Este planejamento ambiental municipal (plano de ação) é, por sua vez, avaliado, controlado e gerenciado pelo Estado quanto ao desempenho da sua execução. Assim, para cada tema de trabalho, a política estadual define uma meta, uma situação desejada para o município atingir, e, ano a ano, se estabelece um processo de controle do desempenho das cidades na trajetória definida pela política, cabendo a cada operador da política ambiental municipal apresentar a informação relativa aos avanços da municipalidade ante as metas.

Somente a título de exemplificação, a seguir, no quadro, uma proposta de desenvolvimento da informação para o processo de gerenciamento da diretiva sobre biodiversidade do programa (em que umas das metas é o aprimoramento da gestão das matas ciliares no território das cidades) que irá propiciar o controle do desempenho do município para essa questão.



Quadro 1 – Proposta de Gerenciamento para aprimoramento da gestão de matas ciliares⁵

Dado	Formações vegetais existentes no município;
Parâmetro	Percentual de cobertura vegetal do município
Indicador	Interpretação dessa cobertura em função do meio (rural ou urbano); Interpretação dessa cobertura em função das nascentes; Interpretação dessa cobertura em função das outras cidades; Interpretação dessa cobertura em função das metas definidas no planejamento; Interpretação dessa cobertura no contexto de recuperação de córregos urbanos; Interpretação dessa cobertura em função de existência de programas municipais de recuperação de matas ciliares.
Índice	Síntese dos Indicadores utilizados com relação às metas. Matas Ciliares dentro da meta para zona rural e abaixo da meta da política para nascentes, por exemplo.
Informação	Município está abaixo, acima ou dentro da meta da política estadual para matas ciliares. Houve evolução, regressão ou estagnação com relação a esta meta de um ano para o outro.

Fonte: FREIRIA, Rafael Costa, 2010, p. 155.

Direcionando o foco para a questão dos indicadores⁶, é possível perceber a ocorrência do modelo de pressão/estado/resposta no processo de desenvolvimento das informações para a gestão das matas ciliares. A interpretação, por exemplo, do percentual de cobertura vegetal das matas ciliares urbanas vai trazer indicadores da pressão da construção civil sobre as áreas de preservação permanente, bem como o estado da vegetação existente no momento da análise. Enquanto a interpretação da existência de programas municipais de recuperação de matas ciliares vai dar um indicador da resposta eventualmente existente do poder público e da sociedade civil para a questão, com o intuito de procurar aproximar o estado atual da situação das matas ciliares das metas do processo de gestão.

5 Desenvolvido para o Relatório do Programa Município Verde e Azul, do ano de 2012.

6 Nesse sentido, GALLOPÍN, Gilberto C. Environmental and sustainability indicators and the concept of situational indicators. A systems approach. **Environmental Modeling and Assessment**, v. 1, nº 3, 1996; SERRA, Ana Luiza Roma Couto. **Indicadores de pressão para o Córrego Piçarrão**, 2002.

Ir para o índice

Esse procedimento pode ser aplicado para todas as diretrizes definidas pelo Programa “Município Verde Azul” e o processo de controle se dá justamente por meio da avaliação da distância das informações (dos registros das realidades ambientais), desenvolvidas por município, das metas definidas pela política ambiental estadual.

Importante destacar que a aplicação de referida Política Pública (do Programa MVA) vai propiciando a sua própria consolidação, e o processo acaba por trazer avanços que muitas vezes vão além do planejado.

É nesse sentido que se dará ênfase mais específica a partir de agora, sendo o objetivo principal do presente artigo. Uma das diretrizes do Programa, que em termos metodológicos é a referência de estudo de caso para a presente discussão⁷, exige que os municípios do estado de São Paulo tenham legislação obrigando que todos os novos parcelamentos de solo, públicos ou privados, sejam obrigados a apresentar projeto de arborização urbana e paisagismo, conforme as características definidas pela lei. Com as criações de leis ambientais municipais nesse sentido e as anuais avaliações de desempenho a respeito, vai ocorrendo o refinamento da própria proposta da Política do Programa.

Chama-se a atenção para a questão das áreas verdes urbanas. A partir do momento em que se começa a exigir projetos técnicos de arborização e paisagismo para os novos parcelamentos do solo, passa-se também a haver maior discussão sobre a localização e a definição das áreas verdes em que serão implementados os referidos paisagismos e ações voltadas para arborização, bem como sobre a relação delas com as áreas de preservação permanente.

7 A situação problema do presente artigo surge a partir da experiência de secretário municipal de meio ambiente, da cidade de Batatais/SP, de um dos autores do artigo no ciclo de gestão 2009-2012.



2. ÁREAS VERDES URBANAS E ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE: REGIMES JURÍDICOS, DIFERENCIAÇÕES E IMPORTÂNCIA SOCIOAMBIENTAL

O processo de refinamento das Políticas Públicas Ambientais vai apresentando novas demandas por informações dentro de uma lógica de busca de melhora contínua de desempenho das organizações, das cidades, algo inerente à busca pela sustentabilidade real. E quando essas demandas ganham alcance das normas de Direito Ambiental é fundamental que esses conteúdos normativos – reflexos de necessidades muitas vezes direcionadas por conhecimentos das ciências naturais (no caso para a importância dos espaços protegidos para o meio urbano) – tenham efetividade⁸.

No contexto das novas demandas por mais efetividade de temas afeitos à Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais, retoma-se então o tema das áreas verdes urbanas. O processo de Gestão Ambiental Urbana suscita algumas perguntas frequentes. O presente artigo concentrará a atenção em duas delas: a) O que são áreas verdes urbanas?; e b) Qual a relação com as chamadas áreas de preservação permanente e a importância de ambas para a Política Urbana?

8 Nesse sentido, aponta ARGÔLO, Raimundo Eloy Miranda. Direito ambiental e sociedade de consumo: razão e distanciamento na pós-modernidade. In: MIRANDA, Jorge Miranda; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. 6, 2016, p. 189-203: “Tratar do discurso do direito ambiental é primordial, visto que, como discurso ideológico, ele é o que mais se aproxima da ideia de direito, como discurso universalmente válido. O que permite essa natureza é o diálogo que o direito ambiental trava com as ciências naturais que ainda se apresentam com essa forte tendência universalista. Como direito ambiental utiliza-se dos conhecimentos das ciências naturais para a prescrição de muitas de suas normas, seu discurso adquire esse mesmo tom universalista. (...) Há um bloco de conteúdo do direito ambiental com o qual não se pode negociar”.

O bom encaminhamento dessas demandas irá direcionar os indicadores de percentual e localização de áreas verdes e também as práticas de implantação das melhores medidas de paisagismo e arborização para uma cidade, algo vital para a melhora contínua de desempenho em termos de sustentabilidade e qualidade de vida.

Entende-se que neste momento é oportuno destacar o papel de o Direito apontar e dizer o entendimento institucional já existente a respeito da matéria. Faz-se assim o diálogo com Gestão e a Política, tornando todos os elementos integrantes do processo decisório.

No plano da legislação, a questão das áreas verdes urbanas suscita a necessidade de integração de leis que originariamente tinham focos bem direcionados para aspectos específicos de questões de Política Urbana ou Política Florestal e que agora devem se harmonizar da melhor forma no sistema jurídico do Direito Ambiental.

Partindo de premissas constitucionais (artigo 24 da Constituição Federal Brasileira de 1988)⁹, no plano urbanístico, a União norteia a questão por duas normas gerais que irão direcionar as ações e regulamentações dos estados e municípios, a Lei nº 6.766, de 1979¹⁰, que dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano, e a Lei nº 10.257, de 2001¹¹, que institui o Estatuto da Cidade.

Na redação inicial, a Lei do Parcelamento do Solo, (nº 6.766, de 1979), previa que 35% da gleba do parcelamento deveriam ser destinados a siste-

9 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

10 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

11 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.



mas de circulação, à implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público. Então as áreas verdes estavam diluídas nesse percentual. No ano de 1999, a Lei de Parcelamento sofre alteração, por meio da Lei nº 9.785, que passa a prever que as áreas verdes devem ser proporcionais à densidade de ocupação da população prevista pelo Plano-Diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem.

Observa-se que a questão das áreas verdes urbanas estava implícita nas exigências de que os novos parcelamentos do solo deveriam conter, segundo artigo 4º, inciso I, da Lei Federal nº 6.766, de 1979, após a aludida alteração, “áreas destinadas a sistemas de circulação, a implantação de equipamento urbano e comunitário, bem como a espaços livres de uso público, proporcionais à densidade de ocupação prevista pelo plano diretor ou aprovada por lei municipal para a zona em que se situem”.

Sobre as áreas verdes, na perspectiva da regulamentação da Lei de Parcelamento do Solo, Tatiana Monteiro Costa e Silva e Marcel Alexandre Lopes pontuam que:

São áreas que, conforme dispõe o art. 22 da Lei Federal nº 6.766 de 1979, passam a integrar o domínio do município desde a data do registro do loteamento, não podendo ter outra destinação de uso. A consequência é que a partir do registro, o Município assume a responsabilidade pela manutenção, zelo, guarda e monitoramento desses espaços no seio da cidade, tendo a população o direito à sua fruição, aliás, o titular dos direitos de uso do bem público de uso comum do povo é a comunidade e os moradores da região onde a área foi aprovada¹².

12 SILVA, Tatiana Monteiro Costa e; LOPES, Marcel Alexandre. A importância da área verde urbana instituída no código florestal de 2012 para o planejamento urbano: novas diretrizes. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; LEITE, José Rubens Morato (org.). **XXI Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Jurisprudência, ética e justiça ambiental no Século 21**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016. v. 1: Conferencistas e Teses profissionais. p. 729. Disponível em: <http://congresso.planetaverde.org/>. Acesso em: 4 dez. 2017.

Neste plano, as áreas verdes estão previstas na exigência de espaços livres de uso público com equipamentos urbanos e comunitários, restando para os Planos-Diretores de cada município e respectivas legislações municipais que os aprovam, bem como as normas municipais de uso e ocupações do solo, segundo as diretrizes gerais da Política Urbana (Estatuto da Cidade), Lei Federal nº 10.257, de 2001, definirem a proporcionalidade dessas áreas de acordo com a densidade de ocupação.

Nesse sentido, cumprindo os Planos-Diretores seus papéis de instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, cada cidade, por meio de seus representantes técnicos e políticos, define o processo de planejamento da sua forma de expansão urbana, aprovando seus respectivos Planos-Diretores que, dentre outros aspectos, vão apresentar as diretrizes para a implantação das áreas verdes e sistemas de lazer.

Portanto, em termos de percentuais e regras de implantação das áreas verdes urbanas, as normas gerais direcionam para os estados¹³ e municípios definirem os respectivos critérios, sempre levando em conta o critério geral de proporcionalidade com a densidade da ocupação. Aqui já se tem um ponto de suma importância de controle e melhoramento contínuo da

13 Nesse sentido, o Estado de São Paulo, por meio da Resolução da Secretaria de Estado de Meio Ambiente (SMA) n. 31/2009, prevê, para casos de licenciamento de novos parcelamentos do solo, o percentual mínimo de 20% (vinte por cento) da área total do imóvel com infraestrutura verde, o que engloba as áreas verdes e outros aspectos que possibilitem a infiltração das águas pluviais, a conservação da biodiversidade e a mitigação da formação de ilhas de calor e da poluição sonora e atmosférica. Como se depreende do artigo 6º: - Nos processos de licenciamento de novos parcelamentos de solo e empreendimentos habitacionais, sem prejuízo das demais medidas mitigadoras pertinentes, deverá ser exigida a manutenção das características naturais de permeabilidade do solo em, no mínimo, 20% (vinte por cento) da área total do imóvel, preferencialmente em bloco único, visando assegurar, entre outros aspectos, a infiltração das águas pluviais, a conservação da biodiversidade, a mitigação da formação de ilhas de calor e da poluição sonora e atmosférica.



definição desses percentuais e regras de implantação¹⁴. Algo que a própria periodicidade das revisões dos Planos-Diretores (e respectivas Audiências Públicas) propicia essa avaliação de desempenho dos papéis desses institutos e adequação a cada municipalidade e suas dinâmicas e dialéticas.

No entanto, o foco específico do presente trabalho é outro. No momento da Gestão Ambiental, do dia a dia, de implementação dessas Políticas Públicas e regras de Direito em cada município, uma informação institucional de suma importância é a que responde a essa pergunta: O que são áreas verdes urbanas?

Voltando aos itens anteriores do artigo, a presente proposta de análise surge quando, no contexto do Programa Estadual Município Verde Azul, há a necessidade de se controlarem, anualmente, a implementação e a avaliação de desempenho dos Projetos de Arborização e Paisagismos dos novos parcelamentos do solo, exigidos por lei pela referida política estadual.

Essa necessidade suscita a primeira questão: Onde estão as áreas verdes para verificar como foram realizados os projetos de arborização e paisagismo? E para se chegar a essa informação, constatou-se a necessidade de aclarar institucionalmente o significado dessas áreas.

Quanto a isso, no plano da Gestão e também do Direito, verificou-se, nos últimos anos, uma busca por interpretações e analogias para se chegar ao conceito de áreas verdes e percebeu-se muitas vezes a ocor-

14 Sobre regras de implantação e localização de áreas verdes importante destacar a potencialidade de ação do artigo 7º, III, da Lei Federal nº 6766/79, a estabelecer que: A Prefeitura Municipal, ou o Distrito Federal quando for o caso, indicará, nas plantas apresentadas junto com o requerimento, de acordo com as diretrizes de planejamento estadual e municipal: (...) III – a localização aproximada dos terrenos destinados a equipamento urbano e comunitário e das áreas livres de uso público.

rência da confusão conceitual deste último conceito com o de áreas de preservação permanente, o que no plano de gestão das cidades faz muita diferença. Pois quando se há aproveitamento integral de áreas de preservação permanente como se institucionalmente áreas verdes fossem, significa, em última análise, afetar o futuro dos espaços verdes livres das cidades, diretamente relacionados com recreação, bem-estar, lazer e qualidade de vida.

Quer-se dizer que tanto as áreas verdes quanto as áreas de preservação permanente têm sua importância ambiental e institucional diferenciada e de fundamental importância para as cidades. Importante destacar que a relevância do objetivo de diferenciação das áreas verdes das áreas de preservação permanente, enquanto espaços protegidos distintos, encontra correlação com o histórico nacional de aproveitamento/ “transplante” de institutos estrangeiros voltados para proteção de áreas e mesmo nas várias mutações que estas categorias sofreram na história do Direito Ambiental brasileiro. Relevante a respeito posicionamento de André Olavo Leite

Após o transplante desses primeiros conceitos, o País reformulou, recepcionou ou criou diversas outras categorias de espaços protegidos nas décadas seguintes: em 1965 foram introduzidas as Florestas Nacionais, substituindo as Florestas de Rendimento e Florestas Modelo de 1934; as Áreas de Preservação Permanente, que como visto substituíram as Florestas Protetoras; e as Reservas Legais, substituindo as chamadas Quartas Partes, também criadas em 1934 (BRASIL, 1965). Depois, em 1967 foi a vez das Reservas Biológicas e Parques de Caça (BRASIL, 1967), provavelmente inspirados



nos conceitos britânicos de Preserves e Game Reserves, bastante usados em suas colônias africanas¹⁵.

2.1 As Áreas de Preservação Permanente (APP)

A aprovação do Novo Código Florestal pela Lei Federal nº 12.651, de 25 de maio de 2012¹⁶, trouxe com objetividade a diferenciação conceitual e funcional dos dois institutos, contribuindo muito para maior segurança jurídica e efetividade da Gestão Ambiental das cidades. Nesse sentido, segundo o artigo 3º inciso II, da referida Lei, recepcionada a concepção da legislação anterior, entende-se por Área de Preservação Permanente (APP): área protegida, coberta, ou não, por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade; facilitar o fluxo gênico de fauna e flora; proteger o solo; e assegurar o bem-estar das populações humanas. E complementa o artigo 4º ao considerar área de preservação permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei, principalmente:

I – as faixas marginais de qualquer curso d’água natural, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

- a) 30 (trinta) metros, para os cursos d’água de menos de 10 (dez) metros de largura;
- b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d’água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

15 LEITE; André Olavo. Transplantes legais: o caso das áreas protegidas brasileiras. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 4. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2016. p. 70. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.4-versa%CC%83o-portuguesa.pdf>. Acesso em: 13 abr. 2018.

16 BRASIL. **Lei nº 12.651/2012**.

Ir para o índice

- c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;
- d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;
- e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

E continua o artigo 4º do Código Florestal a elencar situações de enquadramento como áreas de preservação permanente, nos seus incisos seguintes, como:

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento, observado o disposto nos §§ 1º e 2º;

IV- as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água, qualquer que seja a sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;

V- as encostas ou partes destas com declividade superior a 45°, equivalente a 100% (cem por cento) na linha de maior declive;

VI- as restingas, como fixadoras de dunas ou estabilizadoras de mangues;

VII- os manguezais, em toda a sua extensão;

VIII- as bordas dos tabuleiros ou chapadas, até a linha de ruptura do relevo, em faixa nunca inferior a 100 (cem) metros em projeções horizontais;

IX- no topo de morros, montes, montanhas e serras, com altura mínima de 100 (cem) metros e inclinação média



maior que 25°, as áreas delimitadas a partir da curva de nível correspondente a 2/3 (dois terços) da altura mínima da elevação sempre em relação à base, sendo esta definida pelo plano horizontal determinado por planície ou espelho d'água adjacente ou, nos relevos ondulados, pela cota do ponto de sela mais próximo da elevação;

X- as áreas em altitude superior a 1.800 (mil e oitocentos) metros, qualquer que seja a vegetação;

XI- as veredas.

As áreas de preservação permanente, nos termos das definições acima do Código Florestal, apresentam função ecológica relevante e enquadram-se na definição de espaços territoriais especialmente protegidos¹⁷, nos termos do artigo 225, § 1º, inciso III, da Constituição Federal, o qual não permite a utilização dessas áreas quando houver comprometimento da integridade dos atributos que justificam a sua proteção.

Desse modo, a regra geral é a intocabilidade e a vedação de uso econômico direto, em razão de seus atributos ambientais, devendo, pois, a intervenção nessas áreas obedecer aos preceitos legais, sob pena de aplicações de sanções e responsabilidades cabíveis.

A intervenção ou supressão de vegetação em área de preservação permanente é permitida em três hipóteses, quais sejam: nos casos de utilidade pública, interesse social e de supressão eventual e de baixo impacto, conforme artigo 3º da Lei nº 12.651, de 2012.

17 Com regime jurídico, conforme consolidado na literatura especializada, distinto daqueles atribuídos às Reservas Florestais Legais e, sobretudo, Unidades de Conservação. Neste sentido GANEM, Roseli Senna; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Reflexões acerca do conceito de espaços territoriais especialmente protegidos. **Cadernos ASLEGIS**, Brasília. v. 8, n. 28, p. 80.

Sobre o regime das áreas de preservação permanente no atual Código Florestal, Rafael Martins Costa Moreira bem destaca que

O novo Código também arrolou duas espécies de APPs: no art. 4º, aquelas definidas diretamente pela lei; no art. 6º, as declaradas de interesse social por ato do Chefe do Poder Executivo. As hipóteses são semelhantes, com algumas alterações, que não nos cabe detalhar neste estudo. A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em área de preservação permanente é vedada como regra, somente admitida em hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas na Lei (art. 8º). Foram flexibilizados os casos de supressão de vegetação permitida em APPs (arts. 8º, 9º, 26, 27 e 52), bem como admitidas situações consolidadas (arts. 61-A a 65), o que é objeto de grande controvérsia e repulsa pelo movimento ambientalista¹⁸.

O Código Florestal prevê a existência de área de preservação permanente rural e urbana. No meio urbano, as áreas de preservação permanente, quando efetivamente preservadas, contribuem para o equilíbrio ambiental sob diversos aspectos: evitam enchentes; impedem deslizamentos de terra em áreas de pouca estabilidade; aumentam a umidade dos centros urbanos e os índices de permeabilidade do solo; contribuem para a redução de ruídos e de gás carbônico na atmosfera; propiciam alteração estética positiva da paisagem dos centros urbanos etc.

18 MOREIRA, Rafael Martins Costa. Áreas de preservação permanente e urbanização: ocupações irregulares, proteção legal e tutela jurisdicional. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; LEITE, José Rubens Morato (org.). **XXI Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Jurisprudência, ética e justiça ambiental no Século 21**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016. v. 1: Conferencistas e Teses profissionais. p. 321. Disponível em: <http://congresso.planetaverde.org/>. Acesso em: 3 dez. 2017.



As áreas de preservação permanente urbanas apresentam uma dinâmica diferente com relação às áreas rurais. O fator moradia atribui a essas áreas uma análise jurídica e política particularizada, em que se devem sopesar, na definição da política pública, os diversos valores envolvidos: preservação do meio ambiente, interesse social e a dignidade da pessoa humana, todos os pilares constitucionais.

Normalmente, as ocupações irregulares nessas áreas (topos de morros e margens de cursos d'água), formadoras das favelas, exigem do gestor público um olhar atento e diferenciado com vista a melhor solução possível, pois representam, na grande maioria das vezes, áreas de risco à permanência das pessoas no local¹⁹.

Nesse contexto, é possível compreender o uso alternativo do solo nas áreas de preservação permanente urbanas, conforme artigo 3º, inciso VI, do Código Florestal:

Art. 3º. Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

VI - uso alternativo do solo: substituição de vegetação nativa e formações sucessoras por outras coberturas do solo, como atividades agropecuárias, industriais, de geração e transmissão de energia, de mineração e de

¹⁹ A esse respeito, ocupações irregulares em APPs, Rafael Martins Costa Moreira, **Ibid.**, p. 321, destaca com propriedade que: “Lamentavelmente, em que pese a existência de um Código Florestal remontar a 1934, e a proteção a APPs a 1965, a realidade demonstra a duradoura omissão, não raro consubstanciada em cumplicidade dos poderes públicos no cumprimento da legislação de proteção às áreas de preservação. Consequência disso é revelada pela constatação de milhares de ocupações desordenadas nesses locais, em todo o País, estimuladas também pelo déficit habitacional, pela pobreza, escassez de oportunidades de trabalho, falta de saneamento básico e água potável encanada, bem como pela especulação imobiliária”.

transporte, assentamentos urbanos ou outras formas de ocupação humana²⁰;

No uso alternativo do solo, mediante autorização do órgão ambiental competente, em caráter excepcionalíssimo, autoriza-se a substituição da vegetação nativa por uma atividade antrópica, sendo que, dentre as hipóteses do artigo 3º, destinam-se às áreas de preservação permanente urbanas as situações de assentamentos urbanos ou outras formas de ocupação humana, que são as ocupações já consolidadas e serão objeto de regularização fundiária e intervenções para implantação de equipamentos de infraestrutura urbana.

2.2 Áreas verdes urbanas

A par do regime jurídico das áreas de preservação permanente, o artigo 3º, inciso XX, da Lei Federal nº 12.651, de 2012, define área verde urbana:

como espaços, públicos ou privados, com predomínio de vegetação, preferencialmente nativa, natural ou recuperada, previstos no Plano Diretor, nas Leis de Zoneamento Urbano e Uso do Solo do Município, indisponíveis para construção de moradias, destinados aos propósitos de recreação, lazer, melhoria da qualidade ambiental urbana, proteção dos recursos hídricos, manutenção ou melhoria paisagística, proteção de bens e manifestações culturais.

E, no que diz respeito ao seu regime de proteção e criação, o artigo 25 da referida Lei estabelece que o poder público municipal contará, para o estabelecimento de áreas verdes urbanas, com os seguintes instrumentos:

20 BRASIL. **Lei nº 12.651/2012.**



I- o exercício do direito de preempção para aquisição de remanescentes florestais relevantes, conforme dispõe a Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001;

II- a transformação das Reservas Legais em áreas verdes nas expansões urbanas²¹;

III- o estabelecimento de exigência de áreas verdes nos loteamentos, empreendimentos comerciais e na implantação de infraestrutura; e

IV- aplicação em áreas verdes de recursos oriundos da compensação ambiental²².

O Código Florestal atual, portanto, claramente traz como dois institutos urbano-ambientais distintos: as áreas de preservação permanente com propósito mais conservacionista, como áreas de proteção, com função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas; e as áreas verdes urbanas como espaços, públicos ou privados, mais ligados ao bem-estar, qualidade de vida e interação da população, com função institucional de recreação, lazer, melhoria da qualidade ambiental urbana, proteção dos recursos hídricos, manutenção ou melhoria paisagística, proteção de bens e manifestações culturais.

21 A respeito de referido inciso, assim se posiciona ANTUNES, Paulo de Bessa. **Comentários ao Novo Código Florestal**. 2. ed. São Paulo, Atlas, 2014. p. 214: “A transformação das reservas legais em áreas verdes medida racional e lógica, pois não faz o menor sentido a manutenção de áreas de reserva legal em zonas urbanas ou de expansão urbana”. Assim, pelo direcionamento do regime jurídico do Código Florestal, as Áreas verdes são a possibilidade futuras dos espaços protegidos Reservas Florestais Legais quando esses espaços passam a integrar zonas urbanas.

22 BRASIL. **Lei Federal nº 12.651/2012**.

Como destacam Tatiana Monteiro Costa e Silva e Marcel Alexandre Lopes:

A partir do advento da Lei Federal 12.651 de 2012, as áreas verdes urbanas ganharam uma nova configuração jurídica, pois a intenção do legislador pátrio foi a de ter regras objetivas e novas para a expansão das cidades ou de novos empreendimentos imobiliários, se garanta pelo menos a destinação de áreas verdes²³.

Por meio de políticas públicas de planejamento urbano²⁴, segurança e valorização patrimonial, esses espaços, muito identificados na figura das praças urbanas, devem ser destinados aos propósitos de recreação, lazer, proteção de bens e manifestações culturais, dentre outros. Em certos países, como a Espanha, é notório como essas áreas são valorizadas e utilizadas para convivência e para recuperar a disposição para o trabalho e o combate ao estresse²⁵.

As áreas verdes já existentes devem ser bem cuidadas e valorizadas como espaços públicos de convívio e bem-estar, e a cidade nova e os novos bairros (advindos de novos parcelamentos do solo) devem ser plane-

23 SILVA, Tatiana Monteiro Costa e; LOPES, Marcel Alexandre. A importância da área verde urbana instituída no código florestal de 2012 para o planejamento urbano: novas diretrizes. In: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; LEITE, José Rubens Morato (org.). **XXI Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Jurisprudência, ética e justiça ambiental no Século 21**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016. v. 1: Conferencistas e Teses profissionais. p. 731.

24 Sobre a importância do planejamento urbano para as áreas verdes, Tatiana Monteiro Costa e Silva e Marcel Alexandre Lopes, **ibid.** p. 733, também destacam: “O planejamento urbano, nesse sentido, surge como instrumento fundamental ao delimitar ou especificar a incidência das áreas verdes urbanas, com vistas à aplicabilidade dos instrumentos previstos no artigo 25 da Lei Federal 12.651 de 2012, seja nos assentamentos formais ou informais, desde que previamente mapeados, permitindo o necessário para a sua manutenção e recuperação”.

25 MATEO, Ramon Martin. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. Navarra: Editorial Aranzadi, 2003.



gados levando em conta a necessidade da existência dessas áreas, como ambientes com potenciais diferenciados, locais em que o verde convive com o concreto, com a arquitetura criativa, com as artes; espaços de lazer familiar, de prática de exercícios físicos, de perspectivas de vários tipos de usos sustentáveis.

Sobre a função socioambiental das áreas verdes é relevante concepção apresentada por Daniela Gerdenits, Elzo Savella e Maurício Tavares da Mota:

São espaços destinados a conservação do meio ambiente e lazer da população, exercem funções fundamentais da paisagem urbana, no cenário da ordenação urbanística. Trata-se de um componente de equilíbrio do meio ambiente urbano e de lazer. A boa apresentação dessa paisagem tem direta influência no meio, gerando efeitos sobre todos que dela se utilizam, proporcionando condições de uma sadia qualidade de vida²⁶.

Portanto, áreas de preservação permanente e áreas verdes são dois institutos distintos e inter-relacionados que têm, nas respectivas efetivações, indicadores fundamentais para o processo de cidades mais sustentáveis e com melhor qualidade de vida. Quanto maior a clareza sobre os contornos conceituais de cada instituto, maior o controle e efetivação de ambos, evitando-se que ao invés de sobreposição ocorra efetiva integração entre os institutos, principalmente porque é possível e comum que haja proximidade física entre essas duas áreas.

26 GERDENITS, Daniela; SAVELLA, Elzo; MOTA, Maurício Tavares da. Análise das legislações sobre os percentuais mínimos das áreas verdes dos municípios da Bacia do Sorocaba Médio Tietê Estado de São Paulo. **REVSBAU**, Piracicaba – SP, v. 8, n. 4, p 23, 2013.

Assim, os estados e os municípios têm autonomia para criar as suas regras definindo os percentuais das respectivas áreas verdes urbanas e demais detalhes e refinamentos de seus regimes jurídicos. O que não se pode mais hoje em dia nos planos do Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais é confundir áreas verdes urbanas com áreas de preservação permanente. A clareza conceitual das funções e finalidades dos dois institutos fortalece e propicia a maior migração destes do plano formal para o plano material, das leis para a realidade das cidades.

O enfrentamento de algumas questões sensíveis das cidades modernas, como a formação de favelas e a solução de gestão que se dará ao problema, tem como ponto de partida a distinção da natureza das áreas, se área de preservação permanente urbana ou área verde urbana.

Essa distinção influencia, por exemplo, a definição das chamadas áreas de risco, que exigem intervenção imediata do Poder Público. Uma formação de núcleos de moradia no topo de um morro ou próximo a um curso d'água (área de preservação permanente) exige do gestor público intervenção mais urgente do que quando houver – o que deve também ser sempre evitado – ocupação numa praça pública (área verde pública), por exemplo.

Assim, a necessidade de diferenciação é importante porque se define a política pública a ser implementada pelo gestor público em ocupação de área, pública ou particular, ambientalmente importante (área de preservação permanente urbana ou área verde urbana), para fins de moradia.

Com pertinência, o Ministério do Meio Ambiente aponta que “os efeitos indesejáveis do processo de urbanização sem planejamento, como a ocupação irregular e o uso indevido dessas áreas (áreas de preservação perma-



nente urbanas), tende a reduzi-las e degradá-las cada vez mais²⁷. Segundo o Ministério do Meio Ambiente, isso causa graves problemas nas cidades e exige forte empenho no incremento e aperfeiçoamento de políticas ambientais urbanas voltadas à recuperação, manutenção, monitoramento e fiscalização das áreas de preservação permanente nas cidades, como:

articulação de estados e municípios para a criação de um sistema integrado de gestão de Áreas de preservação permanente urbanas, incluindo seu mapeamento, fiscalização, recuperação e monitoramento;

apoio a novos modelos de gestão de APP urbanas, com participação das comunidades e parcerias com entidades da sociedade civil; [...]²⁸.

Mais uma vez voltando aos tópicos anteriores, a clara definição e a distinção das funções socioambientais dos institutos propiciam o correto direcionamento das diretrizes e execução dos respectivos projetos de arborização e paisagismo, que são distintos e com diferentes finalidades para cada uma das áreas, verdes urbanas e de preservação permanente.

E a clara distinção dos institutos representa a melhora de diversos indicadores de desempenho na Gestão Ambiental das cidades, como aumento de percentual de cobertura florestal, proporcionalidade de áreas verdes, recuperação de áreas de preservação permanente e maior po-

27 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Área de Preservação Permanente Urbanas**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/areas-verdes-urbanas/item/8050>. Acesso em: 30 maio 2021.

28 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Área de Preservação Permanente Urbanas**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/areas-verdes-urbanas/item/8050>. Acesso em: 30 maio 2021.

tencialidade de integração entre essas áreas com a possibilidade de criação de elos de conexão, corredores ecológicos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como apresentado, o trabalho tem como ponto de partida a estratégia de estudo de caso de uma Política Pública Ambiental do Estado de São Paulo, no caso, o Programa Estadual Município Verde Azul, previsto atualmente pela Resolução SMA 44, de 2017.

O referido Programa avalia o desempenho ambiental das cidades paulistas por meio de uma série de indicadores. Análises aprofundadas de duas temáticas da referida política pública, biodiversidade e arborização urbana, acabam por suscitar uma discussão mais ampla, envolvendo a importância da clareza do entendimento quanto às funções socioambientais e diferenciações entre os institutos das áreas verdes urbanas e das áreas de preservação permanente.

As cidades brasileiras, em diferentes estágios, enfrentam o desafio de ampliar seus indicadores de cobertura e infraestrutura verde. Historicamente, as áreas verdes não receberam o necessário protagonismo neste processo, sendo, na maioria dos casos, marginalizadas ou mesmo sobrepostas por outras áreas institucionais, ou mesmo invadidas para fins de moradia, no movimento de ocupação desordenada do solo urbano.

A superação desse desafio passa pelo reconhecimento efetivo da função e importância dessas áreas para as cidades. A maior efetividade das políticas públicas ambientais e de desenvolvimento urbano, no sentido de cidades mais sustentáveis e inteligentes, passa pelo melhor entendimento, tratamento e fiscalização quanto ao cumprimento das funções e importâncias das áreas verdes urbanas.



O Código Florestal atual, Lei Federal nº 12.651, de 2012, contribui com o enfrentamento desse desafio ao trazer um regime jurídico específico para as áreas verdes urbanas. Sobretudo por diferenciar as áreas verdes urbanas de outros importantes espaços protegidos, como são as áreas de preservação permanente. No caso, conforme analisado, a busca pela efetivação do regime jurídico das áreas verdes urbanas se consolida com a diferenciação e, ao mesmo tempo, integração com o regime jurídico existente para as áreas de preservação permanente.

São, portanto, vias distintas, mas de mão dupla, cuja efetivação, o cumprimento das funções socioambientais das áreas verdes e de preservação permanente leva ao mesmo destino: cidades mais sustentáveis; objetivos das Políticas Urbanas e Florestais, que se encontram juntas no papel atual do Direito e da Gestão Ambientais.

REFERÊNCIAS

ARGÔLO, Raimundo Eloy Miranda. Direito ambiental e sociedade de consumo: razão e distanciamento na pós-modernidade. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 189-204.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Comentários ao Novo Código Florestal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

Ir para o índice

BRASIL. **Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm. Acesso em: 7 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 7 dez. 2017.

BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nºs 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm. Acesso em: 7 dez. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Área de Preservação Permanente Urbanas**. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/areas-verdes-urbanas/%C3%A1reas-de-prote%C3%A7%C3%A3o-permanente.html>. Acesso em: 30 maio 2021.

SÃO PAULO. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. **Resolução nº 31, de 19 de maio de 2009**. Dispõe sobre os procedimentos para análise dos pedidos de supressão de vegetação nativa para parcelamento do solo ou qualquer edificação em área urbana. Disponível em: http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/resolucao/2009/2009_res_est_sma_31_publicada.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

SÃO PAULO. Secretaria de Estado do Meio Ambiente. **Resolução nº 44, de 05 de junho de 2017**. Estabelece procedimentos operacionais e os parâmetros de avaliação para as Pré-certificações de junho e setembro,



no âmbito do Programa Município Verde Azul, para o exercício de 2017. Disponível em: <http://arquivos.ambiente.sp.gov.br/legislacao/2017/06/resolucao-sma-044-2017-processo-1009-2013-programa-municipio-verde-azul-2017-05-6-2017.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

FREIRIA, Rafael Costa. **Direito, Gestão e Políticas Públicas Ambientais**. São Paulo: Senac, 2011.

FREIRIA, Rafael Costa. **As Relações entre Direito e Gestão Ambientais**: da integração interdisciplinar à efetividade da Política Ambiental. 2010. Tese (Doutorado em Saneamento e Meio Ambiente). Universidade Estadual de Campinas, Faculdade de Engenharia Civil, Arquitetura e Urbanismo, Campinas, São Paulo. 270 f. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/handle/REPOSIP/258140>. Acesso em: 13 abr. 2018.

GALLOPÍN, Gilberto C. “Environmental and sustainability indicators and the concept of situational indicators. A systems approach”. **Environmental Modeling and Assessment**. v. 1, nº 3, 1996. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/BF01874899>. Acesso em: 30 maio 2021.

GANEM, Roseli Senna; ARAÚJO, Suely Mara Vaz Guimarães de. Reflexões acerca do conceito de espaços territoriais especialmente protegidos. **Cadernos ASLEGIS**, Brasília. v. 8, n. 28. Disponível em: <https://www.terrabilis.org.br/ecotecadigital/index.php/estantes/gestao/1255-reflexoes-acerca-do-conceito-de-espacos-territoriais-especialmente-protegidos>. Acesso em: 30 maio 2021.

GERDENITS, Daniela; SAVELLA, Elzo; MOTA, Maurício Tavares da. Análise das legislações sobre os percentuais mínimos das áreas verdes dos municípios da Bacia do Sorocaba Médio Tietê Estado de São Paulo. **REVSBAU**, Piracicaba – SP, v. 8, n. 4, p. 22-35, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/revsbau/article/view/66510>. Acesso em: 30 maio 2021.

Ir para o índice

LEITE, André Olavo. Transplantes legais: o caso das áreas protegidas brasileiras. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 4. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2016. p.64-89. Disponível em: https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_dialogo4_icjp_dez2016.pdf. Acesso em: 7 dez. 2017.

MATEO, Ramon Mateo. **Manual de Derecho Ambiental**. 3. ed. Navarra: Aranzadi, 2003.

MAXIMIANO, Antônio César Amaru. **Introdução à Administração**. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. Áreas de preservação permanente e urbanização: ocupações irregulares, proteção legal e tutela jurisdicional. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; LEITE, José Rubens Morato (org.). **XXI Congresso Brasileiro de Direito Ambiental: Jurisprudência, ética e justiça ambiental no Século 21**. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016. v. 1: Conferencistas e Teses profissionais. p. 318–331. Disponível em: <http://congresso.planetaverde.org/>. Acesso em: 3 dez. 2017.

SANTOS, Rozely Ferreira dos. **Planejamento Ambiental: teoria e prática**. São Paulo: Oficina de Textos, 2004.

SERRA, Ana Luiza Roma Couto. **Indicadores de pressão para o Córrego Piçarrão**. 2002. Dissertação (Mestrado). Campinas: Faculdade de Engenharia Civil, Universidade de Campinas. Disponível em: http://repositorio.unicamp.br/bitstream/REPOSIP/258738/1/Serra_AnaLuizaRomaCouto_M.pdf. Acesso em: 30 maio 2021.

SILVA, Tatiana Monteiro Costa e; LOPES, Marcel Alexandre. A importância da área verde urbana instituída no código florestal de 2012 para o



planejamento urbano: novas diretrizes. *In*: BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos e; LEITE, José Rubens Morato (org.). **XXI Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**: Jurisprudência, ética e justiça ambiental no Século 21. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2016. v. 1: Conferencistas e Teses profissionais. p. 726-736. Disponível em: <http://congresso.planetaverde.org/>. Acesso em: 4 dez. 2017.

Ir para o índice

A Bioética e o Princípio da Solidariedade Intergeracional

Bioethics and the Principle of Intergenerational Solidarity

IGOR LABRE DE OLIVEIRA BARROS
GUSTAVO PASCHOAL T. DE C. OLIVEIRA

Resumo

Este artigo é resultado de uma pesquisa cujo propósito foi o de explicar a necessidade de se compreender a importância da bioética para as questões ambientais e para a equidade intergeracional, em uma sociedade de risco. Para tanto, valeu-se da abordagem dedutiva com a realização de análise descritiva de casos paradigmáticos. A descrição foi cotejada com doutrina e legislação correlata ao tema. Estruturou-se o artigo em duas seções. Coube à primeira discorrer sobre laços entre ética da vida e meio ambiente, em proporções globais, trazendo à baila reflexos advindos de movimentos ambientais internacionais, como a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. A segunda seção tratou de tecer comentários sobre crise ética, consumismo e desastres ambientais por meio de uma visão panorâmica sobre resíduos sólidos, alterações climáticas, recursos hídricos, tragédia em Mariana – Minas



Gerais. Constatou-se a necessidade de maior percepção, por parte da população e dos Governos, em se considerarem diretrizes bioéticas, no que tange à proteção ambiental e saúde humana.

Palavras-chave: Bioética. Meio Ambiente. Crise Ética. Consumismo. Desastres Ambientais.

Abstract

Article research result in order to explain the need to better understand the importance of bioethics to environmental issues. It was based on the deductive approach, performing the descriptive analysis of paradigmatic cases. The description was compared with the specialized doctrine and legislation related to the theme. The article was structured in two sections. It was up to the first to discuss the links between the ethics of life and the environment, in global proportions, including reflections from international environmental movements, such as the United Nations Conference on Sustainable Development (Rio + 20). The second section focused on commenting on the ethical crisis, consumerism and environmental disasters through a panoramic view about some themes, namely: solid waste, climate change, water resources, tragedy in Mariana - Minas Gerais. They found the need for greater perception, by the population and governments, to consider bioethical guidelines regarding environmental protection and human health.

Keywords: Bioethics. Environment. Ethical Crisis. Consumerism. Environmental Disasters.

INTRODUÇÃO

O termo bioética é bastante amplo, com vários conceitos e linhas de desenvolvimento. Em princípio, a bioética busca trazer harmonia para a vida em sociedade, por meio de estudos e metodologias. Essa vida em coletividade acarreta, assim, o interesse de um todo, tornando-se uma temática de bastante desenvolvimento para os seres humanos¹.

A amplitude do tema *Bioética* leva ao pensamento de que é algo novo, mas as análises sobre o assunto demonstram o contrário, originadas desde o século passado. Um marco para o estudo da bioética é o Código de Nuremberg, de 1947, composto por um conjunto de princípios éticos que regem, ainda hoje, pesquisa com seres humanos².

A Segunda Guerra Mundial impulsionou a utilização de novas tecnologias e proporcionou grandes investimentos às pesquisas, vistas como um meio de propiciar sobrevivência à coletividade. Todavia, inúmeras barbáries foram cometidas em prol de tal desenvolvimento científico. Tal visão trouxe à baila questionamentos e reflexões éticas como possíveis riscos à humanidade, advindos do avanço e progresso. Percebeu-se, portanto, a necessidade de se imporem limites às possíveis aplicações científicas, com vista ao bem-estar de todos.

Em 1971, o bioquímico americano Van Rensselaer Potter lança seu livro “Bioética: Ponte para o Futuro (*Bioethics: Bridge to the Future*)”, oriundo

1 SOARES, André Marcelo. Bioética. In: SOARES, André Marcelo; PIÑEIRO, Walter. **Bioética e Biodireito**: uma introdução. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2002. p. 14.

2 SOARES, André Marcelo. Bioética. In: SOARES, André Marcelo; PIÑEIRO, Walter. **Bioética e Biodireito**: uma introdução. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2002. p. 15.



de seus estudos com pacientes portadores de câncer, buscando travar um diálogo entre a ciência da vida e os saberes da tecnologia. Tal obra é considerada como um dos marcos teóricos concernentes à bioética³.

A bioética surgiu como um meio de reflexão sobre o uso de tecnologias e pesquisas, bem como possíveis impactos ocasionados ao homem e à natureza, no intuito de se compreender a interferência dos meios técnicos na vida e na saúde humana. A tecnologia oferta agilidade e facilidades aos seres humanos. Contudo, há de se ressaltar possíveis reflexos advindos de tal movimento evolutivo, como a perda de convivências pessoais e afinidades. O uso de meios de comunicação virtual – que dispensam o contato pessoal, ocasionando perdas de possibilidades de convívio – exemplifica bem a situação. Tal tema é exaustivamente tratado nos dias atuais, marcados por uma sociedade de risco⁴ numa modernidade líquida⁵.

Enfatiza-se sobre as consequências bioéticas não somente quanto à saúde humana, mas também no que tange ao espaço em que todos os seres encontram-se inseridos, o meio ambiente. Reflexões e estudos de questões bioéticas para com o meio ambiente são vitais para ofertar possibilidades de manutenção e/ou melhorias ao bem-estar dos seres humanos.

Pelo exposto, busca-se, neste estudo, trazer a lume um panorama sobre a temática. Trata-se do vínculo existente entre bioética e questões ambientais, por meio de apontamentos concernentes a dispositivos

3 PESSINI, Leo. **As origens da bioética**: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. *Rev bioét (Impr.)* 2013. v. 21 n. 1, p. 9-19. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a02v21n1> Acesso em: 18 abr. 2018.

4 BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui entrevista inédita com o autor. São Paulo: Ed. 34, 2010.

5 BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

constitucionais pátrios, bem como por tratativa internacional, especificamente a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Abordam-se, em seguida, crises impulsionadas pelo consumismo, advindas da sociedade de risco.

Utiliza-se, para a construção da pesquisa, o método dedutivo, por meio de análise qualitativa de doutrinas, legislações e tratativas correlatas, com o fito de se responder à seguinte indagação: De que forma diretrizes bioéticas podem auxiliar no cumprimento do que é solicitado pelo que se entende por meio ambiente equilibrado, em uma sociedade de risco e consumista?

1. A BIOÉTICA AMBIENTAL

Trata a bioética de um fértil terreno para se buscarem reflexões devidas, no intuito de se solucionarem desafios apresentados pelo avanço (bio)tecnológico apresentado pela sociedade de risco. Questões ambientais e de saúde humana controversas encaixam-se perfeitamente na arquitetura delineada há quase um século. Comparato afirma que “a ciência contemporânea, aliás, afasta-se sempre mais do pressuposto de equilíbrio estável, que dominou toda a teoria físico-química no passado”⁶.

Busca-se, para o estudo em questão, trazer à baila informações correlacionadas a um breve desenvolvimento histórico, com vista a demonstrar como se dá a devida conexão entre bioética e meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 41.



1.1 Diretrizes bioéticas: conexões entre meio ambiente e bem-estar humano

A expressão “bioética” veio a lume para tratar da “ética da vida”. Todavia, o entendimento no que tange à contextualização do que se entende por “vida” passou por algumas modificações no decorrer dos tempos.

A primeira utilização do termo bioética data da década de 1920, especificamente em 1927, por meio de ensinamentos do teólogo alemão Fritz Jahr, denominados “Bioética: uma revisão do relacionamento ético dos humanos em relação aos animais e plantas”. Os ideais de Jahr convergiam com diretrizes altamente preservacionistas, no fito de se estabelecer mais que uma relação harmônica com a natureza, tratando-a como uma irmã⁷.

Décadas depois, precisamente em 1971, nos Estados Unidos da América (EUA), o bioquímico Van Ressenlaer Potter utilizou a denominação bioética em seu livro “Bioética: Ponte para o Futuro”, no intuito de demonstrar a necessidade de percepção de conexão entre meio ambiente, tecnologia e meio ambiente equilibrado⁸. Dizia o referido cientista que, como um câncer que se aloja e pode se alastrar em todo um organismo, o homem – por meio de sua contínua necessidade de dominação, exploração e consumo – tem o poder de devastar e destruir o ambiente no qual se encontra inserido⁹.

Percebe-se, portanto, a visceral ligação entre bioética e meio ambiente. Some-se, a esta constatação, tratar a década de 1970 como grande

7 JAHN, Fritz. **Bioethics**: a panorama of the human being’s ethical relations with animals and plants. Tradução José Roberto Goldim, 1927. p. 3.

8 PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética**. São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

9 POTTER, Van Ressenlaer. **Bioethics**: bridge to the future. New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1971.

exponente na defesa ambiental, destacando-se, nesse contexto, a Conferência de Estocolmo, no ano de 1972. Tal evento fez reunir dezenas de sujeitos internacionais, na finalidade de se compreender qual a melhor forma de desenvolvimento econômico diante da necessidade de preservação ambiental, tendo como finalidade a proteção da presente e das futuras gerações humanas.

Marco teórico de grande importância são os ensinamentos deixados por Hans Jonas, por meio das obras “Princípio Vida” e “Princípio Responsabilidade”, nas quais busca demonstrar a necessidade de o homem respeitar o local onde se encontra inserido, considerando a finitude, fragilidade e escassez de recursos ambientais perante as necessidades consumeristas humanas. Dizia o referido filósofo alemão: “aja de modo a que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma autêntica vida humana sobre a Terra”¹⁰. Jonas sustentava a necessidade em se romper com o que chamava de “ética tradicional”, por meio da implantação da “ética da responsabilidade”: “Nossa tese é de que os novos tipos e limites do agir exigem uma ética da previsão e responsabilidade compatível com esses limites, que seja tão nova quanto as situações com as quais ela tem de lidar”¹¹.

Diretrizes bioéticas, ainda na década de 1970, passaram a ser utilizadas na seara médica, por meio de interpretação e ensinamentos de um obstetra holandês, Andre Hellegers. Este, num caminho inverso utilizado

10 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC Rio, 2006. p. 47.

11 JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC Rio, 2006. p. 57.



por Potter¹², trouxe a bioética para tratar da ética da vida humana, precisamente quanto à relação entre profissionais da saúde e pacientes.

Tal situação (vínculo entre bioética e saúde humana), somada às barbáries ocorridas em período referente à Segunda Grande Guerra do século XX (e, por consequência, a formação do Tribunal de Nuremberg – bem como Código correlato)¹³ e atrocidades cometidas em relação às más práticas médicas nas décadas de 1950-1960¹⁴ fizeram surgir, no ano de 1974 nos Estados Unidos da América, a Comissão Nacional para a Proteção dos Seres Humanos da Pesquisa Bioética e Comportamental (*National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research*). Em 1978, a referida Comissão publicou um relatório que passou a servir como referência a todas as práticas e intervenções na área da saúde (Relatório Belmont)¹⁵.

Contudo, não há de se dizer que a bioética fora retirada de questões ambientais. Potter, mais precisamente em 1988, trouxe à baila um movimento denominado “bioética global”, com o intuito de se compreender a relação entre homem e meio ambiente em analogia a doenças e corpo humano¹⁶. A bioética global buscou estabelecer um novo olhar para com

12 POTTER, Van Ressenlaer. **Bioethics**: bridge to the future. New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1971. p. 57.

13 BEIGUELMAN, Bernardo. Genética e ética. In: PESSINI, Léo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996. p. 112-116.

14 SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 160.

15 SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002. p. 52.

16 POTTER, Van Ressenlaer; POTTER, Lisa. Global bioethics: converting sustainable development to global survival. **Medicine & global survival**. v. 2. nº 3. 1995. Disponível em: <http://www.ippnw.org/pdf/mgs/2-3-potter.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

a sistematização entre questões ambientais, econômicas e sociais, retomando ensinamentos e diretrizes lançadas no início da década de 1970, na Conferência Mundial em Estocolmo, por meio da Declaração da Conferência da Organização das Nações Unidas (ONU) no Ambiente Humano¹⁷.

Logo, evidente a conexão entre bioética e questões ambientais. A ética da vida busca auxiliar na promoção e estabelecimento, à presente e às futuras gerações, do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Ainda que numa visão antropocêntrico-reflexiva¹⁸, a bioética busca proteger fauna, flora, enfim, a biodiversidade como um todo. Vide, para tanto, conteúdo do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil¹⁹, que versa sobre guias norteadores para o devido estabelecimento e manutenção de um meio ambiente equilibrado. O referido dispositivo busca pôr em prática o afirmado por Piovesan: “infere-se desses dispositivos quão acentuada é a preocupação da Constituição em assegurar os valores da dignidade e do bem-estar da pessoa humana, como imperativo de justiça social”²⁰.

A bioética ambiental, em relação ao princípio constitucional da solidariedade intergeracional (*caput* artigo 225 da Constituição Federal, de 1988²¹), busca como meio de diagnóstico o progresso do desenvolvimento racional do homem em relação ao meio ambiente. Essa diretriz principiológica fo-

17 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

18 AYALA, Patrick de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 325.

19 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

20 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 97.

21 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.



menta ponderações sobre os anseios presentes e futuros quanto ao meio ambiente equilibrado, proporcionando, assim, possíveis melhoras na qualidade de vida dos seres humanos. Weiss estabelece que cabe a cada geração humana se portar como guardiã da natureza, tratando-a com a devida responsabilidade e respeito, de acordo com o estabelecido pela ética da vida²².

1.2 Solidariedade intergeracional: de Estocolmo à Rio +20

A preocupação com a solidariedade intergeracional passou a ser mais expressa e latente a partir do momento em que atores e sujeitos internacionais passaram a se reunir para tratar, especificamente, sobre questões ambientais. A Declaração da Conferência da Organização das Nações Unidas no Ambiente Humano (1972)²³ trouxe, de maneira expressa, tal preocupação.

Dita, em seu preâmbulo, que “A defesa e o melhoramento do meio ambiente humano para as gerações presentes e futuras se converteu na meta imperiosa da humanidade”. Estabelece, em seu Princípio 1, relação/obrigação entre o homem e o meio ambiente, afirmando que aquele possui “a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras”²⁴. Essa preocupação também se encontra inserida nos Princípios 2 (preservação de recursos naturais) e 19 (educação ambiental).

22 WEISS, Edith Brown. In *Fairness To future generations and sustainable development. American University International Law Review*. v. 8. 1992, p. 19-20. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol8/iss1/2/>. Acesso em: 22 mar. 2018. Neste sentido: GOMES, Carla Amado. Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais. *Revista Ministério Público*, nº 145, jan./mar. 2016, p. 75-99.

23 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014.

24 Nesse sentido, Weiss confere o caráter de guardião a todos os seres humanos, de gerações presente e futuras, no tocante à preservação do ambiente em que todos se encontram inseridos. WEISS, Edith Brown. In *Fairness To future generations and sustainable development. American University International Law Review*. v. 8. 1. ed. 1992, p. 19-20. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol8/iss1/2/>. Acesso em: 22 out. 2017.

O assunto também é tratado na Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992). O Princípio 3 estabelece 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”²⁵.

Frisa-se a preocupação em salvaguardar o ambiente para o devido proveito de atuais e futuros cidadãos, bem como a preocupação em se fazer tentar convergir interesses sociais e econômicos para com questões ambientais. O lapso de 20 anos que as separa (1972-1992) repetiu-se (1992-2012), tendo como marco temporal a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável (Rio +20), bem como por sua Declaração conhecida como “O Futuro que Queremos”²⁶.

Em 2012, a referida reunião internacional, realizada no estado do Rio de Janeiro (RIO +20), expôs diálogos com o intuito do compromisso para com questões de desenvolvimento sustentável:

Há vinte anos, houve a Cúpula da Terra. Reunidos no Rio de Janeiro, os líderes mundiais concordaram com um projeto ambicioso para um futuro mais seguro. Eles buscaram equilibrar os imperativos de crescimento econômico robusto e as necessidades de uma população crescente contra a necessidade ecológica de conservar os recursos mais preciosos do planeta - terra, ar e água. E eles con-

25 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

26 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.



cordaram que a única maneira de fazer isso era romper com o velho modelo econômico e inventar um novo. Eles o chamaram de desenvolvimento sustentável²⁷.

Segundo informações do sítio do governo do estado do Rio de Janeiro (2012), “realizada há quarenta anos, a Conferência de Estocolmo representou o primeiro grande passo em busca da superação dos problemas ambientais”²⁸. A origem veio da forma de pensar de que os recursos da terra são inesgotáveis, bem como de marcos como acidentes ambientais – a exemplo a contaminação ocorrida na usina nuclear de Tcheliabinski, Chernobyl – que ocasionaram vários desastres ao maio ambiente.

Frisa-se a preocupação devida para com possíveis situações inesperadas, advindas do que se entende por sociedade de risco: atual sociedade, eternamente preocupada com a possibilidade da ocorrência de tragédias advindas do avanço tecnológico e industrial, a qual Beck denomina de “Idade Média Moderna do Perigo”²⁹. Encontra-se o meio ambiente em uma frágil posição ante possíveis desastres que possam vir à tona. Mister se faz, diante de tal situação de vulnerabilidade, reunir esforços globais no intuito de apontar diretrizes seguras, para com o desenvolvimento.

A Rio +20 buscou consolidar um liame entre o desenvolvimento sustentável e a economia verde. O Brasil também facilitou o diálogo e se abriu para o entendimento dessas discussões. Desde 1992, busca-se desenvolver um

27 KI-MOON, Ban. **The future we want**- fala de abertura da Rio +20. p. 4. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/sala_de_imprensa/noticias-internacionais/the-future-we-want.html. Acesso em: 2 fev. 2017.

28 Para o acesso da cartilha: http://www.rio20.gov.br/sobre_a_rio_mais_20/rio-20-como-chegamos-ate-aqui/at_download/rio-20-como-chegamos-ate-aqui.pdf.

29 BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nuevamodernidad. Barcelona: Paidós, 1998. p. 12.

trabalho mais expressivo em conjunto com a Organização das Nações Unidas (ONU), com a finalidade de se consolidar a preservação do meio ambiente.

Junto com o surgimento da temática da bioética ambiental, veio também a preocupação de a Organização das Nações Unidas harmonizar a relação entre o homem e o meio no qual ele vive. Necessário se faz um olhar profundo para com os direitos humanos, em concordância com a solidariedade intergeracional, proporcionando oportunidades para que todos possam usufruir dos recursos naturais. Esta questão também se encontra enfatizada no texto da Constituição Federal, de 1988.

A importância da Constituição Federal, de 1988, de tutelar a proteção à biodiversidade e à saúde humana é comentada por Fiorillo:

O bem ambiental, fundamental, como declara a Carta Constitucional, e porquanto vinculado a aspectos de evidente importância à vida, merece tutela tanto do Poder Público como de toda a coletividade, tutela essa consistente num dever, e não somente em mera norma moral de conduta. E, ao referir-se à coletividade e ao Poder Público, leva-nos a concluir que a proteção dos valores ambientais estrutura tanto a sociedade, do ponto de vista de suas instituições, quanto se adapta às regras mais tradicionais das organizações humanas, como as associações civis, os partidos políticos e os sindicatos³⁰.

Verifica-se, portanto, como as temáticas sobre meio ambiente e sociedade encontram-se imbricadas. Não há como negar a necessidade de se estreitarem os laços entre tais assuntos; e a bioética, como guia norteadora de condutas humanas para com a qualidade de vida, é peça-chave para tanto.

30 FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 72.



2. CRISE ÉTICA, SOCIEDADE DE RISCO E CONSUMISMO

Com a globalização desenfreada, acompanha-se uma “crise” ética quando se envolve economia e o meio ambiente. Fazem-se necessários, assim, reflexão e enfrentamento da problemática ambiental na contemporaneidade, campo analisado pela bioética ambiental. Essa crise ética, ou especificadamente crise na bioética ambiental, é decorrente da falta de cuidado do homem para com o meio no qual habita, consistindo em ações agressivas e prejudiciais à natureza.

O ambiente sempre consistiu em um meio de contendas alegóricas ou culturais, ora como recurso a ser compreendido, ora a ser preservado. Verificam-se, portanto, diferentes problemáticas ligadas ao lado social, à justiça, à economia, à saúde humana.

Ressalta-se que a Revolução Industrial³¹, ocorrida no século XVIII, trouxe impactos, referentes à ação do homem com o meio no qual vive, oriundos da agilidade que a produção em larga escala começou a necessitar, sem avaliar os riscos e problemas ofertados ao meio ambiente. As paisagens e os recursos naturais sofreram e sofrem variáveis alterações por meio de ações antrópicas. Necessita-se, portanto, de que o homem, ao utilizar tecnologias no meio ambiente, não ignore os riscos que – potencialmente – podem surgir³².

Sem dúvida, “o homem se tornou o agente transformador do meio ambiente”³³, pois, desde sua origem, produz alterações e impactos. Com

31 MAKERS, Chris Anderson. **A nova revolução industrial**. São Paulo: Campus, 2012.

32 BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nuevamodernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

33 VERNIER, Jacques. **O meio ambiente**. 2. ed. Campinas: Papyrus, 1994.

pouca massa volumar da população, o consumo não se tornava tão devastador à área ambiental, confiando numa inesgotabilidade de recursos naturais. Algo que, com o aumento populacional e o consumo, tornou-se utopia, olvidando-se o homem de que o lugar que explora ou preserva é o seu lugar de organização social e habitação, necessitando conhecer os limites e as especificidades sobre o meio ambiente que o contorna.

Afirma Centemeri que o meio ambiente “é um espaço ‘apropriado’ mais do que privatizado, no qual as regras de uso incorporam de forma natural um sentido do limite, que resulta da consciência e da valorização da interdependência entre o ser humano e o seu ambiente”³⁴.

Devido ao apetite voraz pelo ter, o consumismo se tornou um dos principais fatores de desrespeito para com a bioética ambiental. É algo típico de uma sociedade capitalista, em que os meios de comunicação e o impulso pelo novo ou mais elegante fazem com que o homem realize o ato de comprar/adquirir de forma desenfreada.

O consumismo causa problemas em níveis diversos. Desrespeita, primariamente, a ética ambiental, no afã de novas tecnologias e satisfação humana. De forma secundária, no descarte de objetos tidos como inúteis, após a substituição – cada vez mais compulsiva – de bens, de forma poluente e agressiva.

Pontua-se a questão dos resíduos sólidos. Conforme indica a Associação Brasileira das Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Sólidos (ABRELPE), em seu panorama realizado em 2014, a geração de lixo no Brasil cresceu 29%, enquanto a população aumentou em 6%. Em 2014, o País chegou a produzir cerca de 78,6 milhões de toneladas de resíduos sólidos³⁵.

34 CENTEMERI, Laura. **Retour à Seveso. Icomplexitémorale et politique dudommage à l’environnement - *Annales. histoire, sciencesociales***, p. 66(1), 213-240, 2011.

35 ABRELPE. **Panorama de Resíduos Sólidos no Brasil**. Disponível em: http://www.abrelpe.org.br/panorama_apresentacao.cfm. Acesso em: 15 jan. 2017.



Rockström *et al*, em estudo sobre o que identifica como “limites planetários”, apontam situações extremas ocasionadas pela ação antrópica para com o meio ambiente: mudanças climáticas, acidificação dos oceanos, diminuição da camada de ozônio, perda de biodiversidade (terrestre e marinha), interferência com ciclos de nitrogênio e fósforo, consumo global de água doce, mudanças no uso da terra, poluição química, carregamento atmosférico de aerossol³⁶. Verifica-se, portanto, como o consumismo coloca em risco o equilíbrio ambiental, intensificando a falta de percepção humana para com cuidados ambientais devidos. Tratar-se-á, nas próximas subseções, o panorama sobre essa constatação.

2.1 Desastres ambientais – índices e prejuízos

A Empresa Brasil de Comunicação (EBC) realizou, em 2015, um levantamento sobre os desastres ambientais ocorridos no Brasil, como o rompimento da barragem de Miraf (MG) em 2007, com o vazamento de 2.280.000 m³ de água e argila; as chuvas da região serrana do Estado do Rio de Janeiro, em 2011, totalizando aproximadamente cerca de 800 mortes; e o vazamento, também em 2011, de 3,7 mil barris de óleo na Bacia de Campos (RJ), chegando a 162 km² de mancha no local³⁷.

O relacionamento com o meio ambiente vem sobrevivendo de forma irregular, produzindo deterioração autodestrutiva não somente ao referido espaço, mas também a toda população humana, pois se encontra inserida nele. Hoje várias espécies da fauna e flora são dizimadas por meio dessa autodestruição.

36 ROCKSTRÖM, Johan; WILL, Steffen, FOLEY, Jonathan A. A safe operating space for humanity. **Nature**. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/461472a>. Acesso em: 29 nov. 2017.

37 EBC – RÁDIOS. **Programa conscientiza estudantes sobre uso da água e dos recursos naturais**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/noticias/meio-ambiente/2015/11/conheca-os-principais-desastres-ambientais-ocorridos-no-brasil>. Acesso em: 18 jan. 2017.

Inúmeras espécies da biodiversidade são anualmente constatadas, principalmente em países tropicais como o Brasil. Contudo, conforme avalia a organização não governamental (ONG) *World Wild Fund for Nature* (WWF) Brasil³⁸, em torno de 0,01 a 0,1% de espécies são extintas por ano, número aparentemente insignificante. Entretanto, se considerar que no mundo exista cerca de 100 milhões de espécies distintas, a extinção varia de 10.000 a 100.000 espécies por ano. Trata-se de uma devastadora proporção.

2.2 Alterações climáticas

Outro agir do homem que favorece sua autodestruição são as ações que afetam diretamente o clima global. A Agência Europeia do Ambiente (*European Environment Agency*)³⁹, ligada à União Europeia, em estudos realizados em janeiro de 2017, apontou a necessidade de se reduzirem os impactos na natureza, devido à alta aceleração dos padrões de pluviosidade, aumentos de temperaturas e o derretimento das geleiras, ocasionando o aumento do nível do mar.

Pôde-se acompanhar no Brasil, em 2016, preocupante alteração climática, com fortes ondas de calor e frio. No sítio do Centro de Previsão de Tempo e Estudos Climáticos (CPTEC) acompanhou-se que cidades como o Rio de Janeiro presenciariam uma sensação térmica de 47,7° C; e Porto Alegre atingiu uma temperatura mínima de 23,7° C⁴⁰.

38 Para informações dos índices apontados sobre a extinção, acessar: http://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/biodiversidade/quantas_especies_estamos_perdendo/. Acesso em: 20 jan. 2017.

39 Acessar os painéis sobre alteração climática em: <http://www.ipcc.ch/>. Acesso em: 31 jan. 2017.

40 Baixar as estatísticas do clima em: <http://bancodedados.cptec.inpe.br/>. Acesso em: 31 jan. 2017.



2.3 A exaustão dos recursos hídricos

Mais uma calamidade visualizada é a exaustão dos recursos hídricos. Em artigo publicado em 2015, a Fundação Thomson Reuters (*Thomson Reuters Foundation*), analisando a pesquisa da *National Aeronautics and Space Administration* (NASA) publicada no *Journal of Hydrometeorology*, afirmou que “a seca no Brasil é pior do que se pensava, com o Sudeste perdendo 56 trilhões de litros de água em cada um dos últimos três anos⁴¹”.

Ressalta-se também a crise hídrica sofrida no estado de São Paulo nesse mesmo período. O sistema Cantareira, que abastece boa parte da região, chegou a níveis extremamente baixos, necessitando da utilização de volumes mortos para atender às necessidades da população do Estado. Segundo a estatística da Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (SABESP), o nível do reservatório chegou a 2,2%. A média do reservatório em seus níveis normais era de 75,2% a 87,2%⁴². Comparando aos dados apresentados pela NASA, conclui-se que os níveis de chuva nessa época estiveram bem abaixo da média.

Recentemente o Distrito Federal, já preocupado com seus inúmeros problemas políticos, passou a inquietar-se também com a crise hídrica. A região atualmente sofre o seu primeiro racionamento de água da história, devido também aos baixos níveis dos reservatórios que abastecem a Capital Federal⁴³.

41 REUTERS. **Dados da Nasa mostram que seca no Brasil é pior do que se pensava.** NACIONAL 30 DE OUTUBRO DE 2015 / ÀS 17:35. Disponível em: <https://br.reuters.com/article/domesticNews/idBRKCNOSO2P220151030> Acesso em: 18 abr. 2018.

42 Estatísticas do nível dos reservatórios da SABESP em: <http://site.sabesp.com.br/site/interna/Default.aspx?secaoId=590>. Acesso em: 02 fev. 2017.

43 A esse respeito, ler: **Crise hídrica e racionamento alertam para fim da ‘cultura da abundância’, dizem especialistas**; leia entrevista <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/crise-hidrica-e-acionamento-alertam-para-fim-da-cultura-da-abundancia-dizem-especialistas-leia-entrevista.ghtml> Acesso em 18 abr. 2018.

Alertou-se, em artigo exposto no Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional⁴⁴, a importância de um novo direito referente à temática *Águas*, “tratamento jurídico da água está apenas em curso, precisando de melhoramentos e, principalmente, de implementação, a fim de que se concretize verdadeiramente um novo direito à mesma”. Trata-se de assunto premente, considerando-se a escassez e finitude de tão precioso bem natural, imprescindível para a manutenção de toda a biodiversidade, até mesmo a humana.

2.4 Tragédia de Mariana – Minas Gerais

Observa-se, mediante este olhar para as catástrofes ocasionadas pela ação do homem, a necessidade de as lideranças mundiais voltarem sua visão para essa problemática, pactuando documentos e buscando a sua efetividade. Essa temática não possui limites territoriais, abrangendo-se por todo o globo, necessitando da atenção e cuidado de todos os povos.

Faz-se necessária, para tanto, uma contemplação menos centrada nos anseios consumistas do homem (e, conseqüentemente, na área econômica), voltando sua visão para como o meio ambiente irá reagir às ações efetuadas, buscando amenizar ou até extinguir a degradação ambiental.

Na mesma ocasião das tragédias climáticas e hídricas, o ano de 2015 também foi marcado pelo pior acidente da área da mineração já visto no Brasil. No município de Mariana, estado de Minas Gerais (MG), uma das barragens da mineradora Samarco se rompeu, provocando uma enchente de lama no Rio Doce e arredores, com incalculáveis impactos na natureza e no homem.

44 PORTANOVA, Rogério; CORTE, Thais Dalla; TUMELERO, Talia Bárbara. A (re)definição do tratamento jurídico da água no século XXI: da sua tutela como uma necessidade humana básica para a sua configuração como um novo direito. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 5. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 57.



O drama da cidade mineira, segundo inquérito levantado pela Assembleia Legislativa de Minas Gerais, trouxe 19 mortes e uma comunidade destruída. Os resíduos da barragem avançaram por todo o Rio Doce chegando até o Oceano Atlântico, ocasionando vasta destruição por onde passaram⁴⁵. Ainda hoje é possível visualizar a devastação causada pela enxurrada de lama. A demora na recuperação explana o descaso com a problemática.

A Assembleia Legislativa, em sua Comissão Extraordinária de Barragens, em sessão no dia 16 de fevereiro de 2016, por meio do deputado estadual Rogério Correia (PT/MG), afirmou que houve facilitação para a instalação da barragem rompida: “A licença de operação provisória foi dada pela SUPRAM, e pelo órgão central, o COPAM. Então houve uma facilitação para que esta barragem fosse instalada com uma série de problemas⁴⁶”.

A área da mineração é muito próspera no Brasil, algo facilmente demonstrado por cifras e lucros. Entretanto, faz-se necessário um olhar ambiental e solidário.

Vale pontuar que existe, desde 1967, um Decreto-Lei que regula a mineração no País e, devido à data, necessita de aprimoramentos. Tramitam, no Congresso Nacional, novas regulamentações para a mineração. Contudo, necessário se faz que os representantes da população analisem as consequências dessa atividade econômica como ponto fundamental do projeto.

45 Para acompanhar o relatório da Comissão Extraordinária de Barragens: http://www.almg.gov.br/atividade_parlamentar/comissoes/index.html. Acesso em: 3 fev. 2017.

46 Comentário citado por: **Relator da Comissão das Barragens diz que houve ‘facilitação’ em Fundão**. Disponível em: <http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/02/relator-da-comissao-das-barragens-diz-que-houve-facilitacao-em-fundao.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma nova visão, por parte da sociedade, faz com que a bioética se torne um enfrentamento à crise ambiental, vivida e sentida por todos os seres vivos em todos os cantos do mundo. Mister se faz que o homem utilize os recursos naturais de forma sustentável e efetiva, que traga à vida ambiental em curto prazo o retorno aprazível oriundo de sua exploração.

Existem, para todas as catástrofes citadas, leis e regulamentos que normatizam a exploração e uso dos recursos ambientais, mas nada disso foi capaz de evitar tragédias com graves consequências tanto para o meio ambiente quanto para a humanidade.

Nunca se noticiaram tantos conhecimentos e tratados envolvendo a área ambiental, mas ainda assim nada disso tem evitado os grandes dramas visualizados no meio ambiente.

Necessita-se, de forma premente, que a justiça ambiental seja algo vivido e posto em prática pelos homens. Vale destacar uma meditação na frase que se tornou mundialmente conhecida por meio da Organização Não Governamental *Greenpeace*: “Quando a última árvore tiver caído, quando o último rio tiver secado, quando o último peixe for pescado, vocês vão entender que dinheiro não se come⁴⁷”.

A relação da bioética ambiental com a solidariedade intergeracional proporciona reflexos até em problemas mundiais, como a fome, desnutrição, obesidade. Se o olhar do ser humano deixar de ser tão antropocêntrico e caminhar para um prisma reflexivo que seja, a percepção de uma dependência para com o meio ambiente se tornará algo consuetudinário.

47 GREENPEACE. Disponível em: <https://sites.google.com/site/livroskal/home/alem-das-ideologias/a-carta-do-cacique-seattle>. Acesso em: 18 abr. 2018.



Quando a população compreender as conexões entre homem e natureza por meio de uma ótica ambiental solidária, automaticamente entenderá a necessidade de mútua cooperação de recursos e reflexões sobre usos e preservações, tanto para a presente quanto para as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ABRELPE. **Panorama de resíduos sólidos no Brasil**. Disponível em: http://www.abrelpe.org.br/panorama_apresentacao.cfm. Acesso em: 15 jan. 2017.

AYALA, Patrick de Araújo. **Devido processo ambiental e o direito fundamental ao meio ambiente**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad**. Barcelona: Paidós, 1998.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. Tradução de Sebastião Nascimento; inclui entrevista inédita com o autor. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BEIGUELMAN, Bernardo. Genética e ética. In: PESSINI, Léo; BARCHI-FONTAINE, Christian de Paul de. **Fundamentos da bioética**. São Paulo: Paulus, 1996, p. 206-235.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

Ir para o índice

CENTEMERI, Laura. **Retour à Seveso. La complexité morale et politique dudommage à l'environnement** - annales. histoire, sciences sociales, p. 66(1), p. 213-240, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **Curso de direito ambiental brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Carla Amado. Responsabilidade intergeracional e direito ao (ou dever de?) não uso dos recursos naturais. **Revista Ministério Público**, nº 145, jan./mar. 2016, p. 75-99.

JHR, Fritz. **Bioethics**: a panorama of the human being's ethical relations with animals and plants. Tradução José Roberto Goldim. 1927. Disponível em: <http://www.bioetica.ufrgs.br/jahr-eng.pdf>. Acesso em: 30 maio 2021.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução do original alemão Marijane Lisboa, Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto: PUC Rio, 2006.

KI-MOON, Ban. **The future we want** - fala de abertura da Rio +20. Disponível em: http://www.rio20.gov.br/sala_de_imprensa/noticias-internacionais/the-future-we-want.html. Acesso em: 2 fev. 2017.

MAKERS, Chris Anderson. **A nova revolução industrial**. São Paulo: Campus, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.



ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/estocolmo1972.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento.** Disponível em: <http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

PESSINI, Leo; BARCHIFONTAINE, Christian de Paul de. **Problemas atuais de bioética.** São Paulo: Centro Universitário São Camilo, Loyola, 2010.

PESSINI, Leo. As origens da bioética: do credo bioético de Potter ao imperativo bioético de Fritz Jahr. **Rev bioét** (Impr.), 2013. v. 21 n. 1, p. 9-19. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/bioet/i/2013.v21n1/>. Acesso em: 18 abr. 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PORTANOVA, Rogério; CORTE, Thais Dalla; TUMELERO, Talia Bárbara. A (re)definição do tratamento jurídico da água no século XXI: da sua tutela como uma necessidade humana básica para a sua configuração como um novo direito. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (Coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et al (Org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. v. 5, p. 101-117.

POTTER, Van Ressenlaer. **Bioethics: bridge to the future.** New Jersey: Prentice Hall, Englewood Cliffs, 1971.

POTTER, Van Ressenlaer; POTTER, Lisa. Global bioethics: converting sustainable development to global survival. **Medicine & global survival.** v. 2. nº 3. 1995, p. 1-7. Disponível em: <http://www.ippnw.org/pdf/mgs/2-3-potter.pdf>. Acesso em: 26 out. 2017.

ROCKSTRÖM, Johan; WILL, Steffen, FOLEY, Jonathan A. A safe operating space for humanity. **Nature**. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/461472a>. Acesso em: 29 nov. 2017.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **Introdução ao biodireito**: investigações político-jurídicas sobre o estatuto da concepção humana. São Paulo: LTr, 2002.

SOARES, André Marcelo. Bioética. *In*: SOARES, André Marcelo; PIÑEIRO, Walter. **Bioética e Biodireito**: uma introdução. Rio de Janeiro: Edições Loyola, 2002, p. 86-98.

VERNIER, Jacques. **O meio ambiente**. 2. ed. Campinas: Papyrus, 1994.

WEISS, Edith Brown. In Fairness To future generations and sustainable development. **American University International Law Review**. v. 8. 1. ed. 1992, p. 19-20. Disponível em: <http://digitalcommons.wcl.american.edu/auilr/vol8/iss1/2/>. Acesso em: 22 mar. 2018.



Uma análise da sustentabilidade na Administração Pública à luz do pensamento de Ignacy Sachs: novas perspectivas acerca da escassez de recursos

An analysis of sustainability in Public Administration in the light of Ignacy Sachs Thinking: new perspectives on resource shortage

SUYENE MONTEIRO DA ROCHA
RENATA RODRIGUES DE CASTRO ROCHA

Resumo

O trabalho aborda a importância do comprometimento da Administração Pública na promoção e compatibilização entre o desenvolvimento, o progresso, o atendimento às necessidades da população e a sustentabilidade na utilização dos recursos naturais, tendo como fonte de inspiração as ideias de Ignacy Sachs que, nas obras Estratégias de Transição para o Século XXI e Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável, aponta uma crí-

[Ir para o índice](#)

tica à sociedade industrial e a modernização conservadora como método de desenvolvimentos das regiões periféricas, o que alicerça os elementos constitutivos da teoria do ecodesenvolvimento. Tendo o Estado, a Administração Pública, papel fundamental na implementação de uma economia sustentável, seja pelo fato de ser grande consumidor de produtos e serviços, seja por ser o ator fundante do processo de formação da consciência coletiva, verificou-se que a política de gestão ambiental desenvolvida pelo Ministério do Meio Ambiente Brasileiro se apresenta como um instrumento adequado para o desenvolvimento sustentável preconizado por Sachs.

Palavras-chave: Administração Pública. Gestão Ambiental. Recursos Naturais. Desenvolvimento Sustentável. Ignacy Sachs.

Abstract

*The work addresses the importance of the commitment of the Public Administration in promoting and reconciling development, progress, meeting the needs of the population and sustainability in the use of natural resources, inspired by the ideas of Ignacy Sachs that, in the works *Strategies Transition to the 21st Century* and *Paths to Sustainable Development*, points to a critique of industrial society and conservative modernization as a method of development of the peripheral regions, which underlies the constituent elements of ecodesvelopment theory. Since the State, the Public Administration, plays a fundamental role in the implementation of a sustainable economy, either because it is a major consumer of products and services, or because it is the founding actor of the collective consciousness formation process, it has been verified that Environmental management developed by the Brazilian Ministry of the Environment presents itself as an adequate instrument for the sustainable development advocated by Sachs.*



Keywords: *Public Administration. Environmental Management. Natural Resources. Sustainable Development. Ignacy Sachs.*

INTRODUÇÃO

Toda a problemática advinda da relação conturbada entre o homem e a natureza desencadeou reflexões de diversos setores da sociedade no que tange à necessidade de se utilizar e preservar os recursos ambientais. Essas ponderações e debates proporcionaram a formação do conceito de desenvolvimento sustentável. Em uma perspectiva histórica, Giansanti apresenta a ideia precursora do conceito de desenvolvimento sustentável creditando ao engenheiro florestal norte-americano Gifford Pinchot, primeiro chefe do serviço florestal do país, no século XIX. Ele defendia a conservação dos recursos apoiada em três princípios básicos: “[...] o uso dos recursos naturais pela geração presente, a prevenção do desperdício e o desenvolvimento dos recursos naturais para muitos e não para poucos cidadãos”¹. Pinchot era contrário ao termo “desenvolvimento a qualquer custo” que era o vigente no período.

Em que pese à gênese de o conceito “desenvolvimento sustentável” estar em Pinchot, o que se verifica na historiografia ambiental é que as reflexões e o início das mudanças comportamentais em decorrência de uma sensibilização crescente das pessoas em relação à situação do Planeta e a degradação ambiental ocorreram no século XX. A construção do que viria a ser o desenvolvimento sustentável aconteceu nos anos 70, quando, a pedido do governo da Suécia, foi realizada a Conferência da Organização das Nações Unidas para o Meio Ambiente ou Conferência de Estocolmo, em 1972.

¹ GIANSAANTI, Roberto. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atual, 1998. p. 35.

O processo de preparação para a Conferência de Estocolmo ocorreu no Encontro de Founex, em junho de 1971, que teve como pauta a análise da relação intensa entre o meio ambiente e o desenvolvimento. O Relatório de Founex identificou os principais tópicos dessa celeuma, presentes até hoje na agenda internacional². Afirma Silva, a partir de estudos de Soares, ter sido a Conferência de Estocolmo a “[...] responsável por haver trazido a preocupação com o meio ambiente para o campo internacional de discussões políticas e jurídicas”³.

É importante assinalar nesse contexto histórico que, em 1987, a definição de desenvolvimento sustentável ganha reconhecimento efetivo com a publicação do Relatório “Nosso Futuro Comum” ou Relatório Brundtland, que carrega o nome de Gro Herlem Brundtland, primeira ministra da Noruega, coordenadora da Comissão de Meio Ambiente e Desenvolvimento da Organização das Nações Unidas (ONU). O Relatório Brundtland introduziu um novo paradigma ou conceito dirigido às nações, o chamado ‘desenvolvimento sustentável’. O documento apresenta 109 recomendações, que são o resultado de trabalhos realizados ente 1983 e 1987. Nesse período, a comissão de Gro Brudtland recebeu inúmeras sugestões de especialistas, como também as colheu nas audiências públicas realizadas nos cinco continentes⁴.

O Relatório “Nosso Futuro Comum” preconiza o desenvolvimento sustentável como:

2 SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Nobel, 1993.

3 SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. O princípio do Desenvolvimento Sustentável. **Revista de Direitos Difusos**. Ano I, v. 06. (Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Esplanada, 2001. p. 798.

4 SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. O princípio do Desenvolvimento Sustentável. **Revista de Direitos Difusos**. Ano I, v. 06. (Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Esplanada, 2001. p. 798.



aquele que atende às necessidade do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas próprias necessidades Ele contem dois conceitos chave: 1. o conceito de “necessidades” sobretudo as necessidades essenciais dos pobres no mundo, que devem receber a máxima prioridade; 2. A noção das limitações que o estágio da tecnologia e da organização social impõe ao meio ambiente, impedindo-o de atender às necessidades presentes e futuras⁵.

Silva, ao analisar o conceito de desenvolvimento sustentável, ressalta que “[...] o consumo ilimitado de recursos naturais põe em perigo a sobrevivência das gerações futuras, e que este modelo não é sustentável no longo prazo”⁶.

Após 20 anos da Conferência de Estocolmo, os temas abordados e tratados durante o evento foram maturados em termos institucionais tanto em âmbito nacional quanto internacional⁷. Assim, em 1992, no Rio de Janeiro, ocorreu o maior evento mundial até hoje realizado sobre meio ambiente, a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (ECO-92), e entre os diversos documentos apresentados para assinatura dos países participantes ressalta-se a Agenda 21. Esse é um plano de ação estratégica que constitui a mais ousada e abrangente tentativa já feita, a de promover, em escala planetária, um novo padrão de desenvolvimento, conciliando métodos de proteção ambiental,

5 SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. O princípio do Desenvolvimento Sustentável. **Revista de Direitos Difusos**. Ano I, v. 06. (Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Esplanada, 2001, p. 799.

6 SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. O princípio do Desenvolvimento Sustentável. **Revista de Direitos Difusos**. Ano I, v. 06. (Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Esplanada, 2001, p. 799

7 ZANONI, José Tadeu Picolo. Desenvolvimento Sustentável – Uma visão geral do tema. **Revista de Direitos Difusos**. Ano I, v. 06. (Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Esplanada, 2001, p. 747.

justiça social e eficiência econômica. Sua proposição só foi possível em virtude da colaboração de governos e instituições da sociedade civil de 179 países, que ficaram envolvidos em sua produção durante dois anos, e o resultado final foi apresentado no Rio de Janeiro.

Urge considerar a Agenda 21 como um ato internacional, sem caráter mandatário. Os países signatários, ao aderirem, têm possibilitado a inserção de novas posturas ante os usos dos recursos naturais, a alteração de padrões de consumo e a adoção de tecnologias mais brandas e limpas, o que representa uma tomada de posição ante a premente necessidade de assegurar a manutenção da qualidade do ambiente natural e dos complexos ciclos da biosfera.

A ECO-92 representou um avanço no sentido de reforçar a concepção segundo a qual desenvolvimento e meio ambiente constituem um binômio central e indissolúvel e, como tal, deve ser incorporado às políticas públicas e às práticas sociais de todos os países.

A base da construção do conceito de desenvolvimento sustentável surge como contraponto aos tradicionais modelos de desenvolvimento econômico, caracterizados pelos fortes impactos negativos na sociedade e no ambiente.

De Founex a Estocolmo, seguindo pelo relatório Brundtland, tem-se a necessidade de maior crescimento econômico com formas, conteúdos e usos sociais completamente transformados, atendendo às necessidades das pessoas, buscando uma distribuição mais justa da renda, a conservação dos recursos e enfatizando técnicas limpas de produção⁸.

O progresso ao longo dos caminhos da transição dependerá, em grande parte, da capacidade dos diferentes países de projetarem e im-

8 ZANONI, José Tadeu Picolo. Desenvolvimento Sustentável – Uma visão geral do tema. **Revista de Direitos Difusos**. Ano I, v. 06. (Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Esplanada, 2001, p. 756.



plementarem as estratégias nacionais, adaptadas à sua configuração de fatores naturais, culturais e sociopolíticos. Mesmo assim, a ação global será necessária de muitas maneiras⁹.

A partir da problemática que se apresenta o presente artigo buscou analisar as reflexões acerca da atuação da Administração Pública na promoção e compatibilização entre o desenvolvimento, o progresso, o atendimento às necessidades da população e a sustentabilidade na utilização dos recursos naturais, tendo como fonte de inspiração as ideias de Ignacy Sachs que, nas obras *Estratégias de Transição para o Século XXI* e *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável*.

Como forma de atender ao objetivo deste estudo foi realizado, partir de revisão bibliográfica, a caracterização da teoria do Ecodesenvolvimento na visão de Ignacy Sachs, associando essa aos Princípios norteadores da Agenda Ambiental para Administração Pública, para então trazer reflexões sobre a o Programa A3.

1. ECODESENVOLVIMENTO NA VISÃO DE IGNACY SACHS

Sachs¹⁰, na obra *Estratégias de Transição para o Século XXI*, apresenta cinco dimensões do ecodesenvolvimento que, assevera o autor, devem ser consideradas simultaneamente para obtenção da sustentabilidade, são elas: social, ecológica, econômica, espacial, cultural. O autor, em sua obra *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*, apresenta

⁹ SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Nobel, 1993.

¹⁰ SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Nobel, 1993

oito critérios para a sustentabilidade, sendo eles: social, cultural, ecológico, ambiental, territorial, econômico, política (nacional) e política (internacional)¹¹. O que se pode apreender após a análise das duas obras é o ampliar da perspectiva do desenvolvimento sustentável na ótica do ecodesenvolvimento, com a inserção de novos matizes – o ambiental, a política nacional e internacional_e, nesse sentido, a análise dos critérios que segue será norteadada pelos oito elementos traçados por Sachs.

Para Sachs¹², o primeiro elemento, a sustentabilidade social, tem como metas o alcance a um patamar razoável de homogeneidade social; a promoção da distribuição equitativa de renda justa; igualdade no acesso aos recursos e serviços sociais; e o acesso ao emprego pleno ou autônomo como elemento fundante para obtenção de uma vida decente.

O segundo critério, o viés cultural, se baseia na mudança e na busca pelo equilíbrio entre respeito à tradição e a inovação, com a capacidade desenvolver projetos nacionais integrados e endógenos, ou seja, traduzir o “conceito normativo de ecodesenvolvimento em uma pluralidade de soluções particulares, que respeitem as especificidades de cada ecossistema, de cada cultura e de cada local”¹³.

Para o critério ecológico, elenca Sachs¹⁴ a necessidade de se preservar o potencial do capital da natureza com vista à produção de recursos renováveis; e assevera a necessidade de limitar o uso dos recursos não renováveis.

11 SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

12 SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

13 SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Nobel, 1993, p. 27.

14 SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI: desenvolvimento e meio ambiente**. São Paulo: Nobel, 1993.



No que diz respeito à sustentabilidade na perspectiva ambiental, baseia-se o autor no respeito e na conscientização como elementos fundantes para o desenvolvimento da capacidade de autodepuração dos ecossistemas naturais¹⁵.

No quinto critério, sustentabilidade territorial, Sachs¹⁶ insere as feições referentes às configurações urbanas e rurais associando-as às melhorias do ambiente urbano e à superação das disparidades inter-regionais; preconiza, ainda, a necessidade de desenvolver estratégias de desenvolvimento ambiental para área ecologicamente frágil.

Sobre a sustentabilidade econômica, determina Sachs¹⁷ a necessidade do desenvolvimento econômico intersetorial equilibrado e o desenvolvimento de ações capazes de proporcionar segurança alimentar. Outro elemento desse critério é a necessidade de se implementar a modernização contínua dos instrumentos de produção, associada a um razoável nível de autonomia na pesquisa científica e tecnológica; preconiza, também, a soberania da economia na esfera internacional.

No viés da política nacional, ressalta Sachs¹⁸ a importância da democracia associada e alicerçada nos direitos humanos, a qual enaltece a capacidade de o Estado desenvolver projetos nacionais em parceria com todos os empreendedores, bem como define a necessidade de um nível de coesão social razoável.

15 SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Nobel, 1993.

16 SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

17 SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

18 SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

Sobre o último quesito, questões de política internacional, o autor traz a eficácia do sistema de prevenção de guerras da Organização das Nações Unidas na garantia da paz e na promoção da cooperação internacional; preconiza a necessidade de um controle institucional efetivo do sistema internacional financeiro e de negócios, e o desenvolvimento de um pacote Norte-Sul de ecodesenvolvimento, baseado no princípio da igualdade, afirmando a necessidade de um sistema efetivo de cooperação científica, tecnológica (e inovativa), e de um controle institucional efetivo da aplicação do princípio da precaução na gestão do meio ambiente e dos recursos naturais¹⁹.

Afirma Sachs²⁰ ser o desenvolvimento sustentável um desafio planetário. Nesse sentido, os modelos de políticas públicas vigentes ainda necessitam de alterações significativas, e o indivíduo precisa mudar sua posição quanto aos seus anseios individuais, para que se possa vislumbrar a existência humana sobre o globo terrestre.

2. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA AGENDA AMBIENTAL PARA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Administração Pública se constitui em importante segmento da ciência da Administração. Ela representa o aparelhamento do Estado e funciona como o instrumento do governo para planejar; organizar, dirigir e controlar todas as ações administrativas no sentido de dar plena e cabal satisfação das necessidades coletivas e básicas²¹.

¹⁹ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

²⁰ SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

²¹ CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 28.



No Brasil, o primeiro modelo estruturado de administração pública foi implantado pelo governo de Getúlio Vargas na primeira metade do século XX. Inspirado no modelo weberiano: o burocrata Vargas optou por um regime rígido que pudesse “colocar ordem na casa”.

Mais tarde, com a expansão do mercado, o desenvolvimento tecnológico, a globalização da economia no mundo, depois de compreender que a burocracia, dada à sua inflexibilidade, era inadequada em cenários dinâmicos, iniciaram-se as ações para desburocratizar a máquina. Várias medidas, como a criação de programas, comitês, secretarias e outros instrumentos, foram implantadas, porém sem sucesso. Assim, somente em 1995 começa no Brasil a implantação, na administração pública, do chamado modelo gerencial, que visa acabar ou pelo menos reduzir o descompasso entre o dinamismo experimentado pela sociedade do final do século XX e a atuação das organizações públicas.

Segundo Chiavenato²², a administração pública gerencial representa um avanço, embora não represente um rompimento com a administração burocrática. Ela é mais flexível, busca resultados. Enquanto na administração burocrática o interesse público se identifica com o interesse e poder do Estado, na administração gerencial busca-se a satisfação dos “clientes”, ou seja, o atingimento de metas e resultados na satisfação das necessidades dos cidadãos. Essa mudança se deu porque, à medida que o Estado assumia a responsabilidade da concretização dos direitos sociais e crescia em dimensão, foi-se percebendo que os custos com o controle seriam demasiados e ainda emperrariam sobremaneira a máquina administrativa.

²² CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 28.

Está-se, pois, diante de um novo paradigma,

[...] o pós-burocrático. Ele se contrapõe a ideologia do formalismo e do rigor técnico. As exigências são outras: formas flexíveis de gestão, horizontalização das estruturas, descentralização de funções, incentivo à criatividade, adoção de valores e comportamentos que promovam qualidade e eficiência dos serviços públicos ²³.

Para se lograr êxito nessas mudanças, conceituais e estruturais, tem-se exigido das organizações públicas – e de seus administradores – uma guinada em termos de valores, concepções e práticas, ou seja, uma verdadeira mudança na cultura da administração pública brasileira, de forma que lhe possibilite adaptar-se às mudanças culturais e às exigências da sociedade do século XXI.

Diante dessas novas exigências da sociedade atual, necessariamente foi-se ampliando a importância do Estado no contexto de sustentabilidade. A presença do Estado como agente direto da relação de sustentabilidade se alarga no sentido de não ter o único atributo de promover a consciência e participação social na geração do desenvolvimento sustentável, o ente administrativo é também um ator dessa relação. Assim, o seu modo de consumo, manuseio e descarte dos recursos naturais também passam a ser revistos e reorganizados.

O dever do Estado de promover a defesa e a preservação do meio ambiente para presente e futuras gerações está insculpido na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, no artigo 225: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso

23 CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 28.



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”²⁴.

Os novos cenários que se descortinam na administração pública com o fito de proporcionar a otimização do acesso a serviços e bens estão diretamente ligados à determinação constitucional. A Administração Pública deve se imbuir da função de defesa e preservação do meio ambiente para que possa realizar uma gestão articulada e positiva tanto na esfera social como ambiental.

Para que obtenha êxito, a administração deve estabelecer diretrizes e atividades administrativas e operacionais que proporcionem a realização de planejamento, direção, controle, alocação de recursos, com o objetivo de obter efeitos positivos sobre o meio ambiente, quer reduzindo ou eliminando os danos ou problemas causados pelas ações humanas, quer evitando que eles surjam²⁵.

Dias considera gestão ambiental “conjunto de medidas e procedimentos que permitem identificar problemas ambientais gerados pelas atividades da instituição, como a poluição e o desperdício, e rever critérios de atuação (normas e diretrizes)”²⁶, de posse dos resultados, o administrador público tem a possibilidade de alterar suas práticas construindo um cenário de redução ou extinção dos danos ao meio ambiente.

24 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

25 BARBIERI, José Carlos, **Gestão Ambiental Empresarial – conceitos, modelos e instrumentos**. São Paulo: Saraiva, 2004.

26 DIAS, Genebaldo Freire. **Educação e gestão ambiental**. São Paulo: Gaia, 2006. p. 28.

No Brasil, calcula-se que as compras públicas movimentem, nos diversos níveis de governo, cerca de 10% do PIB. Em 2013, de acordo com dados do Portal da Transparência do Governo Federal, foram gastos, apenas com despesas diretas do governo, R\$ 14 bilhões em obras, R\$ 8 bilhões em equipamentos e material permanente e R\$ 161 milhões em material de consumo²⁷. Dado o notável volume de recursos envolvidos, o setor público, como consumidor de grande porte, encontra-se em posição privilegiada para criar economias de escala, que alavancam as margens de lucros dos produtores e reduzem seus riscos.

A Administração Pública tem a responsabilidade de contribuir no enfrentamento das questões ambientais, buscando estratégias inovadoras que repensem os atuais padrões de produção e consumo, os objetivos econômicos, inserindo componentes sociais e ambientais.

Diante dessa necessidade, as instituições públicas têm sido motivadas a implementar iniciativas específicas e desenvolver programas e projetos que promovam a discussão sobre desenvolvimento e a adoção de uma política de Responsabilidade Socioambiental do setor público.

A Administração Pública tem a potencialidade, portanto, de promover a sustentabilidade agindo em duas frentes: uma como prolatora de normas que imponham práticas de uso racional de recursos naturais, reaproveitamento e descarte correto de resíduos; outra, como reguladora fática de mercado, em razão de seu grande poder de consumo.

A presença do Estado como agente direto da relação de sustentabilidade é recente, sua atuação se alarga no sentido de não ter o único

27 MOURA, Adriana M. M. de. A política de compras públicas sustentáveis e sua evolução no Brasil. **International Centre for Trade and Sustainable Development**, 2014.



atributo de promover a consciência e participação social, na geração do desenvolvimento sustentável, o ente administrativo é também um ator dessa relação. Assim, o seu modo de consumo, manuseio e descarte dos recursos naturais também passam a ser revistos e reorganizados.

2.1 O Programa A3P: origem e desenvolvimento

Em 2001, o Ministério do Meio Ambiente lançou o chamado Programa Agenda Ambiental na Administração Pública, conhecido pela sigla A3P, com o desiderato de chamar a atenção dos gestores públicos para as questões ambientais, com vista a incorporar princípios e critérios de gestão ambiental nas atividades do dia a dia da Administração Pública, em todos os níveis. A Agenda Ambiental na Administração Pública – A3P – é um projeto cujo germe remonta a 1999, no Ministério do Meio Ambiente.

O conceito de agenda reporta à proposição de atividades a serem implementadas, com prazos e cronogramas, mas também e principalmente a promover adesões voluntárias, a partir de um convite geral e irrestrito para o engajamento individual, coletivo e das instituições e organizações da Administração Pública.

Entre os principais objetivos do Programa A3P, segundo a Cartilha A3P estão a sensibilização dos gestores públicos para as questões socioambientais; a promoção da economia de recursos naturais e redução de gastos institucionais; a inclusão de critérios socioambientais nos investimentos, compras e contratações públicas; a redução do impacto socioambiental negativo causado pela execução das atividades administrativas e operacionais; a gestão correta e sustentável dos resíduos; a formação continuada dos servidores públicos no que tange aos aspectos socioambientais; a contribuição para a melhoria da qualidade do ambiente de trabalho dos

[Ir para o índice](#)

servidores públicos; e o reacender da ética e da autoestima dos servidores públicos, principalmente diante dos interesses coletivos da sociedade; a contribuição para a revisão dos padrões de produção e consumo.

Para a consecução desses objetivos, a A3P estruturou-se em cinco eixos temáticos, quais sejam:

1. Sensibilização e capacitação dos servidores: busca criar e consolidar a consciência cidadã da responsabilidade socioambiental nos servidores, contribuindo para o processo de desenvolvimento de competências individuais e institucionais;
2. Gestão adequada dos resíduos gerados: passa pela adoção da política denominada 5Rs: Repensar, Reduzir, Reutilizar, Reciclar e Recusar, que significa, primeiramente, pensar em reduzir o consumo e combater o desperdício para só então destinar o resíduo gerado corretamente;
3. Licitações sustentáveis: significa adquirir produtos e serviços sustentáveis. Tal prática garantirá não só a conservação do meio ambiente, mas também a melhoria da relação custo/benefício a médio ou longo prazo quando comparadas às licitações e compras que se utilizam do critério menor preço;
4. Uso racional dos recursos naturais e bens públicos: significa usar de forma racional água, energia, madeira e consumir, também de forma racional, papel, copos plásticos, dentre outros materiais de expediente;
5. Qualidade de vida no ambiente de trabalho: visa introduzir ações de desenvolvimento pessoal e profissional como a capacitação e atividades que busquem garantir



saúde e bem-estar aos servidores. Dentre as ações, podem-se citar a ginástica laboral, as campanhas contra o fumo e alcoolismo e outros eventos que incentivem a prática de esportes, a boa alimentação, as relações interpessoais etc.²⁸.

É importante destacar que a A3P afirma ser “uma decisão voluntária em resposta à compreensão de que o Governo Federal possui um papel estratégico na revisão dos padrões de produção e consumo e na adoção de novos referenciais em busca da sustentabilidade socioambiental”²⁹. Além disso, é “um convite ao engajamento individual e coletivo para a mudança de hábitos e a difusão da ação”³⁰.

A Agenda encontra-se em harmonia com o princípio da economicidade e ao mesmo tempo atende ao princípio da eficiência, a que os órgãos públicos estão obrigados, previsto na Constituição Federal, de 1988. Ademais, as diretrizes da A3P se fundamentam nas recomendações do Capítulo IV da Agenda 21 que indica aos países o “estabelecimento de programas voltados ao exame dos padrões insustentáveis de produção e consumo e o desenvolvimento de políticas e estratégias nacionais de estímulo a mudanças nos padrões insustentáveis de consumo”; no Princípio 8 da Declaração do Rio/92 que afirma que “os Estados devem reduzir e eliminar padrões insustentáveis de produção e consumo e promover políticas demográficas adequadas”; e ainda na Declaração de Johannes-

28 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda Ambiental da administração pública**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>. Acesso em: 16 fev. 2017.

29 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Adesos a A3P**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/parceiros/item/9417>. Acesso em: 16 fev. 2017.

30 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Adesos a A3P**.

burgo que institui a “adoção do consumo sustentável como princípio basilar do desenvolvimento sustentável”³¹.

As instituições públicas ambientais devem estar estruturadas para serem capazes de cumprir com as suas responsabilidades de propor políticas ambientais compatíveis com as necessidades da sociedade. O que vale, é claro, para qualquer instituição pública. Portanto, as decisões deverão ser voltadas para garantir a internalização dos aspectos ambientais nas políticas públicas em geral.

No Brasil, a grande maioria das políticas ambientais surge no âmbito do Poder Executivo. Isso porque nas instituições de governo é que estão os técnicos e os especialistas que detêm o conhecimento sobre aspectos complexos e esses estão comprometidos, salvo algumas exceções, como a solução das demandas emanadas pela sociedade. Mas isso não descarta a fundamental importância do diálogo e da parceria com as universidades, organismos não governamentais e com a sociedade civil que, também, devem ter uma participação bastante ativa na proposição de políticas ambientais.

Portanto, para vencer o desafio ambiental com o qual se depara hoje, será preciso fortalecer as instituições governamentais, prepará-las para cumprir seu papel de modo efetivo. É preciso partir da premissa de que a questão ambiental perpassa as demais áreas de governo e, para que se alcance o nível de sustentabilidade desejado, será preciso internalizar as questões ambientais.

Será preciso que todos os agentes do governo repensem como conduzir suas próprias atividades. Uma mudança de paradigma e de comportamento ante as questões ambientais terá êxito desde que haja um esforço do Governo em estabelecer políticas de sustentabilidade apro-

31 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Adesos a A3P**.



priadas e mais eficazes, e que se empreendam ações de mobilização com os agentes de governo, capazes de motivá-los e capacitá-los a empreender esforços no sentido de internalizar as questões ambientais em suas atividades diárias e nos processos de tomada de decisão.

Após todo esse processo de estruturação, a A3P assumiu o desafio de “promover a Responsabilidade Socioambiental como política governamental”, contribuindo com o crescimento econômico aliado à sustentabilidade, “por meio da inserção de princípios e práticas de sustentabilidade socioambiental no âmbito da administração pública”³².

Tal política ainda tem o condão de se antecipar ao previsto na Proposta de Emenda à Constituição da República de nº 153³³, de 2015, que altera o artigo 225 da Constituição Federal, de 1988, para incluir, entre as incumbências do poder público, a promoção de práticas e a adoção de critérios de sustentabilidade em seus planos, programas, projetos e processos de trabalho; buscando efetivar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Segundo Lustosa, Rocha e Rocha ³⁴, uma gestão estatal bem planejada e norteada por consciência ecológica é um meio extremamente eficaz de balizar condutas entre pessoas e o meio ambiente, no tocante aos próprios gestores, colaboradores, servidores, fornecedores de produtos

32 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Adesos a A3P**.

33 BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 153, de 2015**. Altera o art. 159 da Constituição Federal para aumentar a parcela de recursos destinada ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1404831.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017.

34 LUSTOSA, Kárita Barros; ROCHA, Suyene Monteiro da; ROCHA, Renata Rodrigues de Castro. As novas diretrizes para efetivação da sustentabilidade no âmbito da Administração Pública. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Moura (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**, vol.7. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Tocantins, 2017, p. 113-128.

e serviços e a sociedade em geral. Isso pode viabilizar a premente necessidade da sedimentação de posturas sustentáveis.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento sustentável é um desafio planetário. Nesse sentido, os modelos de políticas públicas vigentes ainda necessitam de alterações significativas, e o indivíduo necessita mudar sua posição quanto aos seus anseios individuais, para que se possa vislumbrar a existência humana sobre o globo terrestre. É certo que a humanidade não pode parar de consumir, mas é preciso que o consumo não acarrete a inviabilidade da vida humana na terra.

Diante disso, é necessário que Estado, como órgão máximo de poder das sociedades, promova ações de sustentabilidade, entre as quais as de promover em suas próprias atividades o uso racional de recursos naturais, reaproveitamento de materiais e o descarte e tratamento adequado de resíduos.

Nesse sentido, verifica-se a precisão das ideias de Ignacy Sachs ao desenvolver, ainda nos anos 90, uma teoria de ecodesenvolvimento que está em vias de consolidação, o que demarca ainda mais a dificuldade e a morosidade da consolidação da preocupação ambiental.

Ao discorrer sobre os vieses em que se baseiam a sustentabilidade, chama a atenção para a responsabilidade dos órgãos públicos que, na esteira do que pretende a Política Ambiental da Administração Pública – A3P –, dado o seu poder normativo e seu poder de influenciar o mercado, dada sua condição de grande consumidor, devem portar-se como a principal indutora da mudança de mentalidade e de comportamento, a fim de tornar realidade a compatibilização do progresso e do desen-



volvimento com o equilíbrio ambiental, como pressuposto inafastável da sobrevivência da humanidade e de inúmeras formas de vida do Planeta.

A criação do Programa A3P representou um grande passo dado pela Administração Pública para a implementação de políticas e ações de sustentabilidade. Urge agora uma intensa divulgação do Programa A3P e ações punitivas e principalmente retributivas positivas para que as mais diversas esferas da Administração Pública façam adesão ao Programa, o que induzirá inevitavelmente a uma mudança nas posturas do mercado e nas condutas das pessoas e instituições privadas.

REFERÊNCIAS

BARBIERI, José Carlos, **Gestão Ambiental Empresarial** – conceitos, modelos e instrumentos. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 153, de 2015**. Altera o art. 159 da Constituição Federal para aumentar a parcela de recursos destinada ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1404831.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2017

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Adesos a A3P**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p/parceiros/item/9417>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Ir para o índice

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Agenda Ambiental da administração pública**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/a3p>. Acesso em: 16 fev. 2017.

CHIAVENATO, Idalberto. **Administração Geral e Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

DIAS, Genebaldo Freire. **Educação e gestão ambiental**. São Paulo: Gaia, 2006.

GIANSANTI, Roberto. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atual, 1998.

LUSTOSA, Kárita Barros; ROCHA, Suyene Monteiro da; ROCHA, Renata Rodrigues de Castro. As novas diretrizes para efetivação da sustentabilidade no âmbito da Administração Pública. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz; BOAS, Marco Anthony Steveson Villas; CARMO, Valter Moura (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**, v. 7. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Estado do Tocantins, 2017, p. 113-128. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/06/MIOLO-DIALOGOS-AMBIENTAL-7-COMPLETA.pdf>. Acesso em: 15 maio 2017.

MOURA, Adriana M. M. de. A política de compras públicas sustentáveis e sua evolução no Brasil. **International Centre for Trade and Sustainable Development**. 24 out. 2014. Disponível em: <https://ictsd.iisd.org/bridges-news/pontes/news/a-pol%C3%ADtica-de-compras-p%C3%BAblicas-sustent%C3%A1veis-e-sua-evolu%C3%A7%C3%A3o-no-brasil>. Acesso em: 30 maio 2021.

SACHS, Ignacy. **Caminhos para o desenvolvimento sustentável**. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.



SACHS, Ignacy. **Estratégias de transição para o século XXI**: desenvolvimento e meio ambiente. São Paulo: Nobel, 1993.

SILVA, Marcus Vinicius Lopes da. O princípio do Desenvolvimento Sustentável. **Revista de Direitos Difusos**. Ano I, v. 06. (Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Esplanada, 2001, p. 795 – 804. Disponível em: <http://revistadedireitosdifusos.blogspot.com/2001/04/revista-de-direitos-difusos-ano-i-vol-6.html>. Acesso em: 30 maio 2021.

ZANONI, José Tadeu Pico. Desenvolvimento Sustentável – uma visão geral do tema. **Revista de Direitos Difusos**. Ano I, v. 06. (Desenvolvimento Sustentável). São Paulo: Esplanada, 2001, p. 747-758. Disponível em: <http://revistadedireitosdifusos.blogspot.com/2001/04/revista-de-direitos-difusos-ano-i-vol-6.html>. Acesso em: 30 maio 2021.

Mapeamento de injustiças ambientais: uma ferramenta de implementação do Estado de Direito Socioambiental

Mapping of environmental injustices:
a tool to realize a socio-environmental
oriented state

GABRIEL ANTONIO SILVEIRA MANTELLI
CAROLINA CORRÊA MORO
CAROLINE MARQUES LEAL JORGE SANTOS

Resumo

O trabalho discorre sobre o mapeamento de injustiças ambientais e sua importância para efetivar o Estado de Direito Socioambiental e salvar a justiça ambiental. Apresenta o movimento por justiça ambiental sob o enfoque de disparidades socioeconômicas provenientes da sujeição de determinados grupos à degradação ambiental, ao passo que o modelo estatal socioambiental incorpora a necessidade de um olhar transdisciplinar entre justiça social, proteção ambiental e diversidade cultural, sendo que os conceitos estão relacionados. É trazida a ideia de cartografia social, instrumento de mapeamento que incorpora os princípios da informação



ambiental, da participação popular e da prevenção, eixos norteadores do direito ambiental brasileiro. A experiência do Mapa de Conflitos envolvendo Injustiça Ambiental e Saúde no Brasil, elaborado pela Fiocruz, é exemplo de como o mapeamento da injustiça ambiental é importante ferramenta para a implementação do Estado de Direito Socioambiental, norteador de políticas públicas, atuação político-social e disseminação de informação ambiental.

Palavras-chave: Justiça Ambiental. Estado de Direito Socioambiental. Cartografia Social. Informação Ambiental.

Abstract

This paper discusses the mapping of environmental injustices and its importance in order to realize Socio-environmental State and to safeguard environmental justice. It argues that, while the environmental justice movement focuses on the socioeconomic disparities of subjecting particular groups to environmental degradation, the socio-environmental state model incorporates the need for a transdisciplinary look at social justice, environmental protection and cultural diversity. The idea of social mapping, a mapping tool that incorporates the principles of environmental information, popular participation and prevention, guiding principles of Brazilian environmental law, is presented. The experience of the Conflict Map involving Environmental Injustice and Health in Brazil elaborated by Fiocruz is a practical example of how the mapping of environmental injustice is an important tool for the implementation of the Socio-environmental Law State, guiding public policies, political-social action and dissemination of environmental information.

Keywords: Environmental Justice. Socio-environmental State. Cartography. Environmental Information.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

É fato que a pauta ambiental ocupa, nos dias atuais, posição de relevância em diversos espaços sociais. Para além do silenciamento de determinadas narrativas em função de outras, é tarefa do operador de direito contemporâneo compreender os discursos que buscam padronizar as questões envolvendo a relação da humanidade com os elementos ambientais para, juntamente com outros campos do conhecimento, evidenciar injustiças presentes nesses casos.

O presente trabalho, na tentativa de contribuir de forma interdisciplinar e transversal ao debate jurídico-ambiental, propõe que a exegese do tema deve ser pautada por um olhar crítico. Deve, sobretudo, servir de instrumento para a garantia de direitos humanos e socioambientais, para questionar discursos homogeneizantes e para aliar justiça social com salvaguarda ambiental. Para a finalidade proposta, apresentamos a importância da realização de mapeamentos que evidenciem os casos de injustiça ambiental que afetam determinadas parcelas da população brasileira.

O trabalho está dividido em três momentos fundamentais. Na primeira parte, expomos os conceitos basilares a serem utilizados: a ideia de um Estado de Direito Socioambiental e o movimento por justiça ambiental. Na segunda parte, apresentamos o instrumento da cartografia social e evidenciamos a vinculação deste com princípios caros ao direito ambiental. Por fim, na última parte, ilustramos o exposto de forma mais pragmática: com o caso concreto da experiência da Fundação Oswaldo Cruz e com a aplicação do raciocínio no âmbito das políticas públicas. A metodologia aplicada no presente trabalho é de revisão bibliográfica com fins exploratórios.



1. ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL E JUSTIÇA AMBIENTAL

Uma das propostas fundamentais do presente trabalho é propiciar leituras fora do convencional no âmbito do direito ambiental. Entendemos que uma das formas de fazê-lo é nos utilizando de dois arcabouços teóricos críticos aos modelos vigentes. O primeiro deles é o modelo estatal que se denominou, dentre outros nomes, de Estado de Direito Socioambiental. O segundo deles é o sentido que se dá à expressão justiça ambiental. É o que passamos a expor.

1.1 Combate ao racismo ambiental e histórico do movimento por justiça ambiental

O que entendemos por justiça ambiental surgiu nos Estados Unidos na década de 1960 na forma de ativismo político quando populações negras, habitantes de bairros periféricos, evidenciaram a relação entre racismo e poluição ambiental. Nesse contexto inicial, cunhou-se o termo racismo ambiental para designar a existência de elementos raciais e socioeconômicos na sujeição de determinados grupos sociais às consequências adversas do desenvolvimento econômico¹. Atualmente, pode-se dizer que o movimento justiça ambiental preceitua que, em um cenário ideal, as clivagens sociais ocasionadas pelo desenvolvimento e pela produção econômica não podem produzir riscos e adversidades ambientais desproporcionais às parcelas menos abastadas da população e/ou mais vulneráveis.

Martínez Alier insere o contexto norte-americano com outros movimentos com premissas semelhantes, nomeando-os como ecologismo

1 ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecilia Campello Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 16.

dos pobres². Para o economista, essa corrente do movimento ambiental é aquela que se pauta na defesa de minorias, assinalando a relação entre crescimento econômico e impacto ambiental. Inclui, entre outros, “conflitos pelo uso da água, pelo acesso às florestas, a respeito das cargas de contaminação e o comércio ecológico desigual, questões estudadas pela ecologia política”³.

No contexto brasileiro, é mais comum que as produções científicas e os movimentos sociais utilizem o termo justiça ambiental para designar essa relação existente entre degradação ambiental e vulnerabilidade socioeconômica, incorporando, em determinados casos, a componente racial. Henri Acselrad⁴, um dos principais estudiosos brasileiros nesse campo, afirma que essa construção conceitual é “uma noção emergente que integra o processo histórico de construção subjetiva da cultura dos direitos no bojo de um movimento de expansão semântica dos direitos humanos, sociais, econômicos, culturais e ambientais”. O autor, em outras palavras, salienta a necessidade de uma leitura holística da questão ambiental, o que também propomos no campo jurídico.

No caso de movimentos sociais, a Rede Brasileira de Justiça Ambiental é um exemplo de espaço de articulação que incorporou o ideário da justiça ambiental em sua atuação. No manifesto de lançamento, esse movimento busca reverberar as vozes daqueles que são vítimas de casos de injustiça ambiental: desempregados, trabalhadores expostos aos riscos decorrentes das substâncias perigosas, grupos sociais de menor renda, populações tradicionais de extrativistas, pequenos produtores, indígenas, entre outros⁵.

2 ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2009. p. 33-35.

3 ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2009. p. 39.

4 ACSELRAD, Henri (org.). **Cartografias sociais e território**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano Regional, 2008.

5 BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Manifesto de Lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental**.



Chamamos a atenção, no campo do direito brasileiro, para os trabalhos de Rogério Rammê. Para ele, a perspectiva da justiça ambiental “apresenta uma vinculação direta com a temática dos direitos humanos e fundamentais, bem como com os direitos procedimentais que sirvam de instrumento para o acesso de comunidades e populações vulneráveis à justiça”⁶. Notamos que, por mais que os movimentos sociais discutam essas questões desde a redemocratização com a promulgação da Constituição Federal, de 1988, não há até hoje uma referência jurisprudencial que debata essas premissas no judiciário brasileiro. Acreditamos ser esse um indicativo de que, no meio jurídico, esta é uma temática que precisa ser mais bem estudada, aprofundada e difundida, tanto dentro quanto fora dos tribunais.

1.2 Socioambientalismo em pauta e o modelo do Estado de Direito Socioambiental

Ao passo que a emergência da justiça ambiental é caracterizada pelo seu caráter global e pelo combate à sujeição aos riscos ambientais por determinados grupos sociais em relação a outros, surge no Brasil uma leitura específica dos problemas ambientais. É o que Juliana Santilli chama de socioambientalismo que, também numa visão crítica ao direito ambiental, segundo a autora, trata-se de uma concepção que inclui participação comunitária, integração entre sustentabilidade estritamente ambiental com a sustentabilidade social e a promoção de um novo paradigma de desenvolvimento que inclua diversidade social e consolidação da democracia⁷.

Em nosso histórico, é comum a referência aos movimentos indígenas (“os povos da floresta”) que pleiteiam direitos de terra e ações combativas aos

6 RAMMÊ, Rogério Santos. O desafio do acesso à justiça ambiental na consolidação de um Estado Socioambiental. **Revista Direito Público**, v. 11, n. 58, p. 183, 2014.

7 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis e ISA, 2005. p. 14.

megaempreendimentos considerados nocivos ao meio ambiente e a seus modos de vida, assim como aos movimentos de seringueiros quando da atuação política de Chico Mendes e Marina Silva no período de redemocratização⁸. Nessa época, por exemplo, por meio de discussões políticas e jurídicas, a definição legal de reserva extrativista ganhou corpo⁹, dando representação pragmática para a emergência do direito com leitura socioambiental.

O direito socioambiental, por sua vez, é a definição que se dá a determinada abordagem de estudos e atuações do direito ambiental que incorpora em sua genética a visão do socioambientalismo. Entendemos que esse eixo inclui a necessidade de leitura crítica dos modelos vigentes, principalmente econômicos, e, além disso, a aderência temática de outros espaços de ativismo social, como é o caso dos povos indígenas e das populações tradicionais. Para Rammê e Zalazar, a interlocução entre direito socioambiental e justiça ambiental se dá quando o direito passa a englobar “demandas por auto-gestão da produção e estilo de vida de grupos e populações, por identidade étnica, por autonomia cultural e contra o racismo ambiental”¹⁰.

Se fizermos uma análise sob a ótica constitucional, vislumbraremos que os modelos estatais, influenciados pelas instituições europeias, passaram por cadeias evolutivas, de um Estado mínimo, com ideais liberais, para um Estado mais presente na vida social¹¹. O Estado de Direito Socioambiental estaria

8 SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Petrópolis e ISA, 2005. p. 15.

9 A Lei nº 9.985, de 2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza, é uma das notáveis heranças desse ativismo. O conceito de reserva extrativista foi incorporado em nosso ordenamento, conforme o artigo 18A deste diploma legal.

10 RAMMÊ, Rogério Santos; ZALAZAR, Caroline. A justiça ambiental e a sua relação com o direito socioambiental. **Justiça & Sociedade**, n. 1, p. 106-107, 2016.

11 LINS, Litiane Cipriano Barbosa. Estado Socioambiental: qual a posição dos direitos fundamentais neste novo modelo estatal? **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**, Belo Horizonte, ano 11, n. 65, set./out. 2012.



no estágio avançado em que as noções de respeito aos direitos humanos e a proteção ambiental caminhariam de forma conjunta. Para Sarlet e Fensterseifer, a Constituição Federal de 1988, estabelece esse novo modelo de Estado, com uma noção integrada das causas ambientais, sociais e culturais¹².

2. CARTOGRAFIA SOCIAL E INFORMAÇÃO AMBIENTAL

Agora, apresentamos o instrumento da cartografia. Neste âmbito, podemos distinguir quatro principais fases na história da cartografia numa evolução não propriamente retilínea, mas de alguma maneira associada à formação dos Estados modernos. Inicialmente, os mapas serviriam para desbravar rotas comerciais e novas terras que ampliassem as fronteiras nacionais. Num segundo momento, surgem como instrumento de consolidação dos territórios anexados. A partir daí, tem lugar um movimento de reestruturação geográfica em função de sua fragmentação político-administrativa. Como se vê, a cartografia tradicionalmente esteve a serviço do poder, como forma de organização e controle social¹³.

Apenas recentemente, há menos de meio século, num momento de redefinição dos papéis dos Estados, inaugura-se uma nova fase, na qual é reconhecida a insuficiência de abordagem puramente científica. A cartografia social assume, por conseguinte, a função de cristalizar demandas sociais em políticas públicas. Passa-se de um modelo imposto, para um processo de construção participativo, o qual leva em conta a produção coletiva de conhecimento, numa lógica que tem como premissa a inter-relação da sociedade e seu meio.

12 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 11-38.

13 LACOSTE, Yves. An illustration of geographical warfare: bombing of the dikes on the red river, north Vietnam. **Antipode**, v. 5, n. 2, p. 1, 1973.

Além disso, a cartografia social é orientada para fins que não a representação puramente geográfica, incluindo dentre seu escopo a espacialização de dados socioambientais, permitindo que determinada comunidade e o meio na qual se insere sejam devidamente retratados. Constitui, portanto, um complexo processo de representação gráfica de um povo, que ao fim e ao cabo transforma-se em cabedal para construção de estratégias de ação comunitária.

2.1 O modelo de cartografia social enquanto ferramenta de apoio ao direito

Partindo dessas premissas, inferimos que os mapas sociais são igualmente instrumentos de aquisição de direitos constitucionais, já que a inclusão dos agentes sociais em sua confecção permite que estes assumam o controle e, por via de consequência, exerçam um papel ativo na defesa e transmissão de seus direitos e valores. Nesse sentido, a cartografia permite a identificação dos limites territoriais, em especial de minorias constantemente pressionadas pela expansão da atividade econômica, e a defesa jurídica do uso e ocupação do solo pelas comunidades tradicionais, por exemplo. Ademais, viabiliza a identificação de áreas nas quais há uma situação consolidada ou de vulnerabilidade às injustiças ambientais.

Analisando experiências cartográficas em diversos países, estudos organizados por Acselrad destacaram a utilização dessa ferramenta para a proteção jurídica de minorias, como no caso do reconhecimento dos direitos costumeiros de populações indígenas contra a monocultura na Indonésia, ou para gerir conflitos relacionados ao uso de terra na Índia, enquanto em nosso País notaram que quase 50% dos casos destinaram-se



à delimitação de territórios¹⁴. Os exemplos brasileiros, em sua maioria, restritos às questões fundiárias, evidenciam uma subutilização da cartografia social, que poderia ser entendida como meio para consecução de um ambiente ecologicamente equilibrado.

2.2 Princípio da prevenção

Não obstante os mapas tenham servido, tradicionalmente, para representar passado e presente, a cartografia social se volta eminentemente ao futuro, exercendo, como dito, um papel indutor de políticas públicas e, na ótica do presente trabalho, de prevenção de danos socioambientais. Com efeito, ao constituir ferramenta de conhecimento do território representado, a cartografia social permite tanto a antecipação de perigos concretos (prevenção) quanto de riscos hipotéticos (precaução), bem como conduz à utilização racional e planejada dos recursos naturais.

Por essa razão, a cartografia social não deve se limitar ao mapeamento dos espaços naturais apenas no sentido técnico do termo, ou seja, como forma, por exemplo, de legitimar o direito de comunidades tradicionais sobre seus territórios. Conquanto não se negue a importância desse objetivo, ele constitui um entre uma vasta gama de potencialidades.

Dentre elas, destacamos o planejamento, que enseja não apenas a organização do território, mas sua contínua construção. Isso porque o mapa deve ser o espelho de uma sociedade cambiante e de realidades, por sua própria natureza, instáveis. Dessa forma, um planejamento não participativo terá grandes chances de jazer empoeirado na biblioteca de

14 ACSELRAD, Henri (org.). **Cartografias sociais e território**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano Regional, 2008. p. 24-25.

alguma academia. Se o mapeamento torna as comunidades protagonistas de seu espaço e cômicas de seus recursos, o planejamento inclusivo, ao exercer uma função prospectiva, conduz à adoção de um comportamento necessariamente preventivo.

2.3 Princípio da informação ambiental e participação social

O princípio da informação comporta duas facetas: o dever e o direito de informar-se. No âmbito deste último, é possível identificar três eixos: o direito de informar, que quer significar a liberdade de transmitir uma informação, o direito de se informar, ou de buscar determinada informação, e o direito de ser informado; e, portanto, de receber a necessária e devida informação¹⁵.

No campo ambiental, o princípio deve traduzir de forma inteligível o meio em que determinada comunidade se insere, suas potencialidades e riscos, permitindo o exercício de uma verdadeira cidadania ambiental¹⁶. Sob a ótica cartográfica, é preciso superar a ideia falaciosa de que a linguagem contida nos mapas é a todos acessível. Isso impõe um dever de informação aos agentes públicos e profissionais em geral, ao lado do direito das comunidades, como requisito para uma participação esclarecida. Ademais, considerando o subjetivismo inerente à produção cartográfica, fiel ao olhar de seu autor, a informação, em suas múltiplas acepções, mostra-se imprescindível para garantir que não seja retratada a visão de uma sociedade míope.

Além disso, como dito, a ampla apropriação das informações pela comunidade permite o planejamento de suas ações de acordo com a ordem

15 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993. p. 225-226.

16 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.



de prioridades, como, por exemplo, as questões atinentes à ocupação e uso da terra. A disseminação de mapas “tem sido entendida como portadora de múltiplos efeitos, desde a multiplicação democratizante das formas de interpretar o mundo, até o acirramento dos mecanismos autoritários de controle, próprios a uma ‘sociedade da vigilância’”¹⁷. Somente a combinação de ampla informação e uma real participação comunitária é capaz de evitar o reforço do controle social, garantindo à cartografia social seu poder transformador, capaz de contemplar informações socioambientais que unem de forma tão desigual o território brasileiro.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS E O ESTADO DE DIREITO SOCIOAMBIENTAL

Há certo aprofundamento na relação do direito com a construção das políticas públicas, antes restritas ao espaço da política, com a expansão das gerações de direitos humanos, principalmente quando se trata dos direitos de segunda e terceira geração¹⁸. Este processo de expansão surge da percepção de que a fruição dos direitos de modo a se assegurar a dignidade da pessoa humana se dá de forma complexa, ou seja, a garantia isolada de um direito não é suficiente, sendo necessária a implementação efetiva da rede de direitos historicamente assegurados no plano das normas.

Nessa linha, as Constituições Federais tornam-se efetivamente as cartas-programas de um Estado de Direito, elencando os direitos fundamen-

17 ACSERALD, Henri (org.). **Cartografias sociais e território**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano Regional, 2008. p. 14.

18 BUCCI, Maria Paula Dallari et al. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Instituto Pólis, 2001. p. 7-8.

tais individuais e sociais. Para que esta carta não seja mera “folha de papel”, como diagnosticou Lassalle¹⁹, ganham força os movimentos que primam pela efetividade da Constituição, como os encabeçados por Konrad Hesse²⁰. O neoconstitucionalismo, nesse sentido, surge como corrente do pensamento jurídico que propõe a expansão dos direitos fundamentais, a força normativa da Constituição Federal, a teoria dos princípios e a renovação da hermenêutica jurídica. Pode-se dizer que o Brasil, com a Constituição Federal, de 1988, repleta de direitos fundamentais, caminha neste sentido neoconstitucionalista, ganhando força as demandas por efetividade dos direitos assegurados constitucionalmente.

Em um Estado Socioambiental de Direito, conforme delimitado supra, os princípios e valores estabelecidos na Constituição Federal englobam a garantia de direito ao meio ambiente sadio e equilibrado como forma de concretização do ideal de dignidade da pessoa humana. Mas de que forma seria implementado esse programa? Um dos meios disponíveis, dentre outros, são as políticas públicas. Bucci afirma que “as políticas públicas atuam de forma complementar, preenchendo os espaços normativos e concretizando os princípios e regras, com vista a objetivos determinados”²¹.

Dessarte, a função do direito, pensando na construção de políticas públicas em um Estado Socioambiental de Direito, pode ser vista como a criação de mecanismos e ferramentas de implementação e garantia de direitos. Nas palavras de Coutinho, poderíamos pensar uma “tecno-

19 LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

20 HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

21 BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Instituto Pólis, 2001. p. 11.



logia jurídica”²². Dentre as funções jurídicas destacadas por Coutinho no que concerne às políticas públicas, está justamente a de “prover arranjos institucionais ou para construir canais de *accountability* e participação”. Portanto, fica evidente o papel central das políticas públicas num Estado Socioambiental, de modo que estas políticas devem assegurar os princípios e valores socioambientais.

3.1 Elaboração de políticas públicas orientadas por cartografia social

Compreendida a estrutura do Estado Socioambiental e contexto de luta por efetividade dos direitos fundamentais em que este se insere, bem como o papel das políticas públicas nesta implementação de direitos, passamos a outra parte relevante do debate: Quais políticas públicas devem ser implementadas? Quem é o público destinatário? Quais conflitos devem ser objeto de tutela?

Retomamos neste ponto o debate estabelecido nos pontos anteriores deste trabalho acerca da injustiça ambiental. Ou seja, os danos e impactos socioambientais são distribuídos de forma desigual no espaço e entre os grupos que compõem uma sociedade. Nas palavras de Lauris, determinados grupos suportam uma parcela desproporcional das externalidades ambientais negativas resultantes da produção e de um discrepante acúmulo de poder e de riquezas²³.

22 COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de. **Política pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: UNESP.

23 LAURIS, Édis. Mobilização jurídica versus mobilização social: uma abordagem a partir da justiça ambiental. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, ano 4, p. 55-74, jul./dez. 2011.

Destacamos que, dentre os objetivos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, encontram-se, no artigo 3º, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, assim como a erradicação da pobreza. Sob a égide do ideário da justiça ambiental, esses objetivos devem ser superados também na seara das políticas públicas socioambientais. Ora, há de se considerar no planejamento das políticas públicas essas externalidades ambientais negativas do modelo de sociedade em que vivemos, para efetivamente corrigi-las, assegurando-se a dignidade humana e a igualdade material entre os cidadãos.

Bucci nos esclarece quanto às políticas públicas que “segundo uma definição estipulativa toda política pública é um instrumento de planejamento, racionalização e participação popular”²⁴. Nessa perspectiva, o gestor público deve planejar seus programas de forma racional e com participação popular para se assegurar uma política efetiva, legítima e que enfrente os desafios reais dos conflitos socioambientais.

Surgem, nesse contexto, como importante ferramenta para a superação das injustiças ambientais, as cartografias sociais, que permitem o levantamento, a partir da perspectiva dos grupos vulneráveis, dos conflitos socioambientais mais relevantes em cada território. Em um país de proporções continentais como o Brasil, é de se esperar grande diversidade de conflitos, grupos envolvidos, consequências e formas mais adequadas de resolução. Como visto, uma política pública homogênea e elaborada sem a participação desses atores corre grande risco de ineficiência.

É a partir desta percepção de que uma política pública eficaz é aquela construída de forma negociada e com participação dos grupos interessa-

24 BUCCI, Maria Paula Dallari *et al.* **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Instituto Pólis, 2001. p. 13.



dos que começa a se fortalecer o fenômeno da administração consensual²⁵. Essa transformação da atuação estatal reflete em grande medida a necessidade de ampliar a efetivação da vasta gama de direitos fundamentais, dentre os quais se inclui expressivamente o meio ambiente. Outra forma de denominar esse fenômeno é o próprio termo “governança”, que se preocupa com a transformação dos arranjos institucionais de tomada de decisão para uma maior permeabilidade à participação dos atores interessados.

Os instrumentos de participação social para construção de políticas públicas ambientais são variados: conselhos ambientais, audiências públicas, consultas públicas, acordos setoriais, *amicus curiae* etc. A cartografia social se apresenta como mais uma dessas ferramentas, com o diferencial de atuar como participação qualificada por meio do fornecimento de informações, bem como por potencializar a prevenção de danos e impactos ambientais com a produção de conhecimento.

Desse modo, uma cartografia social dos conflitos socioambientais de determinado território permite o mapeamento dos problemas mais recorrentes, dos grupos por estes atingidos, das formas eventualmente encontradas para solução etc. Ademais, possui a vantagem de ser instrumento construído com a participação desses grupos, visto que pressupõe a oitiva das populações atingidas pelos conflitos para colheita de dados. Assim, esse mapeamento será utilizado na construção das políticas públicas, orientando e racionalizando a tomada de decisão no sentido dos princípios da justiça ambiental, prevenção e participação.

25 OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303–322, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdusp/article/view/67859/70467>. Acesso em: 24 abr. 2018.

3.2 O caso do Mapa de Injustiça Ambiental e Saúde da Fiocruz

A Fundação Oswaldo Cruz (FIOCRUZ), instituição de ciência e tecnologia em saúde, realizou o mapeamento das injustiças ambientais quanto à saúde no Brasil. O trabalho, para além de mapear territórios onde existem riscos e impactos ambientais quanto à saúde das populações locais, buscou dar voz a esses grupos vulneráveis que lutam por justiça ambiental.

Segundo os autores do projeto, a elaboração de políticas públicas que não leve em conta as variáveis e demandas desses grupos, muitas vezes marginalizados e invisíveis, impede a concretização da justiça socioambiental. Nesse sentido, os objetivos fundamentais do Estado Socioambiental de Direito são atacados.

Tais objetivos são abalados quando investimentos econômicos, políticas e decisões governamentais acabam por prejudicar os direitos fundamentais de comunidades indígenas e quilombolas, agricultores familiares, pescadores artesanais, comunidades tradicionais diversas, mas também trabalhadores e moradores das cidades que vivem nas “zonas de sacrifício”²⁶.

O estudo foi elaborado a partir de dados da Rede Brasileira de Justiça Ambiental, dos Grupos de Trabalho, GT Químicos e o GT Racismo Ambiental, bem como com o material elaborado por parceiros, como grupos acadêmicos e entidades que vêm atuando nos movimentos por justiça ambiental no País. A abrangência temporal dos casos abordados é o período de 2006 a 2010. Dentre os principais dados analisados, destacam-se: o tipo de população atingida, o local do conflito, o tipo de dano à saúde, o tipo de impacto/dano ambiental, a descrição dos conflitos, as soluções buscadas e/ou aplicadas ao caso, dentre outras.

26 FIOCRUZ. **Breves considerações conceituais e metodológicas sobre o Mapa de Conflitos e Injustiça Ambiental em Saúde no Brasil.** Disponível em: <http://www.confli-toambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=metodo>. Acesso em: 17 fev. 2017.



As informações coletadas foram sistematizadas em um mapa de conflitos socioambientais no Brasil. Dentre os dados abrangidos pela cartografia destacam-se: a) distribuição dos conflitos por estado e por região; b) distribuição dos conflitos em áreas urbanas e rurais; c) populações atingidas; d) principais impactos e danos ambientais; e) principais danos e riscos à saúde; f) atividades responsáveis pelos conflitos; e g) principais parceiros e apoiadores dos atingidos. No que concerne ao último parâmetro analisado no mapeamento, “principais parceiros e apoiadores dos atingidos”, notamos que as políticas públicas e legislações ambientais representam somente 8%, ou seja, em apenas 8 de 100 casos analisados a atuação dos agentes governamentais por meio de políticas públicas ou leis ajudou a resolução dos conflitos²⁷. Há evidente descompasso dessas políticas e normativas com os desafios das populações atingidas por conflitos ambientais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como vimos, a busca da superação de injustiças ambientais demanda um olhar crítico sobre situações historicamente consolidadas, associadas a políticas públicas excludentes, que expõem as minorias a situações de vulnerabilidade em que avultam problemas ambientais. Nesse cenário, o mapeamento social é uma ferramenta importante para redesenhar a geografia das injustiças, ao trazer para o centro das discussões atores renegados. Por meio do socioambientalismo, a cartografia social se torna uma ferramenta ainda mais poderosa para a transformação social, pois, ao permitir a reconstrução dos territórios, acaba por reconstruir a própria comunidade nele inserida.

27 FIOCRUZ. **Breves considerações conceituais e metodológicas sobre o Mapa de Conflitos e Injustiça Ambiental em Saúde no Brasil.**

O artigo, portanto, procurou demonstrar como os princípios elencados em nossa carta constitucional e a salvaguarda de direitos estão diretamente relacionados com a criação de políticas públicas mais democráticas. Por fim, apresentou uma experiência bem-sucedida que pode servir de modelo para a expansão da cartografia social no País, uma vez que o movimento por justiça ambiental deve ser não apenas amplo, mas contínuo, para a formação de um legítimo Estado de Direito Socioambiental.

REFERÊNCIAS

ACSELRAD, Henri; COLI, Luis Régis. Disputas cartográficas e disputas territoriais. *In*: ACSELRAD, Henri (org.). **Cartografias sociais e território**. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro (UERJ). Instituto de Pesquisa e Planejamento Urbano Regional, 2008, p. 13-44. Disponível em: <file:///C:/Users/Bleine/Downloads/Cartografias%20Sociais%20e%20Territ%C3%B3rio.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

ACSELRAD, Henri; MELLO, Cecília Campello do Amaral; BEZERRA, Gustavo das Neves. **O que é justiça ambiental**. Rio de Janeiro: Garamond, 2009.

ALIER, Joan Martínez. **O ecologismo dos pobres**. São Paulo: Contexto, 2009.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Manifesto de Lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental**. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/destaques/item/8077-manifesto-de-lan%C3%A7amento-da-rede-brasileira-de-justi%C3%A7a-ambiental/>. Acesso em: 18 fev. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari et al. **Direitos humanos e políticas públicas**. São Paulo: Pólis, 2001. Disponível em: <http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>. Acesso em 13 dez. 2017.



CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 3. ed. rev. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. O Direito nas políticas públicas. *In*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de (org.). **Política Pública como campo multidisciplinar**. São Paulo: UNESP; FIOCRUZ, 2013, p. 181-200.

FIOCRUZ. **Breves considerações conceituais e metodológicas sobre o Mapa de Conflitos e Injustiça Ambiental em Saúde no Brasil**. Disponível em: <http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/index.php?pag=metodo>. Acesso em: 17 fev. 2017.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LACOSTE, Yves. An illustration of geographical warfare: bombing of the dikes on the red river, north Vietnam. **Antipode**, v. 5, n. 2, p. 1-13, 1973.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2010.

LAURIS, Édis. Mobilização Jurídica *versus* Mobilização Social: uma abordagem a partir da justiça ambiental. **Revista da Defensoria Pública do Estado de São Paulo**, ano 4, p. 55-74, jul./dez. 2011.

LINS, Litiane Cipriano Barbosa. Estado Socioambiental: qual a posição dos direitos fundamentais neste novo modelo estatal? **Fórum de Direito Urbano e Ambiental – FDU**, Belo Horizonte, ano 11, n. 65, set./out. 2012. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=81743>. Acesso em: 12 fev. 2017.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Ir para o índice

OLIVEIRA, Gustavo Justino; SCHWANKA, Cristiane. A administração consensual como a nova face da administração pública no século XXI: fundamentos dogmáticos, formas de expressão e instrumentos de ação. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 104, p. 303 – 322, jan./dez. 2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67859/70467>. Acesso em: 24 abr. 2018.

RAMMÊ, Rogério Santos. O desafio do acesso à justiça ambiental na consolidação de um Estado Socioambiental. **Revista Direito Público**, v. 11, n. 58, p. 183-205, 2014.

RAMMÊ, Rogério Santos; ZALAZAR, Caroline. A justiça ambiental e a sua relação com o direito socioambiental. **Justiça & Sociedade**, n. 1, p. 106-107, 2016.

SANTILLI, Juliana. **Socioambientalismo e novos direitos**: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural. São Paulo: Editora Petrópolis e ISA, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Estado socioambiental e direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 11-38.



II. CONSTITUCIONAL

[Ir para o índice](#)

Formação de mediadores nos presídios: possibilidade de remição da pena de prisão e concretização de promessas constitucionais

Formation of mediators in prisons:
possibility of redemption of the sentence
of imprisonment and concretization of
constitutional promises

PATRÍCIA MEDINA
RAYKA OLIVEIRA SOARES VALADARES

Resumo

Sobre a crise nos presídios brasileiros e objetivando avaliar a possibilidade de utilização da mediação no sistema prisional, como estratégia contributiva para concretização de promessas constitucionais e para remição da pena, a pesquisa teórica exploratória utilizou abordagem qualitativa e método indutivo ao empregar a técnica de levantamento



bibliográfico, em conjunto com a revisão bibliográfica sistemática. Dentre os achados e ao lado de outros referenciais teóricos, uma experiência bem-sucedida no México e uma pesquisa feita com 72 presos no estado do Ceará, serviram de fundamento para a conclusão e a confirmação da hipótese de viabilidade da formação e atuação de internos como mediadores nos presídios, para contribuir com a constitucionalização e humanização das condições carcerárias, bem como para remição da pena.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Mediadores. Presídios. Remição.

Abstract

About the crisis in the Brazilian prisons and aiming to evaluate the possibility of using mediation in the prison system, as a contributory strategy for the concretization of constitutional promises and for remission of sentence, the exploratory theoretical research used a qualitative approach and inductive method when using the technique of bibliographical review, together the systematic bibliographic review. Among the findings and alongside other theoretical references, a successful experience in Mexico and a survey done with 72 prisoners in the state of Ceará served as basis for the conclusion and confirmation of the hypothesis of viability of the formation and performance of inmates as mediators in prisons, to contribute to the constitutionalization and humanization of prison conditions, as well as to the remission of the sentence.

Keywords: Unconstitutionality. Mediators. Prisons. Redemption.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

As recentes cenas de brigas entre facções criminosas e o extermínio de dezenas de presos vistos em rebeliões, no início de 2017, nos presídios dos estados brasileiros do Amazonas, Rondônia e Rio Grande do Norte, desenharam o preocupante e o velho cenário de crise no sistema prisional do Brasil.

De acordo com o mais recente Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)¹, realizado, em 2014, pelo Ministério da Justiça, a população prisional brasileira chegou a 607.731 presos. Esses dados revelam que, nos últimos 24 anos, houve um aumento de 575% do número de presos no Brasil. A partir de 2000, um crescimento médio de 7% ao ano, ou total de 161% (2000-2014), contra um aumento médio de 1,1%, ou total de 16% da população brasileira, representando um descompasso dez vezes maior da população carcerária. O Brasil é o quarto país no mundo com maior população prisional, ficando atrás dos Estados Unidos, da China e da Rússia. Entretanto, o Brasil só aumenta o ritmo do encarceramento, enquanto os demais retraem suas taxas.

A disparidade entre a capacidade instalada e o número de presos resulta no fenômeno usualmente denominado superlotação dos presídios, a qual somada a outros problemas agravam os conflitos internos, envolvendo presos, administradores, agentes penitenciários e até visitantes. Além de tornarem mais distante o ideal de cumprimento digno da pena de prisão diante das flagrantes lesões a direitos humanos e fundamentais que acarretam ambientes permanentemente adversariais e bélicos, dominados pela atuação de facções criminosas.

1 BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Jun. 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2017.



Nesse cenário complexo, serão necessárias várias frentes de trabalhos e estratégias para superar a crise do sistema prisional no Brasil. E o objetivo primário deste estudo foi exatamente encontrar alguma estratégia de política pública que auxiliasse o Estado a conter os conflitos internos, evitando massacres como os recém-noticiados. E ao mesmo tempo colaborasse na promoção da concretização de promessas constitucionais.

Este trabalho tem como tema a *Humanização nos presídios pela mediação*. Analisará as condições dos atores penitenciários e em que medida essas condições se tornam inconstitucionais; posteriormente, serão analisadas as possibilidades legais e fáticas de implementação da mediação nos presídios brasileiros como estratégia de concretização de promessas constitucionais e forma de remição da pena de prisão. O estudo de viabilidade econômica não constitui parte deste recorte. A questão problema da pesquisa é: São viáveis a formação e a atuação de mediadores presidiários como concretização de promessas constitucionais e forma de remição da pena? A hipótese provável é que a legislação e o atual contexto carcerário permitam a implantação da mediação nos presídios.

Para alcançar o objetivo de avaliar a possibilidade de utilização da mediação no sistema prisional como estratégia para concretização de promessas constitucionais e para remição da pena imposta aos reclusos, a pesquisa teórica exploratória utilizou abordagem qualitativa e método indutivo ao empregar a técnica de levantamento bibliográfico, em conjunto com revisão bibliográfica sistemática. Esta realizada nas seguintes bases eletrônicas: SciELO², Portal de Periódicos da Capes/MEC³, Estudo

2 SciELO – Scientific Electronic Library. Disponível em: <http://www.scielo.org/php/index.php>. Acesso em: 16 fev. 2017.

3 Portal de Periódicos CAPES/MEC. Disponível em: <http://www.periodicos.capes.gov.br/>. Acesso em: 16 fev. 2017.

Geral – Repositório Digital da Universidade de Coimbra⁴ – Repositório Científico de Acesso Aberto em Portugal (RCAAP)⁵ e Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações (BDTD)⁶. As palavras-chave utilizadas foram: mediação, presídios, prisões, remição.

Como resultado da revisão sistemática de literatura, no Repositório Científico de Acesso Aberto em Portugal e na Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações foi localizado o único, e coincidentemente o mesmo, trabalho que tratava da mediação dentro dos presídios realizada pelos próprios internos e nenhum artigo sobre a possibilidade de remição da pena em decorrência da prestação desse serviço. O que indica a necessidade de avaliar melhor esse segundo aspecto. A mesma dissertação encontrada nos dois repositórios digitais foi defendida por Francisco Willian Lopes Rodrigues, orientado pela professora doutora Lília Maia de Moraes Sales, perante banca da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), em junho de 2014, com o título *Mediação prisional é possível?* A par de outros referenciais teóricos, os dados, os relatos e as inferências empíricas nela contidos foram utilizados adiante para perscrutar a viabilidade fática da mediação nos presídios, a partir da própria percepção e reação dos presos, uma vez que traz dados empíricos da experiência exitosa ocorrida no Centro de Readaptação Social Cereso Hermosillo I, na cidade de Sonora, no México, e da pesquisa de campo feita pelo autor com 70 presos em estabelecimentos prisionais do estado do Ceará, mediante entrevista semiestruturada.

4 Estudo Geral – Repositório Digital da Universidade de Coimbra. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/jspui/?locale=pt>. Acesso em: 16 fev. 2017.

5 Repositório Científico de Acesso Aberto em Portugal. Disponível em: <http://www.rcaap.pt/results.jsp>. Acesso em: 16 fev. 2017.

6 Biblioteca Digital Brasileira de Teses e Dissertações. Disponível em: <http://bdtbd.ibict.br/vufind/>. Acesso em: 16 fev. 2017.



1. A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL DO BRASIL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Os últimos acontecimentos em presídios brasileiros do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte apenas trazem para o centro das discussões sociopolíticas o velho problema fenomenológico da vida degradante dos encarcerados.

César Barros Leal conheceu pessoalmente inúmeros estabelecimentos prisionais da América Latina. Observou que há variados obstáculos para uma execução da pena mais humana e otimizada, como a falta de vontade pública, a superpopulação, a ênfase na ordem e na disciplina, a tendência à severidade na execução. Para consolidar a visão que obteve nessas expedições, propôs uma viagem virtual ao submundo do cárcere. Como se condenado fosse e assim descreve ⁷

Se não tiver a sorte [...] cruzarei provavelmente as portas de um estabelecimento descrépito, superlotado, promíscuo, onde, sobre a vigilância de pessoas habitualmente sem preparação e corrompidas, serei somente um algarismo um João-ninguém, e vegetarei sem tratamento individualizado (o que simboliza a falência do sistema), desprovido de adequada assistência material, médica, social, religiosa e jurídica, sem trabalho, sem ter acesso a qualquer atividade educativa, sem direito a remir a pena, sem separação dos presos iracundos, pervertidos, homicidas, sequestradores, estupradores, delinquentes de luva e colarinho branco, usuários e traficantes de drogas, numa mistura flagrantemente contrária às leis (idílicas, a

⁷ LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos**: viagem pelos caminhos da dor. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 133-138.

juízo de Elias Neuman), cuja invocação é risível por sua clamorosa inoperância. [...] compartilharei com um dos dois preso no espaço úmido, infecto, ou me colocarão numa cela múltipla, com uma única latrina, junto com uns trinta a quarenta homens, alguns noviços no delito, outros reincidentes, forçados a alternar-se, a ficar em redes ou amarrar-se às grades para poderem dormir [...] Se tiver sorte, meus companheiros de cela não padeceram de ataques epiléticos, não terão lepra, sífilis, tifo (a antiga febre carcerária), rubéola, sarampo, micose, varicela, hepatite C, diarreia, gonorreia ou cancro, nem serão tuberculosos pulmonares ou alienados mentais. [...] Se tiver sorte, não serei escolhido para dar minha própria vida na macabra *loteria da morte*, que, em sinal de protesto, se efetua pelas más condições do cárcere ou como um mero pretexto para o ajuste de contas entre membros de bandas delitivos. [...] Se tiver sorte, não terei que ceder minha mulher ou minha filha donzela, no dia de visita, ao líder da cela, da rua ou do pavilhão, sob ameaça de represálias que poderão atingir minha família, já vitimizada pela desproteção à que se expôs com meu encarceramento, posto que fiquei impossibilitado de contribuir par ao magro orçamento doméstico.

Por óbvio que essas circunstâncias violam flagrantemente direitos fundamentais pautados na dignidade da pessoa humana, como saúde, educação, honra, privacidade, segurança, alimentação, moradia, dentre outros garantidos pela Constituição Federal de 1988. A superlotação, o clima de guerra, as torturas, os maus tratos, as violências sexuais, a precariedade da alimentação e da assistência médica, a lei do silêncio e tantos outros abusos contrariam vários dispositivos constitucionais e internacionais. Por essa ótica, as condições de vida nos nossos presídios são materialmente



inconstitucionais e inconventionais, por violarem preceitos constitucionais e internacionais, apesar da presumida competência de quem determina e executa as prisões, e da regularidade formal dos procedimentos realizados.

Luís Roberto Barroso explica que inconstitucionalidade formal ocorre quando o ato legislativo contraria a competência ou o procedimento para entrar no mundo jurídico; e a inconstitucionalidade material, quando houver desrespeito a alguma norma substantiva da constituição, seja uma regra ou um princípio⁸. Embora a doutrina se refira a atos legislativos infraconstitucionais, podemos ampliar essa visão e começar a considerar constitucionalidade, ou não, das situações, das realidades analisadas. Afinal, como pensa Paulo Bonavides, o objetivo é “fazer das instituições e do regime político instrumento de garantia e realização dos direitos humanos e não, como sói acontecer nos organismos totalitários, técnica que reduz o homem a meio e não fim”⁹.

O Brasil possui uma extensão continental marcada por contradições e desigualdades socioeconômicas que levam grande parte de sua população a viver em condições precárias. Esse viver indigno de muitos se estende aos estabelecimentos prisionais públicos, que retiram muito mais do que a liberdade dos presos. E em muitos lugares não se sabe ao certo o que é menos humano ou inconstitucional: estar dentro ou fora dos presídios.

Especialista em direitos humanos da Organização das Nações Unidas, Juan E. Méndez, divulgou relatório, em março de 2016, da sua visita a estabelecimentos prisionais do Brasil. Reconheceu os avanços significati-

8 BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 48.

9 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 305.

vos no trato da tortura, como as audiências de custódia, mas denunciou que a prática ainda é frequente assim como os maus-tratos, apontando ainda um “racismo institucional” ao constatar que quase 70% dos presos são negros ou mulatos. Diante de um sistema marcado pela superlotação endêmica, com tratamento cruel, desumano e degradante, o relator especial encorajou o governo brasileiro a reduzir a população carcerária ao invés de aumentar o número de presídios, além de sugerir a reforma da lei de tráfico de drogas. Ressaltou que a superlotação severa leva a condições caóticas pela precariedade de acesso à comida, água, defesa legal, assistência médica, apoio psicológico, oportunidades de educação e trabalho, assim como banho de sol, ar fresco e recreação¹⁰.

Uma das maiores especialistas em sistemas prisionais do mundo, a norte-americana Ashley Lucas, alerta que o Brasil, assim como os Estados Unidos da América (EUA), tem encarcerado muitas pessoas, notadamente jovens, pobres, sem educação e os de pele escura, negando-lhes direitos humanos básicos. Defende que se não temos condições de oferecer prisões limpas, seguras e sem aglomerações, devemos libertar pessoas. As soluções que apresenta são enfatizar a humanidade de cada pessoa, superar as desigualdades sociais que mais provocam crimes, gastar nosso dinheiro em saúde e educação, evitar levar às prisões quem comete delitos menores ou quem precisa de tratamento de drogas e álcool¹¹.

10 MÉNDEZ, Juan E. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil: comments by the State. **Thirty-first session of Human Rights Council**. United Nations General Assembly. Geneva, 03 mar. 2016. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.57.Add.6_E.docx&action=default&DefaultTitleOpen=1. Acesso em: 19 fev. 2017.

11 LUCAS, Ashley. Especialista fala sobre crise no sistema prisional brasileiro. **Correio Popular**. São Paulo, 21 jan. 2017. Disponível em: http://correio.rac.com.br/conteudo/2017/01/campinas_e_rmc/465935-especialista-fala-sobre-crise-no-sistema-prisional-brasileiro.html. Acesso em: 17 fev. 2017.



A visão da autora de que o Estado é responsável por garantir requisitos mínimos de dignidade aos presos foi ratificada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252, em 16 de fevereiro de 2017, no qual foi reconhecida repercussão geral da temática e declarado que o sistema normativo impõe ao Estado o dever de manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade, sob pena de responder pela “obrigação de ressarcir os danos, até mesmo morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento”¹².

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal quebra o que Leal denomina pacto do silêncio, de conviência e de indiferença. Para o autor, ignora-se o visível, o ostensivo. Apenas de vez em quando rebeliões e tragédias, como a de Carandiru, chamam a atenção da mídia para as asperezas dos cárceres, gerando expectativas de mudanças nos mais ingênuos. Exaurido o efêmero interesse na realidade prisional, tudo volta como era antes. Entretanto, observam-se avanços substanciais ao longo do tempo, fortalecidos pelo movimento internacional de defesa dos direitos humanos do preso¹³. O reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal do dever estatal de assegurar ambiente adequado aos presos, e das obrigações consecutórias, está alinhado ao posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos:

159. Uma das obrigações que o Estado inevitavelmente deve assumir em sua posição de garante, com o objetivo

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 580.252**. Tema de Repercussão Geral n.º 365. Requerente: Anderson Nunes da Silva. Requerido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, julgado em 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>. Acesso em: 18 fev. 2017.

13 LEAL, César Barros. **Justiça restaurativa**: amanhecer de uma nova era. Curitiba: Juruá, 2014. p. 121-122.

de proteger e garantir o direito à vida e à integridade pessoal das pessoas privadas de liberdade, é a de assegurar a estas as condições mínimas compatíveis com sua dignidade enquanto permanecem nos centros de detenção, como já afirmou a Corte (pars. 151, 152 e 153 supra). Em igual sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que: segundo [o artigo 3 da Convenção Europeia], o Estado deve assegurar que uma pessoa esteja detida em condições que sejam compatíveis com o respeito à sua dignidade humana, que a maneira e o método de exercer a medida não lhe submeta a angústia ou dificuldade que exceda o nível inevitável de sofrimento intrínseco à detenção e que, dadas as exigências práticas do encarceramento, sua saúde e bem-estar estejam assegurados corretamente, oferecendo-lhe, entre outras coisas, a assistência médica requerida¹⁴.

Nesse sentido, Rodrigues pondera que se o Brasil elegeu a dignidade da pessoa humana como fundamento, a negligência de direitos basilares pelo próprio Estado o coloca na posição de infrator e descumpridor oficial da Constituição Federal, de 1988, fato que se constitui em atentado à democracia e denota o abismo que ainda existe entre o reconhecimento desse fundamento constitucional e a prática adotada nos presídios. E arremata afirmando que o sistema carcerário brasileiro “é a mais pura exemplificação da previsão e não concretização da dignidade humana pelo Estado”, gerando aflições de todas as ordens e fracassando em sua missão de garantir a manutenção da ordem pública e da paz social¹⁵.

14 BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça; Comissão de Anistia; Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos** Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. p. 68. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por2.pdf>. Acesso em: 18 fev. 2017.

15 RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. p. 38-41.



Apesar da presumida constitucionalidade formal dos processos que levaram aqueles sujeitos à prisão, há um estado de inconstitucionalidade material permanente nos presídios do Brasil, pela reiterada violação da dignidade humana, em seus mais variados matizes.

2. A CONCRETIZAÇÃO DE PROMESSAS CONSTITUCIONAIS: VIABILIDADE DA IMPLANTAÇÃO DA MEDIAÇÃO NOS PRESÍDIOS BRASILEIROS, A PARTIR DA EXPERIÊNCIA NO MÉXICO E DE PESQUISA DE LEVANTAMENTO NO ESTADO DO CEARÁ

O preâmbulo e o artigo 3º da Constituição Federal, de 1988, proclamam o ideal de construir uma sociedade fraterna, pluralista, sem preconceitos, livre, justa, solidária e comprometida com a solução pacífica das controvérsias, para promover o bem de todos, sem discriminação¹⁶.

Ao contrário do que muitos pensam, os presos não estão excluídos da sociedade, mas são frutos dela e a integram, ainda que temporariamente segregados numa coletividade isolada e fechada. Mas todos fazem parte da mesma sociedade estatal a que pertencem. As ações ou omissões de todos os integrantes, fora ou dentro dos presídios, intercomunicam-se direta ou indiretamente. Essa interdependência fica evidente quando lembramos que quase a totalidade dos que vivem a experiência social do cárcere retorna para a sociedade aberta como criminoso muito mais requintado.

A experiência funciona como uma espécie de universidade do crime, que treina esses homens, esquecidos e maltratados, a devolverem para o

¹⁶ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

círculo social originário toda a força de seu ódio e da revolta pelo sucateamento da sua dignidade. Cometem novos crimes e regressam ao cárcere, num movimento que contribui para o aumento exponencial da população carcerária, a qual acaba por ser controlada por facções criminosas, diante da dificuldade de controle estatal, impossibilitando que esses reeducandos retornem à liberdade como pessoas melhores e equilibradas.

Leal adverte que a cegueira e a inação do Estado ao fazer dos cárceres uma lixeira de pessoas deixam na vida destas marcas difíceis de serem apagadas. Afirma que esse discurso de ressocialização, nessas condições, não passa de um mito inalcançável, conforme pensa a quase totalidade dos penitenciários¹⁷. Para que a pena possa cumprir sua função reeducadora, Rodrigues menciona os sete princípios fundamentais de Foucault¹⁸: princípio da correção (foco na transformação e recuperação do condenado); princípio da classificação (triagem dos detentos pela gravidade penal dos atos praticados, pela idade, pelas habilidades e pelas técnicas de correção); princípio da modulação das penas (flexibilização das penas segundo as individualidades de cada um, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas); princípio do trabalho como obrigação e como direito (o trabalho deve ser considerado essencial para a transformação e a socialização progressiva dos detentos); princípio da educação penitenciária (a educação do preso deve ser precaução indispensável no interesse da sociedade e obrigação do Estado); princípio do controle técnico da detenção (deve contar com pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos); princípio das

17 LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à luz dos Direitos Humanos**: viagem pelos caminhos da dor. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2012. p. 334.

18 FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhet. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.



instituições anexas (acompanhamento de medidas de controle e apoio durante a execução da pena até a readaptação definitiva do apenado)¹⁹.

Dentre as promessas constitucionais, destacam-se o bem-estar e a paz social como sendo o resultado do atendimento mínimo de todos os demais direitos fundamentais. A ideia de implantação da mediação nos presídios públicos brasileiros objetiva fomentar a concretização possível das promessas constitucionais de paz social, da fraternidade, da justiça, da dignidade, apesar do paradigma da guerra e da luta pela sobrevivência que vivenciam.

Segundo Valéria Lagrasta, a mediação é o processo por meio do qual um terceiro facilitador busca restabelecer o diálogo entre os envolvidos e criar condições necessárias para que eles próprios encontrem a solução de seus conflitos, redundando em maior responsabilidade e comprometimento no cumprimento do acordo. A mediação visa à resolução da “lide sociológica”, que reflete os reais interesses e necessidades das partes por trás do conflito aparente apresentado²⁰. Propõe-se desenvolver competências dialógicas e transformativas que enfraqueçam a hostilidade e fomentem a cultura de paz, pela redução dos conflitos internos e de suas nefastas conseqüências, como homicídios, torturas, suicídios, lesões corporais, violências sexuais. A adequada formação e a atuação dos mediadores tendem a trazer empoderamento e autonomia aos envolvidos na prevenção e na solução de suas divergências, até mesmo habilitando os sujeitos a expressarem adequadamente suas necessidades mínimas de vida digna, sensibilizando-os da importância da cooperação,

19 RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. p. 62.

20 LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Conciliação e mediação: por que diferenciar? Conciliação brasileira. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta (org.). **Conciliação e Mediação**: ensino em construção. São Paulo: IPAM, 2016, p. 233-245.

da alteridade, da visão positiva do conflito, do respeito aos direitos humanos, do estudo, do trabalho, da paz, dentre outros valores.

Promover e construir a paz vão além de evitar a violência. Demandam tempo e se baseiam na transformação das relações, das estruturas sociais, dos pensamentos e das atitudes de um grupo social²¹. Significa construir pontes, reaproximar pessoas, conviver com a diversidade, manter um diálogo colaborativo, enxergar os problemas acima dos interesses individuais e encontrar a paz interior.

A mediação transformativa desenvolvida na Universidade de Harvard tem objetivo e ferramentas eficazes para modificar pessoas, para promover a revalorização pessoal e o reconhecimento da legitimidade do outro. Portanto, a mediação é uma possibilidade, e não uma finalidade, em si mesma, concentra-se nas alterações de caráter e nas inter-relações entre os indivíduos para solucionar problemas e também propiciar a boa administração de conflitos no futuro²². Daniela Gabbay esclarece que na Escola Transformativa o foco está mais no processo do que no resultado. Nela, os problemas são vistos como oportunidades de crescimento, tanto na esfera do autoconhecimento como no reconhecimento da importância do outro²³.

21 RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. p. 97.

22 SALES, Lilia Maia de Moraes. A cultura de paz internacional – a transformação de conflitos, a construção de consenso e a mediação de conflitos – interface. In: BACELLAR, Roberto Portugal; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta (org.). **Conciliação e Mediação: ensino em construção**. São Paulo: IPAM, 2016, p. 384-386.

23 GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário**. Coleção MASC (meios alternativos de solução de conflitos). GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kasuo (coord.). São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.



A questão é saber se esse instituto consensual teria sucesso na realidade caótica dos presídios. Segundo o professor Juan Carlo Vezzulla²⁴, dentre as experiências de mediação em presídios que conheceu, a mais exitosa foi a aplicada no Centro de Reinserção Social (CERESO) da cidade de Hermosillo I, no estado de Sonora, no México. O projeto começou com cartazes, palestras e aulas sobre o tema, com “abordagem pacífica dos conflitos pela cooperação e pelo respeito, de reconhecimento e de responsabilidade e, em definitivo, o conceito de participação responsável como forma de inter-relação e convívio”. Em razão do crescente interesse dos presos, passaram a exibir peças de teatro e a formar mediadores, e criaram um ambiente adequado para realizar as mediações²⁵.

Rodrigues relata que nessa experiência mexicana, ocorrida em 2005 e comandada por Janvier Vidargas Robles, o presídio contava com 5.000 homens reclusos e havia constantes brigas entre os presos, com um homicídio por semana. Com a parceria entre a administração do CERESO Hermosillo I, o Instituto de Mediación de México e a Universidad de Sonora, o projeto de formação de mediadores foi implantado em quatro etapas: seleção; formação; supervisão; e difusão. O treinamento durava seis meses (200 horas-aula). Foi possível a capacitação de cinco mediadores por pavilhão, com resultados muito satisfatórios. Após o segundo ano de execução do projeto, não se registrou nenhuma morte como resultado de conflitos, e houve redução de 90% dos pedidos e dos problemas que geravam feridos e mortos²⁶.

24 Psicólogo, Mestre em Serviço Social, Doutor em Direito e Sociologia. Co-fundador e Presidente Científico dos Instituto de Mediação e Arbitragem do Brasil e Portugal. Formador de mediadores nos países do Brasil, Argentina e na África. Consultor em Mediação da ONU, PNUD e da União Europeia e com literaturas publicadas na área da Mediação.

25 VEZZULLA, Juan Carlo. **Mediação de conflitos nas prisões**. 2009. Disponível em: <http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2009/06/artigo-mediacao-de-conflitos-nas.html>. Acesso em: 19 fev. 2017.

26 RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. p. 121.

Ademais, as autoridades responderam positivamente aos pedidos dos internos, implementando melhorias importantes, como a qualidade da alimentação; eliminação de privilégios entre os presos; eventos culturais; atividades acadêmicas, profissionais e desportivas, até uma fábrica de produtos para exportação. O projeto permitiu o desenvolvimento da técnica de mediação fora das prisões, potencializou a reintegração dos presos, reduziu a população carcerária, provavelmente pela redução da reincidência²⁷.

A pesquisa de campo conduzida por Rodrigues foi instrumentalizada por meio de observação e de entrevista semiestruturada dirigidas a 72 presos – homens e mulheres — de estabelecimentos prisionais do estado do Ceará. Para o estudo, formularam-se cinco perguntas básicas: 1ª. Existem conflitos entre as pessoas no sistema carcerário?; 2ª. Como são solucionados esses conflitos; 3ª. Existindo uma técnica que se utiliza do diálogo para solução dos conflitos, seria possível aplicá-lo para solução dos conflitos?; 4ª. Quem poderia atuar como mediador?; e 5ª. Um interno ou seria necessária uma pessoa que não fosse interna?²⁸.

A síntese das respostas foram as seguintes: 1ª. Por unanimidade: “há muitos conflitos entre os presos”; 2ª. Por unanimidade: “com uso de violência”; 3ª. Por maioria: “não acabaria, mas reduziria”; 4ª e 5ª. Por unanimidade: “um interno(a) mais experiente no sistema”. O pesquisador percebeu que os(as) internos(as) anseiam por mudanças e que as principais causas de conflitos eram: ociosidade, falta de renda econômica, desinformação sobre o andamento dos processos; baixa escolaridade e expectativa de vida; ausência da família; autopreservação; alimentação;

27 RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. p. 120-122.

28 RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. p. 110-114.



agressões físicas; dívidas por comida, cigarros e drogas; infringência ao código de ética interno, como delação e desrespeito às visitas íntimas²⁹.

Ao final, o pesquisador concluiu que os conflitos são frequentes e, impulsionados por diversas causas, produzem resultados que vão desde simples discussões até homicídios. A técnica da mediação foi aparentemente bem aceita, e os internos preferem que o mediador seja um deles. Pontuou que a simples exclusão dos delinquentes do convívio social não acaba com a violência, ao contrário, o sistema fomenta seres cada vez mais violentos. Arrematou dizendo que “a mediação nos presídios do Ceará era possível, com vista à redução de conflitos, diminuição da violência e promoção da paz”³⁰.

3. A FORMAÇÃO DE MEDIADORES PRESIDÁRIOS E A POSSIBILIDADE DE REMIÇÃO DA PENA DE PRISÃO

Confirmada pelas pesquisas mencionadas, pelos fundamentos da mediação transformativa e pela experiência profissional, tendo em vista responder à questão-problema, esta seção apresentará alternativas à implementação nos presídios brasileiros de um processo sistemático de formação de mediadores e a possibilidade de remição da pena.

A experiência mexicana ratifica que a participação de órgãos da sociedade civil e de instituições educacionais oficiais é de extrema valia na formação dos mediadores, pois traz credibilidade acadêmica e mensagem fraterna de que a sociedade civil se importa com o bem-estar dos indivíduos segregados. Esses órgãos ficariam responsáveis pelos instrutores,

29 RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. p. 110-114.

30 RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. p. 135.

para ministrarem aulas por videoconferências e/ou presenciais, a título gratuito ou com valor simbólico, a fim de que esse quesito não se torne empecilho para implantação do projeto.

A pesquisa realizada no estado do Ceará e o sucesso do projeto na cidade de Sorona indicam que os próprios internos devem ser os mediadores, dentre os mais experientes e com perfil para o exercício da função, identificados por meio de avaliações e entrevistas profundas. Seria interessante e democrático que eles mesmos fizessem uma pré-seleção, indicando em votação eletrônica os nomes daqueles que consideram preencher os requisitos previamente divulgados pela comissão avaliadora. Essa iniciativa de democracia participativa estimularia a aceitação dos escolhidos e o empoderamento dos sujeitos.

Muito importante que o ambiente do curso e das mediações seja adequado ao diálogo e à cooperação. Preferencialmente com mesas redondas, em local arejado e calmo, para que as pessoas possam dialogar com tranquilidade. A carga horária do curso teórico-prático, com estágio supervisionado, a exemplo do México, não deveria ser menor do que 200 horas-aula, com encontros semanais, para permitir ampla divulgação e melhor reflexão. Recomendável que no estágio supervisionado o cursista desempenhe as funções progressivas de observador, comediador e mediador, de modo a desenvolver progressivamente a segurança e a autonomia.

A outra parte da questão é saber se é possível remir a pena pelos estudos. Antes de 2011 não era possível, por ausência de previsão legal. Mas a nova redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011, ao artigo 126 da Lei de Execuções Penais permite a remição, conceituada por Válter Kenji Ishida como “a diminuição do tempo de pena privativa de liberdade, cumprida em regime fechado ou semi-aberto e em certo caso (estudo) em livramento condicional, pela realização de trabalho ou de estudo pelo



sentenciado”³¹. Na proporção de um dia para cada 12 horas de frequência escolar, divididas, no mínimo, em três dias. Ou um dia de remição para cada três dias de trabalho. O estudo pode ser em ensino fundamental, médio, até mesmo profissionalizante, superior e de requalificação profissional, nos termos do parágrafo 2º do artigo 126 da Lei de Execuções Penais. Discute-se ainda se leituras e resenhas de livros podem ser consideradas no cômputo da remição. Guilherme Nucci esclarece que o condenado deve cumprir as seguintes cargas horárias que permitem a utilização do instituto: 6 a 8 horas de trabalho por dia; 4 horas de estudo por dia³².

Assim, como o curso é profissionalizante e se for certificado por órgão integrante do sistema educacional, é perfeitamente legal e viável a aludida remição, quer na modalidade presencial e/ou à distância, desde que ofereça uma carga horária mínima de 4 horas diárias. A atuação do mediador também poderá ser considerada como trabalho e ser registrada em livros, e nada impede que os acordos sejam reduzidos a termo. Essa iniciativa poderá contribuir para a redução da população carcerária e dos gastos correspondentes, além da promoção intelectual, profissional e humanística do mediador presidiário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da experiência mexicana e da pesquisa desenvolvida no estado do Ceará, analisadas sob os pressupostos teóricos apresentados, confirma-se a hipótese sobre a viabilidade da formação e a atuação de internos como mediadores nos presídios, de modo a contribuir para a hu-

31 ISHIDA, Válter Kenji. **Prática Jurídica de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 270.

32 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 992.

manização da execução da pena, a consolidação da cultura da paz, a redução de mortes e lesões corporais, a reintegração mais favorável na sociedade livre, a melhoria das condições carcerárias, a competência dialógica, enfim, contribuir para a constitucionalização das condições carcerárias, por meio do respeito e da promoção da dignidade da pessoa humana.

A expectativa é a de que ao aperfeiçoar a comunicação dos presos entre si e com os agentes penitenciários, expondo suas necessidades de forma adequada e sendo ouvidos com mais respeito, possa haver melhorias significativas na alimentação, segurança, saúde, assistência jurídica, trabalho, cultura, esporte, educação. De modo que efetivamente se possa reeducar os criminosos, devolvendo à sociedade livre pessoas melhores do que as que entraram nas prisões e concretizando promessas constitucionais de vida digna, dentro e fora das prisões.

Outro ponto importante nessa promoção humanística é a viabilidade legal de remição da pena de prisão pelo estudo no curso de formação de mediadores e pelos dias de serviços prestados à coletividade carcerária na pacificação de conflitos. Possibilidade que promove ascensão intelectual, profissional e humanística do mediador, além de permitir a redução do tempo de cumprimento da pena, com retorno mais rápido desse sujeito para sua família e seu habitat, até mesmo com redução de gastos públicos.

Sem esquecer que, nos termos ressaltados por Dayse Braga Martins e Maria do Carmo Barros, “a mediação [também] é meio concreto de efetivação do acesso à justiça e da inclusão e pacificação social”³³, constituindo-se em caminho que auxilia na concretização de várias promessas constitucionais.

33 MARTINS, Dayse Braga; BARROS, Maria do Carmo. A mediação judicial como instrumento de efetivação do acesso à Justiça no Estado do Ceará. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; *et. al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. Fortaleza: Premium, 2014. v. 2. p. 435-460. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.2.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2017.



REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **O controle da constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 29. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Jun. 2014. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/noticias/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: 16 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n.º 580.252**. Tema de Repercussão Geral n.º 365. Requerente: Anderson Nunes da Silva. Requerido: Estado do Mato Grosso do Sul. Relator para o acórdão: Min. Gilmar Mendes. Brasília, DF, julgado em 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2600961>. Acesso em: 18. fev. 2017.

BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça; Comissão de Anistia; Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília, DF: Ministério da Justiça, 2014. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/por2.pdf>. Acesso em: 18. fev. 2017.

Ir para o índice

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Tradução de Raquel Ramalhete. 29. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**: condições, desafios e limites para a institucionalização da mediação no judiciário. São Paulo: Gazeta Jurídica, 2013.

LEAL, César Barros. **Execução Penal na América Latina à Luz dos Direitos Humanos**: viagem pelos caminhos da dor. 2. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

LEAL, César Barros. **Justiça restaurativa**: amanhecer de uma nova era. Curitiba: Juruá, 2014.

LUCAS, Ashley. Especialista fala sobre crise no sistema prisional brasileiro. **Correio Popular**. São Paulo, 21 jan. 2017. Disponível em: http://correio.rac.com.br/conteudo/2017/01/campinas_e_rmc/465935-especialista-fala-sobre-crise-no-sistema-prisional-brasileiro.html. Acesso em: 17 fev. 2017.

LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta. Conciliação e mediação: por que diferenciar? Conceituação brasileira. *In*: BACELLAR, Roberto Portugal; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta (org.). **Conciliação e Mediação**: ensino em construção. São Paulo: IPAM, 2016, p. 233-245.

ISHIDA, Válder Kenji. **Prática Jurídica de Execução Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MARTINS, Dayse Braga; BARROS, Maria do Carmo. A mediação judicial como instrumento de efetivação do acesso à Justiça no Estado do



Ceará. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; *et. al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 2. Fortaleza: Premium, 2014, p. 435-460. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.2.pdf>. Acesso em: 19 fev. 2017.

MÉNDEZ, Juan E. Report of the Special Rapporteur on torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment on his mission to Brazil: comments by the State. **Thirty-first session of Human Rights Council**. United Nations General Assembly. Genebra, 03 mar. 2016. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/_layouts/15/WopiFrame.aspx?sourcedoc=/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session31/Documents/A.HRC.31.57.Add.6_E.docx&action=default&DefaultItemOpen=1. Acesso em: 19 fev. 2017.

RODRIGUES, Francisco Willian Lopes. **Mediação Prisional é possível?** 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2012. 162 f. Disponível em: <http://www.rcaap.pt/results.jsp>. Acesso em: 16 fev. 2017.

SALES, Lilia Maia de Moraes. A cultura de paz internacional – a transformação de conflitos, a construção de consenso e a mediação de conflitos – interface. *In*: BACELLAR, Roberto Portugal; LUCHIARI, Valéria Ferioli Lagrasta (org.). **Conciliação e Mediação**: ensino em construção. São Paulo: IPAM, 2016, p. 371-393.

VEZZULLA, Juan Carlo. **Mediação de conflitos nas prisões**. Disponível em: <http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2009/06/artigo-mediacao-de-conflitos-nas.html>. Acesso em: 19 fev. 2017.

Dano existencial como ofensa aos Direitos Humanos do trabalhador

Existential damage as an offense
to the Human Rights of the worker

**SARAH ARAÚJO FERREIRA
THIAGO PACHÊCO SANTOS GIL ALVES
ANGELA ISSA HAONAT**

Resumo

O presente artigo tem como objetivo trazer à baila o dano existencial: suas considerações, características, seu fundamento jurídico e seu embasamento teórico, bem como observar a presença do dito dano na prática trabalhista. A metodologia usada neste trabalho foi a qualitativa, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, logo com uso de documentos, livros, revistas *online* e fontes jurídicas – como jurisprudência, doutrina e códigos, no sentido literal da expressão. Embora o foco do trabalho seja dano existencial, faz-se necessária uma expansão do estudo, para possibilitar uma melhor explanação, bem como uma conceituação e alicerce teórico sólido. Por isso, também se estudou um pouco mais de outros



tipos de danos e suas qualificações, além da dignificação humana e responsabilidade civil. Dessa forma, é possível afirmar que o dano existencial, mesmo sendo um tanto quanto hodierno, pode ser juridicamente debatido e pleiteado.

Palavras-chave: Dano Existencial. Direitos Fundamentais. Direito Trabalhista. Dignidade do trabalhador. Direitos Humanos.

Abstract

This article aims to bring up the existential damage: its considerations, characteristics, its legal basis and its theoretical basis, and also note the presence of said damage in labor practice. The methodology used in this study was qualitative, a bibliography search, with use of documents, books, online magazines, and legal sources - such as jurisprudence, doctrine and codes, in the literal sense of the expression. Although the focus of this work is existential damage, it's necessary an expansion of the study to enable a better explanation and a sound theoretical foundation, and a good conceptualization. So also we studied a little more other types of damage and their qualifications, as well as human dignity and civil liability. Thus, we can say that the existential damage, even if somewhat recent today's, can be legally discussed and and can be legally claimed.

Keywords: Existential Damage. Fundamental Rights. Labor Law. Dignity of the Worker. Human Rights.

[Ir para o índice](#)

INTRODUÇÃO

O manifesto artigo tem como alvo principal o esclarecimento sobre um novo tipo de dano, recentemente identificado e aplicado pela jurisdição brasileira, qual seja, o dano existencial sobre o prisma do Direito Trabalhista. Este tipo de dano se configura não somente nos bens materiais do indivíduo, mas principalmente em seu psicológico, em seu desenvolvimento enquanto ser humano pessoal e social.

O Dano Existencial, uma vertente do dano moral mais voltado para o direito do trabalhador, teve sua caracterização tardia. Foi em solo italiano, especificamente, que ocorreu o surgimento deste, configurando-o como um dano que fere diretamente os direitos fundamentais do homem, de modo a gerar efeitos negativos e afetar sua esfera social, consequentemente seus planos, seus sonhos e seu futuro.

O surgimento dessa nova categoria de dano inovou significativamente o mundo jurídico, abrindo mais chances de punição em face dos empregadores que, abusando de seu poder, sujeitam os trabalhadores aos mais variados tipos de abuso: o físico, o material e o psicológico. Porém, por se tratar de uma matéria contemporânea, sua aplicação no caso concreto acaba por se confundir demasiadamente com o dano moral propriamente dito, e reside aí a justificativa para a produção deste escrito, propiciar um discernimento e fomentar o conhecimento quanto ao referido dano.

Nesse sentido, questiona-se: Como é reconhecida a configuração do Dano Existencial e sua correta aplicação nos casos concretos? Para responder a este questionamento, o presente estudo demonstra o Dano Existencial desde os primórdios de sua criação, até sua efetiva aplicação na atualidade.



1. PROTEÇÃO DO TRABALHADOR: ORIGEM E EVOLUÇÃO

1.1 A racionalidade da tutela do trabalhador como a parte mais fraca da relação jurídica

A Revolução Industrial, ocorrida em meados do século XVIII, é tida como a maior propulsora do mercado trabalhista mundial. Homens, mulheres e crianças exerciam as mesmas funções por horas a fio sem descanso, muitos eram mutilados por manusear máquinas em fase de testes sem o devido equipamento de segurança, a eclosão da mais-valia era caracterizada pela disparidade entre horas trabalhadas e remuneração dos operários, entre outros abusos que os empregadores praticavam contra seus empregados.

Tal cenário fez com que os trabalhadores iniciassem uma luta por seus direitos, surgindo os primeiros protestos e, como consequência, a lei, tida como primeira Lei Trabalhista: o “*Moral and Health Act*”, publicada em 1802 na Inglaterra, tendo por foco central a mudança da jornada de trabalho. O chanceler alemão Otto Von Bismarck deu forma à primeira legislação social trabalhista em 1881, sendo o pioneiro a obrigar as empresas a tutelarem a questão da segurança do empregado e as garantias depois de alcançada a terceira idade.

Contudo, o maior ato a favor das causas do trabalhador ocorreu após a Primeira Guerra Mundial, qual seja, a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), sendo o único órgão da Organização das Nações Unidas com uma estrutura tripartite em que se encontram representantes de governo e de organizações de empregadores e trabalhadores.

Já no Brasil, desde a escravidão até os dias atuais, várias foram as leis criadas com a visão para tais direitos. O legislador, observando a fragmentação das normas do trabalho, decidiu reunir todas em uma única consoli-

[Ir para o índice](#)

dação, tanto para favorecer a aplicação quanto para que o acesso aos dispositivos fosse mais transparente por parte dos cidadãos. Esse amontoado de leis é conhecido como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), ocorrida em 1943. Um dos pontos da Consolidação e da Constituição Federal, de 1988, é a garantia de que a relação entre contratantes e contratados seja realizada de modo estável, sem hipossuficiência de um dos lados.

Essa hipossuficiência, como se viu, é algo histórico muito difícil de ser erradicado. Porém, o amplo acesso à educação, ao conhecimento dos seus direitos e a constante luta por eles faz com que o trabalhador passe a ter maior segurança no que tange ao reconhecimento e combate, por parte do Judiciário, aos abusos consuetudinários da parte autossuficiente da relação.

Corroborando as explanações aqui feitas, André Augusto Malcher Meira afirma, em estudo publicado nos Anais (vol. 6) do Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional, que

As atividades empresárias ocupam um significativo espaço no mercado, nacional e internacional. **A empresa**, principalmente explorada em grupo, **tem essa função social alocada em uma pontuação muito mais acima do que aquela sociedade individualizada, uma vez que tem o dever de manter o meio ambiente saudável, dar condições dignas a seus trabalhadores**, pagar os impostos de forma correta, não praticar crimes de qualquer natureza (principalmente os ambientais), tem o dever de arcar com suas obrigações contraídas com credores de garantia real (bancos), quirografários, bem como tem o dever de prestar uma boa relação de consumo com seus clientes, em busca de um lucro lícito, digno e justo¹. (grifo nosso)

1 MEIRA, André Augusto Malcher. Os princípios legais e constitucionais da recuperação de empresa. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional e Internacional**, v. 6, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 416.



Dessa forma, fica evidenciada a hipossuficiência do trabalhador ante a empresa, bem como a necessidade de a última garantir e resguardar os direitos do primeiro.

1.2 Os direitos fundamentais e sua conexão com os direitos humanos do trabalhador

Entendem-se os Direitos Fundamentais como sendo o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem a finalidade de respeito à sua dignidade. Este respeito é exercido por meio da proteção que lhe é garantida contra os arbítrios do Estado, estabelecendo assim condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana. Esses direitos são intrínsecos ao ser humano e, devido a isso, possuem características como inalienabilidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade, universalidade. Os Direitos Fundamentais surgiram em períodos distintos ao longo do tempo, sendo tais períodos conhecidos como Gerações dos Direitos Fundamentais.

A Segunda Geração (ou geração dos direitos de igualdade) compreende os direitos fundamentais que surgiram após a Segunda Guerra Mundial, com o advento do Estado social. Tais direitos são tidos como direitos econômicos, sociais e culturais, que devem ser prestados pelo Estado por meio de políticas de justiça distributiva. Nesta geração o direito ao trabalho surgiu com sua característica de direito fundamental do ser humano.

Devido à sua característica de direito fundamental, o direito ao trabalho passou a contar com várias leis e tratados dispendo acerca de sua preservação e proteção, como, por exemplo, a Declaração dos Direitos Humanos, que, em seu artigo XXIII defende as condições justas e favoráveis de trabalho.

[Ir para o índice](#)

O Brasil, por sua vez, tem os direitos fundamentais como sendo um dos pilares basilares da Federação, conforme se extrai de seu artigo 1º, inciso III. Não obstante a isso, a Constituição pátria possui um capítulo exclusivo que trata sobre os direitos e garantias fundamentais, tendo em seu artigo 5º a disposição legislativa sobre o assunto.

Em que pese a dignidade do trabalhador, os direitos deste nem sempre foram respeitados. Preceitua Amauri Mascaro Nascimento que

A expressão questão social não havia sido formulada antes do século XIX, quando os efeitos do capitalismo e as condições da infraestrutura se fizeram sentir com muita intensidade, acentuando-se um amplo empobrecimento dos trabalhadores, inclusive dos artesãos, pela insuficiência competitiva em relação à indústria que florescia. [...]. Os desníveis entre classes sociais fizeram-se sentir de tal modo que o pensamento humano não relutou em afirmar a existência de uma séria perturbação ou problema social².

Surge então a necessidade da busca pela dignidade humana, fato este que será amplamente debatido a seguir.

1.3 Do trabalho como castigo ao trabalho como elemento da dignidade da pessoa humana

No decurso do tempo, o trabalho foi visto e interpretado de várias maneiras. Nos primórdios, fora interpretado como punição pela religião cristã, evoluindo e assim obtendo garantias de dignidade mínima ao trabalhador.

2 NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo, 2009. p. 9-10.



O termo trabalho deriva do latim *tripalium*, “tri” (três) e “palus” (paus) – formando, assim, “três paus” –, a princípio era um aparelho utilizado nas áreas rurais, mas ao término do século VI passou a ser reconhecido como um instrumento romano de tortura³. Atualmente, o Dicionário Aurélio define o vocábulo trabalho como “aplicação das forças e faculdades humanas para alcançar um determinado fim”, e ainda “atividade coordenada, de caráter físico e/ou intelectual, necessária à realização de qualquer tarefa, serviço ou empreendimento”⁴.

Embora o trabalho e suas vertentes sejam alvo de muitos pensadores e tenham gerado muitas teorias, foi o Sumo Pontífice Papa Leão XIII o responsável por suscitar outra perspectiva do assunto. Autor da Carta Encíclica *Rerum Novarum*, “o Papa Leão XIII foi reconhecidamente denominado de o “Papa Social” e o ‘Papa dos Operários’”⁵.

Alicerçada na *Rerum Novarum* é que surge então a dignificação do trabalho, e esta é notada nos dizeres da Encíclica, principalmente quando aduz que

[...] se pode afirmar, com toda a verdade, que o trabalho é o meio universal de prover às necessidades da vida, quer ele se exerça num terreno próprio, quer em alguma parte lucrativa cuja remuneração, sai apenas dos produtos múltiplos da terra, com os quais ela se comuta [...]⁶.

3 UFRGS. **A Etimologia do Trabalho**. Disponível em: http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/trabalho/etim_trab.htm. Acesso em: 5 fev. 2017.

4 FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da Língua Portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010, p. 748.

5 VATICANO. Papa Leão XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 15 jan. 2017.

6 VATICANO. Papa Leão XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 15 jan. 2017.

Ademais, em múltiplos outros momentos nota-se o verdadeiro interesse da *Rerum Novarum* de “realizar uma adaptação as novas relações sociais de forma manter a soberania política e a liberdade para manter a ordem”, conforme afirmam Bortoli e Pereira⁷.

Novamente, noutro momento, a *Rerum Novarum* dispõe sobre a dignidade humana, manifestando que “a ninguém é lícito violar impunemente a dignidade do homem [...]”, e que também “[...] não é justo nem humano exigir do homem tanto trabalho a ponto de fazer pelo excesso da fadiga embrutecer o espírito e enfraquecer o corpo”⁸. Com isso, seu debate suscitou a discussão a respeito do dever de intervenção do Estado para a proteção mínima dos trabalhadores, a fim de evitar o conflito entre as classes dominada e dominante.

A Constituição Federal do Brasil, de 1988, garante, em seu inciso III do artigo 1º, a “dignidade da pessoa humana” como princípio fundamental e inerente a toda a sociedade. *A posteriori*, no artigo 7º do mesmo código são apresentados diversos direitos dos trabalhadores, de maneira a garantir a melhoria da condição social daqueles. Por fim, no artigo 193 a Constituição Federal, de 1988, aduz que “a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais”⁹.

Posto isso, nota-se claramente que a concepção do trabalho e sua relevância na sociedade passaram por transformações, deixando este

7 BORTOLI, Nádia Carrer de Ruman de; PEREIRA, Wander. *Rerum Novarum e suas influências no Direito do Trabalho*. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4055, 8 ago. 2014.

8 VATICANO, Papa Leão XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 15 jan. 2017.

9 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.



de ser vislumbrado como um castigo, e hodiernamente sendo tutelado por diversos ordenamentos e órgãos – como a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e a própria Constituição Federal, além da Organização Internacional do Trabalho (OIT) – adquirindo assim uma visão elementar, de modo a caracterizar os trabalhadores de maneira enobrecida, praticantes de uma atividade humana essencial.

2. DO RECONHECIMENTO À AMPLIAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

2.1 Dos danos em espécie: material e moral

Segundo o instituto da Responsabilidade Civil, pode-se conceituar o dano sobre a ótica de duas vertentes. Na concepção do sentido amplo, tem-se como dano a lesão de qualquer tipo de bem jurídico; já na concepção do sentido estrito, o dano é a lesão de patrimônio, ou seja, de bens apreciáveis por dinheiro. Na legislação brasileira o dano veio primeiramente preceituado pela Carta Magna, de 1988, em seu artigo 5º, inciso V, que estabelece: “é proporcionado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Bem como o inciso X do mesmo artigo que dispõe: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula nº 37, tratou sobre o dano material e o moral; por fim, o Código Civil, em seus artigos 186 e 187, também dispôs sobre tais espécies.

[Ir para o índice](#)

Carlos Roberto Gonçalves, em uma de suas obras, dispõe que

É possível distinguir, no campo dos danos, a categoria dos danos patrimoniais (ou materiais), de um lado, dos chamados danos extrapatrimoniais (ou morais), de outro. Material é o dano que afeta somente o patrimônio do ofendido. Moral é o que só ofende o devedor como ser humano, não lhe atingindo o patrimônio¹⁰.

No entanto, necessário se faz observar que o dano moral não deve gerar nenhum tipo de consequência patrimonial, pois, se ocorrer tal resultado, o dano passa a ser material. No caso de dano material, cabe à vítima pleitear a ação indenizatória, sendo sua a responsabilidade de produção de provas consistentes que fundamentem tal pedido de ação.

No dano moral estão integrados todos os direitos da personalidade elencados nos artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X, da Constituição Federal. Esse dano se estende para além, sendo a lesão voltada a um interesse que gere satisfação ou gozo do indivíduo no que tange a seus direitos personalíssimos. Para fins de indenização, Carlos Roberto Gonçalves preceitua categoricamente que, “além do próprio ofendido, poderão reclamar a reparação do dano moral, dentre outros, seus herdeiros, seu cônjuge ou companheira e os membros de sua família a ele ligados afetivamente”¹¹.

Ou seja, pessoas que possuem fortes laços de amor, amizade ou afeição pela vítima.

10 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 336.

11 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, v. 4: Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 335.



2.2 Do individual ao coletivo

Para dar início à discussão da tutela dos direitos trabalhistas, faz-se necessário segmentar tais direitos em dois âmbitos: individuais e coletivos.

Gonzales¹² categoricamente descreve alguns elementos presentes numa relação individual trabalhista – sendo assim alvo de estudo do Direito Individual –, quais sejam, a prestação de um trabalho realizado por pessoa física, envolvendo uma primeira parte – empregado –, subordinado a outra – empregador –, executado de maneira consuetudinária e posteriormente remunerada, além de um possuir caráter eminentemente pessoal.

Dando prosseguimento a este estudo, parte-se para a conceituação do Direito Coletivo do Trabalho. Este,

também conhecido como Direito Sindical é conceituado como “o conjunto de leis sociais que consideram os empregados e empregadores coletivamente reunidos, principalmente na forma de entidades sindicais”. Versa, portanto, sobre organizações sindicais, sua estrutura, suas relações representando as categorias profissionais e econômicas, os conflitos coletivos entre outros¹³.

Após a Revolução Industrial ocorrida no século XVIII, nasce o Direito Coletivo do Trabalho, concomitante com o reconhecimento do Direito

12 GONZALES, Rodrigo de Abreu. **Direito Coletivo x Direito Individual do Trabalho**. Disponível em: <https://www.dsgadvogados.com.br/dsg-news/artigos/direito-coletivo-x-direito-individual-do-trabalho>. Acesso em: 1 set. 2017.

13 GONZALES, Rodrigo de Abreu. **Direito Coletivo x Direito Individual do Trabalho**.

de Associação dos Trabalhadores, como explica Martins.¹⁴ Contudo, até chegar ao Direito Coletivo Contemporâneo – identificado também por Liberdade Sindical – houve um vasto processo de transformações e inovações desde o berço do sindicalismo na Inglaterra, por volta de 1720, até quando a “OIT, com a Convenção nº 87, de 1948, passou a determinar as linhas mestras sobre o direito de livre sindicalização [...]”¹⁵. Posteriormente ao ato da Organização Internacional do Trabalho, ainda se verificaram reafirmações do direito de sindicalização na França, Portugal e Espanha, entre o fim das décadas de 50 a 70.

Ademais, é importante salientar que o Direito Coletivo tem por finalidade igualar as forças dos grupos que têm, por igual, lides, proporcionando equivalência subjetiva.

De tal forma, evidencia-se que é garantida uma tutela aos direitos do trabalhador, seja ela individual ou coletiva, na medida das partes integrantes na relação a ser analisada.

Com o reconhecimento dos direitos trabalhistas e a responsabilização civil, a sociedade se viu salvaguardada para o caso de possíveis abusos e infrações. Contudo, embora exista toda uma tutela garantidora do bem-estar social, é numerosa a quantidade de ações motivadas por danos, sejam eles patrimoniais ou extrapatrimoniais. E é sobre um destes danos que versaremos a seguir.

14 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 766.

15 MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 766.



3. O RECONHECIMENTO DO DANO EXISTENCIAL COMO UMA NOVA CATEGORIA DE DANO

3.1 O que é e como se caracteriza o dano existencial

A primeira vez em que se ouviu falar em dano existencial foi com a prolação da Sentença 184/86 da Corte Constitucional italiana, que observou a existência de um novo tipo de dano não patrimonial sucessível de indenização. Essa peculiaridade se deu porque, até então, esse dano era estranho à legislação mundial, e passou a ser reconhecido somente quando as pessoas começaram a buscar os tribunais para proteger este direito até então inexplorado.

Diante da inexistência de tutela a este direito do trabalhador, primeiro a jurisprudência e depois a doutrina trataram de dar forma, conceito e resposta ao novo dano chamado “dano existencial”. Foi então, com a Sentença proferida pela Corte de Cassação italiana nº 500, de 22/7/1999¹⁶, que se confirmou a nova orientação para um dano de cunho não patrimonial que vai para além dos direitos e garantias fundamentais, indo além dos direitos absolutos e abrangendo direitos relativos; por fim, foi com a Sentença nº 7.713, de 7/3/2000, que se aplicou a primeira indenização a um caso de dano existencial na mesma Corte¹⁷.

Dano existencial é, pois, a violação de direitos fundamentais que causa reflexo negativo no comportamento do indivíduo ou em atividades realiza-

16 LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no direito do trabalho. Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. **Revista Eletrônica**, Curitiba, vol. 2, ano II, n. 22, 2013, p. 20.

17 FREIRE, Alexandre Viana; PINHEIRO, Maria Lenir Rodrigues. **A proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador e a repercussão jurídica do dano existencial no direito do trabalho**. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=47b4bf45a262ed01>. Acesso em: 2 fev. 2017

das ou almeçadas por ele com caráter de plano de vida, afetando a liberdade da pessoa e o modo como leva sua vida perante a sociedade, com dificuldade de criar novos laços ou manter relacionamentos anteriores. Essa concepção do dano existencial como um dano ao projeto de vida surgiu com o reconhecimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 1988¹⁸.

Deve-se considerar que o dano existencial se desdobra em dois eixos: i) afeta o plano do projeto de vida; e ii) gera prejuízo à vida das relações, quer pessoais ou sociais¹⁹. O dano pode se iniciar em uma destas duas fases, porém é certo que ele evolua em ambas, pois não há se falar em plano de vida sem a participação de relações afetivas ou de cunho profissionalíssimo, e vice-versa. O dano existencial se diferencia do dano moral, porque o primeiro possui longa duração, perdurando no tempo e mudando o plano de vida do indivíduo, ao passo que o segundo possui curta duração não interferindo de modo duradouro ou permanente no modo de vida ou planos da vítima, como preceitua Almeida Neto,

[...] ao contrário do dano biológico, (o dano existencial) subsiste independente de uma lesão física ou psíquica; co-tejado com o dano moral, não se reduz a um sofrimento, a uma angústia, mas uma renúncia a uma atividade concreta; diversamente do dano patrimonial, nem sempre causa a redução da capacidade de obter rendimento. O dano existencial, portanto, se caracteriza como um prejuízo não econômico (irrelevante que o ofendido não aufera rendimentos),

18 SOUZA, Rafael Silveira de. **Dano Existencial na relação laboral**. Jurisway, 2014. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13985. Acesso em: 13 jan. 2018.

19 FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região**, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214. 2010.



não patrimonial (eis que não tem por objeto lesão de bens ou interesses patrimoniais) e de abrangência ilimitada, à medida que qualquer privação, qualquer lesão a atividades existenciais do ofendido pode dar azo ao ressarcimento²⁰.

O ponto alto da diferenciação do dano moral e do dano existencial é que aquele está mais voltado para o “sentir”, relacionado ao interior da pessoa e sua natureza, e este está mais ligado ao “fazer”, ao exterior da pessoa, ao fazer e ao não fazer, uma espécie de reviravolta forçada de seus projetos.

3.2 Dano existencial nos tribunais brasileiros

A Legislação brasileira não possui em seu ordenamento dizeres expressos no que diz respeito ao dano existencial. Contudo, dispositivos presentes no Código Civil e Constituição Federal permitem que esse tipo de dano extrapatrimonial seja objeto jurídico. Ademais, os ensinamentos pretéritos italianos que geraram a observância desse tipo de dano, a jurisprudência e a doutrina reafirmam tal tutela.

A Constituição Federal, de 1988, em seus artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos V e X, discorre sobre a proteção da dignidade humana e a reparabilidade de danos motivados por violações, sejam elas quais forem²¹.

O Código Civil é mais abrangente no que tange à tutela do lesionado moralmente, e dessa forma também abrange o dano existencial. Destacam-se dentre o disposto no corpo do ordenamento os artigos 12

20 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial** – a tutela da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 2010, p. 31-32.

21 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

– *caput*, 186 e 927, que, nesta ordem, preceituam: “pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”; “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; “aquele que, por ato ilícito, causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”²².

Conjuntamente, há entendimento jurisprudencial que salvaguarda a reparabilidade nos casos de dano existencial. Esta se verifica na retrocitada Súmula nº 37 do Superior Tribunal de Justiça.

Assim sendo, em conclusão, podemos afirmar que também entre nós, como já consagrado na Itália, um ato, doloso ou culposo, que cause uma mudança de perspectiva no cotidiano do ser humano, provocando uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao seu projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer, deve ser indenizado, como um dano existencial, um dano à existência do ser humano²³.

Dessarte, nota-se de maneira transparente a proteção aos lesionados pelo dano existencial. Embora exista um potencial motivo para ambiguidade nas ações reparatórias entre dano moral e existencial, este último ocorre em situações específicas que serão exemplificadas subsequentemente.

22 BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

23 ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial** – a tutela da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 2010, p. 35-36.



3.3 A proteção da dignidade da pessoa humana sob a ótica do reconhecimento e aplicação do dano existencial no âmbito da justiça do trabalho

Como explanado anteriormente, em determinados momentos o dano existencial confunde-se com o dano moral, porém aquele tem suas especificações e requisitos para sua caracterização, conforme jurisprudência seguinte que impecavelmente ostenta excelente definição.

INDENIZAÇÃO POR DANO EXISTENCIAL. JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. **O dano existencial consiste em espécie de dano extrapatrimonial cuja principal característica é a frustração do projeto de vida pessoal do trabalhador, impedindo a sua efetiva integração à sociedade, limitando a vida do trabalhador fora do ambiente de trabalho e o seu pleno desenvolvimento como ser humano, em decorrência da conduta ilícita do empregador.** O Regional afirmou, com base nas provas coligidas aos autos, que a reclamante laborava em jornada de trabalho extenuante, chegando a trabalhar 14 dias consecutivos sem folga compensatória, laborando por diversos domingos. Indubitável que um ser humano que trabalha por um longo período sem usufruir do descanso que lhe é assegurado, constitucionalmente, tem sua vida pessoal limitada, sendo despicienda a produção de prova para atestar que a conduta da empregadora, em exigir uma jornada de trabalho deveras extenuante, viola o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, representando um aviltamento do trabalhador. O entendimento que tem prevalecido nesta Corte é de que o trabalho em sobrejornada, por si só, não configura dano existencial. Todavia, no caso, não se trata da prática de sobrelabor dentro dos limites da tolerância e nem se trata de uma conduta isolada da empregadora, mas, como

Ir para o índice

afirmado pelo Regional, de conduta reiterada em que restou comprovado que a reclamante trabalhou em diversos domingos sem a devida folga compensatória, chegando a trabalhar por 14 dias sem folga, afrontando assim os direitos fundamentais do trabalhador. Precedentes. Recurso de revista conhecido e desprovido. (grifo nosso)²⁴.

Ademais, além do reconhecimento do dano previsto na Decisão acima trazida nos autos correntes no Tribunal Superior do Trabalho, em 2015, importante trazer à baila um posicionamento mais atualizado, que novamente confirma a possibilidade da aplicação de restituição pecuniária ao trabalhador que teve sua dignidade ferida pelo labor excessivo. Assim, aduz o julgado seguinte:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI 13.015/2014. 1. HORAS EXTRAS. ATIVIDADE EXTERNA. ART. 62, I, DA CLT. EXISTÊNCIA DE EFETIVO CONTROLE DE JORNADA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. 2. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. DANO EXISTENCIAL. PRESTAÇÃO EXCESSIVA, CONTÍNUA E DESARRAZOADA DE HORAS EXTRAS. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 126/TST. O excesso de jornada extraordinária, para muito além das duas horas previstas na Constituição e na CLT, cumprido de forma habitual e por longo período, tipifica, em tese, o dano existencial, por configurar manifesto comprometimento do tempo útil de disponibilidade que todo indivíduo livre, inclusive o empregado, ostenta para usufruir de suas atividades pessoais, familiares e sociais. A esse respeito é preciso compreender o sentido

24 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR n.º 10347420145150002**, 2ª Turma. Relator: José Roberto Freire Pimenta. 04 de novembro de 2015.



da ordem jurídica criada no País em cinco de outubro de 1988 (CF/88). É que a Constituição da República determinou a instauração, no Brasil, de um Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF), composto, segundo a doutrina, de um tripé conceitual: a pessoa humana, com sua dignidade; a sociedade política, necessariamente democrática e inclusiva; e a sociedade civil, também necessariamente democrática e inclusiva (Constituição da República e Direitos Fundamentais - dignidade da pessoa humana, justiça social e Direito do Trabalho. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2015, Capítulo II). Ora, a realização dos princípios constitucionais humanísticos e sociais (inviolabilidade física e psíquica do indivíduo; bem-estar individual e social; segurança das pessoas humanas, ao invés de apenas da propriedade e das empresas, como no passado; valorização do trabalho e do emprego; justiça social; subordinação da propriedade à sua função social, entre outros princípios) é instrumento importante de garantia e cumprimento da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica, concretizando sua dignidade e o próprio princípio correlato da dignidade do ser humano. Essa realização tem de ocorrer também no plano das relações humanas, sociais e econômicas, inclusive no âmbito do sistema produtivo, dentro da dinâmica da economia capitalista, segundo a Constituição da República Federativa do Brasil. **Dessa maneira, uma gestão empregatícia que submeta o indivíduo a reiterada e contínua jornada extenuante, que se concretize muito acima dos limites legais, em dias sequenciais, agride todos os princípios constitucionais acima explicitados e a própria noção estruturante de Estado Democrático de Direito.** Se não bastasse, essa jornada gravemente excessiva reduz acentuadamente e de modo injustificável, por longo período, o direito à razoável disponibilidade temporal inerente a todo indivíduo, direito que é assegurado pelos princípios constitucionais mencio-

Ir para o índice

nados e pelas regras constitucionais e legais regentes da jornada de trabalho. Tal situação anômala deflagra, assim, o **dano existencial, que consiste em lesão ao tempo razoável e proporcional, assegurado pela ordem jurídica, à pessoa humana do trabalhador, para que possa se dedicar às atividades individuais, familiares e sociais inerentes a todos os indivíduos, sem a sobrecarga horária desproporcional, desarrazoada e ilegal, de intensidade repetida e contínua, em decorrência do contrato de trabalho mantido com o empregador**. Na hipótese, conforme se verifica do acórdão recorrido, o TRT considerou que a “situação retratada nos autos evidencia que o autor iniciava sua atividade às 6h, encerrando às 21h, de segunda a sábado, vale dizer, o autor laborava por 14 horas diárias e 84 horas semanais, limite muito superior ao constitucionalmente preconizado, de 8 horas diárias e 44 semanais, ao qual atribuído o status de Direito Social (art. 7º, XIII, da CF)” - premissa fática incontestada à luz da Súmula 126/TST . Desse modo, laborando o Autor em jornadas de trabalho excessivas, ultrapassando sobremaneira o limite extraordinário de duas horas diárias do art. 59 da CLT, compreende-se que as condições de trabalho a que se submeteu o Reclamante realmente atentaram contra a sua dignidade, a sua integridade psíquica e o seu bem-estar individual - bens imateriais que compõem seu patrimônio moral protegido pela Constituição -, ensejando a reparação moral, conforme autorizam o inciso X do art. 5º da Constituição Federal e os arts. 186 e 927, caput, do CCB/2002. Agravo de instrumento desprovido. (grifo nosso)²⁵.

25 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista AIRR n.º 16005020145020013**, 3ª Turma. Relator: Mauricio Godinho Delgado. 25 de outubro de 2017.



Em julgado recentíssimo pelo TRT-4, a relatora desembargadora Maria Madalena Telesca muito sabiamente preferiu os seguintes dizeres em seu voto:

[...] Ainda, em crítica a decisões que não reconhecem o dano existencial, cabe o seguinte questionamento: é justo obrigar o trabalhador a escolher pela ascensão profissional e melhoria de suas condições financeiras, ou pelo seu desenvolvimento pessoal e convívio familiar? Em uma existência digna, não deveriam ambos os caminhos serem garantidos ao trabalhador? Parece correto obrigar alguém a realizar tal opção? Além disso, cabe refletir sobre o quanto é, efetivamente do empregado, a decisão de sacrificar sua vida pessoal para dedicar-se ao trabalho²⁶.

É exatamente no argumento trazido pela desembargadora que reside o motivo de tutela para o dano existencial, resguardar a vida pessoal do trabalhador em face do empregador, para que o primeiro possa produzir em sua maior qualidade, mas também tenha existência digna para com sua família e seus objetivos pessoais.

À vista disso, facilmente nota-se a observância do dano existencial em casos concretos, permitindo assim o vislumbre em casos oportunos e a diferenciação entre violações no âmbito do dano moral e do dano existencial, e que solidificam de vez a tutela do trabalhador, parte hipossuficiente na relação trabalhista, salvaguardando a sua liberdade existencial para realizar as atividades que lhe forem interessantes.

²⁶ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário RO n.º 00203114420145040241**, 3ª Turma. Relatora: Maria Madalena Telesca. 19 de setembro de 2017.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o decorrer do tempo, os direitos são modificados e cada vez mais se garante a tutela individual dos integrantes da sociedade. Novas situações exigem inovações no que concerne ao ordenamento jurídico, e assim se fez com o dano existencial.

Devido à contemporaneidade do dano existencial, este artigo veio com o intuito de elevar os conhecimentos acerca de tal dano. Dessa forma, sanar a deficiência de conhecimento que apresentam os educandos, bem como auxiliar a formação dos futuros propagadores do direito e, ademais, orientar a sociedade como um todo sobre a existência de nova garantia para que esses, cumprindo com seu papel de cidadãos, possam identificar e auxiliar as vítimas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. **Dano existencial** – a tutela da dignidade da pessoa humana. São Paulo: Ministério Público de São Paulo, 2010. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_consumidor/doutrinas/DANO%20EXISTENCIAL.doc. Acesso em: 11 jan. 2018.

BORTOLI, Nádia Carrer de Ruman de; PEREIRA, Wander. Rerum Novarum e suas influências no Direito do Trabalho. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 19, n. 4055, 8 ago. 2014.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.



BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm. Acesso em: 04 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 4 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 37**, Corte Especial. 12 de março de 1992. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/>. Acesso em: 4 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Recurso Ordinário RO n.º 00203114420145040241 RS**, 3ª Turma. Relatora: Maria Madalena Telesca. 19 de setembro de 2017. Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/501966247/recurso-ordinario-ro-203114420145040241>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de Instrumento em Recurso de Revista AIRR n.º 16005020145020013**, 3ª Turma. Relator: Maurício Godinho Delgado. 25 de outubro de 2017. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/514460732/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-16005020145020013>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista RR n.º 10347420145150002**, 2ª Turma. Relator: José Roberto Freire Pimenta. 04 de novembro de 2015. Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=189971&anoInt=2015>. Acesso em: 4 fev. 2017.

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. **Mini Aurélio**: o dicionário da Língua Portuguesa. 8. ed. Curitiba: Positivo, 2010.

Ir para o índice

FREIRE, Alexandre Viana; PINHEIRO, Maria Lenir Rodrigues. **A proteção da dignidade da pessoa humana do trabalhador e a repercussão jurídica do dano existencial no direito do trabalho**. Disponível em: <http://publica-direito.com.br/artigos/?cod=47b4bf45a262ed01>. Acesso em: 2 fev. 2017.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 13ª Região**, João Pessoa, v. 17, n. 1, p. 203-214, 2010.

GONZALES, Rodrigo de Abreu. **Direito Coletivo x Direito Individual do Trabalho**. Disponível em: <https://www.dsgadvogados.com.br/dsg-news/artigos/direito-coletivo-x-direito-individual-do-trabalho>. Acesso em: 1 set. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**: Responsabilidade Civil. v. 4. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. O dano existencial no direito do trabalho. Tribunal Regional do Trabalho do Paraná. **Revista Eletrônica**, Curitiba, v. 2, ano II, n. 22, p. 10-25, 2013.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRA, André Augusto Malcher. Os princípios legais e constitucionais da recuperação de empresa. In: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 409-425.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SOUZA, Rafael Silveira de. Dano Existencial na relação laboral. **Jurisway**, 2014. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13985. Acesso em: 13 jan. 2018.



UFRGS. **A Etimologia do Trabalho**. Disponível em: http://www.ufrgs.br/e-psico/subjetivacao/trabalho/etim_trab.htm. Acesso em: 5 fev. 2017.

VATICANO. Papa Leão XIII. **Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html. Acesso em: 15 jan. 2017.

Ir para o índice

O Estatuto da Primeira Infância e o dever de cuidado dos pais: uma abordagem da efetividade do Princípio do Melhor Interesse da Criança

The Statute of First Childhood and the duty of care of the parents: an approach to the effectiveness of the Principle of The Best Interest of The Child

BRUNA SOUZA PAULA
EVELINE CORREIA DE CASTRO

Resumo

O artigo estuda o Estatuto da Primeira Infância relacionado com as responsabilidades parentais e o princípio do melhor interesse da criança. O marco inicial da primeira infância operou significativas modificações legislativas inspirado pelo direito à convivência familiar nas relações envolvendo a criança até 12 anos. Direito fundamental da criança e do adolescente, o direito à convivência familiar estabelece um direito de seus membros viverem juntos, previsto constitucionalmente, este direito

[Ir para o índice](#)



surge do momento de repersonalização das famílias provocada pela dignificação destas. A metodologia utilizada foi a bibliográfica. O objetivo principal é analisar se o princípio do melhor interesse da criança foi perseguido nas alterações legislativas trazidas pelo Estatuto, de forma a verificar que a convivência familiar surge de uma responsabilidade parental de cuidado e guarda dos filhos menores.

Palavras-chave: Criança. Convivência Familiar. Responsabilidade Parental.

Abstract

The article studies the Earley Childhood Statute related to parental responsibilities and the principle of the best interest of the child. This pioneering legislation of early childhood operated significant legislative changes inspired by the right to family life in relationships involving the child up to 12 years old. Fundamental right of the child and the adolescent, the right to Family life establishes a right of its members to live together, constitutionally envisaged, this right arises from the moment of repersonalization of the families caused by the dignification of these. The methodology used was the bibliographical one. The main objective is to analyse if the principle of the best interest of the child was pursued in the legislative changes brought by the Statute, in the order to verify that the Family coexistence arises from a parental responsibility for care and custody of the minor children.

Keywords: Child. Family Living. Parental Responsibility.

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Primeira Infância é o nome de batismo da Lei nº 13.257, de 2016, que trouxe diretrizes específicas às crianças de até seis anos, que compreendem a primeira infância, e significativas mudanças do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) e no Código de Processo Penal, em conformidade com a doutrina da proteção integral que preza pelo princípio do melhor interesse da criança.

A Lei em questão fortalece ainda mais o rol de direitos fundamentais previstos no artigo 227 da Constituição Federal, por meio do respeito ao interesse prioritário à criança, como o atendimento ao direito à convivência familiar e o desenvolvimento da personalidade da criança, respeitando suas dinâmicas e graus de desenvolvimento.

Desta feita, o presente artigo cuida em verificar se o princípio do melhor interesse da criança foi efetivado pelas modificações legislativas realizadas pelo marco inicial da primeira infância. Para tanto, utilizou a pesquisa bibliográfica como metodologia e objetivou analisar o princípio do melhor interesse e o direito à convivência familiar no estatuto em questão.

1. DIREITO FUNDAMENTAL À CONVIVÊNCIA FAMILIAR E O PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA

O direito à convivência familiar consta no rol de direitos fundamentais previsto nas relações familiares e alcança prioritariamente a criança. Decerto que a doutrina constitucional da proteção integral inspirada pelo princípio do melhor interesse prevê outros direitos fundamentais.



No entanto, vemos que o Estatuto prioriza a faixa etária de até 6 anos, chamado legislativamente de primeira infância, e já no artigo quarto¹ estipula que as políticas públicas voltadas a este público deverão ser focadas a atender o interesse superior da criança; no artigo seguinte², constitui como área prioritária para tais políticas a convivência familiar, ao lado da saúde, alimentação e educação infantil.

Nas relações familiares, o princípio em pauta assume estreita relação com o da convivência familiar, uma vez que esta – assegurada à criança e ao adolescente como prioridade absoluta – é reflexo do abrigo constitucional ao princípio da afetividade.

A convivência familiar reflete um direito dos membros do agregado familiar a viverem juntos³. Os elementos do princípio irão assegurar direitos e deveres envolventes na relação entre as pessoas do grupo familiar, como a inviolabilidade da casa.

1 Art. 4º As políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos da criança na primeira infância serão elaboradas e executadas de forma a: I – atender ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã. BRASIL. Lei 13.257, 8 de março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

2 Art. 5º Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica. BRASIL. Lei 13.257, 8 de março de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

3 CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada** – Volume I. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007, p.198. Nesse sentido, LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 74 afirma que a convivência familiar “é a relação afetiva diuturna e duradoura entretecida pelas pessoas que compõem o grupo familiar, em virtude de laços de parentesco ou não, no ambiente comum”.

Diferente do princípio da afetividade, o princípio da convivência familiar encontra-se expresso na Constituição Brasileira, de 1988⁴, que o estabelece como direito fundamental da criança e do adolescente. Também se encontra na Convenção dos Direitos da Criança⁵, quando prevê que a criança que possua pais separados tem o direito de manter relações pessoais e contato direto com ambos, desde que em conformidade ao melhor interesse dela, pois de nada lhe adiantaria manter contato com um genitor abusivo.

Ou seja, a criança tem direito de conviver com ambos os genitores, ainda que os pais estejam separados, pois o pai guardião não poderá impor restrições indevidas ao acesso da criança ao outro genitor.

Assim, pode-se verificar que o princípio tutela um direito à convivência familiar que é dirigida à família e ao Estado em relação direta à criança e ao adolescente, além de derivar outros direitos por ser substrato da verdade real da família socioafetiva⁶.

Diante do exposto, o princípio da afetividade e o princípio da convivência familiar refletem a repersonalização que as relações familiares passaram com a introdução do valor jurídico afeto. Nos casos em que se pretende estudar, tais princípios não podem ser esquecidos, deles decorre a relevância do desenvolvimento da personalidade do filho menor.

A família concebida como “espaço de realizações existenciais”⁷ ressalta a dignidade da pessoa, que agora não será mais coisificada, segue a tendência da influência constitucional no Código Civil, de

4 Artigo 227 da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

5 Artigo 9º, item 3 da Convenção dos Direitos da Criança.

6 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 74.

7 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 18.



2002, que mudou paradigmas, a pessoa passa ser objeto central do direito, e não a segurança pública. Para tanto, as crianças não mais vistas como meros incapazes são postas pelo princípio do seu melhor interesse no “centro das relações familiares”⁸, e é na família o seu espaço de proteção e desenvolvimento.

2. ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA E O DIREITO DA CRIANÇA AO CUIDADO PARENTAL

O cuidado parental, visível no Estatuto por meio das modificações legislativas operadas e adiante ventiladas, advém da revisão conceitual que o termo poder parental ou pátrio poder sofreu com a nova configuração e exigências da relação parental. Ao lado dele, encontramos termos como autoridade parental e reponsabilidade parental; todavia, tendo em vista o nosso objeto legislativo de estudo, cuidado parental nos parece apropriado.

Decerto que a autoridade parental é um exercício da autoridade temporária dos pais sobre os filhos e está condicionada à realização dessa pessoa em desenvolvimento⁹. Podemos destacar que, no estágio inicial da vida da pessoa, está presente uma vulnerabilidade que requer por um tempo demanda de cuidados materiais, morais, psíquicos, decorrentes dessa dependência existencial¹⁰.

8 LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Família, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 23.

9 LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Família, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 295.

10 MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 178.

O Estatuto trouxe modificação ao Estatuto da Criança e do Adolescente, que firmou de maneira decisiva a preferência legislativa da criança ao convívio com os pais, *in verbis*¹¹:

Art. 19. É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral.

Quanto a esse direito-dever que gera o cuidado parental, o recente Estatuto trouxe também modificações à Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), pois ao modificar o artigo 473 da referida legislação trabalhista, permitiu ao empregado a ausência do serviço quando para acompanhar consulta médica de filho de até 6 anos.

No que concerne ao pai preso, as mudanças ocorreram no Código de Processo Penal, que prevê, no artigo 318 do Diploma, não somente uma prisão domiciliar quando o agente for mulher com filho de até 12 anos de idade incompletos, mas também o pai quando único responsável pelos cuidados dos filhos de até 12 anos incompletos, mas também uma busca para colher informações sobre a existência de filhos, até mesmo na lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a presença de eventual filho sob a reponsabilidade da pessoa presa. Conforme se verifica em alguns dos artigos do diploma processual¹² modificados pelo citado Estatuto:

11 BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

12 BRASIL. **Decreto Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 18 maio 2017.



Art. 6º (...) X- colher informações sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. Art. 304. (...) § 4º _Da lavratura do auto de prisão em flagrante deverá constar a informação sobre a existência de filhos, respectivas idades e se possuem alguma deficiência e o nome e o contato de eventual responsável pelos cuidados dos filhos, indicado pela pessoa presa. Art. 318. (...) 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.

Mais uma vez a legislação prioriza o convívio familiar em conformidade com os novos rumos das relações familiares, que hoje personalizadas pelo afeto não estão mais sob a tutela do Estado como antes.

A Constituição da República Portuguesa, no decorrer de seus dispositivos que tratam da família, da criança e dos jovens, estabelece uma série de princípios que irão disciplinar as relações familiares. Entre aqueles que regem as relações entre pais e filhos, podem-se destacar aqueles presentes no artigo 36 do Texto Constitucional, quais sejam: o princípio da igualdade dos cônjuges quanto à manutenção e educação dos filhos¹³; o princípio da atribuição aos pais do direito-dever de educação e manutenção dos filhos¹⁴; e o princípio da inseparabilidade dos filhos de seus pais^{15/16}.

13 Artigo 36, item 3, da Constituição da República Portuguesa.

14 Artigo 36, item 5, da Constituição da República Portuguesa.

15 Artigo 36, item 6, da Constituição da República Portuguesa.

16 MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 170.

Rosa Martins destaca que a Constituição Portuguesa concede a função educativa ao poder paternal. Conclui que os princípios destacados no artigo 36 do Dispositivo Constitucional português asseveram que “o aspecto relacional do poder paternal e, em especial, como seu centro privilegiado, o cuidado da pessoa do filho através da manutenção e educação”¹⁷.

A Constituição da República Federativa do Brasil trata da família no artigo 227, como já aqui relatado, e nele o poder familiar assume características de direito protetivo, em que delega uma carga de direitos da criança e do adolescente a serem respeitados e desenvolvidos pela família.

Assim, o cuidado parental constitui, já em âmbito constitucional brasileiro e português, os pais como “defensores legais e protetores naturais dos filhos”¹⁸.

Decerto que a relação familiar entre pai ou mãe e filho persiste por toda a vida e não se exaure na relação daqueles com filhos menores; contudo, essas relações se intensificam quando se está tratando dos filhos menores, como durante a chamada primeira infância, alvo do nosso estudo.

De acordo com esse raciocínio acerca do cuidado parental, advieram dois princípios bases do instituto: a “necessidade natural de proteção do filho nos primeiros tempos da sua vida” e a “vocação natural dos pais para assumir tarefas de proteção e de educação do filho”¹⁹.

17 MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 173-174.

18 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 287-290.

19 De acordo com os enunciados de MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 177.



É neste primeiro princípio que se baseia todo o raciocínio do Estatuto em questão, já que é na tenra idade que o filho necessita da natural proteção dos pais, não podendo ser substituída por terceiros ou até mesmo pelo Estado.

Cabe ressaltar que o conteúdo dessas responsabilidades parentais: a assistência, a criação e a educação, são funcionalizadas à formação da personalidade do menor e à realização dos direitos fundamentais. O dever de assistir está relacionado à satisfação das necessidades básicas, como orientação moral, apoio psicológico, vestir, alimentar, acompanhar física e materialmente. Vale ressaltar que está embutido nele o dever de sustento. É de notar que a criação está atrelada à assistência, uma vez que esta se encontra atrelada ao suprimento das necessidades biopsíquicas do menor²⁰. Ela começa com a concepção do início da existência da criança. E a criação ainda compreende, além do sustento, manutenção, alimentação, cuidados relativos à saúde, segurança e moralidade²¹.

Além do dever de assistência, compete ao cuidado parental o poder-dever de guarda, que, no sentido específico, trata do direito de ter os filhos em sua companhia, exprimindo a proximidade existencial entre pais e filhos de conviverem sob o mesmo teto²². Caso não possam ter o filho em sua companhia por não haver condições adequadas, como, por exemplo, o pai encontra-se preso, o Estatuto é claro na prevalência do interesse da criança, e assim determina que a prisão provisória deverá ser cumprida no domicílio.

20 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 143, entende que o dever de criação engloba o dever de assistência.

21 TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 144.

22 MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra, 2008. p. 199.

É de se notar que o Superior Tribunal de Justiça já analisou pedidos de prisão domiciliar baseados nos incisos em questão, que foram modificados no Código de Processo Penal. No HC 362922/PR (2016/0185346-9)²³, em que se possibilitou a conversão de preventiva para domiciliar de mãe presa, por suposto envolvimento de tráfico de drogas, de dois filhos, com dois e seis anos de idade, por entender que para tal não se exigiria a comprovação da condição de necessidade de cuidados maternos, nas palavras do ministro Nefi Cordeiro: “condição que é legalmente presumida”.

Nesse sentido, podemos ver a prevalência do interesse do menor a *jus puniendi* estatal, de forma que se sobrepõe a necessidade de o filho ser cuidado pela mãe, não se exigindo, no entendimento do Tribunal Superior, prova dessa citada necessidade, ficando esta presumida dada a condição de vulnerabilidade da criança de mãe presa.

Não podemos deixar de destacar que as citadas modificações no caderno processual penal, ora citado, apesar de serem frutos das Regras de Bangock – regras nas Nações Unidas para o tratamento de mulheres presas –, tais diretrizes reconheceram o papel de ambos os pais na vida da criança e focaram no impacto do encarceramento dos pais e de crianças. Contudo, independentemente de as regras focarem em ações voltadas às necessidades especiais de mulheres presas, o Estatuto focaliza na criança.

3. EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DO INTERESSE DA CRIANÇA NO ESTATUTO DA PRIMEIRA INFÂNCIA

O Estatuto trouxe diversas diretrizes para a criança compreendida na primeira infância, todavia é inegável a busca da citada legislação em con-

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 362922/PR**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGerica&termo=HC%20362922>. Acesso em: 18 maio 2017.



cretizar o Princípio do Melhor Interesse da Criança ou como a lei denomina Interesse Superior da Criança.

O Princípio do Melhor Interesse da Criança e do Adolescente acompanhou as mudanças ocorridas na estrutura familiar ao longo dos anos, porque a função econômica deu lugar à afetividade e ao companheirismo²⁴.

Ele surgiu antes mesmo de a doutrina ter proteção integral, tanto que, em 1836, foi oficializado no sistema jurídico inglês²⁵. No direito americano, o precedente jurídico, datado de 1813, com o julgamento do caso *Commonweath v. Addicks*, afirmou prioridade do interesse de uma criança em detrimento dos interesses dos pais²⁶. No âmbito internacional, foi adotada pela primeira vez a Declaração dos Direitos da Criança, já em 1959. Todavia foi na Convenção dos Direitos da Criança, que tinha como

24 PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**, 2004. p. 90.

25 Todavia, no Direito Costumeiro Inglês, o caso *Rex v. Delaval* e o caso *Blissetts*, de 1973, são conhecidos como os precedentes que consideraram a primazia do interesse da criança e o que era próprio para ela, conforme estudo feito por PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**, Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 208-209.

26 Tratava-se de uma disputa de guarda de uma criança, em que estabeleceu uma preferência materna nos casos de guarda, introduzindo na ordem jurídica americana a *Tender Years Doctrine*, que proliferou a orientação da presunção de preferência materna em prejuízo ao progenitor da criança. Apesar de discriminatória, o caso introduziu o princípio do *best interest* nos Estados Unidos. Além do que, em decorrência da igualdade entre o homem e a mulher, a orientação foi modificada com a introdução do *Tie breaker*, que considerava igualmente todos os fatores, através de uma aplicação neutra do melhor interesse da criança. PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**, Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 209.

pilar a doutrina da proteção integral que o melhor interesse alcançou as dimensões traçadas, hoje, no presente estudo²⁷.

Decerto que, ao longo dos anos, o seu paradigma foi modificado. Se na doutrina da situação irregular – apenas nas situações em que o menor se encontrava em perigo – o melhor interesse atuaria; agora, na doutrina da proteção integral, ele se torna protagonista, critério hermenêutico para atuar em situações que envolvam qualquer criança ou adolescente, funcionando como garantidor do respeito dos direitos fundamentais destes²⁸.

Ressalte-se que a versão oficial traduzida do artigo 3.1 da Convenção dos Direitos da Criança estabelece que: “Art.3.1 Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, **o interesse maior da criança**” (grifo nosso), destoam do texto original que falava em *best interest*. Opta-se, assim, pela tradução literal da versão em inglês, melhor interesse, que prima por um conceito qualitativo, ao in-

27 No ano de 1959, o princípio do *best interest of the child* foi consagrado como 7º Princípio da Declaração dos Direitos da Criança que determinava que: “os **melhores interesses da criança** serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação” (grifou-se). Trinta anos depois, a Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança de 1989, no seu artigo terceiro, item I, determina que “todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais ou autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar primordialmente, o melhor interesse da criança” (versão original). Vale lembrar que esta Convenção é, ainda hoje, o tratado internacional de proteção dos direitos humanos com o maior número de ratificações.

28 Nesse sentido, Apelação Cível nº 70008140303 – TJRS – Relatora Desembargadora Maria Berenice Dias – J. 14.04.04 – entendeu que nas ações relativas aos direitos das crianças, devem ser considerados primordialmente, os interesses dos infantes. Consagrando o melhor interesse da criança e o princípio da prioridade absoluta que se verá a seguir.



vés da opção quantitativa da versão brasileira ou portuguesa, interesse maior e interesse superior, respectivamente²⁹.

Sua origem é atribuída ao instituto inglês do *parens patriae* que concedia prerrogativa ao rei para proteger aqueles que por conta própria não podiam fazê-lo. Nesse sentido, as Cortes de Chancelaria, por meio do chanceler, atuaram como guardiões supremos, a fim de proteger não só as crianças, mas também todas as pessoas que não tinham discernimento suficiente para administrar os próprios interesses. Na ordem jurídica americana, essa posição de autoridade, atuando como guardião de um indivíduo, foi herdada pelo Estado. Nesse sentido, o princípio está vinculado às atribuições do juiz, pois emana a função tradicional do Estado como guardião daqueles que sejam legalmente incapazes³⁰.

Dessa forma, verifica-se que o interesse do menor está presente em todos os sistemas jurídicos modernos, em alguns pela pressão exercida pelas grandes Declarações de Direitos e Convenções Internacionais, em outros pela natural evolução social e jurídica ocorrida em alguns países, como a Espanha, o Brasil, ou nos já citados Estados Unidos e Inglaterra.

É de se ressaltar que no Brasil a Convenção Internacional dos Direitos da Criança tem natureza supralegal, desde 1990, conforme o Supremo Tribunal Federal no RE 404.276, ademais se encontra nos artigos 4º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente, referência ao princípio.

29 Assim entendem PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese inédita apresentada na Universidade do Paraná, Curitiba, 2004. p. 91; PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente: uma proposta interdisciplinar**, Rio de Janeiro: Renovar, 1996. p. 20.

30 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia, Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 208-209.

Apesar de presentes numerosas normas, poucas delas determinam em que se funda esse interesse da criança. Restando as perguntas: O que afina, consiste o melhor interesse da criança? Qual o seu conteúdo?

Cumpra-se dizer que, dada a relatividade do conceito, é difícil precisar o que é ou em que consiste o interesse. A compreensão do seu conteúdo varia de acordo com fatores culturais, sociais e axiológicos. Dessa forma, sua concepção é obtida a partir do caso concreto³¹.

Trata-se de “norma determinante nas relações da criança e do adolescente com seus pais, com sua família, com a sociedade e com o Estado”³².

Pode-se verificar que, na ordem jurídica americana, o princípio é utilizado como padrão, considerando-se os interesses da criança em detrimento dos interesses dos pais; contudo, sua análise é feita sempre no caso concreto³³.

Rivero Hernandez³⁴ esclarece que o interesse de qualquer pessoa, como categoria jurídica, é um dos conceitos fundamentais na consideração instrumental do Direito, atuando como meio para a satisfação dos fins essenciais da pessoa, de interesses vitais a ela. Todavia, dada a sua pouca idade e sua personalidade ainda em desenvolvimento, os interesses da criança e do adolescente mereceram particular importância.

31 Segundo o entendimento de HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007. p. 140, o exercício e a concretização do interesse do menor é variável segundo a situação de que se trate ou o conflito com outros direitos ou interesses. Nesse sentido, PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese inédita apresentada na Universidade do Paraná, Curitiba, 2004. p. 91.

32 LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Família**, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 74.

33 PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. In: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 208-209.

34 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007. p. 67.



Assim, num primeiro momento, o melhor interesse se configura como um *standard* jurídico, por ser um modelo de conduta ou de atuação jurídico-social, adotado nas relações pessoais e no tráfico jurídico, do qual se deduz a regra jurídica necessária para o caso particular, e serve para orientar o operador jurídico, seja ele particular, os tribunais ou o Estado, na conduta jurídica embasada em certos valores de ordem, justiça, razoabilidade para os casos ou as circunstâncias em que não há dados normativos precisos³⁵.

Destacam-se duas características do princípio enquanto *standard* jurídico: a sua relatividade e o seu aspecto dinâmico. E assim é considerado por corresponder a valores e critérios jurídicos e sociais, e não a uma abstrata ideia do justo ou da consciência moral, operando no âmbito jurídico como resposta ao Direito a conflitos pessoais e sociais jurídicos, em especial no contexto do Direito das pessoas e da família³⁶.

Cabe agora assinalar a segunda consideração acerca do princípio. Assim como locuções jurídicas como ordem pública, relevante interesse coletivo, o melhor interesse da criança é um termo de conteúdo indeterminado³⁷. Possui natureza jurídica de conceito jurídico indeterminado,

35 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007. p. 68. Concordando com essa configuração, ALEXANDRINO, Jose de Melo. Os Direitos das crianças linhas para uma construção unitária. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68, I, Lisboa, janeiro, 2008. p. 308, afirma que o interesse superior da criança é um *standard* hermenêutico, ou seja, um critério orientador.

36 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007, p. 68-70.

37 No sistema jurídico brasileiro, conforme BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. In: BARROSO, Luis Roberto (org.). **A nova interpretação constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 34. No português, conforme MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 222. No espanhol, conforme HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007. p. 70.

por ser de vago enunciado e conteúdo normativo, cujos limites não são precisados com exatidão pela lei.

Todavia, não é uma fórmula vazia de sentido, precisa ser transferido a situações específicas, a pressupostos determinados, que irão determinar a escolha de uma solução, e não de outra³⁸. Ademais, o princípio possui um núcleo indisponível preenchido pelos direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente³⁹.

Para evitar o vazio conceitual, como já advertido, o melhor interesse do menor deve operar juridicamente sobre pressupostos fáticos concretos e em situações da vida real. Em relação a um direito ou interesse próprio, há outros interesses em conflito com o de outras pessoas⁴⁰.

Decerto que o melhor interesse da criança não coincide com um direito fundamental⁴¹, e assim ser objeto de pretensão judicial, o que serão questionados são os direitos implicados à pessoa da criança, como o direito à convivência familiar e o direito à saúde, que serão decididos de

38 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007. p. 71.

39 AYAGO, Antonia Durán. El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural. *In*: CARAVACA, Afonso-Luis Calvo; RUIZ, Esperanza Castellanos (org.). **El derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales**. Madrid: Colex, 2004. p. 306.

40 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007. p. 71, cita o exemplo de uma situação concreta: uma possível doação e recepção de um rim de uma criança de oito anos para ou proveniente de um irmão menor, em que segundo o interesse do menor a solução irá inclinar-se para um sentido ou outro.

41 Em sentido contrário, PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise – rumo a uma nova epistemologia**. Rio de Janeiro: Imago, 2003. p. 208 – a autora afirma que o princípio do melhor interesse inclui-se como Direito Fundamental Constitucional.



acordo com o princípio, consubstanciando-se, assim, como critérios de valoração de um direito.

Destacam-se, no presente momento, as considerações de José Alexandrino⁴² acerca do interesse superior da criança, as quais, por serem apresentadas de forma esquemática, são bastante úteis para o estudo do princípio. Assim, para ele o interesse superior da criança “não é um direito fundamental, um direito do homem, um bem fundamental, um interesse público, uma condição do exercício do poder paternal, uma realidade equivalente a interesses da criança”.

Concorda-se com suas conclusões, pois, como exposto há pouco, o princípio “não será objeto de debate jurídico, judicial ou extrajudicial”⁴³, mas sim instrumento a serviço dos aplicadores do Direito Infanto-Juvenil, a fim de serem encontradas as melhores decisões relativas às crianças. Não confundindo seu conceito a nenhum direito, bem ou interesse.

O interesse superior será, de acordo com o professor, “um princípio jurídico-formal, que atua como critério orientador; um *standard* hermenêutico, pauta de conformação do ordenamento jurídico pelo legislador; pauta obrigatória na resolução de casos concretos”⁴⁴.

E como instrumento, esse conceito foi utilizado como inspiração do Estatuto da Primeira Infância, que corretamente tirou o foco da mulher presa, trazido pelas Regras de Bangkok, para concentrar-se na criança.

42 ALEXANDRINO, Jose de Melo. Os Direitos das crianças linhas para uma construção unitária. **Revista da ordem dos advogados**. Ano 68, I, Lisboa, janeiro, 2008. p. 308.

43 HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madri: Dykinson, 2007. p. 140.

44 ALEXANDRINO, Jose de Melo. Os Direitos das crianças linhas para uma construção unitária. **Revista da ordem dos advogados**. Ano 68, I, Lisboa, janeiro, 2008. p. 308.

Após previsão legislativa, o princípio passa a ser parâmetro hermenêutico na solução dos casos concretos, como na concessão de prisão domiciliar às mães presas com filhos menores de 12 anos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente intervenção teve como objetivo analisar a legislação atual que modificou instrumentos jurídicos dos sujeitos denominados primeira infância. Decerto que o Estatuto da Primeira Infância visa à predominância do direito à convivência familiar ao *jus puniendi* estatal assim prevalente, dada a busca ao melhor interesse da criança.

Considerando que o melhor interesse da criança presente no nosso ordenamento jurídico, de forma a dar prioridade absoluta aos menores, transforma-os em seres prioritários não só nas relações familiares, mas também na sociedade, devem estes ser tratados como titulares de direitos fundamentais.

E assim verificamos que a legislação presente estudada, principalmente em termos de legislação processual penal, não foca na mulher presa, mas sim na mãe e na criança, incluindo o nascituro. Note-se que a criança se encontra numa realidade jurídica diferente da de seus pais presos, a eles não se aplicam os preceitos de direito penal, a sua referência legislativa é toda inspirada na proteção integral que prioriza não só o seu interesse, mas também seu melhor interesse.

Nesse sentido, a legislação ao fornecer prisão domiciliar aos pais presos com filhos, ou à mulher parturiente presa, o faz não sob o olhar da condição de submissão ao direito de punir estatal em que estão os responsáveis parentais, mas do ponto de vista da criança que não está em



nenhuma hipótese sujeita a esse poder, a ela subsistem todos os direitos que carecem aos seus pais, em especial o direito à liberdade.

Se olharmos as alterações trazidas na legislação trabalhista, encontraremos o mesmo raciocínio do legislador, da mesma forma a criança não está sujeita às obrigações trabalhistas de seus pais, a ela só há a prioridade absoluta. Não cabe a ela suscitar questionamentos ao contrato trabalhista ou até mesmo à sentença condenatória, sendo ela titular de direitos fundamentais, cabe aos aplicadores do direito efetivá-los.

Dessa forma, o Estatuto efetiva o princípio do melhor interesse da criança ao priorizar a convivência familiar que exige que ela mantenha relações pessoais e, por meio de seus pais, possua o sentimento de pertença; aos pais gera o dever de cuidado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Jose de Melo. Os Direitos das crianças linhas para uma construção unitária. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 68, I, Lisboa, janeiro, 2008, p. 275-309.

AYAGO, Antonia Durán. El interés del menor en el conflicto de civilizaciones: elementos para su concreción en un contexto intercultural. *In*: CARAVACA, Afonso-Luis Calvo; ESPERANZA, Castellanos Ruiz (org.). **El derecho de familia ante el siglo XXI**: aspectos internacionales. Madrid: Colex, 2004, p. 295-318.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo. *In*: BARROSO, Luis Roberto (org). **A nova interpretação**

constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 1- 49.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto Lei 3689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. **Decreto 99.710, de 21 de novembro de 1990**. Promulga a Convenção sobre Direitos da Criança. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

BRASIL. **Lei 13.257, 8 de março de 2016**. Estatuto da Primeira Infância. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13257.htm. Acesso em: 18 maio 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada** – Tomo I. 4 ed. rev. Coimbra: Coimbra, 2007.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios fundamentais e norteadores para a organização jurídica da família**. Tese (Universidade do Paraná). Curitiba, 2004. Disponível em: https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/2272/Tese_Dr.%20Rodrigo%20da%20Cunha.pdf. Acesso em: 18 julho 2017.



HERNÁNDEZ, Francisco Rivero. **El interés del menor**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 2007.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Família. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MARTINS, Rosa. **Menoridade, (IN) Capacidade e Cuidado Parental**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração do Direitos da Criança de 1959**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Crian%C3%A7a/declaracao-dos-direitos-da-crianca.html>. Acesso em: 18 jul. 2017.

PEREIRA, Tânia da Silva. **Direito da Criança e do adolescente**: uma proposta interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança” no âmbito das relações familiares. *In*: GROENINGA, Giselle Câmara; PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.). **Direito de Família e Psicanálise** – rumo a uma nova epistemologia. Rio de Janeiro, Imago, 2003, p. 207-217.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A função pedagógica da responsabilidade do agente fiscal nos casos de danos ocasionados ao cidadão

The pedagogical function of
responsibility of the fiscal agent
who caused the damage to the citizen

**BLEINE QUEIROZ CAÚLA
DAYANE NAYARA DA SILVA ALVES
HORTENCIA SILVA AIRES LEAL**

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a relação turbulenta entre os sujeitos da relação tributária. As condutas ilegítimas de ambos são perniciosas ao Estado Democrático de Direito, o desrespeito à legalidade por ambos e havendo dano moral ou material aos cidadãos, é necessária a responsabilidade do Estado e de seus agentes. Após a Constituição Federal, de 1988, a responsabilidade do Estado, disciplinada no artigo 37, parágrafo 6º, prevê também a possibilidade de o agente público ser responsabilizado pessoalmente por danos que causar imbuídos de dolo ou culpa. Constrói-se uma exposição de argumentos a favor da responsabi-



lização pessoal do agente do fisco, a função pedagógica e preventiva e os aspectos processuais do tema.

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado. Agente Público. Relação Tributária.

Abstract

The aim of this article is to analyze the turbulent relationship between the subjects of the tax relation. The illegitimate conduct of both is harmful to the Democratic State of Law, the disrespect for legality by both subjects and occurring moral and material damage to the citizen, responsibility is required from the State and their agents. After the Federal Constitution of 1988, the responsibility of the State, disciplined in article 37, paragraph 6, also provides the possibility of the public agent being personally liable for damages for malice or fault. Based on these arguments in favor of the personal responsibility of the agent of the Treasury, The paper also broaches the educational and preventive role of the personal responsibility and it discusses the procedural aspects of the subject.

Keywords: Liability State. Tributary Relation. Public Agent.

INTRODUÇÃO

A maneira como o Estado se apresenta é fruto de variadas lutas e impasses da sociedade para conter o arbítrio de quem governa com o fito do desenvolvimento dos indivíduos e, por consequência, do corpo social. O modo como os entes federados obtêm recursos para o pagamento de suas

[Ir para o índice](#)

despesas e a prestação de lhes possibilita prestar serviços públicos devidos dá-se precipuamente por meio de tributos. Nessa luta diária, os sujeitos da relação jurídica tributária defendem interesses aparentemente opostos, de um lado o Fisco visando cumprir uma função arrecadatória e fiscal, doutro, os contribuintes buscando proteger seus bens e direitos intactos.

A busca da conciliação dessas esferas legítimas de direito faz com que, por meio do Estado Democrático de Direito, ambos os sujeitos devam respeito à legalidade para conferir legitimidade às suas condutas. Porém, das vicissitudes dessa relação poderão advir danos a serem reparados pelo Estado e, em caso de dolo ou culpa, também pelo patrimônio do agente da Fazenda, regulamentada na Constituição Federal, de 1988, nos termos do artigo 37, § 6º.

O meio como o Estado se mantém, paga suas despesas e promove serviços públicos que lhe competem, se dá precipuamente por meio dos tributos; com isso, forma com o particular uma relação jurídica tributária. Em que pese ser jurídica essa relação, o Estado nela se encontra em posição de superioridade, porque o tributo é uma obrigação compulsória imposta aos contribuintes realizadores de fatos geradores conforme a lei.

O poder conferido ao ente público para se imiscuir no patrimônio privado e a carrear parte deste aos cofres públicos deve ser limitado – e o é – pelos princípios e imunidades. De modo que a função arrecadatória praticada pelos agentes públicos também deve ser, caso não seja e estes ajam fora dos limites legais, por culpa ou dolo, causando danos aos contribuintes, deverão ter o seu patrimônio como reparador da indenização cominada a este.

A responsabilidade dos sujeitos ativos da relação pauta-se pela teoria objetiva, basta aos contribuintes comprovar o liame entre dano e conduta imputada ao Estado. Porém, com a teoria do órgão, as condutas dos



agentes públicos são cominadas ao ente público e se estes vierem a causar danos a terceiros *deverão* ser responsabilizados com o seu patrimônio.

Nessa perspectiva, no ordenamento jurídico brasileiro convivem pacificamente a teoria objetiva ao ente público e a teoria subjetiva que requer do administrado a comprovação de uma conduta dolosa ou culposa por parte do agente do fisco quando estiver agindo como tal.

A responsabilização pessoal do agente do fisco promoverá efeitos moralizadores e pedagógicos nestes e pacificará a relação jurídica tributária, promovendo adimplemento de ambas às partes das normas tributárias. Dessa forma, expor-se-ão os motivos da possibilidade de responsabilizar pessoalmente o agente público quando ocasionar danos aos contribuintes, analisando a consequência desta responsabilização; a mudança de comportamento de agentes faltosos e uma arrecadação legitimada. a consequência que isto promoverá, se o comportamento do agente faltoso irá ser modificado se, de fato, o seu patrimônio responder por sua conduta ilegal e ilegítima. A justificativa deste trabalho decorre da necessidade de se ressaltar o quanto é preciso pacificar a relação jurídica tributária, de modo que ambos os sujeitos dessa relação coadunem sua conduta à legalidade e mandamentos constitucionais, objetivo distante da realidade fática atual.

As hipóteses do estudo foram investigadas a partir de pesquisa bibliográfica. Utilizou-se uma abordagem quantitativa e qualitativa, voltada a aprofundar e compreender o debate sobre o assunto, mediante observações intensivas dos fenômenos sociais. A pesquisa é descritiva e exploratória, visto que conceitua, explica, descreve, interpreta, inova, discute e esclarece o contexto atual do tema.

O artigo está dividido em quatro seções, sendo uma introdutória, seguida do tópico 1 que apresenta a relação jurídica tributária, seus sujei-

tos, a maneira como o Estado arrecada tributos (poder de tributar) e com esses recursos mantém sua estrutura, paga suas despesas e efetua serviços, de modo a atingir os objetivos constitucionalmente estabelecidos. A terceira aborda a responsabilidade do Estado, do agente público, sob a perspectiva histórica e atual, os aspectos processuais para responsabilizar pessoalmente o agente da Fazenda Pública quando da sua conduta puderem ser apurados o dolo ou culpa e o efeito pedagógico e moralizador que esta trará às relações tributárias. Na última, apresenta-se a conclusão.

1. PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ATIVIDADE TRIBUTÁRIA E O PODER DE TRIBUTAR

O Estado tem a prerrogativa de exigir do povo os tributos para angariar recursos financeiros para implementar os objetivos estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, metas de cunho prestacional, através da oferta de serviços aos cidadãos contribuintes, pois o fim último é a atenção do bem comum. O Estado, desde os tempos antigos, utiliza os tributos como fonte de recursos precíua para desenvolver-se. O poder de tributar é uma faceta do poder estatal, sendo conferido pelo povo a um governo modificado por eleições periódicas¹.

O Poder de Tributar do Estado se manifesta quando o ente estatal realiza atos de império, da qual age com o particular imbuído de superioridade decorrente da supremacia do interesse público e de sua indisponibilidade. Da relação jurídica formada com o particular, de direito público, a Constituição Federal, de 1988, estatui que o Estado, por meio dos entes tributantes,

¹ MAZZA, Alexandre **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 43.



institua, legisle, fiscalize e arrecade o tributo do sujeito passivo da referida relação, ou seja, os contribuintes, destinando os valores aos cofres públicos.

A concepção de Estado atual é Constitucional Democrático e apresenta características como a imposição constitucional de limites e o reconhecimento da força normativa da Constituição Federal². Os limites se manifestam com o fito de respeitar os direitos e garantias dos contribuintes, e o Poder de Tributar é limitado por princípios e imunidades consagrados pela Constituição Federal, de 1988. Vejamos o entendimento de Eduardo Sabbag³:

O poder de tributar é, em verdade, um poder de direito, lastreado no consentimento dos cidadãos, destinatários da invasão patrimonial, tendente à percepção do tributo. Se há em seu emprego uma parcela de força, ela se mostra institucionalizada, dotada de juridicidade.

Embora marcada por uma superioridade da qual o Estado, exercendo sua soberania, obtém pecúnia de maneira compulsória do patrimônio e renda dos contribuintes, a relação entre fisco e contribuinte deve ser jurídica com direitos e deveres recíprocos, e na percepção do tributo, como uma obrigação, segundo a lei, e não uma relação de poder, enxergando o contribuinte como súdito e vendo seus interesses contrários aos do Estado-Fisco.

Dessa maneira, a Constituição da República atual, em seu título VI, trata da tributação e orçamento, disciplinando a forma como o Estado pode e deve exigir de seus cidadãos a prestação compulsória que subsidia a sua existência de forma precípua, por ser o tributo a principal via de ingresso de recursos aos cofres públicos. As limitações ao poder de

2 NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013. p. 44.

3 SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 54.

tributar ocupam um lugar de destaque no ordenamento, dispostas na seção II do título mencionado, embora não exaustivamente, em respeito e importância aos direitos e garantias dos contribuintes.

A relação jurídica obrigacional tributária é marcada por impasses, há um desgaste provocado por ambos os sujeitos. Deveras, da atividade tributária, os agentes públicos, com vista a uma arrecadação mais célere, aplicam sanções políticas, práticas costumeiras e contrárias ao ordenamento jurídico pátrio. Quanto aos contribuintes, tem-se o cometimento de crimes contra a Ordem Tributária.

Sob essa perspectiva, está tramitando no Congresso Nacional o Código de Defesa do Contribuinte, que, aprovado, evoluirá a relação jurídica obrigacional tributária, tão desigual e permeada por vicissitudes, entre os entes públicos e contribuintes, prevendo em seu texto rol de direitos e deveres dos contribuintes para com o Fisco, confirmando e regulando os previstos na Constituição da República, com o fito delineado no equilíbrio, transparência e cooperação que devem reger tal relação jurídica.

Os interesses dos sujeitos da relação jurídica parecem dissonantes, de um lado o Fisco pretendendo cumprir sua função arrecadatória e fiscal; doutro, as pessoas físicas e jurídicas que pretendem manter seus bens e direitos incólumes. A conciliação destes justifica as limitações que o Estado e os agentes fiscais devem respeitar, como bem salientam Liana Maria Taborda Lima e Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr⁴

A intromissão do Fisco na iniciativa privada deve estar teleologicamente orientado, vez que a preservação desta

4 LIMA, Liana Maria Taborda; SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coelho. A responsabilidade civil no caso de abuso de poder fiscal. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 37, 2014, p. 488. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/81>. Acesso em: 13 fev. 2017.



guarda íntima correlação com o interesse público, pois através da iniciativa privada são gerados bens e riquezas que movem o país. A maior prova do cuidado da Constituição com os limites da interferência estatal no âmbito da vida privada das pessoas é o teor do artigo 145, §1º, que antepõe, expressamente, ao dever do Estado de fiscalizar, o respeito aos direitos e garantias individuais.

Nessa linha, a importância da iniciativa privada para o País, com a produção de bens e riquezas, dá azo a justificar a limitação ao poder pelos mecanismos constitucionais, a responsabilização do agente estatal que desrespeita tais óbices, exigência de indenização pelo Estado e pelo agente público, quando ocorrerem danos aos contribuintes.

A evolução histórica de Estado e de como este se relaciona com os seus indivíduos modificou-se ao longo do tempo e é reflexo das lutas sociais na busca de direitos, como liberdade, igualdade, paz e desenvolvimento. Tais revoluções propiciaram a positivação de direitos humanos, que pode se dar em regras, mas o são geralmente em princípios e tem por objetivo maior a promoção da dignidade da pessoa humana, superando a fase de meras reivindicações políticas ou éticas para exigíveis⁵. De acordo com Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet de Branco⁶,

Os direitos humanos assumem posição de definitivo realce na sociedade quando se inverte a tradicional relação entre Estado e indivíduo e se reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos e, depois, deveres perante o Es-

5 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 154.

6 MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 134.

tado, e que os direitos que o Estado tem em relação ao indivíduo se ordenam ao objetivo de melhor cuidar das necessidades dos cidadãos.

Dessarte, a positivação dos direitos humanos pode se dar em regras, mas normalmente se dá por princípios. Os direitos fundamentais não são absolutos, da colisão de princípios a solução se dá pela proporcionalidade, possibilidade conferida à elasticidade natural característica das normas principiológicas. Joyce Chagas de Oliveira⁷ esclarece:

Entendemos os direitos fundamentais como direitos subjetivos que expressam valores de uma sociedade, motivo pelo qual devem ser resguardados, como em nosso Ordenamento Jurídico são, em cláusulas pétreas, para evitar que sejam modificados facilmente e, assim, seja retirada a garantia que a sociedade alcançou ao longo dos tempos.

Se nos aprofundarmos na história da humanidade, verificaremos que as grandes conquistas contra os abusos do Estado foram em questões tributárias, limitando o poder de tributar e permitindo, mediante árduo esforço, um Estado mais justo, concluindo, desta forma, que os direitos fundamentais, são uma proteção contra os arbítrios do Estado, uma limitação ao poder que este detém.

Desse modo, o arbítrio estatal na cobrança de tributos incentivou a população a busca por limitações e, paulatinamente, o poder de tributar foi sendo obstaculizado, hoje conta com a extensão principiológica que busca resguardar a invasão do patrimônio do contribuinte dos desmandos dos seus agentes públicos.

⁷ OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 30.



Há normas que carregam valores supremos que têm por características um elevado grau de indeterminação, fazendo deles um lugar comum com os quais outros princípios afluam. Segundo Carvalho Filho torna-se evidente que um deles, o da segurança jurídica, tem por objetivo:

De um lado, a perspectiva de certeza, que indica o conhecimento seguro das normas e atividades jurídicas, e, de outro, a perspectiva de estabilidade, mediante a qual se difunde a ideia de consolidação das ações administrativas⁸.

Entrementes, de nada adianta a disciplina de direitos e garantias individuais contemplados na Constituição se os órgãos a quem compete efetivá-lo não o fizerem. Cumpre destacar que a segurança jurídica será implementada pela atuação dos princípios da legalidade, anterioridade, universalidade da jurisdição e irretroatividade.

As limitações ao poder de tributar ensinam a demarcação da administração pública quanto a suas funções fiscalizatórias e arrecadatórias. O princípio da legalidade, preconizado nos artigos 5º, II, e 150, I, da Constituição da República, de 1988, bem como no artigo 97 do Código Tributário Nacional, dispõe que a lei é quem obriga o particular a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, ao passo que a legalidade tributária, inculpada no segundo artigo mencionado, ensina que nenhum tributo será instituído ou majorado sem ser por intermédio de lei, e para cumprir esse mister os entes federativos observarão as atribuições de competências, devendo os tributos federais serem legislados pelo Congresso; os estaduais pela Assembleia Legislativa; e os municipais pelas

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 37.

Câmaras de Vereadores. A reserva legal, inscrita no Código Tributário Nacional reserva a lei à tipificação de fatos geradores, alíquotas e bases de cálculo da exação, cominações de penalidades e as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção do crédito tributário. Acrescenta Eduardo Sabbag⁹,

[...] Se o tributo é veículo de invasão patrimonial, é prudente que isso ocorra segundo a vontade popular, cuja lapidação se dá no Poder Legislativo e em suas Casas Legislativas. Tal atrelamento, no trinômio – tributo-lei-povo assegura ao particular um – escudo protetor contra injunções estatais feitas por instrumento diverso de lei.

A legalidade não se restringirá à instituição ou majoração como esclarece o artigo 150, § 6º, que prevê o intermédio da lei para concessão de benefícios fiscais, ou seja, reduções das exações. É lição do constituinte brasileiro a adoção de Lei Complementar, para regular as limitações ao poder de tributar tão extensivamente, disposta na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, pelos princípios tributários, entendimento depreendido do artigo 146, III.

Cumprir mencionar o princípio da isonomia presente no artigo 150, II, da Constituição da República, de 1988, o qual ordena aos entes tributantes conferir igualdade de tratamento aos contribuintes que estão em situações igualitárias. Ensinam Rafael Gonçalves Mota e Raquel Gonçalves Mota¹⁰

O princípio da isonomia representa significativa conquista do homem moderno, especialmente considerando-se a

9 SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

10 MOTA, Rafael Gonçalves; MOTA, Raquel Gonçalves. O princípio da isonomia tributária e suas relações com o direito penal tributário. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAULA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 8, Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017. p. 242.



necessidade de preservação das condições individuais mínimas, como, por exemplo, a ausência de qualquer espécie de segregação ou discriminação por parte do Estado.

Assim, o referido ordena ao legislador a considerar as disparidades econômicas fáticas entre os contribuintes. Estabelece, também, o princípio da anterioridade, expresso no artigo 150, III, “b” e “c” da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, a limitação ao momento da eficácia do tributo, de modo a informar aos contribuintes o que lhes aguarda, ampliando a confiança no Estado Fiscal. Assim, a anterioridade almeja que o contribuinte não seja cobrado inesperadamente, em respeito ao princípio da segurança jurídica.

Dito isso, as alíneas do artigo 150 estatuem de fato o tempo a ser respeitado pelo Poder Público, o exercício financeiro, a contar da publicação da lei, ou seja, é possível a criação ou majoração do tributo a qualquer tempo, porém a eficácia fica suspensa até o início do ano posterior onde poderá incidir¹¹. Por fim, consta na alínea “c” do artigo 150 que não basta o respeito ao exercício anterior, mas é preciso ser concedido um prazo de 90 dias para que os contribuintes organizem o seu orçamento para arcar com o encargo fiscal.

Distingue-se a anterioridade nonagesimal do respeito ao exercício financeiro, pela limitação mínima de 90 dias para a cobrança de tributos, concedendo tempo necessário para os contribuintes se organizarem e arcarem com o encargo fiscal. Ambos os óbices devem ser aplicados de forma cumulativa, em regra.

11 SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 99.

O princípio da universalidade de jurisdição, insculpido no artigo 5º, XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, protege o contribuinte, ao lhe conferir a possibilidade do Poder Judiciário de apreciar cobranças e lançamentos, não importando se a demanda envolve vantagem para a Administração Pública e o conflito esteja no bojo de um Processo Administrativo Fiscal. “O ordenamento pátrio adota o sistema da jurisdição una, [...] O referido preceito atribui ao Poder Judiciário o monopólio da função jurisdicional, não importando se a demanda envolve interesse da Administração Pública”¹².

O sistema da jurisdição una ou modelo inglês se contrapõe ao sistema do contencioso administrativo ou modelo francês, é inteligência de Alexandre Mazza¹³

O contencioso administrativo caracteriza-se pela repartição da função jurisdicional entre o Poder Judiciário e tribunais administrativos. Nos países que adotam tal sistema, o Poder Judiciário decide as causas comuns, enquanto as demandas que envolvam interesse da Administração Pública são julgados por um conjunto de órgãos administrativos encabeçados pelo Conselho de Estado.

O Poder de Tributar é limitado também por situações em que o ente tributante não pode tributar, como isenções, anistias e pelas imunidades tributárias. As imunidades tributárias são benefícios fiscais dispostos na Constituição Federal que impede a incidência do tributo, seja sobre certas

12 MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 68.

13 MAZZA, Alexandre, **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.68.



peças – *imunidades subjetivas* – ou bens – *imunidades objetivas*. Tais benefícios obstam o nascimento da relação jurídica tributária, ou seja, o vínculo obrigacional, e merece uma análise específica. O ponto em comum dessas circunstâncias obstaculizadoras é de estabelecer garantias ao contribuinte.

2. RESPONSABILIDADE DO AGENTE FISCAL

A responsabilidade estatal importa em identificar e apontar o ônus de ressarcir os administrados por danos imputados ao Estado, sejam lícitos ou ilícitos, bem como de ações ou omissões de seus agentes durante a função administrativa. O instituto em tela evoluiu, sendo apontadas três teorias até chegar ao estágio atual.

A primeira teoria é a da irresponsabilidade estatal, passando para a da responsabilidade subjetiva e, por fim, para a da responsabilidade objetiva. A evolução do instituto depende do país analisado por serem peculiares a conjuntura cultural, legislativa e a produção doutrinária a cada ordenamento jurídico – influenciando-os mutuamente – de modo que a passagem entre uma teoria para a outra sofre variação, dependendo do direito positivo analisado¹⁴.

A teoria da irresponsabilidade vigorava no período dos Estados Absolutistas, o Rei era visto como representante de Deus na terra e sua soberania era concedida por este Deus, e não pelo povo, também não se admitia que os súditos pudessem pleitear indenizações por danos decorrentes da atuação governamental, pois a lógica era que se Deus não

14 MAZZA, Alexandre, **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 383.

erra, assim também o Rei não erraria¹⁵. O Estado não era visto como um sujeito de obrigações, ou seja, não era submetido às leis que editava, tampouco ao rei que o representava.

Passado o período da irresponsabilidade que no ordenamento jurídico pátrio não teve muitos adeptos, o Estado passa a ser responsável pontualmente pela legislação até se basear na teoria subjetiva, adotada no Código Civil dos Estados do Brasil, de 1916, em seu artigo 15.

A responsabilidade subjetiva está fundada na noção de culpa do agente público quando está imbuído nessa função, devendo o particular comprovar alguma falha, dolo, omissão, imprudência, negligência ou imperícia daquele, além do ato ilegal que o agente praticou; deve ainda comprovar o dano, nexos causal entre estes e o ato do agente. Os requisitos são cumulativos, de modo que pela falta de um deles, a responsabilidade estatal fica afastada. Fernanda Marinela¹⁶ leciona

[...] o Administrador só pode fazer o que a lei autoriza e determina, portanto, se atua de forma negligente, está descumprindo a previsão legal. O dolo significa ter a intenção de causar dano, ou, pelo menos, não se importar que ele ocorra, o que também caracteriza descumprimento do dever legal. A teoria subjetiva consiste na obrigação de indenizar em razão de comportamentos, procedimentos, ações contrárias ao Direito, portanto, condutas ilegais que consistem em causar um dano a outrem ou em deixar de impedi-lo. Assim, o grande fundamento dessa responsabilidade é o princípio da legalidade.

15 MAZZA, Alexandre, **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 382.

16 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 933.



O sistema jurídico brasileiro, na Constituição Política do Império do Brasil, de 1824, influenciada pela Revolução Francesa, tratou de elevar a condição dos colonizados aos de cidadãos, e nos artigos 156 e 179 previu a responsabilização pessoal dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no exercício da função¹⁷. Da mesma forma, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, nos termos do artigo 82, conferia a responsabilidade aos funcionários públicos por abusos e omissões que incorressem no exercício de seus cargos e pela indulgência ou negligência em não responsabilizar seus subalternos¹⁸. Complementa Cahali que a Lei nº 221, de 1894, conferia aos Juízes e Tribunais Federais a atribuição de julgar causas de lesão a direitos individuais praticados por autoridades administrativas da União¹⁹.

Nesse sentido, a teoria subjetiva foi adotada pelo Código Civil, de 1916, e a primeira Constituição a tratar sobre a responsabilidade estatal de modo explícito foi a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934, que, nos termos do artigo 171, prevê a responsabilidade solidária entre os agentes públicos e a Fazenda Pública a que este se vinculava por prejuízos causados ao administrado, seja por culpa ou dolo²⁰. Nessa senda, Yussef Said Cahali preconiza²¹:

17 OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 91.

18 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28

19 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 30.

20 OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 93.

21 CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 28.

[...] E nos termos do §§1º e 2º prescrevia que, - na ação proposta contra a Fazenda Pública e, fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá execução contra o funcionário culpado.

O problema da teoria subjetiva repousava na dificuldade demonstrada pelos particulares de enfrentar todos os requisitos exigidos, a ausência de algum deles impedia que o Estado fosse responsabilizado, e isso era recorrente devido à hipossuficiência do administrado. Fernanda Marinela²² leciona:

Inicialmente essa responsabilidade baseava-se na culpa ou dolo do agente, o que para vítima representava, muitas vezes, um grande desafio, porque na Administração Pública nem sempre é fácil indicar a autoridade competente e, mais difícil ainda, a responsável pela ordem, especialmente quando se está do lado de fora, como normalmente ocorre com a vítima.

Sob essa perspectiva, com a atuação do Estado aumentando, essa teoria evolui de modo a proteger melhor os administrados, adotou-se, por conseguinte, a teoria objetiva. Cumpre destacar que a teoria subjetiva não foi extirpada totalmente do ordenamento jurídico pátrio, pois esta é prevista nos casos de responsabilização pessoal do agente público, nos danos por omissão e nas ações regressivas em face desses agentes.

O avançar tecnológico do final do século XIX, provocado pelas indústrias e o aumento no número de acidentes de trabalho, ambos os fatores

22 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 933.



contribuíram para a reflexão sobre a responsabilidade estatal, na época, e fizeram com que os juristas desenvolvessem argumentos de que a responsabilidade não deveria repousar na culpa do agente e sim em determinadas situações de risco das quais os administrados estariam expostos, com grande possibilidade de sofrerem acidentes.

Dito isso, a Teoria do Risco foi proposta, e com o aumento da intervenção da Administração Pública na vida social e econômica essa teoria foi estendida aos ramos do direito público²³. A extensão, contudo, não foi aplicada facilmente. Sobre essa resistência, Joyce Chagas de Oliveira pondera que “Apesar de a responsabilidade constituir a própria essência do Estado de Direito, esta não se impôs facilmente, pois houve muita resistência e tentativa de utilização das teorias do direito privado para afastar a possibilidade de responsabilidade do Estado”²⁴.

Nesses termos, a teoria objetiva aponta a desnecessidade de comprovar o elemento subjetivo, culpa ou dolo, porém não exclui a obrigação de os administrados apontarem [pontuarem, para mudar o verbo] o liame, chamado de nexo causal, entre a conduta imposta ao Estado e o dano sofrido. Tal teoria, reconhecida como constitucional pela Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946, conforme o artigo 194²⁵, foi adotada pela Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, nos termos do artigo 37, § 6º.

23 ARAGÃO, Alexandre Santos de. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.6, n: 824, p. 72-81, jun. 2004. p. 73.

24 OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 93.

25 MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 994.

A Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, alberga a teoria objetiva, em regra. Quanto aos agentes públicos, impera a teoria subjetiva, pois em face destes o Estado deverá utilizar ações regressivas na busca de imputar o dolo ou culpa na consecução de suas atividades que causou dano ao administrado, a fim de que este arque efetivamente com o prejuízo causado a terceiro, e não a toda coletividade que é quem paga as indenizações ao lesado com os tributos que o Estado arrecada do povo. As teorias objetiva e subjetiva, portanto, convivem pacificamente no ordenamento brasileiro.

2.1 Aspectos Processuais

O ordenamento jurídico pátrio, no dispositivo do artigo 37, § 6º, concilia a responsabilidade objetiva – imputada ao Estado – e a responsabilidade subjetiva – atribuída ao agente público, com a demonstração de culpa ou dolo –, quando estiverem desempenhando suas atribuições funcionais e causarem dano ao administrado.

A Administração Pública atua no mundo jurídico por meio de personalidade jurídica conferida aos entes políticos e entidades da administração indireta. A doutrina buscou explicar a relação dessas pessoas jurídicas com os seus agentes por diversas teorias, tendo a orgânica sido adotada pelo ordenamento pátrio. Prevê que a atuação do agente estatal é juridicamente atribuída ao Estado, que somente pode agir faticamente por meio dos seus agentes, sejam funcionários, servidores ou particulares que colaboram com a Administração Pública, até mesmo os temporários²⁶.

O ordenamento jurídico confere ao ente público a apuração de dolo ou culpa na conduta de seu agente pela ação regressiva que deve opor

26 MACHADO, Hugo de Brito. **Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte**, 2002. [s.p.].



a este. A ação de regresso contra o agente público é obrigatória porque o interesse coletivo é indisponível; só não haverá ação regressiva se o agente público não tiver agido com dolo ou culpa²⁷.

A ação regressiva promovida pelo ente público ao seu agente faz recompor a indenização que este pagou ao administrado, retirando dinheiro arrecadado de *todos os contribuintes*, fazendo-o repensar as suas atitudes, desestimulando o ímpeto de somente arrecadar de forma célere, fazendo-o agir com mais diligência e respeito aos limites legais. A realidade no mundo fático sustentada por Joyce Chagas de Oliveira²⁸

Infelizmente, verificamos no cotidiano que o cidadão ajuíza a ação diretamente contra o Estado porque a fase probatória é mais simplificada, e porque este, após a finalização da ação judicial, não ingressa com a ação regressiva contra o agente público que ocasionou o prejuízo suportado, permitindo que aquela pessoa pratique novamente os atos que lesionaram o Erário.

Dito isso, a opção quando o agente causar danos ao Estado, em face de este ter despendido um valor em favor do lesado por meio de uma indenização, é a de descontar tal valor indenizatório dos seus rendimentos.

De fato, a responsabilização do agente público é uma realidade nas Cortes brasileiras, continuar assim procedendo promover-se-ão melhorias na relação jurídica tributária entre Fisco e contribuinte. O Supremo Tribunal Federal se manifestou no sentido de ser possível o administrado ajuizar demanda contra o Estado e agente público que lhe ocasionou dano. Vejamos

27 OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 118.

28 OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 118.

RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS DE DIREITO PÚBLICO- AÇÃO DE INDENIZAÇÃO MOVIDA CONTRA O ENTE PÚBLICO E O FUNCIONÁRIO CAUSADOR DO DANO- POSSIBILIDADE. O FATO DE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL PREVER DIREITO REGRESSIVO AS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO CONTRA O FUNCIONÁRIO RESPONSÁVEL PELO DANO NÃO IMPEDE QUE ESTE ÚLTIMO SEJA ACIONADO CONJUNTAMENTE COM AQUELAS, VEZ QUE A HIPÓTESE CONFIGURA TÍPICO LITISCONSORCIO FACULTATIVO - VOTO VENCIDO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E PROVIDO. (STF- RE: 90071 SC, Relator: CUNHA PEIXOTO, Data de Julgamento: 18/06/1980, TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: DJ 26-09-1980 PP-07426 EMENT VOL-01185-01 PP-00359 RTJ VOL-00096-01 PP-00237).

Sob essa perspectiva, a par da realidade da responsabilização do agente público quando comprovado o seu liame subjetivo na execução de suas atribuições e o dano que decorreu da sua conduta, há dissenso doutrinário sobre o modo de responsabilização pessoal do agente público. Temos as hipóteses de intervenção de terceiros, e a denúncia da lide, inculpada no artigo 125 do Código de Processo Civil, possibilita ao Estado incluir, na mesma demanda em que é réu, o agente da Fazenda, para apurar sua responsabilização subjetiva, de forma a tornar o procedimento mais célere.

Todavia, o argumento contrário a essa possibilidade de intervenção de terceiros a ser utilizada pelo particular encontra óbice de autores renomados, explica José dos Santos Carvalho Filho²⁹:

[...] Acresce, ainda, um fundamento de ordem lógica: a ser admitida a denúncia do servidor à lide, poderia

29 CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 612.



haver gravame ao lesado, já que, em muitos casos teria ele que aguardar o desfecho (costumeiramente demorado) do litígio entre o Estado e o seu servidor, baseado na culpa civil, quando a Constituição o beneficiou com a pretensão que, em razão da responsabilidade objetiva, independe da discussão desse elemento subjetivo. Essa é, a nosso ver, a melhor doutrina a respeito do assunto [...].

A demora probatória, no caso concreto, se mostra incompatível com a razão de ser do instituto de intervenção de terceiros, pensado para tornar o processo mais célere.

Com efeito, além da hipótese de denunciação da lide, temos outra espécie de intervenção de terceiros que a doutrina aponta como possível para apuração da responsabilidade do Estado e seu servidor em um mesmo procedimento, qual seja, o litisconsórcio passivo. Os argumentos contrários a tal intervenção repousam nos mesmos da denunciação da lide; porém, em argumento favorável a salutar responsabilidade pessoal do agente que de fato praticou a conduta compondo o polo passivo da demanda, terá efeito moralizador e preventivo ao ter de, por exemplo, contratar advogado para a sua defesa, e possibilidades concretas de condenação farão com que repense sua conduta ao exercer suas atribuições laborativas, de modo a respeitar os direitos e garantias dos contribuintes.

2.2 A insuficiência da responsabilidade do ente público

O Estado atualmente subsiste por meio dos tributos arrecadados dos seus contribuintes e, por isso, é chamado de Estado fiscal. Para obter as receitas provenientes dos tributos, estabelece a Constituição um dever conferido ao polo ativo da relação jurídica tributária que deve arrecadar tais se imiscuindo no patrimônio dos particulares para carrear esses

valores aos cofres públicos e, dessa forma, o ente público pode prestar serviços públicos que lhe competem e pagar suas despesas. Todavia, esse poder conferido ao ente estatal deve ser limitado e exercido nos moldes da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

Dito isso, os agentes públicos também devem respeito a essa limitação ao poder de tributar, porém não é o que ocorre. Os agentes públicos, investidos de tal poder, numa posição de verticalidade com o particular, frequentemente desrespeitam essas limitações constitucionais, lesionando direitos fundamentais dos contribuintes. Consequentemente, sobrevindo danos, o Estado será responsabilizado.

Portanto, o montante a ser dispendido pelo Estado quando condenado ao pagamento de valores por ter causado dano a um administrado, com a demonstração do liame entre o dano e a conduta estatal, é pago por toda a comunidade. Ou seja, o montante devido pelo Estado ao particular recairá ao erário. Em síntese, essa obrigação imposta ao ente público de pagar quantia ao particular reconhecida judicialmente dá direito ao administrado a um precatório.

Conforme todo o exposto, não só o ente público deve ser responsabilizado, sob pena de perpetuar uma atuação administrativa ilegítima e contrária ao ordenamento jurídico. O agente público, por ser a administração pública personificada, também deve ser responsabilizado, se agiu com culpa ou dolo. Ou seja, deve sentir o peso da indenização, sob pena de perpetuar o comportamento danoso a outros contribuintes. A dificuldade em sua responsabilização se mostra quanto à complexidade da estrutura administrativa, tornando-se árdua a imputação de quem efetivamente realizou a conduta lesiva.

Nessa perspectiva, é insuficiente a responsabilização apenas do Estado, por não desestimular esse comportamento ilegítimo dos agentes



do fisco, conduta esta contrária aos mandamentos constitucionais e que desgasta ainda mais a relação entre fisco e contribuintes.

2.3 O efeito pedagógico da responsabilização pessoal do agente público

Constitui objetivo fundamental de um Estado Democrático conferir certeza nas relações sociais, prestando segurança jurídica. Marco Aurélio Borges de Paula³⁰ diz:

Decididamente, é chegada a hora da insegurança jurídica, das incertezas e das desconfianças serem mitigadas tanto quanto possível, para que o cidadão não sofra demasiadamente com a intranquilidade proveniente da *sociedade de riscos* e da *sociedade de incerteza* e para que ele não seja um mero *objeto* do Estado Fiscal. (grifos originais).

A segurança jurídica, transparência da atividade tributária, o respeito dos agentes à legalidade, ou seja, o apaziguamento da relação jurídica tributária traria o maior cumprimento voluntário das normas tributárias³¹.

Assim, responsabilizar pessoalmente o agente público por danos ocasionados ao contribuinte por sua culpa ou dolo, de modo que o seu patrimônio fosse afetado pela cominação da indenização, teria como um dos efeitos fazer com que a conduta que ocasionou fosse repensada, deestimulando o comportamento arbitrário desses agentes.

30 PAULA, Marco Aurélio Borges de. Por um direito tributário justo, seguro e eficiente (parte II). **Revista Brasileira de Direito Tributário e finanças públicas**. Porto Alegre: Magister, n. 12, 2009. p. 40.

31 PAULA, Marco Aurélio Borges de. Por um direito tributário justo, seguro e eficiente (parte II). **Revista Brasileira de Direito Tributário e finanças públicas**. Porto Alegre: Magister, n. 12, 2009. p. 42.

Por derradeiro, a responsabilização do agente público quebra o círculo vicioso de imputar responsabilidade ao ente público, e o montante condenatório recair nos cofres públicos, de modo que quem arca é o próprio universo dos contribuintes, promovendo um efeito pedagógico nos agentes do fisco, evitando novas lesões ao patrimônio do Estado e maior equilíbrio na relação jurídica tributária. Sobre a quebra desse círculo vicioso, esclarece Joyce Chagas de Oliveira³²

Interessa-nos aqui a implantação de um círculo virtuoso, no qual o Estado obedece à Constituição Federal, respeita o contribuinte e este, por consequência, cumpre voluntariamente suas obrigações tributárias, nascendo uma relação menos conflituosa e pautada no respeito recíproco.

De fato, responsabilizar pessoalmente o agente do fisco trará além do efeito pedagógico um efeito moralizador, conforme argumenta Joyce de Chagas de Oliveira³³:

Outro ponto importante que devemos destacar é o efeito moralizador que a responsabilidade pessoal do agente do Fisco provocará dentro da sociedade, uma vez que diminuirá o poder que este detém e, em médio prazo, diminuirá a desconfiança e o mal-estar do contribuinte quando está diante de uma fiscalização.

Na prática, quando o agente fiscal estiver em dúvida se deve ou não autuar o contribuinte, uma vez sendo possível sua responsabilidade pessoal, evitará a lavratura

32 OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 143.

33 OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 141.



do auto imediatamente, formalizando consulta aos seus superiores hierárquicos que efetivarão um controle da conduta de cada agente, trazendo profissionalismo ao serviço público e padronizando comportamentos estatais. Todos ganham com essa confiança.

Por fim, cumpre salientar que a responsabilização pessoal do agente do fisco para que recomponha o patrimônio do contribuinte fará com que este repense o mau procedimento na condução da atividade tributária. A relação jurídica tributária entre os sujeitos será beneficiada, os sujeitos tratar-se-ão com mais respeito um para com o outro no respeito aos direitos e garantias de ambos previsto na Constituição em vigor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O povo legitima o Estado para a cobrança de tributos, e este é sustentado por meio desses tributos, formando com os contribuintes uma relação obrigacional tributária. Entrementes, a relação jurídica tributária sempre foi marcada por vicissitudes entre seus sujeitos, o Fisco de um lado busca o interesse de cumprir sua função arrecadatória de tributos; noutro polo, têm-se os contribuintes que destinam parte de seu patrimônio pessoal ao Estado, caso pratiquem fato gerador. A compatibilização desses interesses muitas vezes faz com que ambos os sujeitos ajam de forma ilegítima, contrária à legalidade, certamente causando danos um ao outro, fato ensejador da responsabilidade de reparar o lesionado e devolver o *status quo ante*.

Devido à imposição constitucional de limites ao poder de tributar, a cobrança compulsória aos contribuintes, bem como o reconhecimento da for-

[Ir para o índice](#)

ça normativa da Constituição da República, tal relação jurídica se mostra com direitos e deveres recíprocos, e não somente com uma relação de poder.

O esforço em amoldar condutas à legalidade não exclui as ilegitimidades perpetradas por ambos os sujeitos que compõem a relação tributária, por exemplo, quanto aos contribuintes, temos o alto nível de sonegação fiscal. Do lado oposto, na atividade tributária é corrente a imposição de sanções políticas aos contribuintes com o fito de obter uma arrecadação célere, condutas dos agentes fazendários contrárias ao ordenamento jurídico.

A evolução da responsabilidade do Estado, para albergar a teoria objetiva, não consegue amparar e reparar devidamente os contribuintes. A responsabilidade objetiva e uma condenação ao ente estatal fazem com que este utilize recursos advindos dos tributos pagos pelos contribuintes. A lesão a um deles, portanto, é paga por todos.

Ocorre que, quando o agente público que causar danos a este cidadão estiver imbuído de dolo ou culpa, agindo ilegitimamente por contrariar direitos e garantias constitucionais, deve ser pessoalmente responsabilizado, e não somente o ente público. O patrimônio deste deve ser objeto da reparação à lesão, de modo a provocar uma mudança comportamental, uma vigília e respeito à legalidade. Mandamento imposto a todos, devido ao Brasil ser um Estado Democrático de Direito.

Observa-se que a ação regressiva, prevista no artigo 37, § 6º, da Constituição brasileira não é muito utilizada na prática. De modo que quem paga a lesão a um contribuinte por uma condenação são todos os cidadãos, por meio do pagamento de seus tributos devidos.

Por tudo isso, a quebra deste ciclo, por contribuintes que moverem ação pessoalmente em face do agente público faltoso, e o desconforto



que tal provocará, promoverá uma função pedagógica nos agentes da Fazenda, que terão o maior cuidado com a legalidade, e não somente com uma arrecadação célere e ilegítima. A promoção do equilíbrio e a transparência entre a relação jurídica tributária se mostram como um vetor, como aponta a tendência legislativa, notadamente o Projeto de Lei nº 2.557, de 2011, que institui o Código de Defesa do Contribuinte. Assim, efetuando o respeito a direitos e garantias constitucionais.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO. Alexandre Santos de. Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.6, n: 824, p.72-81, jun. 2004.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 13 fev. 2017.

Ir para o índice

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 3.071, de 1 de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172Compilado.htm. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2557/2011**. Institui o Código de Defesa do Contribuinte brasileiro. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=931511&filename=PL+2557/2011. Acesso em: 13 fev. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 90071/SC**. Relator Ministro Cunha Peixoto. Tribunal Pleno. Julgamento: 18/06/1980. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/737071/recurso-extraordinario-re-90071-sc>. Acesso em: 12 fev. 2017.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.



LIMA, Liana Maria Taborda; SÊLLOS-KNOERR, Viviane Coelho. A responsabilidade civil no caso de abuso de poder fiscal. **Revista Jurídica**, Curitiba, v. 4, n. 37, 2014, p.480-506. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/81>. Acesso em: 13 fev. 2017.

MACHADO, Hugo de Brito. **Responsabilidade pessoal do agente público por danos ao contribuinte**. 2002. Disponível em: http://www.fiscosoft.com.br/main_online_frame.php?page=index.php?PID=101735. Acesso em: 30 maio 2021.

MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MOTA, Rafael Gonçalves; MOTA, Raquel Gonçalves. O princípio da isonomia tributária e suas relações com o direito penal tributário. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.); CAULA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 8. Palmas: Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins, 2017, p. 241-255.

NOVELINO, Marcelo. **Manual de direito constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2013.

OLIVEIRA, Joyce de Chagas. **Responsabilidade pessoal do agente público**. Curitiba: Juruá, 2014.

Ir para o índice

PAULA, Marco Aurélio Borges de. Por um direito tributário justo, seguro e eficiente (parte II). **Revista Brasileira de Direito Tributário e finanças públicas**. Porto Alegre: Magister, n. 12, 2009, p. 30-51.

SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



Crise urbana e planejamento: o Projeto Fortaleza 2040 sob as perspectivas sociológica e jurídica

Urban crisis and planning:
Project Fortaleza 2040 under
sociological and legal perspectives

ZANEIR GONÇALVES TEIXEIRA

Resumo

O presente trabalho discute a experiência local de planejamento urbano intitulada Projeto Fortaleza 2040, lançado no início de 2014 pela Prefeitura de Fortaleza e parcialmente cumprido em dezembro de 2016. O planejamento urbano, objeto interdisciplinar por excelência, é processo político, de base constitucional, que envolve interesses conflitantes de diversos grupos sociais acerca da produção, sentido, valor e usos do espaço urbano, com vastas implicações jurídicas. Aspectos relativos à democracia e autonomia dos sujeitos envolvidos nesse processo influenciam a construção, afirmação e/ou negação de direitos no espaço urbano, em especial do direito à cidade previsto na Constituição Federal, de 1988. O olhar da sociologia urbana, construído entre os paradigmas ecológico

[Ir para o índice](#)

e socioespacial, pode ser articulado às diferentes formulações jurídicas acerca da cidade ao longo do século XX, sendo ambos campos de estudo complementares para compreender a crise urbana e desvelar os múltiplos sentidos das propostas de planejamento e desenvolvimento urbano.

Palavras-chave: Direito à Cidade. Crise Urbana. Desenvolvimento Urbano. Planejamento Urbano. Projeto Fortaleza 2040.

Abstract: *The work discusses a local experience of urban planning entitled Project Fortaleza 2040, launched at the beginning of 2014 by the Municipality of Fortaleza partially accomplished in December 2016. Urban planning, an interdisciplinary object par excellence, is a political and constitutional process that involves conflicting interests of diverse social groups about the production, meaning, value and uses of the urban space, with vast legal implications. Aspects related to democracy and autonomy of the subjects involved in this process influence the construction, affirmation and/or denial of rights in the urban space, especially the constitutional right to the city. The view of urban sociology, built between the ecological and socio-spatial paradigms, can be articulated to the different legal formulations about the city during the twentieth century. Sociology and Law are both complementary fields of study to understand the urban crisis and unveil the multiple senses of the planning proposals about urban development.*

Keywords: *Right to the City. Urban Crisis. Urban Development. Urban Planning. Project Fortaleza 2040.*



INTRODUÇÃO

Um dos maiores desafios sociais do século XXI é a superação da crise urbana. Esse fenômeno mundial, que abrange múltiplas implicações, é uma consequência do desenvolvimento capitalista em seus movimentos de industrialização e urbanização crescentes, que geram a progressiva mercantilização do espaço urbano e a segregação socioespacial como reprodução das lógicas de classe no interior dos territórios urbanos. Na cidade de Fortaleza, esse processo, iniciado já a partir do final da 2ª Guerra Mundial, pode ser localizado especificamente a partir dos anos 1960, com a modernização da cidade pela construção de novos equipamentos comerciais e industriais, “a fim de que seja viável a sua inserção no cenário econômico nacional. Assim sendo, o capitalismo moderno se impõe à nova Fortaleza como referencial de progresso e desenvolvimento”¹.

A crise urbana pode ser entendida como a incerteza e instabilidade contínua diante das formas de apropriação do espaço da cidade, especialmente para os mais pobres, sujeitos às contínuas remoções para espaços periféricos e distantes, à medida que a cidade vai sendo mercantilizada e tornada cada vez mais cara. Isso gera também uma crise de ação social, que explode na precarização nos serviços urbanos, incapazes de dar conta dessa população marginalizada, acompanhada de aumento da violência nas áreas periféricas e centrais, fruto da segregação espacial e da existência de equipamentos urbanos de qualidades distintas e excludentes entre ricos e pobres. Assim, a crise urbana diz respeito “ao esgotamento do modelo de relações socialmente estruturadas, no espaço e no tempo, entre

1 LIMA, Jorge Luiz Cunha. A cidade de Fortaleza: crise urbana e desigualdade social. **Revista Emancipação**, vol. 4, nº1, 2004. p. 74.

homem e natureza, entre campo e cidade, entre público e privado, entre proprietários e sem-propriedade, entre civilização e barbárie”².

Essa conflituosidade específica e original trazida pelo fenômeno urbano, com suas constantes mutações, é, e sempre foi, fator de desenvolvimento de formas e conteúdos jurídicos que influenciam e são influenciados pelas tensões socioespaciais existentes. A sociologia urbana, como campo de estudos das relações sociais na cidade e da cidade, penetra diretamente nessa trama de conflitos e pode lançar luz sobre aspectos que, para o jurista, podem restar invisibilizados ou minimizados no dimensionamento de questões como direito à cidade e planejamento urbano.

O processo de planejamento urbano é ponto de articulação entre diversos saberes técnicos e acadêmicos, compondo o discurso de juristas, sociólogos, arquitetos, geógrafos, urbanistas e economistas. Sua natureza de processo de tomada de decisões, que afeta diretamente o modo de vida e os usos da cidade, possui uma dimensão política, que pode, ou não, envolver a participação de atores sociais diversos (movimentos, grupos, indivíduos, agências estatais, instituições privadas, universidades), abrindo uma discussão sobre as práticas desenvolvidas (em suas formas institucionais e não institucionais) e suas implicações democráticas e autonômicas. É, essencialmente, um projeto para o futuro baseado na percepção da realidade presente. Isso porque pretende ser uma forma de controlar e dirigir amplas mudanças na conformação da cidade e das relações que nela têm lugar, superando o que é percebido como “problemas urbanos” para atingir o “desenvolvimento urbano”.

2 MENEGAT, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. In: Grupo de Trabajo Desarrollo Urbano del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) (eds.), **Otro desarrollo urbano: ciudad incluyente, justicia social y gestión democrática**, 2005. p. 98.



Uma excelente oportunidade para desenvolver a discussão sociológica sobre a cidade e acompanhar os rumos dos processos de planejamento se coloca atualmente no município de Fortaleza-CE, a partir do anúncio, no início de 2014, do Projeto Fortaleza 2040. O projeto é iniciativa da Prefeitura de Fortaleza, por meio do Instituto de Planejamento de Fortaleza (IPLANFOR), com apoio da Universidade Federal do Ceará (UFC). O documento final desta proposta de planejamento estratégico participativo de longo prazo para a cidade foi entregue à cidade em dezembro de 2016, em solenidade realizada no Theatro José de Alencar³.

1. A CIDADE SOB O OLHAR SOCIOLÓGICO: IMPLICAÇÕES PARA O TEMA DO PLANEJAMENTO URBANO

A cidade, como objeto de reflexão da sociologia, envolvendo o modo de vida e o conjunto de relações sociais construídas no ambiente urbano, está presente em estudos do início do século XX desenvolvidos por clássicos do pensamento sociológico como Max Weber e Georg Simmel. Nestes, é possível encontrar a preocupação em conceituar e categorizar a cidade, definindo suas relações com o campo, e em captar a sociabilidade específica decorrente da urbanização capitalista, em suas implicações para o tempo e o espaço das relações humanas.

Mas a fundação da sociologia urbana como disciplina científica está profundamente ligada à Escola de Chicago, cujos trabalhos foram con-

3 SANTANA, Eudoro. FORTALEZA 2040 já começa a ser aplicado a partir do ano que vem. **O POVO**. Futuro. Fortaleza, 21 dez. 2016. Disponível em: <https://www20.opovo.com.br/app/opovo/radar/2016/12/21/noticiasjornalradar,3675791/fortaleza-2040-ja-comeca-a-ser-aplicado-a-partir-do-ano-que-vem.shtml>. Acesso em: 30 maio 2021.

duzidos entre 1915 e 1950. Tomando como campo empírico de investigações a própria cidade de Chicago, que vivia um espantoso processo de expansão na época, as pesquisas aí realizadas desenvolveram novos métodos e técnicas, enriquecendo o arsenal sociológico⁴. O conjunto de trabalhos realizados, entre outros, por Robert Park, Ernest Burgess, Roderick McKenzie e Louis Wirth, definiu um paradigma para a compreensão sociológica da cidade, qual seja, o ecológico.

Tomando como referencial teórico o pensamento de Émile Durkheim e Georg Simmel, a definição dos problemas de pesquisa pela Escola de Chicago seguiu a questão da coesão social na cidade moderna, enfatizando os processos sociais que geravam desagregação social. Mudanças repentinas, como o súbito adensamento urbano, as inovações tecnológicas ou a chegada de imigrantes poderiam levar a um estado temporário de desorganização social, o qual seria sucedido por uma reorganização em outras bases, absorvendo as mudanças de uma maneira ou outra. O paradigma ecológico diz respeito principalmente à visão dos teóricos sobre o comportamento humano na cidade e à concepção da cidade como uma ordem natural, desenvolvendo-se por adaptação às mudanças e desafios trazidos pelas desordens sociais. A pesquisa sociológica de cunho fortemente empírico realizada pela Escola de Chicago permitiu não só a produção de conhecimentos úteis ao enfrentamento dos problemas sociais, na perspectiva apresentada, mas propostas de intervenções concretas sobre a cidade, rapidamente absorvidas pela burocracia estatal responsável pelo planejamento urbano. A administração técnica da cidade, sem alterar as estruturas sociais, poderia incluir os indivíduos menos

4 KONZEN, Lucas Pizzolatto. A mudança de paradigma em sociologia urbana: do paradigma ecológico ao socioespacial. **Revista de Ciências Humanas**. Florianópolis, v. 45, n. 1, abril de 2011, p. 81.



adaptados por meio de reformas urbanas destinadas a controlar os problemas vinculados à desorganização social. As intervenções urbanísticas seriam capazes de corrigir os males do fenômeno natural e inevitável da urbanização moderna⁵.

O paradigma ecológico entra em crise nas décadas de 1970 e 1980, a partir da retomada política do debate urbano. A intensa agitação social e política em várias cidades do mundo criou um ambiente propício para questionar a “naturalização das lógicas urbanas” produzida pelo paradigma ecológico e as repercussões das ações assim orientadas sobre as relações sociais⁶. A consideração das tramas de poder no espaço urbano, vinculada à compreensão da urbanização como fenômeno histórico de classe, por terem as cidades emergido “da concentração social e geográfica do produto excedente”⁷, permitiram tomar um novo rumo epistemológico nos estudos urbanos. Configura-se nesse período o paradigma socioespacial, de base marxista, dos quais são principais representantes Henri Lefebvre, David Harvey e Manuel Castells. Partindo da ideia de impossibilidade de entendimento do espaço sem o entendimento da sociedade como um todo, e tomando o espaço como fonte de dinâmicas sociais, os três autores, embora com orientações e percursos próprios, “direcionaram sua atenção aos conflitos sociais no espaço urbano e às relações entre capitalismo e urbanização”, argumentando que “as lutas

5 KONZEN, Lucas Pizzolatto. Lucas Pizzolatto. A mudança de paradigma em sociologia urbana: do paradigma ecológico ao socioespacial. **Revista de Ciências Humanas**. Florianópolis, v. 45, n. 1, abril de 2011. p. 82-83.

6 KONZEN, Lucas Pizzolatto. A mudança de paradigma em sociologia urbana: do paradigma ecológico ao socioespacial. **Revista de Ciências Humanas**. Florianópolis, v. 45, n. 1, abril de 2011. p. 81.

7 HARVEY, David. Direito à Cidade. **Revista Lutas Sociais**. São Paulo, n. 29, jul./dez. 2012. p. 74.

sociais estão no centro do processo de transformação espacial”, portanto, “os espaços não são neutros e não existem à priori, mas refletem e modelam a vida social”⁸.

Os impactos do pensamento socioespacial sobre o tema do planejamento urbano são bastante interessantes. A publicação, no início dos anos 70, das obras de Castells (“A questão urbana”) e de Harvey (“A justiça social e a cidade”), com fortes críticas ao pensamento da Escola de Chicago, buscou a desnaturalização da análise do fenômeno urbano, voltando a atenção dos sociólogos para os movimentos sociais, suas reivindicações e dinâmicas em relação à cidade, seu relacionamento com o Estado ao demandar políticas públicas específicas. Nesse sentido, o planejamento era visto como uma forma de manutenção das condições sociais e espaciais das sociedades capitalistas a longo prazo, representando uma modalidade de intervencionismo e regulacionismo estatal de molde keynesiano. Não apresentaria nenhum potencial transformador político ou estrutural, conquanto pudesse, estrategicamente, ir contra alguns interesses capitalistas imediatos na dinâmica da cidade. O relacionamento dos planejadores estatais com os movimentos sociais estaria limitado à repressão, cooptação e integração, escondido sob o manto da defesa do interesse público e da correção de desequilíbrios sociais⁹.

A desconfiança da sociologia urbana socioespacial ante os processos de planejamento urbano conheceu diversos desdobramentos. Ao colocar as lutas sociais na centralidade das considerações sobre o espaço,

8 KONZEN, Lucas Pizzolatto. A mudança de paradigma em sociologia urbana: do paradigma ecológico ao socioespacial. **Revista de Ciências Humanas**. Florianópolis, v. 45, n. 1, abril de 2011. p. 87.

9 SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade**: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 27.



os instrumentos vinculados à atuação do Estado, ele mesmo uma organização de classe na sociedade capitalista, só conseguem mobilizar a pesquisa sociológica tomados a partir do ângulo próprio das dinâmicas e movimentos sociais que o animam. No Brasil, é sintomático que a reapropriação do discurso do planejamento urbano pelos setores ligados às lutas populares se dê no contexto das discussões sobre a reforma urbana em finais da década de 80, culminando com a formação do Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU) e sua atuação no processo constituinte dos anos 1987-1988.

O tema da reforma urbana, associado às reformas estruturais propostas no âmbito do Governo João Goulart (1961-1963), foi objeto de evento em Petrópolis-RJ, com a presença de representantes políticos, intelectuais e técnicos. Nessa ocasião, demarcou-se o caráter ideológico da expressão reforma urbana como expressão, principalmente, da questão da moradia das classes populares, diferenciando-se das reformas urbanísticas segregadoras e antipopulares anteriores à década de 60. Mas a ideia nascente não teve, nesse momento, a força da sua equivalente no campo (a reforma agrária), animada pela luta e organização das ligas camponesas, em especial no Nordeste¹⁰.

Os desenvolvimentos posteriores da ditadura civil-militar (1964-1985)¹¹ e suas repercussões sobre a vida política e a ação dos movimen-

10 SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade**: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 116.

11 Durante o regime autoritário, ressaltou-se a criação, no âmbito federal, da Lei 4.380, de 1964, responsável pela criação do Banco Nacional de Habitação (BNH), das Sociedades de Crédito Imobiliário e do Serviço Federal de Habitação e Urbanismo (SERFHAU) e da determinação de que o Ministério do Planejamento formulasse a política nacional de habitação e de planejamento territorial (SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 57). Esta norma representa um marco na utilização do instrumento de planejamento urbano para impulsionar o desenvolvimento das cidades segundo uma lógica autoritária e excludente, tratando das questões de moradia e planejamento urbano de forma bem distante do ideário da reforma urbana.

tos sociais determinaram que o ponto de retomada das lutas populares em torno do tema mais específico das questões urbanas se desse em finais da década de 70, no âmbito da reflexão sobre o milagre econômico e seus efeitos sobre o aumento da desigualdade social e a deterioração das condições urbanas de trabalho, especialmente na área industrial. O trabalho “São Paulo, 1975: crescimento e pobreza”, obra coletiva editada em 1976 pelo Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), foi pioneiro nesse sentido. Nas palavras de um dos autores, Lúcio Kowarick:

Cumprе ressaltar que, para além de outros resultados na interpretação das relações entre crescimento e pobreza, começava a ser valorizada uma leitura diversa na configuração das condições urbanas de vida. Sem negar a importância das relações de produção e dos níveis de remuneração, o estudo em pauta valorizava uma trilha interpretativa que não se atrelava ou reduzia ao processo de exploração do trabalho e dos graus de pauperização dele decorrentes. Este continuava central na explicação da exclusão socioeconômica imperante nas cidades brasileiras, mas, ao mesmo tempo, vislumbrava-se outra forma de problematizar a assim chamada “reprodução da força de trabalho”: custos e tempo de locomoção gastos no transporte coletivo, precariedade dos serviços de saúde, a condição de vida nos cortiços e favelas, o acesso e permanência na escola, ou o trabalho gratuito realizado na construção da casa própria, situada em terrenos clandestinos, desprovidos de serviços básicos¹².

Animado pela eclosão das lutas sociais relativas às moradias urbanas no início da década de 80, como as retratadas por Boaventura de

12 KOWARICK, Lúcio. **Escritos urbanos**. São Paulo: Editora 34, 2000. p. 98.



Sousa Santos¹³, em Recife-PE, além de outras pressões populares contra a carestia e pelo acesso a serviços públicos urbanos, o debate sobre a reforma urbana irrompe definitivamente na cena política durante a Constituinte de 1987-1988.

A articulação em todo o país de movimentos sociais preocupados com as questões especificamente urbanas (até mesmo entidades como IAB e OAB), desembocou, como dito, na criação do Movimento Nacional pela Reforma Urbana (MNRU), que a enxergava como “conjunto articulado de políticas públicas, [...] voltado para o atendimento do seguinte objetivo primário: reduzir os níveis de injustiça social [...] e promover uma maior democratização do planejamento e da gestão das cidades”¹⁴. Nesse ponto, fundido ao tema maior da reforma urbana, se dá a apropriação do planejamento como instrumento de promoção de justiça social pelos movimentos populares.

O Modulated Noise Reference Unit (MNRU) foi responsável pela apresentação de emenda popular à constituinte¹⁵, subscrita por mais de 130 mil eleitores, propondo a incorporação, no texto constitucional, de questões relativas ao planejamento urbano, serviços públicos, moradia e usucapião de terras públicas. Dos debates entre os congressistas constituintes e das alterações e votações à emenda, ficaram apenas os artigos 182 e 183 da Constituição Federal. O primeiro incorporou o planejamen-

13 SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado, o direito e a questão urbana. **Revista Crítica de Ciências Sociais**. Lisboa, n.9, p. 9-86, jun. 1982.

14 SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade**: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanas. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002. p. 158.

15 Sobre o processo de apresentação da emenda popular: “A proposta de emenda popular escrita pelo Movimento Nacional pela Reforma Urbana contou com a participação de seis entidades nacionais: Articulação Nacional do Solo Urbano (ANSUR), Federação Nacional dos Arquitetos (FNA), Federação Nacional dos Engenheiros, Coordenação Nacional das Associações de Mutuários do BNH, Movimento em Defesa do Favelado, Instituto dos Arquitetos do Brasil, e ainda o apoio de 48 entidades estaduais e locais” (SAULE JUNIOR, Nelson; Karina UZZO. A trajetória da Reforma Urbana do Brasil. *In*: **Cidades para tod@**. Experiência – Marco Legal, 2009. p. 262.

to como instrumento básico da política urbana, elevando o plano diretor à condição de plano urbano por excelência, responsável pela ordenação da cidade e pela definição da função social da propriedade urbana, além de disciplinar o aproveitamento do solo urbano¹⁶; o segundo tratou da usucapião constitucional em área urbana¹⁷.

-
- 16 O art. 182 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe:
 A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.
- §1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.
- §2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.
- §4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:
- I - parcelamento ou edificação compulsórios;
 - II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;
 - III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.
- 17 O art. 183 da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe:
 Aquele que possuir como sua área urbana de até duzentos e cinquenta metros quadrados, por cinco anos, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.
- § 1º O título de domínio e a concessão de uso serão conferidos ao homem ou à mulher, ou a ambos, independentemente do estado civil.
- § 2º Esse direito não será reconhecido ao mesmo possuidor mais de uma vez.
- § 3º Os imóveis públicos não serão adquiridos por usucapião.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.



2. O ESPAÇO COMO OBJETO DE REGULAÇÃO JURÍDICA: PLANEJAMENTO URBANO E DIREITO À CIDADE

A regulação jurídica do espaço urbano compõe o domínio do chamado direito urbanístico, ramo do direito público, que constitui tanto um conjunto de normas postas pelo Estado com o objetivo de regular a atividade urbanística¹⁸ e disciplinar à ordenação do território quanto um campo científico autônomo no âmbito da Ciência do Direito, cujo objeto é o “estudo e formulação de princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo”¹⁹. Pode-se dizer que o maior desafio de efetivação do direito urbanístico é a regulação da propriedade urbana, uma vez que as normas de ordem pública incidem diretamente sobre esta em seu aproveitamento e seus usos, na forma de limitações ou proibições ao direito de construir.

O campo do direito urbanístico é, ele mesmo, objeto de disputas epistemológicas e políticas. A criação do Estatuto da Cidade²⁰ recolocou a discussão do aparato técnico urbanístico próprio das limitações administrativas à propriedade e ao direito de construir (índices urbanísticos, zoneamento de uso do solo, leis de uso e ocupação) em termos da ideia de direito à cidade,

18 “Por atividade urbanística deve-se entender a atuação do Estado na aplicação dos princípios do urbanismo como correção dos problemas da urbanização e do crescimento desordenado das cidades, envolvendo momentos distintos pautados pela intervenção estatal sobre a cidade, quais sejam, o planejamento urbano, a política do solo e a ordenação das edificações”. SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 32.

19 SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**, 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 38.

20 BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/10257.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

conectada ao tema dos direitos humanos e à noção mais ampla de política urbana, já que o direito à cidade, nos termos propostos por David Harvey,

[...] está muito longe da liberdade individual de acesso aos recursos urbanos: é o direito de mudar a nós mesmos pela mudança da cidade. Além disso, é um direito comum antes de individual já que esta transformação depende inevitavelmente do exercício de um poder coletivo de moldar o processo de urbanização²¹.

A conexão jurídica da política urbana com o planejamento e a gestão democrática e destes com o direito à cidade é estabelecida no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.247, de 2001), que, ao regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, dispõe em seu artigo 2º²²:

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

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

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e

21 HARVEY, David. Direito à Cidade. **Revista Lutas Sociais**. São Paulo, n. 29, p. 74, jul./dez. 2012.

22 BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.



acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social;

IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente;

[...]

Mais adiante, no artigo 4º da mesma Lei, são definidos os instrumentos da política urbana. Novamente os processos de planejamento urbano são contemplados:

Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos:

I – planos nacionais, regionais e estaduais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social;

II – planejamento das regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões;

III – planejamento municipal, em especial:

- a) plano diretor;
- b) disciplina do parcelamento, do uso e da ocupação do solo;

Ir para o índice

- c) zoneamento ambiental;
 - d) plano plurianual;
 - e) diretrizes orçamentárias e orçamento anual;
 - f) gestão orçamentária participativa;
 - g) planos, programas e projetos setoriais;
 - h) planos de desenvolvimento econômico e social;
- [...]²³

Assim, como diretriz geral e um dos instrumentos da política urbana, o planejamento urbano aparece atrelado a um sistema mais amplo, que contempla realidades além do plano-diretor (que permanece, por força da determinação constitucional do artigo 182, como o principal instrumento da política urbana). Em escala maior, incluem-se os planos nacionais, estaduais e metropolitanos. No mesmo âmbito de competência e em níveis equivalentes ou abaixo deles incluem-se os demais planos municipais, até mesmo os instrumentos orçamentários.

A característica “estadocêntrica” da sociedade brasileira, mais o aspecto de a produção normativa em direito público ser produzida pelo Estado para a atuação deste sobre os entes privados, faz com que o discurso sobre o planejamento adote a “perspectiva típica de aparelho de Estado”, o que acontece mesmo entre os pensadores, gestores e planejadores de esquerda. Essa situação é exposta em interessante proposta de entendimento do léxico dos planejadores

23 BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências.



urbanos, vinculados, ou não, ao Estado, representantes de matizes conservadoras ou progressistas²⁴.

Primordialmente, além de dever normativamente imposto, a proposta do planejamento urbano em conexão com a gestão democrática e o direito à cidade se apresenta com uma construção possível de práticas e discursos autônomos no processo de mudança da cidade. Nesse sentido, se *autonomia* significa ‘dar-se a lei a si próprio’ (e, com isso, muito simplificada, um sinônimo de democracia radical, de autogoverno), um discurso autônomo é aquele que defende e afirma a autodeterminação e a ausência de dominação como valores fundamentais. Um *discurso heterônomo* é, pelo contrário, aquele que, produzido por indivíduos e instituições direta ou indiretamente comprometidos com a perpetuação das desigualdades e assimetrias estruturais, legítima, reforça ou fomenta a heteronomia, em qualquer de suas manifestações (dominação de classe, sexismo, racismo, etc)²⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Projeto Fortaleza 2040 foi apresentado como meio de suprir o déficit de planejamento da cidade, reconhecido como uma das causas dos atuais problemas urbanos, como explícito na fala do Superintendente do Institu-

24 Cf. SOUZA, Marcelo Lopes de. A cidade, a palavra e o poder: práticas, imaginários e discursos heterônimos e autônomos na produção do espaço urbano. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; SOUZA, Marcelo Lopes de; SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão (org.). **A produção do espaço urbano**: agentes e processos, escalas e desafios. São Paulo: Contexto, 2011. p. 150.

25 SOUZA, Marcelo Lopes de. A cidade, a palavra e o poder: práticas, imaginários e discursos heterônimos e autônomos na produção do espaço urbano. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; SOUZA, Marcelo Lopes de; SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão (org.). **A produção do espaço urbano**: agentes e processos, escalas e desafios. São Paulo: Contexto, 2011. p. 154.

to de Planejamento de Fortaleza (IPLANFOR), Eudoro Santana: “Fortaleza não foi uma cidade planejada. Se tivesse havido planejamento na década de 1960, a Cidade seria mais humana, fraterna e melhor de se viver”²⁶.

No que tange à metodologia definida como participativa, o Projeto prevê quatro fases. A primeira concentra a discussão sobre a Fortaleza atual e busca o consenso dos atores e grupos sociais envolvidos acerca dos problemas, potencialidades e características da cidade. A segunda envolve a discussão da Fortaleza desejada para 2040, delineando os objetivos e desafios para sua construção. A terceira reúne a proposição de diretrizes, planos e ações para alcançar os objetivos escolhidos. A quarta prevê a definição do sistema de governança e controle social para acompanhamento e monitoramento da implantação do plano estratégico e dos planos setoriais envolvidos²⁷.

A participação do diferentes atores é proposta pelo funcionamento de três núcleos distintos: os setoriais, que envolvem a representações de instituições agrupadas pela sua natureza, representativas dos setores econômicos, ambientais e sociais; os territoriais, nos quais se estrutura a participação das instituições locais pelos recortes territoriais agrupando bairros e/ou territórios; e os do poder público, reunindo instituições públicas das três esferas de governo a partir de suas políticas afins, em todos os níveis²⁸.

26 PLANO Fortaleza 2040 realiza encontro com moradores da Regional III. **O POVO**. Fortaleza, 23 de mar. 2015. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2015/03/25/noticiasjornalcotidiano,3412516/plano-fortaleza-2040-realiza-encontro-com-moradores-da-regional-iii.shtml>. Acesso em: 22 jun. 2015.

27 FORTALEZA. Prefeitura Municipal de Fortaleza. **Fortaleza 2040**. <http://fortaleza2040.fortaleza.ce.gov.br/site/fortaleza-2040/fases-do-projeto>. Acesso em: 23 jan. 2017.

28 A lista dos participantes efetivos das fases concluídas do projeto pode ser visualizada em: <http://fortaleza2040.fortaleza.ce.gov.br/site/fortaleza-2040/participantes-do-projeto>. Acesso em: 23 jan. 2017.



A ações do Projeto Fortaleza 2040 tiveram início em março de 2014, mediante convênio com a Universidade Federal do Ceará (UFC)²⁹, tendo suas três primeiras fases (“Fortaleza hoje” – “Fortaleza que queremos” – “Estratégias e proposições”), sido encerradas em dezembro de 2016, com a produção de diversos documentos oficiais e propostas de legislação nos sete eixos temáticos estratégicos de planejamento, quais sejam: 0) Equidade, territorial, social e econômica; 1) cidade conectada, acessível e justa; 2) vida comunitária, acolhimento e bem-estar; 3) desenvolvimento da cultura e do conhecimento; 4) qualidade do meio ambiente e dos recursos naturais; 5) dinamização econômica e inclusão produtiva; 6) governança municipal³⁰.

O estudo de cada um dos eixos temáticos pode ser feito a partir do confronto entre os paradigmas ecológico e socioespacial propostos pela sociologia urbana, no qual o processo jurídico e político de planejamento é analisado pelo seu potencial de efetivamente subverter uma lógica capitalista de desenvolvimento das cidades pela mercantilização do espaço urbano ou por uma capacidade meramente mitigadora dos problemas sociais urbanos produzidos por essa mesma lógica. Ainda que qualquer processo de planejamento participativo seja, em si mesmo, um ganho, a questão aqui colocada é qual seu alcance para construir um verdadeiro ponto de superação daquilo que promove a crise urbana, que é a apropriação desigual dos recursos da cidade, em função de uma ordem econômica que torna a cidade uma mercadoria cujo preço é baseado nessa diferenciação.

29 Segundo notícia eletrônica veiculada pela Assembleia Legislativa do Estado do Ceará e disponibilizada no *site* JusBrasil: “O projeto será desenvolvido em dois anos, por meio de convênio entre a Prefeitura de Fortaleza e a Universidade Federal do Ceará (UFC). Será coordenado pela Fundação Cearense de Pesquisa e Cultura da UFC e acompanhado pelo Conselho da Cidade. A proposta vai incorporar iniciativas já elaboradas, como o Plano Diretor Participativo do Município de Fortaleza (PDPFor), Planefor e o Pacto de Fortaleza”.

30 IPLANFOR, **Revista Fortaleza 2040**. Edições IPLANFOR, Série Fortaleza 2040, nº 7, ano III, 2016.

Nesse sentido, para os limites deste trabalho, os dois eixos mais importantes a serem discutidos são os dois primeiros, pois tratam da ocupação do espaço e da forma urbana, relacionando-se com a sua mercantilização e com a atuação do Poder Público em relação a esse mercado. Segundo Ermínia Maricato,

Se vocês se detiverem em estudar e analisar a produção do espaço urbano, irão entender a maior parte dos problemas da cidade. Seguramente 90% dos problemas da cidade. Não entender, por exemplo a natureza da segregação urbana. A localização tem um preço. E só mora bem e tem direito à cidade quem pode pagar. O que é então o direito à cidade? Nos programas habitacionais o direito à cidade é traduzido como o direito à água, ao esgoto, à energia elétrica, etc. Não, não é só isso. (...). Existe uma luta surda pelas localizações na cidade e uma disputa acirrada pelo fundo público. Ela diz respeito ao investimento público que têm grande impacto sobre os preços imobiliários³¹.

Em relação aos dois eixos estratégicos em análise, o detalhamento dos objetivos estratégicos contempla, para o eixo 0, a dimensão do direito à vida e do direito à cidade, com a previsão de planos de habitação de interesse social; regularização fundiária; trabalho, emprego e renda; segurança cidadã e cultura de paz. Já o eixo 1 propõe políticas de desenvolvimento urbano e de mobilidade e acessibilidade, com unidades de vizinhança que diminuam os deslocamentos, tendo no setor privado uma das referências para investimentos nesse sentido.

31 MARICATO, Ermínia. Para entender a crise urbana. **CaderNAU-Cadernos do Núcleo de Análises Urbanas**, v.8, n. 1, 2015, p. 12.



Curioso é que em uma primeira publicação acerca do Projeto não estava contemplado o eixo 0 – Equidade territorial, social e econômica –, que foi posteriormente acrescentado. Assim, a questão da apropriação do espaço urbano ligava-se ao eixo 1 – Cidade conectada, acessível e justa. No detalhamento dos objetivos estratégicos para este eixo, lia-se: “Especulação imobiliária enquadrada dentro de padrões adequados ao crescimento sustentável, melhoria da qualidade de vida, inclusão social e preservação ambiental”³². Tal objetivo foi retirado em uma versão posterior da síntese das proposições estratégicas³³, onde aparece o eixo 0, e diluído nas políticas habitacionais e territoriais, sem referência direta à especulação imobiliária e mercantilização do espaço urbano em qualquer dos eixos trabalhados.

Nenhum problema em relação à alteração e inclusão de um eixo específico acerca da equidade territorial, social e econômica. Mas a retirada de qualquer referência à especulação imobiliária é significativa, porque esta prática de negócios está na raiz da crise urbana, devendo, pois, ser enfrentada pelo processo de planejamento, com instrumentos jurídicos claros para seu enquadramento, conforme inicialmente proposto.

Nesse sentido, as conclusões preliminares parecem claras. Embora se proponha a mitigar aspectos urbanos causados pelo desenvolvimento capitalista das cidades, nos moldes do paradigma ecológico da Escola de Chicago, naturalizador das lógicas urbanas de mercantilização do espaço urbano, o Projeto Fortaleza 2040 não enfrenta a questão colocada pelo

32 IPLANFOR, **Fortaleza 2040**. Edições IPLANFOR, Série Fortaleza 2040, nº 6, ano III, 2016.

33 IPLANFOR, **Revista Fortaleza 2040**. Edições IPLANFOR, Série Fortaleza 2040, nº 7, ano III, 2016.

paradigma socioespacial da sociologia urbana. Tem assim, em seus resultados possíveis, alcances bastante limitados, porque não enfrenta o ponto principal da produção do espaço urbano, na síntese de Ermínia Maricato: “Quais as “mãos sobre a cidade”? Quais são as mãos que controlam o crescimento da cidade, a ocupação do solo, que controlam o investimento sobre a cidade?”³⁴.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 20 jan. 2017.

IPLANFOR. **Fortaleza 2040**. Edições IPLANFOR, Série Fortaleza 2040, nº 6, ano III, 2016. Disponível em: http://fortaleza2040.fortaleza.ce.gov.br/site/assets/files/publications/fortaleza2040_visao-de-futuro-eixos-estrategicos_e_objetivos-29-01-2016.pdf. Acesso em: 20 fev. 2017.

IPLANFOR. **Revista Fortaleza 2040**. Edições IPLANFOR, Série Fortaleza 2040, nº 7, ano III, 2016. Disponível em: <http://fortaleza2040.fortale->

34 MARICATO, Ermínia. Para entender a crise urbana. **CaderNAU-Cadernos do Núcleo de Análises Urbanas**, v. 8, n. 1, 2015, p. 13.



za.ce.gov.br/site/assets/revistas/sintese-das-propagacoes-estrategicas/index.html#page/1. Acesso em: 20 fev. 2017.

HARVEY, David. Direito à Cidade. **Revista Lutas Sociais**. São Paulo, n. 29, p. 73-89, jul./dez. 2012.

KONZEN, Lucas Pizzolatto. A mudança de paradigma em sociologia urbana: do paradigma ecológico ao socioespacial. **Revista de Ciências Humanas**. Florianópolis, v. 45, n. 1, p. 79-99, abril de 2011.

KOWARICK, Lúcio. **Escritos urbanos**. São Paulo: Editora 34, 2000.

LIMA, Jorge Luiz Cunha. A cidade de Fortaleza: crise urbana e desigualdade social. **Revista Emancipação**, vol. 4, nº1, p. 73-84, 2004.

MARICATO, Ermínia. Para entender a crise urbana. **CaderNAU-CADERNOS DO NÚCLEO DE ANÁLISES URBANAS**, v.8, n. 1, p. 11-22, 2015.

MENEGAT, Elizete. Crise urbana na atualidade: indagações a partir do fenômeno da concentração espacial dos pobres em assentamentos ilegais. *In*: Grupo de Trabajo Desarrollo Urbano del Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) (eds.), **Otro desarrollo urbano: ciudad incluyente, justicia social y gestión democrática**, p. 93-104, 2005.

SANTANA, Eudoro. FORTALEZA 2040 já começa a ser aplicado a partir do ano que vem. **O POVO**. Futuro. Fortaleza, 21 dez. 2016. Disponível em: <https://www20.opovo.com.br/app/opovo/radar/2016/12/21/noticiasjornalradar,3675791/fortaleza-2040-ja-comeca-a-ser-aplicado-a-partir-do-ano-que-vem.shtml>. Acesso em: 30 maio 2021.

O POVO. **PLANO Fortaleza 2040 realiza encontro com moradores da Regional III**. Fortaleza, 23 de mar. 2015. Disponível em: <http://www.opovo.com.br/app/opovo/cotidiano/2015/03/25/noticiasjornalcotidia>

Ir para o índice

[no,3412516/plano-fortaleza-2040-realiza-encontro-com-moradores-da-regional-iii.shtml](#). Acesso em: 22 jun. 2015.

FORTALEZA. Prefeitura Municipal de Fortaleza. Fortaleza 2040. Disponível em: <http://fortaleza2040.fortaleza.ce.gov.br/site/fortaleza-2040/fases-do-projeto>. Acesso em: 23 jan. 2017.

SAULE JUNIOR, Nelson; Karina UZZO. A trajetória da Reforma Urbana do Brasil. In: **Cidades para tod@s**. Experiência – Marco Legal, p. 259-270, 2009, Disponível em: <http://www.redbcm.com.br/arquivos/bibliografia/a%20trajectoria%20n%20saule%20k%20uzzo.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O estado, o direito e a questão urbana. **Crítica de Ciências Sociais**. Lisboa, n. 9, p. 9-86, jun. 1982.

SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

SOUZA, Marcelo Lopes de. **Mudar a Cidade**: uma introdução crítica ao planejamento e à gestão urbanos. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

SOUZA, Marcelo Lopes de. A cidade, a palavra e o poder: práticas, imaginários e discursos heterônomos e autônomos na produção do espaço urbano. In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; SOUZA, Marcelo Lopes de; SPOSITO, Maria Encarnação Beltrão (org.). **A produção do espaço urbano**: agentes e processos, escalas e desafios. São Paulo: Contexto, 2011, p. 147-166.



Abordagem ao Projeto de Lei nº 4.294/2008 e a responsabilidade civil em caso de abandono afetivo de idosos

Approach to Draft Law nº 4.294/2008 and civil responsibility in case of affectional abandonment of elderly

ANA PAULA ARAÚJO DE HOLANDA
NATHASHA BIANCA MACÊDO CORREIA SILVA

Resumo

Analisar a responsabilidade civil decorrente do abandono afetivo de idosos como fator social e jurídico dentro da realidade da sociedade contemporânea é o objetivo desta pesquisa. Inicialmente analisam-se o abandono afetivo e a responsabilidade civil sobre o aspecto social e jurídico em seu caráter histórico; depois se averiguam os fundamentos jurídicos para a proteção dos idosos em casos de abandono afetivo e, finalmente, demonstram-se os efeitos do abandono afetivo dos idosos e

[Ir para o índice](#)

a responsabilidade civil gerada em decorrência deste abandono. A metodologia utilizada busca um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa bibliográfica com apoio de doutrinadores, como Carlos Roberto Gonçalves, Rui Stoco, Ricardo Lucas Calderón e Carlos Ayres Brito. Conclui-se que o atual ordenamento jurídico brasileiro é insuficiente para proteger de forma plena e eficaz o idoso do abandono afetivo, sendo necessária uma conscientização da obrigação dos descendentes para com os seus ascendentes, mantendo fortalecidos os vínculos familiares.

Palavras-chave: Abandono Afetivo. Dignidade da Pessoa Humana. Família. Idosos. Responsabilidade Civil.

Abstract

Analyze the civil liability resulting from the affective abandonment of the elderly as a social and legal factor within the reality of contemporary society is the purpose of this research. Initially, it analyzes affective abandonment and civil responsibility on the social and legal aspect in its historical character; then ascertain the legal foundations for the protection of the elderly in cases of affective abandonment and, finally, the effects of the affective abandonment of the elderly are demonstrated and a civil responsibility generated as a result of this abandonment. The methodology used search a descriptive-analytical study, developed through bibliographical research with the support of doctrinators such as Carlos Roberto Gonçalves, Rui Stoco, Ricardo Lucas Calderón e Carlos Ayres Brito. It is concluded that the current Brazilian legal system is insufficient to fully and effectively protect the elderly from affective abandonment, being necessary an awareness of the descendants' obligation to their ascendants, maintaining family ties strengthened.



Keywords: *Affective Abandonment. Dignity of Human Person. Family. Elderly. Civil Responsibility.*

INTRODUÇÃO

É certo afirmar que, com os recursos modernos, o avanço da tecnologia, da medicina e da melhoria no meio de vida da sociedade brasileira, a população idosa brasileira venha a aumentar ao longo dos anos, elevando consideravelmente a idade. Com o crescente aumento do número de idosos e das famílias modernas, diminuindo-se os vínculos familiares, afastando-se os filhos de seus genitores para a constituição de novas famílias, bem como para a conquista de um espaço na sociedade por meio do crescimento profissional, independentemente dos laços familiares, em decorrência desse novo estilo de vida, o abandono afetivo com relação ao idoso, que ocorre principalmente por seus familiares, vem tornando-se mais comum nos dias atuais.

Em decorrência do crescimento de casos de abandono afetivo e do dever de amparar os idosos, imposto ao Estado, à família e à sociedade pelo legislador, na Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, defendendo-lhes sua dignidade e garantindo-lhes o direito fundamental à vida, à ausência da realização de atos que resguardem tais direitos aos idosos, acarreta na busca pelo entendimento da possibilidade de responsabilização destes perante os idosos.

A responsabilidade entre pais e filhos engloba a assistência afetiva, não correspondendo apenas a uma relação obrigatória material. A incorrência de amparo sentimental, psicológico e afetivo corresponde ao constrangimento de valores mais inestimáveis, inerentes a todas as pes-

[Ir para o índice](#)

soas, ou seja, os direitos que visam resguardar a fraternidade, a solidariedade, a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana e a consequência dessa omissão poderão gerar efeitos psicológicos, como sofrimento, angústia e efeitos físicos, como agravamento de doenças.

Da coibição dos valores, acima expostos, na relação com os idosos, seja por parte dos familiares (filhos, netos, irmãos), do Estado ou da sociedade, incorre a responsabilização, a depender de quem tolheu os direitos garantidos, acarretando uma eventual reparação dos possíveis danos que venham a ser provocados.

Por tudo isso, fizeram-se importantes o estudo e a pesquisa sobre a responsabilidade civil em casos de abandono afetivo de idosos, a fim de esclarecer os pontos relevantes sobre o assunto, para, sobretudo, demonstrar o valor dos idosos perante a sociedade e as consequências jurídicas e sociais do abandono. A problemática do objeto de estudo baseia-se no fato do crescente número de casos de abandono de idosos, seja na forma afetiva ou pecuniária, bem como na delimitação da responsabilidade gerada, fazendo-se necessária a delimitação do grau de parentesco de incidência da responsabilidade civil ocasionada pelo abandono afetivo por familiares.

Importante salientar que a abordagem deste trabalho não trata apenas de um fenômeno privativo ao âmbito jurídico, mas também do âmbito social, pois tenta restaurar o equilíbrio moral, patrimonial e psicológico dissoluto pelo abandono afetivo de idosos. Ressalta-se que o objetivo geral desta pesquisa é a importância de se debater o tema a fim de definir a responsabilidade civil gerada no âmbito familiar, bem como a responsabilidade estatal advinda deste abandono; além disso, este trabalho tem como objetivos específicos analisar o abandono afetivo e a responsabilidade civil, sobre o aspecto social e jurídico, averiguando os fundamentos jurídicos para a pro-



teção dos idosos em casos de abandono afetivo e demonstrando a responsabilidade civil gerada em decorrência deste abandono.

Em relação aos aspectos metodológicos, as hipóteses foram investigadas sob a ótica de um estudo descritivo-analítico, elaborado mediante pesquisa bibliográfica realizada por meio de explicações fundamentadas em trabalhos publicados sob a forma de livros, revistas, artigos, enfim, publicações especializadas, imprensa escrita publicada em meio material e dados oficiais disponíveis na Internet que abordem de forma direta ou indireta o tema em análise, à medida que terá como única finalidade a ampliação dos entendimentos, bem como qualitativa, buscando analisar a realidade do tema no ordenamento jurídico pátrio. De maneira descritiva, buscou descrever, explicar, classificar, esclarecer o problema apresentado, objetivando aperfeiçoar as ideias por informações sobre a temática em abordagem, por meio explicativo que procurará explicar os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema em destaque.

Conforme pode ser analisado, o abandono afetivo de idosos surge como problema social, e não somente familiar, fazendo necessário delimitar a responsabilização por este ato de forma que não apenas a responsabilidade material tenha exaltação no âmbito das responsabilizações, mas que o afeto, ou no presente caso a falta de afeto, seja apurado auferindo não apenas um valor pecuniário para o abandono, mas a reparação de tal ato com o restabelecimento do afeto e da dignidade.

1. ABANDONO AFETIVO E A RESPONSABILIDADE CIVIL EM RELAÇÃO AOS IDOSOS

A conduta omissiva do abandono afetivo gera o dever de indenizar também os danos extrapatrimoniais que venham a ser suportados pela

[Ir para o índice](#)

vítima do abandono, que em nossa análise trata-se da pessoa idosa. O abandono afetivo ocorre em decorrência da ruptura do dever de cuidado, amparo, proteção e assistência, e devido a essas rupturas a coexistência do núcleo familiar é abalada gerando várias consequências que ensejam indenização por danos morais fundamentada na responsabilidade civil.

1.1 Afeto como princípio constitucional

O primeiro esclarecimento que deve ser feito é quanto ao reconhecimento de quem é conceituado como idoso no Brasil. A respeito desse questionamento, as autoras Tânia Margarete Mezzomo Keinert e Tereza Etsuko da Costa Rosa¹ discorrem acerca desta identificação, tomando como embasamento a conceituação trazida pelo Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 2003), senão vejamos:

No Brasil, considera-se idosa a pessoa com 60 anos ou mais (Lei 8842/94 e 10741/03), seguindo-se os padrões da Organização Mundial de Saúde (OMS). Apesar de muitas vezes predominar o preconceito e a discriminação contra esse grupo populacional, vem aumentando a consciência de que os idosos podem dar uma contribuição fundamental à construção de uma sociedade mais humana.

A Coordenação Geral dos Direitos dos Idosos², situada em Brasília, fez uma análise de dados sobre o envelhecimento no Brasil. Referida pes-

1 KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; ROSA, Tereza Etsuko da Costa. Direitos Humanos, envelhecimento ativo e saúde da pessoa idosa: marco legal e institucional. **BIS, Boletim do Instituto de saúde (Impr.)**, São Paulo, n. 47, abr. 2009.

2 Coordenação Geral dos Direitos dos Idosos, vinculada à Secretaria Especial dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania. 2016.



quisa constatou que “Em 2050 pela primeira vez haverá mais idosos que crianças menores de 15 anos”. Essa situação demonstra que a população está envelhecendo, e por essa razão devemos nos preocupar em garantir os direitos dessa parcela da população que no futuro estima-se constituir uma grande parte da sociedade.

Para definição de afeto, podemos utilizar a conceituação de Flávio Tartuce³, que expõe de forma simples ser o afeto uma relação entre pessoas mediante demonstração de sentimentos, positivos ou negativos, que estão intimamente correlacionados à entidade familiar, senão vejamos:

De início, para os devidos fins de delimitação conceitual, deve ficar claro que o afeto não se confunde necessariamente com o amor. Afeto quer dizer interação ou ligação entre pessoas, podendo ter carga positiva ou negativa. O afeto positivo, por excelência, é o amor; o negativo é o ódio. Obviamente, ambas as cargas estão presentes nas relações familiares.

Em relação à afetividade, Armando Marino Filho⁴ afirma que o afeto é um meio pelo qual “ocorre uma valoração da relação do indivíduo com o seu meio, e depois, em relação a si próprio, isto é, a autovaloração que comumente conhecemos por autoestima”, ou seja, a afetividade é o instrumento utilizado para a formação de valores, constituindo-se em uma “base de formação dos sentidos de orientação das próprias ações”.

3 TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. **Jusbrasil**, 2013.

4 MARINO FILHO, Armando. **Educação e Personalidade**: o afeto e a formação do poder no grupo familiar. 2010. p. 89.

A Constituição da República Federativa do Brasil⁵, de 1988, ao tutelar o afeto como um direito fundamental amparado no princípio da dignidade da pessoa humana, em seus artigos 229 e 230, propicia, para Élyka Dalossi Arita⁶, o surgimento de novos direitos, como o direito à integridade psíquica e o direito moral, que dispõe sobre salvaguardar a prosperidade intelectual e moral.

Ademais, a abordagem desta pesquisa se desenvolve em torno do dano sofrido em decorrência do abandono afetivo praticado contra a pessoa idosa. Ou como alguns autores preferem nominar, trata-se de abandono afetivo inverso. O desembargador Jones Figueirêdo Alves, diretor nacional do Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM)⁷, conceitua o abandono inverso como “a inação de afeto ou, mais precisamente, a não permanência do cuidar, dos filhos para com os genitores, de regra idosos”. E ainda segundo o desembargador e diretor, “esta falta do cuidar serve de premissa de base para a indenização”.

1.2 Abandono afetivo e suas consequências jurídicas

Devido conceito de abandono afetivo inverso feito pelo desembargador e diretor do IBDFAM, Jones Figueirêdo Alves, percebemos que o motivo do uso da expressão “inverso”, segundo Cristina Aparecida da Silva⁸, corresponde a uma “equação às avessas do binômio da relação pa-

5 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

6 ARITA, Élyka Dalossi. O afeto como elemento da personalidade e meio de desenvolvimento da dignidade humana. **Cadernos da Escola de Direito**. v. 2, n. 18, p. 86-98.

7 IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. 2013.

8 SILVA, Cristina Aparecida da. O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 jan. 2015.



terno-filial, dado que ao dever de cuidado repercussivo da paternidade responsável, coincide valor jurídico idêntico atribuído aos deveres filiais”.

Vale ressaltar que a proteção ao abandono afetivo inverso está disciplinada em nossa legislação pátria, disposto no artigo 229 da Constituição Federal, de 1988⁹, que afirma o dever que os pais possuem de prestar assistência quanto à criação e educação dos filhos enquanto menores, e que o mesmo amparo deve ser prestado pelos filhos maiores aos seus pais, “na velhice, carência ou enfermidade”. Quanto a quem se deve responsabilizar pelo dano sofrido pelo idoso em decorrência do abandono afetivo, a narração do artigo 230, *caput*¹⁰, assegura que não só a família deve ser responsabilizada em caso de abandono afetivo inverso, pois, além da entidade familiar, o dever de amparo e proteção aos idosos também é inerente à sociedade e ao Estado, senão vejamos: “A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”.

Em analogia ao que dispõe Valéria Silva Galdino Cardin¹¹ sobre abandono afetivo dos pais em relação aos filhos, constatamos que “o afeto é

9 Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

10 Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

11 CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 239.

algo que não pode ser monetarizado”; porém, a falta de afeto acarreta inúmeros danos psicológicos em um idoso, que, ao enfrentar uma fase da vida com menor produtividade, se vê em situação de descaso e abandono por quem lhe deveria gratidão, na maioria dos casos, os filhos. A indenização teria como proporcionar que “esta pessoa recebesse auxílio psicológico para tratar das sequelas oriundas da falta de visitação, do descaso, da não orientação ética, moral e intelectual [...]”.

Os pais criam seus filhos, dão-lhes aptas condições para uma formação pessoal, moral e intelectual enquanto perdura a menoridade, e, ao atingir a maioridade, “o poder familiar cessa, mas não desaparece o dever de solidariedade decorrente da relação parental”, como podemos observar pelo entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS)¹² e do ministro relator Jorge Luís Dall’Agnol, que denega apelação cível de exoneração de alimentos de filha maior de idade estudante. Vejamos a ementa do referido julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE EXONERAÇÃO DE ALIMENTOS. FILHA MAIOR E ESTUDANTE. O poder familiar cessa quando o filho atinge a maioridade civil, mas não desaparece o dever de solidariedade decorrente da relação parental. Se o filho precisa de alimentos para garantir a frequência regular a estabelecimento de ensino, como complemento da sua educação, que é dever residual do poder familiar, está o pai obrigado a auxiliá-lo. Alteração nas possibilidades do genitor que autoriza a redução do quantum dos alimentos. Termo final da obrigação mantido. Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70068097146, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Jul-

12 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). **Apelação cível 70068097146**. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 16/03/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/03/2016.



gado em 16/03/2016). (TJ-RS- AC: 70068097146 RS, Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 16/03/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/03/2016).

Na referida apelação de exoneração de alimentos, não se devem restringir alimentos ao entendimento simplório de que constituiriam apenas “comida”, mas sim conceituá-los como tudo o que seja necessário para que seja possível uma vida digna. Diante do exposto, do dever de cuidado dos genitores para com a sua prole, durante a menoridade e a maioridade, seria uma imensa ingratidão os filhos não terem deveres de cuidados para com os seus pais durante a velhice ou em alguma fase de necessidade.

Valéria Silva Galdino Cardin¹³ afirma que mesmo existindo o dever de amparo, estabelecido no Estatuto do Idoso, dos filhos em relação aos pais, “infelizmente muitos idosos são abandonados à própria sorte e levados para asilos”; a autora conclui que tal ato de abandono gera o “direito a um pensionamento, ou seja, a concessão de pensão, e também a indenização por danos morais”.

No Brasil, o entendimento que vem sendo adotado nos tribunais, em matéria relativa ao abandono afetivo inverso e a fixação de reparação dos danos que sejam oriundos do abandono, mediante responsabilização civil, ainda não é está consolidado; porém, podemos encontrar tribunais que dispõem a favor da matéria, resguardando os direitos das pessoas idosas não tão somente em relação aos bens materiais, mas principalmente em relação aos valores morais e a dignidade da pessoa humana. Podemos exemplificar

13 CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 240.

esse posicionamento por meio do julgado da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ)¹⁴. Vejamos a ementa do referido julgado.

Apelações cíveis. Dever alimentar dos filhos em relação aos pais. Possibilidade. Inteligência dos arts. 1694 a 1696 CC/2002. Princípio da solidariedade familiar. Binômio necessidade/possibilidade configurado. Encargo alimentar fixado em conformidade com as condições financeiras dos filhos réus. **Assistência material, moral e afetiva** que tão somente é dispensada à genitora pela filha, esta que inclusive, por determinação judicial, desempenha a função de curadora da mãe. Autora idosa e atualmente civilmente incapaz que necessita da assistência dos outros dois filhos. Assistência que inclui não apenas alimentação e vestuário como também cuidados médicos, medicamentos, e demais tratamentos necessários ao bem-estar da idosa. Dever dos filhos de prestar assistência aos pais carentes ou idosos que outrossim está assegurado na Constituição Federal e na Lei 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), respectivamente nos arts. 229, e 2º e 3º. Precedentes desta Corte e do STJ. Valores fixados com razoabilidade. Sentença de procedência que se mantém. Recursos desprovidos. (TJ-RJ - APL: 00313266620118190202 RJ, Relator: CRISTINA TEREZA GAULIA, Data de Julgamento: 18/12/2012, Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: 21/12/2012). (grifo nosso)

14 RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ). **Apelação 00313266620118190202**. Relator: Cristina Tereza Gaulia, Data de Julgamento: 18/12/2012, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/12/2012.



Na ementa citada, o referido dever de prestar alimentos não se resume apenas à prestação de comida, mas sim à obrigação de prover o que for possível para garantir o bem-estar da pessoa idosa, a fim de lhe proporcionar uma vida digna. Dessa forma, constatamos que essa prestação obrigacional possui a mesma finalidade que a referida prestação alimentícia dos pais em favor dos filhos.

Interessante destacar que na China, desde 2013, vigora uma lei que, segundo Celia Hatton¹⁵, “determina cuidados mínimos dos adultos para com seus pais, como nunca renegar ou ignorar as pessoas mais velhas e zelar por suas necessidades espirituais”. Segundo a autora, referida Lei, intitulada Proteção dos Direitos e Interesses dos Idosos, prevê punição para quem não prestar assistência ao pai idoso, e, embora existam muitas críticas, o intuito da Lei foi atenuar o progressivo problema de isolamento dos idosos na China.

Cristina Aparecida da Silva¹⁶ expõe que “o abandono constitui um desvio desconcertante do valor jurídico estabilidade familiar, recebendo uma modelagem jurídica e jurisdicional capaz, agora, de defini-lo para os fins de responsabilização civil”, pois afeta o perfil da entidade familiar, que tem por melhor conceituação a unidade.

A problemática do isolamento e abandono de idosos também é constatada no Brasil, dados do disque 100, canal da Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos, responsável pelo recebimento de denúncias de vio-

15 HATTON, Celia. **China cria lei que obriga filhos adultos a visitar os pais**. 2013.

16 SILVA, Cristina Aparecida da. O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 jan. 2015.

lações de direitos, publicados pelo Ministério dos Direitos Humanos¹⁷, apontam que durante os quatro primeiros meses de 2016 foram recebidas doze mil quatrocentos e cinquenta e quatro denúncias de violência contra pessoas idosas. Destas notificações constatou-se que a maior parte das violações ocorre no âmbito familiar das vítimas, e que os tipos de violência mais comumente praticados são a negligência, a violência física ou psicológica e o abuso financeiro e econômico, também conhecido como violência patrimonial.

Buscando pontos de vista não jurídicos, considera-se importante expor o posicionamento do escritor, psicanalista e psicopedagogo, doutor Chafic Jbeili¹⁸, que faz relatos do sofrimento suportado pelos idosos quando abandonados, afirmando que este sofrimento se pondera de maior repercussão que dores físicas oriundas de doenças, ou insuficiência monetária. Dessa forma, constata-se:

Percebo que de todas as queixas dos idosos, as menos significativas para eles são: A dor, a escassez financeira, as limitações físicas e as doenças. No entanto, o semblante desses guerreiros imbatíveis se desfalece instantaneamente quando expressam sentimentos de menos-valia, dizendo que já “não servem para mais nada” ou quando relatam abandono, quer seja pelos entes queridos ou por aquelas pessoas de quem se esperava alguma gratidão ou consideração nessa fase da vida.

17 BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Dados do disque 100 mostram que mais de 80% dos casos de violência contra idosos acontecem dentro de casa.** 2017.

18 JBEILI, Chafic. **Na plenitude da felicidade, cada dia é uma vida inteira.** 2004.



O perceptível dano, mencionado por Jbeili, suportado pelos idosos em caso de abandono afetivo, é passível de indenização consubstanciada na responsabilidade civil, pois o dever jurídico de cuidado e de amparo é abalado, gerando dano, e os preceitos da responsabilidade civil pactuam que os danos – não apenas os materiais – devem ser reparados. Na hipótese do dano causado por abandono afetivo, o tipo de responsabilidade civil adotado pela maioria da doutrina é o subjetivo, “que erigiu o dolo e a culpa como fundamentos para a obrigação de reparar o dano”, segundo Carlos Roberto Gonçalves¹⁹.

Ademais, é importante ressaltar que existe um efeito penal tipificado no Estatuto do Idoso²⁰ para a prática do abandono, o artigo 98 estabelece pena de detenção de seis a três anos e multa. Pena aplicável a quem praticar o ato de abandono de idosos em estabelecimentos de saúde ou abrigos para estes, não contribuindo para prover as necessidades básicas do idoso. A interpretação extensiva do mencionado artigo respalda o afeto, que é uma necessidade básica de todo ser humano.

Art. 98. Abandonar o idoso em hospitais, casas de saúde, entidades de longa permanência, ou congêneres, ou não prover suas necessidades básicas, quando obrigado por lei ou mandado:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 3 (três) anos e multa.

O Projeto do Senado de nº 700, de 2007²¹, aprovado em 2012, caracteriza o abandono afetivo como falta grave aos deveres de cuidados

19 GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: responsabilidade civil, v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 49.

20 BRASIL. **Lei nº 10.741 de 1º de outubro de 2003**. Estatuto do Idoso.

21 BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 700/2007**. Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências.

e, além de constituir-se como ilícito civil, também passou a ser definido como crime; porém ampara quanto ao abandono afetivo das crianças e dos adolescentes, visto que se propôs a modificar apenas o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2. ABORDAGEM E ANÁLISE AO PROJETO DE LEI Nº 4.294/2008

Além do Projeto do Senado nº 700, de 2007, ressalta-se o Projeto de Lei nº 4.294, de 2008, em andamento e pronto para Pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Tem como objetivo acrescentar parágrafo ao art. nº 1.632 do Código Civil²² e ao art. 3º do Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer indenização por dano moral em razão do abandono afetivo²³.

A justificativa do Projeto de Lei nº 4.294, de 2008, destacada pelo próprio autor, deputado Carlos Bezerra, é a de que o parâmetro “patrimonialista-individualista” não deve ser a única base para as relações familiares, a essência da sociedade familiar deve ser pautada também na ética, “que habita ou deveria habitar o consciente e inconsciente de todo ser humano”. Importando na premissa de que a “prestação de auxílio material”, não é a única obrigação que existe na relação paterno-filial,

22 O Projeto de Lei nº 4.294/2008 traz um parágrafo único para o artigo 1.632 do Código Civil: O abandono afetivo sujeita os pais ao pagamento de indenização por dano moral”. E deve ser acrescido ao artigo 3º do Estatuto do Idoso o seguinte parágrafo 2º “O abandono afetivo sujeita os filhos ao pagamento de indenização por dano moral”. Desta forma ficará expresso a garantia à indenização por dano moral sofrido em decorrência do abandono afetivo pelo pai ou pelo filho.

23 BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4.294/2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002- Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003- Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo.



também existindo outras necessidades que devem ser supridas, como a de auxílio moral, consistente na prestação de apoio, afeto e atenção indispensáveis ao adequado desenvolvimento da personalidade dos filhos ou adequado respeito às pessoas de maior idade.

A relatora, deputada Jô Moraes, votou em 2010 pela aprovação do Projeto de Lei nº 4.294, de 2008, que tem como um de seus objetivos a normatização de previsão à indenização de dano moral acarretado pelo abandono afetivo de pessoas idosas. Para a relatora, “o abandono provoca, indubitavelmente, comprometimento psicológico”, e mais, que existem pessoas que levam a vida inteira sofrendo com a ausência familiar. Em seu voto expõe:

[...] é extremamente útil e conveniente introduzir na lei a obrigação presumida de se pagar indenização por dano moral, tomado como consequência direta e imediata do abandono afetivo por familiares, para que os laços familiares sejam mais robustamente fortalecidos. É necessário, pois, conscientizar aqueles que cometem o abandono afetivo sobre o abalo que causam, e dissuadir outras pessoas a evitarem a mesma conduta, por ser considerada grave e reprovável moral e socialmente²⁴.

Favorável ao Projeto de Lei nº 4.294, de 2008, o deputado Bezerra²⁵ afirma que esse abandono acarreta “um sentimento de tristeza e solidão, que se reflete basicamente em deficiências funcionais e no agravamento

24 BRASIL. Câmara dos Deputados. **PL 4.294/2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002- Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 - Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo .

25 BEZERRA, Carlos. **Projeto de Lei nº 4.294 de 2008**.

de uma situação de isolamento social mais comum nessa fase da vida”. Além disso, o abandono afetivo predispõe uma tendência a mudar “estímulos de interação social do idoso” e do interesse com a própria vida.

Ademais, é de conhecimento que os efeitos da aprovação do Projeto de Lei, em questão, de nº 4.294, de 2008, não possuirão capacidade de obrigar uma pessoa a ter amor por outra pessoa, por esta razão não sendo possível obrigar os filhos a amarem seus pais; porém, a aprovação e a entrada em vigor deste Projeto de Lei garantirão que seja prestada a assistência que possibilite uma vida plena pautada no princípio da dignidade da pessoa humana. E caso não seja cumprido o que está dentro da reserva do possível para a garantia dessa vida digna, seja permitido o recebimento de indenização pelo dano causado.

Dessa forma, é notória a importância da reparação dos danos que vêm sendo sofridos pelos idosos que vivenciam o abandono afetivo. Nesse contexto, salienta-se a importância da entrada em vigor do Projeto de Lei, pois apenas dessa forma as pessoas que abandonam afetivamente os idosos serão obrigadas a reparar seus atos, conscientizando-se de sua obrigação para com seu ascendente, tendo cuidados e proteção com a vida digna na velhice. A indenização do dano consistirá em uma punição, que será aplicada para a garantia da almejada dignidade e consolidação do afeto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, é considerada idosa toda pessoa com idade igual ou superior a sessenta anos. O objetivo deste trabalho consistiu em fazer um estudo sobre os direitos e garantias dessa parcela da sociedade, principalmente no que diz respeito ao abandono afetivo.



Como se pode constatar, o abandono afetivo é um tema bastante atual, que tem grande repercussão social e precisa ser amplamente discutido, tendo em vista que os danos, oriundos do abandono moral, são profundos e mais difíceis de serem sanados que os advindos de um abandono material, pois possuem efeitos psicológicos não solucionáveis por qualquer pessoa ou mera reparação monetária e material.

O presente trabalho delimitou a temática do que se trata o abandono afetivo, no qual se pode constatar que o afeto não se restringe tão somente ao amor, mas que possui o significado de proteção, cuidado e amparo, estando estritamente vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana. Dito isso, pode-se afirmar que o abandono afetivo consiste na negligência desses cuidados, e implicará defasagem do amparo moral e abalo da coexistência da entidade familiar, acarretando danos morais e conseqüentemente a reparação por meio de indenização de cunho financeiro, bem como social.

No ordenamento jurídico brasileiro, existem dispositivos legais que resguardam os direitos e garantias dos idosos em diversos aspectos, protegendo-os como sujeitos de direito na sociedade, garantindo-se-lhes a dignidade e preservando a sua integridade física, moral, psicológica e material. Porém, esses diplomas, embora resguardem determinados direitos, como a assistência e seguridade social, a dignidade da pessoa humana, não contemplam uma abordagem mais específica quanto à questão do afeto e sua ausência, ainda que devidamente expresso na Carta Magna o dever de a sociedade, a família e o Estado realizarem esse amparo.

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil, de 1988, garante que os filhos maiores têm o dever de assistência para com os pais, mas infelizmente, no diploma legal específico que resguarda os direitos

e garantias dos idosos, qual seja, o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741, de 2003), não faz previsão legal acerca da possibilidade de indenização dos danos oriundos do abandono afetivo.

Embora não apresente previsão legislativa específica, muitos autores possuem o entendimento de que a negligência do afeto é causa de ensejo à reparação de danos, tendo como base a responsabilidade civil subjetiva, pela qual se faz necessária a comprovação do nexos causal dos danos suportados pela pessoa idosa e o real abandono afetivo pelos familiares, sociedade e/ou Estado.

Para suprir a falta de previsão no Estatuto do Idoso quanto à reparação de danos em decorrência de abandono afetivo, desde 2008, tramita, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 4.294, de 2008, de autoria do deputado Carlos Bezerra, que apresenta como base do texto o acréscimo, no Estatuto do Idoso e no Código Civil, da previsão legal de indenização do dano moral sofrido em decorrência do abandono afetivo das pessoas idosas.

Referido Projeto de Lei possui suma importância, uma vez que garantirá a prestação de assistência aos idosos para possibilitar que tenham uma vida pautada no princípio da dignidade da pessoa humana e do convívio familiar, e caso não seja cumprida essa prestação assistencial, seja permitida a indenização do dano causado, como forma de amenizar os danos sofridos, visto que, por possuírem cunho moral e psicológico, pode, por vezes, a ausência do afeto nunca ser suprida.

Conclui-se, conforme já exposto ao longo deste trabalho, que o atual ordenamento jurídico brasileiro é insuficiente para proteger de forma plena e eficaz o idoso do abandono afetivo, bem como de formas de garantir que, ocorrendo o abandono, seja possível a aplicação da reparação dos danos, sendo sem embasamentos legais a imputação da responsabilidade civil pelos danos a serem suportados pela pessoa idosa.



Nesse contexto, é explanada a importância da entrada em vigor do Projeto de Lei nº 4.294, de 2008, em virtude de demonstrar a preocupação do Estado com a ocorrência do abandono dos idosos, amparando-os, e, por sua futura aprovação, disseminar a consciência da obrigação – dos descendentes para com seus ascendentes – de manter seus vínculos familiares, imputando aos casos, aos quais seja negligenciado o afeto, a ocorrência da reparação mediante indenização a ser aplicada. Ademais, é de relevante importância que seja divulgada a ideia de que o afeto é um direito fundamental inerente a todas as pessoas, para que a sua proteção seja, na prática, de forma efetiva, jamais destituindo a sociedade de vínculos familiares e afetivos.

REFERÊNCIAS

ARITA, Élyka Dalossi. O afeto como elemento da personalidade e meio de desenvolvimento da dignidade humana. **Cadernos da Escola de Direito**. v. 2, n. 18, p. 86-98. Curitiba. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2990>. Acesso em: 30 maio 2021.

BEZERRA, Carlos. **Projeto de Lei nº 4.294 de 2008**. 2008. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=864558&filename=Avulso+-PL+4294/2008. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça e Cidadania. **Coordenação Geral dos Direitos dos Idosos**. 2016. Disponível em: <http://www.sdh.gov.br/assuntos/pessoa-idosa/dados-estatisticos/Dados-sobreoenvelhecimentoonoBrasil.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Leis/2003/L10.741.htm. Acesso em: 2 jan. 2017.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado nº 700/2007**. Modifica a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”) para caracterizar o abandono moral como ilícito civil e penal, e dá outras providências. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/11978.pdf>. Acesso em: 31 out. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4.294/2008**. Acrescenta parágrafo ao art. 1.632 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002- Código Civil e ao art. 3º da Lei nº 10.741, de 1ª de outubro de 2003- Estatuto do Idoso, de modo a estabelecer a indenização por dano moral em razão do abandono afetivo. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=415684>. Acesso em: 28 fev. 2017.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. **Dados do disque 100 mostram que mais de 80% dos casos de violência contra idosos acontecem dentro de casa**. 2016. Disponível em: <http://www.mdh.gov.br/mdh/informacao-ao-cidadao/disque-100>. Acesso em: 6 jan. 2017.

CARDIN, Valéria Silva Galdino. **Dano Moral no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: responsabilidade civil**, v. 4. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.



HATTON, Celia. **China cria lei que obriga filhos adultos a visitar os pais**. 2013. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/07/130701_china_visit_parents. Acesso em: 16 out. 2017.

IBDFAM. **Abandono afetivo inverso pode gerar indenização**. 16 jul. 2013. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/5086/+Abandono+afetivo+inverso+pode+gerar+indeniza%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 16 out. 2017.

JBEILI, Chafic. **Na plenitude da felicidade, cada dia é uma vida inteira**. 2004. Disponível em: <http://direitodoidoso.braslink.com/01/artigo024.html>. Acesso em: 14 nov. 2017.

KEINERT, Tânia Margarete Mezzomo; ROSA, Tereza Etsuko da Costa. Direitos Humanos, envelhecimento ativo e saúde da pessoa idosa: marco legal e institucional. **BIS, Boletim do Instituto de saúde (Impr.)**. São Paulo, n. 47, abr. 2009. Disponível em: http://periodicos.ses.sp.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1518-18122009000200002&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 12 out. 2017.

MARINO FILHO, Armando. **Educação e Personalidade**: o afeto e a formação do poder no grupo familiar. 2010. Disponível em: <http://periodicosonline.uems.br/index.php/interfaces/article/view/633/597>. Acesso em: 31 out. 2017.

SILVA, Cristina Aparecida da. O abandono afetivo inverso da pessoa idosa do Brasil e seus aspectos relevantes à luz do estatuto do idoso. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 19 jan. 2015. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.52230&seo=1>. Acesso em: 23 ago. 2017.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ). **Apeção 00313266620118190202**. Relator: Cristina Tereza Gaulia, Data de

Ir para o índice

Julgamento: 18/12/2012, QUINTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 21/12/2012. Disponível em: <http://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/386242553/apelacao-apl-313266620118190202-rio-de-janeiro-madureira-regional-2-vara-de-familia>. Acesso em: 14 nov. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS). **Apelação CÍVEL 70068097146**. Relator: Jorge Luís Dall’Agnol, Data de Julgamento: 16/03/2016, Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 23/03/2016. Disponível em: <http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322773191/apelacao-civel-ac-70068097146-rs>. Acesso em: 31 out. 2017.

TARTUCE, Flávio. O princípio da afetividade no direito de família. **Jusbrasil**. 2013. Disponível em: <https://flaviotartuce.jusbrasil.com.br/artigos/121822540/o-principio-da-afetividade-no-direito-de-familia>. Acesso em: 6 jan. 2017.



Direito fundamental à intimidade nas relações de trabalho: reflexões sobre o modelo constitucional brasileiro

Fundamental right to intimacy
in work relations: reflections on
the Brazilian constitutional model

**SUYENE MONTEIRO DA ROCHA
SUZIDARLY RIBEIRO TEIXEIRA FERNANDES**

Resumo

O mundo contemporâneo é regido, entre outros elementos, pela “interconectividade”. Os indivíduos encontram-se plugados através da tecnologia, que a cada dia lhes expõe em redes sociais e *funpagens*. Neste universo, gravitam questões acerca dos limites dos direitos à imagem, intimidade e privacidade das pessoas, estando contido neste espectro o direito à intimidade no âmbito das relações laborais. A partir dessa perspectiva, o estudo apresenta reflexões sobre o direito fundamental à

[Ir para o índice](#)

intimidade nas relações de trabalho, tendo como elemento fundante as normas constitucionais. Assim, o artigo realizado analisa os comandos da Constituição Federal do Brasil com a finalidade de verificar a existência de um modelo de proteção à intimidade do trabalhador enquanto indivíduo inserido na relação de trabalho. O âmago do estudo é interfacear três elementos: Direitos Fundamentais do Trabalhador nas Relações Laborais; Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada; e Direito à Intimidade do Trabalhador na Relação Laboral.

Palavras-chave: Proteção Constitucional. Intimidade. Ambiente Laboral.

Abstract

The contemporary world is ruled by “interconnectivity”. The individuals are plugged through technology, which every day exposes them in social networks. In this universe, questions arise about the limits of the rights to the image, intimacy and privacy of the people, being contained in this spectrum the right to the intimacy in the scope of labor relations. The study presents reflections on the right to privacy in work relations, having as constitutive element the constitutional norms. Thus, the article carried out analyzes the commands of the Federal Constitution of Brazil with the purpose of verifying the existence of a model of protection to the intimacy of the worker as an individual inserted in the working relationship. The core of the study is to interface three elements: Fundamental Rights of the Worker in Labor Relations; Constitutional Protection of Intimacy and Private Life; And Right to Worker’s Intimacy in Labor Relations.

Keywords: Constitutional Protection. Privacy. Work Environment.



INTRODUÇÃO

As relações na vida contemporânea se apresentam em um “novo” contexto, a da “conectividade”. Os indivíduos estão cada vez mais “ligados” pelas redes sociais, pelas comunidades e múltiplos aplicativos que expõem de forma contínua a vida de cada um daqueles que se encontram em uma “teia” de interações digitais. Há, neste contexto, uma conexão pulsante no sentido de se (inter) comunicar, mas há também uma exposição expressiva da vida privada e intimidade. Com a atenção apon-tada para estas relações, para as disposições previstas na Constituição Federal e que resguardam a imagem, intimidade e privacidade de todas as pessoas sem qualquer distinção, e direcionando a abordagem para a perspectiva do ambiente laboral, o presente estudo pretende refletir sobre o direito fundamental à intimidade nas relações de trabalho sob a perspectiva das normas constitucionais brasileiras. Para o alcance desse desiderato, o estudo realizado se pauta na busca de verificar se há na Constituição Federal do Brasil um modelo de proteção à intimidade do trabalhador enquanto indivíduo inserido na relação de trabalho.

Nesse diapasão, com o fito de alcançar a problemática, objeto do estudo, o texto é constituído por três seções: Direitos Fundamentais do Trabalhador nas Relações Laborais; Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada; e Direito à Intimidade do Trabalhador na Relação Laboral.

A pesquisa aborda um importante direito fundamental da pessoa humana: o direito à intimidade. Antes de se debruçar sobre este, perpassa pelos aspectos centrais dos direitos fundamentais, destacando sua historicidade como fenômeno recente.

[Ir para o índice](#)

Posteriormente, apresenta alguns apontamentos sobre direitos fundamentais, inserindo-os no contexto justralhista ao se analisar os *Direitos Fundamentais do Trabalhador nas Relações Laborais*, os quais são dirigidos não apenas aos trabalhadores com liame empregatício (formal ou não formalizado), mas a todos os obreiros vinculados ao tomador de serviços em razão de dependência econômica e que estejam sob a direção deste.

Além dos direitos fundamentais titularizados pelas pessoas em geral, os trabalhadores também detêm prerrogativas específicas e relacionadas ao trabalho, com natureza igualmente fundamental, como ocorre com a garantia de trabalho decente.

Adentrando o tema relativo à *Proteção Constitucional da Intimidade e da Vida Privada*, são abordadas algumas acepções desses vocábulos, realizada a distinção entre os dois conceitos e analisada a opção do constituinte brasileiro em outorgar proteção específica e inviolabilidade a ambas.

O *Direito à Intimidade do Trabalhador na Relação Laboral* é enfrentado na última seção do artigo, trazendo reflexão sobre a necessidade de se resgatar o conceito constitucional de intimidade, de modo a preservar esse foro íntimo do indivíduo inserido na relação de trabalho.

Como metodologia, utilizou-se pesquisa bibliográfica para a coleta de substrato teórico de historicidade, bem como de aportes jurídicos nacionais relacionados ao tema. Na pesquisa de artigos científicos pertinentes, foram utilizados os descritores ‘Constituição Federal’; ‘Direitos Fundamentais’; e ‘Intimidade’.



1. DIREITOS FUNDAMENTAIS DO TRABALHADOR NAS RELAÇÕES LABORAIS

A expressão “direitos fundamentais” e sua formulação jurídico-positiva como direitos constitucionais são fenômenos recentes, mas suas raízes filosóficas estão ligadas e remontam ao pensamento humanista¹.

Ao analisar as razões históricas do amadurecimento de uma teoria jurídica dos direitos fundamentais, Marmelstein reporta-se aos alicerces legais outorgados ao nazismo e ao regime de Hitler, destacando que, após a queda desse regime e do término da Segunda Guerra Mundial, “[...] os juristas do mundo todo sentiram a necessidade de desenvolver uma teoria jurídica mais comprometida com os valores humanitários como forma de recuperar a legitimidade da ciência do direito”².

É com base em tais valores que o referido autor conceitua os direitos fundamentais como sendo “[...] normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico”³.

Trazendo um conceito também alicerçado no protagonismo dado ao homem, Delgado leciona que “[...] direitos fundamentais são prerrogati-

1 Tradução livre de PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007, p. 30: “Ahora bien, si la expresión ‘derechos fundamentales’ y su formulación jurídico-positiva como derechos constitucionales son un fenómeno relativamente reciente, sus raíces filosóficas se remontan, y se hallan íntimamente ligadas, a los avatares históricos de la pensamiento humanista”.

2 MARMELSTEIN, George Lima. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 3.

3 MARMELSTEIN, George Lima. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 20.

vas ou vantagens jurídicas estruturantes da existência, afirmação e projeção da pessoa humana e de sua vida em sociedade”⁴.

Na seara trabalhista, o empregador é considerado um ente coletivo, porquanto suas decisões e ações têm o poder de gerar repercussões sociais no meio de uma comunidade de trabalho ou até num âmbito comunitário mais amplo. Os atos do trabalhador, por seu turno, produzem efeitos restritos ao vínculo laboral⁵. Esse caráter individual dos atos do obreiro, aliado à essencial personalidade e pessoalidade do trabalho deste, justifica a limitação do estudo, centrado nos direitos fundamentais do trabalhador, bem como o enfoque dado a esses direitos na perspectiva da relação de trabalho, ou seja, não se debruçará sobre os direitos fundamentais do trabalhador enquanto cidadão, consumidor etc.

Como elemento associado à delimitação do objeto de reflexão está a posição de inferioridade fático-jurídica do empregado. Entre os integrantes do contrato empregatício há um desequilíbrio estrutural, empiricamente comprovado pelas experiências históricas dos séculos anteriores, a exemplo da utilização do trabalho infantil e da exploração excessiva e em larga escala. Esse desequilíbrio justifica até mesmo a intervenção estatal para a proteção dos direitos fundamentais, impondo ao Estado um verdadeiro dever de proteção jurídico-fundamental⁶.

4 DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, vol. 70, n. 6, p. 657-685, jun. 2006, p. 657.

5 DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

6 SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no direito do trabalho. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: MONTEIRO, António Pinto; NEUNER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 326-356.



Importante ressaltar que são titulares de direitos fundamentais não apenas os obreiros de um contrato de emprego (diretamente subordinados ao tomador de serviços, em uma relação onerosa e não eventual). A garantia a esses direitos também alcança os trabalhadores autônomos, eventuais, parassubordinados e todos os que desempenham uma atividade remunerada por conta alheia e com dependência econômica⁷.

Em relação à abrangência dos direitos fundamentais, o trabalhador é titular dos mesmos direitos outorgados às pessoas em geral, como ocorre com as liberdades civis e públicas, mas também se beneficia de direitos fundamentais aplicáveis estritamente no âmbito da relação laboral⁸, como é o caso do direito ao trabalho decente e vedação ao trabalho degradante.

Dentre os direitos fundamentais nas relações de trabalho do Brasil, Romita⁹ elenca os direitos à: igualdade, honra, imagem, intimidade, vida privada, liberdade de ir e vir (proibição de trabalho escravo ou forçado), livre manifestação do pensamento, sindicalização, saúde e segurança no trabalho, entre outros.

Para alinhar todos os elementos integrantes desta pesquisa, importante voltar o olhar para o modelo constitucional de proteção concedida ao âmbito privado do indivíduo.

7 ROMITA, Arion Sayão. **Direito fundamentais na relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

8 ROMITA, Arion Sayão. **Direito fundamentais na relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

9 ROMITA, Arion Sayão. **Direito fundamentais na relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

2. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA INTIMIDADE E DA VIDA PRIVADA

No elenco de direitos e garantias fundamentais, a Constituição da República Federativa do Brasil¹⁰ proclamou que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (inciso X do artigo 5º). Segundo Silva¹¹, esses valores foram elevados à condição de direito individual conexo ao direito à vida, sendo reflexo ou manifestação deste.

Parte da doutrina pátria realiza distinção entre vida privada e intimidade, justificando que o legislador constitucional, ao se referir a ambos os institutos expressamente, quis conceder proteção jurídica à privacidade das pessoas em todos os seus âmbitos (mais amplo, alcançando a vida privada; mais restrito, para a intimidade). Nesse sentido, têm-se as lições de Dotti¹², Vieira¹³, Costa Júnior¹⁴ e Cunha Júnior¹⁵, entre outros.

10 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

11 SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

12 DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo, RT, 1980.

13 VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

14 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

15 CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.



O termo *intimidade* é de origem latina, derivada de *intimu*, e significa secreto, o mais profundo, recôndito¹⁶. No que se refere à *intimidade*, Pontes de Miranda leciona que “cada um tem o direito de se resguardar dos sentidos alheios, principalmente da vista e dos ouvidos dos outros”¹⁷. Ela corresponde, na lição de Dotti, à “[...] esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”¹⁸. Segundo Rodríguez-Arango, é o direito a não ser conhecido em certos aspectos pelos demais; é o direito do segredo, a que os demais não saibam o que somos ou o que fazemos¹⁹ (tradução livre).

Ao contrário da intimidade, a vida privada é menos secreta e não se refere aos segredos restritos do indivíduo. Diz respeito a aspectos da vida em família, no trabalho, nos estudos, com os amigos. Embora haja certa reserva, pressupõe o intercâmbio social, como ressaltam Cunha Júnior, Barroso e Ferraz Júnior²⁰.

16 ROMITA, Arion Sayão. **Direito fundamentais na relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

17 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. v. VII, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 124.

18 DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo, RT, 1980. p. 69.

19 RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis García San Miguel. **Estudios sobre el derecho a la intimidad**. Madrid: Tecnos, 1992, p. 18 “*intimidad es, por tanto, el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o lo que hacemos*”.

20 Nesse sentido ver CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014; BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009; FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional: liberdade de fumar, privacidade, direitos humanos e outros temas**. Barueri, SP: Manole, 2007.

Casella afirma que o indivíduo possui três esferas de interesse:

(a) a esfera da *intimidade* abrange fatos que dizem respeito apenas à própria pessoa em sua relação consigo mesma, como suas opiniões políticas, sua fé religiosa, seu pudor, seus sentimentos, sua saúde, cabendo-lhe decidir acerca da divulgação, ou não, desses fatos; (b) a esfera da *privacidade*, que abrange fatos que dizem respeito ao indivíduo em suas relações com pessoas merecedoras de sua confiança e de seu afeto, com os familiares e amigos, e que não interessam à sociedade em geral; (c) a esfera *pública*, a maior de todas, que compreende fatos que desenrolam perante os olhos da comunidade (grifos no original)²¹.

A Constituição Federal de 1988, ao reconhecer a inviolabilidade ao espaço privado da pessoa, concedeu proteção à sua integridade moral. Trata-se de direito subjetivo fundamental, que faculta ao seu titular constringer os outros ao respeito e resistir à eventual violação²².

Quanto à natureza jurídica do direito em discussão, assim como o direito à vida e à integridade moral e física, o direito à intimidade e à vida privada “[...] são direitos constitucionais de personalidade, componentes dos direitos fundamentais”²³. Direitos da personalidade consubstanciam-se em “[...] direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mes-

21 CASELLA *apud* MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 121.

22 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, direitos humanos e outros temas. Barueri: Manole, 2007.

23 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 520.



ma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem [...]”²⁴.

Neste estudo, o foco é o direito à intimidade do indivíduo inserido na relação de trabalho, os contornos e o cabimento de eventuais limites impostos a esse direito.

3. DIREITO À INTIMIDADE DO TRABALHADOR NA RELAÇÃO LABORAL

A norma constitucional de proteção da intimidade é dirigida às pessoas em geral. Esse tema ganha especial relevo quando se pensa em relações trabalhistas, pois há, nestas, intenso convívio entre trabalhador e empregador, o que facilita a ocorrência de conflitos de direitos. Além disso, o empregador, para atender a exigências legais, precisa de dados e informações pessoais do trabalhador, como ocorre, por exemplo, no cadastramento dos contratos de empregados no sistema previdenciário.

Conhecer quais são os limites no conhecimento dessas informações, em que medida tais dados se referem à esfera íntima do obreiro, o que não é tarefa fácil, há um desafio neste âmbito. Aliás, Barros refere-se expressamente a essa dificuldade prática de fixação de divisas entre os direitos, quando se fala em intimidade do trabalhador, registrando a aridez na tarefa de “[...] definir até onde esse poder de direção é exercido legitimamente, como boa administração de pessoal, e a partir de quando ele se torna intolerável, por implicar invasão da intimidade dos empregados”²⁵.

24 BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 7.

25 BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTR, 1997. p. 09.

Atualmente, e considerando o progresso científico e tecnológico, faz-se necessária uma mudança de paradigma para a solução de conflitos envolvendo o direito à intimidade, pois se trata de direito fundamental que está para além do interesse do indivíduo, alcançando a dimensão Estado-indivíduo-sociedade²⁶.

Ressalta-se que, no âmbito íntimo, há tutela “[...] daqueles dados que a pessoa guarda para si e que dão consistência à sua personalidade, dados de foro íntimo, expressões de autoestima, avaliações personalíssimas com respeito a outros, pudores [...]”²⁷. Referidos dados recebem proteção, mesmo estando o indivíduo sob as ordens de outrem, como é o caso da relação laboral, em que o obreiro é juridicamente subordinado ao tomador dos serviços. É que, assim como os demais direitos fundamentais, a proteção à intimidade tem eficácia ante o Estado e, também, perante terceiros, ou seja, como assevera Barros²⁸, dentre as características desse direito está a oponibilidade *erga omnes*. Na mesma direção, é o ensinamento de Romita²⁹, segundo o qual os direitos fundamentais têm eficácia *erga omnes*, independentemente da origem da ameaça (vinda de uma autoridade pública ou de um particular).

26 OLIVO; Mikhail Vieira Cancelier de; PILATI, José Isaac. A privacidade como um bem coletivo constitucional: Reflexões a partir do Caso Snowden. In: MIRANDA; Jorge (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz et. al. **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 3, Tomo II. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015. p. 141-157.

27 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 174.

28 BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTR, 1997. p. 09.

29 ROMITA, Arion Sayão. **Direito fundamentais na relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.



Desse modo, a oponibilidade contra todos é preservada durante o contrato de trabalho, pois sua natureza jurídica é direito da personalidade, estando atrelada à condição humana, independentemente das relações jurídico-trabalhistas estabelecidas. A observância dessa proteção, também na relação laboral, é destacada por Barros:

Assim, embora o Direito do Trabalho não faça menção aos direitos à intimidade e a privacidade, por constituírem espécie ‘direitos da personalidade’ consagrados na Constituição, são oponíveis contra o empregador, devendo ser respeitados, independentemente de encontrar-se o titular desses direitos dentro do estabelecimento empresarial. É que a inserção do obreiro no processo produtivo não lhe retira os direitos da personalidade, cujo exercício pressupõe liberdades civis³⁰.

A proteção constitucional concede ao titular o direito de decidir quando e quem poderá ter conhecimento de seus dados íntimos, representando verdadeira limitação do direito de acesso à informação por terceiros³¹.

Essa proteção existe em todas as fases de relacionamentos entre os sujeitos, na fase pré-contratual, durante a execução dos serviços e até após o término do labor (etapa pós-contratual). Lima Filho destaca³² que

30 BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTR, 1997. p. 32-33.

31 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007.

32 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Os direitos fundamentais e a boa-fé como limites dos poderes empresariais. *In*: BARUFFI, Helder (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados, MS: UFGD, 2009.

isso reverte em limitações e proibições impostas ao tomador de serviços no curso do contrato, no momento de solicitação do trabalho e mesmo após o rompimento do vínculo empregatício.

Nas tratativas e procedimentos de seleção para ocupação de uma vaga de trabalho, é preciso observar, como registra Barros, que “[...] quaisquer que sejam os métodos adotados, deve-se verificar sua aceitação ética e limitar a avaliação da aptidão profissional do candidato para a execução das funções”³³. Dessa forma, seriam invasivos os questionamentos referentes às liberdades fundamentais previstas no artigo 5º da Constituição Federal, de 1988 (crença, consciência, religião, convicção filosófica ou política, filiação associativa).

No curso do contrato de trabalho, do mesmo modo deve ser respeitada a intimidade do trabalhador, sendo vedado ao empregador imiscuir-se em assuntos que, sob a ótica do obreiro, devam ser mantidos em reserva. É o que ocorre, por exemplo, com as mensagens recebidas e/ou enviadas pelo empregado, mesmo que esteja no local de trabalho. O seu conteúdo, além de receber proteção constitucional (inciso XII do artigo 5º da Constituição Federal³⁴), integra o núcleo inviolável de sua intimidade. Acerca do monitoramento de e-mail no local de trabalho, Souto Maior destaca:

A despeito de influir no direito do controle do empregador sobre a atividade do empregado, as Cortes europeias vêm dando preferência à preservação da intimidade do empre-

33 BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTR, 1997. p. 61.

34 Inciso XII- é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal. BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.



gado, negando a possibilidade do empregador ter acesso às correspondências eletrônicas emitidas e recebidas pelo empregado no local de trabalho, a ponto de negar a possibilidade de dispensa do empregado por tal motivo (vide, neste sentido, decisão proferida pela Corte de Cassação francesa, em 02/10/01, n. W 99-42.942, que se baseou no artigo 8.º da Convenção Europeia de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais)³⁵.

Corroborando esse entendimento, Lima Filho consigna que “[...] se deve concluir pela inconstitucionalidade do monitoramento generalizado de todas as comunicações dos empregados realizadas por meio de recursos computacionais da empresa [...] porque tal procedimento afronta a garantia constitucional”³⁶. O autor lembra que o texto constitucional somente excepciona a inviolabilidade da intimidade dessas comunicações quando houver prévia autorização judicial, decorrente de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ressalta-se o desacerto de parte da doutrina nacional que enxerga a possibilidade de limitação dos direitos fundamentais na relação de trabalho, sob o argumento de que não são exercidos da mesma forma como em outros setores da vida social ou em face do Estado, e que o contrato de trabalho, por seu caráter sinalagmático, autorizaria a restrição a esses direitos³⁷.

35 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Monitoramento de e-mail no local de trabalho. **Revista de Derecho Social Latinoamerica**, Albacete (Espanha): Bomarzo, v. I, p. 199-202, 2006, p. 199.

36 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Os direitos fundamentais e a boa-fé como limites dos poderes empresariais. In: BARUFFI, Helder (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal**. Dourados, MS: UFGD, 2009. p. 82.

37 ROMITA, Arion Sayão. **Direito fundamentais na relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

É preciso, inicialmente, reforçar o conceito de direito à intimidade como “[...] esfera secreta da vida do indivíduo na qual este tem o poder legal de evitar os demais”³⁸. Se as informações e fatos pertencem a essa porção secreta da vida do trabalhador, nada há que possa interessar ao empregador, nem a este é dado conhecer. A relação contratual trabalhista não tem o condão de desfigurar a natureza jurídica de direito da personalidade, seja qual for a justificativa. Como anota Lima Filho, “[...] a condição de ser humano, portador de uma dignidade pessoal e profissional, jamais poderá ser afetada quando o trabalhador se insere na organização empresarial”³⁹. O citado autor, ao realizar análise da natureza dos dados pessoais, classifica-os em três espécies:

- a) não sensíveis: referentes à vida privada do indivíduo;
- b) sensíveis: dizem respeito à intimidade da pessoa, e o acesso é mais restrito;
- c) de tratamento proibido: englobam dados da esfera secreta e de valores espirituais da pessoa (*vida íntima strictu sensu*).

O trabalhador tem o direito constitucional de ver protegidos os dados pessoais, ainda que esteja numa relação contratual trabalhista.

38 DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo: RT, 1980. p. 69.

39 LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Os direitos fundamentais e a boa-fé como limites dos poderes empresariais. In: BARUFFI, Helder (org.). **Direitos fundamentais sociais: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal**. Dourados, MS: UFGD, 2009. p. 70



Como auxiliar na proteção desses direitos, Maciel e Holanda⁴⁰ realçam a importância da atuação sindical, enquanto elemento de educação e transformação social, na transmissão do conteúdo de direitos sociais do trabalhador. Essa atuação, para os autores, mostra-se imprescindível para a garantia de direitos fundamentais do trabalhador. A conferir conhecimento ao trabalhador acerca da existência e alcance de seus direitos, como é o caso da proteção à intimidade, dá-se passo importante para a efetiva tutela constitucional a esse direito fundamental.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em plena “era digital”, em meio a uma explosão de tecnologias que proporcionam a “interconectividade” entre os indivíduos, os direitos à intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas, direitos salvaguardados no inciso X do artigo 5º da Constituição Federal, tornam-se temas atuais nos debates sobre direitos de personalidade e direitos fundamentais.

As discussões em torno do aspecto “intimidade” alcançam o ambiente laboral e suas relações ao se questionar a dosimetria a ser empreendida pelo empregador no acesso às informações referentes ao empregado para a celebração e execução do contrato de trabalho. A discussão ganha relevo expressivo ao se associar a relação às questões atinentes ao uso de instrumentos de monitoramento e à utilização de meios de comunicação a partir de mensagens no local de trabalho.

40 MACIEL, Marlea Nobre da Costa; HOLANDA, Ana Paula Araújo de. A promoção do ensino dos direitos sociais do trabalho pelo sindicato como elemento consolidador de sua legitimidade junto à categoria profissional. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 2. Fortaleza: Premium, 2014. p. 515-534.

O estudo realizado evidencia o amadurecimento do debate sobre os limites dos direitos à intimidade no ambiente de trabalho. Entre os diversos elementos inseridos neste espaço, percebe-se que o progresso científico e tecnológico influencia sobremaneira a discussão e proporciona a constituição de novos caminhos e olhares, consequentemente a formação de uma nova perspectiva para o direito à intimidade no que se refere às questões laborais.

Esse direito à intimidade, de índole constitucional e que ostenta a natureza de direito fundamental, também está presente na relação de trabalho, pois integrar o ambiente laboral não priva o indivíduo de nenhum de seus direitos civis. Resgatar o conceito e a proteção constitucional de intimidade, que se apresentam de modo muito amplo na Constituição Federal do Brasil, é medida que se impõe para que, preservando o foro íntimo do trabalhador, garanta-se sua dignidade enquanto pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Proteção à intimidade do empregado**. São Paulo: LTR, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível



vel em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só**: tutela penal da intimidade. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

DELGADO, Maurício Godinho. Direitos Fundamentais na Relação de Trabalho. **Revista LTr**, São Paulo, v. 70, n. 6, p. 657-685, jun. 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Proteção da vida privada e liberdade de informação**. São Paulo, RT, 1980.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Direito constitucional**: liberdade de fumar, privacidade, direitos humanos e outros temas. Barueri, SP: Manole, 2007.

LIMA FILHO, Francisco das Chagas. Os direitos fundamentais e a boa-fé como limites dos poderes empresariais. *In*: BARUFFI, Helder (org.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos em homenagem aos 60 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados, MS: UFGD, 2009.

MACIEL, Marlea Nobre da Costa; HOLANDA, Ana Paula Araújo de. A promoção do ensino dos direitos sociais do trabalho pelo sindicato como elemento consolidador de sua legitimidade junto à categoria profissional.

Ir para o índice

In: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 2. Fortaleza: Premium, 2014, p. 515-534.

MARMELSTEIN, George Lima. **Curso de direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direitos fundamentais trabalhistas**. São Paulo: Atlas, 2008.

OLIVO; Mikhail Vieira Cancelier de; PILATI, José Isaac. A privacidade como um bem coletivo constitucional: Reflexões a partir do Caso Snowden. *In*: MIRANDA; Jorge (coord.); CAÚLA, Bleine Queiroz *et al* (org.). **Diálogo ambiental, constitucional e internacional**. v. 3, Tomo II. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015, p. 141-157.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Los derechos fundamentales**. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2007.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Tratado de direito privado**. v. VII, 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

ROMITA, Arion Sayão. **Direito fundamentais na relações de trabalho**. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

RODRÍGUEZ-ARANGO, Luis García San Miguel. **Estudios sobre el derecho a la intimidad**. Madrid: Tecnos, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SINGER, Reinhard. Direitos fundamentais no direito do trabalho. Traduzido por Pedro Scherer de Mello Aleixo. *In*: MONTEIRO, António Pinto; NEU-



NER, Jörg; SARLET, Ingo (org.). **Direitos fundamentais e direito privado**: uma perspectiva de direito comparado. Coimbra: Almedina, 2007, p. 326-356.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Monitoramento de e-mail no local de trabalho. **Revista de Derecho Social Latinoamerica**, Albacete (Espanha): Bomarzo, v. I, p. 199-202, 2006.

VIEIRA, Sônia Aguiar do Amaral. **Inviolabilidade da vida privada e intimidade pelos meios eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.



III. INTERNACIONAL

[Ir para o índice](#)



La lucha por la tierra: el Caso del pueblo Kichwa Sarayaku vs Ecuador

The fight to the land:
the Sarayaku case v Ecuador

MARÍA DOLORES NÚÑEZ ÁVILA

Resumen

En los últimos años las distintas actividades de extracción y explotación de recursos naturales en territorios indígenas han sido denunciadas por distintos grupos defensores de derechos humanos y representantes de movimientos indígenas. En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han dado aportes fundamentales a la defensa de los derechos humanos de los pueblos indígenas como es el caso del pueblo originario Kichwa Sarayaku vs. Ecuador. Esta sentencia ha marcado un hito en la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas a nivel regional y es un aporte al debate internacional en materia de operaciones extractivas.

Palabras clave: Sentencia Sarayaku vs Ecuador. Derechos de los Pueblos Indígenas. Derecho a la consulta y a la participación. Derecho a la propiedad/Industria extractiva.

[Ir para o índice](#)

Abstract

In recent years, the exploitation of natural resources in indigenous territories have been denounced by human rights defenders and representatives of indigenous movements, it is the case of extractive activities. Therefore, in the framework of the Inter-American System of Human Rights, it is possible to say that its organisms have made important contributions to the defense of indigenous people's rights. This is confirmed by the case of the Kichwa Sarayacu v. Ecuador. This judgment has been considered a milestone in the vindication of indigenous people's rights at the regional level and contributes to the international debate in the field of the extractive industry.

Keywords: *The Kichwa Peoples of the Sarayaku Ecuador. Indigenous people's rights. Right to consultation and participation. Right to property. Extractive industry.*

INTRODUCCIÓN

Los pueblos indígenas han luchado por la reivindicación de sus derechos desde tiempos remotos, a su vez la actividad extractiva en América Latina no es reciente, como tampoco su afectación hacia los pueblos y comunidades indígenas y tribales. En las últimas décadas la actuación de distintos grupos indígenas ha sido trascendental en la reivindicación de sus derechos, sin embargo, en Latinoamérica los pueblos indígenas son uno de los colectivos desfavorecidos de la región.



Estudios socioeconómicos revelan que ser indígena equivale ser pobre¹. De acuerdo, con Naciones Unidas el 33% del total de las personas que viven en situación de pobreza extrema de todo el mundo proceden de comunidades indígenas², este nivel de pobreza implica una violación a los derechos humanos de estos pueblos y comunidades. Además, el libre ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas se ha visto limitado por la actividad extractiva en territorio ancestral, junto con la militarización de estas zonas, para priorizar el cumplimiento de Acuerdos de inversión extranjera.

Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aportado jurisprudencia trascendente en el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, como es el caso del pueblo originario Kichwa Sarayaku vs. Ecuador el 25 de junio de 2012. Esta sentencia establece la importancia del derecho a la consulta para el legítimo desarrollo de la actividad extractiva en territorio indígena.

En consecuencia, el presente artículo busca analizar el caso del pueblo Kichwa Sarayaku vs. Ecuador ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la importancia de este precedente para los distintos Estados en el marco de sus responsabilidades, en virtud de los distintos compromisos internacionales asumidos en el contexto Regional Latinoamericano.

1 Se calcula que en el mundo existen 370 millones de personas indígenas, que representan un total de 5.000 culturas diferentes reconocidas por la comunidad internacional, hablan más de 4.000 lenguas distintas en más de 70 países en seis continentes. ONU, *State of the worlds indigenous peoples*, Department of Economic and Social Affairs, ST/ESA/328, New York, 2009. COMISION ECONÓMICA PARA AMERICA LATINA, *Los Pueblos indígenas en América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2014. p. 44.

2 Itaulí Corpus, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, ONU, A/HRC/30/41, 2015. p. 18.

1. DERECHOS HUMANOS EN CONTEXTOS DE ACTIVIDADES EXTRACTIVAS, DE EXPLOTACIÓN Y DESARROLLO EN LATINOAMÉRICA

Durante mucho tiempo se consideró que la situación de los pueblos indígenas correspondía únicamente a los Estados en los que se encontraban, dejando a un lado la esfera del derecho internacional, sin embargo, en la actualidad este hecho ha cambiado, debido a que los derechos de los pueblos indígenas los encontramos reconocidos en distintos instrumentos internacionales de carácter universal, regional³ e incluso en la normativa interna de cada uno de los países en los que se encuentran.

Entre los instrumentos internacionales encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966, la Convención Internacional para la eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del delito de Genocidio 1948. A pesar de las referencias a las poblaciones en textos anteriores y en el Convenio 107 de la Organización Internacional del Trabajo, los pueblos indígenas en el Derecho Internacional empiezan un proceso más específico a partir de 1970.

La presencia de los pueblos indígenas en los Tratados Internacionales es relevante en el Convenio N^o 169 de la OIT sobre pueblos indí-

³ Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con una serie de instrumentos que protegen una cantidad de derechos, incluidos derechos relativos a pueblos indígenas como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el año 2016 ha aprobado la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas. En el caso del Sistema Africano de Derechos Humanos los derechos de los pueblos indígenas los encontramos contenidos en la Carta Africana de derechos humanos y los pueblos, esta ha sido aplicada por la Comisión Africana de Derechos Humanos en casos como *Endorois vs Kenia* (2010) y *Ogoni vs Nigeria* (2001).



genas y tribales en países independientes de 1989, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.

Por su parte, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con una serie de instrumentos que protegen una cantidad de derechos, incluidos derechos relativos a pueblos indígenas como la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos indígenas.

Si bien el Sistema Interamericano no impide ni desalienta los proyectos de inversión mediante dichos instrumentos, establece obligaciones ineludibles a los Estados parte para el respeto y garantía de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de las actividades de extracción, explotación y desarrollo, por lo que, los Estados deben actuar como agentes de protección y no como un factor de amenaza para el medio ambiente y para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

De conformidad con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana) los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos a todas las personas que se encuentran dentro de su jurisdicción, sin discriminación alguna⁴.

Esto implica que los Estados: 1) No deben ingerir, obstaculizar o impedir el acceso al goce de quienes que constituyen el objeto de derecho.

4 Artículo 1.1, Convención Americana de Derechos Humanos. “Pacto San José de Costa Rica”.

En este sentido “*existe una restricción al ejercicio del poder estatal*” y, 2) Deben garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en los distintos instrumentos internacionales⁵.

Por lo que, la función protectora del Estado en el contexto de las industrias extractivas debe asegurar un marco normativo que reconozca plenamente los derechos de los pueblos indígenas sobre las tierras y los recursos naturales, como también estableciendo sanciones y vías de reparación efectiva, cuando exista vulneración de derechos por los gobiernos o agentes empresariales en operaciones de extracción⁶.

Además, es deber de los Estados establecer mecanismos culturalmente adecuados que permitan la participación efectiva de los pueblos indígenas mediante consultas de buena fe para así obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales. De conformidad al último informe de la Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas “Este requisito se aplica con anterioridad a la promulgación de medidas legislativas o administrativas, la elaboración de planes de inversión o el otorgamiento de concesiones, licencias o permisos para proyectos en sus territorios o cerca de ellos”⁷.

De esta manera, encontramos distintos principios jurídicos que protegen la propiedad comunal al territorio indígena, como también

5 Corte IDH, *Caso Gonzales y otras Vs México*, Excepción Preliminar, Fondo de Reparaciones y Costas, Sentencia de 16 de noviembre de 2009, Serie C No 2005, p. 235. Corte IDH, *la expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A Nº 6. p. 21.

6 Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Informe del Relator especial ANAYA JAMES sobre los pueblos indígenas, 2012. p. 22.

7 Itaulí Corpus, Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, ONU, A/HRC/30/41, 2015. p. 17.



la espiritualidad existente sobre la tierra viva, implicando que los Estados cumplan con los distintos estándares establecidos en el marco del derecho internacional e interno.

2. EL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE LA TIERRA FRENTE A LOS INTERESES Y DERECHOS DE LOS INVERSORES EN CONTEXTOS DE EXTRACCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO INDÍGENA

Existen pueblos indígenas y tribales de gran diversidad, que generalmente viven en ecosistemas frágiles y están amenazados por la creciente comercialización, y sobreexplotación de recursos naturales⁸. En este punto cabe resaltar la relación que sostienen los pueblos indígenas con la tierra, ya que es importante para el desarrollo sostenible del medio ambiente por el grado de integración que mantienen con el.

En este contexto el activista indígena peruano Evaristo Nugkuag Ikanan señala que *“nuestro desarrollo es desarrollo de todo un pueblo, con consideración a su futuro, no un futuro de 5 años que dura un gobierno o un proyecto, sino un futuro de pueblos que existen desde los primeros tiempos. Nuestro desarrollo es para compartir y no para dominar. Es para mantener nuestro mundo y no para cambiarlo por las atrocidades urbanas”*⁹. Para los pueblos indígenas, la etnia y la cultura son los puntos clave de la lucha por

8 CABRERO, F., *Los pueblos indígenas*, ed. UOC, Barcelona, 2016. p. 10 y ss.

9 NUGKUAG IKANAM, E., *“El desarrollo indígena amazónico”*, *Pueblos indígenas nuestra visión del desarrollo*, ed. Icaria Antrazyt, Barcelona, 1995.

la tierra¹⁰, por lo que, la protección del ambiente es un binomio indisoluble de la protección de los derechos de los pueblos indígenas.

Como afirma Gustavo Agredo, esto se debe a que los pueblos indígenas poseen un arraigo con el territorio que va más allá de la concepción material de las cosas¹¹. Para el primer Relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas Rodolfo Stavenhagen, considera que la relación que tienen estos pueblos con la tierra implica su existencia misma como comunidades territoriales identificables¹². De esta manera, la pérdida de las tierras ancestrales por parte de las poblaciones indígenas trae consigo la desintegración cultural¹³.

En este aspecto, se debe partir comprendiendo que el derecho a la tierra¹⁴ va más allá de lo dispuesto por el derecho agrario, ya que es un derecho sui generis que se encuentra revestido de elementos espirituales propios y no se limitan al lugar de posesión tradicional, sino también comprende aquellos espacios relacionados con el ejercicio de la espiritualidad

10 P. Thornberry, "The Rights of Minorities and Indigenous Peoples". *Los Derechos Humanos en un mundo dividido*, Universidad de Deusto, Bilbao 1999. p. 178.

11 G. Agredo, "El territorio y su significado para los pueblos indígenas". *Revista Luna Azul*, N° 23 (2006). p. 29.

12 ONU, *Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. R. Stavenhagen*, E/CN.4/2004/80/ADD.E, 23 de diciembre de 2003. p. 15.

13 L. SWEPSON, "A new step in the international law on indigenous and tribal peoples: ILO Convention No. 169 of 1989", *Oklahoma City University Law Review*, vol. 15, N° 3, 1990. p. 677-716.

14 Al respecto el régimen jurídico internacional de este derecho se encuentra amparado en los Artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19, Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo; Artículos 8, 26 y 32, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas; Artículo 21, Convención Americana sobre Derechos Humanos; Comité de Derechos Humanos, Observación general No. 23: los derechos de las minorías; Artículo 27, Pacto Internacional de los derechos Civiles y Políticos.



indígena. Para tal efecto, el Convenio No 169 de la Organización Internacional del Trabajo amplía el término de tierras al concepto de territorios¹⁵.

En consecuencia, el derecho al territorio difiere del concepto de propiedad occidental, ya que se compone de una serie de elementos espirituales¹⁶ que otorgan la titularidad de la propiedad comunal de la tierra a los pueblos y comunidades indígenas, permitiéndoles así mediante el goce de sus costumbres, tradiciones e instituciones, la preservación del legado cultural, como también la transmisión a futuras generaciones¹⁷.

Por lo que, este derecho implica no solo el disfrute del territorio sino de los recursos que se encuentran dentro de él¹⁸. En este sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos la propiedad comunal al territorio no se fundamenta en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicional de las tierras y recursos¹⁹, por lo que, de acuerdo con distintas sentencias de la Corte Interamericana de derechos Humanos tanto la relación omnicompreensiva que mantienen los pueblos indígenas con sus tierras tradicionales, como su concepto de propiedad comunal con respecto al territorio basta para obtener el reconocimiento estatal de propiedad²⁰.

15 Artículo 13, apartado 2, Artículo 14 apartado 1, Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

16 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, 2005. p. 135.

17 Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua, 1999. p. 144.

18 Artículo 15, apartado 1, Convenio 169 de la Organización del Trabajo.

19 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, oea/Ser.L/V/II, 28 de junio de 2007. p. 231.

20 CIDH, *Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia*, oea/Ser.L/V/II, 28 de junio de 2007, párr.23; Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007, párr. 96; Corte IDH, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, 2005, párr. 133; Corte IDH, Caso Comunidad Mayagna Awas Tingni vs Nicaragua, 1999. p. 151.

Por lo que, el derecho de propiedad comunal no se condiciona al reconocimiento expreso por el Estado, ya que no representa un requisito el título formal de propiedad, para la existencia del derecho a la propiedad territorial indígena²¹. Siendo así, la existencia o no, de un título formal de propiedad, por parte del Estado, es un acto de reconocimiento y protección oficial, más no es constitutivo de derechos²².

No obstante, el ejercicio de este derecho no es absoluto y se encuentra limitado por el tiempo, el concepto de propiedad y el interés público. Esto significa, que sí bien la espiritualidad indígena es la que otorga la titularidad del derecho al territorio, esta se condiciona a la temporalidad de la existencia de la misma.

Por otro lado, la riqueza de recursos naturales en los territorios indígenas, ha dado paso a lo que se denomina como “acumulación por despojo”, el cual, es un proceso que “implica entre otras cosas, la privatización de los recursos comunales, el desplazamiento de comunidades campesinas o indígenas y cambios radicales en el modo de vivir de las poblaciones afectadas”.²³ Este fenómeno afecta directa e indirectamente a las poblaciones y comunidades indígenas, impidiéndoles el libre ejercicio del derecho a la tierra como también a la propiedad comunal que poseen sobre ella. Por lo que, las actividades extractivas en territorio indígena pueden impedir el ejercicio de la posesión tradicional de los territorios e incluso condicionar la supervivencia física y cultural de estos pueblos²⁴.

21 Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 2006. p. 131.

22 O. CHIRIBOGA; G. DONOSO, *Pueblos Indígenas y la Corte Interamericana*: Fondo y Reparaciones, Corte IDH. p. 48.

23 N. MIDDELDOR, “Industrias extractivas y pueblos indígenas: ¿sacrificando los derechos humanos en el altar del desarrollo?”, *Derechos Humanos y Empresas: Reflexiones desde América Latina*, Instituto Interamericano de Derechos humanos, San José, 2017. p. 375.

24 Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, 2007. p. 151 y 122.



En efecto, la industria extractiva en Latinoamérica desde los años noventa ha visto un aumento significativo en la inversión extranjera, esta situación ha generado una fuerte presión sobre frágiles ecosistemas y poblaciones vulnerables cuyas tierras compiten con los recursos minerales y energéticos. Si bien las distintas actividades de extracción y desarrollo contribuyen a la superación de la pobreza, la desigualdad, y favorecen a los procesos de desarrollo económico, por otro lado, generan efectos negativos que recaen en el medio ambiente y en quienes habitan en él²⁵. En 2009 fue revelado que el porcentaje de cáncer entre las comunidades indígenas que viven en zonas petroleras es treinta veces mayor que la media nacional en Ecuador²⁶.

25 El siglo XXI trajo consigo el aumento de extracciones mineras y petroleras, como también la presencia de monocultivos, estas actividades que una u otra forma han afectado al medio ambiente. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Anuario de estadístico de América latina y el Caribe*, ONU, Santiago de Chile, 2014. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/37647-anuario-estadistico-america-latina-caribe-2014-statistical-yearbook-latin>. En fecha: 18 feb. 2017.

26 En Latinoamérica los pueblos indígenas representan el 8% de la población total, no obstante, son el 14% de todos los pobres que viven con menos de 4 dólares al día, y más del 17% viven con menos de 2.50 dólares al día. En lo referente a la educación y la salud existen datos alarmantes en comparación de grupos indígenas con los no indígenas. En el caso de la educación en Guatemala más del 50% de los jóvenes indígenas entre 15 y 19 años no han terminado sus estudios de primaria. También existe una notable diferencia en los años de estudio de los indígenas y los no indígenas estableciéndose que los niños no indígenas como en el caso de Perú reciben un 2.3 años más que los niños indígenas, Ecuador el 2.6 y en Bolivia esta cifra alcanza los cuatro años. En la salud las diferencias de esperanza de vida entre los indígenas y los no indígenas en el caso de Guatemala es de 13 años, Panamá 10 años y México 6 años. La mortalidad infantil sigue siendo el 70% superior entre las comunidades indígenas, en Honduras el 95% de niños indígenas menores de 14 años sufre de desnutrición. En Colombia la presencia de grupos armados en el cultivo y tráfico de drogas en las zonas indígenas ha incrementado el número de refugiados a países vecinos como Brasil, Ecuador, Panamá, Perú y Venezuela. GRUPO BANCO MUNDIAL, "Los pueblos Indígenas en América Latina, Balance político, económico y social al término del Segundo Decenio Internacional de los pueblos Indígenas en el Mundo", *Práctica Global para la Resiliencia Urbana, Rural y Social América Latina y el Caribe*, Nueva York, 2014, p. 11; ONU, *State of the worlds indigenous peoples, State of the worlds indigenous peoples*, Department of Economic and Social Affairs, ST/ESA/328, New York, 2009. COMISION ECONOMICA PARA AMERICA LATINA, *Los Pueblos indígenas en América Latina*, Naciones Unidas, Santiago de Chile, 2014. p. 132 y 162-163.

Este problema se agudiza cuando en un territorio se realizan varias actividades extractivas a la vez. En 2013 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que en ocasiones los proyectos o concesiones se superponen casi a la integridad del territorio ancestral y son autorizadas en contravención de la concepción de desarrollo propia de los pueblos y comunidades indígenas y tribales²⁷. En 2014 la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante CELAC) alertó sobre la irrupción de más de 200 conflictos en territorios indígenas de América Latina entre 2010 y 2013²⁸.

Esto indica que esta problemática ha incrementado, aumentando así, la violencia asociada con el control de la naturaleza en los territorios indígenas e incluso ha implicado el asesinato de 116 defensores y defensoras del territorio y el medio ambiente en 2014, de acuerdo con la organización Global Witness, esta cifra incrementó un 59% en 2016²⁹. Por su parte, la Cepal señaló que, de los 122 casos registrados en Latinoamérica en 2015, 45 eran víctimas de procedencia indígena³⁰. Estos actos de acuerdo

27 Es el caso de la denuncia del presidente de la Nacionalidad Achuar del Ecuador que indicó en el 2013, que los bloques XI de la ronda petrolera abarcan el 100% del territorio de su pueblo y que existe el rechazo manifiesto a la explotación petrolera. También este es el caso de la Comunidad Campesina de Kañaris de Perú, quien ha indicado que aproximadamente el 90% del territorio estaría superpuesto con concesiones mineras de diversa escala que no han sido consultadas, ni consentidas CIDH. *Audiencia sobre Derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en Ecuador*, 149° Período de Sesiones, 28 de octubre de 2013; CIDH. *Audiencia Derecho de los pueblos indígenas a la personalidad jurídica y a la propiedad en Perú*, 153° Período Ordinario de Sesiones, 31 de octubre de 2014.

28 CEPAL, *Mas de 200 Conflictos en tierras indígenas de Latinoamérica*, CEPAL, México 2014.

29 Global Witness, *¿Cuántos más? El medio ambiente mortal de 2014, intimidación y asesinato de activistas ambientales y de la tierra, con Honduras en primer plano*, 2015 Global Witness, *En terreno peligroso; el medio ambiente moral de 2015; asesinato y criminalización de defensores de la tierra y el medio ambiente en todo el mundo*, 2016.

30 CEPAL, *Los Pueblos Indígenas en América Latina: Avances en el último decenio y retos pendientes para la garantía de sus derechos*, Santiago, Naciones Unidas, 2014.



con la Corte Interamericana traen consigo la desmembración y el daño a la integridad de la colectividad indígena³¹.

Por su parte, la Relatora Especial de Naciones Unidas para los Pueblos indígenas Itaulí Corpus, en su informe de 2016, señala la protección existente a los acuerdos internacionales de inversión que operan en los territorios indígenas por parte de los Estados, ya que cuentan incluso con el despliegue de actividades militares en tierras y territorios indígenas³². Este mandato efectivo permite la presencia de servicios de seguridad, según interpretaciones existentes de los Acuerdos de inversión con los Estados, en los que se refieren a la plena protección- seguridad y conducen a un conflicto directo entre el Derecho Internacional de las inversiones y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En este sentido, es importante refutar la creencia ilusoria de los Estados de garantizar la seguridad de los inversores y al mismo tiempo de desatender los derechos de los pueblos indígenas³³.

En este aspecto, estudios realizados revelaron que existe un número alarmante de casos en los sectores de minería, petróleo, gas, energía eléctrica, hidroeléctrica y agro empresas en el que los proyectos de inversión extranjera han dado lugar a violaciones graves de derechos culturales, a

31 Corte IDH. Caso Escué Zapata Vs. Colombia. Fondo, 2007. p. 54.

32 Los sistemas de solución de controversias no pueden seguir excluyendo a los principales afectados por las controversias que esos sistemas supuestamente resuelven, porque de lo contrario sus fallos carecerán de legitimidad. Por este motivo, solamente la armonización del derecho internacional de las inversiones con el derecho internacional de los derechos humanos es una condición previa para hacer frente la crisis de legitimidad. Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2016, párr. 5 y página 22. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G16/178/87/PDF/G1617887.pdf?OpenElement>. En fecha: 10 feb. 2017.

33 CIDH, *Pueblos Indígenas Comunidades afrodescendientes industrias extractivas*, OEA/Ser. L/V/II, Doc 47/15, 31 de diciembre del 2015 párr. 193, Disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/IndustriasExtractivas2016.pdf>. En fecha: 19 feb. 2017.

la tierra y al auto gobierno de los pueblos indígenas, e incluso todas estas violaciones han sido calificadas como crímenes de lesa humanidad³⁴.

Este contexto permite reflexionar sobre el papel del Estado como agente de protección en contextos extractivos, ya que, si bien actualmente se continúa luchando por un tratado vinculante en el marco de la responsabilidad de las empresas sobre los derechos humanos, no se puede dejar a un lado la responsabilidad de los Estados por la vulneración de derechos humanos ocasionados por estos agentes dentro de su jurisdicción³⁵. Esto se debe a la crítica existente sobre las negociaciones realizadas que por lo general suelen beneficiar más a las compañías, que, al país en sí, debido a que el beneficio económico se enfrenta a problemas de corrupción y captación de rentas, dentro de lo que conocemos como ‘la paradoja de la abundancia’ o la ‘maldición de los recursos naturales’³⁶.

En este marco en 2011 la ONU aprobó de forma unánime los principios Rectores sobre las Empresas y los Recursos Humanos³⁷, estos principios de acuerdo con Presidente del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y Derechos Humanos Pavel Sulyandziga, a más de tener carácter “voluntario” proporcionan directrices autorizadas en cuanto a la aplicación de normas internacionales de derechos humanos exis-

34 ONU, *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas*, A/HRC/33/42, 16 de agosto de 2016.

35 Convención Americana de derechos Humanos artículo 1 apartado 1.

36 J. MORALES, *¿Qué hay detrás de la Maldición de los Recursos Naturales? Estudio de Caso: Los Países Bajos*, Instituto Universitario e Desarrollo y Cooperación Universidad Complutense de Madrid, universidad del País Vasco, Universidad de Murcia, Madrid, 2012.

37 Oficina Del Alto Comisionado De Naciones Unidas, *Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos: Puesta en práctica del marco de las Naciones Unidas para “proteger, respetar y remediar”*, HR/PUB/11/04, 2011, p. 3-4.



tentes en relación a perjuicios provocados por el sector empresarial³⁸. Sin embargo, pese a los esfuerzos encaminados a aplicar los Principios Rectores, la protección otorgada a los Acuerdos internacionales de inversión, para la Relatora Especial de la ONU sobre pueblos indígenas, Victoria Taulí Corpuz estos acuerdos ofrecen protección jurídica a los inversores de los “Estados de origen” en relación con sus inversiones en los “Estados de destino o receptores”³⁹. Además, de estos acuerdos se ven beneficiados los inversores extranjeros y empresas transnacionales, esto en la práctica y en relación a los derechos de los pueblos indígenas al territorio tiene efectos negativos⁴⁰ ya que se excluye a estos pueblos de los procesos de redacción, negociación y aprobación de acuerdos, como también en la solución de controversia⁴¹; generando así, ciertas repercusiones que se manifiestan en la subordinación de los derechos de los pueblos indígenas a las disposiciones de los inversores, como consecuencia del denominado “enfriamiento regulatorio”⁴².

38 Pavel Sulyandziga, presidente del Grupo de Trabajo de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos, Foro de la ONU sobre las Empresas y los Derechos Humanos de 2016, “Declaraciones iniciales” 14 de noviembre de 2016.

39 Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Informe de la Relatora especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, 2016.

40 Tal es el Caso Burlington Resources Inc vs Ecuador (2010), el Caso Chevron vs. Ecuador (2014), el Caso Von Pezold y Border Timbers vs. Zimbabwe (2015), el Caso de Glamis Gold vs. Estados Unidos (2009), el Caso South American Silver Mining vs. el Estado Plurinacional de Bolivia, entre otros.

41 En este sentido el Caso Von Pezold y Border Timbers vs. Zimbabwe (2015) es importante ya que pese al amicus curie presentado por lo pueblos afectados, el tribunal consideró que no tenían independencia y alegar la no competencia sobre la interpretación de los derechos de los pueblos indígenas ya que los derechos humanos son una cuestión que escapa del alcance de la controversia.

42 R. Polanco, “Two Worlds Apart: The changing Features of International Investment Agreements in Latin America / Dos mundos aparte: las cambiantes características de los tratados internacionales de inversión en América Latina”, *International Investment Law in Latin America/ Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*, ed. Brill Nijhoff, Boston 2016. p. 68 y ss.

3. EL PAPEL DE LA CORTE INTERAMERICANA EN EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

Es de gran importancia el papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas ya que considera que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura. Casos como Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua, la Comunidad Yakye Axa vs. Paraguay, de los Sawhoymaxa vs Paraguay, Comunidades Moiwana vs Suriname, Pueblo Saramaka C. Suriname y el caso del pueblo Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador son sentencias dirigidas a tutelar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas y tribales frente a planes y proyectos de extracción o desarrollo que buscan ser ejecutados dentro de sus territorios.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos para considerar legítimas concesiones extractivas o de proyectos de desarrollo, explotación y extracción que afecten los recursos naturales en territorios indígenas, considera obligatorias tres condiciones: a) que se cumpla con el derecho internacional sobre la expropiación tal y como está reflejada en el artículo 21 de la Convención Americana⁴³; b) no este aprobado cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural del gru-

43 Artículo 21 de la Convención Americana afirma que "1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social; 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley; 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley".



po⁴⁴; c) aprobación solo cuando se haya dado su participación efectiva de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado, además con la participación razonable en los beneficios que se puedan llegar a obtener⁴⁵.

Estas garantías se enmarcan en que la decisión debe ser tomada por el propio pueblo indígena o tribal, de modo que no solo garantice su supervivencia física y cultural sino su propia cosmovisión. El artículo 7.1 del Convenio 169 de la OIT reconoce que la participación de los pueblos indígenas no se limita a los procesos de consulta de los, esto implica que la participación de los pueblos indígenas debe ser permanente no solo cuando se afecten a sus territorios, sino ante medidas, actos legislativos o administrativos que puedan vulnerar sus derechos. El derecho de los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que puedan afectarlos se relaciona con el derecho a la identidad cultural, en la medida que la cultura pueda ser afectada por sus decisiones⁴⁶.

El principio veinte y dos de la Declaración de Río de 1992 reconoce el papel fundamental que desempeñan los pueblos indígenas y sus comunidades en la ordenación del medio ambiente y proclama el deber de los Es-

44 En este sentido la Corte Interamericana señala que el término supervivencia, no se refiere solamente a la mera subsistencia física, sino que debe ser entendida como la capacidad de los pueblos indígenas de preservar, proteger y garantizar la relación especial que tienen con su territorio, de tal manera que puedan continuar viviendo su modo de vida tradicional respetando su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C Nº. 185, p. 37.

45 CIDH. Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del sistema Interamericano de derechos humanos. OEA/Ser.L/V/II, 30 de diciembre de 2009. párr. 225.

46 CIDH. Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009. p. 1050.

tados en reconocer y apoyar la identidad cultural de estos pueblos, haciendo posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible⁴⁷.

En el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos hablar de participación efectiva involucra el derecho a la consulta y consentimiento previo libre e informado. Este derecho en la actualidad presenta problemas al momento de su aplicación en incluso interpretación ya sea por la aprobación o mantenimiento de normas incompatibles con este derecho, por la falta de normas que regulen el mismo o por encontrarse en proceso de aprobación⁴⁸.

El derecho de consulta es un derecho trasversal que no solo se limita a la información y no se puede confundir con los procesos de sociabilización y entendimiento, en este sentido el deber de consulta es obligación del Estado y no puede delegarse a las empresas privadas o a terceros. Es así como ciertos Estados consideran que los procesos de relacionamiento y de participación que realizan las empresas dan por cumplida la obligación de consultar a los pueblos indígenas.

El dinamismo de la participación efectiva de los pueblos no se limita ni se agota con un mero trámite formal o informativo, sino implica un proceso activo de los pueblos indígenas con respecto a sus territorios, es por este motivo que no hablamos de una oposición a los proyectos extractivos, sino al respeto integral de los derechos de los pueblos indígenas⁴⁹.

47 Principio 22, Declaración de Río sobre el medio ambiente y el desarrollo, Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, junio 1992.

48 Al respecto ha llegado a instancia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el caso del proyecto de canal transoceánico en Nicaragua que ha omitido la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales y que las acciones del Estado se han enfocado en la simulación de consulta a cambio del pago de dinero. ONU. Informe del Relator Especial sobre los derechos a la libertad de reunión pacífica y de asociación, Maina Kiai, 28 de abril de 2015, A/HRC/29/25. p. 31.

49 Artículo 6.2. Convenio 169 Oit, Ob. Cit.



De la Sentencia del Pueblo Saramaka Vs. Surinam, la Corte consideró que dependiendo del nivel de impacto de la actividad como en los casos de inversión a gran escala el Estado estará requerido a obtener el consentimiento de los pueblos indígenas⁵⁰, en este contexto el Comité para la eliminación de la discriminación Racial en su recomendación general N^o 23 indica que no se puede adoptar decisiones relacionadas con los derechos e intereses de los pueblos indígenas sin su consentimiento informado⁵¹.

De esta manera, la Sentencia del pueblos Kichwa Sarayaku vs Ecuador, representa un precedente con respecto a la figura de la consulta previa en el marco de los deberes de los Estados frente a proyectos de desarrollo que afecten los territorios indígenas e incluso su identidad cultura y cosmovisión.

4. EL CASO SARAYAKU VS ECUADOR

El caso del pueblo Sarayaku es uno de los casos más emblemáticos de la lucha por la tierra y la resistencia de los pueblos indígenas frente al fenómeno extractivo en el Ecuador. Esta sentencia de la Corte Interamericana de 25 de junio de 2012 en contra del Estado ecuatoriano, representa un aporte trascendental para los pueblos indígenas en el ámbito de los derechos humanos a casi una década de litigio (del año 2003 al 2010).

Este pueblo originario se encuentra en la región amazónica del Ecuador en el área del bosque tropical, en la provincia de Pastaza, en

50 Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008 Serie C N^o. 185. p. 17.

51 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General N^o 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 18 de agosto de 1997. p. 4.

diferentes puntos y en las riberas del Río Bobonaza, a 65 kilómetros de la ciudad del Puyo. Este es uno de los asentamientos Kichwas de la Amazonía de mayor concentración poblacional y extensión territorial⁵². Los Sarayaku subsisten de la agricultura familiar colectiva, la caza, la pesca y la recolección dentro de su territorio de acuerdo con sus tradiciones y costumbres ancestrales. El 90% de sus necesidades alimenticias son satisfechas con productos provenientes de su propia tierra y el 10% restante con bienes que provienen del exterior de la comunidad. Las decisiones sobre temas trascendentales se toman en la tradicional asamblea comunitaria, denominada Tayjasaruta⁵³.

De acuerdo con la cosmovisión del Pueblo Sarayaku, el territorio está ligado a un conjunto de significados: la selva es viva y los elementos de la naturaleza tienen espíritus (*supay*), que se encuentran conectados entre sí y cuya presencia sacraliza los lugares.

En 1992 el Estado adjudicó mediante el Instituto de Reforma Agraria y Colonización (IERAC) en forma indivisa, un área singularizada en el título que se denominó Bloque 9, correspondiente a una superficie de 222.094 Ha. o 264.625 Ha., a favor de las comunidades del Río Bobonaza, entre las cuales corresponden a Sarayaku aproximada y tradicionalmente 135.000 Ha.

El 26 de julio de 1996 luego de convocada la octava ronda de licitación internacional para la explotación y exploración de hidrocarburos en Ecuador, se suscribe un contrato de participación para la exploración de

52 El territorio donde habita el pueblo Sarayaku es de difícil acceso e incluso el desplazamiento entre la ciudad del Puyo y Sarakayu demora entre dos a tres días a través del río Bobonaza y ocho días por vía terrestre.

53 Además, se encuentra organizado por un Consejo de Gobierno integrado por líderes tradicionales de cada comunidad.



hidrocarburos y explotación de petróleo crudo en el Bloque 23 entre la Empresa Estatal de Petróleos del Ecuador (en adelante Petroecuador) y el consorcio conformado por la Compañía General de Combustibles S.A (CGC) y la Petrolera Argentina San Jorge S.A. El espacio que se otorgó comprendía 200.000 Ha, de las cuales el 60% correspondía a territorio de los pueblos originarios Sarayaku.

Entre abril de 1999 y septiembre de 2002 se suspendieron las actividades en el Bloque 23 Desde este período la empresa petrolera intento conseguir el consentimiento para la explotación petrolera buscando un relacionamiento directo con los miembros de las comunidades indígenas, dejando a un lado el nivel de organización indígena, ofreciendo servicios de asistencia sanitaria, contratando a personas particulares dentro de las comunidades para que recluten a otras para avalar la actividad de prospección sísmica, ofreciendo regalos, dotando de formación de grupos de respaldo a la actividad petrolera y ofreciendo dinero de manera personal y colectiva.

En los años siguientes se intentó obtener el consentimiento del pueblo Sarayaku con más ofrecimientos de esta naturaleza, sin embargo, el pueblo rechazó las distintas ofertas. Ante esta negativa la CGC contrato en 2001 a Daymi Services S.A., para dividir a las comunidades, manipular a los dirigentes y crear campañas de calumnias y desprestigio a líderes y organizaciones, inclusive la creación de una llamada “Comunidad de Independientes de Sarayaku” para llegar a un acuerdo. En 2002 se aprueba el plan de manejo ambiental y el plan de monitoreo de la compañía CGC para las actividades de prospección sísmica 2D en el bloque 23. Solicitando en septiembre del 2002 el reinicio de actividades.

El 27 de noviembre del 2002 el Defensor del Pueblo del Ecuador luego de la queja presentada por los pueblos Sarayaku, declaró que los

miembros de esta comunidad se encontraban bajo su protección. El 28 de noviembre de 2002 el representante de las 11 asociaciones del pueblo Kichwa de Pastaza presentó un recurso de amparo constitucional ante el Juez Primero de lo Civil de Pastaza en contra de las empresas CGC y Daymi Services. Luego de la reactivación de actividades de prospección sísmica el Pueblo originario Kichwa Sarayaku se declaró en emergencia, paralizando sus actividades económicas, administrativas y escolares por un periodo entre 4 a 6 meses.

El 6 de febrero del 2003 la Asociación de la Industria Hidrocarburíferas del Ecuador informó que la CGC declaró un estado de fuerza mayor y suspendió sus actividades. En este punto la empresa destruyó un sitio de particular importancia para la vida espiritual del pueblo Sarayaku, de la misma manera abrió tronchas sísmicas, habilitó siete helipuertos, destruyó cuevas, fuentes de agua y ríos subterráneos, necesarios para el consumo de agua de la comunidad, taló árboles y plantas.

Se presentaron denuncias entre febrero del 2003 y diciembre de 2004 por hostigamiento y amenazas realizadas a líderes y miembros de estas comunidades, junto con las acciones del 4 de diciembre de 2003 en el que 120 miembros del pueblo Sarayaku fueron agredidos en presencia de efectivos policiales, sin embargo, estos hechos no fueron debidamente investigados. En relación a las medias establecidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos el Estado realizó varias gestiones para proceder el retiro de la pentolita del territorio Sarayaku. El 19 de noviembre de 2010 Petroecuador firmó el acta que daba fin por mutuo acuerdo al contrato de participación para la exploración y explotación de petróleo en el bloque 23.



Al respecto la Corte reiteró el Artículo 21 de la Convención Americana que protege el estrecho vínculo que tienen los pueblos indígenas con sus tierras como cada uno de los recursos naturales de los territorios ancestrales y los elementos incorporales que se despenden de ellos. En este sentido la protección de derecho a la propiedad es necesaria para garantizar la supervivencia física y cultural.

A pesar de que no estaba en duda la propiedad comunal del pueblo Sarayaku sobre su territorio la Corte consideró pertinente destacar el profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que mantiene con su territorio, en particular, las características específicas de su selva viviente y la relación íntima entre esta y sus miembros, que no se limita asegurar su subsistencia, sino que integra su propia cosmovisión e identidad cultural y espiritual.

Con respecto al reconocimiento del derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades y pueblos indígenas se encuentran cimentados en el respeto a sus derechos a la cultura propia o identidad cultural, los cuales deben ser garantizados en una sociedad pluralista, multicultural y democrática. En este sentido recalca la obligación de los Estados de realizar procesos de consulta especiales y diferenciados cuando se vayan a afectar intereses de los pueblos indígenas, entendiendo que estos procesos a su vez deben respetar el sistema particular de consulta de cada pueblo o comunidad.

El Tribunal estableció que la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre toda medida administrativa o legislativa que pueda afectar sus derechos reconocidos en la normativa nacional e internacional, implica el deber del Estado de organizar adecuadamente todo el aparato gubernamental y las estructuras a través de las cuales manifiesta el ejercicio del poder público, en particular de sus normas e

instituciones de tal manera que la consulta pueda llevarse a cabo de conformidad a los estándares internacionales.

Por lo que, cuando los Estados procedan a procesos de consulta deben integrar los distintos estándares internacionales desde la primera etapa de elaboración y participación. En este sentido la empresa CGC al iniciar las actividades de prospección en el año 2002, con posterioridad de que el Ecuador ratificara el Convenio N^o 169 de la OIT y de haberse consagrado los derechos colectivos de los Pueblos Indígenas en la Constitución Política del Ecuador, se constituyó la obligación del Estado de garantizar el derecho a la consulta, en relación con el derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, asegurando que los actos de ejecución de la concesión no comprometiesen el territorio Sarayaku, ni afectara a la supervivencia y subsistencia de esta comunidad como pueblo indígena.

4.1 Al respecto de la consulta previa

Es importante el razonamiento de la Corte en la aplicación de los derechos de consulta de los pueblos indígenas frente a los hechos ocurridos al respecto de la búsqueda de la sociabilización o del entendimiento de la empresa CGC con los pueblos originarios Kichwa Sarayaku. Ya que estas actividades satisfacen los criterios mínimos y requisitos esenciales de un proceso de consulta válida a los pueblos indígenas en relación con sus derechos a la propiedad comunal y a la identidad cultural. En este sentido, es deber del Estado demostrar efectivamente de que todas las dimensiones del derecho a la consulta previa fueron garantizadas.

Es decir, que la consulta debía tener un carácter previo, ser llevada a cabo de buena fe y de una manera apropiada, debía ser culturalmente adecuada y accesible, llevándose a cabo un estudio de impacto am-



biental que dependiendo del resultado de la ejecución de actividades se considerara viable o no la concesión, y finalmente debidamente informada a los pueblos indígenas y comunidades afectadas. Y según los hechos el Estado Ecuatoriano no realizó ninguna forma de consulta con los pueblos Sarayaku en ninguna de las fases de ejecución de los actos de explotación petrolera, el pueblo no fue consultado antes de la construcción de los helipuertos, se cavarán tronchas, se sembrarán explosivos o se destruyeran zonas de alto valor cultural.

Con respecto a la buena fe el Estado reconoció que no realizó la consulta previa, sino que delegó esta actividad a la empresa CGC, además en ciertos momentos el Estado apoyo a la “seguridad” esta empresa al proveerles miembros de las fuerzas armadas en determinados momentos. Fomentando el clima de alta tensión entre las comunidades, agravado por el irrespeto de las estructuras propias de autoridad y representatividad interna y externa de estas comunidades. En lo relativo al impacto ambiental fue realizado sin la participación del pueblo Sarayaku, no fue realizada por el Estado sino por una empresa subcontratada y no tomo la incidencia social, espiritual y cultural de estas actividades.

4.2 Identidad cultural

La Corte Interamericana consideró que al desconocerse el derecho ancestral de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podía estar afectando otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros, debido a que el goce y el ejercicio del derecho a la propiedad comunal sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su partimento, estableciendo la obligación de los Estados de respetar esta relación para así garantizar su supervivencia social, cultural y económica.

Al no haber consulta a los pueblos Sarayaku la Corte consideró que esto afectó a su identidad cultural, por cuanto la intervención y la destrucción de su patrimonio cultural implicó una falta grave al respeto a su identidad social y cultural a sus costumbres, tradiciones y cosmovisión, así como a la conservación de las características propias de su cultura y su modo de vivir.

4.3 Derecho a la vida y a la integridad personal

La Corte consideró en este caso que se estaba afectando a la vida de estos pueblos al colocarse más de 1400kg de explosivos de alto poder en el territorio Sarayaku, constituyendo un factor de riesgo para la vida de sus habitantes. Además, el Estado no cumplió con lo dispuesto por la Corte Interamericana y no desactivó este material explosivo incumpliendo con el derecho de garantizar la propiedad comunal de la tierra.

4.4 Derechos a las garantías de protección judicial

Al no investigarse los hechos denunciados la Corte consideró que no se constituyó un medio efectivo para garantizar el derecho a la integridad personal contenido en el artículo 5.1 de la Convención Americana. Con respecto al recurso de amparo la Corte observó que el tribunal de alzada constató irregularidades en el trámite del recurso y ordenó subsanarlas, pero no consta que lo señalado el tribunal de alzada fuera cumplido a cabalidad por el juez respectivo y, por ende, que dicha providencia fuera efectiva, por lo que el recurso quedó inconcluso y careció de efectividad. Tampoco consta que la medida precautoria ordenada fuera ejecutada.



CONSIDERACIONES FINALES

El Caso Sarayaku es un ejemplo de la lucha por la tierra, la resistencia indígena y sobre todo de reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas sobre el territorio y su identidad cultural. Este caso hace hincapié en las obligaciones del Estado con como agente de protección y garantía de los derechos de los pueblos originarios Kichwa Sarayaku, estableciendo un límite a la actuación del Estado sobre territorios indígenas. Reconociendo que todos los pueblos indígenas son titulares de una dignidad colectiva distinta a la de sus miembros, por lo que requieren de una especial protección a través del reconocimiento y ejercicio de los derechos colectivos. Al respecto, esta sentencia es trascendental en materia de derechos de consulta, propiedad comunal indígena, identidad cultural, derecho a la vida e integridad personal. Sin embargo, posterior a la sentencia de Sarayaku el Ecuador y demás Estados no han dado cumplimiento a la figura de la consulta previa, en el marco de las concesiones extractivas, lo que plantea una interrogante sobre el papel que tiene la industria ante los gobiernos latinoamericanos, ya que en el último año se ha visto un despliegue de actos que condicionan el cumplimiento de los derechos que tienen estos pueblos y comunidades sobre sus territorios.

Si bien se prioriza el desarrollo nacional se ha demostrado que en naciones ricas en recursos naturales, se están violando los derechos humanos, lo que plantea un serio problema de discriminación, ya que el ejercicio de los derechos se ve condicionado al interés nacional, al interés del inversor y al interés del gobierno en turno.

Mientras no se respete el acceso libre y equitativo al ejercicio de los derechos tanto individuales como colectivos, no se puede hablar de una plena reivindicación a estas poblaciones, ya que se debe recordar que este modelo deviene de siglos de explotación, violencia y segregación.

La Sacralidad de la Tierra en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

The sacredness of the land in the Inter-American Human Rights System

JERÔNIMO BASILIO SÃO MATEUS MATEUS

Resumen

En gran parte de las cosmovisiones indígenas la tierra es más que una fuente de recursos económicos, es un ser con el cual es necesario mantener un equilibrio sutil. Esa relación especial con la tierra fue reconocida de forma pionera en el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT de 1989, y después en otras normas internacionales. El objetivo de este trabajo es analizar el tratamiento del tema en el sistema interamericano, con atención a las normas jurídicas aplicables y a las principales decisiones de la Corte Interamericana sobre la materia. Especial atención es dada a dos *leading cases* de la referida corte: el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni Vs. Nicaragua y el Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Como conclusión, se resalta la importancia de la Jurisprudencia de la Corte en la materia, por su visión pluralista en relación al concepto de naturaleza.



Palabras-clave: Sacralidad de la Tierra. Derechos de los Pueblos Indígenas. Corte Interamericana de Derechos Humanos. derecho de propiedad. pluralismo jurídico.

Abstract

An important part of indigenous people worldview considers the land something more than a source of economic resources. The land is a being with which it is necessary to maintain a delicate balance. This special relationship with the land was firstly recognized through article n. 13 of the ILO-Convention n. 169 of 1989, and since then by others international treaties and declarations. The main goal of this paper is to analyze the treatment of this subject by the Inter-American Human Rights System. I focus on two leading cases from the IACHR: first The Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua and second, the Indigenous Community Yakye Axa v. Paraguay. As a conclusion, I emphasize the importance of the IACHR's decisions on the issue, mainly for its pluralistic approach to the concept of nature.

Keywords: *Sacredness of the Land. Indigenous People Rights. IACHR. property rights. legal pluralism.*

INTRODUCCIÓN

Aunque que la relación entre religión y ecología remonte a los principios del movimiento conservacionista contemporáneo, por lo menos

a través de la inspiración de sus pioneros¹, como campo de investigación propio es relativamente reciente. Dentro de este ámbito de estudio, existen diversas líneas de investigación, con diferentes metodologías y diferentes objetivos. Entre ellas, los conflictos ambientales de fondo religioso son un campo particularmente importante en el contexto de crisis ambiental planetaria en el cual nos encontramos.

Los conflictos territoriales entre pueblos indígenas y los Estados-Nación son una constante de todos los Estados con minorías políticamente organizadas. Como ejemplo de caso reciente relacionado con territorios indígenas y elementos religiosos asociados al territorio, se puede citar el caso del pueblo Siux de los EE.UU y su lucha contra el proyecto del oleoducto “Dakota Access”, que cruza el territorio sagrado del pueblo². Las demandas por reconocimiento de territorios ancestrales y de ocupación tradicional es el tema de casi la totalidad de los casos relacionados con pueblos indígenas analizados por la Corte IDH. Las diferencias que existen entre la relación de los pueblos indígenas con la tierra, y la visión del derecho de propiedad occidental de origen romano suscitó en la referida corte la necesidad de ampliar la interpretación del artículo n. 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), para reconocer tanto formas de propiedad comunal, como relaciones especiales con la tierra que trascienden la pura dimensión material o económica.

El objetivo del artículo es analizar tanto la normativa aplicable a la protección del elemento sagrado de la tierra, según la visión de algunos pueblos originarios del continente americano, así como la evolución de la

1 STOLL, Mark. **Inherit the holy mountain**: religion and the rise of American environmentalism. New York: Oxford University Press, 2015. p. 7.

2 EARTHJUSTICE. **Litigación sobre Standing Rock**: sobre la demanda legal contra el Oleoducto Dakota Access por parte de la Tribu Sioux Standing Rock, 2016.



jurisprudencia de la Corte en relación al tema. Está dividido en tres partes y las conclusiones. En la primera parte, con la finalidad de contextualizar el trabajo, presento un ejemplo de las diferencias de percepción del mundo en las culturas precolombinas, a través de una breve exposición de la idea de perspectivismo amerindio, conforme formulada por el antropólogo brasileño Eduardo Viveiros de Castro. En la segunda parte son analizadas algunas normas del de SIDH (Sistema Interamericano de Derechos humanos). En la última parte comento la jurisprudencia de la Corte, con atención a dos casos concretos, considerados paradigmáticos sobre la materia.

1. UN EJEMPLO DE RELACIÓN CON LA TIERRA EN LAS CULTURAS PRECOLOMBINAS

La sociedad occidental moderna y por consecuencia el derecho que ahí se produce considera que el mundo natural es un espacio libre de intencionalidad, despersonalizado, dominado por leyes naturales, previsible y cognoscible (LATOURET, 2012, p. 131). Obviamente esta visión, fruto de una comprensión mecanicista del mundo, no es universal, incluso dentro de las sociedades occidentales.

La antropología de los pueblos originarios que habitan las américas desde antes de la colonización está repleta de estudios etnográficos en los cuales se puede fácilmente observar que el territorio ocupado por estas poblaciones no es solamente una fuente de ‘recursos naturales’. El espacio físico está habitado por diversos seres, personas, con los cuales se establecen relaciones que son verdaderas relaciones interpersonales, y no del tipo sujeto-objeto, como es común en la cultura europea occidental, y que está en la base del modelo de dominio de la naturaleza.

Como ejemplo de estudio antropológico sobre pueblos americanos y su cosmovisión, he elegido comentar algunas conclusiones del trabajo del antropólogo brasileño Eduardo Viveiros de Castro, tanto por la importancia de su trabajo etnográfico, como por su posterior elaboración de la idea de perspectivismo amerindio. Esta breve incursión en la antropología permitirá introducir la complejidad con la cual las esferas normativas deben afrontarse al crear instrumentos jurídicos compatibles con las diferentes visiones de mundo.

Pasemos entonces a analizar brevemente la cosmovisión de los pueblos indígenas sudamericanos, la cual el antropólogo brasileño clasifica, a partir de su propio trabajo etnográfico y de etnografías realizadas por otros antropólogos, de perspectivismo amerindio³.

Los pueblos originarios de la amazonia conciben el mundo como un espacio en el cual habitan diferentes clases de sujetos o de personas, que pueden ser humanos o no-humanos. Ser persona, sin embargo, es un atributo relacional. Los humanos, en condiciones normales, es decir, fuera de la actividad chamánica, ven a sí mismos como personas, y a los animales como animales, pero los animales entre ellos se ven como personas humanas, se comunican, se organizan en sociedad, tienen familias. El modo como el animal ve al ser humano dependerá de qué clase de animal se trata. Por ejemplo, animales depredadores, como el jaguar o la serpiente, ven a los humanos como animales de caza, como un tapir o un pecarí. Lo mismo ocurre para otros seres que también de alguna forma ejercen algún tipo de poder sobre el hombre, como la luna, o la madre de la viruela. Por otra parte, los animales de caza, ven a los hombres como

3 CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Metafísicas caníbales**: líneas de antropología postestructural. Madrid; Buenos Aires: Katz Editores, 2010. p. 25.



espíritus, como seres más fuertes capaces de amenazarles la vida⁴. En este sentido, todos los seres ven a sí mismos como personas humanas, con una cultura propia. Las diferentes formas de los animales son como envoltorios sobre una naturaleza de carácter personal y humana. La comunicación interpersonal entre especies es realizada solamente por los chamanes, seres transespecíficos⁵, que son capaces de ver la humanidad de todos los seres del cosmos, por detrás de sus formas exteriores. Según el mismo autor, la referida cosmología es compartida también por otros pueblos de América del Norte y de Asia.

Una consecuencia práctica de la referida comprensión del mundo es en la calidad y la forma de las relaciones. Si el mundo “natural” está poblado de seres personales, las relaciones que se establecen deben ser cuidadosas y equilibradas. No se trata de una naturaleza inerte, desproveída de intencionalidad, y sí de personas que pueden actuar intencionalmente afectando a los humanos y sus comunidades. Se entiende, entonces, la sacralidad de determinados elementos naturales, y la importancia que tienen en la vida de una determinada comunidad indígena.

Considerado la especificidad de la relación que determinados pueblos originarios desarrollan con la tierra y sus elementos, ejemplificada por esta exposición del perspectivismo amerindio, es posible constatar que las normas de derechos humanos relacionadas con el derecho de propiedad deben ser adaptadas para ser capaces de amparar relaciones que no pueden ser reducidas a un lenguaje económico, de apropiación de “recursos naturales”.

En el siguiente apartado, veremos como el SIDH ha tratado del tema.

4 CASTRO, Eduardo Viveiros de. Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena. *In*: CASTRO, Eduardo Viveiros de (Ed.). **A Inconstância da Alma Selvagem e outros ensaios de antropologia**. [S.l.]: Cosac & Naify, 2013. p. 227.

5 CASTRO, Eduardo Viveiros de. Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena. *In*: CASTRO, Eduardo Viveiros de (Ed.). **A Inconstância da Alma Selvagem e outros ensaios de antropologia**. [S.l.]: Cosac & Naify, 2013. p. 228.

2. LA SACRALIDAD DE LA TIERRA EN LAS NORMAS DEL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS (SIDH)

El sistema interamericano de derechos humanos está compuesto por una serie de convenciones, declaraciones, tratados internacionales firmados en el ámbito de la Organización de los Estados Americanos, y por normas de derecho internacional general, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas, o algunas de las Convenciones de la Organización Internacional del trabajo, particularmente importantes en derecho indígena.

El apartado está dividido en dos partes. La primera dedicada a comentar los dispositivos de las normas del Sistema Interamericano que de forma indirecta deberían permitir la reinterpretación de cualquiera de los derechos declarados, a partir de las diferentes visiones de mundo de los pueblos indígenas. La segunda parte está dedicada a comentar las normas que específicamente tratan de la relación especial de los pueblos indígenas con la tierra y con el territorio.

2.1 La apertura del SIDH a diferentes perspectivas cosmológicas

El SIDH reconoce algunos elementos y declara algunos derechos que interpretados conjuntamente permiten crear un cuerpo de principios que pueden ser utilizados para reinterpretar todas sus disposiciones, conforme a las diferentes visiones de mundo de las poblaciones minoritarias de los Estados signatarios de los instrumentos jurídicos del sistema. En seguida, veremos las principales disposiciones normativas al respecto.

En primer lugar, el sistema reconoce la importancia de los elementos intangibles o espirituales en la vida de las personas, lo que abre la posibilidad de interpretación a la diversidad cultural, porque la idea de un bien-



estar espiritual o de felicidad es algo que necesariamente cambia entre las diferentes visiones del mundo. En este sentido, el mismo preámbulo de la DADH (CIDH, 1948), afirma que el objetivo de la declaración de derechos es “la creación de circunstancias que le permitan progresar espiritual y materialmente y alcanzar la felicidad.” Además, el mismo documento, al declarar el derecho al descanso en su artículo XV, reconoce que el tiempo puede ser aprovechado para el “mejoramiento espiritual”. La Carta de la OEA declara el principio de la “Unidad espiritual del continente”, (artículo 3, ‘m’), que se basa el respeto a la “personalidad cultural de los países americanos”.

En relación a los derechos declarados, el más importante es el derecho a libertad religiosa y de culto (artículo III de la DADH; artículo 12 de la CADH (OEA, 1969), que conlleva la posibilidad de conservar, expresar, de manera individual o colectiva, y cambiar libremente las creencias y convicciones religiosas. Aunado a este derecho, están previstas la obligación de los estados de no discriminar por motivos religiosos (artículo 1.1 de la CADH; artículo 3, I de la COEA (OEA, 1948), y el derecho a asociarse con finalidad religiosa (artículo XXII de la DADH; artículo 16.1 de la CADH; artículo 3 del PSS (OEA, 1999)).

Como se sabe la religión o las creencias espirituales son un fenómeno que se proyecta sobre toda la vida de las personas y de las comunidades. En el caso de los pueblos indígenas, la sacralidad o condición especial de determinados elementos del mundo natural es un elemento fundamental del sistema que puede ser considerado también de naturaleza religiosa, para los efectos de aplicación de los referidos dispositivos.

Por otro lado, figuran también las normas asociadas a los denominados derechos a la cultura o a la identidad cultural. En este sentido, la DADH afirma en su preámbulo que es deber de todos los hombres ejercer, mantener y estimular la cultura. Declara, además, en el artículo XIII,

el derecho a participar de la vida cultural de la comunidad. De manera más específica, el PSS en su artículo 14, declara el derecho a la cultura y a la participación de los beneficios del progreso científico.

Ya con los instrumentos jurídicos referidos, sería posible una reinterpretación de cualquier disposición de las normas del sistema de conformidad con las diferencias culturales de los pueblos indígenas, porque si el sistema reconoce ideas como “bienestar espiritual”, o “personalidad cultural de los países americanos”, y además declara los derechos a la libertad de creencia y de culto, y el derecho a la cultura, termina por acoger por lo menos en teoría la obligación de respetar las diferencias en todas sus consecuencias.

Obviamente, las normas referidas, históricamente, no fueron suficientes para proteger a las comunidades minoritarias (tanto política como numéricamente) de los Estados miembros de la OAE, y por esta razón se adoptaron instrumentos de derechos humanos específicos para tratar de los pueblos indígenas. En el siguiente apartado, comentaré algunos de estas importantes normas, en relación con el tema objeto del presente artículo.

2.2 La protección de la relación especial de los pueblos indígenas con la tierra

Con la toma de conciencia de las injusticias históricas que los Estados-nación han cometido en todo el continente americano en relación a sus primeros habitantes, y con el desarrollo internacional del derecho de los pueblos indígenas como una rama de los derechos humanos a partir de los Convenios de la OIT, surge la preocupación de crear instrumentos jurídicos capaces de dar cuenta de las diferencias entre la cultura hegemónica de los Estados-nación y los grupos étnicos políticamente minoritarios.



El intento de reflejar en las normas internacionales las particularidades culturales de los pueblos indígenas produjo consecuencias también en las normas que regulan la relación con el territorio, a través, por ejemplo, del reconocimiento de la propiedad comunal, y también a través del reconocimiento de los elementos intangibles, culturales y espirituales, de la relación de los pueblos con la tierra.

En este apartado se comentará algunas normas de los siguientes instrumentos normativos: los Convenios 107 (1957) y 169 (1989) de la OIT, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (2007), y la Declaración Americana sobre los derechos de los Pueblos Indígenas (2016).

En primer lugar, del Convenio 107 de la OIT⁶ son importantes para el tema tratado, dos disposiciones: la primera consideración del preámbulo y el artículo 4º, inciso a). La primera disposición en el preámbulo, citando la Declaración de Filadelfia de 1944, sobre los principios y fines de la OIT (II. (a)), afirma que todos los seres humanos tienen derecho tanto al bienestar material, como al “*desarrollo espiritual* en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades”. El artículo 4, en su fracción a) prevé la necesidad de que los Estados, al aplicar el Convenio, deberán tener en cuenta los “*valores culturales y religiosos*” de las poblaciones indígenas.

El Convenio 169 de la OIT de 1989 es un divisor de aguas en el derecho internacional de los pueblos indígenas por diversas razones, entre

6 El Convenio fue aprobado en 26 de junio de 1957 y entró en vigor en 02 de junio de 1959, siendo considerado la primera norma internacional que se ocupó directamente de las poblaciones indígenas. Como afirma James Anaya, el convenio todavía está inspirado por una perspectiva de asimilación, sin embargo tiene importancia histórica por las declaraciones de derechos que realiza. ANAYA, S James. **Indigenous peoples in international law**. Oxford; New York: Oxford university press, 2004. p. 44.

las cuales se pueden citar la ruptura con la perspectiva de asimilación existente en los documentos anteriores; y la incorporación de las ideas de pueblo y de derechos colectivos. En relación al objeto de estudio, hay una serie de disposiciones direccionadas a proteger la identidad cultural, institucional y religiosa de los pueblos indígenas, bien como de manera específica a su particular relación con la tierra. Antes de comentar esta última y pionera norma, veremos las normas más generales.

En primer lugar, el convenio adopta un principio de interpretación general de todas sus demás normas, lo cual obliga a los estados considerar los valores “sociales, culturales, religiosos y espirituales” de los pueblos tanto de forma individual como colectiva (artículo 5. a).

La segunda disposición importante está en los artículos 7.1 y 7.3, sobre el derecho al desarrollo. El Convenio particulariza y especifica la forma en cómo este derecho, ya reconocido en instrumentos de derechos humanos anteriores, como, por ejemplo, en el artículo 26 de la CADH, debe funcionar en su aplicación a las comunidades indígenas. Como una concreción del principio de la libre determinación, el Convenio declara que los pueblos indígenas deben tener derecho a decidir sus propias prioridades, considerando la afectación a sus “vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras”. En relación a la forma de utilización de la tierra, el artículo menciona la ocupación y la “utilización de alguna manera”, lo que abre la posibilidad de se considere el uso religioso de un territorio, aunque fuera del área de ocupación. Además, en el segundo artículo referido, determina que el gobierno deberá evaluar, entre otras cosas, las “incidencias espirituales y culturales” de los proyectos de desarrollo que se vayan a realizar en sus tierras.



Sin embargo, el artículo más importante del convenio, en relación al tema en comento, es el artículo 13, que trata de las tierras. En la primera parte del artículo, el convenio establece una obligación para los Estados miembros, que, en la aplicación de todas las normas relacionadas con derechos territoriales deberán: “respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios.” De la misma forma que el artículo 7.1 referido, también se reconocen otras formas de utilización de la tierra, además de la ocupación. Asimismo, al final del párrafo, se enfatiza el posible carácter colectivo que esta relación pueda tener.

La disposición del referido artículo debe ser considerada un principio general de interpretación de todos los derechos de propiedad asociados a territorios indígenas. Como se verá en el siguiente apartado, el referido artículo fue utilizado por la Corte Interamericana de Justicia como criterio interpretativo del artículo 21 de la CADH, sobre el derecho a la propiedad privada.

Para terminar esta segunda parte del trabajo, y entrar a analizar la aplicación concreta por la Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos, es necesario comentar las normas presentes en las dos Declaraciones sobre los derechos de los pueblos indígenas, la de Naciones Unidas de 2007 y la de la OEA de 2016.

El documento del año de 2007, a pesar de la ausencia de fuerza vinculante (ALBA, 2009, p. 108), es sin duda un marco de referencia en el derecho internacional de los pueblos indígenas, porque consagra una serie de principios generales aplicables a la materia, además de concretarlos en la declaración en una serie de derechos y obligaciones para los Estados.

En lo que concierne al objeto del trabajo, aparte de las disposiciones genéricas relacionadas con la protección del derecho a la identidad cultural, a la libre determinación, los dos puntos principales de la Declaración son los artículos 12 y 25. El primero trata del derecho de libertad religiosa. Se protegen cuatro acciones: manifestar, practicar, desarrollar y enseñar; que están relacionadas con cuatro objetos: tradiciones, costumbres, ceremonias espirituales y religiosas. Además, se declaran los derechos a mantener, proteger y acceder a los lugares religiosos; el derecho de controlar los objetos de culto, y, por fin, a la repatriación de restos humanos.

Son dos los aspectos que se destacan en el artículo. En primer lugar, el tratamiento de los temas religiosos/espirituales en un artículo diferente de los temas asociados a la cultura (artículo 11). Lo que me parece una innovación importante en el camino de reconocer la vinculación entre derechos territoriales y derechos religiosos. En segundo lugar, se menciona de forma explícita los lugares sagrados y se declaran derechos asociados, como el de acceso privativo, de control y mantenimiento.

El artículo 25 se asemeja al artículo 13.1 del Convenio 169 de la OIT, pero es más amplio por declarar un derecho y ampliar su objeto. El artículo del referido Convenio establecía una obligación para los Estados, pero no declaraba explícitamente un derecho en favor de las personas y comunidades indígenas. La Declaración afirma un derecho colectivo a mantener y fortalecer la relación espiritual con la tierra, y se amplía para abrigar territorios, aguas, mares costeros u otros recursos. De la misma manera que las normas anteriores, se reconoce como formas de utilización de la tierra no solamente la ocupación, sino también la posesión y



otros tipos de utilización. Lo que abre la puerta para considerar el uso para fines religiosos de tierras no necesariamente ocupadas⁷.

Por fin, la más reciente norma en el ámbito de la OEA sobre derechos indígenas es la Declaración aprobada en 14 de junio de 2016, a través de la Resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), después de 17 años de discusiones. En lo que concierne al tema del trabajo, la Declaración innova en relación al documento de Naciones Unidas respecto a dos puntos principales: en primer lugar, es más explícita en la declaración de derechos. Por ejemplo, en el artículo XIII que trata del derecho a la identidad y a la integridad cultural, en el inciso 3 al declarar el derecho de los pueblos al respeto y reconocimiento de sus tradiciones espirituales, utiliza las siguientes expresiones: “todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas.” En el mismo sentido, el artículo XXXI.1, reafirma el derecho a mantener la identidad “cultural, espiritual y tradición religiosa, cosmovisión, valores y a la protección de sus lugares sagrados y de culto”. De forma novedosa, la Declaración utiliza la palabra cosmovisión, para significar la especial forma de estar-en-el-mundo de los pueblos indígenas, lo que permite interpretar que las diferencias no son sólo de carácter cultural.

7 El problema tiene bastante trascendencia, porque es común entre los pueblos indígenas de Latinoamérica la existencia de rutas de peregrinación sagradas que pasan por diversas propiedades de terceros y no solamente por territorio indígena, como por ejemplo la ruta de los Huicholes, que puede llegar a 500km, cruza tres estados y pasa por diversos tipos de propiedades. El reconocimiento de que la utilización de la tierra no está restringida a la ocupación, permite proteger este tipo de tradiciones religiosas y culturales. El pueblo Wixarika por ejemplo transita en un territorio de unos 90000 km², pero no vive en todo esta extensión territorial. CDI. **Informe final de la Consulta sobre Lugares Sagrados del Pueblo Wixarika**. Ciudad de México: [s.n.], 2010. p. 9.

La otra novedad es haber dedicado un artículo para tratar del tema de la espiritualidad indígena. El artículo XVI declara diversos derechos y establece obligaciones para los Estados y para la colectividad. Los derechos declarados son: derecho a ejercer su espiritualidad y creencias, lo que conlleva el derecho de practicar, desarrollar, transmitir y enseñarlas, así como el derecho a realizar ceremonias en público, o privado, individual o colectivamente (Artículo XVI.1); derecho a preservar, proteger y acceder a los sitios sagrados y a controlar los objetos de culto (Artículo XVI.3); y el derecho a la recuperación de restos humanos (artículo XVI.3). Además, establece como obligación de los Estados la adopción de “medidas eficaces” direccionadas a proteger los derechos declarados (Artículo XVI.4). Por último, como obligación genérica dirigida a toda la colectividad, quedan vedadas las prácticas que signifiquen presiones o coerciones que afecten o limiten el derecho de los pueblos indígenas de ejercer su espiritualidad (Artículo XVI.2).

En lo que concierne a la relación especial con la tierra, la Declaración posee una disposición similar al artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, y al artículo 25 de la DNUDPI, es el artículo XXV.1, el cual reafirma el derecho a ver respetados los elementos inmateriales de la relación con la tierra (culturales, espirituales).

Finalmente, el elemento espiritual está presente en otros derechos declarados, como el derecho a la salud, en el cual se considera también la salud espiritual (artículo XVIII.1); el derecho a un medio ambiente sano, que es considerado condición para el desarrollo pleno, entre otras cosas, de “su espiritualidad, cosmovisión y bienestar colectivo” (artículo XIX.1); el derecho de asociación, incluso de carácter transnacional, por finalidades que incluyen las prácticas espirituales (artículo XX 1 y 3); el derecho a desarrollarse a partir de su propia cosmovisión (artículo XXIX.1), y de



tener mitigados los impactos, incluso los de naturaleza espiritual, resultantes de eventuales acciones sobre su territorio (Artículo XXIX.5).

Como es posible notar, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos goza de diversas normas de diferente fuerza normativa sobre el tema de la sacralidad de la tierra. Considerando el criterio de la fuerza vinculante, sin duda el artículo más importante es el 13 del Convenio 169 de la OIT, aunque esta norma no sea propiamente del SIDH. Las Declaraciones, sin embargo, pueden ser utilizadas como inspiración para los Estados en la formulación de leyes domésticas, y también como criterios interpretativos de los documentos de derechos humanos con fuerza vinculante, como la CADH.

En el siguiente apartado, comentaré algunos casos claves en los cuáles la CIDH se deparó con alegaciones relacionando derechos territoriales y cuestiones asociadas a la religiosidad indígena.

3. DERECHOS TERRITORIALES Y RELIGIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CIDH

Después de haber visto las principales normas aplicables a la protección de derechos territoriales vinculados con elementos religiosos de los pueblos indígenas en el SIDH, comentaré dos⁸ casos de la CIDH paradigmáticos en

8 Por cuestiones de espacio, me limitaré a los dos casos más importantes, pero la Corte y la Comisión ya se han deparado con el tema en otros siete casos, citados a continuación: Caso 12.053- Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo Vs. Belice (Informe n. 40 de 12 de octubre 2004); Caso de la Comunidad Mowiana Vs. Suriname (sentencia de 15 de junio de 2005); Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay (sentencia de 29 de marzo de 2006); Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam (sentencia del 28 de noviembre de 2007); Caso Masacres de Río Negro vs. Guatemala (sentencia de 4 de septiembre de 2012); Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (sentencia de 27 de junio De 2012); Caso pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam (sentencia de 25 de noviembre de 2015).

la materia. El primer caso es el de la Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni contra el estado de Nicaragua, cuya sentencia fue dictada en 31 de agosto de 2001, y el segundo caso es el de la Comunidad indígena Yakye Axa contra el estado de Paraguay, con sentencia dictada en 17 de junio de 2005.

3.1 Comunidad Mayagna (Sumo) de Awas Tingni Vs. Nicaragua

El caso referido se inició ante la Comisión en 1995, a partir de una denuncia (No. 11.577) presentada por la Comunidad Awas Tingni, del Pueblo Mayagna (Sumo), en contra del Estado de Nicaragua. Cuatro eran las alegaciones de la parte demandante: la ausencia de demarcación de las tierras de la comunidad; la ausencia de protección de los derechos de propiedad del territorio ancestral y de los recursos naturales existentes; el otorgamiento de concesión a una empresa maderera dentro del territorio, sin consentimiento de la comunidad; y la ausencia de instrumentos judiciales efectivos para garantizar el derecho de propiedad.

La Comisión presenta el caso ante la Corte el 4 de junio de 1998, con fundamento en los siguientes artículos de la CADH: 1 (Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno), y, como cuestión de fondo, los artículos 21 (derecho a la propiedad privada) y 25 (protección judicial). El objetivo de la demanda era obligar al Estado a demarcar las tierras, y pagar una indemnización de carácter material y moral por los daños sufridos.

A partir del testimonio del antropólogo Theodore Macdonald Jr, presentado por la Comisión, y del informe de los peritos nombrados por la Corte, entre los cuales figuraba el también antropólogo y sociólogo Rodolfo Stavenhagen, la Corte reconoce que la relación especial que el pueblo indígena tenía con la tierra debería producir efectos en la interpretación del derecho a la propiedad privada.



El primero de los antropólogos citados, reconoce la existencia de diversos lugares sagrados dentro del territorio de la comunidad indígena y el importante papel que juegan en la vida comunitaria, como por ejemplo en la administración de la caza, que según su visión era pactada con los espíritus de los montes, los dueños de los animales⁹. El segundo de los antropólogos referidos, reconoció que: “Hay que entender la tierra no como un simple instrumento de producción agrícola, sino como una parte del espacio geográfico y social, simbólico y religioso, con el cual se vincula la historia y actual dinámica de estos pueblos”¹⁰.

La posición de la Corte sobre el tema está en el párrafo 149 de la Sentencia, en el cual, entre otras cosas, se afirma que: “Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

La Corte termina por interpretar el artículo 21 de la CADH en el sentido de que también protege la propiedad comunal, además de los derechos de propiedad individual (párrafos 148 y 155). También en una interpretación extensiva de la palabra “bienes” en el artículo 21.1, considera la Corte que se trata de cualquier objeto corporal o incorporeal susceptible de tener un valor (párrafo. 144)¹¹.

9 CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs.** Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Ser. C) No. 79 (2001) . [S.I: s.n.]. p. 24.

10 CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs.** Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Ser. C) No. 79 (2001) . [S.I: s.n.]. p. 25.

11 CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs.** Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Ser. C) No. 79 (2001) . [S.I: s.n.]. p. 77.

Como se observa en la sentencia, en los alegatos finales la Comisión intenta hacer que la Corte reconozca, a partir del reconocimiento de la relación especial que tienen los pueblos indígenas con la tierra, la violación a otros derechos humanos como el derecho a la vida, a la familia, a la libertad religiosa, a la protección de la honra, a la libertad de asociación, a los derechos políticos, y el derecho a la circulación. Sin embargo, la Corte desestima la pretensión de la Comisión, por considerar que no hubo fundamento.

En el fallo, se reconocen las violaciones a los artículos 21 y 25 de la CADH, y se determina que el Estado proceda a la demarcación de las tierras de la comunidad demandante, de acuerdo con sus usos y costumbres. Además, el Estado es condenado a indemnizar moralmente la comunidad.

Sin embargo, la parte más interesante de la sentencia, en lo que concierne al tema del trabajo, es el voto razonado conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli. Los magistrados recopilando elementos de la prueba colectada en el caso, principalmente relacionados al carácter sagrado de los elementos naturales, enfatizaron la necesidad de la Corte de observar las diferencias culturales y de cosmovisión a la hora de aplicar los instrumentos internacionales de derechos humanos. Además resaltan que la interpretación del artículo 21 en el sentido de amparar la propiedad comunal significa una apertura para reconocer las diferentes cosmovisiones indígenas, y su carácter intertemporal¹².

12 CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs.** Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Ser. C) No. 79 (2001). [S.l.: s.n.]. p. 93.



3.2 Caso de la Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay

La demanda contra el estado de Paraguay se inició en la Comisión en el año 2000, a partir de la iniciativa de la ONG “Tierraviva a los Pueblos Indígenas del Chaco paraguayo” y del CEJIL - Centro por la Justicia y el Derecho Internacional. Los demandantes alegan la violación al artículo 25 en relación con los artículos 1.1 y 2, todos de la CADH. La materia de fondo fue la inexistencia de garantía, por parte del Estado, de los derechos de propiedad al territorio ancestral de la comunidad, lo que había provocado grave amenaza a su subsistencia.

El caso fue llevado a la Corte, por la Comisión en 2003, en relación a la violación de los artículos antes referidos. La Comisión, de modo explícito relaciona la violación de los derechos territoriales y la vida de la comunidad, al afirmar que la tierra es “la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica” (párrafo 120)¹³.

La Corte, al analizar el caso, en primer lugar reconoce el valor del Convenio 169 de la OIT en la interpretación de los derechos de propiedad privada previstos en el artículo 21 de la CADH. Después de reconocer en el párrafo 135 de la sentencia, la relación alegada por la Comisión, la Corte cita el artículo 13 del Convenio 169, que, como ya vimos, trata de la relación especial que los pueblos indígenas suelen mantener con el territorio¹⁴. De forma explícita, la Corte considera que los elementos intangibles de la relación con la tierra deben estar bajo el ámbito de incidencia del referido artículo 21 (párrafo 137). Reconoce además que la vulneración del derecho al territorio

13 CORTE IDH. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.** Sentencia de 17 de junio de 2005. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Serie C no 125. . [S.l: s.n.]. p. 73.

14 CORTE IDH. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.** Sentencia de 17 de junio de 2005. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Serie C no 125. . [S.l: s.n.]. p. 79.

ancestral puede significar la violación del derecho a la identidad cultural y a la supervivencia de la comunidad y de sus miembros (párrafo 147)¹⁵.

De manera novedosa, la Corte, al interpretar la violación al derecho a la vida de los integrantes de la comunidad (artículo 4 de la CADH), como había sido alegado por la Comisión, reconoce que el derecho a la vida debe ser interpretado considerando la especificidad de cada cultura, en el caso concreto, la relación especial con la tierra, que es característica de las comunidades indígenas demandantes (párrafo 163 y 168).

Al final, el fallo es a favor de la comunidad, por considerar que existía violación al derecho de propiedad (21.1), al derecho a la vida (artículo 4.1), al derecho a las garantías judiciales (artículo 8) y a la protección judicial (artículo 25). Se condena al Estado a demarcar las tierras, a proceder a reparaciones por daños materiales y morales. En el fundamento de esta última clase de reparación, la Corte una vez más considera (párrafo 203) que la especial relación con la tierra debe ser considerada un elemento importante en la tarea de medir en valor el daño moral.

CONSIDERACIONES FINALES

Los dos casos analizados son considerados los pioneros en la materia. Se observó que la tendencia de la Corte y de la Comisión es vincular la violación de los derechos de propiedad a las tierras ancestrales de los pueblos indígenas a la violación de otros derechos garantizados en las normas del Sistema Interamericano.

15 CORTE IDH. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay**. Sentencia de 17 de junio de 2005. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Serie C no 125. . [S.l: s.n.]. p. 82.



Como los casos comentados fueron los primeros, la jurisprudencia de la Corte ha avanzado en los últimos años, ampliando la interpretación del derecho de propiedad de los pueblos indígenas, tanto para reconocer las formas de propiedad comunal, pero también la especial relación que existe entre las comunidades y el territorio. En decisiones posteriores a los dos casos, la jurisprudencia de la Corte ha hecho la vinculación del derecho de propiedad con los siguientes derechos: a la identidad cultural¹⁶; al derecho a la vida¹⁷; al derecho a libertad de religión e integridad personal.¹⁸ El último de los puntos, es decir la relación entre derecho a la propiedad (Artículo 21 de la CADH) y el derecho a la libertad religiosa (Artículo 12) todavía sigue siendo un tema poco explorado en la jurisprudencia de la Corte.

Reconocer que la sacralidad del territorio o de alguno de sus elementos es parte fundamental de las creencias religiosas indígenas permite relacionar los dos derechos referidos de forma bastante evidente, mejorando el grado de protección que les es ofrecido, porque permitiría también el enfoque del tema desde una perspectiva de los derechos individuales. El caso del Masacres de Río Negro Vs. Guatemala (sentencia 04/09/2012), reconoce la violación de derechos individuales de libertad religiosa, por la imposibilidad de enterrar a los muertos de la comunidad maya, y por la importancia que tienen los ritos fúnebres para esta cultura específica, en este sentido, es un precedente importante que puede ser explorado en futuras demandas ante la Corte.

16 Caso comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay (sentencia 24/08/2010), párrafos 174 y 182; Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (sentencia 27/06/2012), párrafo 232;

17 Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador (sentencia 27/06/2012), párrafo 271; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay (sentencia 29/03/2006), párrafo 178.

18 Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala (sentencia 04/09/2012), párrafos 153-165.

Por fin, quedan por ser exploradas las posibilidades de aplicación de la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, aprobada en 2016 en la OEA, que como visto, ha tratado la materia de forma bastante novedosa y clara.

REFERENCIAS

ALBA, Luis Alfonso De. The Human Rights Council's adoption of the United Nations Declaration on the rights of Indigenous Peoples. In: CHARTERS, Claire; STAVENHAGEN, Rodolfo (Eds.). **Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples**. Copenhagen: IWGIA, 2009.

ANAYA, S James. **Indigenous peoples in international law**. Oxford; New York: Oxford university press, 2004.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. **Metafísicas caníbales**: líneas de antropología postestructural. Madrid; Buenos Aires: Katz Editores, 2010.

CASTRO, Eduardo Viveiros de. Perspectivismo e multinaturalismo na América indígena. In: CASTRO, Eduardo Viveiros de (Ed.). **A Inconstância da Alma Selvagem e outros ensaios de antropologia**. [S.l.]: Cosac & Naify, 2013.

CDI. **Informe final de la Consulta sobre Lugares Sagrados del Pueblo Wixarika**. Ciudad de México: [s.n.], 2010. Disponível em: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/37010/informe_consulta_lugares_sagrados_wixarika_cdi.pdf. Acesso em: 28 jun. 2021.

CIDH. **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, 1948.



CORTE IDH. **Caso Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay.** Sentencia de 17 de junio de 2005. (*Fondo, Reparaciones y Costas*). Serie C no 125. . [S.l: s.n.]. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf. Acceso em: 28 jun. 2021.

CORTE IDH. **Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua.** Sentencia de 31 de agosto de 2001 (*Fondo, Reparaciones y Costas*) (Ser. C) No. 79 (2001) . [S.l: s.n.]. Disponible em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_79_esp.pdf. Acceso em: 28 jun. 2021.

EARTHJUSTICE. **Litigación sobre Standing Rock:** sobre la demanda legal contra el Oleoducto Dakota Access por parte de la Tribu Sioux Standing Rock. 2016. Disponible em: <http://earthjustice.org/features/preguntas-frecuentes-sobre-litigaci-n-sobre-standing-rock>. Acceso em: 28 jun. 2021.

LATOUR, Bruno. **Nunca fuimos modernos : ensayo de antropología simétrica.** Buenos Aires, Argentina: Siglo Veintiuno Editores, 2012.

OEA. A-52: **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos n materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales** (Protocolo de San Salvador). 1999.

OEA. **Carta de la Organización de los Estados Americanos**, 1948.

OEA. **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica), 1969.

STOLL, Mark. **Inherit the holy mountain:** religion and the rise of American environmentalism. New York: Oxford University Press, 2015.

Tendências da cooperação internacional e a efetividade do direito ao desenvolvimento no âmbito das Nações Unidas

Trends of international cooperation and the effectiveness of the right to development in the United Nations

**DEILTON RIBEIRO BRASIL
LEONARDO ALEXANDRE TADEU CONSTANT DE OLIVEIRA
STÉPHANIE NATHANAEL LEMOS**

Resumo

Após a Segunda Guerra Mundial, a comunidade internacional optou pelo desenvolvimento econômico como objetivo mundial, surgindo daí a necessidade de cooperação internacional. A Organização das Nações Unidas (ONU) desde sua criação é a protagonista das relações internacionais objetivando a paz e fomentando a cooperação entre os povos. A inspiração no modelo desenvolvimentista aliada à Guerra Fria fez com que a cooperação internacional se baseasse sob o pilar econômico aliado à geopolítica.



A cooperação internacional possui duas formas básicas, quais sejam, a tradicional e a moderna, e uma forma híbrida a triangular. A partir da análise da forma de cooperação se verifica a propensão dos Estados ao efetivo desenvolvimento ou ao assistencialismo. A metodologia utilizada foi a da pesquisa indutivo-dedutiva pelo método teórico-bibliográfico e documental, valendo-se do procedimento analítico, histórico e comparativo.

Palavras-chave: Cooperação Internacional. Organização das Nações Unidas (ONU). Desenvolvimento Econômico. Tipos de Cooperação. Relações Internacionais.

Abstract

After World War II, the international community opted for economic development as a global objective, and hence the need for international cooperation. The UN since its creation is the protagonist of international relations with a view to peace and fostering cooperation among peoples. The inspiration in the development model allied to the Cold War made international cooperation based on the economic pillar allied with geopolitics. International cooperation has two basic forms, the traditional and the modern, and a hybrid to triangular form. From the analysis of the form of cooperation the tendency of the States to the effective development or the assistance is verified. The methodology used was that of the inductive-deductive research using the theoretical-bibliographic and documentary method, using the analytical, historical and comparative procedure.

Keywords: International Cooperation. United Nations (UN) Economic Development. Types of Cooperation. International Relations.

INTRODUÇÃO

A criação da Organização das Nações Unidas (ONU), ao fim da Segunda Guerra Mundial, ocorreu sob uma expectativa de esforço pela paz e garantia dos direitos humanos, especialmente quando revelado todo o horror daquele conflito, de forma a consolidar uma posição de defesa ampla dos direitos humanos baseada no desenvolvimento dos países.

As Nações Unidas foram o grande motivador para que a política internacional transpusesse para o desenvolvimento econômico os esforços da comunidade internacional que antes eram voltados à conquista de impérios territoriais e monopólios. Dessa forma, a comunidade internacional envidaria esforços pela paz e pela difusão do desenvolvimento das nações e dos povos. A inspiração para este modelo desenvolvimentista é, sem dúvida, a reconstrução europeia e o sucesso do Plano Marshall.

Dessarte, a Organização das Nações Unidas buscou promover nestes moldes práticos os governos mundiais, objetivando o desenvolvimento econômico exercitado de forma pacífica, especificando na própria legislação internacional a cooperação como forma de desenvolvimento econômico e posteriormente sustentabilidade.

Antes, deve-se destacar que a descolonização dos impérios europeus produziu uma séria de novos países na Ásia e na África, que somados à América Latina, ainda em desenvolvimento, formaram um bloco de nações carentes e ansiosas pelo desenvolvimento. Isso aconteceu num contexto de polaridade mundial entre Capitalismo e Comunismo, gerando o fenômeno do alinhamento, que acabou por modelar os modos de cooperação internacional. A Organização das Nações Unidas passou a ministrar a paz como fomento ao desenvolvimento, paralelamente à Guerra Fria.



O fim da Guerra Fria e a posterior globalização produziram efeitos na cooperação internacional, especialmente a partir do direito ao desenvolvimento, que contrapôs sul e norte globais, evidenciando em nível dos Estados a flagrante discrepância entre as possibilidades de ricos e pobres. A efetividade do desenvolvimento depende da cooperação, especialmente que esta seja feita de forma cooperativa, e não pela caridade, como tem se revelado.

Este artigo buscou demonstrar como a posição desenvolvimentista da Organização das Nações Unidas influenciou no desenvolvimento efetivo dos Estados, destacando os tipos praticados de cooperação internacional para o desenvolvimento como referências a este processo, aos seus avanços e retrocessos, valendo-se das formas efetivas de relações cooperativas entre os países, especialmente com base na sua horizontalidade ou verticalidade, devidamente caracterizadas no decurso dos anos de protagonismo da Organização das Nações Unidas e suas deliberações.

1. METODOLOGIA

A presente pesquisa foi realizada por método teórico-bibliográfico do tema cooperação internacional para o desenvolvimento, com a análise de artigos e livros sobre o tema. Também foi usada a pesquisa documental, com análise de documentos da Organização das Nações Unidas a respeito dos temas *Desenvolvimento e Cooperação Internacional*.

Com vista a contextualizar e expor cronologicamente o tema, utilizaram-se o procedimento analítico-histórico, para expor o tema e verificar os objetivos traçados a partir da legislação internacional no âmbito da Organização das Nações Unidas, e o procedimento analítico interpretativo.

[Ir para o índice](#)

A pesquisa também se valeu do método dedutivo-indutivo a partir dos ideais preconizados e convencionados no âmbito internacional entre os estados para se chegar aos resultados cooperativos que refletissem efetividade no desenvolvimento.

Posteriormente, verificaram-se os efeitos práticos da execução dos objetivos a partir das previsões das Convenções e seus resultados, apon-tados no próprio referencial teórico, e também a partir da análise das posições demonstradas nas Convenções pela Comunidade Internacional.

Assim, dividiu-se a posição da comunidade internacional em três fa-ses: o período imediatamente pós-guerra até o fim da guerra fria e o período posterior à guerra fria, com a afirmação do direito ao desenvolvi-mento e consolidação da chamada globalização econômica, destacando os avanços e retrocessos baseados nas formas adotadas pela doutrina de classificação da cooperação.

Optou-se por utilizar a cronologia da própria Organização das Nações Unidas em seus documentos e convenções, dado ser esta o agente pro-pulsor da cooperação internacional e do desenvolvimento. Procurou-se aliar este histórico à pesquisa interpretativa do acervo de Resoluções e Convenções da Organização das Nações Unidas, promovendo uma análi-se crítica do tema *Cooperação Internacional à Luz desta Legislação*.

A pesquisa também abordou, por meio do método comparativo, os diversos modelos de cooperação, com vista a identificar qual o mais ade-quado à consecução do desenvolvimento global de forma pacífica, en-tendendo os Direitos Humanos como pano de fundo para a medida. Ao final, foram apontadas algumas considerações a respeito dos temas abor-dados a partir do referencial teórico, especialmente por compromissos assumidos pelos Estados no âmbito da Organização das Nações Unidas.



2. A CRIAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS E A OPÇÃO PELO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E O FOMENTO À COOPERAÇÃO ENTRE OS POVOS

A criação de uma nova ordem mundial, estabelecida após a paz de 1945 pela Organização das Nações Unidas (ONU), fez com que o desenvolvimento econômico e os Direitos Humanos fossem um novo paradigma das relações humanas e internacionais, opondo-se aos extremos atingidos naqueles conflitos.

A Organização das Nações Unidas desde então teve por objetivo precípuo a manutenção da paz entre as nações e o desenvolvimento como meio de preservá-la. A comunidade internacional verificou que a paz seria edificada sobre uma construção econômica, por meio da busca pelos países da elevação dos níveis de desenvolvimento, especialmente fomentada pela Organização das Nações Unidas por meios pacíficos de cooperação.

As organizações como a Organização das Nações Unidas almejam objetivos comuns dos Estados, que não poderiam ser satisfatoriamente atingidos sem a união destes dentro de um novo quadro organizacional que implicasse cessão de parte de suas competências funcionais às organizações criadas por acordo mútuo, para agir em seu nome¹.

O primeiro ato de cooperação internacional para desenvolvimento foi o Plano Marshall para a reconstrução da Europa, ao fim da Segunda Guerra Mundial. Baseado em empréstimos bancários norte-americanos

¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 597

tinha por objetivo a reconstrução das estruturas industriais europeias após a guerra, e foi um sucesso².

A reconstrução europeia serviu para o pagamento dos esforços de guerra dos aliados e para resguardar o mundo capitalista da ameaça comunista, e a cooperação apresentava um ingrediente político e ideológico sob uma base fundamentalmente econômica, que se propagou por todo o mundo na chamada Guerra Fria.

A Organização das Nações Unidas surge já com um grande desafio, pois a maciça descolonização dos impérios europeus da África e Ásia, nas décadas 1950-1960, representou o surgimento de diversas nações novas, extremamente carentes. Como a maioria das relações internacionais envolvia interesses políticos, as primeiras relações de cooperação internacional surgiram por meio de ajuda financeira dada pelas antigas potências coloniais europeias às suas antigas colônias da África e Ásia, naquilo que se caracterizou como a primeira cooperação para desenvolvimento.

Os países originários da descolonização também estavam sujeitos à polaridade Leste-Oeste, que marcou a guerra fria, sendo assediados pelos Estados Unidos da América (EUA) e pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), com “ajuda” financeira em troca de comprometimento político-militar.

Esse tipo de cooperação internacional, tida como norte-sul ou “tradicional”, é caracterizada pela doação e por vias transversas, implicava um alinhamento da aplicação do donativo com ingerência velada do doador,

2 SANTOS, Claire Gomes dos. CARRION, Rosinha da Silva Machado. **Sobre a governança da cooperação internacional para o desenvolvimento**: atores, propósitos e perspectivas. Rio de Janeiro, Rev. Adm. Pública Vol. 45 Nº 6 nov./dez. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 set. 2016.



bem como o seu alinhamento político-militar. Não há horizontalidade, e sim verticalidade, com um dos parceiros em condição mais favorável que o outro, com caráter de caridade e ausência de transferência de tecnologia³.

Dessa forma, a cooperação internacional para o desenvolvimento se iniciou num mundo claramente dividido entre países capitalistas europeus capitaneados pelos Estados Unidos da América e países comunistas europeus liderados pela União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e os demais países, denominados de 3º mundo, a maioria em amplo processo de construção de suas estruturas.

A posição da Organização das Nações Unidas de fomento ao desenvolvimento modelou a integração entre as nações e já nos anos de 1960 a cooperação internacional restou estabelecida num padrão norte-sul. Os países-membros do Comitê de Assistência ao Desenvolvimento (CAD) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) se estabeleceram como os doadores tradicionais, sendo os receptores os países do chamado terceiro mundo⁴.

É importante frisar que toda uma sistemática visando justificar a matriz econômica foi adotada: o mundo foi dividido em países desenvolvidos e subdesenvolvidos e foram criados indicadores como o Produto Interno Bruto (PIB) para aferir quão desenvolvida seria uma nação. O sistema da Organização das Nações Unidas, notadamente o Fundo Monetário Internacional (FMI) contribuiu com seus estudos para que fosse respeitada a meta desenvolvimentista.

3 SÁNCHEZ, Erick Román. **Cooperación y desarrollo**: nueve preguntas sobre el tema. Burgos: Amycos, 2002. p. 36.

4 SOUZA, André de Mello e. **Repensando a cooperação internacional para o desenvolvimento**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA, 2014. p. 48.

A cooperação norte-sul ou tradicional para o desenvolvimento tinha matriz estritamente econômica, baseada na política de estruturação industrial, crescimento de riqueza e desenvolvimento econômico, e utilizava do pretense discurso de liberdade do capitalismo para acrescer os países nas fileiras desse sistema em troca de empréstimos e ajuda econômica.

Apesar das pressões, muitos dos países subdesenvolvidos não se sentiam comprometidos com nenhum lado (capitalista ou comunista) e lançaram o Bloco dos países não alinhados, após a Conferência de Bandung, em 1961. Estes países, espelhados na experiência cooperativa do sudoeste asiático iniciam a sua própria forma de cooperação internacional para o desenvolvimento, que remete a acordos locais entre países vizinhos ou mesmo ideologicamente⁵.

Surge daí a cooperação “moderna” que seria caracterizada pela horizontalidade e intercâmbio tecnológico, que envolvia países que, a despeito do seu “subdesenvolvimento”, intercambiavam conhecimentos técnicos e ajuda mútua, e seria o modelo de cooperação adequado ao desenvolvimento, pois se pautava na assistência mútua e ganhos mútuos, num conceito não indulgente⁶.

Os países subdesenvolvidos tinham a exata dimensão da cooperação necessária, em detrimento da “ajuda” que vinham recebendo, e começaram a lutar por uma cooperação técnica e científica ao invés das doações e empréstimos e seus encargos. Essa forma de cooperação seria a ideal, sendo emblemático o discurso do líder Chinês Zhou Enlai em Acra, Gana,

5 MILANI, Carlos. **Cooperação sul-sul e política externa: Brasil e China no continente Africano**. 2013. Disponível em: <http://fes.org.br/brasilnomundo/wp-content/uploads/2014/06/milani-estudosinternacionais-2.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

6 SÁNCHEZ, Erick Román. **Cooperación y Desarrollo: nueve preguntas sobre el tema**. Burgos: Amycos, 2002. p. 37.



1964, que asseverou que “o governo chinês baseava-se na igualdade e no benefício mútuo e nunca a contemplava como ação assistencial”, nas suas ações cooperativas⁷.

Ainda que parcialmente limitada pela falta de tecnologia e recursos, pode-se afirmar que na década de 1970 se consolidou a denominada cooperação internacional para o desenvolvimento moderna, e a Organização das Nações Unidas, de certa forma, contribuiu para esse êxito, patrocinando encontros e Convenções e assegurando Declarações, por sua Assembleia Geral, com a Declaração do Direito ao Desenvolvimento, já em 1986.

Assim, a despeito do ideário desenvolvimentista idealizado pela Organização das Nações Unidas, baseado na concepção política, econômica e social da América do Norte e Europa, representado pela cooperação econômica norte-sul ou tradicional, havia sido criada a cooperação sul-sul moderna, lastrada no intercâmbio dos países tidos por não desenvolvidos, a primeira de cunho indulgente e geopoliticamente concebida e a segunda paritária e efetivamente desenvolvimentista, na medida do que fosse possível⁸.

3. A COOPERAÇÃO INTERNACIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO ATUAL: ENTRE A COOPERAÇÃO TRADICIONAL E A MODERNA

A cooperação e o desenvolvimento sempre foram os temas centrais das Nações Unidas, sendo de destacar a inserção após a Conferência de Esto-

7 SOUZA, André de Mello e. **Repensando a cooperação internacional para o desenvolvimento**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA, 2014. p. 98.

8 MILANI, Carlos. **Cooperação sul-sul e política externa: Brasil e China no continente Africano**. 2013. Disponível em: <http://fes.org.br/brasilnomundo/wp-content/uploads/2014/06/milani-estudosinternacionais-2.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

colmo, de 1972, da sustentabilidade no desenvolvimento, que alçou ao protagonismo a questão ambiental amplamente discutida na década de 1960.

A Convenção, de 1972, em Estocolmo, marca a construção histórica do desenvolvimento sustentável, e em todos os documentos posteriores se verifica uma base cooperativa internacional como recurso executivo às pretensões dos seus acordos, conforme se depreende dos textos das Convenções.

De fato, a construção das Nações Unidas é baseada em Estados soberanos, e mais do que os próprios objetivos, o destaque à soberania e à autodeterminação dos povos é um imperativo mundial. Dessa forma, baseia-se na cooperação internacional a execução desses objetivos, ainda que os Estados dependam uns dos outros em toda sua exequibilidade.

Desse modo, a cooperação internacional para o desenvolvimento agora sustentável surgiria pela dupla necessidade (desenvolvimento e sustentabilidade). Os Estados deveriam cooperar de forma a criar um sistema econômico internacional aberto e favorável a ambos os temas, mas de início a questão ambiental provocou um travamento nas relações entre os Estados Desenvolvidos do Norte e os Subdesenvolvidos do Sul.

De fato, as relações de cooperação tradicional norte-sul passaram por uma crise até o reconhecimento do direito ao desenvolvimento, em 1986, na Declaração da ONU, que marcou o fim de um receio dos países não desenvolvidos de não poder se valer de seus recursos naturais para promoção de seus objetivos de melhoria econômica e social.

Paralelamente, os resultados da cooperação sul-sul foram elevados, conforme destacado, o que denota a aptidão das nações a criarem parcerias mesmo entre países teoricamente carentes de tecnologia, de forma a partilhar a técnica que possuem, a despeito de serem amparados pelos



países desenvolvidos. A forma de cooperação sul-sul é a cooperação real, pois cria um laço de horizontalidade entre as partes, e não de dependência vertical, com uma dose elevada de submissão.

Cumprе destacar que a partir da Convenção do Rio, de 1992, a proposta da Organização das Nações Unidas seria tornar a sustentabilidade o ponto de partida da construção do desenvolvimento, especialmente a partir de um cooperativismo internacional compromissado com o desenvolvimento ambiental, centrado nas metas da Agenda 21, integrando definitivamente a sustentabilidade ao desenvolvimento.

Endossando esse entendimento de cooperação para o desenvolvimento, agora sustentável, tem-se a ratificação dos princípios da Convenção, de 1972, demonstrada nos 27 princípios sobre desenvolvimento e meio ambiente da Convenção do Rio, de 1992, especificamente no princípio número 07 desta Declaração, no qual os Estados desenvolvidos reconhecem suas responsabilidades com o desenvolvimento de todos, bem como os Estados menos desenvolvidos reconhecem a forma de desenvolver em respeito ao meio ambiente.

Desse modo, reconheceu-se que somente com a implantação da cooperação internacional seria possível o efetivo desenvolvimento sustentável. Destaque-se que a cooperação internacional está prevista nos princípios das duas convenções (1972 e 1992, sendo consagrados na Convenção, de 2012), conforme destacado alhures, sendo o agente efetivo do desenvolvimento sustentável, ao lado das premissas estabelecidas nos compromissos assumidos pelos Estados para suas legislações internas.

A disposição da sustentabilidade nas declarações internacionais denota que a cooperação é imprescindível para o desenvolvimento, mas sob a forma correta. Nesse sentido, foi expressamente disposta na Declaração

[Ir para o índice](#)

do Milênio de 2000⁹ a cooperação como ferramenta para o desenvolvimento, especialmente destacada em pelo menos dois dos seus objetivos:

Objetivo 8- Estabelecer uma parceria mundial para o desenvolvimento. Que compreende as seguintes metas- 12. Continuar a desenvolver um sistema comercial e financeiro multilateral aberto, baseado em regras, previsível e não discriminatório; 13. Satisfazer as necessidades especiais dos Países Menos Avançados; 14. Satisfazer as necessidades especiais dos países sem litoral e dos pequenos Estados insulares em desenvolvimento; 15. Tratar de forma integrada o problema da dívida dos países em desenvolvimento, através de medidas nacionais e internacionais, por forma a tornar a sua dívida sustentável a longo prazo; 16. Em cooperação com os países em desenvolvimento, formular e aplicar estratégias que proporcionem aos jovens trabalho condigno e produtivo; 17. Em cooperação com as empresas farmacêuticas, proporcionar o acesso a medicamentos essenciais a preços acessíveis, aos países em desenvolvimento e; 18. Em cooperação com o setor privado, tornar acessíveis os benefícios das novas tecnologias, em especial das tecnologias de informação e comunicação.

Dessa forma, a cooperação internacional sempre foi tida como fundamental para o desenvolvimento, mas suas formas de ação não são especificadas pela Organização das Nações Unidas quando das suas Convenções. Efetivamente de seus Documentos não há diretivas capazes de

9 KINOSHITA, Fernando. Breves considerações sobre o pilar ambiental e sua crescente inserção na cooperação internacional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?nlink=revista_artigos_leitura&artigo_id=8794. Acesso em: 15 nov. 2016.



determinar os tipos cooperativos a serem utilizados (tradicional ou moderna), de forma que a atuação depende das circunstâncias políticas que envolvem os Estados e suas opções.

Convém destacar que a cooperação internacional possui ao menos dois tipos distintos de acordo com a Doutrina, que a classifica em cooperação tradicional e cooperação moderna, além de um terceiro tipo, mais recente, denominado triangular¹⁰ que vem sendo destacado a partir do surgimento de países emergentes.

Fala-se ainda em cooperação norte-sul e cooperação sul-sul, respectivamente uma classificação atrelada à cooperação para o desenvolvimento que associa a cooperação tradicional como norte (países desenvolvidos doadores do norte global¹¹) e sul (países subdesenvolvidos do sul global), de caráter assistencialista num contraponto com a cooperação sul-sul, que é a cooperação paritária no sentido de obter benefícios mútuos entre países do sul global¹².

A divisão proposta pela doutrina em duas formas de cooperação (tradicional e moderna) permite uma análise do quão comprometido está

10 A Cooperação triangular é aquela na qual dois estados praticam a cooperação sul-sul e um terceiro estado ou mesmo uma organização internacional participa como fomentador. Cf. AYLLÓN PINO, Bruno. A cooperação triangular e as transformações da cooperação internacional para o desenvolvimento, 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1589/1/TD_1845.pdf. Acesso em: 16 nov. 2016.

11 As definições de Norte e Sul globais são definições contemporâneas que visam reunir os espaços dos países tidos por desenvolvidos, quase todos situados no Norte, à exceção da Austrália e da Nova Zelândia, nomeados como Norte Global distinguindo-se dos subdesenvolvidos, denominados como Sul global. Cf. SOUZA, André de Mello e. **Repensando a cooperação para o desenvolvimento**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada- IPEA 2014. p. 57.

12 SÁNCHEZ, Erick Román. **Cooperación y Desarrollo: nueve preguntas sobre el tema**. Burgos: Amycos, 2002. p. 39.

um Estado em relação ao outro na relação. Assim, um posicionamento da Organização das Nações Unidas a uma destas formas de cooperação denotaria a sua posição perante todo o sistema internacional, passando a estabelecer uma forma de cooperação aceite em nível global como ideal, inclusive como objetivo fixado numa eventual de Convenção.

A cooperação tradicional possui caráter assistencialista e, na maioria dos casos, se revela importante em situações extremas nas quais um Estado passa por problemas extremos e recebe auxílio inicial de outro Estado, o doador. Essa “ajuda” produz efeitos benéficos num curto prazo, mas seu histórico demonstra melhora nos efeitos da situação extrema, mas as causas dos problemas geralmente persistem¹³.

O modelo cooperativo tradicional não coloca os Estados em nível paritário, o que coloca o Estado recebedor em situação de dependência em relação ao Estado doador, o que pode gerar situações geopolíticas controversas.

Dessa forma, o desenvolvimento a partir do modelo de cooperação tradicional seria prejudicado, uma vez que o envolvimento das partes redundaria invariavelmente em doação, assistência, empréstimo. O modelo de cooperação moderna, ao contrário, se caracteriza pela paridade dos Estados e pela transferência de tecnologia, mão de obra especializada, treinamento.

Criado a partir da experiência de países paritários, baseia-se na igualdade, e os resultados são obtidos por meio de atividades duradouras, normalmente lastreadas operações técnicas aliadas às financeiras.

A partir da cooperação, a implementação do desenvolvimento é uma necessidade holística, que abrange não só o desenvolvimento econômico

13 SOUZA, André de Mello e. **Repensando a cooperação internacional para o desenvolvimento**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, 2014. p. 71.



co, mas também a sustentabilidade e ainda os objetivos sociais, estes últimos facilmente atrelados à faceta da cooperação tradicional.

Dessarte, as parcerias horizontais que marcam a cooperação moderna são capazes de produzir efeitos permanentes, sendo um modelo volitivo e verdadeiro de cooperação. Já a cooperação norte-sul tradicional pode oferecer conceitualmente ajuda e resultados rápidos; porém, não pode se estabelecer de forma permanente, tampouco logra efeitos de longo prazo, sendo mais um incentivo a manter-se o *status quo* de não desenvolvimento e dependência.

As Nações Unidas, em seu sistema decisório, são dotadas de limitado poder ante a soberania dos países e no que se refere à cooperação internacional, mas das suas decisões colegiadas emanam decisões que orientam os objetivos a serem alcançados, e estes vêm sendo alterados à medida que a economia mundial se altera.

Dessa forma, parece ser mais acertado ser o incentivo a cooperação moderna, especialmente para a dar efetividade do desenvolvimento sustentável, em que pese não se poder afirmar que as convenções da Organização das Nações Unidas se referem especificamente a este tipo cooperativo. Tampouco se verifica que o tipo moderno de cooperação tenha sido adotado, sendo de destacar talvez o contrário, especialmente após a virada do milênio, com a inserção dos objetivos sociais no desenvolvimento, de certa forma desviando o foco do desenvolvimento para a implementação de políticas públicas baseadas em assistencialismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das Declarações e Convenções da Organização das Nações Unidas, verifica-se que o desenvolvimento sustentável já esteve em melhor situação, pois não se chegou a implementação efetiva de intercâmbio de tecnologia que pudesse acrescer a sustentabilidade ao desenvolvimento econômico e social dos países em desenvolvimento, apesar de se ter chegado num limite razoável de planejamento e constatada a urgência em sua implementação, bem como se tivesse o meio para a efetivação que seria a cooperação moderna.

O que se observou, contudo, é que a cooperação para o desenvolvimento não seria efetivada da forma moderna, mas sim da forma tradicional, muito pela reserva dos países desenvolvidos de suas tecnologias e pela própria reserva de mercado ante as crises provocadas pela globalização e até mesmo pela geopolítica.

A cooperação possui duas formas básicas, a tradicional e a moderna, sendo a última realmente adequada no sentido de efetivar o desenvolvimento sustentável, pois atende à transferência de tecnologia e planejamento necessários, com efeitos duradouros, a partir da consideração da paridade dos Estados.

A partir dos textos das Convenções da Organização das Nações Unidas, verifica-se que a cooperação internacional é fundamental para efetivação do desenvolvimento, da sustentabilidade e dos objetivos da comunidade internacional. Porém, a cooperação ali aludida somente pode ser a cooperação moderna e paritária, que devido à própria estrutura da Organização das Nações Unidas, voltada para o viés econômico do desenvolvimento, não a estimula.



Assim, apesar de presente nos textos das Declarações, a cooperação internacional não refletiu o necessário aumento de cooperação pelo modelo cooperativo moderno, sendo observada a prevalência do modelo cooperativo tradicional em volume de recursos, que é inadequado à efetividade do desenvolvimento sustentável¹⁴. O indicativo dessa priorização de recursos é um aumento da dependência econômica e atraso no desenvolvimento dos países, dada a falta de cooperação tecnológica.

Os referidos pressupostos implicam que a cooperação internacional moderna entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento deve ser privilegiada de forma a fomentar a transferência de tecnologia, sendo a Organização das Nações Unidas o principal fomentador dessa forma cooperativa, como agente intergovernamental prevalente.

Tal fato se explica por diversos fatores, mas cabe destacar alguns, a começar pela própria incongruência entre as Declarações e os atos dos países desenvolvidos, que não costumam cooperar, e sim ajudar os países em desenvolvimento, conceito este pouco adequado ao desenvolvimento sustentável, que depende do esforço dos países desenvolvidos em prol dos países em desenvolvimento, conforme reconhecido por estes em Convenção.

Conforme se depreende de toda a evolução histórica, a cooperação internacional foi influenciada de forma decisiva pela política internacional desde sua promoção para o desenvolvimento. Podem se destacar alguns pontos associando-se o histórico político internacional com a implementação da cooperação moderna ou tradicional, uma vez que os Estados efetivamente optam em suas políticas internacionais pela forma cooperativa que mais lhes convém ou que lhes é imposta ou necessária.

14 SOUZA, André de Mello e. **Repensando a cooperação internacional para o desenvolvimento**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, 2014. p. 79.

Dessa forma, destaca-se que, durante a guerra fria, o alinhamento marcou a forma de cooperação tradicional, mantendo os países em seu estado de desenvolvimento, numa política de cooperação tradicional, sobretudo apenas pelos países não alinhados e pela formação de blocos geograficamente isolados, como o sudeste asiático, os quais praticaram a cooperação verdadeira e horizontal.

Após a guerra fria, a globalização econômica produziu efeito reverso e trouxe a cooperação tradicional a elevados patamares, especialmente pela crise econômica. Nem mesmo a formação de blocos econômicos regionais foi capaz de incentivar a cooperação moderna, já que, nos países que mais necessitam desta, as crises de Estado são mais sentidas, e a ajuda pela cooperação tradicional mais necessária ou mesmo indispensável.

Há um grande desafio na comunidade internacional que é a implantação do desenvolvimento em escala global, que não pode ser tratado de forma diversa da condição de direito humano, tanto do indivíduo como dos Estados enquanto entes sociais. Dessa forma, a cooperação tradicional, por mais necessária que seja, deve ser estimulada em detrimento da efetiva cooperação moderna, praticada de forma horizontal, e capaz de promover o devido desenvolvimento entre os Estados. A cooperação moderna entre Estados desenvolvidos e Estados não desenvolvidos é um primeiro e decisivo passo rumo à efetiva garantia dos direitos humanos e o primado da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AYLLÓN PINO, Bruno. **A cooperação triangular e as transformações da cooperação internacional para o desenvolvimento**, 2013. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/1589/1/TD_1845.pdf. Acesso em: 16 nov. 2016.



KINOSHITA, Fernando. Breves considerações sobre o pilar ambiental e sua crescente inserção na cooperação internacional. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIII, n. 80, out. 2010. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8794. Acesso em: 15 nov. 2016.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MILANI, Carlos. **Cooperação sul-sul e política externa: Brasil e China no continente Africano**. 2013. Disponível em: <http://fes.org.br/brasilno-mundo/wp-content/uploads/2014/06/milani-estudosinternacionais-2.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2016.

SÁNCHEZ, Erick Román. **Cooperación y Desarrollo: nueve preguntas sobre el tema**. Burgos: Amycos, 2002.

SANTOS, Claire Gomes dos. CARRION, Rosinha da Silva Machado. Sobre a governança da cooperação internacional para o desenvolvimento: atores, propósitos e perspectivas. **Rev. Adm. Pública**. Rio de Janeiro, v. 45, n. 6 nov./dec. 2011. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122011000600011&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 15 set. 2016.

SOUZA, André de Mello e. **Repensando a cooperação internacional para o desenvolvimento**. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada IPEA, 2014.

Poder de Polícia e da Polícia na faixa de fronteira do Brasil: ação conjunta programada ou indefinição de competências ambientais?

Police Power and of the Police in the border of Brazil: programmed joint action or undefinition of competence?

BRUNO COSTA MARINHO
RAFAEL COSTA MARINHO
ERIVALDO CAVALCANTI E SILVA FILHO

Resumo¹

O poder de polícia muitas vezes é confundido com as atribuições delegadas aos agentes de polícia. Tal confusão se potencializa quando se trata

1 Trata-se de uma composição derivada da dissertação de mestrado intitulada “Principais obstáculos no combate aos crimes ambientais no Rio Javari, na fronteira entre o Brasil e o Peru”, apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas.



do poder de polícia ambiental, quando as atribuições dos órgãos policiais que estão adstritas ao combate aos delitos ambientais acabam invadindo a competência administrativa da atividade. Para tal, serão verificadas as competências da Polícia Federal, Forças Armadas, Força Nacional de Segurança Pública, Guarda Ambiental Nacional, Corpo de Guarda-Parques, Polícias Civis e Militares e Órgãos Ambientais Federais e Estaduais. No presente trabalho, será apresentado o poder de polícia ambiental e analisado de que forma os órgãos com essa competência agem na região da Faixa de Fronteira do Brasil.

Palavras-chave: Poder de Polícia; Polícia Ambiental; Meio Ambiente; Faixa de Fronteira; Crimes Ambientais.

Abstract

Police power is often confused with attributions delegated to police officers. Such confusion becomes more potent when it comes to environmental police power, when the attributions of police agencies that are attached to the fight against environmental crimes end up invading the administrative competence of the activity. To this end, the competencies of the Federal Police, Armed Forces, National Public Security Force, National Environmental Guard, Park Guard Corps, civil and military police and federal and state environmental agencies will be verified. In the present paper the environmental police power will be presented and analyzed how the organs with this competence act in the region of the Brazilian Border.

Keywords: *Police Power; Environment Police; Environment; Border Band; Environmental Crimes.*

INTRODUÇÃO

Os abusos contra o meio ambiente são cometidos desde as primeiras expedições ao território brasileiro, ainda na época em que se configurava em colônia de Portugal, quando vários animais ou recursos vegetais foram levados para outros países. Em trecho de carta do Padre Antônio Vieira à D. Pedro II, de Portugal, em 1660, é relatado que todos os anos eram levados para a Holanda mais de vinte navios com peixes-boi oriundos do Brasil².

O tráfico de espécies amazônicas ocorria na forma de expedições de coletas, maquiadas de expedições científicas, nas quais estavam presentes os naturalistas que pretendiam coletar o maior número possível de amostras de animais e plantas das mais variadas espécies, a fim de vendê-los no retorno para seus países³.

O próprio nome do País deriva de uma madeira (pau-brasil) a qual, de tanto ser extraída para abastecer o comércio europeu, quase chegou à extinção, tornando-se um dos principais exemplos de exploração dos recursos naturais brasileiros.

Diferente dos tempos coloniais, em que o escoamento dos recursos se dava basicamente pelas fronteiras marítimas, atualmente grande parte dessa atividade se dá pelas fronteiras terrestres do Brasil, na região conhecida como faixa de fronteira.

No presente artigo serão apresentadas as características da faixa de fronteira brasileira e os órgãos com poder de polícia ambiental na região,

2 MEIRELLES FILHO, João. **Grandes expedições à Amazônia brasileira: 1500-1930**. São Paulo: Metalivros, 2009. p. 49.

3 MEIRELLES FILHO, João. **Grandes expedições à Amazônia brasileira: 1500-1930**. São Paulo: Metalivros, 2009. p. 112.



verificando se a atual estrutura existente no País propicia o enfrentamento adequado aos crimes ambientais.

1. FAIXA DE FRONTEIRA

A primeira menção legal à faixa de fronteira data de 18 de setembro de 1851, por intermédio da Lei n° 601, que a delimitou pela largura de 10 léguas, a contar dos limites terrestres do Império⁴. Em 1854, foi editado o Decreto n° 1.318, do Imperador D. Pedro II, que destinava essa área para a instalação de colônias militares e previa a distribuição de terras para povoamento, pois desde aquela época já existia a preocupação acerca da baixa densidade demográfica na região⁵.

A Constituição de 1934, em seu artigo 166, a delimitou em 100 quilômetros⁶ –, e a Lei n° 2.597, de 1955 (revogada pela Lei n° 6.634), ante a ausência de regulação na Constituição, de 1946, fixou-a em 150 quilômetros⁷, medida que possui até os dias atuais, por força do artigo 20, § 2°, da Constituição⁸ e da Lei n° 6.634, de 1979⁹, que foi recepcionada pela atual Carta Magna.

Segundo a Lei n° 6.634, de 1979, a faixa de fronteira é considerada indispensável à Segurança Nacional, impondo, por este motivo, uma série de res-

4 BRASIL. **Lei n° 601, de 18 de setembro de 1850.**

5 BRASIL. **Decreto n° 1.318, de 30 de janeiro de 1854.**

6 BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934.**

7 BRASIL. **Lei n° 2.597, de 12 de setembro de 1955.**

8 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

9 BRASIL. **Lei n° 6.634, de 2 de maio de 1979.**

trições em relação ao direito real sobre essas terras, bem como sobre o exercício de certas atividades econômicas e sua titularidade por estrangeiros¹⁰.

O Brasil faz fronteira com 10 países da América do Sul, totalizando 16.886km de linhas divisórias territoriais, destes, 7.363km constituem-se de linha seca e 9.523km passam por canais, rios e lagos. A região da faixa de fronteira brasileira compreende 27% de todo o território nacional, 10 milhões de habitantes, 11 estados e 588 municípios¹¹.

2. PODER DE POLÍCIA AMBIENTAL

A respeito do poder de polícia, deve ser recordado que não é sinônimo de “poder da polícia”. Por mais que os órgãos policiais, quando atuam limitando ou disciplinando interesses pessoais em prol do coletivo, ajam amparados pelo poder de polícia, nem todos os atos oriundos do poder de polícia são praticados por policiais civis ou militares.

A legislação nacional que conceitua poder de polícia é o Código Tributário Nacional:

Art. 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades

10 BRASIL. **Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979.**

11 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2252/2015.** Plenário. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. Processo TC 021.180/2010-5. Ata 05/2012. Brasília, DF, Sessão 15/2/2012, p. 2-3.



econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos¹².

Justen Filho conceitua o poder de polícia administrativa como “a competência para disciplinar o exercício da autonomia privada para a realização de direitos fundamentais e da democracia, segundo os princípios da legalidade e da proporcionalidade”¹³.

Para Milaré, “o poder de polícia é prerrogativa da Administração Pública, que legitima a intervenção na esfera jurídica do particular em defesa de interesses maiores relevantes para a coletividade”¹⁴, sendo obrigatório que seus contornos sejam fundados e disciplinados em lei.

Nas lições de Machado, o poder de polícia ambiental pode ser assim definido:

Poder de polícia ambiental é a atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/ permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza¹⁵.

12 BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional.

13 JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 575.

14 MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 341.

15 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 384.

Para Antunes o “conceito de polícia do meio ambiente é, essencialmente, um conceito jurídico-administrativo que se referencia à atuação dos órgãos ambientais e à função de fiscalização e controle por eles exercidos”¹⁶. Para o autor, o fato de os crimes ambientais se confundirem com os ilícitos administrativos faz com que a polícia judiciária tente substituir os órgãos de controle ambiental.

A crítica de Antunes acerca da substituição de órgãos de controle ambiental pela polícia judiciária é pertinente, uma vez que os órgãos policiais não têm competência legal para realizar as atividades fiscalizatórias reservadas aos órgãos ambientais, em relação aos aspectos administrativos dessa fiscalização, ficando apenas com a função de combater os crimes ambientais e/ou trabalhar em conjunto com os órgãos ambientais para prover segurança a seus agentes.

Nesse sentido, deve ficar claro que, ao revistar uma embarcação ou veículo, o agente do órgão de segurança pública não o faz na qualidade de agente de órgão ambiental, mas sim como polícia administrativa ou judiciária. No entanto, durante essa atividade, caso seja verificada a ocorrência de um crime ambiental, ao prender os criminosos ele agirá dentro de suas atribuições legais. O que fica vedado ao policial, mesmo nesse caso hipotético, é a aplicação de qualquer sanção administrativa, por falta de competência legal.

Para isso, é importante diferenciar as atividades de fiscalização ambiental das atividades típicas de polícia, a fim de verificar quem possui competência para atuar em cada um dos casos.

16 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 164.



Nos casos de fiscalização de cunho ambiental, a competência legal fica atribuída aos órgãos ambientais federais, estaduais e municipais, cabendo a seus agentes lavrar os autos de infração e iniciar os procedimentos administrativos.

Em relação ao combate aos delitos ambientais, no que tange à atuação das polícias administrativa e/ou judiciária, tendo em vista a especialidade dos delitos e se tratar de região situada na Faixa de Fronteira, possuem competência para tal os seguintes órgãos: Polícia Federal, com base no inciso III do § 1º do artigo 144 da Constituição¹⁷; Forças Armadas, com base no artigo 16-A da Lei Complementar nº 97, de 1999¹⁸; Força Nacional de Segurança Pública, fundamentada no inciso VI do artigo 2º-A do Decreto nº 5.289, de 2004¹⁹; polícias militares, com base no § 5º do artigo 144 da Constituição²⁰; Guarda Ambiental Nacional; e Corpo de Guarda Parques, os dois últimos com fundamento no Decreto nº 6.515, de 2008²¹.

Sendo assim, passaremos a analisar as instituições que possuem poder de polícia ambiental, verificando como elas atuam no combate aos crimes ambientais na região em estudo.

2.1 Atuação da Polícia Federal

A Polícia Federal tem suas atribuições determinadas na Constituição Federal, tendo como uma de suas tarefas a de exercer as funções de polí-

17 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

18 BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999**.

19 BRASIL. **Decreto nº 5.289, de 29 de novembro de 2004**.

20 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

21 BRASIL. **Decreto nº 6.515, de 22 de julho de 2008**.

cia de fronteiras, conforme previsto no inciso III do § 1º do artigo 144 da Constituição Federal de 1988²².

Por mais que a polícia das fronteiras esteja em suas atribuições, a Polícia Federal, conforme informações disponibilizadas em seu sítio eletrônico, possui apenas as seguintes unidades nos municípios dispostos na Faixa de Fronteira: Região Norte – 7 delegacias, 2 postos de controle avançados, 2 postos avançados e 1 posto de controle de fronteiras; Centro-Oeste – 4 delegacias; e Região Sul – 14 delegacias²³.

Especializando-se no combate contra os delitos ambientais, conforme uma tendência mundial dos órgãos policiais, foi criada a Divisão de Repressão a Crimes contra o Meio Ambiente (DMAPH). Consoante Franco Perazzoni, esse tipo de especialização já pode ser “observada em organismos policiais de diversos países como França (Gendarmerie), E.U.A (U.S Fish and Wildlife Service), Portugal (Guarda Nacional Republicana), Itália (Corpo Forestale dello Stato) e Alemanha (Bundeskriminalamt)”²⁴.

As atribuições da Divisão de Repressão a Crimes contra o Meio Ambiente estão contidas na Instrução Normativa nº 013, de 2005, do Departamento de Polícia Federal (DPF), em seu artigo 36, e estão afetas ao planejamento, orientação, controle e avaliação das operações policiais contra os crimes ambientais²⁵.

22 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

23 BRASIL. Departamento de Polícia Federal. **Unidades/Contatos**.

24 PERAZZONI, Franco. **SIG, Amazônia e Polícia Federal: Geointeligência no combate ao desmatamento ilegal na Amazônia**. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências e Sistemas de Informação Geográfica), 2012. p. 26.

25 BRASIL. Departamento de Polícia Federal. **Instrução Normativa nº 013, de 15 de junho de 2005**.



Já as Delegacias de Repressão a Crimes Contra o Meio Ambiente e Patrimônio Histórico têm as atribuições operacionais de combate aos delitos ambientais, atuando tanto na prevenção quanto nas investigações dos crimes porventura já cometidos, conforme previsto no artigo 219 da Instrução Normativa n° 013, de 2005, do Departamento de Polícia Federal²⁶.

Uma das estratégias que a Polícia Federal tem utilizado para combater delitos transfronteiriços, mais ligados ao tráfico de drogas – mas nada impede que se faça o mesmo em relação aos crimes ambientais – é a cooperação internacional com autoridades policiais dos países vizinhos²⁷. Segundo o Relatório de Gestão da Polícia Federal, no Vale do Rio Javari em 2014, na denominada “operação Trapézio”, foram destruídos em solo peruano, por autoridades daquele país, 34 laboratórios de processamento de pasta base de cocaína e aproximadamente 500 toneladas de produtos químicos e, em cooperação com o Paraguai, já ocorreu a erradicação da maconha nos dois países, “que impediram a produção de mais de 3.600 (três mil e seiscentas) toneladas de maconha”²⁸.

2.2 Atuação das Forças Armadas

As atribuições primordiais das Forças Armadas (FA) estão previstas na Constituição Federal, no *caput* do artigo 142: defesa da Pátria, ga-

26 BRASIL. Departamento de Polícia Federal. **Instrução Normativa n° 013, de 15 de junho de 2005.**

27 Sobre cooperação internacional ler CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio. Solidariedade e cooperação internacional na proteção do meio ambiente. In: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; CARMO, Valter Moura do. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional.** v. 2. Fortaleza: Premius, 2014, p. 82-110.

28 BRASIL. Departamento de Polícia Federal. Prestação de contas ordinária anual. **Relatório de gestão do exercício de 2014.** p.54.

rantia dos Poderes Constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, garantia da lei e da ordem²⁹.

Deve ficar claro que a defesa da Pátria a que a Constituição se refere é contra ataques à soberania do Brasil, defendendo-o de possíveis inimigos que ameacem nossa integridade nacional, e não a atuação como polícia de fronteira contra ações de criminosos isolados ou mesmo quadrilhas que cometam delitos transnacionais.

No entanto, a própria Constituição, no §1º do artigo 142, determinou que “as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas” serão estabelecidas por lei complementar³⁰.

A Lei Complementar nº 97, de 1999, definiu como atribuições subsidiárias das Forças Armadas a cooperação com o desenvolvimento nacional e a defesa civil, bem como o combate aos delitos transfronteiriços e ambientais, conforme previsto em seu artigo 16-A³¹.

Antes da alteração trazida pela Lei Complementar nº 136, de 2010, somente o Exército poderia realizar as atividades elencadas nos incisos I a III do atual artigo 16-A. No entanto, atualmente essa atribuição foi conferida às três Forças, o que permite que uma patrulha terrestre da Força Aérea ou da Marinha, por exemplo, realize revista de veículos terrestres, a fim de combater delitos transfronteiriços e ambientais, desde que o faça na faixa de fronteira³².

29 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021. .

30 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 18 abr. 2021.

31 BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999**.

32 BRASIL. **Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto de 2010**.



Foi ampliada também a área de atuação em relação ao ambiente aquático, uma vez que, além da faixa de fronteira, as Forças Armadas estão autorizadas a realizar suas ações no mar e nas águas interiores.

O Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001³³, que regula a Lei Complementar nº 97, de 1999³⁴, carece de atualização, já que seu texto regula a lei original, sem as alterações efetivadas pela Lei Complementar nº 117, de 2004³⁵, e Lei Complementar nº 136, de 2010³⁶.

Conforme Taveira, devido à “insuficiência dos órgãos de segurança pública, o emprego das Forças Armadas é necessário no combate ao tráfico internacional de drogas, contrabando de armas e crimes ambientais³⁷”, o que ocorre na faixa de fronteira onde os órgãos de segurança pública são, por vezes, inexistentes.

Nesse sentido, com vista a coibir os delitos transfronteiriços e ambientais na faixa de fronteira, no âmbito do Plano Estratégico de Fronteiras do Governo Federal, conforme informações do sítio eletrônico do Ministério da Defesa, desde 2011, “o Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas (EMCFA) coordena uma ação de grande escala com o objetivo de fortalecer a segurança dos quase 17 mil quilômetros de fronteiras terrestres do Brasil”. Essa ação é conhecida como Operação Ágata e abrange atividades que se desenvolvem “desde a vigilância do espaço aéreo até operações de patrulha e inspeção nos principais rios e estradas que dão acesso ao país”³⁸.

33 BRASIL. **Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.**

34 BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999.**

35 BRASIL. **Lei Complementar nº 117, de 2 de setembro de 2004.**

36 BRASIL. **Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto de 2010.**

37 TAVEIRA, Ângela Montenegro. **O Poder de Polícia dos Membros das Forças Armadas nas operações de patrulhamento de fronteiras: limites e implicações com a segurança e o desenvolvimento nacionais**, 2011. p. 27.

38 BRASIL. Ministério da Defesa. **O que é a Operação Ágata.**

Além das operações na faixa de fronteira, nos mares e águas interiores, é possível que as Forças Armadas atuem conjuntamente com órgãos federais, com a finalidade de oferecer apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução, conforme previsto nas atribuições subsidiárias particulares de cada uma das Forças, conforme inciso V do artigo 17 (Marinha), inciso III do artigo 17-A (Exército) e inciso VI do artigo 18 (Aeronáutica), da Lei Complementar nº 97, de 1999³⁹.

Nesse sentido, por intermédio do Decreto nº 7.957, de 2013, foi instituído o Gabinete Permanente de Gestão Integrada para a proteção do meio ambiente, regulamentando a participação das Forças Armadas na proteção ambiental⁴⁰.

Como atribuições subsidiárias particulares do Exército, além das que foram destinadas comumente às outras Forças, a Lei Complementar nº 97, de 1999, incumbiu o Exército de outras atividades, como “cooperar com órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional e internacional, no território nacional, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução”⁴¹, dentre outras.

A estrutura permanente da Força Terrestre existente na Faixa de Fronteira está composta de batalhões, companhias, pelotões especiais de fronteira e destacamentos, sendo o pelotão especial de fronteira o mais recorrente.

Conforme Rodrigues, por vezes, o Pelotão Especial de Fronteira, comandado por jovens tenentes, com aproximadamente 25 anos de idade,

39 BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999.**

40 BRASIL. **Decreto nº 7.957, de 12 de março de 2013.**

41 BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999.**



é a única presença do Estado na região⁴². Nesse mesmo sentido, Nascimento e Marinho ressaltam que “as Organizações Militares do Exército Brasileiro na fronteira, rotineiramente, são a única presença do Estado”⁴³.

A Marinha do Brasil, além de possuir a mesma competência que as demais Forças Armadas, conforme artigo 16-A da Lei Complementar n° 97, de 1999, possui também poder de polícia ambiental em relação à poluição dos mares e rios, oriundas de embarcações. À Marinha, como atribuições subsidiárias particulares, dentre outras, foi autorizado “cooperar com os órgãos federais, quando se fizer necessário, na repressão aos delitos de repercussão nacional ou internacional, quanto ao uso do mar, águas interiores e de áreas portuárias, na forma de apoio logístico, de inteligência, de comunicações e de instrução”⁴⁴.

Conforme Antunes, “a atuação da Marinha do Brasil na proteção do meio ambiente marinho é mais do que centenária e não há qualquer norma vigente em nosso ordenamento jurídico que tenha alterado tal circunstância”⁴⁵.

Segundo o inciso XXIII do artigo 2° Lei n° 9.966, de 2000, a autoridade marítima (comandante da Marinha) é “responsável pela salvaguarda da vida humana e segurança da navegação no mar aberto e hidrovias interiores, bem como pela prevenção da poluição ambiental causada por navios, plata-

42 RODRIGUES, Marcelo Moraes. **Ações subsidiárias do Exército Brasileiro na garantia da preservação do meio ambiente em faixa de fronteira da Amazônia Ocidental**, 2013. p. 67.

43 NASCIMENTO, Leonardo Leite; MARINHO, Bruno Costa. Atuação do Exército Brasileiro no combate aos crimes transfronteiriços e ambientais na Amazônia. In: CONPEDI/UFS. **Direito penal, processo penal e Constituição**. [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 310.

44 BRASIL. **Lei Complementar n° 97, de 9 de junho de 1999**.

45 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 554.

formas e suas instalações de apoio”⁴⁶. No mesmo sentido, a Lei nº 9.537, de 1997, que dispõe sobre a segurança do tráfego aquaviário, também determina que a autoridade marítima atue na defesa do meio ambiente aquático⁴⁷.

Taveira destaca que a Marinha “foi pioneira em tomar a si a responsabilidade da patrulha preventiva e repressiva, com todos os poderes inerentes a essa missão constitucional e legal⁴⁸”, passando os seus comandantes a estarem investidos de poder de polícia, como instrumento essencial ao cumprimento da Patrulha Naval.

A Força Aérea, por mais que comumente não atue diretamente contra os delitos ambientais, auxilia essa atividade realizando a detecção de aeronaves irregulares, o que coíbe a prática desses crimes por pessoas utilizando esse meio de transporte, que é muito usado no crime de tráfico internacional de animais.

Taveira ressalta que “a Lei nº 11.182/2005 reestruturou o aparato institucional responsável pela regulação das atividades da aviação civil, que passou a ser de responsabilidade da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC)”⁴⁹, o que acaba por entrar em conflito com os incisos I e IV do artigo 18. No entanto, esse fato não altera o poder de polícia da Força Aérea Brasileira no combate aos delitos transfronteiriços e ambientais.

46 BRASIL. **Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000.**

47 BRASIL. **Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997.**

48 TAVEIRA, Ângela Montenegro. **O Poder de Polícia dos Membros das Forças Armadas nas operações de patrulhamento de fronteiras: limites e implicações com a segurança e o desenvolvimento nacionais**, 2011. p. 33.

49 TAVEIRA, Ângela Montenegro. **O Poder de Polícia dos Membros das Forças Armadas nas operações de patrulhamento de fronteiras: limites e implicações com a segurança e o desenvolvimento nacionais**, 2011. p. 37.



A Força Aérea acaba auxiliando no combate aos delitos ambientais com o controle do espaço aéreo e o apoio que fornece ao Exército Brasileiro no transporte de pessoas e matérias de todas as categorias para os pelotões especiais de fronteira do Exército.

2.3 Atuação das polícias estaduais

As polícias estaduais têm suas atribuições definidas no artigo 144 da Constituição, cabendo às polícias civis, “ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares” e às polícias militares “a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública”⁵⁰.

Da análise da Constituição infere-se que, na defesa do meio ambiente, as polícias civis realizarão as investigações de crimes supostamente cometidos, ao passo que as polícias militares realizarão o policiamento ostensivo de forma a impedir a ocorrência desses crimes, da mesma forma que ocorre com os demais delitos, à exceção dos crimes militares.

Uma característica das fronteiras brasileiras, principalmente na região amazônica, que dificulta o policiamento realizado pelas polícias militares é o fato de existirem terras indígenas demarcadas nesses locais. Essa peculiaridade acaba restringindo a entrada da Polícia Federal e das Forças Armadas nas reservas, conforme o Decreto n° 4.412, de 2002⁵¹.

2.4 Atuação da Força Nacional de Segurança Pública

A Força Nacional de Segurança Pública foi instituída por intermédio do Decreto n° 5.289, de 2004, com a finalidade de atuar em atividades

50 BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021].

51 BRASIL. **Decreto n° 4.412, de 7 de outubro de 2002**.

de preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, em hipóteses específicas, reguladas no mesmo Decreto e no ato de adesão dos Estados e/ou do Distrito Federal⁵².

As atividades que os integrantes da Força Nacional de Segurança Pública poderão realizar estão relacionadas nos artigos 2º e 2º-A do Decreto. O apoio às atividades de conservação e policiamento ambiental está previsto como uma das incumbências da Força Nacional de Segurança, conforme previsto no inciso VI do artigo 2º-A do Decreto nº 5.289, de 2004. O dispositivo legal estende ainda mais a proteção ao meio ambiente com a instituição de uma Companhia de Operações Ambientais, com os seguintes objetivos:

I- apoiar as ações de fiscalização ambiental desenvolvidas por órgãos federais, estaduais, distritais e municipais na proteção do meio ambiente; II- atuar na prevenção a crimes e infrações ambientais; III- executar tarefas de defesa civil em defesa do meio ambiente; IV- auxiliar as ações da polícia judiciária na investigação de crimes ambientais; e V- prestar auxílio à realização de levantamentos e laudos técnicos sobre impactos ambientais negativos⁵³.

Ocorre que a Força Nacional de Segurança Pública não tem funcionamento permanente como a Polícia Federal ou as polícias estaduais. Ela funciona esporadicamente, por solicitação do Governador de Estado ou do Distrito Federal, ou Ministro de Estado, com período e área de atuação limitados.

Porém, segundo dados do Governo Federal, desde 2008 a Força Nacional de Segurança Pública atua contra os delitos ambientais, e nesses “seis anos,

52 BRASIL. **Decreto nº 5.289, de 29 de novembro de 2004.**

53 BRASIL. **Decreto nº 5.289, de 29 de novembro de 2004.**



foram fiscalizadas cerca de 1.200 serrarias e apreendidos mais de 1 milhão de metros cúbicos de madeira, mais de 300 motosserras e de 200 tratores”⁵⁴.

2.5 Atuação da Guarda Ambiental Nacional e do Corpo de Guarda-Parques

A Guarda Ambiental Nacional e o Corpo de Guarda-Parques foram instituídos por intermédio do Decreto nº 6.515, de 2008, no âmbito dos Ministérios da Justiça e do Meio Ambiente, e são destinados “para as atividades de prevenção e defesa contra crimes e infrações ambientais, bem como para a preservação do meio ambiente, da fauna e da flora”⁵⁵.

Não foi criado um novo efetivo para compor essas entidades, uma vez que o Decreto de criação determina que as ações serão executadas pelos integrantes de unidades especializadas em policiamento ambiental dos entes federativos que realizarem convênios com o Ministério do Meio Ambiente e o Ministério da Justiça, no contexto do programa.

A Guarda Ambiental Nacional atuará para cumprir missões específicas com área de atuação e tempo limitados. Já o Corpo de Guarda-Parques, que será composto por bombeiros e policiais militares, tem suas atribuições delimitadas no § 1º do artigo 5º do Decreto nº 6.515, ficando a seu encargo, dentre outros, exercer o poder de polícia ambiental nas unidades de conservação federais⁵⁶.

Conforme Antunes, o “programa é, ainda, uma declaração de vontades, haja vista que ainda não se materializou”⁵⁷.

54 BRASIL. Governo Federal. **Força Nacional ganha reforço para atuar no combate ao desmatamento**. 2015.

55 BRASIL. **Decreto nº 6.515, de 22 de julho de 2008**.

56 BRASIL. **Decreto nº 6.515, de 22 de julho de 2008**.

57 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 186.

O estado do Rio de Janeiro avançou na matéria e instituiu seu Programa de Guarda-Parques, vinculado ao Instituto Estadual do Ambiente (INEA). Ressalta-se, porém, que este é um programa estadual que não guarda relação com o criado por intermédio do Decreto nº 6.515, de 2008⁵⁸.

2.6 Atuação do IBAMA e do ICMBio

O Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), originário da fusão da Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA), Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF), Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE) e Superintendência da Borracha (SUDHEVEA), foi criado por intermédio da Medida Provisória nº 34, de 1989, convertida na Lei nº 7.735, de 1989, e tem suas finalidades definidas no artigo 2º da referida Lei:

I – exercer o poder de polícia ambiental; (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007) II - executar ações das políticas nacionais de meio ambiente, referentes às atribuições federais, relativas ao licenciamento ambiental, ao controle da qualidade ambiental, à autorização de uso dos recursos naturais e à fiscalização, monitoramento e controle ambiental, observadas as diretrizes emanadas do Ministério do Meio Ambiente; e (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007) III - executar as ações supletivas de competência da União, de conformidade com a legislação ambiental vigente. (Incluído pela Lei nº 11.516, 2007)⁵⁹.

58 BRASIL. **Decreto nº 6.515, de 22 de julho de 2008.**

59 BRASIL. **Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989.**



Conforme Antunes, “as infrações administrativas tipificadas no Decreto nº 6.514/2008, em grande medida são meras cópias dos crimes tipificados pela Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1992”⁶⁰. Assim sendo, após a lavratura do auto administrativo, deverá ser feita a comunicação do crime ao Ministério Público, conforme previsto no artigo 6º, inciso VI, alínea “m”, da Portaria nº 11, de 10 de junho de 2009, do IBAMA: “encaminhar ao Ministério Público informações e documentos acerca de infrações identificadas no exercício da ação fiscalizatória e que sejam também tipificadas como crime”⁶¹.

Tal comunicação não se faz necessária se a fiscalização for realizada juntamente com autoridade policial e esta realizar a ocorrência do crime em procedimento próprio, conforme se depreende do artigo 30 da Portaria nº 11, de 10 de junho de 2009, do Ibama⁶².

Um fator que causa espanto, no Relatório de Gestão do Ibama, referente ao ano de 2013, é que a instituição ficou sem concursos públicos para provimentos de cargos desde a criação do órgão, em 1989, até 2013⁶³.

Em que pesem todos os problemas de pessoal, na divulgação do balanço de multas aplicadas no ano de 2015, em todo o País, o Ibama apresentou como resultados 7.405 autos de infração e o montante de 1,2 bilhão de reais em multas, ficando constatado que é na Região Norte onde ocorre o maior número de delitos⁶⁴.

60 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171.

61 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 171.

62 BRASIL. IBAMA. **Portaria nº11, de 10 de junho de 2009**.

63 BRASIL. IBAMA. **Relatório de Gestão do Exercício de 2013**. 2014.

64 BRASIL. IBAMA. **Fiscalização divulga balanço de multas aplicadas no primeiro semestre de 2015**.

O Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio) foi criado por intermédio da Lei nº 11.516, de 2017, por conversão da Medida Provisória nº 366, de 2007, e tem por incumbência atuar nas unidades de conservação⁶⁵.

Da mesma forma que o IBAMA, o ICMBio deverá comunicar ao Ministério Público a ocorrência de crimes ambientais, estando esta obrigação regulamentada no inciso X do artigo 3º da Portaria ICMBio nº 44, de 2 de julho de 2008, que institui o regulamento interno de fiscalização do Órgão⁶⁶.

Em sua estrutura organizacional, o ICMBio possui as seguintes unidades de trabalho: centros nacionais de pesquisa e conservação; bases avançadas; bases avançadas multifuncionais; e bases avançadas compartilhadas. Conforme a Portaria ICMBio nº 78, de 3 de setembro de 2009, as únicas representações do Órgão na região da Faixa de Fronteira são uma Base Avançada em Rio Branco/AC, uma Base Multifuncional em Poconé/MT e uma em Foz do Iguaçu/PR⁶⁷.

As Unidades de Conservação no Brasil, conforme o Ministério do Meio Ambiente, podem ser divididas em unidades de proteção integral (Estação Ecológica, Reserva Biológica, Parque Nacional, Monumento Natural e Refúgio da Vida Silvestre) e unidades de uso sustentável (Área de Proteção Ambiental, Área de Relevante Interesse Ecológico, Floresta Nacional, Reserva Extrativista, Reserva de Fauna, Reserva de Desenvolvimento Sustentável e Reserva Particular do Patrimônio Natural).

65 BRASIL. **Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007.**

66 BRASIL. ICMBio. **Portaria nº 44, de 2 de julho de 2008.**

67 BRASIL. ICMBio. **Portaria nº 78, de 2 de março de 2012.**



Segundo o Tribunal de Contas da União (TCU), existem 247 unidades de conservação no bioma amazônico, sendo 107 federais e 147 estaduais⁶⁸.

Ainda segundo o Tribunal de Contas da União, 74% das áreas protegidas criadas em todo o mundo entre 2003 e 2008 estão no Brasil, o que coloca o País em destaque positivo neste quesito⁶⁹.

Se a quantidade e a grandeza territorial das unidades de conservação brasileiras têm destaque positivo, não se pode dizer o mesmo de sua gestão, principalmente devido à escassez de efetivos para fiscalização das áreas. Para exemplificar essa afirmação, o Tribunal de Contas da União apontou que na Unidade de Conservação denominada Terra do Meio (que apesar de não se encontrar na Faixa de Fronteira, serve como parâmetro), localizada no Pará, possui uma área de 33,7 mil km², o que equivale a 3 milhões de campos de futebol, ou aproximadamente 6 vezes a área do Distrito Federal, “localizada no arco do desmatamento, região que sofre alta pressão pela exploração ilegal de madeira e grilagem de terra, conta com apenas 2 servidores para gestão da área”⁷⁰.

2.7 Atuação dos órgãos ambientais estaduais

De acordo com o artigo 6º, incisos V e VI, da Lei nº 6.938, de 1981, além dos órgãos federais, fazem parte do Sistema Nacional de Meio Am-

68 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2252/2015**. Plenário. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. Processo TC 021.180/2010-5. Ata 05/2012. Brasília, DF, Sessão 15/2/2012. p. 4.

69 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2252/2015**. Plenário. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. Processo TC 021.180/2010-5. Ata 05/2012. Brasília, DF, Sessão 15/2/2012. p. 9.

70 BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2252/2015**. Plenário. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. Processo TC 021.180/2010-5. Ata 05/2012. Brasília, DF, Sessão 15/2/2012. p. 54.

biente (SISNAMA) os órgãos seccionais (estaduais) e locais (municipais), com a finalidade de proteger e melhorar a qualidade ambiental⁷¹.

Na estrutura administrativa dos estados localizados na Faixa de Fronteira, alguns não possuem órgão de proteção ambiental instituído, ficando suas atribuições ligadas diretamente às secretarias estaduais do meio ambiente, e outros chegam a possuir mais de um órgão especializado, assim divididos, de norte a sul: Amapá – Secretaria de Estado de Meio Ambiente, Ciência e Tecnologia (SEMA); Pará – Secretaria Executiva de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente (SECTAM); Roraima – Secretaria de Agricultura e Abastecimento (SEAAB) e Departamento do Meio Ambiente; Amazonas – Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM); Acre – Secretaria de Estado de Ciência e Tecnologia e Meio Ambiente (SECTMA); Rondônia – Secretaria de Desenvolvimento Ambiental (SEDAN); Mato Grosso – Fundação Estadual do Meio Ambiente (FEMA); Mato Grosso do Sul – Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMA-DES); Paraná – Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Recursos Hídricos (SEMA) e Instituto Ambiental do Paraná (IAP); Santa Catarina – Secretaria de Estado do Desenvolvimento Urbano e Meio Ambiente (SDM) e Fundação do Meio Ambiente do Estado de Santa Catarina (FATMA); e Rio Grande do Sul – Secretaria de Estado de Obras Públicas, Recursos Hídricos e Saneamento (SOPS) e Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM).

Da relação apresentada no parágrafo anterior, verifica-se que a proteção ao meio ambiente tem tratamento diferente em cada um dos municípios presentes na região. Em alguns locais existe o órgão especializado, com seus quadros de servidores estabelecidos, ao passo que outros contam apenas com as secretarias estaduais, muitas vezes compartilhada com outros segmentos que não o meio ambiente.

71 BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981.**



CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da análise de todo o artigo pode-se chegar à conclusão de que a estrutura estatal presente na região da faixa de fronteira deve ser reformulada, com vista a proteger a grande biodiversidade presente no território brasileiro e que é vítima de abusos desde os tempos coloniais.

A Polícia Federal, que é o órgão com as principais atribuições de polícia de fronteira, está pouco presente ao longo da fronteira, tanto em instalações como em pessoal, o que facilita a ocorrência de delitos ambientais.

As Forças Armadas, apesar de terem maior efetivo na região, estão mais vocacionadas para ações de defesa da Pátria, não sendo especializadas na defesa do meio ambiente.

As Polícias Estaduais também atuam contra os delitos ambientais, ficando apenas cerceadas de exercer suas atividades em terras indígenas. Contudo, deve ser levado em conta que a atribuição principal destes órgãos é manter a segurança pública nos estados.

Os Órgãos Ambientais Federais se encontram com estrutura deficiente de pessoal e também não se fazem presentes na região, estando mais presentes nas capitais dos estados.

A Força Nacional de Segurança Pública, por atuar apenas esporadicamente e em local determinado, não tem grandes atuações no combate aos crimes ambientais na faixa de fronteira. Poderia ser mais efetiva caso houvesse vontade política para que fossem firmados os convênios nesse sentido.

A Guarda Ambiental Nacional e o Corpo de Guarda-Parques poderiam ter uma atuação efetiva no combate aos delitos ambientais em todo o País, contudo ainda não foram instituídos, apenas previstos em Decreto.

[Ir para o índice](#)

Quanto aos órgãos estaduais, verificou-se que nem todas as unidades da Federação presentes na Faixa de Fronteira possuem órgãos ambientais especializados, ficando a responsabilidade ambiental estadual atrelada às secretarias estaduais de meio ambiente, que, por vezes, são mistas, tratando de assuntos diversos do ambiental.

Por fim, é necessário que haja toda uma reestruturação dos órgãos com poder de polícia ambiental, principalmente na região da Faixa de Fronteira, a fim de que os crimes ambientais, abundantes na região em questão, sejam enfrentados de forma mais eficiente pelas autoridades nacionais. Sendo também necessária, devido às características da região, a existência de cooperação com órgãos dos países vizinhos para aumentar essa eficiência.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 maio 2021.

BRASIL. **Decreto nº 1.318, de 30 de janeiro de 1954**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/decreto/Historicos/DIM/DIM1318.htm. Acesso em: 15 fev. 2017.



BRASIL. **Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2001/d3897.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 4.412, de 7 de outubro de 2002.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4412.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 5.289, de 29 de novembro de 2004.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5289.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 6.515, de 22 de julho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6515.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Decreto nº 7.957, de 12 de março de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Decreto/D7957.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l0601-1850.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 2.597, de 12 de setembro de 1955.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L2597.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.** Código Tributário Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5172.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6634.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

Ir para o índice

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/leis/L7735.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.537, de 11 de dezembro de 1997**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9537.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.966, de 28 de abril de 2000**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9966.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei nº 11.516, de 28 de agosto de 2007**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11516.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp97.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 117, de 2 de setembro de 2004**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp117.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 136, de 25 de agosto de 2010**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp136.htm. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Departamento de Polícia Federal. **Instrução Normativa nº 013, de 15 de junho de 2005**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/institucional/acessoainformacao/institucional/instrucao-normativa-no.-013-2005-dg-dpf-de-15-de-junho-de-2005>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Departamento de Polícia Federal. Prestação de contas ordinária anual. **Relatório de gestão do exercício de 2014**. Disponível em:



http://www.pf.gov.br/acessoinformacao/relatorio_de_gestao_consolidado_2014.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Departamento de Polícia Federal. **Unidades/Contatos**. Disponível em: <http://www.pf.gov.br/institucional/unidades>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Governo Federal. **Força Nacional ganha reforço para atuar no combate ao desmatamento**. 2015. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/cidadania-ejustica/2015/03/forca-nacionalganha-reforco-para-atuar-no-combate-aodesmatamento>. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. IBAMA. **Fiscalização divulga balanço de multas aplicadas no primeiro semestre de 2015**. Disponível em: <http://www.ibama.gov.br/publicadas/fiscalizacao-divulga-balanco-demultas-aplicadas-no-primeiro-semester-de-2015>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Portaria nº 11, de 10 de junho de 2009**. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/2009/p_ibama_11_2009_regimentointerno-fiscalizacao_revoga_p_ibama_53_1998.pdf. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. **Relatório de Gestão do Exercício de 2013**. 2014. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/phocadownload/acesso_a_informacao/relatorio_de_gestao_do_ibama_2013.pdf. Acesso em: 12 fev. 2017.

BRASIL. ICMBio. **Portaria nº44, de 2 de julho de 2008**. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/images/stories/o-que-fazemos/portaria442008.pdf>. Acesso em: 15 fev. 2017.

BRASIL. ICMBio. **Portaria nº78, de 2 de março de 2012**. Disponível em: http://www.icmbio.gov.br/cepsul/images/stories/legislacao/Portaria/2012/p_icmbio_78_2012_panmogipardogrande.pdf. Acesso em: 15 fev. 2017.

Ir para o índice

BRASIL. Ministério da Defesa. **O que é a Operação Ágata**. Disponível em: <http://agata.defesa.gov.br/oqe-operacao-agata.shtm>. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2252/2015**. Plenário. Relator: Ministro João Augusto Ribeiro Nardes. Processo TC 021.180/2010-5. Ata 05/2012. Brasília, DF, Sessão 15/2/2012. Disponível em: www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/Acord/20131121/AC_3101_46_13_P.doc. Acesso em: 20 fev. 2017.

CAMPELLO, Lúvia Gaigher Bósio. Solidariedade e cooperação internacional na proteção do meio ambiente. *In*: CAÚLA, Bleine Queiroz; MARTINS, Dayse Braga; MENDONÇA, Maria Lírida Calou de Araújo; CARMO, Valter Moura do (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 2. Fortaleza: Premius, 2014, p. 82-110. Disponível em: <http://www.dialogoaci.com/wp-content/uploads/2017/02/Dia%CC%81logo-ambiental-constitucional-e-internacional-Vol.2.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 2014.

MEIRELLES FILHO, João. **Grandes expedições à Amazônia brasileira: 1500-1930**. São Paulo: Metalivros, 2009.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente**. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NASCIMENTO, Leonardo Leite; MARINHO, Bruno Costa. Atuação do Exército Brasileiro no combate aos crimes transfronteiriços e ambien-



tais na Amazônia. In: CONPEDI/UFS. **Direito penal, processo penal e Constituição**. [Recurso eletrônico on-line]. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 306-323. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/27g49o2w/Zr0Vj6huDpkEr8Y7.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2017.

PERAZZONI, Franco. **SIG, Amazônia e Polícia Federal: Geointeligência no combate ao desmatamento ilegal na Amazônia**. 2012. Dissertação (Mestrado em Ciências e Sistemas de Informação Geográfica). Instituto Superior de Estatística e Gestão de Informação da Universidade de Nova de Lisboa. Lisboa, 2012. Disponível em: <https://run.unl.pt/bitstream/10362/10538/1/TSIG0093.pdf>. Acesso em: 12 fev. 2017.

RODRIGUES, Marcelo Moraes. **Ações subsidiárias do Exército Brasileiro na garantia da preservação do meio ambiente em faixa de fronteira da Amazônia Ocidental**. Dissertação (Mestrado em Direito Ambiental). Escola Superior de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Amazonas. Manaus, 2013.

TAVEIRA, Ângela Montenegro. **O Poder de Polícia dos Membros das Forças Armadas nas operações de patrulhamento de fronteiras: limites e implicações com a segurança e o desenvolvimento nacionais**. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Altos Estudos de Política e Estratégia). Escola Superior de Guerra. Rio de Janeiro, 2011.

Os instrumentos de proteção das águas transfronteiriças: a questão jurídica do Mercosul

Transboundary water protection instruments: the Mercosur legal issue

RENATA NAYANE DE MENEZES
RUTH M. P. SANTOS
CAROLINE COSTA BERNARDO

Resumo

A água em seu ciclo natural encontra-se afetada por fatores ligados ao aquecimento global, poluição, escassez e pelo uso desregrado desses recursos, que afetam o próprio ecossistema e os aspectos ligados à vida humana, tornando-se cada vez mais limitada. Os aspectos quantitativos e qualitativos são as preocupações e emergências em torno da água que vêm tomando o espaço das pautas ambientais, políticas, econômicas e dos direitos humanos, devido à alarmante situação de escassez hídrica, ocasionando, em algumas regiões do Planeta, ameaças de conflitos nacionais e internacionais. O estudo tem por objetivo verificar as questões



em âmbito de proteção ambiental e os efeitos sociais e econômicos que envolvem as águas transfronteiriças do Mercosul, por meio da observância dos instrumentos jurídicos internacionais.

Palavras-chave: Águas Transfronteiriças. Proteção Ambiental. Proteção Jurídica Ambiental. Mercosul.

Abstract

Water in its natural cycle is affected by factors linked to global warming, pollution, scarcity and the unregulated use of this resource, which affect the ecosystem itself and human life aspects, becoming increasingly limited. Quantitative and qualitative aspects are the concerns and emergencies around water that have been taking place in environmental, political, economic and human rights studies, due to the alarming situation of water scarcity, causing in some regions of the planet threats of national and international conflicts. The study aims to verify the environmental protection issues and the social and economic effects that involve the transboundary waters of Mercosur through the observance of the international legal instruments.

Keywords: *transboundary waters; environmental protection; environmental legal protection; MERCOSUR.*

INTRODUÇÃO

O tema de águas internacionais tem gerado interesse nos últimos anos, sobretudo em razão do aspecto holístico que o envolve, diante

[Ir para o índice](#)

das questões em âmbito ambiental, social e econômico. Para tanto, faz-se necessário verificar a concretização dos instrumentos internacionais existentes no Direito Internacional e no Mercosul, que compõem uma das maiores bacias hídricas do mundo, que ainda carece de harmonização da legislação dos Estados fronteiriços.

Para a verificação do contexto aquático no Mercosul, preliminarmente é preciso entender a formação da crise hídrica que tem se formado e assolado as populações mais carentes em todo o globo, tornando-se uma grande preocupação mundial, necessitando de proteção do direito internacional ambiental. Além disso, a formação e a determinação do conceito de “águas transfronteiriças” são essenciais para o deslinde do trabalho, para a resolução dos casos apresentados e para elaboração das normas internacionais para a proteção da água.

Assim, estabeleceram-se os elementos normativos de proteção das águas internacionais, que demonstram a evolução do *soft law* ambiental para as normas *hard law*. Primeiramente, pautados nos princípios da soberania estatal, da integridade territorial, da cooperação internacional, da utilização equitativa e razoável e da gestão comum, para um direito ambiental; posteriormente, com normas *hard law* decorrentes de tratados internacionais, promovidos pela internacionalização do direito, que trouxeram para a esfera internacional temas antes tratados de forma unicamente interna, que nem sequer eram mencionados, dando-lhes mais jurisdição e cogência.

Passou-se, então, à construção do arcabouço jurídico, não apenas direcionada ao meio ambiente como um todo, mas destinada à proteção das águas internacionais. Dentre as normas de direito internacional da água, destacam-se as Regras de Helsinque, a Declaração de Estocolmo, Confe-



rência Rio 92, Convenção Unece, Convenção sobre o direito dos usos não navegáveis de cursos de águas internacionais e as Regras de Berlim.

É nesse sentido que se estabelece a problemática do presente artigo, pois em que medida as normas, sejam elas internacionais ou regionais, sobre águas transfronteiriças, são aplicáveis ao caso concreto. O objetivo da problemática é verificar a inaplicabilidade e/ou ineficiência das normas de direito internacional da água. Muito embora exista previsão normativa para tal tema, a iminência da crise de água no mundo ainda se revela frágil e com baixa efetividade.

Tal problema se revela nos casos relacionados à Bacia do Prata, que representa uma das maiores regiões do mundo de águas transfronteiriças, e destaca-se o caso das fábricas de celulose, quando já se contava com as normas de direito internacional e alguns acordos bilateral e regional. A partir do caso, percebe-se um problema grave de inexistência de legislação cogente para disciplinar o uso das águas compartilhadas entre os membros do Mercosul, posteriormente, destaca-se a ausência de manifestação regional sobre o tema, que, nos dois casos apresentados, discutiu-se pela via econômica e não ambiental, o que corrobora para a fragilidade do assunto. Percebe-se, portanto, que os mecanismos normativos existentes, na região do Prata e Mercosul, não são suficientes para resolução de qualquer conflito ambiental, sendo necessário utilizar mais da boa-fé dos Estados-Membros, o que nem sempre denota proteção ao meio ambiente.

1. ELEMENTOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DAS ÁGUAS INTERNACIONAIS

A partir do direito internacional da água, nota-se a inclusão de um conjunto de transformações jurídicas necessárias para a elaboração e o

[Ir para o índice](#)

aprimoramento dos instrumentos normativos influenciados pelas alterações advindas do direito internacional público, que teve a sua estrutura alterada a partir dos anos oitenta, quando se iniciou um processo de internacionalização do direito, fazendo surgir novos temas para o direito internacional, tal como o direito ambiental. Passou, então, a ter-se um direito internacional mais cogente e jurisdicional, ou seja, mais normas e mais tribunais internacionais.

O reflexo disso no direito internacional do ambiente, no qual está inserido o contexto das águas, não foi diferente. Foi construído com base nos princípios existentes em convenções e tratados internacionais buscando a tutela ambiental, primordialmente por normas de *soft law*, isto é, normas com baixa cogência, o que quer dizer, com pouca obrigatoriedade. Mas, em determinadas situações, como no direito ambiental, pode servir como complemento para as normas *hard Law*: normas com grau de obrigatoriedade e sanção.

No contexto de evolução do direito internacional do meio ambiente, as normas de *soft law* se mostram evidentes e importantes, pois foi a partir dos princípios – que muito embora sejam regras – têm valor normativo limitado, porque não têm o poder de impor sanções aos Estados. Em virtude do seu não cumprimento é que se iniciou a construção da proteção do meio ambiente. Entre os princípios norteadores do direito ambiental, que envolvem as águas transfronteiriças, destacam-se o da soberania territorial, o da integridade territorial, o da cooperação internacional, o da utilização equitativa e razoável e o da gestão comum¹.

1 NEVES, Miguel Santos. Direito da Água e conflitualidade internacional: implicações do reconhecimento da água como direito humano. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**, Portimão, n. 3 (Nov. 2013), p. 261-291.



No que se refere ao primeiro princípio, da soberania territorial, este se relaciona diretamente com a gestão dos recursos hídricos transfronteiriços. O desenvolvimento deste princípio denota três subteorias, que contextualizam o entendimento do uso dos instrumentos hídricos, quais sejam: a teoria da absoluta soberania territorial, a teoria da absoluta integridade territorial e a teoria da soberania territorial limitada².

Contudo, para o desenvolvimento do trabalho, importa esclarecer que a teoria prevalente é a da soberania territorial limitada, pois se entende não ser possível defender nenhuma alteração ou aproveitamento unilateral de um recurso natural compartilhado³. Essa teoria se constrói com fundamento no princípio da integridade territorial ou igualdade de soberania e no princípio da boa vizinhança. Com base nesses princípios, entende-se que a soberania territorial é limitada, pois cada Estado é livre para utilizar recursos compartilhados, desde que não prejudique os demais Estados ribeirinhos. Os Estados soberanos possuem direitos e deveres recíprocos na utilização das águas internacionais, havendo direitos simultâneos para os Estados que compartilham das águas fronteiriças⁴.

A teoria da soberania territorial limitada prevaleceu e se materializou no atual direito internacional da água, porque reafirma o princípio da

2 RAHAMAN, M. M. Principles of international water law: creating effective transboundary water resources management. **International Journal of Sustainable Society**, v. 1, nº 3, 2009, p. 210. Disponível em: <http://doi.org/10.1504/IJSSOC.2009.027620>. Acesso em: 15 jul. 2017.

3 CASTRO, Paulo Jorge Canelas de. Mutações e constâncias do Direito Internacional do Ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. nº 2, dez. Lisboa: Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, 1994. p. 145-207.

4 RAHAMAN, M. M. Principles of international water law: creating effective transboundary water resources management. **International Journal of Sustainable Society**, v. 1, nº 3, 2009. p. 210.

igualdade perante os Estados ribeirinhos. Além disso, define o conjunto de direitos e deveres nos aspectos de utilização e deveres nos casos de danos significativos aos outros Estados ribeirinhos⁵. Nesse sentido, Castro entende que o princípio da integridade territorial é um subprincípio que compõe a estruturante da soberania⁶, consagrado no princípio 21 da Convenção de Estocolmo, de 1972⁷. Este princípio trata dos aspectos referentes ao direito de utilização dos recursos que estejam sob a soberania de um Estado, além de definir os deveres e assegurar políticas ambientais de proteção, como também a efetivação do princípio da precaução, a fim de não causar dano ao Estado vizinho.

A partir do entendimento do princípio da integridade territorial, pode-se afirmar que não existem fronteiras para os problemas ambientais; afinal, todos os elementos ambientais estão sempre em constante comunicação⁸. Nesse contexto, o princípio de não causar dano a outros Estados surge como mecanismo para evitar a poluição transfronteiriça e os conflitos entre os Estados decorrentes do uso dos recursos ambientais, que se justifica na proteção e na melhoria do ambiente, e não apenas com a utilização dos recursos naturais, deixando de lado a visão extremamente antropocêntrica de interesses singulares ao próprio homem,

5 SALMAN, S. M. The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law. **International Journal of Water Resources Development**, 23(4), 2007. p. 626. Disponível em: <http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Salman-BerlinRules.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2017.

6 CASTRO, Paulo Jorge Canelas de. Mutações e constâncias do Direito Internacional do Ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. nº 2, dez. Lisboa: Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, 1994. p. 155.

7 ONU. **Declaração de Estocolmo de 1972**. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 8 set. 2017.

8 KISS, Alexandre. Direito internacional do ambiente. In: **Direito do Ambiente**. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994. p. 148.



fazendo com que o direito se adapte às novas condições ambientais de preservação e compartilhamento.

Corroborando com essa ideia, destaca-se o princípio da cooperação internacional, que é de fundamental importância para trazer soluções às problemáticas ambientais, e deve ultrapassar as barreiras de boas intenções, a fim de validar os instrumentos de proteção ao ambiente e aos cursos de águas internacionais, inspirando-se nos Princípios 21 e 24 das metas estabelecidas pela Agenda 21. Tem como objetivo a promoção do desenvolvimento de métodos de gestão, incentivo para investigação tecnológica, monitoramento do curso de água, planejamento para atividade de uso, como, por exemplo, abastecimento e saneamento, projetos de proteção ambiental e prevenção para poluição transfronteiriça, além de trocar informações com os países sobre o curso de águas que compartilham⁹.

Ainda é preciso destacar a ideia de gestão dos recursos naturais, que é materializado como princípio da gestão comum, definido por Birnie, Boyle e Regwell como a combinação lógica da ideia de que a bacia de curso de águas é mais eficiente quando gerida de forma integrada, como também um meio necessário de encontrar mecanismos institucionais eficazes para garantir a utilização e desenvolvimento equitativo¹⁰. Dessa forma, os interesses da comunidade ultrapassam os direitos de equidade e abrem a possibilidade de desenvolvimento integrado e de regulação internacional da proteção ambiental dos cursos de água internacionais.

9 BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E. **International law and the environment**. XXVII Oxford: Clarendon Press, 2002. p. 322.

10 BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E.; REDGWELL, Catherine. **International law and the environment**. 3 ed. Oxford: New York, 2009. p. 544

É com essa ideia de desenvolvimento equânime que o princípio da utilização equitativa e razoável se desenvolve, pois defende a igualdade perante os Estados ribeirinhos. Este princípio é inicialmente referenciado como um princípio único, mas, em sua análise aprofundada, verifica-se que se trata de dois princípios articulados, distintos e com objetivos diferenciados, que necessitam ser operacionalizados de forma conjunta, por conta de suas complementaridades, abarcando as formas de utilização dos cursos de água e a razoabilidade e proporcionalidade da quantidade de água a ser utilizada¹¹.

Portanto, pode-se afirmar que a utilização razoável tem critério relativo, e não absoluto, demonstra-se flexível diante das constantes mudanças que envolvem conjunturas naturais, econômicas, políticas, as influências dos fatores humanos e naturais. Ademais, deve ser analisado e comparado o uso efetivo de cada um dos Estados ribeirinhos, estabelecendo uma medida de uso, ou seja, uma limitação à utilização a cada Estado que compartilha a água¹².

A utilização equitativa está relacionada com a divisão do curso de águas pelos Estados ribeirinhos, e a partilha da água, de acordo com os critérios instituídos no artigo 6º da Convenção das Nações Unidas de Água 1997, identifica fatores relevantes, que são:

(...) as características da bacia em termos geográficos, hidrográfico, hidrológico, climático, ecológico, e outros fatores de um caráter natural. As necessidades sociais e eco-

11 NEVES, Miguel Santos. Direito da Água e conflitualidade internacional: implicações do reconhecimento da água como direito humano. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**, Portimão, n. 3 (Nov. 2013). p. 261-291.

12 NEVES, Miguel Santos. Direito da Água e conflitualidade internacional: implicações do reconhecimento da água como direito humano. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**, Portimão, n. 3 (Nov. 2013). p. 261-291.



nômicas dos Estados ribeirinhos dos cursos de água em causa; a população dependente do curso de água em cada Estado; os efeitos do uso ou usos do curso de água dos Estados ribeirinhos; as utilizações atuais e potenciais do curso de água internacional; a conservação, proteção, desenvolvimento e economia do uso dos recursos hídricos do curso de água e os custos das medidas tomadas para esse efeito¹³.

Muito embora a existência dos princípios de direito internacional da água seja fundamental para evolução e construção das normas ambientais, trata-se ainda de normas com baixa cogência, ou seja, *soft law*, como dito anteriormente. Por se tratar de um tema tão expressivo, a proteção da água, faz-se necessária a composição de normas com obrigatoriedade e sanções para os Estados, não sendo mais possível pautar-se em princípios para amparo das questões ambientais. Por essa razão, passa-se a analisar os mecanismos normativos existentes no direito internacional da água, que desde já se entende não ser suficiente para a conservação do uso das águas transfronteiriças, que será demonstrado a partir da análise do caso que envolve a Bacia Platina, na região do Mercosul.

2. MECANISMOS NORMATIVOS DO DIREITO INTERNACIONAL DA ÁGUA

O desenvolvimento do direito internacional da água surge no contexto de Estados vizinhos que compartilham do mesmo recurso hídrico, que pode resultar em conflitos ocasionados pelo aquecimento

13 BIRNIE, Patricia W., BOYLE, Alan E., REDGWELL, Catherine. **International law and the environment**. 3 ed. Oxford: New York, 2009. p. 543.

da produção de bens de consumo, alimentada por uma sociedade de risco industrializada e densamente povoada, desencadeando também o despertar a uma nova inquietação para a produção de mecanismos de proteção ambiental devido à profecia apocalíptica do esgotamento dos recursos naturais.

A sua evolução normativa pode ser dividida em fases do direito internacional do ambiente: tradicional, ecológica e pós-moderna. A era tradicional tem por característica os fatores de disputa das águas internacionais e consequentemente conflitos de vizinhança, fazendo surgir a necessidade de proteção desse direito para a solução dos conflitos hídricos¹⁴.

Destaca-se também a era ecológica, que corrobora a existência do direito internacional da água, pois se desenvolveu de forma global em 1968, resultando na adoção de duas declarações importantes pelo Conselho da Europa: uma sobre a luta contra a poluição do ar e a outra sobre a proteção dos recursos hídricos¹⁵, bem assim pela aprovação das Regras de Helsinque, de 1966, que se solidificou na seara ambiental com a Declaração de Estocolmo, de 1972.

Nesta Declaração destaca-se o princípio 21, já mencionado anteriormente, quando se tratou do princípio da integridade territorial. O princípio 21 dispõe sobre o direito dos Estados acerca do uso das águas e o dever jurídico de não causar dano ao ambiente, quer no seu território, ou

14 SAMPAIO, Jorge Silva. **Do Direito Internacional do Ambiente à responsabilidade ambiental e os meios de efetivação no âmbito do Direito Internacional**. p. 1-55 Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/do_direito_internacional_do_ambiente_a_responsabilidade_ambiental_e_seus_meios_de_efectivacao_no_ambito_do_direito_internacional.pdf. Acesso em: 12 set. 2017.

15 KISS, Alexandre. Direito internacional do ambiente. *In*: **Direito do Ambiente**. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994. p. 147.



território dos outros Estados, ou seja, inicia-se a difusão de um dever de proteção e prevenção de danos às águas transfronteiriças¹⁶.

A Conferência Rio 92 marca o início da era pós-moderna, projeta-se uma mudança de ótica em que os Estados enxergam suas relações e suas responsabilidades uns com os outros e com atenção às gerações futuras. Nessa altura, foi lançado o princípio do desenvolvimento sustentável, que gerou polêmica por trazer um conceito notoriamente vago e mal definido¹⁷, de desenvolvimento econômico com proteção dos recursos naturais¹⁸, porém, não se adentrará sobre as peculiaridades que a questão envolve.

É nesse período que entra em vigor da Convenção Unece, de 1992, sobre Águas Transfronteiriças e a Convenção sobre o Direito dos Usos não navegáveis de cursos de águas internacionais, de 1997. Tais documentos são fundamentais para preparar a fase seguinte, que se destaca pela emergência de um novo paradigma, a partir das Regras de Berlim, de 2004, que regula as relações dos Estados e a soberania sobre os recursos hídricos, e o direito à água e os deveres de os Estados garantirem a consecução desse direito, como um direito humano reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas e da Convenção das Nações Unidas¹⁹.

16 SALMAN, S. M. The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law. **International Journal of Water Resources Development**, 23(4), 2007. p. 626.

17 FITZMAURICE, Malgosia. The relationship between the law of international watercourses and sustainable development. *In*: MALGOSIA, Fitzmaurice; DAVID M. Ong.; PANOS, Merkouris. **Research Handbook International Environmental Law**. Edward Elgar: Cheltenham, 2010, p. 605.

18 SAMPAIO, Jorge Silva. **Do Direito Internacional do Ambiente à responsabilidade ambiental e os meios de efetivação no âmbito do Direito Internacional**. p. 5-6.

19 SALMAN, S. M. The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law. **International Journal of Water Resources Development**, 23(4), 2007. p. 625-640.

Da mesma forma que a proteção do meio ambiente e da água se desenvolveu de forma global, também houve a preocupação de tratar dos temas de forma regional, por meio de acordos bilaterais/plurilaterais entre países limítrofes que compartilham o uso da água, muito mais motivados por questões de conflitos, que não eram necessariamente ambientais, e sim com origem econômica, como se verá a partir da análise da questão do uso da água na Bacia do Prata, qual o Brasil, como um dos maiores territórios de águas transfronteiriças do mundo, estava envolvido, juntamente com os países do Mercosul, Argentina, Paraguai e Uruguai.

3. “ÁGUAS DE DISCÓRDIA, ÁGUAS DE INTEGRAÇÃO”: O CONFLITO DE ÁGUAS NO MERCOSUL

A Bacia Platina é abrangida na região geográfica do Mercosul, possuindo uma área de extensão de 3,1 milhões de km², sendo considerada uma das principais bacias hídricas do mundo e compreendida pelos territórios da Argentina, Bolívia, Brasil, Paraguai e Uruguai, possuindo sub-bacias hidrográficas, como a Bacia do Paraná, Bacia do Paraguai e Bacia do Uruguai. Vale ressaltar que a área do Mercosul é composta também pelo Aquífero Guarani, sendo o maior manancial de água doce do mundo, com uma dimensão estimada em torno de 46.000km²⁰.

Por essa razão tem importância geoeconômica, sua extensão abriu uma aberta rede fluvial, permitindo a circulação mercantil, construção de usinas hidroelétricas que impulsionaram o processo de industrialização da região.

20 RIBEIRO, Wagner Costa. Aquífero Guarani: gestão compartilhada e soberania. **Estudos Avançados**, 2008, v. 22, n. 64. p. 227. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v22n64/a14v2264.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.



Nesse contexto, surgem os conflitos na região que datam desde a década de sessenta, com a proposta de construção da usina hidrelétrica de Itaipu, localizada numa região fronteira entre Brasil e Paraguai, a qual, posteriormente, ensejou o início das negociações para a assinatura do Tratado da Bacia do Prata²¹, que somente entrou em vigor na década de setenta.

O Tratado da Bacia do Prata objetivava congregar esforços para se alcançar um espírito de cooperação e solidariedade, a fim de se construir na região do Prata um desenvolvimento harmônico e equilibrado para se ter o melhor aproveitamento dos recursos naturais e, de igual modo, assegurar a preservação para as gerações futuras por meio da utilização racional. Além disso, incluiu a facilitação e a assistência em matéria de navegação, a utilização racional do recurso água especialmente por meio da regularização dos cursos d'água e seus aproveitamentos múltiplos e equitativos, e a preservação ao fomento da vida animal e vegetal. Ademais, no artigo V, estabelece que a ação coletiva entre as partes contratantes deverá se desenvolver sem prejuízo dos projetos e empreendimentos que decidam executar em seus respectivos territórios, com respeito ao direito internacional e segundo a boa prática entre as nações vizinhas e amigas²².

Muito embora vigente o Tratado da Bacia do Prata, se formou o conflito envolvendo a construção da hidrelétrica de Itaipu. Embora o cerne da questão se centrasse à época em quesitos econômicos, a questão ambiental era sobressalente, pois a Argentina levantou o tema sobre os danos ambientais que a construção da hidrelétrica causaria na região, afe-

21 ESPÓSITO NETO, Tomaz. As águas da discórdia. In: **II Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa**. Inst. promotora/financiadora: Associação Brasileira de Estudos de Defesa, Niterói, 2008. p. 3. Disponível em <http://saberes.senado.leg.br/course/info.php?id=758>. Acesso em: 30 maio 2017.

22 BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Atos Internacionais. **Tratado da Bacia do Prata**. Disponível em: http://www2.mre.gov.br/dai/m_67084_1970.htm. Acesso em: 09 set. 2017.

tando o ecossistema da bacia e também os impactos socioeconômicos. Além disso, arguiu não ter havido consulta prévia, desrespeitando a existência dos países ribeirinhos que podiam ser afetados negativamente²³.

De outro modo, o Brasil e o Paraguai alegavam em sua defesa que os assuntos que envolviam a construção de Itaipu eram de interesse bilateral: as terras montantes eram brasileiras; as jusantes, paraguaias; somente depois, argentinas. E mais, que não eram necessárias preocupações ou reclamações por parte da Argentina²⁴.

Somente em setembro de 1972, após a 27ª Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas, Argentina e Brasil assinaram o acordo de Nova Iorque, cujo texto foi aprovado sob a Resolução nº 2.995²⁵. No Acordo, foram reconhecidos o princípio de proibição de prejuízo substancial ou sensível e os deveres de informação prévia, de cooperação e negociação em boa-fé, que trouxe apenas uma paz momentânea, pois os dois países continuaram a discordar sobre a extensão do dever de informar previamente, quando a Argentina denunciou o Acordo de Nova Iorque²⁶.

23 ESPÓSITO NETO, Tomaz. As águas da discórdia. *In: II Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*. Inst. promotora/financiadora: Associação Brasileira de Estudos de Defesa, Niterói, 2008. p. 4.

24 ESPÓSITO NETO, Tomaz. As águas da discórdia. *In: II Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa*. Inst. promotora/financiadora: Associação Brasileira de Estudos de Defesa, Niterói, 2008. p. 6.

25 SELL, Mariana. Suzuki. Direito Internacional de Águas na Bacia do Prata: Aplicação de Princípios e Regras Procedimentais do Direito Internacional de Águas. *In: Encontro por uma Nova Cultura da Água na América Latina*, 2005, Fortaleza, CE. Encuentro por una Nueva Cultura del Agua en América Latina, 2005. p. 1-11. Disponível em http://www.capnet-brasil.org/arquivos/env_19_04_07/Direito%20Internacional%20de%20C1guas%20na%20Bacia%20do%20Prata.pdf. Acesso em: 2 ago. 2017.

26 SELL, Mariana. Suzuki. Direito Internacional de Águas na Bacia do Prata: Aplicação de Princípios e Regras Procedimentais do Direito Internacional de Águas. *In: Encontro por uma Nova Cultura da Água na América Latina*, 2005, Fortaleza, CE. Encuentro por una Nueva Cultura del Agua en América Latina, 2005. p. 3.



No ano seguinte, houve mais uma tentativa de solução para litígio, com a assinatura do Tratado de Itaipu, entre Brasil e Paraguai, com o objetivo de realizar o “aproveitamento hidrelétrico dos recursos hídricos do Rio Paraná, pertencentes em condomínio aos dois países, desde e inclusive o Salto Grande de Sete Quedas ou Salto de Guairá até a Foz do Rio Iguaçu”. Vale ressaltar que no mesmo ano a Argentina e Paraguai assinaram o Tratado de Yacyretá, semelhante ao Tratado de Itaipu, pois projetavam construir a hidrelétrica Corpus Christi²⁷.

No entanto, somente em 1979, quando já se negociava com mais intensidade a formação do Mercosul, foi assinado o Acordo Tripartite entre Argentina, Brasil e Paraguai, com o objetivo de firmar as regras de harmonização das barragens e pôr fim ao conflito, com o escopo de cooperação e de operacionalidade entre Itaipu e Corpus. Todas as partes fizeram concessões e concordaram em manter o direito de navegabilidade no Rio Paraná²⁸.

Após a assinatura desse acordo, percebe-se que o Paraguai foi o maior beneficiário, por conta das benesses econômicas e evolução, pois passou de um país pobre e agrário a um grande potencial energético. O Brasil, por sua vez, obteve vitória parcial, pois, além de construir Itaipu nos locais desejados, o investimento econômico foi muito alto, sem falar da atmosfera conflituosa com a Argentina; porém, coube ao Paraguai grande parcela da energia consumida pela economia nacional. A Argen-

27 SELL, Mariana. Suzuki. Direito Internacional de Águas na Bacia do Prata: Aplicação de Princípios e Regras Procedimentais do Direito Internacional de Águas. In: **Encontro por uma Nova Cultura da Água na América Latina**, 2005, Fortaleza, CE. Encuentro por una Nueva Cultura del Agua en América Latina, 2005. p. 4.

28 YAHN FILHO, Armando Gallo. Aproveitamento Hídrico na Bacia do Prata: entre o conflito e a cooperação (de 1966 a 1992). In: **Anais do III Encontro da ANPPAS**. Brasília, 2006, p. 2. Disponível em: www.anppas.org.br/encontro_anual/.../TA171-05032006-235955.PDF. Acesso em: 25 ago. 2017.

tina foi a grande perdedora, porque sua influência foi enfraquecida na região, e houve instabilidade política interna, porém, salva pelo Acordo Tripartite, mesmo sendo o conteúdo favorável ao Brasil²⁹.

A formação do Mercosul e a vigência de normas regionais não foi suficiente para proteger a questão das águas transfronteiriças, uma vez que não houve nem há até o presente momento nenhuma legislação regional para regular as águas internacionais na região do Mercosul. Os conflitos oriundos desse tema ou são resolvidos por meio de acordos bilaterais ou plurilaterais, como ocorreu no caso da Hidrelétrica de Itaipu; ou ainda com base nas regras de direito internacional público, como se nota a partir do caso das papeleras.

Esse conflito transfronteiriço envolve os países-membros do Mercosul, diante das construções das usinas de celulose (uma do grupo espanhol ENCE e outra do finlandês Botnia), às margens do Rio Uruguai. Discutiui-se o não cumprimento do Estatuto Del Rio Uruguay³⁰ e os aspectos ambientais diante da poluição transfronteiriça do ar e da água, sustentada pela Argentina, o qual foi suscitado primeiramente no contexto do Mercosul, e posteriormente, levado à Corte Internacional de Justiça (CIJ)³¹.

29 ESPÓSITO NETO, Tomaz. As águas da discórdia. In: **II Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa**. Inst. promotora/financiadora: Associação Brasileira de Estudos de Defesa, Niterói, 2008. p. 4.

30 “Em 1975 foi assinado o Estatuto del Rio Uruguay, que estabelece mecanismos para o aproveitamento ótimo e razoável do rio, que forma uma fronteira natural entre o Uruguai e a Argentina. Dentre as resoluções do Tratado está a formação da Comissão Administradora (CARU), entidade formada por dez delegados, cinco de cada país, que deverá ser comunicada sempre que houve realizada de qualquer obra que possa afetar a navegação e o regime do rio, bem como a qualidade das águas”. BARBOSA. Gustavo Coelho; HAINES, Letícia Ferreira. O Caso das Papeleras. In: **Observatório de Negociações Internacionais da América Latina**. Análise semanal das negociações da região. 22 de abril de 2013. Disponível em: <https://onial.wordpress.com/2013/04/22/o-caso-das-papeleras/>. Acesso em: 7 jun. 2017.

31 ALMEIDA, Paula W. O caso das papeleras no Rio Uruguai: como conciliar a proteção dos recursos naturais partilhados e o desenvolvimento econômico sustentável? In: MOTA, Maurício (coord.). **Função Social do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 303.



A Argentina alegava o descumprimento do Estatuto pelo Uruguai quanto ao procedimento de informação prévia e de consulta obrigatória diante da autorização da construção das Usinas de Celulose. Além do conflito entre os Estados do Bloco, houve comoção social diante de pressuposto dano ecológico, influenciado pelos movimentos ambientalistas e pelo governador da província de Entre Rios, Jorge Busti. As manifestações populares se intensificaram passando a bloquear as principais pontes que interligavam os dois países, promovendo sucessivas obstruções ao tráfego, não apenas entre Fray Bentos e Gualeguaychú, mas também entre Colón e Paysandú, e na ponte de Salto, impedindo assim a entrada de turistas argentinos no Uruguai, ocasionando insatisfação do governo Uruguaio³².

Cabe destacar que a controvérsia foi iniciada no Mercosul por razões econômicas, devido à obstrução ao livre comércio entre os países do Bloco, violando o Tratado de Assunção, o Protocolo de Montevideu sobre Comércio de Serviços, assim como as premissas básicas do Direito Internacional³³. Nota-se, portanto, que a preocupação inicial não foi a questão ambiental, mas a interrupção das atividades comerciais decorrentes da construção das usinas de celulose, isso porque o tratado de constituição do Mercosul não insere temas ambientais, os quais são tratados de maneira secundária, tendo como premissa principal questões econômicas.

32 TASQUETTO, L. S. O Uruguai sob o impacto das papeleras: entre dois caminhos opostos de inserção no cenário internacional. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. Ed Esp, p. 77-83, 2007. Disponível em http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6810/4126#_UXUxv6LrwaM. Acesso em: 27 ago. 2017.

33 ALMEIDA, Paula W. O caso das *papeleras* no Rio Uruguai: como conciliar a proteção dos recursos naturais partilhados e o desenvolvimento econômico sustentável? In: MOTA, Maurício (coord.). **Função Social do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 304.

Nesse sentido, o caso não foi resolvido no âmbito do Mercosul, seja porque a Argentina alegava ser bilateral a natureza do conflito, ou porque não houve mediação diplomática entre os países, incluindo o Brasil³⁴. O litígio foi então apresentado à Corte Internacional de Justiça (CIJ), em julho de 2013. A Argentina alegava violação, por parte do Uruguai, das obrigações ao Estatuto Del Rio, o mesmo argumento suscitado em âmbito regional, pois entendia que o Uruguai descumprira com a obrigação de requerer a autorização das partes para a construção e o funcionamento de duas fábricas de celulose no Rio Uruguai. Também não se atentou aos efeitos das atividades nas águas e nas zonas fronteiriças do referido rio, não levando em consideração o aproveitamento ótimo e racional das águas compartilhadas pelos Estados que constituem sua fronteira³⁵.

Ademais, o Uruguai autorizou unilateralmente a empresa espanhola Ence a iniciar a construção, desrespeitando o procedimento obrigatório de notificação e de consulta, previsto nos artigos 7º a 13 do Estatuto. Nesse sentido, a Argentina requereu à Corte que julgasse e declarasse que o Uruguai violou as obrigações do Estatuto e demais regras de direito internacional; de igual modo, requereu preventivamente a suspensão da construção das fábricas de celulose, a cooperação de boa-fé por parte do Uruguai e a abstenção de qualquer ação unilateral do Uruguai³⁶.

34 BARBOSA. Gustavo Coelho; HAINES, Letícia Ferreira. O Caso das Papeleras. In: **Observatório de Negociações Internacionais da América Latina**. Análise semanal das negociações da região. 22 de abril de 2013. Disponível em: <https://onial.wordpress.com/2013/04/22/o-caso-das-papeleras/>. Acesso em: 7 jun. 2017.

35 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay) (medidas provisionales)** nº 162 e nº163 2003-2007. p. 182. Disponível em: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_2003-2007.pdf. Acesso em: 27 ago. 2017.

36 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay) (medidas provisionales)** nº 162 e nº163 2003-2007. p. 183.



De outra banda, o Uruguai afirmou que cumpriu todos os procedimentos estabelecidos no Estatuto, de 1975, do Rio Uruguai, sendo, portanto, infundadas as alegações argentinas, e que inexistiam razões para o deferimento das medidas liminares, pois havia agido de boa-fé, e não havia no Estatuto previsão sobre o direito de veto em relação ao desenvolvimento de projetos de desenvolvimento industrial, a norma apenas estabelecia o limite pautado na boa-fé e um intercâmbio de informações³⁷. Arguiu não ter havido ameaça atual ou iminente aos direitos da Argentina, por não constituir condição de risco ou de prejuízo irreparável e urgente; que todas as avaliações de impacto ambiental foram realizadas até aquele momento e outros estudos seriam efetuados no decorrer da evolução da construção e implementação das fábricas. Por fim, defendeu que as medidas provisórias prejudicariam irreparavelmente o seu direito soberano de realizar projetos de desenvolvimento econômico em seu próprio território, e que as fábricas de celulose implantadas no Uruguai representavam um dos maiores investimentos estrangeiros, possibilitando a criação de milhares de empregos e impacto econômico positivo para a região e para o Uruguai³⁸.

Após todos os trâmites processuais, a Corte Internacional de Justiça, preliminarmente, não aceitou o pedido das medidas provisionais requeridas pela Argentina por entender que, muito embora, houvesse preocupação com o meio ambiente e, em especial, com a qualidade da água, não houve nenhuma por parte do Uruguai ao autorizar a construção das fábricas de celulose, até aquele momento, uma ameaça iminente de dano irreparável ao meio aquático do Rio Uruguai ou aos interesses eco-

37 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay) (medidas provisionales)** nº 162 e nº163 2003-2007. p. 183.

38 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay) (medidas provisionales)** nº 162 e nº163 2003-2007. p. 185.

nômicos e sociais dos habitantes ribeirinhos que estão do lado argentino. Ademais, a Corte entendeu que a Argentina não desincumbiu de provar que a suspensão provisória da construção das papelarias seria suscetível de reparação econômica e social futura³⁹.

Quanto à decisão de mérito, a Corte Internacional de Justiça destacou a importância de proteção ambiental dos recursos naturais compartilhados conjuntamente com o desenvolvimento econômico sustentável, e, neste caso especial, a verificação da qualidade da água do Rio Uruguai. Nesse sentido, a Corte entendeu que, apesar da sua competência para analisar o caso, as disposições do Estatuto, de 1975, juntamente com a Comissão Administrativa do Rio Uruguai (CARU) criaram um regime completo e progressivo, capaz de adequar a aplicação das regras da referida norma, sendo, portanto, o foro competente para resolver o caso⁴⁰.

A Corte Internacional de Justiça ainda indicou que as partes devem agir de boa-fé, atuando de modo a solucionar a questão de forma amistosa, excluindo toda ação que possa tornar mais difícil a resolução da controvérsia. Por fim, entendeu que o Uruguai não violou as normas de direito ambiental quando permitiu a instalação das papelarias no contexto de compartilhamento das águas com a Argentina⁴¹.

39 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay) (medidas provisionales)** nº 162 e nº163 2003-2007. p.185.

40 BARBOSA. Gustavo Coelho; HAINES, Leticia Ferreira. O Caso das Papelarias. In: **Observatório de Negociações Internacionais da América Latina**. Análise semanal das negociações da região. 22 de abril de 2013, Disponível em : <https://onial.wordpress.com/2013/04/22/o-caso-das-papelarias/>. Acesso em: 7 jun. 2017.

41 CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA. **Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay) (medidas provisionales)** nº 162 e nº163 2003-2007. p. 186.



No entanto, levando o caso em sua síntese, podemos apontar algumas falhas quanto ao tratamento ambiental e da tutela das águas transfronteiriças em âmbito regional do Mercosul. A primeira levantada anteriormente quanto à matéria não ter sido resolvida em âmbito do Mercosul, o que demonstra a incapacidade e fragilidade do Bloco, afirmando ainda mais a imaturidade quanto ao processo de integração predominante apenas de uma aproximação geopolítica e econômica.

Há falha nos mecanismos de Cooperação Estatal, que demonstram ser, por meio do caso, ineficazes, fragilizados quanto às questões do consentimento e informações prévias, sendo o passo inicial do conflito entre Uruguai e Argentina. Vale ressaltar que a cooperação estatal é um dos princípios-base tanto das declarações sobre meio ambiente firmada em Estocolmo, em 1972, e a Declaração do Rio, em 1992, além de fazerem parte dos instrumentos internacionais sobre a água e também constarem nos instrumentos ambientais do próprio Mercosul⁴².

A criação do Mercosul possui em sua essência a integração regional para fins políticos e econômicos. Devido à grande tendência mundial sobre a preocupação ambiental, é notória uma iniciação para inclusão de parâmetros instrumentais que regulamente o Direito Ambiental no Mercosul. É evidente que o tratamento jurídico-ambiental do Mercosul é tímido e ca-

42 Artigo 5º: cumprimento de acordos internacionais que contemplem matéria ambiental dos quais sejam parte (...) esta cooperação poderá incluir, quando se julgar conveniente, a adoção de políticas comuns para a proteção do meio ambiente, a conservação dos recursos naturais, a promoção do desenvolvimento sustentável, a apresentação de comunicações conjuntas sobre temas de interesse comum e o intercâmbio de informações sobre posição nacionais em foros ambientais internacionais. BRASIL. **Acordo – Quadro sobre meio ambiente do Mercosul, de 22 de junho de 2001**. Assunção, 2001. Disponível em: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/Acuerdos/2001/portugues/48-acuerdomarcosobremedioambientedelmercosur-.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

rente diante de uma grande escala de problemas ambientais num território com preciosidade indescritível de recursos naturais e biodiversidade. Vale ressaltar que até o momento, contudo, inexistem normas válidas para todo o Bloco acerca da responsabilidade por danos ambientais transfronteiriços.

No entanto, mesmo havendo diversas manifestações de boas intenções quanto à temática relativa ao ambiente interligando as questões transfronteiriças às águas, não há, no âmbito do Mercosul, nenhuma norma que regule as águas, sobretudo as transfronteiriças. As legislações de cada país sobre a gestão das águas são diferentes e assimétricas entre si, o que gera preocupação para as populações locais e para os próprios governos, no que diz respeito a uma eventual disputa entre “as águas” em razão da escassez desse bem. Por enquanto, os Estados-Membros considerados para este estudo são guiados por princípios universais que transpõem o individualismo de cada país⁴³.

Nesse contexto, que a experiência da União Europeia – como um avanço normativo de cooperação quanto à configuração sobre as questões ambientais e implantação Diretiva da Água (2000/60/CE), as quais ilustram resultados positivos diante de quadro de ação comunitária para o desenvolvimento de políticas integradas de proteção e melhorias do estado das águas com vista a garantir a proteção do ecossistema – funcione adequadamente com a utilização da água⁴⁴. Portanto, que o exemplo da União Europeia

43 PES, João Hélio F. **O MERCOSUL e as Águas** – A Harmonização, via Mercosul das normas de Proteção às Águas Transfronteiriças do Brasil e Argentina. Santa Maria: Editora UFSM, 2005. p. 84.

44 ROSSONI, Hygor Aristides Victor et al. Marcos legais e institucionais para ações de restauração de rios: uma análise das experiências da União Europeia e do Brasil visando à proteção das águas. In: **XIX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos**, 2011, Maceió, 2011. Disponível em: https://www.abrh.org.br/SGCv3/index.php?PUB=3&ID=81&SUMARIO=2438&ST=marcos_legais_e_institucionais_para_acoes_de_restauracao_de_rios_uma_analise_das_experiencias_da_uniao_europeia_e_dobrasil_visando_a_protecao_das_aguas. Acesso em: 17 jul. 2018.



influencie o Mercosul, como um modelo a ser seguindo, implementando, pela harmonização da legislação dos países do Cone do Sul, mecanismos eficazes para a promoção da tutela ambiental e das águas do Bloco.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto atual das águas internacionais vai além das considerações da partilha e de soberania dos Estados-Membros do Mercosul. A problemática pós-moderna sobre as águas transfronteiriças está baseada nos aspectos qualitativos e quantitativos, fatores cruciais a um mundo que cada vez mais necessita de água, sendo este recurso natural mais escasso e mal distribuído, causando concorrências diante do seu acesso, aumentando as tensões políticas e conflitos, e a degradação constante do ecossistema.

A união geopolítica do Mercosul é em sua essência uma integração econômica, para o fortalecimento dos Estados signatários no cenário econômico globalizado. Mesmo se tratando de interação regional para formação do livre comércio e eliminação de barreiras alfandegárias, não poderia se esquivar da questão ambiental, pois a problemática está em ênfase e situada numa lógica polêmica do desenvolvimento sustentável.

A presença da temática ambiental esteve presente nos primeiros passos do Mercosul, influenciados pela pressão dos países desenvolvidos diante de clamor ambiental, afinal a área geográfica que envolve o Estados-Partes do Bloco é de riquíssima biodiversidade e recursos naturais que precisam de medidas urgentes para a preservação, e estas obrigações devem ser compartilhadas entre os seus signatários.

[Ir para o índice](#)

São visíveis as boas intenções e atribuições práticas dirigidas para a proteção ambiental, porém a criação de instrumentos de caráter ambiental poderá ter efeito diverso, ou seja, apenas com a aparência de intenções ambientais momentânea com vistas a apresentar boa imagem para o comércio internacional ou apenas configurar um ensaio para um futuro distante de uma harmonização da legislação ambiental do Cone do Sul.

Os instrumentos normativos de tutela ambiental das águas transfronteiriças no Mercosul não estão consolidados nos acordos existentes, carecendo assim urgentemente do amparo normativo ambiental no que se refere à proteção e preservação do ambiente e das águas internacionais.

Desse modo, verifica-se a necessidade de cooperação regional entre os Estados-Membros do Mercosul e também sobre a criação do quadro normativo de maior grau de eficácia, como ocorre nas diretivas de proteção ambiental em âmbito da União Europeia, que vinculam os Estados-Membros e exigem a aplicabilidade e o efeito direto no plano interno nas políticas ambientais nacionais.

Nessa perspectiva de proteção das águas internacionais, é verificado o exemplo das políticas instituídas pela Diretiva da Água (2000/60/CE), que estabelece um modelo de medidas de gestão, prevenção e redução da poluição das águas, com a utilização de boas práticas centradas em metas que engajem os Estados-Membros para atingir o bom estado ecológico das águas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Paula W. O caso das papeleras no Rio Uruguai: como conciliar a proteção dos recursos naturais partilhados e o desenvolvimento



econômico sustentável? *In*: MOTA, Maurício (coord.). **Função Social do Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 301-323.

BARBOSA, Gustavo Coelho; HAINES, Letícia Ferreira. O Caso das Papelarias. *In*: **Observatório de Negociações Internacionais da América Latina**. Análise semanal das negociações da região. 22 de abril de 2013. Disponível em: <https://onial.wordpress.com/2013/04/22/o-caso-das-papelarias/>. Acesso em: 7 jun. 2015.

BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E. **International law and the environment**. XXVII Oxford: Clarendon Press, 2002.

BIRNIE, Patricia W.; BOYLE, Alan E; REDGWELL, Catherine. **International law and the environment**. 3. ed. Oxford: New York, 2009.

BRASIL. **Acordo – Quadro sobre meio ambiente do Mercosul, de 22 de junho de 2001**. Assunção, 2001. Disponível em: <http://www.mre.gov.py/v1/Adjuntos/mercosur/Acuerdos/2001/portugues/48-acuerdomar-cosobremedioambientedelmercosur-.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2015.

CASTRO, Paulo Jorge Canelas de. Mutações e constâncias do Direito Internacional do Ambiente. **Revista Jurídica do Urbanismo e do Ambiente**. nº 2, dez. Lisboa: Instituto de Direito do Urbanismo e do Ambiente, 1994, p. 145-207.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA **Plantas de Celulosa en el Río Uruguay (Argentina contra Uruguay) (medidas provisionales)** nº 162 e nº163 2003-2007. Disponível em: http://www.icj-cij.org/homepage/sp/files/sum_2003-2007.pdf. Acesso em: 27 jul. 2015.

[ESPÓSITO NETO, Tomaz](#). As águas da discórdia. *In*: **II Encontro Nacional da Associação Brasileira de Estudos de Defesa**; Inst. promotora/

financiadora: Associação Brasileira de Estudos de Defesa, 2008, Niterói, 2008, p. 1-12. Disponível em: <http://saberes.senado.leg.br/course/info.php?id=758>. Acesso em: 30 maio 2015.

FITZMAURICE, Malgosia. The relationship between the law of international watercourses and sustainable development. *In*: MALGOSIA, Fitzmaurice; DAVID M. Ong.; PANOS, Merkouris. **Research Handbook International Environmental Law**. Edward Elgar: Cheltenham, 2010, p. 605-636.

KISS, Alexandre. Direito internacional do ambiente. *In*: **Direito do Ambiente**. Oeiras: Instituto Nacional de Administração, 1994.

NEVES, Miguel Santos. Direito da Água e conflitualidade internacional: implicações do reconhecimento da água como direito humano. **Jurismat. Revista Jurídica do Instituto Superior Manuel Teixeira Gomes**. Portimão, n. 3, nov. 2013, p. 261-291.

ONU. **Declaração de Estocolmo de 1972**. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc. Acesso em: 8 set. 2015.

PES, João Hélio F. **O MERCOSUL e as Águas** – A Harmonização, via Mercosul das normas de Proteção às Águas Transfronteiriças do Brasil e Argentina. Santa Maria: UFSM, 2005.

RAHAMAN, M. M. Principles of international water law: creating effective transboundary water resources management. **International Journal of Sustainable Society**, v. 1, n. 3, 2009, p. 207-223. Disponível em: <http://doi.org/10.1504/IJSSOC.2009.027620>. Acesso em: 15 jul. 2015.

RIBEIRO, Wagner Costa. Aquífero Guarani: gestão compartilhada e soberania. **Estudos Avançados**. 2008, v. 22, n. 64, p. 227-238. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v22n64/a14v2264.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2021.



ROSSONI, Hygor Aristides Victor; PÁDUA, [Valter Lúcio de](#); VAZ, Ciro Lótfi; ROSSONI, [Fernanda Fonseca Pessoa](#). Marcos legais e institucionais para ações de restauração de rios: uma análise das experiências da União Europeia e do Brasil visando à proteção das águas. In: **XIX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos**, 2011, Maceió. Anais XIX Simpósio Brasileiro de Recursos Hídricos, 2011, p. 1-15. Disponível em: https://www.abrh.org.br/SGCv3/index.php?PUB=3&ID=81&SUMARIO=2438&ST=marcos_legais_e_institucionais_para_acoes_de_restauracao_de_rios_uma_analise_das_experiencias_da_uniao_europeia_e_dobrasil_visando_a_protecao_das_aguas. Acesso em: 17 jul. 2018.

SALMAN, S. M. The Helsinki Rules, the UN Watercourses Convention and the Berlin Rules: Perspectives on International Water Law. **International Journal of Water Resources Development**, 23(4), 2007, p. 625–640. Disponível em: <http://www.internationalwaterlaw.org/bibliography/articles/general/Salman-BerlinRules.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2015.

SAMPAIO, Jorge Silva. **Do Direito Internacional do Ambiente à responsabilidade ambiental e os meios de efetivação no âmbito do Direito Internacional**. Disponível em: http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/do_direito_internacional_do_ambiente_a_responsabilidade_ambiental_e_seus_meios_de_efectivacao_no_ambito_do_direito_internacional.pdf. Acesso em: 12 jul. 2015.

SELL, Mariana. Suzuki. Direito Internacional de Águas na Bacia do Prata: Aplicação de Princípios e Regras Procedimentais do Direito Internacional de Águas. In: **Encontro por uma Nova Cultura da Água na América Latina**, 2005, Fortaleza, CE, p. 1-11. Encuentro por una Nueva Cultura del Agua en América Latina, 2005. Disponível em: http://www.capnet-brasil.org/arquivos/env_19_04_07/Direito%20Internacional%20de%20%C1guas%20na%20Bacia%20do%20Prata.pdf. Acesso em: 01 ago. 2015.

Ir para o índice

TASQUETTO, L. S. O Uruguai sob o impacto das papeleras: entre dois caminhos opostos de inserção no cenário internacional. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, v. Ed Esp, p. 77-83, 2007. Disponível em: <http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs-2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/6810/4126#.UXUxv6LrwaM>. Acesso em: 27 ago. 2015.

YAHN FILHO, Armando Gallo. Aproveitamento Hídrico na Bacia do Prata: entre o conflito e a cooperação (de 1966 a 1992). *In*: **Anais do III Encontro da ANPPAS**. Brasília, 2006, p. 01-16. Disponível em: www.anppas.org.br/encontro_anual/.../TA171-05032006-235955.PDF. Acesso em: 25 ago. 2015.



Políticas climáticas en México y Derecho al desarrollo: algunos puntos de desencuentro

Climate change policies in Mexico
and the right to development:
points of divergence

**STEPHANIE VICTORIA ASCENCIO SERRATO
ITZEL RAMOS OLIVARES**

Resumen

El objetivo de la presente investigación es discutir si la política de cambio climático en México, en especial la de reducción de emisiones es congruente con el derecho al desarrollo de los mexicanos. Para ello, se inicia con el análisis del contexto social y ambiental sobre el cual México ha dado una respuesta al cambio climático y los compromisos adquiridos a nivel internacional como consecuencia de su contribución al problema. A continuación, se estudia la política climática nacional y su materialización a través de acciones y políticas de desarrollo bajo en carbono. Posteriormente, se señala desde el punto de vista conceptual y de su evolución en el ámbito internacional, las principales implicaciones del

[Ir para o índice](#)

derecho al desarrollo como un derecho humano, así como la incorporación de este derecho en la normativa nacional. Finalmente, se compara la Reforma Energética, como ejemplo de política climática, con las cuestiones ambientales, sociales y económicas del desarrollo, particularmente en el caso del cambio climático, los pueblos indígenas y distribución de la riqueza, para encontrar puntos de desencuentro. Se concluye que la política climática de México, a pesar de ser ambiciosa, al ser implementada a través de la “Reforma Energética” puede resultar en ciertos casos contraria e incluso violatoria del derecho al desarrollo, así como de otros derechos fundamentales de los mexicanos.

Palabras clave: Política de Cambio Climático. México. Derecho al desarrollo. Desencuentro. Reforma Energética.

Abstract

The objective of this paper is to discuss if Mexican climate change policy, especially emission reduction, is consistent with the right to development of Mexicans. For this, it begins with the analysis of the social and environmental context, which Mexico has responded to climate change and the commitments acquired at international level as a consequence of its contribution to the problem. Latter, it studies the national climate policy and its realization through low-carbon development actions and policies. Subsequently, it analyses from a conceptual point of view, the main implications of the right to development as a human right in the international sphere, as well as the incorporation of this right into national legislation. Finally, it compares the Energy Reform, as an example of climate policy, with the environmental, social and economic development spheres, particularly in the case of climate change, indigenous peoples and wealth distribution



in order to find points of divergence. It concludes that the climate policy of Mexico, despite being ambitious, when is implemented through the “Energy Reform” can result in certain cases contrary and even violate the right to development, as well as other fundamental rights of Mexicans.

Keywords: *Climate Change Policy. Mexico. Right to Development. Points of Disagreement. Energy Reform.*

INTRODUCCIÓN

El cambio climático representa uno de los mayores retos sociales, ambientales y económicos de nuestra actualidad. Al respecto, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC, por sus siglas en inglés) ya ha reconocido la influencia del ser humano en los sistemas climáticos y sus consecuencias. Razón por la cual el cambio climático se ha establecido en las agendas políticas nacionales e internacionales como una cuestión urgente sobre la que es necesaria dar una respuesta. México ha sido reconocido por su compromiso y acciones emprendidas, particularmente en el sector energético, para enfrentar el cambio climático. No obstante, a la vez que estas acciones impactan en el sector energético y económico, también repercuten en el sector social. El avance en la consecución del bienestar de la población ha sido un tema cuestionado al Estado mexicano¹.

El objetivo de la presente investigación es discutir si las políticas de cambio climático en México, especialmente aquellas que promueven la

¹ Ver PNUD, **Informe sobre Desarrollo Humano 2016: Desarrollo Humano para todas las personas**, Nueva York: PNUD, 2016.

transición hacia un desarrollo bajo en carbono, son congruentes con el derecho al desarrollo, como un derecho integrador de los demás derechos fundamentales de los mexicanos. Para ello, se analizó la reforma energética del 2013 como instrumento de implementación de las políticas climáticas en México y su relación con algunas cuestiones ambientales, sociales y económicas, particularmente en el caso del cambio climático, los pueblos indígenas y distribución de la riqueza, para encontrar puntos de desencuentro para contrastar el objetivo de la misma y sus implicaciones en los derechos de los mexicanos.

Para realizar la presente investigación, iniciamos con un análisis del contexto social, económico y ambiental de México y su contribución al problema del calentamiento global, para entender la naturaleza de su respuesta al cambio climático y la justificación de los compromisos adquiridos a nivel internacional a través de las Contribuciones Previstas y Determinadas a Nivel Nacional (INDC, por sus siglas en inglés) presentadas en el 2015 y a nivel nacional, mediante la Ley General de Cambio Climático publicada en el 2012. De los cuales, uno de los principales objetivos es transitar hacia un desarrollo bajo en carbono a través de reemplazar las fuentes fósiles, principalmente el petróleo, por alternativas más limpias.

La segunda parte del estudio, se enfoca en el análisis del concepto de derecho al desarrollo como un derecho humano y su evolución hacia la sostenibilidad en sus tres esferas, económica, social y medioambiental, y el cómo éste se ha incorporado en la normativa nacional. Finalmente, se contrasta la Reforma Energética de 2013, como ejemplo de política climática de México, con algunas cuestiones ambientales, sociales y económicas del país, para encontrar puntos de desencuentro entre esta política pública y el derecho al desarrollo.



1 La situación de México frente al Cambio Climático

1.1 Impactos y vulnerabilidades en el contexto de Cambio Climático

Los impactos del cambio climático, y en especial, del calentamiento global, ya se perciben en todas partes del mundo.² El cambio climático afecta de manera distinta a cada una de las regiones del planeta, ello dependiendo de distintos factores como la intensidad y frecuencia de los eventos climáticos, así como las características sociales, geográficas, la presión demográfica, la pobreza y los recursos naturales disponibles.

En el caso de México, se proyectan temperaturas anuales mayores hasta en 2°C en el norte del país, mientras que en la mayoría del territorio podrían oscilar entre 1 y 1.5°C. Respecto a la precipitación, se proyectó, en general, una disminución de entre el 10 y 20%³. Todo ello con consecuencias económicas, sociales y ambientales muy importantes⁴. Se sabe que el cambio climático impactará principalmente sobre

2 (IPCC) GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas, en: **Quinto informe de evaluación**, Ginebra: Organización Meteorológica Mundial, 2014.

3 MÉXICO. Secretaría de Medioambiente y Recursos Naturales. **Informe de la situación del medio ambiente en México. Compendio de estadísticas ambientales. Indicadores clave, de desempeño ambiental y de crecimiento verde**, 2015. ed. México: [s.n.], 2016; VERBIST, Koen *et al.*, **Atlas de Zonas Áridas de América Latina y El Caribe**, Montevideo: [s.n.], 2010.

4 Existen diversos estudios sobre los impactos del cambio climático en los diferentes sectores de México. *Vid.* GREENPEACE, **Evidencias, impactos, vulnerabilidad y adaptación México ante el cambio climático**, México: [s.n.], 2010; MORENO SÁNCHEZ, Ana Rosa y URBINA SORIA, Javier, **Impactos sociales del cambio climático en México**, México: INE- PNUD, 2008; EZCURRA, Exequiel, Impactos del cambio climático en los ecosistemas marinos, en: **México ante el cambio climático. Evidencias, impactos, vulnerabilidad y adaptación**, México: Greenpeace, 2010, p. 12-19; MAGAÑA, Víctor y GAY, Carlos, Vulnerabilidad y adaptación regional ante el cambio climático y sus impactos ambientales, sociales y económicos, **Gaceta Ecológica**, 2002. p. 7-23.

los recursos hídricos, la seguridad humana, la zona costera, la zona rural y la biodiversidad y ecosistemas naturales⁵. Entre los impactos más significativos para México, se encuentran: reducción en la disponibilidad natural media del agua por afectación en su calidad⁶; aumento de la demanda de agua; sequías más frecuentes; inundaciones que afectarán poblaciones en zonas bajas; disminución de la calidad y bienestar de vida por la pérdida de ganado y productividad de las tierras; aumento de enfermedades transmitidas por vectores, como fiebre amarilla, malaria, dengue, etc.; erosión de playas; pérdida de biodiversidad; deterioro de biodiversidad, entre otros⁷.

Respecto a las condiciones que lo vuelven vulnerable se puede resaltar las condiciones de pobreza y de crecimiento acelerado de su población, asentamientos humanos irregulares en zonas de riesgo, la distribución inequitativa del agua en el territorio, el dominio energético de los

5 Al respecto puede verse el último reporte del IPCC. GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO, Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas, en: **Quinto informe de evaluación**, Ginebra: Organización Meteorológica Mundial, 2014.

6 Para saber más sobre los efectos del cambio climático en el sector de los recursos hídricos véase. MÉXICO. Instituto Mexicano De Tecnología del Agua, IMTA., **Efectos del cambio climático en los recursos hídricos en México. Adaptación al cambio climático**, Mexico: [s.n.], 2012.

7 Al respecto véase: BENJAMÍN ORTÍZ ESPEJEL, NORMA PATRICIA MUÑOZ SEVILLA, Maxime Le Bail, **Reporte Mexicano de Cambio Climático Grupo II**, [s.l.: s.n.], 2014; MAGAÑA y GAY, Vulnerabilidad y adaptación regional ante el cambio climático y sus impactos ambientales, sociales y económicos; GREENPEACE, **Evidencias, impactos, vulnerabilidad y adaptación México ante el cambio climático**; INSTITUTO NACIONAL DE ECOLOGÍA-SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES. **México. Cuarta Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático**. Victor Magaña y Carlos Gay, «Vulnerabilidad y adaptación regional ante el cambio climático y sus impactos ambientales, sociales y económicos», *Gaceta Ecológica*, 2002. p. 7-23.



combustibles fósiles y la gran dependencia económica a los hidrocarburos, la degradación ambiental y el cambio de uso de suelo⁸.

1.2 Contribución de México al problema del cambio climático y su responsabilidad

En el quinto reporte del IPCC (2014)⁹, se reconoció la influencia del ser humano sobre el sistema climático, además de los impactos del cambio climático en los diferentes sistemas¹⁰, invitando a intensificar los esfuerzos para enfrentar el cambio climático y a iniciar negociaciones sobre un nuevo acuerdo internacional¹¹. En diciembre de 2015, mediante el

8 BENJAMÍN ORTÍZ ESPEJEL, NORMA PATRICIA MUÑOZ SEVILLA, Maxime Le Bail, **Reporte Mexicano de Cambio Climático Grupo II**, [s.l.: s.n.], 2014; MAGAÑA y GAY, Vulnerabilidad y adaptación regional ante el cambio climático y sus impactos ambientales, sociales y económicos; GREENPEACE, **Evidencias, impactos, vulnerabilidad y adaptación México ante el cambio climático**; INSTITUTO NACIONAL DE ECOLOGÍA- SECRETARÍA DE MEDIO AMBIENTE Y RECURSOS NATURALES. **México. Cuarta Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático**. Victor Magaña y Carlos Gay, «Vulnerabilidad y adaptación regional ante el cambio climático y sus impactos ambientales, sociales y económicos», *Gaceta Ecológica*, 2002. p. 7-23.

9 Véase. IPCC, (2014 a). *Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad –Resumen para responsables de políticas. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*. Organización Meteorológica Mundial, Ginebra, Suiza.

10 IPCC, (2014 a). *Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad –Resumen para responsables de políticas. Contribución del Grupo de trabajo II al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*. Organización Meteorológica Mundial, Ginebra, Suiza, p. 2.

11 Los reportes del IPCC tienen una importante influencia y relación con la política internacional y nacional de cambio climático. A cada informe le corresponde un avance en el ámbito jurídico del cambio climático. Por ejemplo, al informe de 1990 le corresponde la adopción de la Convención; el informe de 1995 culminó con la adopción del PK; al del 2001, le corresponde los Acuerdos de Marrakech, los cuales definieron aspectos importantes y fundamentales para la implementación del Protocolo de Kioto ; al del 2007 sirvió de base para la adopción del Mandato de Bali , cuyo objetivo era elaborar un acuerdo internacional legalmente vinculante para el periodo post-Kioto a adoptar en Copenhague en el 2009, no obstante el acuerdo se adoptó en el 2010 en la Conferencia de Cancún, con los llamados Acuerdos de Cancún ; finalmente al informe del 2013 le corresponde el cierre de la negociación de un nuevo acuerdo internacional de compromisos vinculantes en París en el 2015.

Acuerdo de París¹², la comunidad internacional acordó “mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de los 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C” con el objetivo de reducir los riesgos y los efectos del cambio climático¹³. Lograr este objetivo, requiere esfuerzo y acciones por parte de los países estados Parte.

Se calcula que México contribuye aproximadamente con el 1.4 % de las emisiones totales globales de CO2 por quema de fósiles, producción de cemento y quema de gases¹⁴. Ello, según cifras del año 2014 de la Agencia Internacional de la Energía (IEA, por sus siglas en inglés) y el Centro de información de Análisis de Dióxido de Carbono (CDIAC, por sus siglas en inglés)¹⁵. Lo cual, lo coloca como el treceavo país con mayores emisiones de CO2¹⁶, mientras que países como China, Estados Unidos de América, India, Rusia y Japón ocupan los cinco primeros lugares, respectivamente¹⁷. Sus emisiones provienen principalmente del sector de energía y, dentro de ésta el transporte, junto con el petróleo y gas predominan como fuentes clave¹⁸.

12 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, **Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático**, [s.l.: s.n.], 2015.

13 Véase. Artículo 2. Párrafo 1, inciso a del Acuerdo de París.

14 MÉXICO, **Intended Nationally Determined Contribution**, [s.l.: s.n.], 2015.

15 Véase. BODEN, Tom; ANDRES, Bob y MARLAND, Gregg, **Ranking of the world's countries by 2014 total CO2 emissions from fossil-fuel burning, cement production, and gas flaring**. Disponible en: http://cdiac.ess-dive.lbl.gov/trends/emis/top2014_tot. Acceso el: 12 nov. 2017.

16 MÉXICO, **Intended Nationally Determined Contribution**.

17 Véase Página del Banco Mundial. Datos de 2013. Disponible en: <http://data.worldbank.org/indicator/EN.ATM.CO2E.KT?contextual=default&end=2013&locations=MX-CN-US-IN-RU-JP-DE-IR-SA-KR-CA-BR-ZA&start=2013&view=bar>. Acceso el: 14 nov. 2017.

18 Véase. MÉXICO. secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, **Programa Especial de Cambio Climático 2014-2018**, Ciudad de México: [s.n.], 2014. MÉXICO. Instituto Nacional de Ecología- Secretaría de Medio Ambiente t Recursos Naturales., **Mexico. Cuarta Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático..**



A pesar de esto, cuando se comparan las emisiones de México de manera individual, respecto al total de emisiones, con países como India y Estados Unidos de América, tiene un impacto menor en el clima¹⁹. Por tanto, dependiendo de los criterios que se utilicen para contabilizar las emisiones, será mayor o menor contribuidor al cambio climático²⁰. Sobre lo anterior, es importante resaltar que, si bien el debate sobre la responsabilidad sigue abierto, lo cierto es que el clima es considerado un bien común²¹ y su protección es una cuestión global más que de países. Por lo que, México tiene un deber de cuidado y responsabilidad solidaria de dar respuesta e impulsar acciones frente al cambio climático.

2 LA MITIGACIÓN COMO COLUMNA VERTEBRAL DE LA POLÍTICA CLIMÁTICA DE MÉXICO

Para reducir los daños provocados por los impactos del cambio climático es necesario reducir la cantidad de dióxido de carbono que entra en la atmósfera²², principalmente proveniente de la quema de combustibles fósiles, como petróleo, carbón y gas natural, en la generación de energía, transporte y otras aplicaciones. Así, México se ha comprometido a nivel internacional y nacional. Aunque, una respuesta integral de cambio cli-

19 MATTHEWS, Damon *et al.*, National Contributions to Observed Global Warming. **Environmental Research Letters**, v. 9, p. 9, 2014.

20 Existen diversos criterios para contabilizar las emisiones de Gases de Efecto Invernadero. Por mencionar, por habitante, por población, por contaminantes de vida corta o bien, una combinación de criterios.

21 Para profundizar más sobre el tema. Véase. PENTINAT, Susana Borràs. El deber de cuidado de los estados frente a los desafíos del cambio climático. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz *et al.* (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 19-52.

22 IPCC, 2014.

mático abarca tanto la estrategia de mitigación como la de adaptación y la política climática mexicana incluya ambas²³. Lo cierto, es que se ha seguido la tendencia internacional²⁴ y optado por priorizar las acciones tendientes a la reducción de los GEI, es decir, de mitigación²⁵.

Por tanto, se analiza la política de mitigación para la transición hacia una economía baja en carbono cuyo objetivo es “...reducir las emisiones nacionales, a través de políticas y programas que fomente la transición a una economía sustentable, competitiva y de bajas emisiones en carbono”²⁶.

2.1 Los compromisos de México para mitigar el cambio climático

A nivel internacional, México se ha comprometido a reducir sus emisiones de GEI a través de la firma y ratificación de tratados como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático²⁷ (CMNUCC en adelante) en 1993, de su protocolo²⁸ (PK en adelante) en el 2000 y del Acuerdo de París²⁹ (AP en adelante) en el 2016. Bajo la CMNUCC, México es considerado un país en vías de desarrollo y, como

23 MÉXICO, *Estrategia Nacional de Cambio Climático, ENACC. Visión 10-20-40*, 2013, p. 109.

24 KHAN, Mizan y ROBERTS, Timmons, *Adaptation and International Climate Policy, Wires Climate Change*, vol. 4, n.º 3, p. 171-189, 2013.

25 SOSA-RODRIGUEZ, Fabiola, Política del cambio climático en México: avances, obstáculos y retos, **Revista Internacional de Estadística y Geografía**, v. 6, n.º 2, p. 1-23, 2015.

26 Véase. Artículo 33 de la LGCC.

27 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, **Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático**, Nueva York: [s.n.], 1992.

28 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, **Protocolo de kyoto de la convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático**, [s.l.: s.n.], 1998.

29 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, **Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático**.



tal, sus compromisos no son vinculantes. Sin embargo, en el 2015 con el AP las responsabilidades para cada uno de los estados Parte cambiaron, en el sentido que es cada una de las partes es quien establece sus compromisos de manera voluntaria para más allá del 2020 a través de los INDC. De esta forma “[...] México asume su responsabilidad global con un compromiso sólido de reducción de gases de efecto invernadero para nutrir el nuevo acuerdo bajo la Convención de Cambio Climático, que se adoptará en la COP de París 2015 [Declaración escrita]”³⁰. En su INDC, se compromete a reducir sus emisiones de GEI en 22% y de carbón negro en un 51% para 2030, comprendiendo la meta combinada de un descenso de las emisiones en un 25% para 2020³¹.

A nivel nacional, el objetivo indicativo³² de mitigación (art. segundo transitorio de la LGCC) es reducir para 2020 un 30% de las emisiones con respecto a la línea base, así como un 50% de reducción de emisiones al 2050 en relación con las emitidas en el año 2000. Dicha Ley también es precisa en cuanto a la contribución que se espera del sector energético, particularmente de la industria eléctrica, la cual deberá promover que al menos el 35% de la generación eléctrica del país provenga de fuentes limpias en 2024. Para poder cumplir con las metas establecidas en el orden internacional y nacional, México estableció una política de desarrollo

30 Declaración de Enrique Peña Nieto, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos Cumbre Climática, Nueva York, Estados Unidos, 23 de septiembre de 2014. Citado en MÉXICO, **Intended Nationally Determined Contribution**.

31 MÉXICO, **Contribución Prevista y Determinada a Nivel Nacional de México, INDC, de 30 de marzo de 2015**, Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático. Disponible en: http://www.semarnat.gob.mx/sites/default/files/documentos/mexico_indc_espanolv2.pdf. Acceso el: 1 ago. 2016.

32 Se trata de una meta condicionada al establecimiento de un régimen internacional que disponga de mecanismos de apoyo financiero y tecnológico por parte de los Países desarrollados.

bajo en carbono, que se centra primordialmente en la transformación del sector energético y su descarbonización³³.

2.2 La reforma energética como motor para la transición hacia un desarrollo bajo en carbono

Como se ha visto, la economía y producción de energía de México depende del crudo³⁴. Por tanto, resulta lógico y clave tomar medidas en este sector. La principal, fue la reforma constitucional en materia de energía de diciembre de 2013³⁵. La cual, consistió en modificar 3 artículos constitucionales (25, 27 y 28) y la incorporación de 21 artículos transitorios para la promulgación de leyes secundarias en materia de energía. Junto con la reforma energética se contempla la modificación de 12 leyes vigentes y la creación de 9 más.

Aunque la reforma energética tiene como objetivo primordial aumentar la producción de petróleo crudo y gas natural con la justificación de fortalecer la soberanía nacional y la seguridad energética del país³⁶. No es objetivo del presente trabajo discutir dichos aspectos. Sin embargo, diversos autores distan en dicha justificación al sostener que la reforma

33 La descarbonización profunda, se basa principalmente en tres columnas: i) la eficiencia y el ahorro energético; ii) electricidad baja en carbono y; iii) sustitución de fuentes fósiles por alternativas más limpias. Vid. SACHS, Jeffrey D. *et al.*, *Pathways to deep decarbonization*, 2014.

34 Véase. (IEA), International Energy Agency, **Mexico Energy Outlook**, Paris, France: OECD/IEA, 2016.

35 MÉXICO, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía de 20 de diciembre de 2013.

36 GOBIERNO DE LA REPÚBLICA, **Reforma Energética**. Disponible en: <http://presidencia.gob.mx/reformaenergetica/#!por-que-reforma>. Acceso el: 25 may 2017.



energética beneficiará especialmente a las empresas petroleras transnacionales y a la seguridad energética de Estados Unidos de América³⁷.

Dentro de la reforma, existe un eje de “Sustentabilidad y Protección del Medio Ambiente” que establece la posibilidad de mitigar los efectos negativos que la producción y el consumo de energías fósiles puedan tener sobre la salud y el medio ambiente, mediante la mayor disponibilidad de fuentes de energía más limpias. Por lo que a través de esta reforma se apuesta por la transición hacia un modelo de bajo carbono que contribuya sustancialmente a la mitigación de GEI³⁸.

2.2.1 La transición hacia energías más limpias y los hidrocarburos no convencionales

Un rasgo distintivo de esta reforma en materia de energía eléctrica es la incorporación de energía limpia en ella. La Ley de Transición Energética (LTE) establece que el 35% de la generación eléctrica provenga de fuentes limpias en 2024 y desempeña un papel crucial para el cumplimiento de los compromisos. Esta Ley, establece en su artículo segundo, el objetivo de prever el incremento gradual de la participación de las Energías Limpias en la Industria Eléctrica para cumplir las metas establecidas en materia de generación de energías limpias y de reducción de emisiones.

37 Para más información véase por ejemplo: IBARRA SARLAT, Rosalía, El cambio climático y la reforma energética en México: entre los compromisos internacionales y la realidad nacional, *en*: ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol; ROUX, Ruth y GARCÍA RIVERA, Enoc Alejandro (Eds.), **Reforma en materia de hidrocarburos. Análisis jurídicos, sociales y ambientales en prospectiva**, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Tamaulipas, 2017, p. 123.

38 CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA, **La Reforma Energética**, Ciudad de México: [s.n.], 2013, p. 45.

Así como, establecer mecanismos de promoción de las mismas. Dicha Ley, apoya el objetivo de la LGCC en cuanto metas de reducción de emisiones de GEI y de generación de electricidad provenientes de fuentes de energía limpia. En este sentido, México introduce el término de energía limpia³⁹ y entiende al gas natural y al *shale gas* como una opción de energía más limpia que la proveniente de fósiles.

El gas natural permitiría usar tecnologías más eficientes de generación eléctrica, lo que significa menores costos y ahorro de energía, además de mayores beneficios ambientales con respecto al petróleo, sobre todo en la reducción de emisiones de azufre, partículas y GEI⁴⁰. Sin embargo, la capacidad del Estado Mexicano para impulsar nuevos proyectos de inversión en campos no convencionales, como los de aguas profundas y los de lutita ha sido limitada y, por tanto, de acuerdo con el Plan Nacional de Desarrollo⁴¹ se requiere un nuevo marco institucional que permita al Estado aumentar su capacidad para producir energía más barata y de manera más eficiente, a fin de asegurar el abasto para la economía.

En este sentido, México plantea dentro de su política de cambio climático y de desarrollo, al *gas shale* como una opción de energía limpia que puede llegar a sustituir los hidrocarburos convencionales. Sin embargo, como más adelante se analizará, el impulso de este tipo de medidas puede tener más impactos negativos que virtudes.

39 Las Energías Limpias son definidas en la Ley de la Industria Eléctrica.

40 SHEINBAUM PARDO, Claudia, La reforma energética en el contexto internacional, en: CARDENAS GRACIA, Jaime (Ed.), **Reforma energética. Análisis y consecuencias**, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Tirant lo blanch, 2015, p. 97-118.

41 GOBIERNO DE LA REPÚBLICA, **Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018**, México: [s.n.], 2013, p. 78.



3. DERECHO AL DESARROLLO

El derecho al desarrollo es un tema bastante estudiado. No es objeto del presente trabajo profundizar sobre el origen de su discusión en el derecho internacional, ni en su valor, contenido e implicaciones jurídicas, sino más bien, es un repaso conceptual y de su evolución en el ámbito internacional, lo que nos servirá de marco de referencia para analizar lo relativo a México: un país con una importante diversidad biológica y cultural, pero a la vez con un elevado índice de pobreza y desigualdad social y económica.

3.1 El derecho al desarrollo como un derecho humano

El derecho al desarrollo como un derecho humano emerge de la mano con otros derechos de la tercera generación llamados también “*solidarity rights*”⁴². El desarrollo no es concebido únicamente como sinónimo de crecimiento económico, sino que tal como lo define las Naciones Unidas en su Declaración, implica además otras esferas como la social, cultural y política en las que puedan realizarse plenamente todos los demás derechos humanos y libertades fundamentales⁴³, a las que se añade actualmente la “dimensión ecológica” convirtiéndose así en un concepto pluridimensional⁴⁴.

42 ALSTON, Philip, A third generation of solidarity rights: progressive development of obfuscation of international human rights law?, **Netherlands international law review**, vol. 29, p. 307-322, 1982.

43 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, de la Asamblea General de las Naciones Unidas., 1986.

44 CHUECA SANCHO, Angel G., El derecho al desarrollo en el ámbito internacional, en: **Desarrollo, maldesarrollo y cooperación al desarrollo: Africa subsahariana: Seminario de Investigación para la Paz**, España: Diputación General de Aragón, Departamento de Educación y Cultura, 1997, p. 25-44.

El derecho al desarrollo ha sido concebido como “la síntesis de todos los derechos del hombre. Si los derechos del individuo enunciados en la Declaración Universal no son respetados, (...) el desarrollo es imposible y el derecho que todo hombre tiene al respecto no puede considerarse verdaderamente existente”⁴⁵. Sin embargo, son más los autores que defienden la postura de que el derecho al desarrollo es más que la síntesis o suma de los demás derechos humanos reconocidos, aunque evidentemente no puede disociarse de estos. Pérez González⁴⁶ por ejemplo, defiende que además de esta síntesis, el derecho al desarrollo representa los “medios para la realización del ser humano, sirviendo así de cobertura ético-jurídica a los distintos derechos humanos”.

El derecho al desarrollo, como derecho humano, contiene al menos cuatro elementos constitutivos⁴⁷. Uno de estos elementos concierne a su vinculación con el resto de los derechos humanos de la tercera generación, y es aquí que encontramos una conexión entre el derecho al desarrollo y el derecho al medio ambiente saludable. A pesar de que el concepto de “sostenibilidad” no aparece en la Declaración de 1986, como veremos más adelante, se ha vuelto un elemento básico del derecho al desarrollo.

45 GROS ESPIELL, Héctor, **El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana.**, Monterrey, México: Universidad de Nuevo León, 1979.

46 PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel, **El derecho al desarrollo como derecho humano, en: El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos**, Madrid: Editorial Complutense, 1991, p. 79-97.

47 Vid. GÓMEZ ISA, Felipe, **El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional**, 1999, p. 175-214.



3.2 Evolución del derecho al desarrollo en el plano internacional: El desarrollo sostenible

El vínculo entre el medio ambiente y el desarrollo fue planteado por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano celebrada en Estocolmo en 1972. Fue en este escenario en donde se reconoció también el derecho humano al medio ambiente⁴⁸ y se diseñaron las conexiones con el crecimiento económico⁴⁹. No obstante, la noción de “desarrollo sostenible” fue popularizada hasta 1987, tras la publicación del Informe “Nuestro Futuro Común” de la Comisión Mundial para el Medio Ambiente y el Desarrollo, en donde se vincula claramente todo proceso de desarrollo con el respeto al medio ambiente, así este derecho desde la perspectiva de la sostenibilidad debe ser entendido como aquel que “satisfaga las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”⁵⁰.

En la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo⁵¹ se vuelve a proclamar el derecho humano al desarrollo pero esta vez el tema es vinculado al medio ambiente. En este documento, se limita el ejercicio de este derecho de las generaciones presentes, al prever las necesidades de las generaciones futuras; asimismo, se considera la protección del medio ambiente como parte integrante del proceso de

48 Principio 1 *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (Estocolmo, 1972).

49 Proclamación 6. *Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano* (Estocolmo, 1972).

50 Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo y Gro Harlem Brundtland, *Nuestro futuro común* (Madrid: Alianza, 1992), p. 29.

51 Aprobada por la Naciones Unidas Durante la Cumbre de Río de Janeiro celebrada del 3 al 14 de junio de 1992.

desarrollo. Posteriormente, en la Conferencia de Viena de 1993 sobre Derechos Humanos⁵², se reafirma el derecho al desarrollo como un derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales, y se confirma lo establecido en la Declaración de Río sobre el desarrollo sostenible.

De esta manera, el derecho al desarrollo queda configurado como el derecho al desarrollo sostenible, que ha sido definido como “un método para resolver los problemas globales”⁵³ por medio de la interacción de tres sistemas complejos: la economía, la sociedad, y el medio ambiente globales.

4. LA AGENDA DEL DESARROLLO (SOSTENIBLE) EN MÉXICO

El concepto de desarrollo sostenible o “sustentable” ha tenido su influencia en la política nacional, el cual ha sido recogido en diversas políticas, leyes, y otros instrumentos normativos. El derecho al desarrollo sostenible como un derecho humano es más o menos reciente⁵⁴, está constituido en México dentro del artículo 25 de la Constitución Política, al determinar que:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable⁵⁵, que

52 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, 1993.

53 SACHS, Jeffrey D. y VILÀ (TRADUCCIÓN), Ramón, **La era del desarrollo sostenible**, Barcelona, España: Deusto, 2015.

54 Fue mediante Decreto modificatorio de 10 de junio de 2011 que se incluyó la Denominación de “Derechos Humanos y sus Garantías” al primer Capítulo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

55 El término “sustentable” fue incorporado al texto constitucional mediante el Decreto de reforma publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de junio de 2013. Conforme a la definición brindada en el artículo 3, fracción XI de la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, el término de “desarrollo sustentable” utilizado en la normativa mexicana, es equiparable al de “desarrollo sostenible”.



fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución [...].

Si bien se ha incluido el concepto de desarrollo sustentable dentro de la parte dogmática de la Constitución que contiene los derechos fundamentales de los individuos, el tratamiento en su descripción es más bien de la facultad del Estado para conducir lo que Andrade Sánchez⁵⁶ denomina el “mejoramiento económico, social y cultural de los ciudadanos”.

Del párrafo citado se puede extraer algunos puntos importantes. En primer lugar, se habla de la “rectoría del desarrollo”, esto quiere decir que el Estado es quien conducirá la actividad económica. En segundo lugar, determina que el desarrollo debe ser “integral y sustentable”, lo que implicaría de acuerdo al análisis de los conceptos anteriormente vistos, que debería incluir a toda la población y territorio nacional, y promover la interacción entre los sistemas complejos de la economía, la sociedad y el medio ambiente físico de la Tierra. En tercer lugar, se habla del fortalecimiento de la Soberanía Nacional, el régimen democrático y una distribución más justa del ingreso y la riqueza, esto implica según Andrade Sánchez⁵⁷, por una parte, la posibilidad efectiva de autodeterminarse y asegurar por ejemplo “el aprovechamiento por parte de los mexicanos a sus propios recursos naturales; la preservación de la riqueza generada

56 ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, **Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos : comentada**, México: Oxford University Press, 2011.

57 ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, **Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos : comentada**, México: Oxford University Press, 2011. p. 62.

por el país; el afianzamiento de la cultura nacional; [y] la capacidad de proporcionar a todos, los satisfactores básicos [...]”, y por otra parte, el proceso de desarrollo debe ser fundado en la participación popular de manera que “todos los sectores sociales puedan intervenir en la toma decisiones y al mismo tiempo que los beneficios del desarrollo se distribuyan de tal manera que alcancen a toda la población”.

Por último, el “pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales” es entendido como el fin del Estado al garantizar el proceso democrático del que se habló en supralíneas, concibiendo la libertad no sólo como la posibilidad de elegir entre varias opciones, sino también como “la capacidad real de que a partir de condiciones dignas de vida, se haga efectivamente factible escoger entre diversas alternativas”⁵⁸.

Por su parte, la Ley General del Equilibrio y Protección al Ambiente⁵⁹, en su definición de desarrollo sustentable, incorpora además de la cuestión económica, criterios de carácter ambiental y social. Al mismo tiempo, instauro como principio de política ambiental, que la erradicación de la pobreza es necesaria para lograr el desarrollo sustentable.

5. DERECHO AL DESARROLLO VERSUS POLÍTICAS CLIMÁTICAS MEXICANAS

En el presente apartado se analizará concretamente si las políticas cli-

58 ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, **Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos : comentada**, México: Oxford University Press, 2011. p. 62.

59 Art. 3 Fracción XI. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente (última reforma publicada en el DOF el 24 de enero de 2017), 1988.



máticas en México y la ejecución de las mismas atienden a los preceptos marcados. Como ejemplo más reciente de política climática tomaremos como referencia la reforma constitucional de 2013 en materia de energía más conocida como “Reforma Energética” de la que se ha hablado anteriormente, y analizaremos en qué medida pueden existir contradicciones con las cuestiones ambientales, sociales y económicas que repercutan en el derecho al desarrollo de los mexicanos.

5.1 Reforma energética y cambio climático: la dimensión ambiental

Se ha reconocido que la reforma energética conlleva un aumento en las actividades relacionadas con la producción de hidrocarburos y que por lo tanto es probable el incremento de las emisiones GEI provenientes de este sector⁶⁰. En este contexto, encontramos una contradicción entre el discurso de la transición hacia una economía baja en carbono a través de la reducción de los GEI, y las perspectivas de aumento de la producción de combustibles fósiles. La reforma energética y la legislación climática en México, tal como concluye Ibarra Sarlat (2017)⁶¹, resultan por tanto, contrarios a los derechos humanos que se ven vulnerados ante el cambio climático como pueden ser el derecho a la vida, a gozar de un medio ambiente sano, a la salud, entre otros, y por tanto contraviene el derecho al desarrollo como derecho integrador de los mismos.

60 México, «Programa Especial de Cambio Climático» (México, 2014), 31.

61 IBARRA SARLAT, El cambio climático y la reforma energética en México: entre los compromisos internacionales y la realidad nacional.

5.2 Reforma energética y pueblos indígenas: la dimensión social

En México viven alrededor de 16 millones de indígenas⁶² cuya principal actividad económica es la agricultura⁶³; el territorio, además de representar su fuente de alimentación y trabajo, constituye una parte esencial en la historia, identidad y la vida misma de dichas comunidades, vinculado generalmente a tradiciones y valores míticos⁶⁴.

A nivel internacional, existen distintos mecanismos jurídicos de protección al territorio indígena⁶⁵. La consulta libre, de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o conseguir el consentimiento, es uno de estos mecanismos⁶⁶. En el plano nacional, México incluye dentro del artículo 2 la Constitución, cuestiones relativas al reconocimiento de los pueblos indígenas, así como derechos de propiedad de la tierra y el territorio, aunque a la vez impone ciertas restricciones a los mismos, con lo cual la garantía de estos derechos puede verse viciada en su efectiva aplicación⁶⁷.

62 COMISIÓN NACIONAL PARA EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS, **Nombres de lenguas, pueblos y distribución**. Disponible en: http://www.cdi.gob.mx/index.php?option=com_content&view=article&id=758&Itemid=68. Acceso el: 15 nov. 2017.

63 INEGI, *La población indígena en México* (México, 2004), 100-104.

64 NAVARRETE LINARES, Federico, **Los Pueblos Indígenas de México. Pueblos Indígenas del México Contemporáneo**, México, D.F.: CDI, 2008.

65 Véase, por ejemplo el artículo 15.1. OIT-ONU, **Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.**, Lima, Perú: OIT, 2012.

66 Véase, por ejemplo CIDH, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. Sentencia 28 nov. 2007.

67 RAMOS OLIVARES, Itzel, Fracking: Una nueva amenaza a los derechos territoriales de los pueblos indígenas de México, **Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales**, v. 11, 2016.



La reforma energética de 2013 fue promulgada sin mediar participación pública, y especialmente cabe mencionar la ausencia de consulta indígena. Esta última cobra mayor relevancia debido a que una de las características primordiales de la reforma energética es que el Estado pueda llevar a cabo la explotación de los hidrocarburos y la generación de energía a través de contratos con el sector privado⁶⁸, con lo cual se espera un incremento en la ejecución de mega proyectos de energía que en algunos casos, comprometen parte del territorio indígena⁶⁹.

La reforma energética puede afectar a los pueblos indígenas de varias maneras, por ejemplo, las actividades de exploración y explotación de los hidrocarburos son de “carácter estratégico”⁷⁰, con lo cual priman sobre cualquier otra actividad que implique el uso de la superficie o subsuelo de los terrenos afectados, y esto incluye las actividades que los pueblos indígenas realicen sobre el territorio.

Mediante la figura de “ocupación temporal”⁷¹, los derechos sobre los bienes o terrenos que puedan tener los pueblos indígenas, podrían verse suspendidos en tanto que se realicen las actividades de exploración y

68 Antes de la reforma Constitucional del 2013, los hidrocarburos eran propiedad de la Nación y las actividades relacionadas con las mismas eran exclusivas del Estado, no permitiéndose las concesiones. Actualmente, aunque en el texto constitucional (artículo 27) continúa estableciéndose la propiedad de los hidrocarburos a la Nación y prohibiéndose las concesiones, abre la puerta al sector privado (nacional o extranjero), para que a través de contratos puedan llevar a cabo dichas actividades.

69 CARTOCRÍTICA, **Hidrocarburos**: Ronda cero y ronda uno. Disponible en: <http://www.cartocritica.org.mx/2014/hidrocarburos-ronda-cero-y-ronda-uno/>. Acceso el: 13 jul. 2017.

70 Funciones que son ejercidas exclusivamente por el Estado para el interés público.

71 “Ley de Hidrocarburos...” *cit.*, artículo 101 fracción V.

explotación de los hidrocarburos, esto cobra aún más relevancia al considerar que la reforma energética ha dejado la puerta abierta al *fracking*⁷², técnica que ha sido bastante polémica debido a los posibles impactos y riesgos ambientales que puedan producirse con su implementación⁷³. Esto podría implicar la posibilidad de que una vez concluida la actividad exploratoria y/o extractiva, y los terrenos sean devueltos a sus propietarios, éstos se encuentren contaminados y por lo tanto afecten el desarrollo de otro tipo de actividades productivas.

5.3 Reforma energética y distribución de la riqueza (pobreza): la dimensión económica

La experiencia de privatizaciones en México como parte del proceso neoliberal iniciado en los años 80 ha tenido como resultado, entre muchos otros, la desigualdad social como consecuencia de la concentración de la riqueza. A pesar de que la economía en México en los últimos años ha tenido poco crecimiento, se puede decir que existe cierta estabilidad económica, por no llamarle estancamiento. Sin embargo el gran problema reside en la distribución de los ingresos, por ejemplo en 2012 el 10% de la población más rica concentraba el 62% de los ingresos del país⁷⁴.

72 La Ley de Hidrocarburos incluye dentro las actividades de exploración y explotación, la perforación de pozos y la inyección de yacimientos.

73 Existe evidencia de contaminación del agua subterránea por metano asociada con la extracción del gas de esquisto de las formaciones de Catskill y Lockhaven que cubre el yacimiento de gas de esquisto Marcellus en Pensilvania y el Grupo Genessee que cubre el yacimiento de gas de esquisto Utica en Nueva York, EEUU.

74 (INEGI), Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares 2014.



La reforma energética promueve la inversión extranjera a través de distintos incentivos, con el propósito de fomentar el crecimiento económico del país, sin embargo las experiencias privatizadoras nos muestran que estas inversiones en realidad no se traducen en un mayor crecimiento económico ni en un bienestar social, sino que por el contrario, acentúan la polarización de la distribución del ingreso a favor de los mismos inversionistas⁷⁵.

La privatización del sector hidrocarburos ha sido un punto cuestionable de la reforma energética. Pese a esto, de acuerdo con lo determinado en la Constitución, la nación sigue manteniendo la propiedad de los hidrocarburos, aunque comparte el reparto de la renta con empresas privadas y permite que éstas –incluyendo las corporaciones extranjeras– reporten para efectos contables y financieros la asignación o el contrato correspondiente así como sus beneficios esperados⁷⁶. En línea con lo anterior, es posible que se genere una mayor concentración del ingreso y de transferencia de la riqueza al extranjero, atenuando así la pobreza de la mayoría de la población mexicana.

CONSIDERACIONES FINALES

Se reconoce la respuesta ambiciosa de México para enfrentar el cambio climático. Sin embargo, queda clara la preferencia y priorización de la mitigación frente a la adaptación. La reflexión respecto a este punto,

75 GUILLÉN, Arturo, México, ejemplo de las políticas anti-desarrollo del Consenso de Washington, **Estudios Avanzados**, vol. 26, n.º 75, p. 57-76, 2012.

76 Artículo quinto transitorio. MÉXICO, Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía de 20 de diciembre de 2013.

resulta en la priorización que tendría México como país altamente vulnerable frente a su contribución al cambio en el clima por sus emisiones. El guiar la respuesta de manera desproporcionada puede traer cuestiones de injusticias más que de bienestar en la población. México, efectivamente tiene una responsabilidad resultado de su contribución, pero también es cierto que los impactos del cambio climático han impactado de tal manera, que requiere una respuesta más ambiciosa no solo en término de mitigación, sino de adaptación.

Ahora bien, al implementar la política climática de México a través de la “Reforma Energética” como un impulsor para conseguir la transición hacia un desarrollo bajo en carbono, puede resultar contraria e incluso violatoria del derecho al desarrollo, así como de otros derechos fundamentales de los mexicanos. La razón es la preferencia de las cuestiones económicas frente a las sociales y ambientales. En este sentido, la reforma energética más que motor de transición hacia un desarrollo sustentable, inclusive bajo en carbono, ha servido como estandarte para legitimar acciones que de una u otra forma han violentado derechos de los mexicanos.

Por lo que es posible decir que en la práctica y realidad existe una contradicción y tensión entre asegurar un desarrollo o crecimiento bajo en carbono a través de la explotación del *shale gas* o respetar el derecho al desarrollo de los habitantes de México. Sobre este punto, si bien México ha incorporado el derecho humano al desarrollo sostenible dentro de su normativa nacional, lo ha hecho de manera conceptual y al momento de la práctica existen contradicciones.

La reforma energética de 2013 es una muestra de lo anterior, observamos cómo a través de la misma se legitiman acciones que son contrarias al desarrollo sostenible y por sí mismas violatorias de derechos



humanos. Un aumento en las emisiones de CO₂, afectaciones al medio ambiente, violaciones a los derechos de los pueblos indígenas y la desigualdad en la distribución de los ingresos, evidentemente impiden el desarrollo sostenible de la sociedad. Con lo cual, el Estado afronta grandes desafíos en la garantía del desarrollo sostenible como derecho humano.

REFERENCIAS

ALSTON, Philip. A third generation of solidarity rights: progressive development of obfuscation of international human rights law? **Netherlands international law review**, vol. 29, p. 307-322, 1982.

ÁLVAREZ VITA, Juan. Instituto Interamericano de Derechos Humanos e Instituto Peruano de Derechos Humanos. **Derecho al desarrollo**. Lima: Cultural Cuzco, 1988.

ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo. **Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos**: comentada. México: Oxford University Press, 2011.

CABRERA, Sergio. Las reformas en México y el TLCAN. **Revista Problemas del Desarrollo**, v. 180, n.º 46, p. 77-101, 2015.

CARTOCRÍTICA. Investigación, Mapas y Datos para la Sociedad Civil. **Hidrocarburos: Ronda cero y ronda uno**. Disponible en: <http://www.cartocritica.org.mx/2014/hidrocarburos-ronda-cero-y-ronda-uno/>. Acceso el: 13 jul. 2017.

CASTRO, Gerardo; CORIA, Ana Lilia y MARTÍNEZ, María Concepción. Sectores económicos claves y servicios. En: GAY, Carlos; COS, Angelina y PEÑA, Claudia (Eds.). **Reporte Mexicano de Cambio Climático. Grupo II Impactos, vulnerabilidad y adaptación**. México: Pinnac, 2015, p. 227-40.

(CESOP). CENTRO DE ESTUDIOS SOCIALES Y DE OPINIÓN PÚBLICA. **La Reforma Energética en la opinión pública**. Reporte de Investigación. Ciudad de México: [s.n.], 2013.

CHUECA SANCHO, Angel G. El derecho al desarrollo en el ámbito internacional. *En: Desarrollo, maldesarrollo y cooperación al desarrollo: Africa subsahariana: Seminario de Investigación para la Paz*. España: Diputación General de Aragón, Departamento de Educación y Cultura, 1997, p. 25-44.

(CIDH) Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso del Pueblo Saramaka vs . Surinam. Sentencia 28 nov. 2007.

COMISIÓN MUNDIAL DEL MEDIO AMBIENTE Y DEL DESARROLLO y BRUNDTLAND. **Nuestro futuro común**. Madrid: Alianza, 1992.

EZCURRA, Exequiel. Impactos del cambio climático en los ecosistemas marinos. *En: México ante el cambio climático. Evidencias, impactos, vulnerabilidad y adaptación*. México: Greenpeace, 2010, p. 12-19.

GÓMEZ ISA, Felipe. **El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional**. España: Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto, 1999. Disponible en: <http://observatoridesc.org/files/cap11.pdf>. Acceso el: 8 ag. 2017.

GREENPEACE. **Evidencias, impactos, vulnerabilidad y adaptación México ante el cambio climático**. México: [s.n.], 2010. Disponible en: <http://www.greenpeace.org/mexico/Global/mexico/report/2010/6/vulnerabilidad-mexico.pdf>. Acceso el: 8 jul. 2016.

GROS ESPIELL, Héctor. **El derecho al desarrollo como un derecho de la persona humana**. Monterrey, México: Universidad de Nuevo León, 1979.



(IPCC) GRUPO INTERGUBERNAMENTAL DE EXPERTOS SOBRE EL CAMBIO CLIMÁTICO. Cambio climático 2014: Impactos, adaptación y vulnerabilidad. Resumen para responsables de políticas. En: **Quinto informe de evaluación**. Ginebra: Organización Meteorológica Mundial, 2014.

GUILLÉN, Arturo. México, ejemplo de las políticas anti-desarrollo del Consenso de Washington. **Estudios Avanzados**, vol. 26, n.º 75, p. 57-76, 2012.

HOEGH-GULDBERG, Ove *et al.* Coral reef under rapid climate change and ocean acidification. **Science**, n.º 318, p. 1737-1742, 2007.

IBARRA SARLAT, Rosalía. El cambio climático y la reforma energética en México: entre los compromisos internacionales y la realidad nacional. En: ANGLÉS HERNÁNDEZ, Marisol; ROUX, Ruth y GARCÍA RIVERA, Enoc Alejandro (Eds.). **Reforma en materia de hidrocarburos. Análisis jurídicos, sociales y ambientales en prospectiva**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de Tamaulipas, 2017, p. 103-126.

(INEGI), Instituto Nacional de Estadística y Geografía. **Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares 2014**. 2014. Disponible en: <http://www.beta.inegi.org.mx/proyectos/enchogares/regulares/enigh/tradicional/2014/default.html>. Acceso el: 25 nov. 2017.

(INEGI) Instituto Nacional de Geografía . **La población indígena en México**. México: [s.n.], 2004.

KHAN, Mizan y ROBERTS, Timmons. Adaptation and International Climate Policy. **Wires Climate Change**, v. 4, n.º 3, p. 171-189, 2013.

MAGAÑA, Víctor y GAY, Carlos. Vulnerabilidad y adaptación regional ante el cambio climático y sus impactos ambientales, sociales y económi-

cos. **Gaceta Ecológica**, p. 7-23, 2002. Disponible en: <http://www2.ine.gob.mx/descargas/cclimatico/vulnerabilidad.pdf>. Acceso el: 25 nov. 2017.

MATTHEWS, Damon *et al.* National Contributions to Observed Global Warming. **Environmental Research Letters**, v. 9, p. 9, 2014.

MÉXICO. Comisión Nacional para el desarrollo de los Pueblos Indígenas. **Nombres de lenguas, pueblos y distribución**, 2010. Disponible en: <https://mujersonora.files.wordpress.com/2011/05/pueblos-indc3adgenas-cdi.pdf>. Acceso el: 22 nov. 2017.

MÉXICO. Comité Asesor Nacional Sobre Especies Invasoras. **Estrategia nacional sobre especies invasoras en México, prevención, control y erradicación**. México: Comisión Nacional de Áreas Protegidas, Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, 2010.

MÉXICO. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. **Pobreza en México**. Medición de la pobreza, 2016. Disponible en: <http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/Pobrezalnicio.aspx>. Acceso el: 10 nov. 2017.

MÉXICO. **Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Energía. Reforma Energética**. Diario Oficial de la Federación, Poder Ejecutivo, México, 20 dic. 2013. Única Sección.

MÉXICO. **Estrategia Nacional de Cambio Climático. Estrategia Nacional de Cambio Climático, ENACC. Visión 10-20-40**. Diario Oficial de la Federación, Poder Ejecutivo, México, 3 mar. 2013. Tercera Sección.

MÉXICO. Instituto Mexicano de Tecnología del Agua, IMTA. **Efectos del cambio climático en los recursos hídricos en México. Adaptación al cambio climático**. Mexico: [s.n.], 2012.



MÉXICO. Instituto Nacional de Ecología; Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales. **Mexico. Cuarta Comunicación Nacional ante la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.** México: [s.n.], 2009. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/164168/Cuarta_Comunicacion_Nacional.pdf. Acceso el: 27 sep. 2017.

MÉXICO. **Intended Nationally Determined Contribution.** [s.l.: s.n.], 2015. Poder Ejecutivo, México Disponible en: <http://www4.unfccc.int/submissions/INDC/PublishedDocuments/Mexico/1/MEXICOINDC03.30.2015.pdf>. Acceso el: 30 nov. 2017.

MÉXICO. **Ley de la Industria Eléctrica, la Ley de Energía Geotérmica y se adicionan y reforman diversas disposiciones de la Ley de Aguas Nacionales.** Diario Oficial de la Federación, Poder Ejecutivo, México 11 ag. 2014. Primera Sección.

MEXICO. **Ley General de Cambio Climático.** Diario Oficial de la Federación, Poder Ejecutivo, México, 6 de en. 2012. Segunda Sección.

MÉXICO. **Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente.** Diario Oficial de la Federación, Poder Ejecutivo, México, 28 en. 1988.

MÉXICO. **Programa Especial de Cambio Climático 2014-2018 (PECC).** Diario Oficial de la Federación, Poder Ejecutivo, México, 28 abr. 2014. Segunda Sección.

MÉXICO. Secretaría de Agricultura, Ganadería, Desarrollo Rural, Pesca y Alimentación, SAGARPA y Organización para la Agricultura y Alimentación, FAO. **México: el sector agropecuario ante el desafío del cambio climático.** México: [s.n.], 2012.

MÉXICO. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, SEMARNAT. **Pérdida y alteración de los ecosistemas**. Sistema Nacional de Información Ambiental y de Recursos Naturales SNIARN. Disponible en: http://www.semarnat.gob.mx/archivosanteriores/informacionambiental/Documents/05_serie/yelmedioambiente/2_perdida_alteracion_v08.pdf. Acceso el: 10 ago. 2016.

MÉXICO. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, SEMARNAT. **Inventario Nacional de Emisiones de Gases de Efecto Invernadero 1990-2010**. 2013. Disponible en: http://www.inecc.gob.mx/descargas/cclimatico/inf_inegei_public_2010.pdf. Acceso el: 15 nov. 2017.

MÉXICO. Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, SEMARNAT. **Programa Especial de Cambio Climático 2014-2018**. Ciudad de México, 2014. Disponible en: http://www.semarnat.gob.mx/sites/default/files/documentos/transparencia/programa_especial_de_cambio_climatico_2014-2018.pdf. Acceso el: 30 nov. 2017.

MÉXICO. Secretaría de Medioambiente y Recursos Naturales, SEMARNAT. **Informe de la situación del medio ambiente en México. Compendio de estadísticas ambientales. Indicadores clave, de desempeño ambiental y de crecimiento verde**, México, 2015. Disponible en: https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/161446/Cap_CC_completo.pdf. Acceso el: 8 sep. 2017

MORENO SÁNCHEZ, Ana Rosa y URBINA SORIA, Javier. **Impactos sociales del cambio climático en México**. México: INE- PNUD, 2008.

NAVARRETE LINARES, Federico. **Los Pueblos Indígenas de México. Pueblos Indígenas del México Contemporáneo**. México, D.F.: CDI, 2008.



OIT-ONU. **Convenio Núm. 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales; Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.** Lima, Perú: OIT, 2012.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Acuerdo de París de la Convención Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático.** [s.l.: s.n.], 2015. Disponible en: https://unfccc.int/files/meetings/paris_nov_2015/application/pdf/paris_agreement_spanish_.pdf. Acceso el: 30 nov. 2017

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.** Nueva York: [s.n.], 1992.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Protocolo de kyoto de la convención marco de las naciones unidas sobre el cambio climático.** [s.l.: s.n.], 1998.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano.** Estocolmo: [s.n.], 1972.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración sobre el Derecho al Desarrollo.** Resolución 41/128, de 4 de diciembre de 1986, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. 1986.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. **Declaración y Programa de Acción de Viena de la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos.** 1993.

ORTÍZ ESPEJEL, Benjamín; MUÑOZ SEVILLA, Norma Patricia; LE BAIL, Maxime. **Reporte Mexicano de Cambio Climático Grupo II.** México: Pincc, 2014.

OSWALD, Úrsula. Historia de la seguridad humana y la reconceptualización de la seguridad. *En*: LEHN, Andrea (Ed.). **Seguridad Humana: Una Apuesta Imprescindible.** México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, 2015, p. 43-73.

OSWALD, Úrsula. Seguridad humana. *En*: GAY, Carlos; COS, Angelina y PEÑA, Claudia (Eds.). **Reporte Mexicano de Cambio Climático. Grupo II Impactos, vulnerabilidad y adaptación**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, p. 183-210.

PENTINAT, Susana Borràs. El deber de cuidado de los estados frente a los desafíos del cambio climático. *In*: MIRANDA, Jorge; GOMES, Carla Amado (coord.). CAÚLA, Bleine Queiroz et al. (org.). **Diálogo Ambiental, Constitucional, Internacional**. v. 6. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 19-52.

PÉREZ GONZÁLEZ, Manuel. El derecho al desarrollo como derecho humano. *En*: **El derecho al desarrollo o el desarrollo de los derechos**. Madrid: Editorial Complutense, 1991, p. 79-97.

RAMOS OLIVARES, Itzel. Fracking: Una nueva amenaza a los derechos territoriales de los pueblos indígenas de México. **Encrucijadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales**, vol. 11, 2016.

SACHS, Jeffrey D. *et al.* **Pathways to deep decarbonization**. 2014. Disponible en: http://unsdsn.org/wp-content/uploads/2014/09/DDPP_Digit.pdf. Acceso el: 17 en. 2018.

SACHS, Jeffrey D. y VILÀ (TRADUCCIÓN), Ramón. **La era del desarrollo sostenible**. Barcelona, España: Deusto, 2015.

SEN, Amartya Kumar. Development as capability expansion. **Journal of Development Planning**, vol. Vol. 19, p. 41-58, 1989.

SHEINBAUM PARDO, Claudia. La reforma energética en el contexto internacional. *En*: CARDENAS GRACIA, Jaime (Ed.). **Reforma energética. Análisis y consecuencias**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Tirant lo blanch, 2015, p. 97-118.



SOSA-RODRIGUEZ, Fabiola. Política del cambio climático en México: avances, obstáculos y retos. **Revista Internacional de Estadística y Geografía**, v. 6, n.º 2, p. 1-23, 2015.

VERBIST, Koen *et al.* **Atlas de Zonas Áridas de América Latina y El Caribe**. Montevideo: [s.n.], 2010.

Lista Forbes 2017: **las diez personas más ricas del mundo**. Forbes. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/los-20-millonarios-globales/>. Acceso el: 15 nov. 2017.

O Princípio da Igualdade e sua interpretação no Pacto de San José da Costa Rica

The Principle of Equality and its interpretation in the Covenant of San José Costa Rica

**RICARDO GLASENAPP
TAIS RAMOS**

Resumo

A presente pesquisa apresenta a interpretação do princípio da igualdade no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, especificamente na Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Com o foco na análise deste princípio e por meio do método dedutivo, procura-se responder como ele pode ser interpretado, pois, para aplicar as normas previstas faz-se necessária a existência de regras de interpretação previamente estabelecidas que possibilitem uma melhor interpretação e aplicação das normas internacionais. Diante disso, num primeiro momento, é feita uma abordagem sobre a interpretação no direito e a interpretação do Pacto de San José



da Costa Rica; em seguida, o princípio da igualdade material e formal. Por fim, interpreta-se o princípio da igualdade no Pacto de San José da Costa.

Palavras-chave: Direito Internacional. Interpretação do Direito. Princípio da Igualdade. Pacto de San José da Costa Rica.

Abstract

This research presents the interpretation of the principle of equality in the Inter-American Human Rights System, specifically the American Convention on Human Rights, also known as the Pact of San José, Costa Rica. With the focus on the analysis of this principle and through the deductive method, we try to answer how it can be interpreted, because in order to apply the foreseen norms it is necessary to have previously established rules of interpretation that allow a better interpretation and application International standards. In the first place, an approach is taken on the interpretation in law and interpretation of the Pact of San José of Costa Rica and then the principle of material and formal equality. Finally, the principle of equality in the Pact of San José da Costa is interpreted.

Keywords: *International Law. Right Interpretation. Principle of Equality. Pact of San José Costa Rica.*

INTRODUÇÃO

A Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, foi assinada, como se presume, na cidade de San José, capital da Costa Rica, no ano de 1969. Entretanto, tal

[Ir para o índice](#)

Convenção tão somente entrou em vigor em 1978 quando do depósito do décimo primeiro instrumento de ratificação. Essa Convenção foi estabelecida com dois órgãos, quais sejam: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

E a proposta deste artigo é analisar como o princípio da igualdade deve ser interpretado nessa Convenção. Para tanto, inicia-se uma breve explicação acerca da interpretação, adentrando as regras previstas no Pacto de San José da Costa Rica. Então, uma análise do princípio da igualdade será feita de forma a abordar tal princípio material e formalmente. E, por fim, observa-se como o princípio da igualdade deve ser interpretado no Pacto de San José da Costa Rica.

1. A INTERPRETAÇÃO NO DIREITO

Ao longo dos anos, a interpretação tornou-se objeto de estudo destacado dentro do Direito, visto que cada vez mais a prática do Direito exerce influência predominante na sociedade. Assim, hoje muito mais vale a interpretação que é feita da norma do que exatamente a norma em si. Prova disso é o atual destaque dado pela mídia brasileira a inúmeros julgamentos do Supremo Tribunal Federal, que repercutem na sociedade mesmo fora do âmbito jurídico.

Em tempos de globalização, em que a internet disponibiliza informações em tempo real aos usuários, a aproximação da sociedade em geral ao universo jurídico cresce de forma exponencial. E tendo em vista que os destinos do País passam necessariamente pela interpretação dada à legislação ora vigente pelo Poder Judiciário, a sociedade, que cada vez tem mais acesso à informação, se interessa pela interpretação que é



dada à Constituição Federal, à legislação infraconstitucional e, modernamente, aos tratados internacionais.

Pode-se conceituar, por meio das palavras de Pasquale Fiore, a interpretação da lei como sendo a operação que tem por fim “fixar uma determinada relação jurídica, mediante a percepção clara e exata da norma estabelecida pelo legislador”¹. Limongi França acrescenta afirmando que a interpretação “consiste em aplicar as regras, que a hermenêutica perquire e ordena, para o bom entendimento dos textos legais”².

Savigny afirma que a norma jurídica deve ser interpretada segundo as condições sociais da época de sua aplicação³; acerca dessa assertiva, Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior complementam “o sentido e o alcance da norma jurídica podem ser alterados não só por eventual modificação de sua estrutura fraseológica, mas também pela mudança da realidade social que objetiva regular”⁴.

Para Wróblewski a interpretação legal, ou seja, a interpretação que fazemos da lei, pode se dar de cinco maneiras. A primeira seria a interpretação autêntica, em que o legislador interpreta o texto já promulgado; este tipo de interpretação somente é permitido ao legislador que criou a norma promulgada. A segunda maneira de interpretação seria a especial, feita por um órgão específico do Estado que tem competência para realizá-la. Já a interpretação operativa, a terceira maneira, segundo Wróblewski, o órgão que aplica o direito interpreta as regras utilizadas no processo de aplicação ao caso concreto. E a interpretação doutri-

1 FIORE, Pasquale. **De La irretroactividad e interpretación de las leyes**. Trad. E. A. Paz. Madrid, 1927.

2 FRANÇA, Limongi. **Hermenêutica Jurídica**, São Paulo: RT Tribunais, 2008. p. 19.

3 SAVIGNY, Friedrich Carl von. **Metodología Jurídica**. Buenos Aires: De Palma, 1994 (1802-1803), p. 87.

4 ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 73

nal, a quarta, seria a do direito que se realiza nas ciências jurídicas em geral e na dogmática jurídica em particular. E, por fim, na quinta e última maneira, temos a interpretação das partes e seus representantes num processo judicial que frequentemente acaba por estimular a interpretação operativa⁵.

Assim, percebe-se que a interpretação da lei deve ser feita sempre buscando a interpretação mais razoável, mais benéfica ao caso concreto que está sendo analisado.

A interpretação, assim, vem a ser a compreensão do conteúdo normativo, de forma a se extrair da norma todo o seu conteúdo a ser aplicado⁶.

Francesco Ferrara, ao abordar o tema em estudo, afirma que, para haver apreensão do sentido da lei, a interpretação deverá socorrer-se de vários meios, os quais seriam, num primeiro momento, a busca pela reconstrução do pensamento do legislador pela análise das palavras constantes na lei, numa análise gramatical desta. Num segundo momento, adotar-se-ia o meio lógico, ou seja, pratica-se a dedução de outras circunstâncias para se obter o pensamento legal, melhor dizendo, os elementos racionais, sistemáticos e históricos⁷. Importa ressaltar aqui que tal autor não deter-

5 WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Editorial Civitas, 1985, p. 28/29.

6 Para Zagrebelsky, “a interpretação é meio de expressão dos conteúdos normativos das disposições, meio através do qual o juiz desvenda as normas contidas nas disposições”, In: GRAU, Eros Roberto. O direito posto e o direito pressuposto. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 95.

7 Para Francesco Ferrara, o elemento racional encontra-se no conceito de que a lei quer dar satisfação às exigências econômicas e sociais que surgem das relações. O elemento sistemático fica demonstrado com o fato de o direito não ser um aglomerado caótico de disposições, mas um organismo jurídico, um sistema de preceitos coordenados ou subordinados, em que cada um tem o seu posto próprio. E o elemento histórico caracteriza-se pelo fato de que “mesmo quando versa sobre relações novas, a regulamentação inspira-se frequentemente na imitação de outras relações que já têm disciplina no sistema, e independentemente disto, o direito, em especial o direito privado, é o produto duma lenta evolução, é uma fase dum desenvolvimento histórico muito longo que remonta ao direito romano e depois, através da elaboração medieval, onde confluem correntes de direito germânico e canônico, prossegue no direito comum e daí, pelo trâmite do direito francês, entra no nosso código”. In: FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação da Lei**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987. p. 143-144.



mina que tais interpretações devam se contrapor, pelo contrário, elas devem ser realizadas conjuntamente para atingir o resultado esperado, que é a melhor interpretação possível da lei. Portanto, tais interpretações nada mais seriam do que “fases” de uma única interpretação.

Depois de realizadas tais “fases” da interpretação, há a chamada “interpretação declarativa”, que vem a ser a concordância entre o resultado da interpretação lógica e o da gramatical. Entretanto, em determinadas situações não há concordância entre as “fases” da interpretação, mas sim discordância entre elas; neste caso estaremos diante de uma não coincidência entre o sentido literal e a vontade da lei, havendo uma distância entre a letra e o pensamento da lei. Nestes casos estaremos diante de uma imperfeição linguística, pois ou o legislador disse de mais ou ele disse de menos.

E para solução dessa discordância entre as interpretações lógica e gramatical, o intérprete deve dar uma interpretação restritiva ou, então, uma interpretação extensiva. A primeira é aplicada “quando se reconhece que o legislador, posto se tenha exprimido em forma genérica e ampla, todavia quis referir-se a uma classe especial de relações”⁸; a segunda destina-se a corrigir uma formulação feita de forma estreita, quando o legislador, exprimindo o seu pensamento, introduz um elemento que designa espécie, quando queria aludir ao gênero, ou formula para um caso singular um conceito que deve valer para toda uma categoria”^{9/10}.

8 FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação da Lei**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987. p. 144.

9 FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação da Lei**. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987. p. 150.

10 Vale notar que tais equívocos por parte do legislador são muito mais comuns do que se imagina no Brasil, pois é usual observarmos leis que utilizam termos em sentido não usuais ou palavras que são gêneros utilizados em sentido de espécie, ou vice-versa.

1.1 A interpretação do Pacto de San José da Costa Rica

Já adentrando o Pacto de San José da Costa Rica, observa-se a previsão de normas de interpretação no artigo 29. Este artigo prevê que “nenhuma disposição da presente pode ser interpretada” em determinados sentidos. A alínea “a” do artigo 29 do Pacto de San José da Costa Rica prescreve que os Estados-Partes não poderão interpretar o tal tratado internacional de forma a suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades previstos na própria Convenção ou, ainda, limitar tais direitos e liberdades em maior medida da já prevista. Já a alínea “b” do mesmo artigo proíbe a interpretação que limite o gozo e o exercício de qualquer direito ou liberdade que venham a ser reconhecidos por meio de leis ou de qualquer dos Estados-Partes ou de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados. A alínea “c” proíbe a interpretação que exclua direitos e garantias inerentes ao ser humano, ou seja, direitos e garantias originários do direito natural que até o presente momento não foram positivados; além de proibir a interpretação que vá contra direitos e garantias decorrentes da forma democrática. Por fim, a alínea “d” veda qualquer interpretação que exclua ou limite efeito que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza possam produzir¹¹.

-
- 11 Organização dos Estados Americanos – OEA.
 Pacto de San José da Costa Rica
 Artigo 29 Nenhuma disposição da presente pode ser interpretado
- a) permitir a qualquer dos Estados-Partes, grupo ou indivíduo, suprimir o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista;
 - b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de leis de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados;
 - c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorram da forma democrática representativa de governo;
 - d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.



Assim, o Pacto de San José da Costa Rica prevê, dentre suas normas, algumas que determinam como os direitos e liberdades, previstos ao longo de seus textos, até direitos e liberdades previstos no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes, devem ser interpretados. Ou seja, o artigo 29 norteia a interpretação dos direitos e liberdades previstos no Pacto de San José da Costa Rica de forma a preversá-los da violação estatal ou privada.

2. O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Primeiramente, é impossível iniciar alguma explanação sobre o princípio da igualdade sem antes citar a clássica definição de Aristóteles, que afirma que a “igualdade é tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade”¹².

Ainda para Aristóteles,

a igualdade existirá entre as pessoas; se as pessoas não forem iguais, elas não terão uma participação igual nas coisas, mas isto é a origem das querelas e queixas (quando pessoas iguais têm e recebem quinhões desiguais, ou pessoas desiguais recebem quinhões iguais). Além do mais, isto se torna evidente porque aquilo que é distribuído às pessoas deve sê-lo ‘de acordo com o mérito de cada uma’¹³.

Partindo da Grécia Antiga para a Idade Média, podemos observar que o princípio da igualdade foi mencionado em dois artigos da *Magna Charta Libertatum*, de 1215, quais sejam:

12 Aristóteles. **Ética a Nicômano**. Brasília: UnB, 1999. p. 89.

13 Aristóteles. **Ética a Nicômano**. Brasília: UnB, 1999. p. 95-96.

Art. 39 Nenhum homem livre será preso ou detido em prisão ou privado de suas terras ou posto fora da lei ou banido ou de qualquer maneira molestado; e não procederemos contra ele, nem o faremos vir a menos que por julgamento legítimo de seus pares e pela lei da terra. [...]

Art. 48 Não se prenderá nem se espoliará ninguém, seja de que modo for, se não tiver havido julgamento por seus pares, segundo as leis do país¹⁴.

Já em 1789, na França, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão previu a igualdade em seu artigo 1º, afirmando que “Os homens nascem e permanecem livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem se basear na utilidade comum”¹⁵. E, dando um salto de mais de século, temos a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU, em 1948, afirmando em seu artigo 7º que

Todos são iguais perante a lei e têm direito sem distinção a uma equitativa proteção da lei. Todos têm direito a uma proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitação a uma tal discriminação¹⁶.

Acerca do princípio da igualdade previsto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, especialmente quanto a “todos são iguais”, Oscar Vilhena Vieira afirma que o “mais correto seria dizer que ‘todos deveriam ser tratados como iguais’. Embora diferentes, por força da Natureza

14 Magna Charta Libertatum, Inglaterra. 1215.

15 DECLARAÇÃO DE DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO. França, 1789.

16 DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM, Organização das Nações Unidas – ONU, 1948.



ou da sociedade na qual nos inserimos, deveríamos ser objeto do mesmo respeito e consideração que as demais pessoas, por uma decisão pura e exclusivamente ética”¹⁷.

Acerca da igualdade, Norberto Bobbio afirma que este valor, juntamente com a liberdade,

se enraízam na consideração do homem como pessoa. Ambos pertencem à determinação do conceito de pessoa humana, como ser que se distingue ou pretende se distinguir de todos os outros seres vivos. Liberdade indica um estado; igualdade, uma relação. O homem como pessoa deve ser, enquanto indivíduo em sua singularidade, livre; enquanto ser social, deve estar com os demais indivíduos numa relação de igualdade¹⁸.

A Declaração de Independência dos Estados Unidos da América se inicia da seguinte maneira

Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direitos as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que **todos os homens são criados iguais**, dotados pelo Criador de cer-

17 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais**: uma leitura da jurisprudência do STF. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 282.

18 BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000. p. 7.

tos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade. (grifo nosso)¹⁹.

A Declaração dos Direitos da Virgínia, datada de 12 de junho de 1776, traz em seu artigo 1º a afirmação de que todos os homens nascem igualmente livres e independentes²⁰. Para Kelsen, é inconcebível e absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações, ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos²¹. Mesmo pensamento tem Rui Barbosa, que, em sua “Oração aos Moços”, declarou “os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”²².

Segundo a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, o princípio da igualdade proíbe a arbitrariedade, uma vez que

19 Declaração de Independência dos Estados Unidos da América
Quando, no curso dos acontecimentos humanos, se torna necessário a um povo dissolver os laços políticos que o ligavam a outro, e assumir, entre os poderes da Terra, posição igual e separada, a que lhe dão direitos as leis da natureza e as do Deus da natureza, o respeito digno às opiniões dos homens exige que se declarem as causas que os levam a essa separação. Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens são criados iguais, dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a procura da felicidade.

20 Declaração dos Direitos da Virgínia
Artigo 1º Todos os homens nascem igualmente livres e independentes, têm direitos certos, essenciais e naturais dos quais não podem, pôr nenhum contrato, privar nem despojar sua posteridade: tais são o direito de gozar a vida e a liberdade com os meios de adquirir e possuir propriedades, de procurar obter a felicidade e a segurança.

21 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: versão condensada pelo próprio autor. São Paulo: RT, 2007. p. 39.

22 BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Leme: EDIJUR, 2015. p. 27.



tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é adotado como critério discriminatório; de outro lado, cumpre verificar se há justificativa racional, isto é, fundamento lógico, para, à vista do traço desigualador acolhido, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade proclamada. Finalmente, impende analisar se a correlação ou fundamento racional abstratamente existente é, in concreto, afinado com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional²³.

Os elementos ou situações, constitucionalmente arrolados (sexo, cor, dentre outros) relacionam-se a ocorrências discriminatórias atentatórias de direitos fundamentais, muito comuns em determinadas épocas históricas, utilizadas indiscriminada e gratuitamente como forma de distinção e, o mais das vezes, punição.

Diante do fato de que o princípio da igualdade é objeto de inúmeras pesquisas acadêmicas em várias áreas, são diversos os reais sentidos encontrados para este princípio.

2.1 A igualdade perante a lei: igualdade formal

A igualdade perante a lei pode ser conceituada, na forma jurídica, de duas formas: por um conceito formal ou por um conceito material. O conceito formal de igualdade perante a lei surge associado ao constitucionalismo liberal e aos ideais emergentes das revoluções americana e francesa, que afirmam a ideia de que todos os homens são iguais perante a lei, ao nível das relações que mantêm com o Poder, entendido este como a única realidade susceptível de ameaçar a liberdade individual de cada sujeito.

23 **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 2008. p. 21-22.

Da generalidade da lei deflui a igualdade. Segundo o artigo 6º da Declaração, de 1789, “a lei deve ser a mesma para todos, seja quando protege, seja quando pune”²⁴.

Fábio Konder Comparato, ao comentar o primeiro postulado ético de Kant²⁵, afirma que “só o ser racional possui a faculdade de agir segundo a representação de leis ou princípios; só um ser racional tem vontade, que é uma espécie de razão, denominada razão prática”²⁶. E Comparato prossegue afirmando que “o princípio primeiro de toda ética é o de que o ser humano e, de modo geral, todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio do qual esta ou aquela vontade possa servir-lhe de talante”²⁷.

A respeito do princípio da igualdade, Kelsen afirma que a igualdade *perante* a lei não teria significação peculiar, porque o real sentido do princípio isonômico estaria na obrigação da igualdade na própria lei, atuando como um limite para tal lei. Por isso, afirma que

colocar (o problema) da igualdade perante a lei, é colocar simplesmente que os órgãos de aplicação do direito não têm o direito de tomar em consideração senão as distinções feitas nas próprias leis a aplicar, o que se reduz a afirmar simplesmente o princípio da regularidade da

24 FRANÇA, Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, 1789.

25 Kant previu a existência do imperativo categórico, segundo o qual devemos agir na conformidade dos princípios que queremos que sejam aplicados a todos os seres humanos. In: KANT, Immanuel. **Fundamentação Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

26 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 20-24.

27 COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 20-24.



aplicação do direito em geral; princípio que é imanente a toda ordem jurídica e o princípio da legalidade da aplicação das leis, que é imanente a todas as leis – em outros termos, o princípio de que as normas devem ser aplicadas conforme as normas²⁸.

Ainda sobre o princípio da igualdade, Kelsen teceu as seguintes considerações:

a igualdade dos sujeitos na ordenação jurídica, garantida pela Constituição, não significa que estes devam ser tratados de maneira idêntica nas normas e em particular nas leis expedidas com base na Constituição. A igualdade assim entendida não é concebível: seria absurdo impor a todos os indivíduos exatamente as mesmas obrigações ou lhes conferir exatamente os mesmos direitos sem fazer distinção alguma entre eles, como, por exemplo, entre crianças e adultos, indivíduos mentalmente sadios e alienados, homens e mulheres²⁹.

Celso Antonio Bandeira de Mello, acerca do princípio da igualdade, afirma que tal princípio

é a norma voltada quer para o aplicador da lei quer para o próprio legislador. Deveras, não só perante a norma posta se nivelam os indivíduos, mas, a própria edição dela assujeita-se ao dever de dispensar tratamento equânime

28 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: versão condensada pelo próprio autor. São Paulo: RT, 2007. p. 89.

29 KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: versão condensada pelo próprio autor. São Paulo: RT, 2007. p. 94.

às pessoas. A lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos. Este é conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da igualdade e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo modo assimilado pelos sistemas normativos vigentes. Em suma: dúvidas não padece que, ao se cumprir uma lei, todos os abrangidos por ela, hão de receber tratamento parificado, sendo certo, ainda, que ao próprio ditame legal é interdito diferir disciplinas diversas para situações equivalentes³⁰.

Maria Garcia, sobre o princípio constitucional da igualdade, assevera que

a mera forma de regulação geral e abstrata, e da aplicação igual da lei, não é garantia suficiente da igualdade. Esta requer, ademais, umas exigências na seleção, pelo legislador, dos critérios de diferenciação, 'dada a impossibilidade' de outorgar o mesmo tratamento a todos os cidadãos e a necessidade correlativa de proceder mediante distinções normativas numa ordem jurídica tão altamente diferenciada como a que a complexa sociedade atual exige³¹.

O princípio da igualdade consiste em tratar igualmente os iguais (igualdade aritmética, própria de justiça comutativa); desigualmente os desiguais, à medida que se desigualar (igualdade proporcional, ou geométrica, própria da justiça distributiva, da justiça social). Na fórmula de

30 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 9-10.

31 GARCIA, Maria. Implicações do princípio constitucional da igualdade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 31, 2007. p. 111.



Rui Barbosa: “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualam”³².

Oscar Vilhena afirma que é preciso reconhecer, como ponto de partida para qualquer reflexão sobre a igualdade, que a assertiva de que ‘todos são iguais’³³, encontrada em grande número de Declarações de Direito, Tratados ou Constituições da modernidade, “não pode ser lida como uma proposição de fato, mas sim uma reivindicação de natureza moral”³⁴. Ainda segundo este autor, “se o princípio da igualdade nos impõe tratar as pessoas com igual respeito e consideração, não sendo as pessoas iguais, diferente deverá ser o tratamento a ser dado a cada uma delas”³⁵.

Para Manoel Gonçalves Ferreira Filho, há três aspectos que avultam no que tange à igualdade jurídica: “a igualdade de todos perante o Direito, a obrigatória uniformidade de tratamento dos casos iguais e, face negativa, a proibição das discriminações”³⁶.

Entretanto, faz-se necessário distinguirmos *diferenciação* de *discriminação*. A diferenciação visa exatamente a assegurar, além das aparências, a igualdade. A discriminação, a favorecer, a pretexto de di-

32 BARBOSA, Ruy. **Oração aos Moços**. Leme: EDIJUR, 2015. p. 42.

33 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 282: “O princípio da igualdade passa a se apresentar, paradoxalmente, como o princípio que determina a diferença legítima de tratamento que devo a cada pessoa, em face de diferenças específicas. O princípio da igualdade converte-se, assim, mais num regulador das diferenças que numa regra de imposição da igualdade absoluta e em todos os planos”.

34 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 279.

35 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 285.

36 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 319.

ferenças, a desigualdade. A diferenciação é racional; enquanto que a discriminação é arbitrária”³⁷.

Segundo Guilherme Machado Dray, “o princípio da igualdade, enquanto elemento concretizador do ideal de justiça social, também assume relevância enquanto princípio orientador de políticas de exclusão social, que apelam à erradicação da pobreza, da fome e da miséria”³⁸. Esse princípio da igualdade evoluiu historicamente, vindo a ser entendido na sociedade moderna como um princípio jurídico que pleiteia uma igualdade de oportunidades; deixando de ser ponto de partida para ser ponto de chegada. Para tanto, tal princípio tem de passar pelas mãos do Estado, a fim de que este intervenha para a erradicação da pobreza e dos fatores que geram desigualdades sociais³⁹.

2.2 A igualdade na lei: igualdade material

O conceito material da igualdade surgiu, ainda nas palavras de Guilherme Machado Dray, “na sequência das críticas levadas a efeito a propósito do modelo liberal e clássico da igualdade formal perante a lei”⁴⁰. Dessa forma, o princípio da igualdade deve atuar “no sentido do trata-

37 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 29.

38 DRAY, Guilherme Machado, O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** nº 2 jul./dez. 2003. p. 115.

39 DRAY, Guilherme Machado, O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** nº 2 jul./dez. 2003. p. 115.

40 DRAY, Guilherme Machado. O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** nº 2 jul./dez. 2003.



mento diferenciado de situações concretas dissemelhantes” para evitar o alargamento das desigualdades existentes na sociedade⁴¹.

Celso Bastos afirma que

é o princípio da igualdade um dos mais difíceis tratamentos jurídicos. Isto em razão do entrelaçamento existente no seu bojo de ingredientes de direito e elementos metajurídicos. A igualdade substancial postula o tratamento uniforme de todos os homens. Não se trata, como se vê, de um tratamento igual perante o direito, mas de uma igualdade real e efetiva perante os bens da vida⁴².

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano afirmam

a igualdade material vai vincular o intérprete e o legislador infraconstitucional na preservação dos valores contidos nas normas específicas de proteção constitucional. Assim, o legislador infraconstitucional da igualdade material, tratando sempre diferentemente, de forma privilegiada, dentro dos limites constitucionais, o grupo ou o valor protegido. O intérprete, por seu lado, não pode perder de vista a proteção de tais bens, sempre cuidando de aplicar o direito em conformidade com a proteção constitucional adotada⁴³.

41 DRAY, Guilherme Machado. O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** nº 2 jul./dez. 2003.

42 BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p. 134.

43 ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 22.

A igualdade material irá se refletir na estrutura social porque seu desenvolvimento exprime uma evolução do princípio ocorrida recentemente⁴⁴. A igualdade material não deve ser vista como meta a ser atingida, mas sim de um ponto de partida. Assim, a igualdade material amplia o conceito de igualdade existente, inserindo-se no interior do princípio quando da interpretação normativa.

Visto o princípio da igualdade, passa-se a observar o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, sua Convenção, sua Comissão e sua Corte.

2.3 O princípio da igualdade dentro da Convenção Interamericana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos prevê, em seu artigo 24, o princípio da igualdade redigido da seguinte forma: *“Artigo 24. Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direitos, sem discriminação alguma, à igual proteção da lei”*⁴⁵.

Outro ponto a ser destacado quanto à previsão do princípio da igualdade dentro da Convenção Interamericana de Direitos Humanos é a sua localização no texto. Há vinte e dois artigos tratando de direitos civis e políticos no Capítulo II – “Direitos Civis e Políticos” –, na Convenção, do artigo 3º ao 25; sendo que o princípio da igualdade foi inserido tão somente no penúltimo artigo. Interessante observar que tal princípio, o da

44 Esta evolução do princípio da igualdade deriva da nova interpretação dada às dimensões dos direitos humanos fundamentais, como também em face da normatização constitucional dada aos princípios no Pós-Guerra.

45 ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 abr. 2018.



igualdade, tão importante para a manutenção de ordenamentos jurídicos e, principalmente, para o atingimento da justiça social, está previsto depois de outros artigos que preveem direitos não menos importantes, mas certamente decorrentes do princípio da igualdade, como, por exemplo, o direito de reunião, liberdade de associação, direito de retificação ou resposta, direito à nacionalidade, dentre outros.

3. A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE NO PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Agora, já visto um pouco sobre as normas de interpretação previstas no Pacto de San José da Costa Rica, como também sobre o princípio da igualdade, passa-se, finalmente, a relacionar tais temas.

Utilizando-se da regra de interpretação prevista na alínea “a” do artigo 29 acima mencionado, observaremos que o princípio da igualdade deverá sempre ser interpretado pelos Estados-Partes sem que haja possibilidade de tal direito ter suprimido seu gozo e seu exercício, ou, ainda, limitada a sua interpretação.

Aplicando a regra de interpretação prevista na alínea “b” do mesmo artigo ao princípio da igualdade, observaremos a vedação a toda interpretação que limite o gozo e o exercício de tal direito, tendo em vista que é reconhecido por meio de leis.

No caso de o princípio da igualdade não ter sido positivado por algum Estado-Parte do Pacto de San José da Costa Rica, tendo em vista ser o princípio da igualdade um direito inerente ao ser humano, podemos, também, aplicar a regra prevista na alínea “c” do artigo 29. A regra em questão pro-

íbe interpretação que exclua direitos e garantias inerentes ao ser humano, ou seja, de direitos e garantias originários do direito natural e que, até o presente momento, não foram positivados; além de proibir a interpretação que vá contra direitos e garantias decorrentes da forma democrática.

Por fim, a regra de interpretação da alínea “d” veda qualquer interpretação que exclua ou limite efeito que a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza possam produzir. Assim, toda interpretação do princípio da igualdade que fira Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem quanto ao seu efeito deverá ser descartada.

Assim, importante destacar a importância da existência das regras de interpretação previstas no Pacto de San José da Costa Rica, pois os Estados-Partes, ao se tornarem signatários de tal tratado internacional, necessitam de ferramentas claras para a aplicação do tratado. E, conseqüentemente, para se aplicarem as normas previstas, faz-se necessária a existência de regras de interpretação previamente estabelecidas que possibilitem uma melhor interpretação e aplicação das normas internacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a relação das normas de interpretação previstas no Pacto de San José da Costa Rica com o princípio da igualdade, no sentido de observar como tal princípio deve ser interpretado no âmbito internacional das Américas, pode-se concluir que, mesmo sendo o princípio da igualdade uma das balizas das sociedades democráticas modernas, a sua interpretação e aplicação ainda estão aquém das necessidades sociais observadas nas Américas. O fato de não haver jurisprudência sobre o princípio



da igualdade na Corte Interamericana de Direitos Humanos não significa que tal princípio não é violado pelos Estados-Partes, pelo contrário.

Entende-se que essa ausência de jurisprudência significa um desrespeito ao princípio da igualdade por parte dos Estados-Partes que não são punidos, nem sequer investigados. Assim, compete à Comissão Interamericana de Direitos Humanos observar e caracterizar o desrespeito ao princípio da igualdade pelos Estados-Partes, e encaminhar tais casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos para que tais casos sejam processados, julgados e, se for o caso, condenados.

Assim, compete à Comissão Interamericana de Direitos Humanos observar e caracterizar o desrespeito ao princípio da igualdade pelos Estados-Partes, e encaminhar tais casos à Corte Interamericana de Direitos Humanos para que tais casos sejam processados, julgados e, se for o caso, condenados. Toda essa estrutura do Sistema Interamericano de Direitos Humanos tem de ser utilizada para uma efetiva proteção dos direitos humanos, caso contrário, os Estados-Partes continuarão a desrespeitar regras internacionais sem nenhum tipo de punição. Este é o real valor dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômano**. Tradução M. da Gama Cury. Brasília: UnB, 1999.

[Ir para o índice](#)

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Leme: EDIJUR, 2015.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e Interpretação Constitucional**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

COMPARATO. Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2001.

DRAY, Guilherme Machado. O sentido jurídico do princípio da igualdade: perspectiva luso-brasileira. **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, nº 2. jul./dez. 2003, p. 113-137. Disponível em: <http://www.rbdc.com.br/publicacoes/revistarbdc.htm>. Acesso em: 29 abr. 2018.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1987.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Aspectos do Direito Constitucional Contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FIORE, Pasquale. **De La irretroactividad e interpretaci3n de las leyes**. Trad. E. A. Paz. 3. ed. Madrid, 1927.

FRANÇA. **Declara33o dos Direitos do Homem e do Cidad33o**. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-anteriores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 04 abr. 2018.



FRANÇA, Rubens Limongi. **Hermenêutica Jurídica**, São Paulo: RT Tribunais, 2008.

GARCIA, Maria. Implicações do princípio constitucional da igualdade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, nº 31. 2000, p. 98-123. Disponível em: <http://www.rbdc.com.br/publicacoes/revistarbdc.htm>. Acesso em: 04 abr. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Malheiros, 2008.

INGLATERRA, Magna Charta Libertatum. 1215.

KANT, Immanuel. **Fundamentação Metafísica dos Costumes**. Lisboa: Edições 70, 2007.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**: versão condensada pelo próprio autor. São Paulo: RT, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 04 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em: 04 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. **Pacto de San Jose da Costa Rica**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 04 abr. 2018.

SAVIGNY, Friedrich Carl Von. **Metodología Jurídica**. Buenos Aires: De Palma, 1994 (1802-1803).

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais, uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WRÓBLEWSKI, Jerzy. **Constitución y teoría general de la interpretación jurídica**. Madrid: Civitas, 1985.



Hannah Arendt: Poder, Liberdade e Direitos Humanos na perspectiva Judaica

Hannah Arendt:
Power, Freedom and
Human Rights in the
Jewish perspective

JÚLIA MAIA DE MENESES
MARTONIO MONT'ALVERNE BARRETO LIMA

Resumo

Convida-se a percorrer a contextualização biográfica e histórica de Hannah Arendt. Por conseguinte, adentra dois panoramas condensados nas obras *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal* e *Responsabilidade e Julgamento*, responsáveis por desmistificar as teorias da banalidade do mal e do dente da engrenagem. Por fim, as lições

[Ir para o índice](#)

de Hannah Arendt no tocante ao poder, à liberdade e aos direitos humanos são utilizadas para esclarecer aspectos intrínsecos do judaísmo¹.

Palavras-chave: Hannah Arendt. Banalidade do Mal. Teoria do Dente da Engrenagem. Judaísmo.

Abstract

Hannah Arendt's biographical and historical contextualization is invited. He therefore enters into two scenarios, which are condensed in the Eichmann works in Jerusalem - an account of the banality of evil and Responsibility and Judgment, responsible for demystifying the theories of banality of evil and cog of gear. Finally, Hannah Arendt's lessons in power, freedom, and human rights are used to clarify the intrinsic aspects of Judaism.

Keywords: Hannah Arendt. Banality of Evil. Theory of the Tooth of the Gear. Judaism.

*"Aos que vão nascer
De fato, vivo em tempos sombrios!
...Ah! nós,*

1 As informações acerca do Judaísmo foram extraídas de uma entrevista realizada com Filipe de Castro Menezes, primo de Júlia Maia de Menezes e membro convertido do judaísmo, que mora no Ceará, conforme se pode observar na íntegra pelo link <https://www.youtube.com/watch?v=72fNKCjB4Os>, cujo roteiro e edição ficaram a cargo de José Roberto Coutinho Xavier Júnior.



*Que queríamos preparar o terreno para
um mundo amistoso,
Não pudemos ser amistosos.
Mas, vocês, quando estiverem aqui,
Quando o homem for um amigo para o
homem,
Pensem em nós
Com indulgência”.*

(Bertold Brecht)

INTRODUÇÃO

Hannah Arendt nasceu em 14 de outubro de 1906, em Linden, Alemanha, e foi uma filósofa política de origem judaica, considerada uma das mais influentes do século XX. Martha Arendt, sua mãe, repassou desde logo os ideais da social democracia e de uma educação de cunho liberal. Ainda na adolescência teve contato com a obra de Kant² e antes dos 18 anos transferiu-se para Berlim para estudar teologia e filosofia.

Com a Segunda Guerra (1939-1945), houve a cooperação da França com as invasões alemãs e por esse motivo Arendt foi levada a um campo de concentração em virtude da sua condição de estrangeira suspeita.

Esse estigma de perseguição foi albergado no ensaio de Hannah Arendt escrito em 1967, intitulado de *Verdade e Política*. Nele, a estudiosa trouxe à baila a maneira como os fatos históricos são distorcidos

2 KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Ed. 70, 1998.

quando politizados e usados como ferramentas para justificar decisões políticas, como foi o caso do holocausto capitaneado por Hitler³.

Mas, em 1941, conseguiu fugir para Nova York, como exilada e apátrida, perdendo a sua nacionalidade e permanecendo sem direitos políticos até conseguir a cidadania americana em 1951.

Nos Estados Unidos, Hannah Arendt trabalhou na editora *Schocken Books* e desenvolveu sua carreira acadêmica após efetivar um contrato, em 1963, com a Universidade de Chicago⁴.

Em 1964, a cientista política entraria para a American Academy of Arts and Letters, onde lecionou até 1967, quando foi transferida para Nova York para dar início às aulas na *New School of Social Research* até 4 de dezembro de 1975, data de seu falecimento, em Nova York, Estados Unidos⁵.

Dentre o arcabouço de suas obras, o trabalho em questão trata de duas em especial, *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal* e *Responsabilidade e Julgamento*, responsáveis por desmistificar as teorias da banalidade do mal e do dente da engrenagem, respectivamente. Essas teorias traduzem importantes lições no tocante ao poder, à liberdade e aos direitos humanos que serão utilizadas para esclarecer aspectos intrínsecos do judaísmo.

Por fim, o artigo se desenvolve por meio de uma metodologia bibliográfica em livros, com suporte em filmes e vídeos, além do estudo de caso

3 ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Verdade-e-pol%C3%ADtica.pdf>. Acesso em: 13 out. 2016.

4 ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

5 ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.



de um judeu convertido no Ceará, para garantir a segurança da resolução da problemática central, qual seja, se o poder pode ser exercido apenas com a violência ou se há possibilidade de participação e diálogo, como formas de repensar a política, fomentar direitos e ampliar a tolerância.

1. PANORAMA GERAL DAS OBRAS EICHMANN EM JERUSALÉM – UM RELATO SOBRE A BANALIDADE DO MAL E RESPONSABILIDADE E JULGAMENTO

A filósofa política de origem judia construiu uma obra fundamental para a compreensão da política e da condição humana. Ficou conhecida como pensadora da liberdade, fato essencial para o entendimento dos fenômenos ocorridos no século 20 e que de certa forma nos ajudam a compreender questões contemporâneas.

A obra *Eichmann em Jerusalém – um relato sobre a banalidade do mal*⁶ traz o julgamento de Adolf Eichmann, em Jerusalém, publicado em 1963.

Sequestrado num subúrbio de Buenos Aires por um comando israelense em 1960, Adolf Eichmann foi levado até Jerusalém e segundo Arendt durante o processo, ao invés de um monstro, surge um funcionário burocrata; o que acabar por revelar a banalidade do mal.

O jornalismo político e a reflexão filosófica de Arendt acabam permitindo perceber a capacidade de o Estado igualar o exército da violência ao mero cumprimento de uma atividade burocrática.

6 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.

De um lado, apontado como monstruoso carrasco nazista e doutro como responsável pelo planejamento e operacionalização da solução final (extermínio sistemático dos judeus), como um funcionário que obedece a uma voz imperativa.

É nesse ponto que Arendt se depara com a confluência entre a capacidade destrutiva e a burocratização da vida pública, ou seja, tratava-se de um homem comum, porém desprovido da capacidade, presente na maioria dos indivíduos, de raciocinar por si próprio.

Por fim, à época da publicação do livro, as ideias de Arendt atraíram numerosas críticas dos militantes de organizações judaicas, pois eles consideravam as suas conclusões falsas e rejeitavam a insinuação de cumplicidade no extermínio.

A autora somente salientou a complexidade da natureza humana e a banalidade do mal, que surge à medida que se encaram com naturalidade aberrações como a prática do mal. Assim, ela conclui que apenas o exercício de uma constante vigilância pode assegurar a preservação e a defesa da liberdade. Dois filmes retratam bem as situações elencadas nessa seção do artigo, o primeiro deles é intitulado de Hannah Arendt, que demonstra o sonho de viver nos Estados Unidos dos anos 50, pela oportunidade de cobrir o julgamento de Adolf Eichmann para a Revista *The New Yorker*⁷.

7 Revista cultural semanal fundada nos Estados Unidos, em 1925, pelo jornalista Harold Ross. Inicialmente, destinava-se a ser um veículo de humor sofisticado, mas logo ampliou essa ideia e construiu seu prestígio jornalístico internacional publicando críticas, ensaios, reportagens investigativas e ficção. Nesses mais de 85 anos, sua extensa lista de colaboradores incluiu importantes jornalistas e escritores, bastando lembrar que, além de Hannah Arendt, também John Hershey e Truman Capote escreveram suas obras primas originalmente como reportagens para a revista. Seu atual editor é David Ramnick, autor de *A ponte*, um perfil do presidente dos Estados Unidos, Barack Obama.



Na oportunidade, ela descreve a sua avaliação sobre o caso e outros fatos desconhecidos que geraram cinco artigos na revista publicados em separado. E, nesse contexto, inicia-se o drama de sua vida, já que seus escritos demonstram que nem todos os participantes dos crimes de guerra eram monstros, segundo Arendt, os judeus também estavam envolvidos e auxiliaram na matança de seus iguais.

Assim, a sociedade se volta contra a filósofa e a revista, e as críticas foram tão fortes que até mesmo seus amigos mais próximos se assustaram com a situação.

O filme intitulado *O Leitor*⁸ funciona como uma espécie de complemento à obra de Arendt. Ele é baseado no romance de mesmo título do escritor e jurista alemão Bernhard Schlink e conta a história de uma relação amorosa entre Michael Berg, um estudante de 15 anos, e Hanna Schmitz, funcionária da companhia de bonde, cerca de 20 anos mais velha.

Ao ingressar na faculdade de Direito de Heidelberg – instituição em que, curiosamente, Hannah Arendt se graduaria em Filosofia –, Berg acompanha como espectador ao julgamento de um grupo de oficiais mulheres da “SS” e descobre, chocado, que sua ex-amante era uma das acusadas.

Durante as sessões do tribunal, em 1966, Hanna deixa claro em seu depoimento que a função de guarda da “SS” era apenas um meio de sobrevivência, e que ela cumpria ordens. Não aparentava estar totalmente ciente das dimensões do Holocausto, demonstrando ser apenas uma peça na engrenagem, na organização e triagem das presas que rumariam para os campos de concentração e com um drama pessoal que, se revelado, poderia modificar sua sentença.

8 O leitor. Produção de Mirage. Estados Unidos: 2008. 1 DVD (124 min.), son., color., Legendado, Port.

Já na obra *Responsabilidade e Julgamento*⁹ representa um artigo escrito por Hannah Arendt em resposta às críticas e más interpretações dirigidas à primeira obra mencionada.

A ideia central é o questionamento acerca da existência, ou não, de uma capacidade de julgar, independente do meio em que se está inserido, espontânea e natural do ser humano.

No tocante ao julgamento, ela indaga se há capacidade de se julgar um fato sem ter estado presente em seu acontecimento. Esse segundo questionamento se dá por ter identificado na sociedade um medo de julgar de forma pessoal decorrente do sentimento de que todos são igualmente ruins, resultando numa culpa coletiva¹⁰.

Assim, não havendo responsabilidade pessoal, tem-se a impressão de que não há culpados. A culpa coletiva na Alemanha é patente, pois se desculpam pelo holocausto indivíduos que nem mesmo eram nascidos à época.

Dessa forma, considera prudente que questões de responsabilidade pessoal sejam julgadas perante um Tribunal, considerando o homem em si. Ao contrário, defende que os atos de omissão não devem ser julgados¹¹.

Hannah Arendt esclarece, então, suas intenções, haja vista que mal interpretadas, quando da formulação da **teoria do dente da engrenagem**, referente aos julgamentos pós-guerra¹².

9 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

10 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

11 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

12 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004



Segundo esta, os **dentes da engrenagem**, pessoas que compõem o serviço público, fazendo-o funcionar, são totalmente substituíveis. E essa foi a principal desculpa dos réus, a de que se não tivessem feito isso, outro o poderia e o teria feito. Se assim fosse, então, nenhuma outra pessoa poderia ser responsabilizada pelo holocausto além de Hitler, única figura insubstituível na Alemanha Nazista¹³.

A estudiosa não concorda com tal argumento, defendendo que são os pequenos **dentes da engrenagem** que cometem os grandes crimes e, portanto, devem ser julgados como seres humanos. Por ter sido *Eichmann* visto por essa perspectiva é que seu caso suscitou tanto interesse¹⁴.

O argumento do mal menor era amplamente divulgado e foi utilizado como forma de aceitação do mal em si mesmo, já que, ao aceitar o mal menor, se aceita, ainda assim, o mal.

Desse modo, não se pode transferir a responsabilidade que é pessoal ao sistema, o que não significa que este deva ser deixado de lado durante o julgamento. No regime totalitário, todas as manifestações públicas são coordenadas, ficando difícil delas não participar, devendo isso ser considerado. Somente os que se afastam da vida pública é que conseguem se isentar da criminalidade.

Tal regime, porém, incita crimes não contra inimigos do regime político, como numa ditadura, mas contra pessoas inocentes, pelo que a responsabilidade é pessoal. E esses crimes foram legalizados na Alemanha nazista, de forma que a não criminalidade, nesse governo, era a exceção.

13 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

14 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.

No entanto, apesar de ambas implicarem julgamento, a moral e a legalidade não se confundem, por isso, explica a filósofa, que é possível se distinguir o certo e o errado independentemente da lei. Assim, mesmo sendo as práticas criminosas legalizadas, os réus não deveriam ter delas participado¹⁵.

Do mesmo modo que a **teoria do dente de engrenagem**, os atos de Estado foram constantemente mencionados como justificativa nos julgamentos pós-guerra; porém, infundado tal argumento, pois nenhum dos crimes foi cometido em nome da legítima defesa e da manutenção do próprio Estado.

A obediência a ordens superiores também foi citada nos julgamentos. A autora esclarece que a obediência pressupõe apoio, pois sem este, o regime não teria subsistido¹⁶.

Volta-se, então, à questão tratada inicialmente, de entender em que diferiam aqueles que não participaram da vida pública e não se opuseram a ela. Hannah Arendt explica que tais pessoas foram capazes de julgar o sistema posto, independentemente das leis vigentes, concluindo que não poderiam viver na condição de assassinos¹⁷.

Por fim, a autora defende que são pouco confiáveis aqueles plenamente devotos a normas e padrões, porque estes podem ser facilmente alterados. Bem melhores são os céticos, porque analisam os fatos antes de se posicionarem. Alcançando o ideal aquele que crê que, enquanto viver, terá de conviver consigo mesmo¹⁸.

15 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

16 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.

17 ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.

18 ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.



2. HANNAH ARENDT E SUAS LIÇÕES DE PODER, LIBERDADE E DIREITOS HUMANOS SOB A PERSPECTIVA DO JUDAÍSMO

Hannah Arendt, com suas intensas atividades no campo da filosofia e da política, foi capaz de elaborar uma definição de poder, que foge às regras convencionais, pois possui como marca distintiva “[...] a não inclusão da violência como elemento constitutivo”¹⁹. Ou seja, Arendt interpreta o poder como a possibilidade de alcançar um acordo numa ação comum em virtude da comunicação livre da violência.

Assim, a convivência pacífica entre as pessoas proporciona uma ação conjunta (coletiva), que é fato gerador de poder. Todo aquele que se isola, torna-se impotente, “[...] por maior que seja a sua força e por mais válidas que sejam as suas razões”²⁰.

Nesse tino, a geração do poder não é um trabalho, mas sim uma ação humana conjunta, em que a ação não violenta é a única forma de unir as pessoas por meio da palavra e de uma meta comum de aglutinação²¹.

A política é um elemento que, ao ser dotado de violência, será impotente, haja vista que os governantes ao implantarem a violência em suas ações acabam por substituir o poder pela violência²².

19 BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 438.

20 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000b. p. 201.

21 ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000b, p. 193.

22 LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 210.

O poder, portanto, é um requisito das estruturas sociais, mas este não deve estar vinculado à violência, para não haver desvirtuamento do conceito de poder. A equação situacional funcionaria no seguinte fluxo: cessão de espaço -> uso da força -> negação do princípio da ação-> abuso da condição humana²³.

Arendt questiona acerca de como seria um confronto entre poder e violência. Quem cederia nesse caso? Possivelmente, o uso da violência geraria o massacre e a submissão, pois violência e poder não são a mesma coisa. Com isso, entende-se que eles são opostos e onde um domina o outro está ausente. Portanto, a violência aparece quando o poder está em risco²⁴.

Acrescem-se as lições de Gandhi acerca da não violência quando descreve o “ahimsa” (não violência) e destaca o célere pensamento de que “[...] somos todos farinha do mesmo saco, e filhos do mesmo criador, e, portanto, os poderes divinos em nós são infinitos. Menosprezar um único ser humano é menosprezar aqueles poderes e assim prejudicar não apenas aquele ser, mas também o mundo inteiro”²⁵.

Ademais, Gandhi criou o termo “satyagraha” ao unir duas palavras denominadas “satya” (verdade) e “agraha” (estar conectado) para uma melhor definição da sua doutrina política, de modo que a “ahimsa” é a forma de ação da “satyagraha”, para que se consiga a “swaraj” (liberdade²⁶) tanto individual quanto coletiva. Outrossim, a “satyagraha” é

23 ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

24 ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

25 GANDHI, Mohandas K. **Autobiografia**: minha vida e minhas experiências com a verdade. Tradução de Humberto Mariotti. São Paulo/Consulado Geral da Índia: Palas Athena, 1999. p. 244.

26 O significado de liberdade descrito aqui é voltado para o autoconhecimento e para o domínio de si próprio, pois é por meio da libertação espiritual, que se alcança a libertação política e coletiva.



agarrar-se à verdade, pois a força dela vem da alma (espírito), portanto, a busca da verdade não admite o uso da violência²⁷.

Ocorre que, com o passar dos tempos, os ensinamentos de Gandhi que dizem respeito ao “satyagraha” foram se desvirtuando²⁸ e implicaram desobediência civil. A desobediência pode ocorrer numa esfera positiva, em virtude da luta e/ou protesto por algo justo, e de maneira negativa, quando implica verdadeiros colapsos civis, como é o caso das guerras. Com isso, Gandhi representa a união de três importantes requisitos: o princípio da ação, a forma de luta e o objetivo a ser alcançado. Tais requisitos fazem deste líder uma pessoa responsável, que não age de maneira autoritária e lidera pelo exemplo.

Retorna-se à preocupação de Hannah Arendt quando destaca que vivemos em meio a uma escala mundial de destruição e guerras. Como compreender e superar? A glorificação trazida pela violência no mundo atual não está ligada apenas a militantes e extremistas de religiões específicas, como é o caso do islamismo, mas sim em evocação que se dissipou com o advento da Segunda Guerra Mundial. O que se deve ter em mente é a necessidade de ampliação da filosofia da não violência e dos direitos civis, mas enquanto isso não ocorre como proceder?

27 GANDHI, Mohandas K. **Autobiografia:** minha vida e minhas experiências com a verdade. Tradução de Humberto Mariotti. São Paulo/Consulado Geral da Índia: Palas Athena, 1999.

28 A constatação do desvirtuamento se deu com a *Marcha do Sal* ou *Marcha de Dandi*, um movimento popular pautado na desobediência civil, que mobilizou a Índia no ano de 1930. Dandi, por sua vez, era uma pequena vila localizada na província de Gujarat (oeste da Índia). Este movimento contou com a presença de Gandhi e demais seguidores. Ocorre que a real finalidade do movimento era a desobediência civil positiva, pois o objetivo dele era protestar contra a alta taxa que incidia sobre a coleta do sal, um imposto pesado para a realidade indiana, haja vista que o sal era um artigo de necessidade das camadas oprimidas; desafiando, assim, o monopólio do governo britânico.

Essa matriz pode ser contextualizada com o sentido da política, haja vista que, para Arendt, o verdadeiro sentido da política é a liberdade²⁹. Essa concepção leva à verificação da obra de Merleau-Ponty, pois este por vezes se aproxima e se afasta da maneira de ver a política de Arendt. Para Arendt há uma ruptura entre o político e o social – característica linear dos regimes totalitários –; já para Merleau-Ponty, há uma influência histórica dessas duas searas com caráter de irreversibilidade e reversibilidade, continuidade e descontinuidade dos fenômenos³⁰, haja vista que a política permitiu uma abertura complementar do ser ao outro e do outro ao ser. E talvez este seja o pressuposto da tolerância que tanto se necessita nos dias atuais, pois a política trata de uma melhor convivência entre diferentes.

Ademais, a liberdade arendtiana não equivale ao livre-arbítrio, mas encontra-se em estado de equivalência a noção de soberania³¹, pois todos se tornam livres quando decidem e agem em conjunto. Dessarte, Arendt é coerente ao mencionar que “os homens são livres – diferentemente de possuírem o dom da liberdade – enquanto agem, nem antes, nem depois; pois ser livre e agir são a mesma coisa”³².

Outrossim, é de sabença comezinha que, hodiernamente, o que se percebe é que a liberdade se tornou livre-arbítrio e desde então tornou-se o maior problema filosófico-político, pois esse desvio de finalidade

29 ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**: ensaios e conferências. Tradução de Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993; ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

30 MERLEAU-PONTY, M. **O visível e o invisível**. Tradução de A. Gianotti e A. Mora. São Paulo: Perspectiva, 1992.

31 Filia-se a noção concebida por **Goyard-Fabre** quando aponta que, sem sombra de dúvidas, a soberania do povo é “a máxima fundamental do direito político”, disposta na obra GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

32 ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 3. ed. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1992. p. 199.



tornou a liberdade um desvirtuamento, ou seja, na prevalência de uns sobre os outros, e não da união de todos em prol da soberania.

A concepção arendtiana, assim como a gandhiana na “satyagraha”, foi um balbucio pela pretensão de garantir a verdade, que surge com a prática da liberdade e traz efetividade à ação. Tal prática só é possível com a preservação do espaço público, que requer a manutenção de um direito mínimo – a cidadania –, mediante a noção de que o maior direito passa a ser o “direito a ter direitos”³³. Assim, com o funcionamento da cidadania, tem-se o meio para a criação de um espaço público que permite a liberdade.

Traz-se à tona o exemplo da Alemanha nazista em que houve a total impossibilidade do exercício da cidadania por parte de seus habitantes, que resultou num Estado Totalitário. Veja-se que a manutenção do “direito a ter direitos” é a força motriz de destituição desse tipo de regime.

Note-se que a cidadania judaica foi amplamente desrespeitada pela campanha de desnacionalização pregada pela Alemanha nazista, pois a nacionalidade é um dos maiores vínculos jurídicos entre as pessoas e o Estado, conforme se nota na passagem mencionada por Bittar quando afirma

O genocídio perpetrado pela Alemanha nazista contra o povo judeu foi o ato final no processo histórico de exclusão social que teve, em seu início, diversas medidas judiciais que inviabilizaram o exercício da cidadania por parte dos judeus. A lei de Nuremberg, de 15 de setembro de 1935, preservou a nacionalidade alemã dos judeus, mas retirou-lhes o *status* de cidadão. Essa lei transformou os judeus, que se refugiaram em países vizinhos, em estrangeiros de segunda categoria, pois, tendo perdido a cidadania, não podiam valer-se da

33 ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 3. ed. Tradução de Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1992. p. 213.

proteção de seu Estado; tal medida transformou esses judeus em apátridas de fato. Em outubro de 1938, carteiras de identidade com a impressão da letra “J”, para comprovar a origem judaica de seu portador, substituíram os passaportes dos judeus. A lei de nacionalidade do Reich, de 25 de novembro de 1941, privou a nacionalidade alemã dos judeus que residiam fora do território da Alemanha³⁴.

Ao ter contato com essa gama de ardilosos acontecimentos, cabe mencionar um trecho de um jornal nazista, que revela o real motivo da campanha de discriminação contra os judeus, destacada na obra *As origens do totalitarismo*, de Hannah Arendt, conforme se lê:

O jornal oficial da “SS”, o *Schwartzte Korps*, disse explicitamente em 1938 que, se o mundo ainda não estava convencido de que os judeus eram o refugio da terra, iria convencer-se tão logo, transformados em mendigos sem identificação, sem nacionalidade, sem dinheiro e sem passaporte, esses judeus começassem a atormentá-los em suas fronteiras³⁵.

Não há como conviver com tamanho preconceito e intolerância nos dias atuais, que são revertidos pelo quadrilátero proêmio de uma sociedade política, livre, tolerante e multirreligiosa.

Com relação à religião, Kelsen³⁶ aponta o ensinamento de Niebuhr que, muito acertadamente, descreve que a tolerância é uma das condições básicas de uma democracia, e que esta pressupõe certo relativismo.

34 BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012. p. 439.

35 ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. p. 302.

36 KELSEN, Hans. **Democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.



Ademais, Goyard-Fabre³⁷, em sua obra *O que é democracia*, assegura o contato com a realidade política de Tocqueville, que alerta acerca das lições de Pascal, Montesquieu e Rousseau, três grandes homens que teceram informações a respeito da liberdade e a descreveram-na como um bem que permite que os homens desfrutem de muitos outros bens.

Entrementes, a liberdade, na visão de Arendt³⁸, deve ser voltada para o espaço público, em que o homem comporta-se ao mesmo tempo como agente – ser ativo impulsionado pela liberdade – e ser moral, em que as ações são guiadas por razões públicas de modo que se evite que o privado degluta o público.

Por fim, o relativismo apontado pelos estudos de Kelsen, acrescido pela liberdade evidenciada por Goyard-Fabre, desagua na política da não violência sobrelevada por Arendt, para que se consiga uma ação coletiva pautada na tolerância.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos, nas décadas iniciais do século XXI, enfrentam muitas formas de autoritarismo, que conglobam até regimes democráticos, em virtude da dimensão civilizatória, que permeia o direito à diversidade cultural³⁹.

37 GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

38 ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

39 SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez, 2014. p. 122.

Note-se que o presente nunca esteve tão próximo do passado, pois ondas de intolerância se propagam mesmo em regimes democráticos. Como garantir que a política democrática não seja também excludente e intolerante?

O passado não é fácil de se construir politicamente por contrariar tradições, lutas e políticas no caminho inverso à tolerância e às minorias. Não se pode deixar que a desumanidade e indignidade se ampliem em benefício da violência e da opressão.

Outrossim, a condição essencial de reconhecimento de uma pessoa como sujeito de direito, hodiernamente, não é mais o vínculo jurídico, e sim o *status* de cidadão como ser humano, pregado pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH), pois a existência é condição suficiente de vinculação da pessoa à ordem jurídica internacional. Assim, a pessoa passa a ser sujeito de direito na ordem internacional e amplia o espaço público, e, conseqüentemente, o exercício da liberdade.

Em notas conclusivas, na visão de Arendt⁴⁰, o poder deve ser exercido por meio de um consenso que envolve participação e diálogo. Nesse sentido, não se admite a violência como requisito do poder. Essa é a nova maneira de pensar a política, como construção do espaço público e da coletividade, pois a política e o espaço público quando dialogados de forma tolerante fomentam os direitos. Assim, a não violência, a liberdade em diversos aspectos, a tolerância e ação política constroem a nova política desenhada por Arendt na qual não há espaço para controle e opressão, mas para a política que promove a liberdade e, conseqüentemente, a ampla tolerância, já capitaneada por Voltaire⁴¹.

40 ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

41 VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância**. São Paulo, Folha de São Paulo, 2015.



REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. **Entre o passado e o futuro**. 3. ed. Tradução Mauro W. Barbosa de Almeida. São Paulo: Perspectiva, 1992.

ARENDT, Hannah. **A dignidade da política**: ensaios e conferências. Tradução Helena Martins e outros. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1993.

ARENDT, Hannah. **As origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 2000a.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. Tradução de Roberto Raposo. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000b.

ARENDT, Hannah. **O que é política?** Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e Julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

ARENDT, Hannah. **Sobre a violência**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

ARENDT, Hannah. **Verdade e Política**. Disponível em: <http://abdet.com.br/site/wp-content/uploads/2014/11/Verdade-e-pol%C3%ADtica.pdf>. Acesso em: 13 out. 2017.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

GANDHI, Mohandas K. **Autobiografia**: minha vida e minhas experiências com a verdade. Tradução de Humberto Mariotti. São Paulo/Consulado Geral da Índia: Palas Athena, 1999.

Ir para o índice

GOYARD-FABRE, Simone. **O que é democracia?** São Paulo: Martins Fontes, 2003.

GOYARD-FABRE, Simone. **Os princípios filosóficos do Direito político moderno.** Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KANT, I. **Fundamentação da metafísica dos costumes.** Lisboa: Ed. 70, 1998.

KELSEN, Hans. **Democracia.** Tradução de Ivone Castilho Benedetti, Jefferson Luiz Camargo, Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos:** um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MERLEAU-PONTY, M. **O visível e o invisível.** Tradução de A. Gianotti e A. Mora. São Paulo: Perspectiva, 1992.

O Leitor. Produção de Mirage. Estados Unidos: 2008. 1 DVD (124 min.), son., color., Legendado, Port.

SANTOS, Boaventura de Sousa; CHAUÍ, Marilena. **Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento.** São Paulo: Cortez, 2014.

VOLTAIRE. **Tratado sobre a tolerância.** São Paulo, Folha de São Paulo, 2015.

XAVIER JÚNIOR, José Roberto Coutinho. **O que é o judaísmo?** Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=72fNKCjB4Os>. Acesso em: 01 mar. 2017.

