

Reginaldo Pereira  
Silvana Winckler  
(Orgs.)



# Direitos da Cidadania na Nova Ordem Mundial



UNOCHAPECÓ



FAPESC



editora  
Karywa



Reginaldo Pereira

Silvana Winckler

(Orgs.)

# **Direitos da Cidadania na Nova Ordem Mundial**

Coletânea de trabalhos apresentados no I Seminário  
Internacional sobre Direitos da Cidadania na Nova Ordem  
Mundial



© Editora Karywa – 2015

Rua Serafim Vargas, 66  
São Leopoldo – RS  
Cep: 93030-210  
editorakarywa@gmail.com  
http://editorakarywa.wordpress.com

**Conselho Editorial:**

Dra. Adriana Schmidt Dias (UFRGS – Brasil)  
Dra. Cândida Graciela Chamorro (UFGD – Brasil)  
Dr. Cristóbal Gnecco (Universidad del Cauca –  
Colômbia)  
Dr. Eduardo Santos Neumann (UFRGS – Brasil)  
Dr. Ezequiel de Souza (IFAM – Brasil)  
Dr. Raúl Fornet-Betancourt (Aachen – Alemanha)  
Dra. Tanya Angulo Alemán (Universidad de  
Valencia – Espanha)  
Dra. Yisel Rivero Báxter (Universidad de la  
Habana – Cuba)

**Comissão científica:**

Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Arlene Renk  
Prof. Dr. Ernani de Paula Contipelli  
Prof. Dr. Frederico Eduardo Zenedin Glitz  
Prof. Dr. Giovanni Olsson  
Prof. Dr. Marcelo Markus Teixeira  
Prof. Dr. Marcelino da Silva Meleu  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Odete Maria de Oliveira  
Prof. Dr. Paulo Potiara de Alcântara Veloso  
Prof. Dr. Reginaldo Pereira  
Prof<sup>ª</sup> Dr<sup>ª</sup> Silvana Winckler

**Apoio:**

Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Estado de Santa Catarina – FAPESC.

*\* Os textos são de responsabilidade de seus autores.*

**Diagramação e arte-finalização:** Rogério Sávio Link

D598                    Direitos da cidadania na nova ordem mundial. [e-book] /  
Orgs. Reginaldo Pereira, Silvana Winckler. São Leopoldo:  
Karywa, 2015.

Coletânea de trabalhos apresentados no I Seminário  
Internacional sobre Direitos da Cidadania na Nova Ordem  
Mundial

404p.

ISBN: 978-85-68730-08-9

1. Cidadania; 2. Constituição; 3. Direitos Humanos; 4.  
Relações Internacionais; 5. Socioambientalismo; I. Reginaldo  
Pereira; II. Silvana Winckler.

CDD 340

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO .....	7
	<i>Reginaldo Pereira</i> <i>Silvana Winckler</i>

### PARTE I – CONSTITUIÇÃO, CIDADANIA E DIREITOS HUMANOS

COLONIALISMO, DIREITO E CIDADANIA NA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO .....	12
	<i>Maria Aparecida Lucca Caovilla</i>

A CONFORMAÇÃO JURÍDICA DO ESTADO BRASILEIRO: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO IMPÉRIO EM PIMENTA BUENO .....	28
	<i>Felipe Pante Leme de Campos</i> <i>Guilherme Bedin</i>

CIDADANIA E MEDIAÇÃO FAMILIAR: IMBRICAÇÃO JURÍDICA NA PÓS- MODERNIDADE .....	47
	<i>Kamila Lorenzi</i> <i>Silvia Ozelame Rigo Moschetta</i>

TRIBUNAL MULTIPORTAS: ORGANIZAÇÃO CIDADÃ PARA O TRATAMENTO DE CONFLITOS NA POLICONTEXTURALIDADE .....	63
	<i>Marcelino Meleu</i> <i>Aleteia Hummes Thaines</i> <i>Emmanuele Todero Von Onçay Paz</i>

A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ESCOLHA DOS DESTINOS DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO MECANISMO CAPAZ DE EFETIVAR A CIDADANIA FISCAL.....	77
	<i>Ubaldo Cesar Balthazar</i> <i>Luciane Aparecida Filipini Stobe</i> <i>Gleica Caregnatto Boldori</i>

DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PARA GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA .....	92
	<i>Rafael Alfredo Weber Hoss</i>

PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UM PROGRAMA QUE PODE MUDAR A REALIDADE FAMILIAR? .....	104
	<i>Lidiane Barrionuevo Brustolin Clarete Trzcinski Sirlei Fávero Cetolin Aronildo Flor</i>
INCLUSÃO DE ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: POSSIBILIDADES E LIMITES DOS DISPOSITIVOS LEGAIS .....	119
	<i>Tania Mara Zancanaro Pieczkowski Ramiro Zancanaro Pieczkowski</i>
A SENTENÇA CRIMINAL E AS CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA: ENTRE A (IM)PARCIALIDADE DO JUIZ E O DIREITO PENAL DO AUTOR.....	136
	<i>Deise Helena Krantz Lora Marli Canello Modesti</i>
PRISÃO, DIVERSIDADE HUMANA E O TRABALHO DO PSICÓLOGO.....	160
	<i>Camila Lorenzoni Cortina Celso Francisco Tondin Vanessa Tais Burnier</i>
A EFETIVAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NA VISÃO DE PROFISSIONAIS DE SERVIÇO SOCIAL.....	169
	<i>Clarete Trzcinski Marina Morcelli Aronildo Flor Cristiane Tonezer Sirlei Fávero Cetolin</i>
DUMPING SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO.....	185
	<i>Cristiano Tessaro André Ricardo Broglio Rafael Giuliani Dambrós</i>
A MISSÃO INSTITUCIONAL DA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO.....	195
	<i>Dilnei Jose Eidt</i>

## **PARTE II – CIDADANIA E RELAÇÕES INTERNACIONAIS**

O PODER DAS REDES E OS MOVIMENTOS SOCIAIS GLOBAIS.....	210
	<i>Eduardo Baldissera Carvalho Salles Giovanni Olsson</i>

LOS BRICS EN LA REESTRUTURACIÓN DEL NUEVO ORDEN MUNDIAL.....	222
	<i>Ernani Contipelli</i> <i>Simona Picciau</i>
OS ACORDOS MULTILATERAIS AMBIENTAIS (MEAS) E O CONTENCIOSO NA OMC: LIMITES DE SUA APLICABILIDADE.....	237
	<i>Mariana Clara de Andrade</i>
NOTAS HISTÓRICAS SOBRE REFUGIADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	255
	<i>Marcelo Markus Teixeira</i> <i>Sabrine Dal Piva Sulzbach</i>
A ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO DE DIONÍSIO CERQUEIRA NA FRONTEIRA ENTRE BRASIL E ARGENTINA .....	266
	<i>Ivan Barbiero Filho</i> <i>Idir Canzi</i>
ATORES INTERNACIONAIS E A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: A QUESTÃO DA CIBERESPIONAGEM E O PAPEL DA ONU .....	281
	<i>Lademir José Cremonini</i>

### **PARTE III – CIDADANIA E SOCIOAMBIENTALISMO**

O (RE)PENSAR DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL POR MEIO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	302
	<i>Robson Fernando Santos</i> <i>Douglas Braun</i> <i>Reginaldo Pereira</i>
A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AO MEIO AMBIENTE NATURAL CAUSADOS PELOS PARTICULARES .....	321
	<i>Daniel Sbeghen</i>
RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NOS CONTRATOS DE TRESPASSE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NO BRASIL.....	334
	<i>Fabiano Derussi</i>
A TRIBUTAÇÃO ECOLÓGICA COMO INSTRUMENTO DE FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DO MEIO AMBIENTE.....	352
	<i>Marcelo Adriam de Souza</i>

O PANORAMA DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NOS EMPREENDIMENTOS HIDRELÉTRICOS NO BRASIL E A SITUAÇÃO DA IMPLANTAÇÃO DA UHE FOZ DO CHAPECÓ .....	370
	<i>Pedro Luiz Volkweis Filho</i> <i>Arlene Anélia Renk</i>
VALORAÇÃO DE BENS AMBIENTAIS PARA A CORRETA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROTETORA DO MEIO AMBIENTE .....	380
	<i>Cristiane Zanini</i> <i>Liliane Núncio</i>
A SÓCIO-BIODIVERSIDADE COMO UMA QUESTÃO ESTRATÉGICA PARA A LIVRE DETERMINAÇÃO CAMPONESA .....	389
	<i>Ana Elsa Munarini</i> <i>Silvana Terezinha Winckler</i>



## APRESENTAÇÃO

*Direitos da cidadania na nova ordem mundial* é uma obra coletiva que reflete o compromisso do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Acadêmico) da Unochapecó de discutir a democracia e os direitos humanos na sociedade complexa e mundializada. O primeiro debate teve lugar em seminário realizado no mês de maio de 2015, no campus sede da Uno, e contou com a participação de pesquisadores de prestigiadas universidades brasileiras e estrangeiras. Os trabalhos ora apresentados são frutos dessa iniciativa.

Os discursos produzidos acerca dos direitos humanos nos campos do direito, da política e da filosofia, desde o início da Idade Moderna, situam-nos como baluartes da democracia e da cidadania, atribuindo-lhes fortaleza e potência nem sempre constatáveis no mundo da vida. A crença excessiva – e, em igual medida, a falta dela – na força libertadora dos direitos humanos está no centro de disputas teóricas e de polêmicas que extrapolam o espaço acadêmico, convergindo em mobilizações coletivas capazes de orientar a posição de atores sociais locais e globais.

Insurreição, revolução, desobediência civil, greve, manifestação, entre outras, são expressões que guardam relação estreita com a dimensão concreta e mundana da luta pelos direitos humanos. *Occupy* (*#occupy*), como palavra de ordem, recentemente vem levando o povo a ocupar as ruas e a contestar as ordens de dispersão de polícias e exércitos. Se ocupação, no passado, era o termo utilizado para indicar a usurpação do poder (por exemplo, nas ocupações estrangeiras de territórios em guerra), *occupy* passa a significar libertação, no sentido de abertura ou ampliação do espaço público<sup>1</sup>.

Os direitos humanos são uma chave para a interpretação da cidadania moderna no sentido jurídico do termo. Referenciados como “direitos da cidadania”, tais direitos são elencados em diferentes modelos

---

<sup>1</sup> Não podemos deixar de mencionar, nesse aspecto, o significado atribuído pelo Movimento dos Trabalhadores Sem Terra ao termo ocupação. “Ocupar, produzir e resistir” foi o mote do MST desde as primeiras ocupações de terras improdutivas na luta pela reforma agrária no Brasil.

classificatórios, compondo tipologias atentas à natureza do bem tutelado (vida, liberdade, propriedade...), à época de seu reconhecimento histórico (gerações ou dimensões), à extensão da proteção (individual, coletiva, difusa). São adjetivados, não sem controvérsias, de muitas formas: inalienáveis, irredutíveis, indissociáveis, universais.

Desde a perspectiva da filosofia política, Hannah Arendt (*Origens do totalitarismo...*)<sup>2</sup> enfrentou, na década de quarenta do século XX, a perplexidade ante a desproteção dos direitos das minorias e apátridas na Europa assolada pelo totalitarismo. Conforme a autora, a partir das declarações de direitos humanos oitocentistas a fonte da lei passa a encontrar-se no Homem (grafado no singular, com inicial maiúscula), e não em Deus ou nos costumes. As declarações assinalavam a emancipação do homem de toda tutela (social, espiritual ou religiosa). Como direitos inalienáveis e não dedutíveis de outros, os direitos humanos não necessitavam invocar uma autoridade para o seu estabelecimento: o Homem em si mesmo era sua fonte e seu objetivo último. Não havia necessidade de leis para protegê-los, pois eles eram o fundamento de todas as leis. O Homem detinha a soberania em relação às leis, assim como o povo detinha a soberania nas questões de governo. A garantia dos direitos humanos estava na soberania do povo e no autogoverno.

Nas palavras de Arendt, o Homem, emancipado e isolado, “levava sua dignidade dentro de si, sem referência a nenhuma ordem circundante” (ARENDR, 1989, p. 324). Mas logo foi consumido e desapareceu como membro de um “povo”. Assim se configurou o paradoxo assinalado pela autora: as declarações de direitos humanos se referiam a um ser humano abstrato, enquanto os seres humanos concretos só existem numa ordem social. Essa questão remetia à premência da emancipação nacional, na medida em que só haveria direitos humanos para os povos emancipados. Em outras palavras, só a soberania de um povo poderia assegurar os direitos dos indivíduos. O povo converteu-se na imagem do homem dos direitos humanos, resultando na identificação dos direitos humanos com os direitos dos povos no sistema dos Estados-nação. No período entre a primeira e a segunda guerras mundiais, homens e povos sem Governo viram-se privados dos direitos (supostamente inalienáveis). As tentativas de criar organismos internacionais de proteção dos direitos humanos

---

<sup>2</sup> ARENDR, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

foram vistos como usurpações da soberania. O recurso à identidade nacional parecia o caminho mais seguro às minorias e apátridas. Os direitos de nacionalidade eram a garantia dos demais direitos. Os partidos políticos não julgavam relevante incorporar os direitos humanos em seus programas.

Coube às Constituições do pós-guerra inserir nos sistemas jurídicos estatais a proteção aos direitos humanos. Uma após outra, as nações ocidentais foram escrevendo a história da constitucionalização dos direitos humanos, assim convertidos em direitos fundamentais do cidadão.

Os temas tratados nesta coletânea situam-se no interstício entre a crença nos direitos humanos e a dúvida ante os sinais de esgotamento do projeto político da modernidade<sup>3</sup>. Mesmo nas democracias melhor consolidadas, o espaço público foi solapado pela burocracia e, mais recentemente, pela tecnocracia. A dimensão política da cidadania vem sendo obliterada por um “estado de coisas”<sup>4</sup> que oculta o potencial democrático da participação popular nos espaços de poder. Resta ao Direito ampliar, na maior medida possível, a extensão dos direitos fundamentais, principal reduto da cidadania contemporânea.

Na Parte I, *Constituição, cidadania e direitos humanos*, são debatidas características do Estado brasileiro que se forjaram ao longo da história colonial e imperial e que ainda têm reflexos na cultura jurídica dominante. Na sequência, apresentam-se temas que revelam a estrutura e o funcionamento da justiça e dos direitos da cidadania na atualidade.

A Parte II, *Cidadania e relações internacionais*, situa o Brasil no contexto das relações com outros Estados e com entes e organismos estatais e não estatais. Os trabalhos refletem a complexidade das relações internacionais contemporâneas, que reclamam novos paradigmas de interpretação.

---

<sup>3</sup> Esses sinais são analisados por autores como a própria Arendt, Claude Lefort e Boaventura de Sousa Santos, entre outros.

<sup>4</sup> Nosso entendimento é de que os estados não estão em crise, apenas assumem outras funções que não aquelas concebidas no início da Idade Moderna. A tecnologia passou a exercer função essencial na organização social a partir da Revolução Industrial. Atualmente o lugar do poder é marcado pela tecnocracia.

Finalmente, a Parte III, *Cidadania e socioambientalismo*, tem como foco a análise da problemática ambiental e os desafios que se apresentam ao Estado e ao Direito na direção da efetivação da cidadania ambiental.

Agradecemos a todas as pessoas que se empenharam para que o I Seminário Internacional Direitos da Cidadania na Nova Ordem Mundial se realizasse. De modo especial, “Les damos las gracias” aos colegas da Universidad Castilla-La Mancha (UCLM/Espanha) que estiveram conosco naquela semana, consolidando parceria acadêmica firmada no ano de 2012. O êxito do evento está refletido, em boa medida, na presente obra.

Nosso reconhecimento à FAPESC, parceira em sucessivas iniciativas do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unochapecó.

Reginaldo Pereira\*  
Silvana Winckler\*\*

---

\* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Ciências Ambientais pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Professor do Curso de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado Acadêmico) da Unochapecó. Coordenador e Pesquisador do Núcleo de Iniciação Científica Tecnociência e Meio Ambiente da Unochapecó (NITEMA).

\*\* Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professora dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Ambientais (Mestrado Acadêmico) e Direito (Mestrado Acadêmico) da Unochapecó.

**PARTE I – CONSTITUIÇÃO,  
CIDADANIA E DIREITOS  
HUMANOS**



# COLONIALISMO, DIREITO E CIDADANIA NA FORMAÇÃO DO ESTADO BRASILEIRO

Maria Aparecida Lucca Caovilla\*

---

## **Introdução**

As desigualdades sociais no âmbito da América Latina têm profundas raízes no processo de colonização, que segue paradigmas socioculturais essencialmente individualistas, normativos, burocratas, positivistas e excludentes, fundados no modelo de dominação colonial e capitalista.

Neste trabalho busca-se compreender o processo de dominação colonial havido na América Latina e o regime de inferiorização e exclusão a que os povos autóctones foram submetidos, bem como a perspectiva de ruptura desse paradigma a partir da Ética da Libertação, de Enrique Dussel.

O enfrentamento desse tema exige muita determinação, tendo em vista os aspectos fundamentais que o permeiam – políticos, econômicos, históricos, culturais e institucionais, com destaque para o capitalismo desenvolvimentista travestido de modernismo.

A formação do Estado brasileiro é tributária da herança colonial e do mito eurocêntrico da modernidade plasmado em premissas racionalistas e universalizantes, como se detalhará adiante.

## **Projeto da modernidade: o encobrimento do “Outro”**

O longo percurso da colonização da América Latina foi um período de ascensão, vitórias e conquistas de novas rotas, mais facilitadoras para as zonas produtivas e comerciais existentes, que permitiram à Europa

---

\* Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora do Curso de Graduação em Direito da Unochapecó.

constituir-se como centro produtivo e comercial. Portanto, a conquista do continente americano foi o momento inaugural do projeto da Modernidade.

Enrique Dussel, filósofo argentino radicado no México desde a década de 70, procurou ressignificar a chegada dos europeus à América Latina, desmitificando a heróica versão do conquistador e substituindo-a pela perspectiva dos povos vencidos, abrindo um panorama da existência negado pela narrativa oficial eurocêntrica. Revela-se o mito da Modernidade, isto é, “des-cobrir” a “outra-face” oculta e essencial à “Modernidade”.

O ano de 1492, segundo nossa tese central, é a data do “nascimento” da Modernidade, (...) a Modernidade originou-se nas cidades europeias medievais, livres, centros de enorme criatividade. Mas “nasceu” quando a Europa pode se confrontar com o seu “Outro” e controlá-lo, vencê-lo, violentá-lo, como pode se definir com um ego descobridor, conquistador, colonizador da Alteridade construtiva da própria Modernidade. De qualquer maneira, esse Outro não foi “descoberto” mas foi encoberto. (DUSSEL, 1993, p. 8)

Nesta perspectiva, a América foi-se estabelecendo no mundo ocidental moderno como periferia inferiorizada e explorada<sup>1</sup>. A Europa, por sua vez, apropria-se teórica e conceitualmente de seu novo potencial, configurando um novo padrão global de produção, estruturado a partir da escravidão, da servidão, da produção mercantil – formas históricas e sociologicamente novas, estabelecidas e organizadas para suprir as necessidades do mercado mundial.

A Modernidade é concebida como um fenômeno exclusivamente europeu, considerado como um período emancipador e racional. Por conta dessa construção epistemológica, a América Latina será submetida a uma constante violência e repressão contra os seus modelos culturais. O “mito

---

<sup>1</sup> “(...) a Europa só se coloca no centro do mundo a partir da descoberta da América posto que, até ali, só uma parte marginal da atual Europa, Norte da Itália e seus fascistas, se integravam no centro dinâmico comercial do mundo e que os turcos, em 1453, haviam politicamente controlado quebrando circuitos. Até ali, ir no caminho certo era se orientar! No Oriente, se encontravam as chamadas grandes civilizações, inclusive com suas religiões tradicionais e o peso da tradição era ali tão forte que, talvez, nos ajude a compreender o porquê da verdadeira obsessão pelo novo que caracterizará o eurocentrismo e suas sucessivas fugas para frente. (...) A América teve papel protagônico, subalternizado é certo, sem o qual a Europa não teria acumulado toda a riqueza e poder que concentrou” (PORTO-GONÇALVES, 2005, p. 3).

da Modernidade” produz uma gigantesca inversão: a vítima inocente é transformada em culpada, o vitimário é considerado inocente (DUSSEL, 1993, p. 79). A retórica positiva da modernidade justifica a lógica destrutiva.

1. Sendo a cultura europeia mais desenvolvida, quer dizer, uma civilização superior às outras culturas (premissa maior de todos os argumentos: o “eurocentrismo”).
2. O fato de as outras culturas “saírem” de sua própria barbárie ou subdesenvolvimento pelo processo civilizador constitui, como conclusão, um progresso, um desenvolvimento, um bem para elas mesmas. É então um processo emancipador. Além disso, este caminho modernizador obviamente já é percorrido pela cultura mais desenvolvida. Nisto estriba a “falácia do desenvolvimento (desenvolvimentismo)”.
3. Como primeiro corolário: a dominação que a Europa exerce sobre outras culturas é uma ação pedagógica ou uma violência necessária (guerra justa) e é justificada por sua obra civilizadora ou modernizadora, também então justificados eventuais sofrimentos que possam padecer os membros de outras culturas, já que são custos necessários do processo civilizador, e pagamento de uma “imaturidade culpável”.
4. Como segundo corolário: o conquistador ou o europeu não só é inocente, mas meritório, quando exerce tal ação pedagógica ou violência necessária.
5. Como terceiro corolário: as vítimas conquistadas são “culpadas” também de sua própria conquista, da violência que se exerce sobre elas, de sua vitimação, já que podiam e deviam ter “saído” da barbárie voluntariamente sem obrigar ou exigir o uso da força por parte dos conquistadores ou vitimários; é por isso que os referidos povos subdesenvolvidos se tornaram duplamente culpados e irracionais quando se rebelaram contra esta ação emancipadora-conquistadora. (DUSSEL, 1993, p. 78)

O Projeto da Modernidade foi guiado por meio da razão científica, com base na experiência eurocêntrica, a qual se lançava como meta que deveria ser alcançada por todos, isso em detrimento de todas as formas de saber, de projetos civilizatórios e de memórias que foram julgadas como atrasadas, místicas, logo, inferiores. Portanto, deveriam ser esquecidas, apagadas e substituídas pelo moderno, que representa a novidade, a renovação<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> “(...) as trocas desiguais entre culturas têm sempre acarretado a morte do conhecimento próprio da cultura subordinada e, portanto, dos grupos sociais e seus titulares. Nos casos mais extremos, como o da expansão européia, o epistemicídio foi uma das condições do genocídio.



A epistemologia moderna se constrói dentro de uma racionalidade baseada na universalidade, produzida com o único critério de verdade e de credibilidade, que tem por objetivo a emancipação racional, em consequência da superação do teocentrismo e para a consagração de um novo paradigma, o antropocentrismo<sup>3</sup>. Este, por sua vez, fundou um novo modo de construção do conhecimento, a partir do etnocentrismo da Europa ocidental moderna, que logo foi convertido no padrão a partir do qual todos os povos passaram a ser julgados e classificados.

O fato de os europeus ocidentais imaginarem ser a culminação de uma trajetória de civilização desde um estado de natureza levou-os também a pensar-se como os modernos da humanidade e de sua história, isto é, *como o novo e o mais avançado da espécie*. Como ao mesmo tempo atribuíram ao restante da espécie o pertencimento a uma categoria, por natureza, inferior e por isso anterior, ou seja, o passado no processo da espécie, os europeus imaginaram também ser não somente os únicos portadores de tal modernidade, mas também seus únicos criadores protagonistas. O mais notável, no entanto, não é que os europeus tenham pensado desse modo a si mesmos e aos outros – esse etnocentrismo não é privilégio deles – e sim o fato de terem sido capazes de difundir e de estabelecer essa perspectiva histórica como hegemônica dentro do novo universo intersubjetivo do padrão mundial de poder. (QUIJANO, 2005a, p. 212)

De acordo com Dussel, a Modernidade é iniciada com a conquista da América Latina, e tem sua continuação no norte europeu com o Iluminismo e a Revolução Industrial. Tem-se, ainda, uma segunda etapa da Modernidade, a qual não substitui a primeira, mas a sobrepõe até hoje.

A Inglaterra substitui a Espanha como potência hegemônica até 1945, e tem o comando da Europa Moderna e da História Mundial (em especial desde o surgimento do Imperialismo, por volta de 1870). Esta Europa Moderna, desde 1492, “centro” da História Mundial constitui, pela primeira vez na História, a todas as outras culturas como sua “periferia”. (DUSSEL, 1993, p. 61)

---

A perda de confiança epistemológica porque passa atualmente a ciência moderna torna possível identificar o âmbito e a gravidade dos epistemicídios cometidos pela modernidade hegemônica eurocêntrica” (SANTOS, 2006a, p. 87).

<sup>3</sup> “Antropocentrismo significa colocar o ser humano no centro de tudo, como rei e rainha da natureza, o único que tem valor. Todos os demais seres somente ganham significado quando ordenados a ele” (BOFF, 2012, p. 69).

Dussel (1993, p. 62) alerta: se a Modernidade tem um núcleo racional forte, como “saída” da humanidade de um estado de imaturidade regional, provinciana, não planetária, essa mesma Modernidade, por outro lado, realiza um processo irracional que se oculta a seus próprios olhos. Ou seja, por seu conteúdo secundário e negativo mítico, a “Modernidade” é justificativa de uma práxis irracional de violência.

O tempo moderno extremado cria um cenário desolador fraquejado na violência, individualidade e competitividade, o que levou à destruição de muitos mundos. O mundo muçulmano é “esvaziado de si próprio”, os índios são cruelmente ceifados de seus mundos, o “mundo chinês é desnaturalizado durante séculos”, o mundo negro é subalternizado, as utopias são destruídas, as diversidades são anuladas, em detrimento de um ser moderno (CÉSAIRE, 2006, p. 65).

Ser moderno é viver uma vida de paradoxos e contradições. É sentir-se fortalecido pelas imensas organizações burocráticas que detêm o poder de controlar frequentemente, destruir comunidades, valores, vidas; e ainda sentir-se compelido a enfrentar essas forças e lutar para mudar o seu mundo transformando-o em nosso mundo, aberto a novas possibilidades de experiências e aventuras, aterrorizado pelo abismo niilista ao qual tantas aventuras modernas conduzem. (BERMAN, 2007, p. 22)

Devido ao caráter universal da Modernidade europeia, categorias e conceitos como economia, política, mercado, classes, Estado se tornam universais, sendo válidos diante de qualquer realidade – proposição normativa. Nesse contexto, o fenômeno jurídico que floresce na cultura europeia ocidental se expande para outras regiões correspondendo à visão de mundo predominante.

### **O direito como um produto colonial, subserviente e dependente da modernidade**

A violência da colonização compôs na realidade latino-americana um sistema jurídico que teve desde sua gênese a finalidade precípua de manutenção das relações de exploração estabelecidas entre o centro e a periferia.

A negação do direito do colonizado começa pela afirmação do direito do colonizador; é a negação de um direito coletivo por um direito individual; Loke, no segundo Treatise of Government, elabora mais concretamente esse direito como direito de propriedade, como propriedade privada, por uma razão muito precisa. A propriedade,

para ele, é fundamentalmente um direito de um indivíduo sobre si mesmo. É um princípio de disposição pessoal, de liberdade radical. E o direito de propriedade também pode tê-lo sobre essas coisas desde que resulte da própria disposição do indivíduo não apenas sobre si mesmo, mas sobre a natureza, ocupando-a e nela trabalhando. É o direito subjetivo, individual, que constitui, que deve assim constituir o direito objetivo, social. A ordem da sociedade terá de responder à faculdade do indivíduo. Não há direito legítimo fora desta composição. (CLAVERO, 1994, p. 21-22)

O Direito vigente no período colonial foi fruto de uma sociedade profundamente dividida, em que a dominação de uns pelos outros foi o primado principal para o individualismo. Nasceu daí a incerteza do Direito, que normalmente servia à elite, com capacidade de influenciar, de subordinar, de estribar-se em pareceres de letrados para desobedecer ao direito estabelecido em seu próprio favor. “Desde o início da colonização, além da marginalização e do descaso pelas práticas costumeiras de um direito nativo e informal, a ordem normativa oficial implementava, gradativamente, as condições necessárias para institucionalizar o projeto expansionista lusitano” (WOLKMER, 2003a, p. 49).

A avalanche colonizadora não deixou margens para as estruturas jurídicas indígenas, as quais foram subjugadas pelo colonizador. O Direito foi imposto aos indígenas com sangue; os costumes, as leis e as configurações jurídicas representaram a dissolução de culturas, valores e tradições milenares<sup>4</sup>.

A Espanha produziu um sistema jurídico complexo para seu império americano. O chamado *derecho indiano* que pode ser entendido como o conjunto de normas que vigorou para as Índias durante o período colonial. (MARÉS, 2012, p. 50)

Por sua vez, Portugal transplantou para a terra virgem suas instituições jurídicas no campo do direito público e do direito privado, as quais tiveram “(...) vigência integral e sua adaptação se fez por

---

<sup>4</sup> “(...) a imposição e o favorecimento dos pressupostos do Direito alienígena, além de discriminar grande parte da própria população nativa, desconsiderava as práticas costumeiras de um Direito autóctone, largamente exercidas em incontáveis comunidades de índio e populações negras escravizadas. Naturalmente, tratava-se dos traços reais de uma tradição subjacente e marginalizada de experiências jurídicas informais, que não chegaram a influenciar, tampouco foram reconhecidas e incorporadas pela legalidade oficial” (WOLKMER, 2003a).

interpretações não raro em mutações não explícitas, como o caso das sesmarias” (MARÉS, 2012, p. 50).

Sufocaram-se, assim, as tradições de um Direito nacional mais autêntico, proveniente das comunidades indígenas, em função do Direito estrangeiro, trazido pelo colonizador, e que não expressava as genuínas aspirações da população nativa que aqui vivia. (WOLKMER, 2003a)

O Direito de cada uma das nações indígenas, indissolivelmente ligado às práticas culturais, era o resultado de uma vivência aceita e professada por todos os integrantes, diversamente da sociedade regida pelo Direito positivo. O costume jurídico nas comunidades indígenas não constituiu uma esfera diferente ou autônoma da sociedade; ele estava imerso na estrutura sociossimbólica do grupo, ou seja, permeava e era permeado por outros fenômenos da cultura, como as relações de parentescos, a língua, a religiosidade, os valores culturais e as práticas de cuidado da saúde. O Direito entre os povos indígenas era constituído por um conjunto de costumes reconhecidos e compartilhados pela coletividade, e sua aplicação estava nas mãos das autoridades políticas do próprio grupo; não existia um aparato administrativo específico e permanente, nem especialista-profissional encarregado de elaborar e aplicar o Direito (VERDUM, 2013).

Portanto, no processo de formação das instituições jurídicas latino-americanas, destacou-se a contraditória afluência, de um lado, da herança colonial burocrático-patrimonialista, marcada por práticas ausentes de democracia e participação, de outro, de uma tradição liberal-individualista que serviu e sempre foi utilizada, não em função autêntica da sociedade, mas no interesse exclusivo de grande parcela das elites hegemônicas locais, detentoras do poder, da propriedade privada e dos meios de produção da riqueza (WOLKMER, 2003a).

Encobertas por um Direito universal, as populações das colônias eram vistas como subalternas, desprovidas da capacidade de pensar, desprovidas de saberes em termos jurídicos, sociais e políticos – logo, forçadas a um processo de assimilação, sob a égide da Modernidade. Por sua vez, a Europa constituiu-se como apogeu do progresso, impondo, a partir de então, aos quatro rincões do mundo a sua interpretação de espaço, tempo, valores e saberes.

O projeto da Modernidade, coadunado ao Direito agora tido como moderno, teve como aparato central a construção do Estado Moderno

como instância de poder incumbida de direcionar os “cidadãos” colonizados de acordo com os critérios racionais fundamentais dos conhecimentos científicos. Nesse viés, o Direito se converterá num mecanismo de controle social estatalmente coordenado através de leis científicas que resultam em uma invenção legitimada do Outro para suprir as urgências das políticas de modernização (CASTRO-GÓMEZ, 2005).

É um Estado uninacional e monocultural, centralizador e excludente, que não somente desconhece os povos indígenas mas que esteve sempre contra eles. As repúblicas crioulas americanas continuarão o genocídio físico e cultural de nossos povos originários, num processo sistemático que se agudizou no final dos anos oitenta do século XX, com o início da globalização neoliberal que arrasou com direitos essenciais dos povos indígenas. (QUISPE, 2010, p. 9, tradução nossa)

O modelo de Estado imposto a partir da colonização demonstra, de maneira muito clara, a consolidação da referência da modernidade monocultural.

### **A formação dos estados nas Américas e o domínio de uma classe**

Na formação dos Estados nacionais, nas ex-colônias das Américas, constituíram-se massivos processos de colonialismo interno, deixando transparecer um reforço extra no sentido do domínio de uma classe específica “branca”, educada segundo os padrões europeus, sobre as outras. Portanto, as relações de dominação colonial se rearticularam, uma vez que, após a independência, as elites brancas continuaram governando como cônsules de outras metrópoles, utilizando a máquina estatal em proveito próprio (RIBEIRO, 1995, p. 223).

De forma diferente da Europa, onde foram construídos os Estados nacionais para todos que se enquadrassem ao comportamento religioso imposto pelo poder dos Estados, após a expulsão dos considerados mais diferentes, na América não se esperava que os indígenas e negros se comportassem como iguais, era melhor que permanecessem à margem, ou mesmo, no caso dos povos originários (chamados de ‘Índios’ pelo invasor europeu), que não existissem: milhões foram mortos. (MAGALHÃES, 2012, p. 24-25)

A ideia de Estado nacional acabou sendo transplantada para as nações coloniais em uma clara e evidente verticalização do poder no sentido de cima para baixo, ignorando as normas diferenciadas que regulavam a organização social e o funcionamento das sociedades

indígenas. Isso porque a cultura constitucional clássica não podia aceitar a introdução, nas Constituições, do reconhecimento dos direitos de povos indígenas a um território e a aplicação nesses territórios de seu Direito próprio, porque entendia que seria um Estado dentro de um Estado (MARÉS, 2012, p. 68).

O Estado contemporâneo e seu Direito sempre negaram a possibilidade de convivência, num mesmo território, de sistemas jurídicos diversos, acreditando que o Direito estatal sob a cultura constitucional é único e onipresente. O exemplo de cada um dos países latino-americanos, porém, com a existência de várias Nações Indígenas com maior ou menor contato com a sociedade, faz por desmentir esta concepção. (MARÉS, 2012, p. 71)

Desse modo, as formas de organização social, as instituições e os conhecimentos produzidos pelas comunidades indígenas, e de outros tantos grupos sociais marginalizados, tornam-se ausentes nos limites dos Estados monoculturais<sup>5</sup>. Mesmo no interior dos Estados independentes, classes e grupos sociais foram sujeitos à dominação capitalista e colonial, porque no interior do Sul geográfico houve “pequenas Europas”, pequenas elites locais que se beneficiaram da dominação capitalista e colonial e que, depois da independência, a exerceram e continuam a exercê-la, por suas próprias mãos, contra as classes e grupos sociais subordinadas (SANTOS; MENESES, 2009, p. 13).

Ao serem criados, os Estados nacionais latino-americanos esqueceram dos povos indígenas; não porque estivessem muito longe geograficamente dos centros de poder, nem mesmo por terem se omitido nas lutas pela independência. Ao contrário, os povos indígenas, em cada um dos novos países, tiveram participação fundamental nas lutas pela autonomia, mas ganharam apenas o direito, de difícil exercício, de serem chamados de cidadãos (SOUZA FILHO, 2012, p. 61).

A formação de uma identidade nacional foi essencial para o surgimento do Estado como instituição moderna, ou seja, a partir da

---

<sup>5</sup> “Os colonizadores europeus encontraram nos territórios em que se instalavam formas de organização social que ignoravam a noção universalizante e abstrata de sujeitos de direito; pelo contrário, as relações pessoais de dependência eram muito fortes, num universalismo de solidariedade social representando por grupos que iam da família à tribo. (...) foi preciso destruir esta organização social e transformar os indivíduos em sujeitos de direito, capazes de vender a sua força de trabalho” (MIAILLE, 1979, p. 112).

imposição de valores comuns que deveriam ser compartilhados pelos diversos grupos étnicos, para que assim todos reconhecessem o poder soberano do Estado. Portanto, o Estado nacional, em seu processo de gestação, estava diretamente ligado à intolerância, à negação da diversidade religiosa e cultural, que, estando fora de determinados padrões e limites estabelecidos pela cultura hegemônica da identidade nacional, deveriam ser adequados ou, em muitos casos, exterminados em nome de um imaginário de unidade dentro de uma territorialidade.

A ideia de que todos os indivíduos estariam convertidos em cidadãos, ou pelo menos de que todo o indivíduo teria direito a se tornar cidadão, traduzia-se na assimilação, absorção ou integração dos povos culturalmente diferenciados. Esta integração que do ponto de vista dos dominantes era o oferecimento de “conquistados do processo civilizatório”, sempre foi vista pelos dominados como política de submissão dos vencidos. A projetada integração jamais se deu, não só porque as sociedades latino-americanas não ofereceram oportunidades de integração, mas também porque a integração nunca pôde ser sinceramente aceita pelos povos indígenas. A ideia de integrá-los, que iniciou talvez com uma boa intenção, transformou-se rapidamente em desvelado cinismo. (SOUZA FILHO, 2012, p. 63)

Portanto, desconsidera-se toda a diversidade cultural em nome da construção da cidadania idealizada pelo Estado-nação. Assim, sob a égide da falsa premissa da cidadania, todos passam a ser considerados iguais, retirando outras influências, a família, a comunidade e o Estado, que surge como principal favorecido. Quando trata da questão da nacionalidade como problema de construção dos Estados da América Latina, Anibal Quijano esclarece:

Ainda não é possível encontrar, em nenhum país latino-americano, uma sociedade plenamente nacionalizada nem tampouco um genuíno Estado-nação. A homogeneização nacional da população, de acordo com o modelo eurocêntrico de nação, só poderia ter sido alcançada através de um processo radical e global de democratização da sociedade e do Estado. Antes de tudo, essa democratização deveria e ainda deve implicar um processo de descolonização das relações sociais, políticas e culturais entre as raças, ou mais propriamente, entre os grupos e elementos de existência social europeus e não-europeus. Não obstante, a estrutura de poder foi e continua a ser organizada sobre e ao redor do eixo colonial. A construção da nação e principalmente do Estado-nação tem sido conceitualizada e trabalhada contra a maioria da população, neste

caso, os índios, negros e mestiços. A colonialidade do poder ainda exerce seu domínio na maior parte da América Latina, contra a democracia, a cidadania, a nação e o Estado-nação moderno. (QUIJANO, 2005a, p. 84)

Segundo Castro-Gómez (2005), as ciências sociais estão no bojo da Constituição dos Estados modernos, legitimando suas ações e construindo justificativas de caráter ideológico para a violência cultural implementada, que não leva em consideração o processo de colonização da América Latina. Por meio de normas legitimadas pelo conhecimento construído pelas ciências sociais, mantêm a “invenção do outro”<sup>6</sup>.

### **Filosofia da Libertação: contribuições para a descolonização do Direito**

Um dos principais desafios da América Latina é justamente o de pensar a realidade do mundo atual. No dizer de Dussel, não na perspectiva do centro, do poder político, econômico ou militar, mas desde além da fronteira do mundo atual central, da periferia, construindo uma filosofia com base no potencial cultural latino-americano, com racionalidade não discriminadora que denuncia a dominação e confronta o conceito e a natureza de sujeito opressor.

Enrique Dussel destaca-se como um dos principais expoentes de saber não alheio às opressões sofridas pelos latino-americanos, buscando alternativas emancipatórias, criticando o que chama de grandes narrativas, como Modernidade, globalização, ciência e capitalismo. Em seus discursos, prega a necessidade de pensar alternativas contra-hegemônicas. Propõe a teoria da Transmodernidade, que pressupõe superar a Modernidade por meio da descolonialidade.

A Filosofia da Libertação se coloca diante da situação de dependência injusta dos países latino-americanos e avança na desalienação e empoderamento de todos aqueles que foram silenciados pelo modo de

---

<sup>6</sup> Ao falarmos de “invenção”, não nos referimos somente ao modo como certo grupo de pessoas se representa mentalmente a outras, mas também aos dispositivos de saber/poder que servem de ponto de partida para a construção dessas representações. Mais que como o “ocultamento” de uma identidade cultural preexistente, o problema do “outro” deve ser teoricamente abordado da perspectiva do processo de produção material e simbólica no qual se viram envolvidas as sociedades ocidentais a partir do século XVI (CASTRO-GÓMEZ, 2005, p. 172).



pensar dominante, permitindo-lhes refletir sobre todas as especificidades latino-americanas, buscando teorizar e propor soluções de acordo com a realidade social vivenciada. O desempenho da Filosofia da Libertação consiste em explicar para o oprimido uma teoria que lhe dê o fundamento de sua alienação e a direção para alcançar sua libertação.

A partir de tais reflexões, emerge a necessidade de criar um novo Direito, que nasça dos oprimidos. Trata-se de “(...) uma necessidade histórica e uma obrigação social urgente que as gerações futuras nos cobrarão em sua fome, em sua miséria, inevitáveis caso haja a continuação da situação atual” (RECH, 1990, p. 11). A questão que se coloca é esta: é possível um direito no qual caibam todos? O professor Celso Luiz Ludwig (2010) defende que a transformação no sistema de Direito deve ser orientada para a realização da justiça:

A racionalidade jurídica crítico-libertadora parte das condições de possibilidade da vida humana, condições que determinam o que é justiça. Desde a negatividade – negação da vida concreta dos sujeitos – e por causa da negatividade um outro mundo é postulado. A factibilidade de um outro mundo possível está na ideia de que o mundo não se esgota nas experiências. As teorias excedem as experiências. São mais do que experiências. Mas a realidade ultrapassa as teorias. A realidade é sempre mais do que a experiência, e mais do que a teoria. Essa transcendência da realidade permite, agora, a *passagem de volta da negatividade à positividade*, esta antecipada analiticamente, nos momentos material, formal e factível –, passagem da injustiça a justiça. Com efeito, como resposta às teorias dominantes de hoje, que dizem que não existe alternativa, é preciso anunciar um potencial de emancipação e de libertação – potencialidade da realidade *como ela é*, desde o que *ela deveria ser*–, ou um imaginário *utópico* de que outro mundo é possível. Mas a suspeita de que pode haver mundos piores do que os atuais indica que é preciso, também, dizer que *outro mundo possível* é esse: um mundo no qual caibam todos em tempos de exclusão – e a natureza também. Nesta perspectiva uma sociedade é injusta se nela alguns não cabem. É mais injusta ainda se nela muitos não cabem. Na contra-imagem, disso deriva que uma sociedade é justa se nela todos os seres humanos e a natureza também caibam. Essa é a exigência e o critério de justiça, critério de orientação, por exemplo, para a criação e desenvolvimento das instituições históricas, e é, ao mesmo tempo, um critério para criticá-las quanto seus efeitos negativos, ainda que não intencionais. Em tempos de exclusão, permitir que todos caibam é o direito fundamental. (LUDWIG, 2010, p. 174-175)

Para a concepção de um novo Direito, um Direito no qual caibam todos, será necessário incorporar novos direitos. No entanto, não se trata de quaisquer novos direitos, mas da afirmação de direito daqueles que têm uma dimensão da vida negada, que se encontram na condição de “sem direitos” (LUDWIG, 2010, p. 175).

Trata-se de um Direito que leve em consideração o sujeito histórico, sua vida em concreto, com suas necessidades e os valores da pessoa humana, que se origina a partir do campo da práxis.

Mantendo a constante preocupação com a insuficiência epistêmica no campo do Direito, o professor Antonio Carlos Wolkmer serve-se do referencial teórico de Enrique Dussel e propõe a Filosofia Jurídica da Libertação, a qual estaria engajada em descortinar certas práticas ignoradas ou proibidas pelo Direito vigente no contexto latino-americano. Importa destacar que a Filosofia Jurídica da Libertação é tecida “(...) na luta dos próprios oprimidos contra as falsas legitimidades e as falácias opressoras do formalismo legalista da modernidade” (WOLKMER, 2012, p. 256-260).

De acordo com Dussel, para exercitar a prática da libertação é preciso quebrar certos paradigmas. A cultura latino-americana é de completa alienação, desde sua origem, até os dias de hoje. Trata-se de uma ideologia de colonizador e colonizado, num projeto de dominação que vem se perpetuando e precisa ser banido.

É no protagonismo dos novos movimentos sociais que se está construindo outro Direito, como projeto de liberdade. Nessa direção, os movimentos sociais na América Latina são reveladores de fontes diferenciadas de produção jurídica<sup>7</sup>, de acordo com as reais “necessidades humanas fundamentais”<sup>8</sup>. Ou seja, trata-se do Direito insurgente.

---

<sup>7</sup> “As transformações da vida social constituem, assim, a formação primária de um ‘jurídico’ que não se fecha exclusivamente em preposições genéricas e em regras estáticas e fixas formuladas para o controle e a solução dos conflitos, mas se manifesta como resultado do interesse e das necessidades de agrupamentos associativos e comunitários, assumindo um caráter espontâneo, dinâmico, flexível e circunstancial” (WOLKMER, 2001, p. 152).

<sup>8</sup> “(...) importante aclarar que a estrutura do que se chama ‘necessidades humanas fundamentais’ não se reduz meramente às necessidades sociais ou materiais, mas compreende a necessidades existentes (de vida), mateias (de subsistência) e culturais” (WOLKMER, 2001, p. 159).

O Direito insurgente, dentro das organizações populares, está constituído pela forma como os pobres fazem uso do Direito, este fundamentalmente de duas maneiras: como alternativa prática jurídica da legalidade vigente e como uma reapropriação do poder normativo, criando a seu próprio Direito objetivo no interior de suas comunidades. (DE LA TORRE RANGEL, 2006, tradução nossa)

As contribuições do professor Antonio Carlos Wolkmer para fundar as bases epistemológicas do pluralismo jurídico, no Brasil e na América Latina, coadunam-se perfeitamente com os pressupostos ético-políticos da Filosofia da Libertação de Enrique Dussel.

### **Considerações finais**

Liberdade, disse a poetisa Cecília Meireles (1989), é a “palavra que o sonho humano alimenta que não há ninguém que explique e ninguém que não entenda”. Liberdade é uma utopia que atravessa as opressões e as violências do passado e do presente, uma bandeira de vida e de morte pela qual temos vivido os mais admiráveis heroísmos e temos cometido as maiores perversidades na América Latina.

A proposta da Filosofia da Libertação, de Enrique Dussel, reveste-se de uma aura de esperança para milhões de latino-americanos marginalizados que estão lutando por sua libertação e, ainda, por manter os logros revolucionários já obtidos. Trata-se de uma filosofia gestada no ventre latino-americano, não obstante, uma tese forjada numa proximidade militante com as organizações e movimentos populares. Enrique Dussel sai ao encontro dos pobres, dos excluídos, dos indígenas, dos camponeses, das populações das periferias, estabelecendo um dos elementos fundamentais de sua construção, a aproximação com o “Outro”, em seu espaço e tempo, a partir de suas experiências e necessidades, marcando aí uma ruptura epistemológica com os conhecimentos eurocêntricos. A Filosofia da Libertação é um momento importante na história da América Latina, em que o conhecimento sai das academias e faz uma interface com a realidade social.

Essa nova concepção filosófica mostra-se engajada na construção de uma nova realidade no continente. Diante do período de crise da Modernidade, e de seus paradigmas, Dussel propõe resgatar a dignidade do pensamento produzido a partir de um olhar situado na América Latina, valorando os saberes dos indígenas, dos africanos, dos quilombolas, entre outras tantos povos que compõem o nosso mosaico cultural. A América

Latina precisa retomar a sua sabedoria ancestral, não uma memória que nos faça voltar em direção ao passado, mas que nos torne capazes de iluminar o presente e construir novos caminhos de vida e liberdade.

## Referências

BERMAN, Marshall. *Tudo o que é sólido desmancha no ar: a aventura da modernidade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BOFF, Leonardo. *Sustentabilidade – o que é: o que não é*. Petrópolis: Vozes, 2012.

CASTRO-GÓMEZ, S. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da “invenção do outro”. In: LANDER, E. (Org.). *A Colonialidade do Saber: eurocentrismo e ciências sociais latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

CÉSAIRE, Aimé. *Discurso sobre o colonialismo*. Tradução: Noemia de Souza. Lisboa: Sá da Costa, 2006.

CLAVERO, Bartolomé. *Derecho Indígena y cultura constitucional en América Latina*. México, D.F.: SigloVeinteuno, 1994.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *El derecho como arma de liberación en América Latina: sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. San Luis Potosí: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2006. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>>. Acesso em: 15 jan. 2015.

DUSSEL, Enrique. *1492: o encobrimento do outro*. Petrópolis: Vozes, 1993.

LUDWIG, Celso Luiz. *Discenso – Revista de Graduação do PET-DIREITO-UFSC*, Florianópolis, v. 1, n. 2, 2010.

MAGALHÃES, José Luiz de Quadros de. *Estado Plurinacional e Direito Internacional*. Curitiba: Juruá, 2012.

MARÉS, Carlos Frederico de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

MEIRELES, Cecília. *Romanceiro da inconfidência*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1989.

MIAILLE, Michel. *Uma introdução crítica ao Direito*. Tradução: Ana Prata. Lisboa: Moraes, 1979.

PORTO-GONÇALVES, Carlos Walter. Apresentação da edição em português. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, set. 2005. p. 19-20. (ColecciónSurSur).

QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, E. (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2005a.

QUISPE, Miguel Palacín. Prólogo: una construcción colectiva de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Souza. *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*. Lima: Instituto Nacional de Derecho e Sociedad; Programa Democracia y Transformación Global; Red Latinoamericana de Antropología Jurídica, 2010.

RECH, Daniel; PRESSBURGER, Miguel. *Direito insurgente: o direito dos oprimidos*. Rio de Janeiro: AJUP/FASE, 1990.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2006a.

\_\_\_\_\_; MENESES, Maria Paula (Orgs.). *Epistemologias do sul*. Coimbra: Almedina, 2009.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. *O Renascer dos Povos Indígenas para o Direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

\_\_\_\_\_. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003a.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

# A CONFORMAÇÃO JURÍDICA DO ESTADO BRASILEIRO: ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DO IMPÉRIO EM PIMENTA BUENO

Felipe Pante Leme de Campos\*

Guilherme Bedin\*\*

---

## Introdução

O poder político de se auto-afirmar, auto-governar, determinando, desta feita, os próprios destinatários às previsões que se lhes regeirão é a principal característica distintiva da soberania que, utilizada, sobretudo, enquanto elemento conformador de legitimação e fundamento do Estado Nacional, foi teorizada enquanto conceito relacional de poder, que se opõe a outras esferas potestativas imediatamente concorrentes de forma a conspurcá-las e, assim, refutar a ingerência indevida de poderes externos que influam na tomada de decisões bem como de unificar e, portanto, vincular as esferas potestativas internas sujeitando-as ao poder soberano.

Tal perspectiva apresenta a soberania como reflexo do poder da sociedade civil organizada e, assim, em sua projeção interna, como poder vinculatório mandamental em relação aos súditos e, em sua projeção externa – trato extraterritorial – na condição recíproca e igualitária dos entes soberanos.

Referida teorização se remete, comumente, enquanto marco teórico inicial a Jean Bodin, que teria cinzelado a soberania enquanto *summa potestas*, é dizer, enquanto afirmação de um poder supremo como síntese

---

\* Mestrando em Direito do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pesquisador bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Membro do grupo de pesquisa CNPq/UFSC, *Ius Commune em História da Cultura Jurídica*.

\*\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Membro dos grupos de pesquisa CNPq/UFSC, *Ius Gentium em Direito Internacional*, e *Ius Commune em História da Cultura Jurídica*.

do poder de influência elevado e eminente (*ákran éxusian*), próximo ao conceito latino de *majestas*, poder normativo e legislativo senhorial (*kyrían arkhê*) e poder senhorial de gerir a administração pública (*kýrion políteuma*).

A conformação do Estado Brasileiro, entretanto, verificou-se em contexto histórico posterior ao da já verificada conformação dos Estados Nacionais europeus, pelo que é teorizado, inicialmente, enquanto colônia portuguesa e, portanto, sujeito à soberania da Corte Real Lusitana. Inobstante tal fato, por tratar-se de conceito relacional potestativo, são cinzelados tais elementos conformadores de forma a fundamentar a independência da antiga Metrópole, o que se pode verificar para muito além da “Constituição Política do Imperio do Brazil”, na então recente doutrina juspublicista pátria, de modo a assegurar que o Império possuiria autonomia em seus assuntos internos e externos.

Para além das relações entre Estado e indivíduos, ou entre Estados soberanos, outro aspecto relevante da soberania no século XIX diz respeito às relações entre Estado e Igreja, a qual se manifesta em diversos momentos na Constituição Imperial, seja ao definir o catolicismo como religião oficial, ao considerar elementos religiosos na cerimônia de coroação do Imperador e, mais diretamente, com o instituto do beneplácito, o qual confere ao poder temporal o controle dos atos eclesiásticos.

Assim sendo, busca o presente trabalho demonstrar de que forma foi teorizada a soberania do Imperio do Brazil e analisar quais os elementos clássicos foram assimilados consoante à doutrina jurídica pátria, pelo que se utiliza como marco teórico o jurista José Antônio Pimenta Bueno.

Para tanto, utilizar-se-á do método histórico-comparativo com revisão bibliográfica com enfoque na obra “Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio”.

### **Premissas conceituais: a soberania cinzelada**

Bodin que cinzelou sua reflexão no âmbito de uma realidade marcada pela centralização econômica e material que requeria uma construção política que funcionasse como centro ordenador da identidade nacional, tecendo os fios espirituais da unidade entre os homens; quando diretamente aborda a soberania, a faz como em sendo “o poder absoluto e perpétuo de uma República, que os latinos denominam *majestatem*, os

gregos *ἀκραν ἐξουσιαν, κυρίαν ἀρχὴν καὶ κύριον πολίτευμα*, e os italianos *segnoria* (...)” (BODIN, 2011a, p. 195), de forma que seria a soberania o fundamento e origem de constituição do mais elevado poder de influência, ou seja, o poder senhorial que dispõe da autoridade necessária para dar força de lei aos mandamentos, vinculando aos que se encontram subordinados a ele, vez que não há nenhum outro poder superior, sob pena de retirar-lhe a majestade soberana<sup>1</sup>.

Bodin esboça a unidade da soberania de forma a conformar a formação do Estado Absoluto, na França, em contexto histórico de ruptura com a fundamentação teológica do poder – papado e Sacro Império – e dissociação da realidade poliarquica multifacetada típica dos feudos.

Teorização essa também esboçada pelo pensador Hugo Grotius, com acentuada influência aristotélica, mas que, a despeito da contemporaneidade em relação ao pensador francês, criva a soberania com aspectos de sua formação humanista e teológica, pelo que se empenha no esforço teórico na busca do permanente cuidado com a vida social.

É na Idade Média, mais precisamente a partir do século XV que se esboçam as bases da interpretação política da soberania quando da urbanização crescente daquelas sociedades, influenciado, dentre outros, pela crescente recepção do pensamento aristotélico pelo Ocidente. É neste novo contexto que a soberania, enquanto conceito relacional de poder que se opõe a outro imediatamente concorrente, se faz perceber mais clara, pois, dada a realidade poliárquica, multifacetada, onde se verificam distintos centros emanadores de poder local que se entrecruzam e desconhecem um âmbito territorial de incidência específico, faz-se necessária a teorização do poder de forma que se possa justificá-lo e legitimá-lo.

Com o cristianismo, verifica-se a assunção do cidadão enquanto ser passivo, vez que o sujeito deixa de ser o responsável pela elaboração de seu

---

<sup>1</sup> Elucidativa e imprescindível a interpretação proposta por MOREL, J.C.O: “Translitera-se respectivamente: *ákran éxusian, kyrían arkhé e kýrion politeuma*. (...) Vemos dessa forma que, ao citar essas três expressões gregas, Bodin se refere a três aspectos distintos mas relacionados da soberania, que serão fundamentais em sua concepção: a soberania como *poder de influência elevado e eminente (ákran éxusian)*, próximo ao conceito latino de *majestas, poder normativo e legislativo senhorial (kyrían arkhé)* e *poder senhorial de gerir a administração pública (kýrion politeuma)*. Para ele a soberania é uma síntese de todos esses aspectos. (BODIN, 2011<sup>a</sup>, p. 195-196; grifo nosso).



juízo, de se auto-determinar para, agora, buscar viver em comunhão com Deus, de acordo com a “razão teológica”; não devendo, para tanto, inteirar-se das questões terrenas, vez que a iluminação divina o guiaria para as bênçãos futuras.

Nesta perspectiva, afirma-se que a antítese do “*homo politicus*” o “*homo credens*” da fé cristã, pois, o homem enquanto pautado pela razão, deve agora cingir-se aos mandamentos de Deus para alcançar a benção divina e a paz eterna (POCOCK, 1975, p. 550 apud HELD, 2009, p. 58).

Tal eclipsamento axiológico do poder cria as condições necessárias para a ascensão do poder clerical, verdadeiro intérprete volitivo dos mandamentos justificadores e legitimadores do poder na condição de insofismáveis e inacessíveis. Restringe-se então, no Medievo, a querela acerca do legítimo representante divino e, portanto, titular da soberania entre monarca e Igreja.

Atribui-se então, posta a necessidade de subjugar instâncias de poder concorrentes típicas da realidade medieval, o nascimento do conceito moderno de soberania neste contexto específico, o qual se pode ilustrar de forma clara na passagem histórica na qual o Rei Filipe da França, o Belo, teria instituído dízimo do corpo clerical incidente sobre os bens da Igreja, enquanto o Papa Bonifácio VIII, em retaliação o teria ameaçado de excomunhão. “A pretensão hegemônica da Igreja de se estabelecer como um poder dotado de *plenitudo potestatis* foi oposta ao comando do monarca entendido como *imperator in regno suo*” (ALBUQUERQUE, 2001, p. 50).

Neste contexto onde considera-se a perda da soberania o ato de prestar fé a outrem, os príncipes que se recusavam a fazê-lo em relação à Igreja, viam-se retaliados e, vislumbrando-se formas iniciais de intervenção indireta na soberania com efeitos diretos e imediatos, por vezes perdiam inclusive o trono, vez que ao não prestarem fé e demais exigências do Papa, este os excomungava<sup>2</sup> criando, no povo, sentimentos hostis com relação ao

---

<sup>2</sup> Nesta perspectiva, laudável a análise proposta por Skinner acerca do frontispício de uma cópia manuscrita do *Leviatã*, a qual teria sido ofertada como presente ao futuro rei Carlos II no fim de 1651, onde se vê em relação antagônica direta ao poder de monopólio do uso da força pela autoridade terrena, representado por um canhão, o poder “armado” da Igreja, representado pelo *fulmen* conforme Skinner: “Esta última [*fulmen*] havia simbolizado originalmente a vingança de Júpiter, mas, como o próprio Hobbes nota no capítulo 24 do

príncipe, que se via obrigado a abandonar o trono deixando assim ao Papa a nomeação de seu substituto<sup>3</sup>.

Complementando a celeuma pela soberania vivenciada pelo monarca e clero, neste plano atemporal, e tendo em vista a inquestionabilidade quanto ao dever do príncipe em observar as leis de Deus, a Igreja se projeta perante o príncipe, nesta perspectiva subserviente à Deus, – ainda que o príncipe tenha sido “escolhido” por Deus – como a única e legítima intérprete da vontade divina e, portanto, afirma a dependência do príncipe ao firmar-se como intérprete das leis que devam ser por ele observadas, pois conforme Hobbes (1983 apud SKINNER, 2010, p. 158, grifo do autor): “o detentor do poder soberano em uma República é obrigado enquanto cristão, a cada vez que uma questão se coloca sobre os *mistérios da fé*, a fazer interpretar as Escrituras sagradas pelos *clérigos* ordenados segundo os ritos estabelecidos”.

Porém, afirma a ‘majestade’ da Igreja na medida em que: “Apesar disso, os seus mais eminentes e doutos teólogos sustentam que nunca é lícito, não apenas matar, mas também se rebelar contra seu Príncipe soberano, a não ser que haja mandamento especial e indubitável de Deus (...)” (BODIN, 2011b, p. 69), e ainda, demonstrando exemplos, de forma a afastar-se qualquer dúvida quanto à majestade do clero na condição de legítimo intérprete desta vontade divina, afirma, ao citar Jéu:

(...) que foi eleito por Deus e sagrado rei pelo profeta com mandamento expresso de fazer morrer a raça de Acabe. Ele era súdito e nunca atentou contra seu Príncipe por todas as crueldades, exações e assassinios de profetas que o rei Acabe e Jezabel haviam

---

*Leviatã*, acabou por ser usada para significar a *Fulmen excommunicationis*, o ‘Raio da excomunhão’, proclamado pela Igreja católica como um dos poderes do papa sobre os principados temporais” (SKINNER, 2010, p. 179).

<sup>3</sup> Assim, o clero busca sujeitar a todos os príncipes soberanos para que detivessem fé e homenagem à Igreja, o que, por sua vez, os tornaria súditos do clero. Conforme já notava Bodin: “O clero, por outro lado, elegia quem bem lhe aprovesse, (...). Dessa maneira, Frederico II foi excomungado pelo Papa e, vendo uma rebelião aberta dos súditos contra um Príncipe excomungado, retirou-se para a Alemanha (...) abandonando o direito de eleição e deixando os reinos de Nápoles e da Sicília para seu bastardo Manfred, o qual foi também excomungado pelo papa Urbano, que chamou Carlos de França, duque de Anjou e irmão de Luís IX, para investi-lo nesses dois reinos, reservando para si o condado de Benevento, além da fé e homenagem, alçada e soberania, e oito mil onças de ouro de censo feudal anual e perpétuo (...)” (BODIN, 2011a, p. 270).

cometido, até que houvesse mandamento expresso da voz de Deus pela boca do profeta. (BODIN, 2011b, p. 69)

No plano temporal, a Igreja e o monarca buscam então contrapor o aparato do qual dispõem de forma que seus poderes disponham de instrumentos práticos capazes de afastar ao outro imediatamente concorrente, restando, de forma mediata, como superior.

Decorrendo desta disputa entre poder temporal e atemporal a necessidade de unificação simbólica, fazendo-os convergir ora no monarca, bem representado no frontispício do *Eikon Basilike* de 1649, representando o rei Carlos I ajoelhado com sua coroa ao chão e olhando diretamente para a coroa da glória celeste enquanto um fecho de luz vindo diretamente do céu o ilumina, portanto “(...) nos é mostrado que o rei tem uma ligação direta com Deus, e conseqüentemente seu poder é de natureza divina e inalienável.” (SKINNER, 2010, p. 172); ora na Igreja, que os representou na figura do garfo bifurcado, o qual mantém essa pretensão da Igreja ao poder, pois:

Para escorar os anátemas da Igreja, há as armas afiadas e perigosas do arsenal verbal apresentadas aqui sob a forma das técnicas escolásticas do argumento bifurcado. Essas últimas são mostradas para sustentar a afirmação segundo a qual, como o escrito sobre as duas bifurcações do centro nos lembra, os poderes da Igreja podem ser tanto espirituais quanto temporais, e podem reclamar o controle tanto direto quanto indireto sobre os Estados. (SKINNER, 2010, p. 179-180)

Inobstante contextualizado em momento histórico distinto, no qual surgiram teorias outras de fundamentação e legitimação do poder e, portanto, poder do soberano, que não a teológica, inegável se apresenta a força potestativa contínua das instâncias clericais, ora Santa Sé, além do caráter legitimante conferido quando do consentimento religioso acerca da titularidade do poder, notadamente perante o povo.

Quanto a perspectiva de conformação do Estado Brasileiro, inobstante contextualizar-se numa relação de dependência enquanto colônia da Metrópole<sup>4</sup>, Pimenta Bueno utiliza-se exatamente dos

---

<sup>4</sup> O poder soberano, portanto, em sendo o que está à frente do poder civil – Estado – é aquele cuja determinação independe de qualquer outra vontade que não a do próprio soberano, ou chama-se soberano quando seus atos não dependem da disposição de outrem, de modo a

elementos conformadores da associação humana para justificar a necessidade de independência da então nação brasileira, pelo que ora aproxima os conceitos de Nação e Estado, consoante restará demonstrado.

Afirma, assim que:

Os Brasileiros, dominados por essa condição geral, fazião outro'ora parte da nação portugueza. Habitando território diverso e longinquo, tendo necessidades e interesses diferentes da mãe-pátria, (...) certos de que os governos são instituídos para o bem-ser dos povos, e não estes para o bem-ser dos governos (...). (PIMENTA BUENO, 1857, p. 19)

Pelo que, utilizando-se da especificidade do caso concreto, legitima consoante os argumentos finalísticos naturais, a associação distinta daquela nação portuguesa. Avoca, assim, quando da exposição de algumas de suas premissas teóricas, elementos que apontam para o jusnaturalismo verificado, dentre outros, em Hugo Grotius quando da conformação do Estado, o que faz nestes específicos termos ao afirmar que:

A origem das associações nacionaes está implantada na natureza e destinos da humanidade; o viver em sociedade é uma condição indeclinável das necessidades intellectuaes, moraes e phisicas do homem; a fôrma da associação pôde variar, mas a dependência desse estado é providencial e inseparavel delle. (GROTIUS, 2005, p. 19)

Expostas as finalidades legitimadoras da conformação de associação outra de pessoas que não a da antiga Metrópole, enquanto na necessidade e busca do bem-ser do povo, passa então a identificar essa associação natural com o conceito de *majestas*, o que, porém, o faz em termos próprios, identificando, porém, os elementos caracterizadores da soberania e de conformação do poder soberano enquanto sociedade civil à frente do Estado.

---

poderem ser anulados a bel-prazer de uma vontade humana estranha. Desta forma, portanto, o poder soberano, uma vez estabelecido, não se subjeta a nenhum outro poder, exatamente por se tratar do poder superior e por ser da natureza das coisas não podê-las estender até o infinito, pelo que devem se deter a alguma pessoa ou assembleia e, uma vez feito, reside aí a soberania. Neste sentido, afirma Grotius: “Começaremos pelo direito humano porque foi o mais conhecido pela maioria dos homens. Este direito é, pois, civil ou mais amplo que civil ou mais restrito que o civil. O direito civil é aquele que emana do poder civil. O poder civil é o que está à frente do Estado. O Estado é uma união perfeita de homens livres e associados para gozar da proteção das leis e para a sua utilidade comum” (2005, p. 88).

Assim fundou-se o imperio do Brazil, ou por outra phrase, a nação brasileira, que é a associação de todos os Brasileiros; que é a sociedade civil e politica de um povo americano livre e independente. Em qualquer parte que os Brasileiros se achem, enquanto conservarem esse caracter ou qualidade, fazem parte da nação, têm direito á sua proteção, e o dever sagrado de prestar-lhe sua fidelidade, de interessar-se por seus destinos e por sua gloria. (PIENTA BUENO, 1857, p. 20)

Registre-se, nesse sentido, a importância não apenas da Independência da antiga Metrópole, mas da imperiosa necessidade de reconhecimento pelas sedimentadas Monarquias Europeias e, em especial, a Inglaterra, se considerada a consolidada aliança com Portugal, notadamente através dos Tratados de 1642, 1654, 1661, que autorizava aos britânicos prestar os “direitos de assistência contra qualquer agressão estrangeira, que incluía ajuda contra a colônia revoltada” (MANCHESTER, 1973, p. 169-170). Faz-se, assim, necessária a fundamentação política e jurídica imprescindíveis, o que se vê consubstanciado não apenas na Constituição do Império, mas, de forma laudável, conciliados os fatores de poder com as teorizações necessárias, no pensamento precursor de Pimenta Bueno.

### **A conformação soberana no pensamento de Pimenta Bueno**

Pimenta Bueno, quando publica “Direito Publico Brasileiro e analyse da Constituição do Imperio”, inova ao oferecer a primeira obra feita por um brasileiro acerca dos princípios fundamentais do direito público nacional (PIENTA BUENO, 1857, p. III), fornecendo, nesse sentido, para além dos elementos jurídicos necessários para a conformação do então Império Brasileiro na perspectiva interna, a conciliação dos elementos teóricos conformadores das Monarquias Europeias para legitimar o Estado Brasileiro em sua projeção internacional, cujo reconhecimento das outras Nações e da Santa Sé se apresentavam inafastáveis.

### ***Fundamentos do Direito***

Nota-se que ao expor algumas de suas premissas teóricas encontra-se a distinção entre uma ordem posta que deve refletir princípios de uma ordem superior, calcada na razão, não há menção imediata ao fato da Constituição espelhar (ou dever espelhar) um contrato social:

O plano que vamos seguir parece-nos natural e simples. Nosso direito publico positivo é a sábia constituição politica, que rege o imperio; cada um de seus bellos artigos é um complexo resumido dos mais luminosos principios do direito publico philosophico, ou racional. Procuramos pois desenvolvê-los; não separadamente um do outro: aquelle é a nossa lei publica, este é a fonte esclarecida, de que ella foi derivada. (PIMENTA BUENO, 1857, p. IV)<sup>5</sup>

A relação entre o direito posto e o direito natural se torna mais evidente ao tratar da classificação das leis em função de sua origem, situação em que prescreve: “*Leis naturaes.* – São as normas prescriptas pela razão natural esclarecida, são preceitos que resultão das condições moraes dos homens, condições sem as quaes não haveria ordem, nem justiça entre elles” e, a seguir, aponta para a distinção, “*Leis positivas.* – São normas prescriptas pelo poder social legitimo para manter a segurança dos direitos, e dirigir os differentes serviços da sociedade” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 16).

Registre-se, nesse sentido, a similitude com a exposição de Hugo Grotius quando do trato do direito natural:

A melhor divisão do direito assim entendido é a que se encontra em Aristóteles, segundo a qual há um direito natural e um direito voluntário, que ele chama direito legitimo, conferindo à palavra lei um sentido mais estrito. Às vezes o designa também de direito estabelecido. Encontramos a mesma distinção entre os hebreus que, ao se exprimirem com exatidão, chamam o direito natural de *Mitsvoth*, o direito estabelecido de *khukkim*, termos que os helenistas costumam traduzir como deveres, o primeiro, e mandamentos o segundo. (GROTIUS, 2005, p. 78)

Assim, as leis positivas podem ser a afirmação do direito natural, situação em que são necessariamente justas e adequadas, ou podem resultar da contingência e arbitrariedade do poder social legitimamente constituído, estando sujeita aos erros e paixões humanas (PIMENTA BUENO, 1857, p. 16).

O direito pode ainda ser dividido conforme seu conteúdo em diversos ramos, dentre os quais tem-se o direito público e o particular; com relação ao direito público, este pode ser dividido em interno, quando trata

---

<sup>5</sup> Quanto à finalidade do direito, esta parece ser “(...) a felicidade de todos e de cada um” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 9).

da forma como um povo se organiza, ou externo, também chamado de direito das gentes, que trata do modo como as nações se relacionam uma com as outras (PIMENTA BUENO, 1857, p. 10-11).

### *Conformação e estrutura da comunidade política*

Lança assim, inicialmente, os elementos naturais que serão utilizados, posteriormente, para fundamentar também a associação humana e, portanto, fundamentar a teorização da nação brasileira enquanto distinta da nação portuguesa por uma necessidade natural, é dizer, em busca do bem-ser social, de forma que Pimenta Bueno aproxima-se, de forma assaz estreita, da concatenação realizada, especialmente e de forma pormenorizada, por Grotius, pois enquanto inerente ao homem a sociabilidade com vistas a um fim comum, mais precisamente a busca pelo cuidado com a vida social, ter-se-ia no “Estado<sup>6</sup> uma perfeita união de homens livres associados para gozar da proteção das leis e para sua utilidade comum (...), pelo que decorre que o poder que está à frente do Estado é o poder civil e, por conseguinte, o direito que deste poder emana denomina-se direito civil” (GROTIUS, 2005, p. 88).

Acerca da origem da nação, afirma Pimenta Bueno:

A origem das associações nacionaes está implantada na natureza e destinos da humanidade; o viver em sociedade é uma condição indeclinavel das necessidades intellectuaes, moraes e physicas do homem; a fôrma da associação póde variar, mas a dependencia desse estado é providencial e inseparavel delle. (PIMENTA BUENO, 1857, p. 19)

Percebe-se que a Nação surge como resultado da natureza humana, com o fim de atender a suas necessidades (não expressamente do medo ou fragilidade do homem isoladamente)<sup>7</sup>, que fazem surgir uma relação de

---

<sup>6</sup> Nesse sentido, adiante-se: “A Associação pela qual vários chefes de família se reúnem para formar um povo e um Estado (...)” (GROTIUS, 2005, p. 418) que o aproxima também da premissa exposta por Bodin ao tratar do reto governo da República enquanto verificada na projeção pública, é dizer, o trato daquilo que lhes é comum entre os senhores do lar.

<sup>7</sup> Assim, na medida em que aos homens enquanto inerente a sociabilidade com vistas a um fim comum, gozar da proteção das leis, encontra no Estado a sua mais perfeita união, embora adira à ideia de unidade e de total acatamento ao governo do soberano pelo povo, entende que ao poder civil é impositiva a observância dos preceitos que a tal fim o instituíram, é dizer, o soberano deve sempre governar com permanente busca pelo cuidado com a vida social, na

dependência em relação a ela. Posteriormente é apresentada uma definição, não da nação propriamente dita, mas da nação brasileira, que, em certa medida, equivale ao império brasileiro, quando este afirma:

Assim fundou-se o imperio do Brazil, ou por outra phrase, a nação brasileira, que é a associação de todos os Brasileiros; que é a sociedade civil e politica de um povo americano livre e independente. Em qualquer parte que os Brasileiros se achem, emquanto conservarem esse character ou qualidade, fazem parte da nação, têm direito á sua protecção, e o dever sagrado de prestar-lhe sua fidelidade, de interessar-se por seus destinos e por sua gloria. (PIMENTA BUENO, 1857, p. 20)

Deduz-se que a nação é não mais que a união dos indivíduos que a compõe, trata-se, portanto, antes de um vínculo intersubjetivo que uma relação com o território – apesar de clara a preocupação com a unidade territorial (PIMENTA BUENO, 1857, p. 21-23). A condição de nacional é gravada no indivíduo, qualificando-o e gerando direitos e obrigações que se estendem para além dos limites físicos do Império.

Muito embora, no contexto europeu, as teorias acerca da Nação em oposição ao Estado já servissem de base para modificar as fronteiras a partir de 1830<sup>8</sup>, esta distinção ainda não era realizada por autores brasileiros (MAROTTA RANGEL, 1977, p. 7-8). Embora, em Pimenta Bueno, tais expressões (Nação e Estado) sejam usadas como sinônimos<sup>9</sup>; infere-se ao tratar do objeto do direito das gentes, algumas características acerca da sua concepção de Nação “Vê-se pois que o direito das gentes tem por objecto as relações reciprocas das nacionalidades, nação a nação, consideradas em seu todo como pessoas ou entidades moraes collectivas, independentes e soberanas” (PIMENTA BUENO, 1863, p. 11).

---

perspectiva interna, pelo que se teria, inclusive, excepcionalmente, em sendo inobservado tal preceito, a possibilidade restritiva de resistência pelo povo.

<sup>8</sup> Trata-se da doutrina política do “(...) ‘princípio da nacionalidade’ que convulsionou a política internacional da Europa depois de 1830, criando um número de Estados novos, dos quais a metade corresponderia, até onde era possível, ao princípio que Mazzini formulava como ‘Cada nação, um Estado’; entretanto, esse grupo poderia ser menor se comparado à outra metade, que seguiria a formulação ‘apenas um Estado para toda a nação’” (HOBSBAWM, 1990, p. 125).

<sup>9</sup> Diversas são as passagens em que o uso indistinto das expressões Nação e Estado pode ser observado, em especial: Pimenta Bueno 1857 (p. 14) e 1863 (p. 11).



### *Aspectos internos e externos da Soberania*

Retomando o corpo político, nota-se a preocupação do autor em afirmar a soberania da Nação em sua acepção interna e externa, de forma a manter a unidade apõe como: “A primeira condição da nação brasileira é pois de ser livre, soberana, independente, assim em seu governo interior, como em suas relações externas” (PIMENTA BUENO, 1857, p. 20). Para tanto, utiliza-se da construção clássica conformadora das Monarquias Europeias que convergem para a figura do Monarca sem, entretanto, incorrer nas eventuais emanações absolutistas, pelo que, inspirado pelo iluminismo que culminou com a Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão, atribui-se à Nação a majestade soberana, mas, por outro lado, se lhe apresenta enquanto Monarca como representante e portador do que seria a soberania secundária.

Um dos aspectos internos da soberania é exposto ao tratar da divisão do Império em províncias que, muito embora tenham preservado a estrutura anterior à independência, não possuem outra função senão a de facilitar a sua administração, podendo ser remodeladas a qualquer tempo, conforme determinem as suas necessidades, vez que as províncias não possuem qualquer parcela de autonomia frente à Nação (PIMENTA BUENO, 1857, p. 22-23).

Outro aspecto da soberania interna diz respeito à organização dos poderes. É de se notar que para Pimenta Bueno a Soberania, enquanto origem primitiva de todo poder político constitui uma característica da Nação que lhe permite delegar como se dará a representação deste poder. Neste sentido, a assembleia geral legislativa e o próprio Imperador, enquanto representantes da Nação possuem uma soberania secundária, resultante de uma delegação da Nação, que mantém para si a Soberania primitiva, que permite controlar os abusos dos demais poderes, vez que, do contrário, a Nação faria de si mesma escrava do poder político (PIMENTA BUENO, 1857, p. 25-27) o que, sem descaracterizar a unidade soberana, ora projetada na Nação, permite ao seu representante legitimar e justificar seus atos enquanto Soberano, porém, de forma limitada.

Essa possibilidade de limitação do poder soberano – parcelamento – sem, contudo, descaracterizar sua unidade inerente é amplamente demonstrada por Grotius que, entretanto, ressalva a possibilidade de sê-lo feito tão somente quando da instituição do poder soberano, na medida em que após tê-lo feito já não se lhe pode limitar. Nesse sentido, esclarece que quando da instituição do poder civil é lícito ao povo – aquele que será

governado e que portanto deve o direito ser medido segundo a vontade daquele que deu origem a esse direito – acordar determinados limites dentro dos quais o soberano os governará, o que ilustram com a passagem histórica segundo a qual: “Os macedônios decidiram em virtude de um costume de sua nação que o rei não caçaria mais a pé ou sem uma escolta escolhida entre os principais de sua corte e os amigos” (GROTIUS, 2005, p. 215).

Com relação à projeção externa da soberania o que se acredita por haver é a imperiosa necessidade de afastar, inicial e principalmente, a própria esfera potestativa da antiga Metrópole. Entretanto, elementos há indispensáveis no pensamento de Pimenta Bueno que se lhe permite aproximar sem maiores esforços do pensamento de Jean Bodin e Hugo Grotius, ao afirmar que a nação brasileira independe da vontade de outrem, não estando desta forma sujeita às esferas concorrentes de poder; avoca, ainda, a integridade e indivisibilidade do território nacional, pelo que, inclusive, legitima os Brasileiros à tomarem armas (PIMENTA BUENO, 1857, p. 21).

### ***Reflexos jurídicos da relação entre Estado e Igreja***

A soberania manifesta-se de forma peculiar nas relações entre as esferas do poder temporal e poder espiritual, utilizando-se de elementos da soberania interna e externa, além de alguns contornos que lhe são próprios. Isso ocorre porque a Igreja possui uma dupla acepção, uma enquanto instituição independente do Império, detentora do poder espiritual e outra enquanto conjunto de súditos que professam a fé católica no interior do Estado e, portanto, encontram-se sujeitos a ordem temporal.

É importante considerar que na classificação proposta pelo autor o direito eclesiástico ocupa espaço específico dentro dos diversos ramos do direito público, sendo considerado seu duplo caráter, um de direito público externo enquanto trata das relações com a Santa Sé, e outro, de caráter interno, quando diz respeito à igreja nacional (PIMENTA BUENO, 1857, p. 11). Posteriormente, aponta que o direito eclesiástico possui também características de leis políticas (PIMENTA BUENO, 1857, p. 16).

Ao adentrar no tratamento jurídico das matérias religiosas, concentra-se no instituto do Beneplácito, o qual vem assim definido:

O beneplácito, que também se denomina – consentimento, exequatur, prasmé, ou autorização –, é o acto expresso e indispensável pelo qual o poder e executivo permite que os decretos

dos concílios, letras apostólicas, ou quaesquer outras constituições eclesiásticas, possam ser publicadas oficialmente, isto é, promulgadas no Imperio, e consequentemente que possam ter nelle execução, quanto ao temporal. E' como que uma sanção quanto aos effeitos externos até mesmo para que taes disposições possam valer como direito recebido, e protegido pelo Estado, o que é util á igreja. (PIMENTA BUENO, 1873, p. 1)

Disso se deduz que existe uma separação e, ao mesmo tempo, concorde entre as esferas temporal e religiosa, de modo que a edição das normas de carácter espiritual, enquanto matérias de culto interno – que dizem respeito apenas à consciência –, pertencem à Igreja (PIMENTA BUENO, 1873, p. 6), representando um limite ao direito positivo do Estado:

O beneplacito como já ficou dito nada tem com o dogma, ou com a fé, o Estado recebeu a crença tal qual, immutavel. Nada tem similhantemente com o culto interno, com as consciencias, com o espirito: o que ahi se passa não é objecto de lei politica, esta se limita sómente ás manifestações externas. (PIMENTA BUENO, 1873, p. 14)

Com relação ao culto exterior, que inclui todas as formas de manifestação da fé e a própria organização da Igreja, esta precisa submeter-se ao poder temporal, pois, como observa: “A igreja por sua propria missão não tem poder temporal algum proprio, só sim espiritual, interior, não goza de jurisdição externa sinão por concessão da autoridade política; (...)” (PIMENTA BUENO, 1873, p. 16).

Dentre as principais implicações deste poder de controle dos atos externos da Igreja, pode-se citar a nomeação de bispos pelo poder temporal, devendo estes ser apenas confirmados pelo Papa (PIMENTA BUENO, 1857, p. 242); a sujeição destes bispos à lei temporal (PIMENTA BUENO, 1873, p. 25) e a possibilidade de controle do culto externo por meio da sanção sansão penal (PIMENTA BUENO, 1873, p. 12-13).

A justificativa para este poder do Estado ao tratar dos assuntos religiosos toma por base o fato de que o direito da sociedade se autorregular é natural e anterior à revelação da fé católica, portanto, preserva-se e não interfere nos assuntos de Deus: a Igreja que deve se adaptar à sociedade e as diversas manifestações acidentais do poder temporal (PIMENTA BUENO, 1873, p. 12).

Ao tratar da justificativa da Nação em negar o beneplácito, tanto em questões externas, referentes a mandamentos do Papa ou dos Concílios, ou em pedidos internos dos bispos, a soberania é diretamente invocada,

comparando a tentativa de fazer valer o direito eclesiástico sem a sanção do temporal a uma declaração de guerra:

Funda-se no direito de sua independencia e soberania. E' evidente que dentro dos limites della não póde haver lei alguma com efeitos externos sinão, ou feita por ella, ou consentida por sua autoridade soberana, e muito menos leis que sejam oppostas ás suas, ou aos grandes interesses sociaes. Si uma nação estrangeira tanto pretendesse impor-lhe, ella lhe faria a guerra, como pois tolerar que em seu próprio seio haja quem tenha similhante intento? (PIMENTA BUENO, 1873, p. 6-7)

Observa-se que a existência de uma religião oficial, atrelada com a relação com a Igreja, acaba por limitar o poder soberano que viria do próprio Direito Natural e não do poder desta, ao sugerir que não se emitam normas positivas relativas aos dogmas religiosos, não cabendo ao soberano ingerir na consciência dos súditos, pois que isso faria de todos escravos<sup>10</sup>.

Impende salientar, especificamente no que pertine a projeção externa do Império, a justaposição de fatores reais de poder que condicionavam, em parte, o surgimento do Estado autônomo, independente e soberano, pois, para além da desvinculação da antiga Metrópole, necessária também a aceitação entre os Estados sul-americanos (o que se consolida por meio dos diversos tratados para estabelecimento de fronteiras<sup>11</sup>) e obter o reconhecimento das potências europeias, assim como da Santa Sé. Com relação a estes últimos, nota-se a tentativa de aproximação com as monarquias europeias, bem como com a Igreja nos diversos elementos não estritamente jurídicos, mas também simbólicos presentes na cerimônia de coroação do Imperador brasileiro.

---

<sup>10</sup> Tratando do ato de submissão moral única do soberano às leis de Deus, únicas, inclusive, que não é lícito ao príncipe deixar de observar, pois todas as demais podem por ele ser alteradas e criadas, haja vista ser marca da soberania o poder de dar lei a todos em geral e a cada um em particular, aborda Bodin o ato de prestar fé e homenagem a outrem que não a Deus, o que o tornaria súdito e, portanto, não mais soberano: “Digo portanto que cada um em particular prestava o juramento, (...) visto que o juramento só pode ser prestado, propriamente falando, do menor ao maior. (...) e todo o povo em conjunto deve jurar guardar as leis e prestar juramento de fidelidade ao monarca soberano, que deve juramento unicamente a Deus, a quem deve o cetro e o poder. Pois o juramento sempre comporta reverência àquele a quem ou em nome de quem é prestado” (BODIN, 2011a, p. 218).

<sup>11</sup> Com relação aos tratados que definiram as fronteiras do Império, veja Pimenta Bueno (1857, p. 21-22).

Assim, vê-se em Pimenta Bueno a ampla separação da Igreja, pelo que, inclusive, os bispos e párocos são nomeados pelo próprio Imperador (PIMENTA BUENO, 1857, p. 242), mas, por outro lado, são avocadas simbologias que remetem ao medievo enquanto unificação no Monarca da escolha Divina, elemento este verificável quando do sermão realizado pelo Padre Francisco Sampaio:

Nunca a Religião se apresenta com maior Soberania, com todos os atributos do seu Poder, e de sua glória do que quando os Reis, os Poderosos do mundo, conhecendo sua fraqueza vão procurar aos pés dos alteres esta força, (...) a admirável transformação daqueles, que prostrando-se diante do Rei dos Reis, se levantam com o indelével caráter de seus Ungidos, de seus Representantes sobre a terra, (...) já o devemos considerar como o Ungido do Senhor, responsável pelas convenções sociais mais antigas, inviolável pela sanção política, e Religiosa com os interesses da Nação, porque nele temos o Defensor desta Constituição (...). (SCHUBERT, 1973, p. 31-32)

A aproximação, em especial, da Igreja projeta-se enquanto elemento conformador interno de aceitação do monarca, notadamente se considerados os movimentos rebeldes internos, a exemplo da Revolução Pernambucana que culminou, inclusive após consolidado o Império, na Confederação do Equador, e, especificamente, a aceitação pela Santa Aliança.

### **Considerações finais**

A soberania enquanto *summa potestas* se desenvolve enquanto conceito relacional de poder, pelo que afasta as instâncias que se lhe opõe; apresenta-se, assim, sob duas perspectivas, interna – enquanto poder mandamental vinculatorio em relação aos que a ela estão subordinados – e externa – enquanto no trato recíproco entre soberanos –; pelo que é utilizada enquanto forma de legitimação do poder político, notadamente enquanto alternativa teórica à legitimação e fundamentação teológica, o que fora cinzelado por Jean Bodin consoante a conformação do Estado Francês e, por reflexo, utilizada na conformação dos Estados europeus.

A conformação do Império Brasileiro, por sua vez, surge enquanto corolário colonial da já consolidada monarquia portuguesa e, nesse sentido, já subordinado à soberania de outrem, para além do contexto histórico já afastado das teorizações acerca da soberania e conformação do Estado Nacional, pelo que se apresenta a idiosincrasia da construção teórica da nação brasileira enquanto ruptura potestativa em relação à

Metrópole e, mais, em sua projeção enquanto nação soberana consoante os aspectos externos inerentes ao conceito.

Neste sentido, faz-se fundamental a contribuição de Pimenta Bueno, primeiro autor brasileiro a dedicar uma obra inteiramente à Constituição do Império e a partir dela, em conjunto com os princípios do Direito Natural, retirar os elementos necessários para justificar a existência da Nação brasileira enquanto detentora de soberania, com seus elementos internos e externos consoantes os elementos utilizados pela conformação das Nações Européias exatamente enquanto justificativa teórica de desvinculação da coroa portuguesa. Além disso, não se poderia desconsiderar a necessidade de se adequar tanto às demandas internas, quanto às das demais Nações, bem como da Santa Sé.

Com relação às demandas internas, ao poder soberano seria lícito determinar a organização das províncias e demais estruturas administrativas conforme o melhor interesse do Estado. Não poderia, contudo, retirar dos súditos sua dignidade, fazendo-lhes escravos, pois que isso atentaria contra a própria Constituição e também aos preceitos do Direito Natural de inspiração iluminista que eclipsaram o soberano absolutista com o deslocamento da majestade soberana para a então Nação constante da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

A soberania em sua projeção externa é citada na maior parte das vezes como elemento garantidor da integridade territorial da Nação, de forma a garantir a independência em suas relações exteriores pelo que, inclusive, convoca os nacionais ao levante em armas.

Nota-se, entretanto, múltiplas facetas do poder soberano dedicadas ao controle das relações entre as esferas de poder temporal e espiritual, afirmando que o Imperador, enquanto detentor do poder soberano, possui poder para deliberar sobre todas as formas de culto exterior, assim entendidas as matérias que dizem respeito às liturgias, organização da igreja nacional e recepção do direito eclesiástico, vez que poderiam interessar à ordem pública. Deveria, entretanto, abster-se de interferir nas matérias de culto interno, assim compreendidas como aquelas do dogma religioso, vez que diz respeito exclusivamente à liberdade de consciência, a qual seria garantida pelo Direito Natural, refletido em nossa Constituição.

Por fim, retomando o plano fático, observa-se a característica inafastável da correlação de poderes inerente à soberania, tal qual em seu nascedouro entre o rei Filipe o Belo, da França e o papa Bonifácio VIII, verificam-se nas relações entre Estado e Igreja ainda no contexto do

surgimento do Império essa característica, pelo que, mesmo proscrita a fundamentação teológica e subjugada, em parte, as instâncias temporais eclesiais, vê-se a solenidade maior de coroação do Imperador enquanto repleta de elementos típicos da fundamentação teológica, consoante sermão realizado que torna, então o Imperador o Ungido.

## Referências

ALBUQUERQUE, Newton de Menezes. *Teoria política da soberania*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.

BODIN, Jean. *Os Seis Livros da República*: livro primeiro. São Paulo: Ícone, 2011, l.a.

\_\_\_\_\_. *Os Seis Livros da República*: livro segundo. São Paulo: Ícone, 2011, l.b.

GROTIUS, Hugo. *O direito da guerra e da paz*. Ijuí: Unijuí, 2005.

HELD, David. *La democracia y el orden global: del Estado Moderno al Gobierno Cosmopolita*. Tradução de Sebastián Mazzuca. Buenos Aires: Paidós Estado y Sociedad, 1997.

\_\_\_\_\_. *Modelos de democracia*. Tradução de María Hernández. Madrid: Alianza, 2009.

HOBBSAWM, Eric. *Globalização, democracia e terrorismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

\_\_\_\_\_. *Nações e nacionalismo desde 1780: programa, mito e realidade*. Tradução de Maria Cella Paoll e Anna Maria Quirino. Rio de Janeiro: Terra e Paz, 1990.

MANCHESTER, Alan K. *Preeminencia inglesa no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1973.

PIMENTA BUENO, José Antonio. *Considerações relativas ao Beneplicito, e recurso a Coroa em materias do culto*. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1873.

\_\_\_\_\_. *Direito Internacional Privado e applicação dos seus principios com referencia ás leis particulares do Brazil*. Rio de Janeiro: J. Villeneuve, 1863.

\_\_\_\_\_. *Direito publico brasileiro e analyse da constituição do imperio*. Rio de Janeiro- J. Villeneuve, 1857.

SCHUBERT, Monsenhor Guilherme. *A Coroação de D. Pedro I*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça/Arquivo Nacional, 1973.

SKINNER, Quentin. *Hobbes e a liberdade republicana*. Tradução de Modesto Florenzano. São Paulo: Unesp, 2010.



# CIDADANIA E MEDIAÇÃO FAMILIAR: IMBRICAÇÃO JURÍDICA NA PÓS-MODERNIDADE

Kamila Lorenzi\*

Silvia Ozelame Rigo Moschetta\*\*

---

## Introdução

Não é desmotivada a incursão da referência de Carta Cidadã destinada à Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB – de 1988 quando preconiza a cidadania, pois essa é o pertencer à comunidade, que assegura ao homem a sua constelação de direitos e o seu quadro de deveres, marcada por ultrapassar a cidade e o Estado, afirmando-se no espaço internacional e cosmopolita.

Sendo um fundamento do Estado Democrático de Direito, a cidadania se expressa no art. 1º, inciso II da CRFB de 1988 e ela é incumbida de nortear o atual ordenamento jurídico, além de se coadunar com os demais direitos fundamentais, objetivos e diretrizes sociais previstos constitucionalmente.

A mediação revela em sua essência uma forma de cidadania pelo simples fato de permitir que as partes, por conta própria e no tempo necessário a elas, resolvam seus conflitos de forma autônoma, sem a intervenção direta de um terceiro, tendo esse a incumbência apenas de mediar a situação, não cabendo a exposição de soluções.

O espectro da cidadania se traduz, por exemplo, na mediação, em especial a familiar, que requer um olhar diferenciado para o conflito e para os sujeitos, que prime pela valorização do sentimento e

---

\* Graduada em Direito na UNOCHAPECÓ. Bolsista de Iniciação Científica do Grupo de Pesquisa Cidadania, Jurisdição e Novas Faces da Justiça.

\*\* Doutoranda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Docente da UNOCHAPECÓ.

corresponsabilidade de direitos e deveres numa prática democrática, permeada por valores e princípios como conseqüências de uma cidadania inclusiva.

### **Cidadania: sua afirmação no estado democrático de direito**

A concepção de cidadania sofreu uma reestruturação ao longo dos anos, simbolizando a igualdade de todos, a equivalência de direitos e deveres perante a sociedade e a aplicação das normas para todos. Com esse espírito, a cidadania indica o conjunto de pessoas que possuem participação política influenciando diretamente o governo, sendo que no exercício de deveres há uma contraprestação com o Estado.

O percurso filosófico e jurídico da cidadania traz diversas significações de acordo com as culturas existentes. A ideia de cidadania surge na Antiguidade clássica, era ela que, entre gregos e romanos, criava o elo entre o homem livre e a cidade, reconhecendo-lhes direitos e impondo-lhes obrigações, orientando-lhe a conduta cívica e despertando-lhe a consciência das virtudes (TORRES, 2006, p. 125-126).

Em Roma, cidadania era usada para indicar algo pontual, ou seja, a situação política e social de uma pessoa, onde apenas determinados indivíduos poderiam exercer direitos perante a sociedade civil. Desta forma, identifica-se a estratificação social, excluindo pessoas e restringindo seus direitos de cidadania (DALLARI, 2004).

Os nobres gozavam de muitos privilégios em detrimento das pessoas que possuíam um menor poder aquisitivo, sendo favorecimentos políticos ou financeiros, mas que reafirmavam a grande segregação por classe social. Entretanto, após alguns anos, a classe burguesa e os trabalhadores já não admitiam tais “benefícios” a determinada classe, desta forma, a resistência e oposição culminaram com a efervescência da Revolução Francesa, que teve grande impacto no que diz respeito à cidadania, pois um novo modelo de sociedade foi proposto. Nesse momento e nesse ambiente nasceu a moderna concepção de cidadania, trazendo um apanhado universal, valorizando cada indivíduo formador da sociedade (DALLARI, 2004).

Nesse espírito da Revolução, a concepção de cidadania se expande para abranger os direitos fundamentais do homem, entendidos como direitos da liberdade suscetíveis de concretização na cidade e no Estado, bem como os direitos vinculados à ideia de igualdade e justiça (TORRES, 2006, p. 126).

Mesmo depois de um longo e sinuoso caminho para se chegar à igualdade de direitos, houve mais um óbice à efetivação da cidadania, a escravidão, em meados do século XVI, o que resultou em uma suspensão do significado de cidadania, tanto pela falta de regulamentação legal, quanto pela construção cultural do momento.

No Brasil, a colonização pelos países Europeus, trouxe consigo uma cultura, sendo essa imposta verticalmente no âmbito brasileiro, automaticamente, a cidadania passou a ser mais um direito não exercido, esquecido entre os colonizados que mal sabiam quando a submissão e a desigualdade iriam ter fim (WOLKMER, 2001).

Gradativamente, após a abolição da escravidão em 1888, muitos preceitos e pressupostos inerentes ao ser humano passaram a ser valorizados e normatizados. Ainda, o Brasil pós-revolução industrial, passou a efetivar diversos direitos individuais e coletivos que antes não eram preconizados (CARVALHO, 2002).

Em 1930, a cidadania passou por modificações favoráveis, pois houve no país uma aceleração das mudanças sociais e políticas, entretanto, nas décadas posteriores houve uma oscilação de regimes democráticos e totalitários, ora inserindo a cidadania, ora a minorando. Neste espaço de tempo, as alternâncias foram decisivas para construir o modelo atual de Estado, sendo que muitos governos tiveram como lideranças, perfis carismáticos e messiânicos, por conta da população desejar um resultado imediato acerca de suas pretensões (CARVALHO, 2002, p. 110).

Reitera-se que ao longo da história prevaleceu a visão corporativista do interesse coletivo, ou seja, os direitos para determinados núcleos e para determinadas pessoas. Ainda, a ausência de ampla organização autônoma da sociedade faz com que os interesses corporativos prevaleçam em detrimento do interesse coletivo. Por esse motivo é que a representação política, base fundamental da cidadania, não acontece de maneira eficaz, pois os representantes não possuem como objetivo primordial o desempenho dos interesses comuns da sociedade. A CRFB de 1988 traz marcos importantes para a solidificação da concepção de cidadania, no que concerne à universalidade do voto, a ampliação dos direitos sociais, políticos, e posteriormente a melhora nas formas de expressão. Entretanto, apesar do passo dado, ainda reitera-se a desigualdade social como fator de cerceamento do desenvolvimento da cidadania (CARVALHO, 2002, p. 206-207).

Dallari tece o seguinte comentário sobre o fundamento:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social. (DALLARI, 2004, p. 22)

O que se depreende acerca do supracitado é que a cidadania é capaz de caracterizar um indivíduo no meio social, garantindo ao mesmo a possibilidade de participação política ativa. Entretanto, ao tempo que o indivíduo não recebe seu título de cidadão, este será excluído do núcleo social e da cooperação nas decisões, não tendo relevância perante aqueles atribuídos com a o direito de cidadania.

Ao longo das décadas, percebe-se que a cidadania foi uma construção gradativa de luta, havendo abdicação do direito em certos momentos históricos, no entanto, mesmo que ainda parte da população não valorize realmente o sentido e a repercussão desse direito e sobreviva em uma alienação política e social, o caminho para a construção de diretrizes educadoras para a cidadania têm se mostrado contínuo.

Outrossim, no Brasil, os direitos sociais foram implantados em um período de supressão dos direitos políticos e de redução dos direitos civis, assim como, os direitos políticos foram implantados em um momento de ditadura militar e restrição de liberdade de expressão. Demonstra-se que esse processo de valoração dos direitos supracitados foi de certa forma excepcional, o que proporcionou um futuro diferenciado no que diz respeito à cidadania no Brasil. Afirma-se que, “Seria tolo achar que só existe um caminho para a cidadania.”, pois os caminhos diferentes automaticamente afetam o resultado final, modificando a significação e o papel dos cidadãos, e conseqüentemente o exercício da democracia, sendo que está intrinsecamente ligada à cidadania, pelo fato de ser uma forma de expressar o verdadeiro poder da cidadania e o resultado da representação (CARVALHO, 2002, p. 219-220).

No sentido de cidadania e educação da sociedade Wolkmer afirma:

A construção de uma cultura jurídica que seja a expressão do ideário comunitarista implica uma mudança radical na educação atual dos cidadãos, nas formas de comportamento e no desenvolvimento de valores, estimulando a pluralidade, a convivência pacífica, as práticas responsáveis de relacionamento e de solidariedade regional. (WOLKMER, 1999, p. 29-30)

Ou seja, a educação e a valorização da cidadania é ponto determinante para uma forma plural de convivência, respeitando as diversas formas de culturas e relacionamentos.

Dallari (2004) define que cidadão é aquele que se integra ao Estado, através da vinculação jurídica permanente, fixada no momento jurídico da unificação e da constituição do Estado.

Costa argumenta que:

A reflexão sobre o papel dos poucos e dos muitos no governo da sociedade sempre pressupôs uma visão geral da sociedade, uma representação dos grupos e das estratificações que a compõem, e uma vinculada estratégia de valorização de uma ou de outra parte social. O tema da democracia está diretamente envolvido neste jogo de representações: sobre ele os nossos autores discutem não somente como um capítulo de uma abstrata engenharia institucional, mas como um argumento inseparável de uma concepção geral da ordem (e é justamente tal visão que desemboca em uma condenação da democracia, confirmada quase sem exceções ao longo de uma história plurissecular). (COSTA, 2012, p. 155-156)

De acordo com essa passagem, verifica-se que a aplicação da democracia, como também diretamente da cidadania, ainda sofre uma divergência de seu objetivo primordial, ou seja, a mesma deveria ser aplicada de forma que todos os cidadãos de fato pudessem participar e que sua serventia fosse maximizada pelo Estado, o que nem sempre ocorre.

De fato, a cidadania vincula-se ao acesso à justiça, quando prima pelo cumprimento dos direitos fundamentais (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º e 7º) da CRFB de 1988. Quando no artigo do 5º, inciso XXXV narra que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, depreende-se que o referido dispositivo traz o acesso universal aos tribunais nos casos em que um direito é violado, ou então ameaçado. De acordo com Cintra (2012), o acesso à justiça não se restringe a possibilidade de parte da população poder ajuizar suas demandas na esfera judicial. Insere também a efetivação de direitos de forma digna, a resolução satisfatória e equânime de litígios, desoneração excessiva de custas, razoável duração do processo, meios consensuais, alternativos, eficazes e mais céleres para a resolução das lides, com o intuito de desvincular a forma tradicional e burocrática judicial, notadamente em favor dos hipossuficientes, não só os economicamente, mas igualmente os organizacionais.

De acordo com Langoski (2011), atualmente o acesso à justiça é pressuposto de expressão da cidadania, essa sendo o direito mais básico inerente ao indivíduo, em um ordenamento que tem como objetivo garantir direitos de todos e não apenas proclamar. Ainda, ante aos direitos evidenciados, verifica-se um novo olhar no que diz respeito ao acesso à justiça, incluindo nesse contexto os métodos alternativos de resolução de conflitos, dando respaldo à cultura da paz, valorizando o diálogo e o respeito ao outro, primando pela corresponsabilidade dos sujeitos.

O acesso à justiça é inerente à efetivação do princípio da dignidade humana, e nesse contexto verifica-se que a mediação familiar oportuniza a democracia e a cidadania e contribui de forma a minorar as consequências dos conflitos intrafamiliares. Com respaldo no pensamento de Ávila (2004), o novo contexto social é capaz de quebrar paradigmas existentes na sociedade, suscitando mudanças nas formas de constituição familiar, com questões polêmicas, como a fecundidade, a queda da popularidade do divórcio e as uniões “instáveis”, a monoparentalidade e a recomposição familiar. Essas novas visões podem causar um choque à sociedade que preconiza a família tradicional, mas serve como fator essencial à evolução das relações humanas.

### **Panorama da mediação familiar: um olhar além fronteiras**

Segundo Ávila (2004, p. 25) a prática da mediação surgiu nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha no início dos anos 70 aproximadamente, sendo seus principais introdutores Coogler (1978), Haynes (1981), Saponesk (1985) e Folberg (1984). Já no Canadá ela começou nos anos 80, com os ideais de Howard Irving.

No Brasil, a prática da mediação vem vagarosamente sendo desenvolvida, pois o Poder Judiciário ainda mostra uma “segurança” maior às partes, já que a sociedade tem fortes ligações com a cultura da sentença, e na esperança que um terceiro seja capaz de resolver seus litígios atinentes às relações pessoais.

Nesse sentido, segundo Spengler:

(...) a mediação pode surgir como um salto qualitativo tratando o conflito não mais como um evento social patológico, um mal a ser curado, e sim como um fenômeno fisiológico, muitas vezes positivo. Isso significa abrir mão da lógica processual judiciária de ganhador/perdedor para trabalhar com a lógica ganhador/ganhador, que auxilia não só em busca de uma resposta consensuada para o

litígio, como também na tentativa de desarmar a contenda produzindo, junto às partes, uma cultura de compromisso e participação. (SPENGLER, 2011, p. 320)

Atualmente, as famílias têm a cada dia sofrido mudanças em sua estrutura, sendo considerados fatores ligados à industrialização, evolução dos costumes e ao desenvolvimento do trabalho feminino. Desta forma, mudanças na posição social da mulher e no relacionamento do casal passaram a ser mais frequentes e decisivos nas relações familiares (CARVALHO, 2012, p. 55-60).

O Poder Judiciário não consegue atender a todos os conflitos de forma integral e qualitativa, principalmente nos conflitos intrafamiliares, que necessitem de um atendimento mais específico e direcionado. Assim, a sentença prolatada pelo juiz não traz o que as partes realmente almejam, mas apenas uma decisão paliativa que pode muitas vezes trazer mais controvérsias à relação. Neste momento, a mediação familiar deve ser introduzida, mesmo que de forma subsidiária, auxiliando aos litigantes a encontrarem uma solução para o conflito.

Neste enfoque, a mediação familiar surge como uma orientação nas famílias que necessitem do desenvolvimento do diálogo, visando uma mudança cultural no que diz respeito à resolução de litígios, onde os indivíduos passam a ter autonomia para decisão de seu conflito.

A comunicação é o meio pelo qual a mediação ocorre, se processa. A mediação deve ser objetiva e ao mesmo tempo complacente, capaz de restabelecer um vínculo muitas vezes perdido em meio às brigas, discussões e desentendimentos. Desta forma, a comunicação deve partir de modo natural entre as partes, que serão subsidiadas pelas orientações do mediador capacitado, que necessita ser claro quanto ao que ocorre nos momentos de tensão.

De acordo com Ávila (2004) é incumbência do mediador fazer as partes refletirem sobre o problema vivido, clarificar as intenções do casal e os fazer externar os sentimentos reprimidos, dar subsídio às partes para interpretar os próprios sentimentos e problemas, como também fazer uma sinopse da situação a fim de verificar se todos os participantes possuem a mesma compreensão do que está acontecendo.

Com relação à mediação e ao significado do conflito dentro de uma relação, tem-se que “o conflito pode ser considerado uma ruptura da harmonia existente nas inter-relações humanas, expressando a subversão

dos papéis estabelecidos nos relacionamentos (contratual, tácita ou explicitamente)” (MENDONÇA, 2008, p. 90). Entretanto, mesmo que o conflito seja uma ruptura, Sales (2007) afirma que ele deve ser visto como algo inerente aos seres humanos, necessário e capaz de realizar transformações positivas nas relações, se trabalhado adequadamente e de forma que faça os conflitantes compreenderem que as divergências são formas de conhecer as individualidades alheias.

Mendonça (2008) afirma que a complexidade psíquica que traz um conflito é uma evidente desestabilização do “ser” e do “ter”, isso porque, a ameaça a grande totalidade do “ser” interfere no reconhecimento da identidade perante seu ambiente, como também a interferência do “ter” traz uma violação que atinge o equilíbrio do “ser”, causando um abalo emocional interno.

Marodin (2015) explica acerca da resiliência dentro do núcleo familiar, aduzindo que uma família saudável é aquela que possui problemas, no entanto, enfrenta-os de forma competente e potencial para ser capaz de sobreviver a um estresse opressivo, onde o crescimento resultará dos impasses vivenciados.

A mediação traz como prerrogativas a cooperação, o respeito e a confiança. A cooperação como forma de trabalho em grupo com o objetivo de alcançar soluções satisfatórias a ambas às partes, o respeito como forma de tratamento prioritário quanto aos interesses envolvidos na contenda, onde o cuidado e a consideração devem ser recíprocos. Já a confiança diz respeito ao compromisso mútuo das partes em acreditarem uma na outra, e serem capazes de acreditar que o outro tem uma parcela significativa na resolução de um conflito (MENDONÇA, 2008, p. 108).

Atualmente, no país, vários segmentos adotam a mediação familiar, seja de forma voluntária ou onerosa, como forma de pulverizar e diminuir as demandas no Poder Judiciário, como também de oferecer um atendimento especializado às pessoas que necessitem solucionar conflitos mais específicos.

Informa-se, também, o desenvolvimento da Mediação Familiar no Estado do Ceará, onde são instituídas Casas de Mediação Comunitária, sendo iniciativa do governo e destinadas às comunidades periféricas. O número de questões familiares resolvidas têm sido significativo, e mostra que a mediação familiar é meio eficaz de resolução, se desenvolvido adequadamente. Juntamente ao trabalho do governo, existem as



Universidades que mostram sua preocupação com a sociedade, mostrando auxílio quanto à prática da mediação (SALES, 2015, s.p.).

Compreende-se que o panorama da mediação familiar no Brasil traz uma multiplicidade de formas de aplicação, entretanto, todas com o mesmo objetivo, que é diminuir as contendas familiares e auxiliar os indivíduos na resolução dos conflitos, assim como, proporcionar um maior entendimento acerca do real significado do conflito, transformando a visão que preconiza a interpretação da mediação familiar, em que não se sustenta tão-somente uma forma subsidiária ao processo, e sim um método autônomo e eficaz, que prima pela cidadania.

### **Cidadania e mediação familiar: o equilíbrio entre valores e princípios e sua concretização na era dos direitos**

“Há um desassossego no ar” (SANTOS, 2002, p. 41). Essa constatação importa reconhecer que uma certa instabilidade assola o presente, mas diagnosticar isso também alimenta a necessidade de doses de credibilidade para a posteridade, no sentido de que tudo ficará bem, de que o futuro apresentará a harmonia desejada pela humanidade. Na Pós-modernidade ou Transmodernidade, afirmar a cidadania não tem outro significado senão garantir que ela é um reclamo ético-estético-político que prime por uma melhor qualidade de vida social, possibilidade de algo para o conjunto da sociedade (WARAT, 1996, p. 27). Nesse tom, a mediação importa um instrumento de cidadania, premissa de um Estado Democrático de Direito.

Quando Warat escreve *Por quien cantan las sirenas? Informe sobre eco-cidadania, género y derecho – incidências del barroco em el pensamento jurídico* (1996), ele sustenta uma trilogia que perpassa a ecologia, a cidadania e as questões de gênero (subjetividade, desejo). Aposta-se no “novo” caracterizado como um ideal de autonomia, sem as máculas da condição transmoderna<sup>1</sup> que desintegram as identidades, o fim social e a decomposição do político, numa encruzilhada “*el ser o no ser de la humanidad*”. A eco-cidadania de gênero, como o autor nomina a trilogia

---

<sup>1</sup> O autor utiliza o termo transmodernidade para se referir aos fenômenos agrupados como pós-modernidade, pois entende que esta não é outra coisa senão a modernidade em suas formas esgotadas, em trânsito para outros estilos de pensamento. A transmodernidade é o destino artificial da modernidade, assim a cultura transmoderna é a do simulacro, das cópias pois nunca teve um original (WARAT, 1996, p. 17-157).

citada, é uma resposta emancipatória sustentável, baseada na articulação da subjetividade como estado nascente, a cidadania como estado de mutação e a ecologia como o conjunto dessas implicações, numa proposta de direito ao amanhã (WARAT, 1996, p. 12-20).

O estado de mutação importa reconhecer que a mediação promove o acesso à justiça e à cidadania, oportunizando a democracia e a busca de valores plurais e sociais, e é responsável por amenizar consequências inerentes aos conflitos intrafamiliares e prevenir os prejuízos nestes mesmos núcleos.

No entanto, essa proposta de autonomia frente aos conflitos intrafamiliares esbarra na situação de que em toda sociedade existe três tipos de normatividade: a normatividade legalmente instituída – direito positivo; a normatividade que vai se configurando socialmente; e a normatividade reprimida, esta é aquela que a sociedade e cultura não permitem que se desenvolva, é a normatividade que busca autonomia, mas que requer normas e alterações sobre subjetividade, e que não se tem coragem de produzir (WARAT, 1996, p. 37).

Na perspectiva apontada, o texto avança na caracterização do que se considera mediação. O que é estar mediado? É estar harmonizado, equilibrado, é a tentativa de viver no presente, porquanto, é preciso sacrificar o futuro pelo presente, mas nunca sacrificar o presente pelo futuro (WARAT, 2004, p. 25). É desta forma filosófica que Warat traz seus significados, bem como suas demais observações acerca da mediação. O modelo de mediação proposto por Warat não é uma metodologia que prime tão-somente pelo “acordo”, trata-se de um modelo de mediação hedonista, que busca uma transformação entre as partes e o conflito que lhes assola, não apenas uma forma de fazer cessar um problema, mas a ressignificação da autonomia que ficou adormecida pelos embalos da Modernidade (WARAT, 2004, p. 31-32).

O ofício do mediador trazido por Warat é mais complexo do que aparenta, é um trabalho de sentir, compreender e transmitir sentimentos capazes de refletir um entendimento acerca das posições diferentes das partes. É mostrar que o conflito não tem apenas o cunho negativo, pelo contrário, ele é inerente às relações humanas e serve como forma construtiva dos indivíduos (WARAT, 2004, p. 25).

Uma nova perspectiva de mediação é abordada, com ênfase na Filosofia, na Psicologia e na Literatura, considerando as particularidades e diferenças de cada ser, não definindo a mediação como simples alternativa

à resolução de litígios, mas como uma terapia do reencontro. Como explica Meleu (2014, p. 131), a mediação waratiana propõe a ternura, solidariedade, o amor, solicitude e disponibilidade para o outro, emancipando valores baseados nos sentimentos fraternos entre os indivíduos.

Mediar não é distar, ao contrário, é estar no “meio”, é “sentir o sentimento”, para que além da intervenção no conflito, o mediador possa intervir nos sentimentos das pessoas, para que estas transformem o conflito, renunciando à interpretação (WARAT, 2004, p. 26).

O mediador deve ser capaz de ouvir as partes, ser sensato e ciente que não pode trazer sugestões às partes, apenas suscitá-las a entender seu próprio conflito. O mediador não deve apenas ouvir as partes de modo a não se importar com as palavras de quem quer dizer, mas manter-se silencioso dentro de si, para ser digno de compreender a situação do outro e não interromper com sugestões egoístas.

Warat (2004) traz que o mediador deve ter a capacidade de abrir as portas do inferno, para depois abrir completamente as portas do céu. Nesse sentido, o mediador deve conseguir deixar o conflito entre as partes intenso, pois se as mesmas ficarem duvidosas será inútil a metodologia. Assim, após o conflito, será possível alcançar o acordo, que não é ainda o principal objetivo da mediação, e sim, o reencontro com a autonomia. No momento em que o indivíduo fica silencioso, sereno e calmo, o mesmo atinge a paz interior e a amorosidade, e está a caminho da liberdade. Isso resume a meta da mediação, ir ao encontro do sentimento que transforma, enfrentar os conflitos internos e com o próximo, para enfim se chegar a forma autêntica de sentir.

Warat traz uma explanação acerca do novo pensar, da nova visão que é necessário se ter em relação aos novos paradigmas da sociedade, o que está intrinsecamente ligado à questão da mediação descrita pelo mesmo, pois se exige uma compreensão mais peculiar e humanista, uma questão de sentir a diferença para ser possível transformar o conflito:

Reinventar, refundar, quer também dizer poder ver-se a si mesmo desde o outro e para o outro, repensar tudo o que nos foi obrigado a pensar desde as escolas, academias, instituições, desde os lugares dos especialistas, desde os lugares onde se pronuncia a digna voz da majestade, a digna voz das consciências acomodadas, aquelas que se acreditam estar na posse de um lugar de normalidade. Repensar tudo o que nos coloca em situações de discriminação, opressão,

exclusão, seja no lugar do opressor ou do oprimido, do discriminado ou do discriminador. Reinventar as visões de mundo junto aos que não formam parte de todas essas certezas recém enumeradas. Um repensar de coração aberto e atento a tudo o que pode dar-se numa relação com o outro, desarmado de certezas ideológicas, com o coração aberto a tudo o que os vínculos com o outro pode brindar, procurando as palavras, os relatos, as ilusões que nos ajudem a olharmos a nós mesmos. Um tentar pensar de outro modo. Pensar para a reinclusão social, a partir do pensamento já estabelecido determina processos discriminatórios e de estratificação social. (WARAT, 2003, p. 8)

A questão “sentimento” é abordada de forma essencial e especial por Warat (2004, p. 27), que explana acerca de uma cultura predominante que impõe padrões que dogmatizam e impedem de sentir verdadeiramente seus instintos e desejos, ocasionando um afastamento voluntário de tudo aquilo que traz felicidade e prazer ao ser humano, uma espécie de sentimentos recalçados em detrimento de um simulacro da vida.

A mediação para ser transformadora<sup>2</sup>, deve ser capaz de uma reconstrução simbólica do conflito, pois isso permitirá o seu equacionamento e a construção da autonomia de cada parte. Mesmo assim, os ditames normativos devem ser respeitados de forma a não reduzir as condições do acordo, e sim alavancá-las.

Explana-se que “A mediação transformadora considera o desejo e as necessidades dos interessados e possibilita, com essa atitude, a integração e o diálogo entre os interessados, em vez do enfrentamento destrutivo de um para com o outro” (CARNEIRO, 2006, p. 3).

O instituto da mediação, principalmente na área familiar, possui como instrumento o diálogo progressivo, com o objetivo de intervenção do conflito, entretanto, posto que o conflito é o que se pretende resolver, este não deve ser valorado como um óbice, algo negativo e que atrapalha os relacionamentos, mas sim como aquele que proporciona crescimento e a construção positiva da diferença.

---

<sup>2</sup> A transformação requer sentimentos: “O contágio é quase inevitável, se não recuperarmos as necessidades do coração. Perdemos, ao longo dos séculos, as necessidades do inconsciente amoroso (o imaginário radical dos sentimentos) que se forçou, transformado em falsas necessidades simbólicas. Sentimentos e pensamentos separam-se na bifurcação de algum caminho” (WARAT, 2004, p. 27).

Como genuinamente explana Warat:

Os conflitos nunca desaparecem, se transformam; isso porque, geralmente, tentamos intervir sobre o conflito e não sobre o sentimento das pessoas. Por isso, é recomendável, na presença de um conflito pessoal, intervir sobre si mesmo, transformar-se internamente, então, o conflito se dissolverá (se todas as partes comprometidas fizerem a mesma coisa). (WARAT, 2004, p. 27)

Com as ideias supracitadas, verifica-se que a visão do conflito deve ser despreendida da conotação negativa, e que diversas vezes as partes trazem um conflito aparente<sup>3</sup> ao Poder Judiciário, escondendo as causas verdadeiras da contenda, que especifica o conflito real (SALES, 2007, p. 25).

A mediação deve ser uma proposta transformadora do conflito real, pois privilegia buscar uma intervenção pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador. Até porque, ela visa ajustar o conflito existente, no quesito psicológico, cultural, jurídico e social das partes, que determinam muitas decisões em uma contenda. Uma reviravolta barroca, uma outra forma de viver, a fuga da asfixia, do lugar comum, do espírito gélido da lei (WARAT, 1996, p. 153). Assim, a mediação não se preocupa com a verdade formal contida nos autos, nem mesmo como única finalidade – o acordo, mas a seiva que percorre é o bem-estar dos sujeitos.

É necessário sentir para mediar, sentir para ajudar o próximo, para ser capaz de entender o conflito, com o objetivo de capacitar que cada indivíduo possa ser autônomo e exercer sua cidadania das formas mais diversas na sociedade.

### **Considerações finais**

A cidadania permite a integração de direitos, que no caso do recorte apresentado, cruzam-se a dignidade da pessoa humana e o acesso à justiça, situação que se evidencia na dimensão da mediação familiar. A cidadania,

---

<sup>3</sup> “Existem conflitos aparentes e conflitos reais. Os conflitos aparentes são aqueles falados, mas que não refletem o que verdadeiramente está causando angústia, insatisfação, intranquilidade ou outro sentimento que provoque mal-estar”. Ainda, na concepção da autora, o conflito real é aquele que muitas vezes é omitido e o responsável por dar início à desavença, no entanto, mesmo sendo o que perturba uma das partes, ele não é revelado. O conflito real é aquele que deveria ser solucionado, o causador dos conflitos, mas que diversas vezes é encoberto (SALES, 2007, p. 25).

também, oportuniza a harmonia entre valores e princípios constitucionais, com os quais se operacionaliza a afirmação de direitos, porque ela é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e a significância decorre de sua presença nas relações humanas.

Como corolário da cidadania, apresenta-se a mediação familiar por ser uma fenda de luz que traz em sua luminosidade o sujeito autônomo que decide a ressignificação do seu conflito em homenagem ao acesso à justiça e à cidadania. Proporcionar um espaço de diálogo, de sentimento, de olhar para o outro importa um reconhecimento jurídico de direitos e deveres, além do texto legal. Requer-se uma “reviravolta barroca”, dizeres waratianos, na cultura jurídico-filosófica, eis que a mentalidade barroca, em linhas gerais, significou toda reação à decadência de um estilo (estético, filosófico, de vida). Assim, uma atitude barroca frente ao Direito, não é outra coisa senão a fuga da asfixia, do lugar comum e a necessidade de burlar-se a lei, assumir uma outra forma de viver, cidadã, democrática, inclusiva, de bem-querer que sinalize a construção de um futuro mediado.

## Referências

ÁVILA, Eliedite Matos. *Mediação familiar: formação de base*. Tribunal de Justiça de Santa Catarina: maio, 2004.

BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Unisinos; Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

CARNEIRO, Rosamaria Giatti. *Entre idas e vindas: A mediação, o conflito e a psicanálise*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br>>. Acesso em: 02 de abril de 2015.

CARVALHO, José Murilo. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

CARVALHO, Newton Teixeira. *Mediação no Direito das Famílias: Superando obstáculos*. *Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões*. Belo Horizonte, v. 0, nº 29, p. 53-73, ago./set. 2012.

COSTA, Pietro. *Poucos, Muitos, Todos: Lições de História da Democracia*. Tradução de Luiz Ernani Fritoli. Curitiba: UFPR, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direitos humanos e cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

LANGOSKI, Deisemara Turatti. A mediação familiar e o acesso à justiça. *Revista Diálogos: Contribuições da extensão para a consolidação dos direitos humanos*, Brasília, v.16, n.2, dez 2011. Disponível em: <<http://portalrevistas.ucb.br>>. Acesso em 17 de abril de 2015.

MARODIN, Marilene. O exercício da mediação: fortalece a resiliência e constrói cultura de paz. In: ROSA, Conrado Paulino da; THOMÉ, Liane Maria Busnello. *Um presente para construir o futuro: diálogos sobre família e sucessões*. Porto Alegre: IBDFAM/RS, 2015.

MELEU, Marcelino. *Jurisdição comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

MENDONÇA, Rafael. *(Trans) modernidade e mediação de conflitos: pensando paradigmas, devires e seus laços com um método de resolução de conflitos*. Florianópolis: Habitus, 2008.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Mediação de conflitos: Comunidade, escola e família*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALES, Lília Maria de Moraes. *Conflitos familiares – a mediação como instrumento consensual de solução*. Disponível em: <<http://gajop.org.br>>. Acesso em 17 de abril de 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência*. 4. ed. São Paulo: Cortez, 2002.

SPENGLER, Fabiana Marion. Entre o direito e a literatura: uma análise da jurisdição atual e do papel do juiz no tratamento dos conflitos. *Revista sequência*, 62, p. 299-322, jul 2011, on-line. p. 320.

TORRES, Ricardo Lobo. Cidadania. In: BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos; Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantan las sirenas: informe sobre eco-cidadania, género y derecho – incidências del barroco em el pensamiento jurídico*. Joaçaba; Florianópolis: UNOESC/CPGD-UFSC, 1996.

\_\_\_\_\_. *Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação*. 2003. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em 27 de abril de 2015.

\_\_\_\_\_. *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WOLKMER, Antônio Carlos. Direito Comunitário, Globalização e Cidadania. *Revista Sequência*, Florianópolis, v. 20, n. 38, p. 29-39. 1999. Disponível em: <<http://periodicos.ufsc.br>>. Acesso em: 02 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. *Pluralismo Jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3 ed. ver. e atual. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.



# TRIBUNAL MULTIORTAS: ORGANIZAÇÃO CIDADÃ PARA O TRATAMENTO DE CONFLITOS NA POLICONTEXTURALIDADE

Marcelino Meleu\*

Aleteia Hummes Thaines\*\*

Emmanuele Todero Von Onçay Paz\*\*\*

---

## Introdução

A sociedade contemporânea está cada vez mais complexa e entende-se que a jurisdição clássica, mesmo com capacidade de assegurar valores da justiça e eficiência da administração, nem sempre tem se tornado eficiente, principalmente quando se trata do acesso das minorias e do tratamento dos conflitos. Nesse viés, surgem pesquisas e estudos preocupados em buscar outras vias para tratar tais problemas. Por esse motivo, o presente estudo tem por finalidade a análise de um novo modelo, o Tribunal Multiortas.

O referido modelo é adotado com êxito dentro da realidade jurídica americana. Entretanto, apesar das explícitas diferenças entre Brasil e Estados Unidos, observa-se a possibilidade de contextualização dos Tribunais Multiortas à realidade brasileira, contribuindo sobretudo no acesso à justiça e na promoção da cidadania.

Sendo assim, o Tribunal Multiortas pode contribuir para a efetivação do acesso à justiça no cenário brasileiro e, conseqüentemente,

---

\* Doutor em Direito Público pela UNISINOS. Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da UNOCHAPECÓ. Líder do grupo de pesquisa (CNPq) "Cidadania, jurisdição e novas faces da justiça".

\*\* Professora universitária da UNOESC (Chapecó/SC). Doutoranda em Direito Público pela UNISINOS. Bolsista CAPES.

\*\*\* Graduanda em Direito na UNOCHAPECÓ (Chapecó/SC). Bolsista – Categoria do art. 171 da Constituição Estadual. Membro do grupo de pesquisa (CNPq) "Cidadania, jurisdição e novas faces da justiça".

da cidadania participativa, enfatizando o tratamento de conflitos? Tal questionamento sintetiza o problema de pesquisa a ser abordado no presente trabalho.

No intuito de resolver o referido problema de pesquisa, o presente trabalho tem por objetivo geral analisar a contribuição do modelo Multiportas na transformação dos sistemas de justiça, a fim de reconhecê-lo como instituto legítimo para o tratamento dos conflitos, visando a efetivação do acesso à justiça e a promoção da cidadania participativa. E, de forma específica: a) estudar o acesso à justiça e sua ligação com a efetivação da cidadania participativa; b) analisar o Tribunal Multiportas e a sombra pálida da lei<sup>1</sup>.

O aprofundamento teórico do estudo baseou-se na pesquisa bibliográfica, consistindo na leitura de várias obras e artigos científicos a respeito do tema, utilizando-se o método sistêmico, preconizado por Niklas Luhmann, o qual pretende descrever os sistemas (aberto e fechado) e sua relação com o ambiente.

Esta pesquisa está dividida em duas partes. Na primeira será analisado o acesso à justiça e a sua relação com a efetivação da cidadania. Num segundo momento, se estudará o modelo Multiportas, bem como, sua relação com a sombra pálida da lei.

### **Cidadania e acesso à justiça**

O tema acesso à justiça e sua viabilização ainda é corrente em vários foros<sup>2</sup>, o que demonstra que tal promessa ainda resta incumprida pelas sociedades. Com certeza, avanços ocorreram, pois hoje em dia, o acesso à

---

<sup>1</sup> De acordo com a professora Mariana Crespo (2012, p. 40), a expressão firmou-se definitivamente na área jurídica americana, todavia, não existe, na América Latina, um conceito equivalente, sendo mais comum, enfatizar o descompasso existente entre a lei e a realidade. Ressalta ainda, que “tem-se debatido muito a respeito da sombra da lei e do papel dos métodos alternativos de resolução de conflitos nos Estados Unidos, e a América Latina poderia beneficiar-se consideravelmente com a adoção e a transformação dos conhecimentos e da experiência americana nessa matéria”.

<sup>2</sup> Que inclusive fomentam grupos de trabalho, como ocorre nos encontros e congressos do CONPEDI, em muitas Instituições de Ensino Superior e organizações do sistema judiciário, para citar apenas alguns exemplos brasileiros. Tais foros alimentam publicações sobre a temática e com isso a discussão da matéria que não se esgota, ao contrário, sempre permeia o direito e sua efetividade.

justiça não é sinônimo de acesso ao judiciário, como já se imaginou, podendo ocorrer, tanto através da prestação jurisdicional, quanto por outras modalidades, como a arbitragem privada, por exemplo (Meleu, 2014).

No que concerne ao acesso à justiça por meio do acesso jurisdicional, a Carta brasileira estabelece a obrigatoriedade do Poder Judiciário de apreciar lesão ou ameaça de direito<sup>3</sup>. No cenário internacional, se verifica que o tema consta em vários diplomas, tais como: Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem, de 4 de novembro de 1950<sup>4</sup> e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969<sup>5</sup>. Mas, em que pese à expressa previsão constitucional e internacional do acesso à justiça, este direito não está totalmente concretizado, necessitando de maiores estudos para o desenvolvimento de práticas que realmente o efetivem. Ainda se mostra como uma promessa moderna<sup>6</sup> incumprida e que as sociedades que

---

<sup>3</sup> Constituição Federal: Art. 5º (...). XXXV – A lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

<sup>4</sup> Art. 6º. Direito a um processo equitativo. 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de carácter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

<sup>5</sup> Art. 8. Garantias judiciais. 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

<sup>6</sup> Como refere Ost (1999, p. 206), “há seguramente diferentes formas de se reportar ao futuro: o autor de ficção científica fá-lo por meio da imaginação, o investidor económico pela aposta especulativa; para o crente, o futuro é uma questão de fé e de esperança, ao passo que para o homem político é objecto de cálculos estratégicos e de opções tácticas. A promessa é de uma outra ordem: ela compromete o futuro ao comprometer o promitente; este arrisca aí algo de si mesmo sob o regime de auto-obrigação. Pela promessa, o futuro é tornado menos imprevisível, é-lhe dão um sentido no modo normativo: ‘as coisas serão assim, pois a isso me

pautam sua organização, recepcionando o tema de acesso à justiça, se auto-obrigaram.

Tal obrigação leva parte da doutrina a identificar o cidadão como consumidor da justiça e, por isso, tem total direito de receber esse “produto final” sem qualquer tipo de vício (ARAÚJO, 2006, p. 42), ou seja, todo e qualquer jurisdicionado/consumidor tem assegurado o seu direito de recorrer ao judiciário para defesa de seus bens e direitos, devendo receber um tratamento adequado. Mas, em sendo amplo, o acesso à justiça contempla o acesso à tutela jurisdicional. Nesse sentido, é preciso entender que tal acesso significa o ingresso da contenda no sistema judiciário traduzido por meio de um processo e, após o devido processo legal, resguardados o contraditório e a ampla defesa, haja uma decisão proferida em tempo razoável e com qualidade para que trate, adequadamente, o conflito, pacificando a relação conflituosa posta em juízo.

Se há uma tutela jurisdicional que resulta intempestiva para preservação do bem da vida ou do direito ou, ainda, se esta tutela é injusta<sup>7</sup>, além da inefetividade que causará ao direito, irá ferir o próprio princípio ao acesso à justiça. São muitos os aspectos que dificultam o acesso à justiça no Brasil pela via da tutela jurisdicional (MELEU, 2014). Uma delas, guarda respeito ao custo para acessar aquele sistema, que, aliás, sequer é padronizado, pois, por exemplo, “no âmbito da justiça estadual, não só as custas judiciais variam muito de Estado para Estado, como não

---

comprometo’; este compromisso não é uma questão de imaginação nem de esperança, nem de cálculo estratégico, é da ordem da norma – uma norma que é aplicada a si mesmo. A esse título, a promessa é duplamente moderna: pressupõe, antes do mais, uma clara consciência do futuro, ideia que só muito tardiamente surgiu na história das mentalidades, como prova a ausência muito generalizada de tempo específico para designar nas línguas primitivas”.

<sup>7</sup> Considerando aqui que a justiça perpassa um duplo caráter: de virtude e de instituição. Pois, no que respeita ao primeiro aspecto “que a justiça seja virtude não se contesta. De Sócrates, Platão e Aristóteles até Kant e Hegel, a filosofia moral não cessa de ressaltar a conexão entre justiça e igualdade, a famosa *isótes* dos gregos. Por igualdade não se deve introduzir com excessiva pressa a referência a bens distribuídos entre agentes rivais. Esse modelo de justiça distributiva pressupõe uma forma mais radical de igualdade, uma igualdade de valores entre os agentes. A fórmula dessa igualdade básica seria: tua vida é tão importante, significativa e válida quanto a minha. (...) Sob o título de instituição não se deve levar em conta apenas uma entidade específica, mas uma cadeia de instituições que apresenta uma estrutura hierárquica”. (RICOEUR, 2008, p. 252-253). Para os fins aqui pretendidos, coloca-se o caráter de institucional da justiça, como definida dentro de uma cadeia organizada pelo subsistema político da sociedade, o primeiro promitente; o sistema judiciário, a comunidade, etc.

parece haver um critério racional que justifique essa disparidade. (...) É verdade que o país é regionalmente muito diferenciado, mas mesmo assim há muita irracionalidade” (SANTOS, 2008, p. 45-46), na definição das custas.

Como o acesso efetivo à justiça sustenta, segundo Cappelletti e Garth (2002), a ocorrência de três “ondas renovatórias do processo”, e, entre elas, afirma a existência de soluções judiciais, extrajudiciais e institucionais, com vistas à solução e à prevenção de litígios, não há como se negar que o acesso à justiça possui caráter fundamental e representa o mais básico dos direitos humanos em um sistema jurídico moderno.

Todavia, os altos custos, como já referido, acabam afastando os cidadãos menos favorecidos, pois, “a resolução formal dos litígios, particularmente nos tribunais, é muito dispendiosa na maior partes das sociedades modernas” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 15-16) o que leva a necessidade de se pensar na primeira onda renovadora, que propõe práticas para os problemas de acesso à justiça. Tal onda compreende “os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentram-se, muito adequadamente em proporcionar serviços jurídicos para os pobres” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 31-32). Em que pese tal proposta renovatória surgir no final da década de 70 – momento em que Cappelletti e Garth publicam seu estudo – até os dias atuais os altos custos acabam afastando o cidadão mais humilde da justiça formal.

Quando ultrapassada a barreira econômica dos custos do processo, surgem outros empecilhos, como a morosidade, a burocracia estatal, a formação dos juizes e a insuficiência da decisão proferida. Nesse contexto, uma mudança é necessária e, com vistas a essa mudança:

No Brasil, caminha-se rumo a uma gradativa expansão dos polos processuais. O percurso teve início com a Ação Popular (art. 5º, LXXII, da CF e Lei 4.717/65), Ação Civil Pública (Leis 7.347/85 e 7.913/89), a partir da CF/88, a possibilidade de impetrar Mandado de Segurança Coletivo (artigo 5º, LXX) e pela expansão da legitimidade ao Ministério Público, que passa a atuar em determinadas ações, e às associações qualificadas para causas relativas à tutela do meio ambiente, do consumidor, etc. Atualmente, a Emenda Constitucional 45, de 2004 (EC 45/2004) trouxe uma série de alterações ao texto constitucional pretendendo promover o acesso à justiça. (MORAIS; SPENGLER, 2008, p. 33)

A Emenda Constitucional (EC) n. 45<sup>8</sup> traz mudanças significativas<sup>9</sup>, sendo que a alteração no art. 5º da Constituição Federal, garante que a todos, no âmbito judicial e administrativo, sejam assegurados uma razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Tal mudança, para parte da doutrina, compreenderia uma resposta à uma “crise na prestação jurisdicional [sic] e as dificuldades na implementação dos direitos para a maioria da população” (SADEK, 2005, p. 271), e, serviria para contribuir para conquistar uma ampliação no acesso à justiça e, assim, promover a concretização de direitos com qualidade em um razoável lapso temporal. Tal dispositivo constitucional consistiu em um marco que possibilitou a criação de uma secretaria especializada para implementar ações com vistas a uma reforma do judiciário<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> A qual altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Incluindo, inclusive no art. 5º o inciso LXXVIII.

<sup>9</sup> Sem esquecer outras significativas como a introdução dos Juizados de Pequenas Causas, com a Lei n. 7.244 aprovado em 1984 (posteriormente revogada pela Lei n. 9.099/95) sendo que o sucesso de tais juizados fez com que a Constituição de 1988 os incorporassem (arts. 24, X, e, 98, I).

<sup>10</sup> Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça foi criada com o objetivo de promover, coordenar, sistematizar e angariar propostas referentes à reforma do Judiciário. Tem como papel principal ser um órgão de articulação entre o Executivo, o Judiciário, o Legislativo, o Ministério Público, governos estaduais, entidades da sociedade civil e organismos internacionais com o objetivo de propor e difundir ações e projetos de aperfeiçoamento do Poder Judiciário. Esta articulação acontece em relação a propostas de modernização da gestão do Judiciário e em relação à reforma constitucional e outras alterações legislativas em tramitação no Congresso Nacional. A secretaria reflete uma prioridade do governo Luiz Inácio Lula da Silva e tem origem na avaliação de que é necessário aperfeiçoar o funcionamento do Poder Judiciário para que ele seja mais rápido, ágil e eficiente e para que a Justiça seja acessível à população brasileira. A ampliação do acesso à Justiça para todos os brasileiros pode ser alcançada com o estímulo a uma série de medidas. Juizados Especiais Estaduais e Federais devem ser fortalecidos e aprimorados, por representarem uma alternativa eficiente de solução de litígios. O mesmo pode ser dito dos Juizados itinerantes e dos Centros Integrados de Cidadania, que levam o acesso à justiça até o cidadão mais carente, democratizando seu acesso. Também é necessária a institucionalização efetiva da Defensoria Pública da União e dos Estados, para que este órgão seja outro elemento de aproximação da Justiça com a população menos abastada. Os meios alternativos de resolução de conflitos também são uma importante ferramenta para a construção de uma autêntica política de democratização do sistema de Justiça. A partir do ano de 2008, além de prosseguir propondo e acompanhando as mudanças legislativas visando estabelecer estratégias para tornar o Sistema de Justiça mais democrático, rápido, eficiente e transparente, a Secretaria de Reforma

Como já se referiu, a igualdade perante a lei representa uma das mais importantes características da modernidade, pois, com esta, nenhum atributo externo teria, em tese, força para predeterminar qualquer distinção social. Esta se constitui sobre a máxima “todos nascem livres e iguais”. No Brasil, essa máxima é recepcionada já no preâmbulo da

---

do Judiciário do Ministério da Justiça passará a atuar também diretamente na execução de ações voltadas a promover a democratização do acesso à Justiça no Brasil. Através do trabalho articulado e integrado com o Programa Nacional de Segurança com Cidadania – Pronasci – espera-se contribuir, de forma decisiva, para a inclusão dos milhões de cidadãos brasileiros que se encontram à margem do sistema de justiça. As ações propostas pela SRJ ao Pronasci apontam no sentido do fortalecimento do Estado Democrático de Direito e de seu caráter republicano. No Pronasci a Secretaria de Reforma do Judiciário estará responsabilizada por 04 (quatro) ações: 1) *Efetivação da Lei nº 11.340, conhecida como “Maria da Penha”*: Tem como objetivo o combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. O propósito é fortalecer a rede de atendimento à mulher em situação de violência através da criação e estruturação de Juizados especiais de combate à violência doméstica e familiar, do fortalecimento e expansão dos núcleos especializados da defensoria Pública, dos Centros de Referência e das Delegacias da Mulher. Neste último caso, espera-se atuar, principalmente, na qualificação dos agentes de segurança envolvidos na rede de atendimento da polícia civil e militar sobre a questão do gênero. 2) *Justiça Comunitária*: buscará formar agentes comunitários para a informação acerca de direitos e o uso da mediação na resolução de conflitos. Espera-se ainda organizar a triagem de demandas para encaminhamento à rede de serviço público e órgãos da Justiça. A proposta de formação de NÚCLEOS DA JUSTIÇA COMUNITÁRIA tem como referência a experiência exitosa do Programa Justiça Comunitária, vinculada ao tribunal de Justiça do DF. Trata-se de um programa de empoderamento social combinado com ativação da cidadania no desenvolvimento de meios alternativos de resolução de conflitos, através da mediação comunitária. 3) *Assistência Jurídica Integral aos Presos e Familiares*: Buscará assegurar a assistência jurídica integral e gratuita aos encarcerados, já que o PRONASCI tem como um de seus focos o sistema prisional brasileiro. A assistência jurídica a ser criada e/ou reforçada em Núcleos Especializados das Defensorias Públicas Estaduais atuará no monitoramento e avaliação para fins de mudança de regime dos presos e efetivação da liberdade pelo cumprimento da pena, além de uma supervisão da gestão carcerária para evitar situações de desrespeito de direitos humanos ou favorecimento de grupos internos das casas prisionais. A ação contemplará ainda o apoio e orientação à família do preso para inclusão em políticas sociais de proteção e assistência social, econômica e profissional, face ao grau de vulnerabilidade decorrente da prisão de membro familiar. Incluem-se, ainda, na assistência as questões extra penais, como de direito civil, previdenciário, etc. Ao mesmo tempo, em ação integrada com a Defensoria Pública da União receberão apoio para as demandas junto a Justiça Federal, em especial a orientação e encaminhamento de benefícios sociais, como o auxílio reclusão. 4) *Capacitação em Direitos Humanos e Mediação para profissionais do Direito*: Esta última ação objetiva formar parceria com as Escolas Superiores para capacitação de profissionais do sistema de justiça (membro Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública) em temas de direitos humanos e mediação pacífica de conflitos (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015).

Constituição Federal, que institui no país um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos”.

Em que pese tal garantia, o Brasil, assim como em outros países, quando se trata de justiça, existe uma dualidade, a qual compreende um país legal ou ideal, e outro real, sendo que no modelo ideal tem-se um país que prima pela igualdade, pela incorporação de direitos, pelo respeito ao ordenamento, enquanto que, a face real demonstra que há um longo caminho a percorrer, pois, mesmo que passados mais de um quarto de século da promulgação da nossa Constituição, os direitos ainda não são universalmente respeitados, uma vez que, para a maioria da população brasileira, não passam de letra morta

Depois de ultrapassada à conceituação que ligava o acesso a justiça como sinônimo de acesso ao judiciário, deve-se levar em conta o tema Direitos Humanos. Aliás, no Brasil, com o advento da EC n. 45, esse vínculo mostra-se mais uma vez indissociável, pois com a Ementa há um aumento da competência da Justiça Federal, incluindo, a partir de então, os crimes relativos aos Direitos Humanos, sendo que a análise destes “deve ser encarada à luz de sua contemporaneidade e complexidade”, revelando que “o grande desafio, seja do aparelho estatal ou da sociedade civil organizada, seja individualmente, como exercício de cidadania, é transpor o fosso abissal que subsiste entre discurso teórico e a prática de tais direitos” (FACCHIN, 2005, p. 239).

Sob a perspectiva de Direitos Humanos, o acesso à justiça desloca-se para além do poder político estatal, e pressupõe outras respostas para às questões de legitimação, sendo uma resposta vinculada ao princípio da soberania popular e outra ao domínio das leis garantido pelos Direitos Humanos. Com o princípio da soberania popular, os direitos das comunidades ganham destaque, pois ocorre uma vinculação desta, através de uma participação mais ativa, de modo a assegurar a autonomia pública dos cidadãos (HABERMAS, 2002). No que tange ao domínio das leis, em um contexto de direitos fundamentais clássicos, que garantem a autonomia privada dos membros da sociedade, o direito passa a legitimar-se como um meio de assegurar, de forma equânime, a autonomia pública e privada (Meleu, 2014).

Entretanto, Habermas (2002) alerta que a ideia de Direitos Humanos, que se anuncia no Direito, como liberdades de ação subjetivas e iguais, não pode ser colocado como uma barreira externa ao legislador



soberano e, ao mesmo tempo, não pode ser considerado como um requisito funcional instrumentalizado para atender os fins deste legislador. Por isso, o autor aduz que para fins de garantir a expressão correta daquele instituto, há de se “considerar o procedimento democrático a partir de ponto de vista da teoria do discurso: sob condições do pluralismo social e de visões” pois, nessa perspectiva seria “o processo democrático que confere força legitimadora ao processo de criação do direito” (HABERMAS, 2002, p. 299-300).

Na teoria proposta, Habermas (2002) considera que regulamentações que visem invocar legitimidade, correspondem aquelas que podem contar com a concordância da maioria dos envolvidos, como participantes em discursos racionais. Desta forma, partindo de discursos e negociações como elementos que constituem um espaço apto para formar uma vontade política racional, a racionalidade que deve embasar o processo democrático tem que se apoiar em um arranjo comunicativo muito engenhoso, o que impõe que “tudo depende das condições sob as quais se podem institucionalizar juridicamente as formas de comunicação necessárias para a criação legítima do direito” (HABERMAS, 2002, p. 300).

Apesar de apresentar algumas dificuldades, especialmente quando pretende o consenso, como se observará adiante, a proposta Do autor traz um subsídio importante para que se compreenda o tema do acesso à justiça, pois fomenta uma discussão sobre a legitimação, levando em consideração os postulados de soberania popular e do domínio das leis garantido pelos Direitos Humanos.

E, é justamente a participação popular sob o domínio de atuação, outorgado pelos fundamentos dos Direitos Humanos, que abre a possibilidade de se repensar o acesso à justiça, por meios próprios, ou seja, abre a possibilidade de ser implementado pela própria população, ou seja, por meio de uma cidadania participativa. Para tanto, há que se ampliar o enfoque para que se compreenda a existência de formas desjudicializadas de tratamento de conflitos. Esta mudança de concepção guarda relação com um conceito amplo de administração da justiça (MELEU, 2014).

Considerando o acesso à justiça como o princípio essencial de todo o sistema jurídico, implicando não somente que os cidadãos possam exercer seus direitos, mas também que os conflitos sejam tratados, oportuna e adequadamente, supõe-se, de um lado, fomentar uma ampla e heterogênea rede de tratamento de conflitos e, de outro, promover um processamento judicial efetivo dentro da estrutura estatal. Do ponto de vista do primeiro

aspecto, há que se considerar uma ampliação, diversificação e descentralização dos serviços da justiça, como ocorrem com a mediação extrajudicial, negociação ou arbitragem privada. De outra banda, quando instado, o poder judiciário, deve promover uma resposta célere e qualificada. Com o atendimento destas premissas, é possível a construção de uma concepção de acesso à justiça, vinculada as premissas de Direitos Humanos, ou seja, uma visão de futuro da justiça coerente com as expectativas dos cidadãos que desejam o melhoramento do sistema, postulando um leque – incluindo o processo judicial – de opções adequadas para dar atenção e tratar seus conflitos (ÁLVAREZ, 1999).

No que tange a atuação do poder judiciário, esta deve ser constituída de forma a viabilizar o atendimento aos cidadãos, com presteza e qualidade. Uma das formas de outorgar tal atendimento, é considerar que existem várias portas para que o cidadão adentre no âmbito da justiça, como ocorre com o Modelo Multiportas, o qual pode contribuir para a eficácia, a efetividade e a ampliação do acesso à Justiça, por meio de implantação de práticas de gestão preventiva de conflitos.

### **O tribunal mutiportas e a sombra pálida da lei**

Originário de um anseio de ampliação quanto ao acesso à justiça, o modelo multiportas foi uma ideia concebida pelo professor de Harvard, Frank E. A. Sander, em 1970. Naquele período os Estados Unidos passavam por demasiada insatisfação quanto ao seu sistema social vigente. Para solucionar tal pretensão, Frank Sander propôs um modelo que encaminhasse os casos judiciais ingressantes para seus métodos mais adequados de resolução de controvérsias. Esta ação não apenas tornava o sistema de justiça americano mais eficiente, como também permitia demasiada economia de tempo e dinheiro, vez que tais litígios eram encaminhados para as mais diversas formas de resolução deixava a critério do rito jurisdicional, apenas os casos de maior complexidade. Ao fazer um aporte mais didático de sua proposta, Frank Sander imaginou a justiça como uma casa de múltiplas portas, assim, para acessar a casa, o cidadão poderá entrar pela porta que achar mais conveniente (CRESPO, 2012).

Embora os diversos programas recentemente implementados (Projeto Pacificar, Justiça Comunitária, Territórios de Paz), o Brasil ainda possui um modelo similar ao americano, eis que o sistema de justiça nacional ainda não propicia, em um único Tribunal, plurais formas de resolução de controvérsias. Para isso, ressalta-se que o modelo mais

próximo da proposta original de Frank Sander é o introduzido pela Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça, proponente ao estímulo da mediação e conciliação por meio de instalação de centrais em tribunais.

No entanto, hodiernamente, se pode constatar um maior apreço do Brasil pelo modelo de justiça Norte Americano, tal interesse se percebe por meio de algumas iniciativas de estudo, principalmente por brasileiros que tiveram contato mais direto com a experiência americana e com o projeto<sup>11</sup>.

De mais a mais, torna-se verossímil o ambiente de inclusão que tal modelo promove no sistema de justiça, eis que permite ao envolvidos aprenderem as diferentes formas de resolução das controvérsias e, desse modo, estimular que os envolvidos no processo rompam o paradigma de litígio judicial, onde só um dos lados sai vencedor, e desenvolver, no cidadão, informação e autonomia para que este possa escolher livremente qual forma de resolução será mais benéfica ao seu conflito (CRESPO, 2012).

Muito embora as novidades adentradas em alguns textos constitucionais Latino-americanos, que indicam uma multiplicidade de elementos para o acesso à justiça, naquele contexto, ainda não se conjecturam experiências como a sugerida por Frank Sander. Nesse viés, faz-se notório preponderar “nos Estados Unidos, os métodos alternativos de resolução de conflitos constituem, de modo geral, uma alternativa para o judiciário dentro da própria estrutura do sistema legal, operando sob o que tem sido descrito como ‘a sombra da lei’” (CRESPO, 2012, p. 39). Faz-se importante destacar que tal expressão é discrepante quando a América Latina se torna *locus* de análise.

A sombra da lei representa a influência que a norma exercer sobre interações e transações diárias dos cidadãos. Desse modo, a pesquisadora atrela a correlação do cidadão em sociedade, com a nascente legislativa, observando que o aprimoramento da sombra da lei assegura um mínimo de justiça e age como uma avaliação comparativa para garantir acordos

---

<sup>11</sup> Como é o caso da professora doutora Mariana Hernandez Crespo, coordenadora responsável pelos estudos referentes à implementação do modelo multiportas no Brasil, visto que já estivera na Universidade de Saint Thomas, onde lecionou na área de resolução alternativa de conflitos. Ademais, a professora doutora Mariana Crespo (2012) nota o valor dos métodos não-adversariais no tratamento de conflitos.

justos e razoáveis. Sem ela, esses acordos justos e razoáveis não poderão ser garantidos (CRESPO, 2012).

Nesse sentido, parte da doutrina ressalta que a resolução de conflitos na América Latina opera em uma área de “pálida sombra da lei”, entendendo que “a sombra da lei é a influência que a lei exerce sobre as interações e transações diárias dos cidadãos. O aprimoramento da sombra da lei assegura um mínimo de justiça e age como uma avaliação comparativa para garantir acordos justos e razoáveis” (CRESPO, 2012, p. 39-40).

Em que pese às mudanças recentes no sistema de justiça brasileiro, o modelo ainda proporcionaria um acesso apenas formal *ao Judiciário*, e não efetivamente *à justiça*, o que impõe o reconhecimento da necessidade de uma ampliação do conceito de acesso à justiça, pois aspectos objetivos e subjetivos – como desconhecimento das leis, sensação de inferioridade ante o formalismo do Judiciário e excesso de burocracia – impedem a efetivação de Direitos Humanos, e, conseqüentemente, da cidadania.

Ainda há que se reconhecerem os limites das formas tradicionais da Justiça e seus mecanismos institucionalizados, para fins de valorizar formas descentralizadas e participativas de acesso à justiça, especialmente patrocinada pela sociedade civil, já que o isso significa uma possibilidade de reconhecer direitos, visando o tratamento pacífico das controvérsias (SADEK, 2005).

### **Considerações finais**

O presente estudo procurou estimular a reflexão e incitar o debate a respeito das transformações evidenciadas nos sistemas de justiça, em especial o brasileiro e o latino-americano, de modo a introduzir múltiplas formas de tratamento de conflitos. Nessa perspectiva, procura-se identificar a relevância do estudo do modelo Multiportas, proposto por Sander e a sua contribuição para a efetivação de um acesso à justiça voltado à cidadania.

Essa ressignificação dos sistemas jurídicos da América Latina, especialmente no que concerne ao Brasil, faz surgir novas ações de acesso à justiça, como ocorre na mediação comunitária brasileira, contrapondo aqueles conceitos clássicos vinculados ao monismo jurídico. Tais ações, remetem à proposta de construção de um Sistema Multiportas de justiça, de iniciativa do professor Frank E. A. Sander, da Universidade de Harvard,

que em 1976, ao participar de uma conferência sobre a insatisfação do público com o sistema de justiça americano, apresentou um estudo para a ampliação do acesso à justiça, nominando-o de *multidoor courthouse*, ou seja de Tribunal Multiportas.

Esse projeto propõe a criação de um modelo que encaminha os casos judiciais ingressantes para os métodos mais adequados de resolução de litígios, além disso, identifica uma sombra da lei, que ampara, outorgando bem estar aos conflitantes. A referida sombra ainda se mostra insignificante ou pálida, no Brasil e no contexto latino-americano, uma vez que, ainda não se firmaram os métodos não-adversariais de tratamento de conflitos, ao contrário do modelo americano, onde a sombra da lei se mostra densa e portanto, recepcionada e garantida por aquele sistema social. Assim, pode-se concluir, provisoriamente, na presente pesquisa que o modelo Multiportas, proposto por Sander, pode contribuir para a efetivação do acesso à justiça voltado à cidadania.

## Referências

ÁLVAREZ, Gladys Stella. *La mediación y el acceso a justicia*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores, 1999.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. *Acesso à justiça & efetividade do processo: a ação monitória é um meio de superação de obstáculos?* Curitiba: Juruá, 2006.

BRASIL. *Constituição Federal*. Preâmbulo. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 maio 2015.

\_\_\_\_\_. *Emenda Constitucional n. 45*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 08 maio 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 7.244*, de 07 de novembro de 184. Dispõe sobre a criação e o funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 maio 2015.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 08 maio 2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 2002.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.cidh.oas.org>>. Acesso em: 08 maio 2015.

CONVENÇÃO EUROPEIA PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: <<http://www.echr.coe.int>>. Acesso em: 08 maio 2015.

CRESPO, Mariana Hernandez. Perspectiva sistêmica dos métodos alternativos de resolução de conflitos na América Latina: aprimorando a sombra da lei mediante participação do cidadão. In: ALMEIDA, Rafael Alves de; ALMEIDA, Tania; CRESPO, Mariana Hernandez. *Tribunal Multiportas: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2012.

FACHIN, Luiz Edson. A tutela efetiva dos direitos humanos fundamentais e a reforma do judiciário. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). *Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.

HABERMAS, Jurgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Trad. George Sperger; Paulo Astor Soethe; Milton Camargo Mota. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

MELEU, Marcelino. *Jurisdição comunitária: a efetivação do acesso à justiça na policontextualidade*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2014.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Secretaria da Reforma do Judiciário*. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 07 maio 2015.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem: alternativa à jurisdição*. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

RICOEUR, Paul. *O Justo 2: justiça e verdade e outros estudos*. Trad. Ivone C. Benedetti. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008.

SADEK, Maria Tereza. Efetividade de direitos e acesso à justiça. In: RENAULT, Sergio Rabello Tamm; BOTTINI, Pierpaolo. (Orgs). *Reforma do judiciário: comentários à emenda constitucional n. 45/2004*. São Paulo: Saraiva, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

# **A PARTICIPAÇÃO POPULAR NA ESCOLHA DOS DESTINOS DA ARRECADAÇÃO TRIBUTÁRIA COMO MECANISMO CAPAZ DE EFETIVAR A CIDADANIA FISCAL**

Ubaldo Cesar Balthazar\*

Luciane Aparecida Filipini Stobe\*\*

Gleica Caregnatto Boldori\*\*\*

---

## **Introdução**

No presente estudo discute-se a importância da participação popular na escolha dos destinos da arrecadação tributária para a implementação da cidadania fiscal. A questão de pesquisa é saber se a participação popular, na escolha dos destinos da arrecadação tributária, é mecanismo para a implementação da cidadania fiscal. Para tanto, estuda-se a finalidade da tributação no modelo de Estado Fiscal vigente na República Federativa do Brasil e busca-se compreender como se opera a escolha do destino da arrecadação tributária. No item seguinte, intenta-se apresentar um conceito de cidadania, cujos contornos de definição se aproximem ao máximo da ideia de participação. Por fim, aspira-se entender como a participação direta do contribuinte na escolha dos destinos da arrecadação tributária pode servir à cidadania fiscal.

## **A finalidade do tributo no estado fiscal**

A principal finalidade da tributação é fazer frente a gastos gerais, cada vez mais complexos dentro do moderno Estado Democrático de Direito (SPAGNOL, 1994, p. 59). Para tanto, o Estado tem poder para

---

\* Doutor em Direito Fiscal pela Universidade Livre de Bruxelas. Professor Titular de Direito Tributário da UFSC. Docente permanente do PPGD/UFSC.

\*\* Doutoranda em direito na UFSC. Professora de Direito Tributário da UNOCHAPECÓ.

\*\*\* Graduada em Direito pela e pós-graduada em Direito Previdenciário pela UNOCHAPECÓ.

instituir tributos. A grande lógica deste processo não é somente arrecadar, mas promover a viabilidade dos direitos e valores constitucionalmente assegurados aos cidadãos, por meio da distribuição efetiva da receita (ATALIBA, 2007, p. 29). A instituição de tributos decorre da busca pela viabilização dos direitos fundamentais e da justiça social.

Todavia, não pode o Estado depender da exploração de seu patrimônio ou da intervenção na economia, para custear as suas despesas, sendo fundamental que a contribuição provenha de seus próprios cidadãos.

Diante desse contexto, Greco destaca que se faz necessária a adoção do Estado-fiscal:

na medida em que a sociedade quer um Estado que não seja proprietário de todos os bens e, mais, se ela pretende que esse Estado faça algo, o dinheiro de que necessita deverá vir de alguma outra origem que não seja a mera exploração do seu patrimônio. Vale dizer, virá da tributação. Daí falar-se em “Estado Fiscal” como aquele que, para substituir, necessita de tributos. (GRECO, 2005, p. 182)

Segundo Torres (2001, p. 280), após o Estado ter passado por uma crise de bem-estar social, não encontrou outra forma, senão a de procurar um novo equilíbrio político, econômico e financeiro centrado justamente no princípio da solidariedade.

Logo, o princípio da solidariedade serve como mecanismo potencializador da redução das desigualdades sociais, ao buscar uma distribuição da renda de forma mais igualitária. “Essa responsabilidade é assumida pelo Estado, não como uma mera consequência da dimensão da arrecadação tributária, mas como objetivo fundamental de promover a justiça social” (NABAIS, 2005, p. 129).

A solidariedade penetra na ideia de justiça, ao criar o vínculo de apoio mútuo entre os que participam dos grupos beneficiários da redistribuição de bens sociais (TORRES, 2001, p. 280). O sentido da palavra solidariedade remete a noção de união, ligação entre as partes.

Dentre os diversos objetivos a serem atendidos pela tributação, destacam-se os elencados no artigo 3º da Constituição Federal: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e



regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Baleeiro (1992, p. 125) destaca cinco meios pelos quais o Estado aufere as verbas necessárias para fazer frente às despesas públicas: “a) realizam extorsões sobre outros povos ou deles recebem doações voluntárias; b) recolhem as rendas produzidas pelos bens e empresas do Estado; c) exigem coativamente tributos ou penalidades; d) tomam ou forçam empréstimos; e) fabricam dinheiro metálico ou de papel”.

Entre estes meios o mais eficiente para munir o Estado de recursos a fim da consecução de seus objetivos é por intermédio dos tributos. Altoé (2009, p. 82) descreve o pagamento de tributo como um dever “inerente a todos os cidadãos, ainda mais, porque os impostos constituem um declinável dever de cidadania, cujo cumprimento a todos devem honrar”. Nas palavras de Madeira (2009, p. 14) “a tributação é sem sombra de dúvida, o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver. Sem ela não poderia o Estado realizar os seus fins sociais, a não ser que monopolizasse toda a atividade econômica”.

Nabais (1998, p. 679) é enfático ao sustentar que “como dever fundamental, o imposto não pode ser encarado nem como um mero *poder* para o estado, nem como um mero *sacrifício* para os cidadãos, constituindo antes o contributo indispensável a uma vida organizada em *estado fiscal*”.

Em outras palavras, significa dizer que a satisfação dos direitos sociais justifica o dever fundamental de contribuir, pois, a partir do momento em que o indivíduo convive em sociedade, tem este a obrigação de contribuir para o desenvolvimento do Estado, na medida de suas possibilidades.

Torna-se mais evidente a ideia de lançar mão do tributo como forma de solidariedade, pois, é a partir da contribuição que se cria um sinalagma não apenas entre o Estado e o indivíduo, mas entre o Estado e o grupo social a que o contribuinte pertence (TORRES, 2006, p. 100).

A solidariedade para Nabais (2005, p. 112) “refere-se à conexão ou ao sentimento de pertencimento a determinado grupo ou formação social”, e encontra igualmente relações com a fraternidade. Assim, pode-se descrever a solidariedade social, como um dever fundamental imposto aos cidadãos, em benefício da sociedade. Esta constitui-se sobre os pilares de instituições jurídicas e sociais, que distribuem direitos e obrigações

fundamentais, determinando a divisão entre os sujeitos, dos benefícios arrecadados, em função da cooperação social.

Pode-se sustentar como objetivo da solidariedade fiscal, a contraprestação que o Estado realiza ao usufruir dos tributos arrecadados. Nas palavras de Costa (1993, p. 38) “embora reconhecendo certa vaguidão e fragilidade nesta ideia, haveria um sentido de solidariedade, um 'dever social', que faz com que seja possível exigir tributos”.

Nessa linha, pode-se afirmar que a solidariedade é um dos valores básicos fundamentais do Estado Democrático de Direito, o qual requer a responsabilidade do cidadão para com o seu semelhante, e do Estado para com a sociedade. A arrecadação dos tributos está ligada de maneira direta com a atividade tendente à realização dos gastos públicos e a consequente obtenção de ingressos para suportá-los. Nesse sentido, Madeira (2009, p. 1) descreve a necessidade dos ingressos públicos para a garantia dos direitos básicos e da sobrevivência da sociedade.

A tributação não está mais adstrita ao orçamento fiscal, não sendo apenas um meio de obter recursos para o Estado, constituindo hoje, um dos principais intermédios de repartição da riqueza arrecadada e do desenvolvimento econômico.

O Estado fiscal ou impositivo constitui o vínculo indispensável entre os princípios do Estado de Direito e Estado Social, porque somente através das possibilidades de ingerência do Estado impositivo pode-se garantir o desenvolvimento do Estado social (ALTOÉ, 2009, p. 77).

É no decurso da política social – conceituada como proposta planejada de enfrentamento das desigualdades sociais – que a sociedade pode cobrar a efetividade dos direitos fundamentais, e obrigar o Estado à contraprestação dos gastos públicos (DEMO, 1994, p. 14). Percebe-se que a adoção de meios para arrecadar a receita é a forma mais adequada para suportar as despesas provenientes da efetivação dos deveres que lhe compete.

Baleeiro (1992, p. 116) conceitua receita como “a entrada que, integrando-se no patrimônio público, sem quaisquer reservas, condições ou correspondência no passivo, vem crescer o seu vulto, como elemento novo e positivo”. A receita ordinária pode ser classificada em originária e derivada. Nas palavras de Harada (1997, p. 42) a receita originária “advém da exploração, pelo Estado, da atividade econômica”, enquanto que a derivada “é caracterizada por constrangimento legal para sua arrecadação”.

A atividade financeira do Estado encontra na lei orçamentária os nortes de sua conduta (ICHIHARA, 2006, p. 28). E é por meio do princípio do consentimento da tributação, que se traduz na aprovação orçamentária dos tributos, que a sociedade lança a fiscalização popular sobre a atividade arrecadadora e sobre a aplicação dos bens públicos monetários (ATALIBA, 1985, p. 101). O orçamento constitui fonte importantíssima do direito, pois é nele que será estabelecido o planejamento da vida financeira, a previsão das receitas e a autorização das despesas (TORRES, 2006, p. 52).

Pela análise do orçamento é possível identificar o procedimento, pelo qual ocorre a destinação concreta dos recursos provenientes dos tributos. Ensina Torres que o orçamento é:

documento de quantificação dos valores éticos, a conta corrente da ponderação dos princípios constitucionais, o plano contábil da justiça social, o balanço das escolhas dramáticas por políticas públicas em um universo fechado de recursos financeiros escassos e limitados. (TORRES, 2006, p. 282)

O destino da arrecadação tributária se expressa nas despesas públicas, gastos que o Estado suporta no cumprimento de suas finalidades previstas constitucionalmente (MADEIRA, 2009, p. 2).

Algumas receitas decorrem de tributos que são vinculados a um agir estatal voltado diretamente ao contribuinte que os paga, ou seja, a atuação estatal compõe o aspecto material da hipótese de incidência. Outras, porém, como é o caso das receitas auferidas com impostos, resultam de uma situação jurídica ou atividade desenvolvida pelo sujeito passivo, inexistindo atuação específica do poder público (ATALIBA, 1998, p. 131). Portanto, salvo as exceções constitucionais previstas no artigo 167, IV, não haverá vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, devendo a receita deles decorrente ser destinada aos gastos gerais do Estado.

No regime republicano, a sorte do destino da arrecadação tributária que é *res pública* e, portanto, “de todos e para todos”, deve ser determinada pelo povo, dono do poder, cuja vontade, nos moldes da democracia brasileira, é expressa de forma representada (ATALIBA, 1985, p. 134). Spagnol (1994, p. 61) demonstra que “o orçamento é uma instituição típica do sistema político liberal e democrático, em que a administração das finanças públicas é uma “administração por delegação” e a atuação do governo está condicionada, aprovada e controlada pelo parlamento”. Pois a lei é a manifestação legítima da vontade do povo, por seus representantes

nos parlamentos. O povo consente que o Estado invada seu patrimônio para dele retirar os meios indispensáveis à satisfação das necessidades coletivas (MACHADO, 2004, p. 51).

É o orçamento um instrumento que permite estruturar um modelo de gestão. Ocorre que, o modelo brasileiro de representação política arrefece a manifestação da vontade do povo na escolha dos destinos da tributação.

### **Os contornos da cidadania**

Dallari (2004, p. 123) destaca a ideia moderna de um Estado Democrático que teve suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado, tendo em vista a proteção daqueles valores.

Um Estado Democrático de Direito é um estado interventor em prol dos desiguais, numa perspectiva de justiça compensatória, distributiva e niveladora. A base do conceito de Estado Democrático de Direito é, sem dúvida, a noção de governo do povo. Da mesma forma, Coelho (2004, p. 42) conceitua o Estado de Direito como o “Estado de razão” ou “o Estado em que se governa segundo a vontade geral racional e somente se busca o que é melhor para todos”.

Os contornos da vontade geral são melhores definidos quando há participação efetiva do povo, num modelo alargado de democracia. Pois, é no encontro das vontades no espaço público que se possibilita a construção da vontade geral pelo convencimento (BOBBIO, 2000, p. 12). E é esta vontade geral de todos os membros do Estado que os faz livres e cidadãos (ROUSSEAU, 2006, p. 102).

O espaço público é o lugar da construção da vontade geral e da afirmação da dignidade pela participação (ARENDDT, 1989, p. 335). Para Rousseau quando o homem se liberta dos limites de seu próprio ser individual e vivencia a experiência social de igualdade e fraternidade, junto aos outros cidadãos que aceitam o mesmo ideal (bem comum) é que encontra a plenitude, como um ser comunitário (ROUSSEAU, 2006, p. 13).

Otfried Höffe denomina existencial esta democracia que é uma “forma de vida ou prática social na qual, ao contrário da democracia meramente formal, o importante é a execução real, ou seja, que todos os

cidadãos defendam seus direitos políticos e sociais e tomem parte nas decisões acerca de sua ampliação” (HÖFFE, 2005, p. 133).

Logo, é na esfera pública, pela participação, que a cidadania floresce. Corrêa refere-se à cidadania como a “representação universal do homem emancipado, fazendo emergir a autonomia de cada sujeito histórico, como a luta por espaços políticos na sociedade a partir da identidade de cada sujeito” (CORRÊA, 2006, p. 216).

Na abordagem de Arendt (2007, p. 20), a cidadania é condição humana básica, conceituada como “o direito a ter direitos – significa pertencer, pelo vínculo da cidadania, a algum tipo de comunidade juridicamente organizada e viver numa estrutura onde se é julgado por ações e opiniões, por obra do princípio da legalidade”. Imbricada no conceito de cidadania está a ideia de pertencimento de um sujeito de direitos e deveres a uma comunidade, de modo que a cidadania é a “expressão individual da vontade soberana do povo” (CRUANHES, 2000, p. 75). Não se restringe ao cidadão eleitor, mas amplia-se para a efetiva participação na vontade coletiva (CARVALHO, 2002, p. 462). Logo, movimentos de cidadania são os movimentos pela democracia, nos quais o cidadão ativo abre novos espaços de participação política (DURIGUETTO, 2007, p. 201).

A ideia principal consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social, participando de forma ativa nas decisões e controle do poder político (COMPARATO, 1996, p. 10). Como forma de participação ativa é dever e direito do cidadão possuir mecanismos para participar ativamente das políticas públicas e do controle da aplicação dos recursos. Nas palavras de Benevides (1991, p. 194) o Brasil carrega a expectativa de mudança que se manifesta na exigência de direitos e da cidadania ativa, o que se traduz, também, em exigências por maior participação política.

Assim, a cidadania consciente cobra e vigia a atuação dos atores e das instituições políticas no cumprimento das demandas que ela, cidadania, apresentou de forma organizada e clara (CARDOSO, 1996, p. 22). Desta forma, a cidadania em sua expressão moderna tem, entre os seus desdobramentos, a de ser *cidadania fiscal*. O dever direito de pagar imposto se coloca no vértice da multiplicidade de enfoques que a ideia de cidadania exige.

## **Uma ideia de cidadania fiscal pela participação na escolha do destino da arrecadação tributária**

Os tributos possuem a dimensão de coisa pública e neles o Estado encontra a sua maior fonte de financiamento das políticas públicas em prol do coletivo. Neste modelo de Estado fiscal, o dever de pagar impostos é um dever de cidadania (NABAIS, 2003, p. XXIX).

Para Buffon (2009, p. 255), cidadania fiscal representa um conceito ideológico que pressupõe “modelo de sociedade e de Estado”. Se a tributação não for uma política de desconcentração de renda, não se caracteriza como instrumento de justiça fiscal e social, e por fim, se não for motivada pela solidariedade e dignidade humana, não cabe falar de cidadania.

Pessoa (2007, p. 80) relata que a eficácia do exercício da cidadania fiscal acontece quando há questão de reciprocidade entre a ética tributária dos cidadãos em relação ao seu dever de contribuir e, por outro lado, do fisco em administrar bem os recursos alocados, publicando seus fazeres diante da sociedade.

A efetividade da cidadania fiscal será alcançada no momento em que o Estado respeitar a “cidadania ativa e participante, e o contribuinte puder se sentir e agir como inserido na atividade tributária e como responsável pela viabilização do orçamento, sobre o qual também exerce controle” (BARBOSA, 2005, p. 65). Assim, o florescer daquela cidadania passa pela tomada de consciência do contribuinte do custo tributário e do sacrifício individual para manutenção dos serviços públicos (BALEEIRO, 1997, p. 196). Entretanto, a grande maioria da população desconhece o valor do tributo, não raras vezes embutido no preço das mercadorias e na aquisição de serviços, bem como a alocação da receita tributária (BARBOSA, 2005, p. 70).

Na construção da cidadania fiscal a sociedade deve ter uma postura de compromisso com o Estado, para tanto, faz-se necessário a participação de forma efetiva e direta com os problemas enfrentados. Lançam-se luzes sobre uma democracia mais comprometida, que aproxime o cidadão contribuinte das decisões políticas que influenciam os destinos da coletividade. Pois, a “participação pode assumir diversas formas e intensidade. Deste modo, fala-se em termos de participação individual e coletiva, ativa ou passiva, eventual ou organizada, ou ainda orientada para uma conscientização na defesa por direitos entendidos como justos” (SILVA, 2003, p. 302).

Numa nova dinâmica democrática a sociedade civil poderia exercer influência em termos de demandas e controle do aparato estatal (DURIGUETTO, 2007, p. 124). Influência participativa continuada, e não “emanações” meramente episódicas, de quatro em quatro anos (TEIXEIRA, 1990, p. 41). Gugliano (2007, p. 19) ao refletir sobre a matéria, destaca que é necessária uma democracia participativa que supere as limitações geradas pela restrição da cidadania ao período eleitoral, ou seja, apenas com o voto a democracia continuará a ser fragmentada.

No rol de “direito do homem e do cidadão incluem-se os direitos de participar das decisões de governo, através da escolha de seus representantes, e com isto, consentir nos impostos, controlar os gastos públicos e cobrar a prestação de contas” referente à atuação dos agentes públicos durante o mandato (BARBOSA, 2005, p. 61). Esse direito de participação remete necessariamente para a ideia de autonomia dos cidadãos, e forma a ideia de integração social, desta forma, só poderá conservar tal característica se eliminar as fronteiras que colocam os sujeitos de direito como meros espectadores dos acontecimentos políticos e econômicos (MOREIRA, 1999, p. 143).

A participação efetiva e direta da sociedade é a principal forma de emancipação dos cidadãos na tomada de decisões e interferência na destinação dos recursos públicos. Somente com a emancipação, os cidadãos terão maior interesse nos assuntos coletivos, pensando e agindo em prol da coletividade. Em síntese a democracia participativa, revela ser uma política paralela de intervenção social, criando e mantendo novos espaços para a tomada de decisões pelas populações nas matérias que afetam diretamente suas vidas (SHET, 2005, p. 127).

Mas o participar precisa vir municiado de informação e ampla liberdade, pois o desconhecimento da norma, o não-consentimento, a não-participação geram uma crise de autoridade que tem repercussão não só na esfera jurídica, mas também desdobramentos em desvios sociais coletivos e comportamentos individuais (BARBOSA, 2005, p. 52).

Para Arendt (2001, p. 350) a liberdade não é a liberdade moderna e privada da não-interferência, mas sim a liberdade pública de participação democrática.

Evidencia-se que as experiências de abertura de espaços públicos de participação, representação e negociação nas gestões públicas democráticas vêm possibilitando o exercício de práticas de democracia participativa. A experiência de participação popular na Constituinte

mostrou que, de forma organizada, a sociedade pode contribuir e participar diretamente na criação e funcionamento de suas instituições, as conquistas obtidas, mesmo que limitadas demonstram a eficácia da ação coletiva organizada (TEIXEIRA, 1990, p. 77).

Para colocar em prática a participação social, requer-se uma conscientização coletiva, conduzindo a uma avaliação do que o Estado oferece e da qualidade do produto (saúde, educação, etc.) oferecido para a sociedade. É necessária, como condição para uma participação cidadã ativa, uma constante e cotidiana educação política da população, que poderia ser viabilizada pela informação, conscientização e estímulo à organização e à participação (DURIGUETTO, 2007, p. 200).

Nesse passo, a democracia participativa só é possível porque a sociedade está disposta a compartilhar ideias, bem como informações importantes. Por isso, é vital ter-se espaço que instiguem a sociedade a falar sobre questões difíceis e analisar bem as respostas aceitáveis (LUCAS, 1985, p. 209).

Neste diapasão, Muller (2010, p. 45) destaca o “povo ativo”, que representa na sociedade uma força primordial, tanto no financiamento dos gastos públicos como no acompanhamento da destinação dos recursos. Participar significa influenciar diretamente nas decisões e controlar as mesmas apresentando propostas, discutidas e definidas pelo movimento sobre o orçamento (BOAVENTURA, 2005, p. 58). Mas também Mello (2000, p. 19) destaca que “participar na gestão pública é forma de educar para a responsabilidade pública”, ou seja, as pessoas devem se sentir corresponsáveis pela gestão pública e aproveitamento da receita pública.

Um exemplo da participação ativa da população nas decisões relativas à cidade surge com o Orçamento Participativo e os conselhos municipais formados pelos grupos organizados (NEVES, 2007, p. 396). Para Pires (1999, p. 43) o orçamento participativo é um instrumento valioso, para assegurar o controle sobre as receitas e despesas públicas. Nele, não somente os parlamentares devem participar das decisões sobre as finanças e políticas públicas: a população organizada, a sociedade civil assume papel ativo, passa a ser agente e não mero paciente. Podem-se citar ainda outros mecanismos de participação direta ou semidireta, como assembleias populares, conselhos gestores, plebiscito, referendo, iniciativa legislativa, audiências públicas e outros (GUGLIANO, 2007, p. 11).

Todavia, não bastam espaços de participação, é importante garantir o “controle da legitimidade em todas as fases de qualquer ato e em toda a



hierarquia ou ciclo do poder”, ou seja, o governante deve estar apto para exercer com moralidade e eficiência o seu dever, sob pena de esvaziar a vontade geral (BARBOSA, 2005, p. 51)

Para tanto, é necessário “encurtar” as distâncias entre governante e governados, entre poder e povo, entre o centro das decisões e seus destinatários (SANTOS, 2001, p. 158). Essa tarefa não se faz com processos burocráticos ineficazes, mas sim num palco de compromissos e co-responsabilidades pela efetividade das decisões tomadas, da vontade geral emanada.

### **Considerações finais**

Para cumprir com os objetivos fundamentais, enumerados no artigo 3º da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado fiscal, tendo na tributação a principal fonte de receita pública.

Neste modelo de Estado, o contribuinte é quem aparelha os cofres públicos com os recursos necessários às atividades de gestão na “*res pública*”. O destino desta arrecadação é ditado pela lei orçamentária, com a qual o contribuinte concorda, pela manifestação da vontade de seus representantes. Neste modelo de democracia representativa arrefeceu-se a participação popular e diluiu-se no anonimato a vontade geral do povo, constitucionalmente posto na condição de dono do poder.

A busca dos contornos de qual seja a vontade geral demanda um alargamento da democracia pela atribuição ao cidadão contribuinte – que possui o dever de pagar impostos – do direito de participar ativamente na escolha dos destinos da arrecadação tributária.

A conexão entre o dever de pagar impostos – num Estado fiscal norteado pelo orçamento – e o direito de participar ativamente na escolha e fiscalização da alocação dos recursos públicos é o fundamento da cidadania fiscal.

Quando houver efetividade no cumprimento da vontade geral expressa em espaços públicos de participação direta, o direito de escolher os destinos da arrecadação tributária gerará a co-responsabilidade do cidadão para com a comunidade. A cidadania fiscal nasce num espaço participativo, encharcado de informação e liberdade, num processo de emancipação política, ética e cultural.

## Referências

- ALTOÉ, Marcelo Martins. *Direito versus dever tributário: colisão de direitos fundamentais*. Vol. 09. São Paulo: RT, 2009.
- ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.
- \_\_\_\_\_. *A condição humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.
- \_\_\_\_\_. *A Condição Humana*. Tradução de Roberto Raposo, Posfácio de Celso Lafer. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1985.
- \_\_\_\_\_. *Hipótese de incidência Tributária*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *República e Constituição*. 2. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma Introdução á ciência das finanças*. 14ª Ed. Rev. e atualizada por Flávio Bauer Novelli. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- \_\_\_\_\_. *Uma introdução à Ciência das Finanças*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BARBOSA, Alice Mouzinho. *Cidadania Fiscal*. Curitiba: Juruá, 2005.
- BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A Cidadania Ativa: Referendo, Plebescito e iniciativa popular*. São Paulo: Editora Ática S.A, 1991.
- BOAVENTURA, de Souza Santos. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia*. São Paulo: Paz e Terra, 2000.
- BUFFON, Marciano. *Tributação e Dignidade Humana – entre os direitos e deveres fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- CARDOSO, Fernando Henrique. *A Construção da Democracia*. In: Blum, Marques, TANIA, Moreira da Costa. REGINA, Marques. *Democracia: a grande revolução*. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

- COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito Tributário Brasileiro*. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Público: estudos e pareceres*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CORRÊA, Darcísio. *A Construção da Cidadania: Reflexões histórico políticas*. 4. ed. Ijuí: Unijuí, 2006.
- CRUANHES, Maria Cristina dos Santos. *Cidadania: Educação e Exclusão Social*. Porto Alegre: Metrópole, 2000.
- COSTA, Carlos Celso Orcesi da. *Obrigações, lançamento e relação jurídica tributária*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Direito Humanos e Cidadania*. 2. ed. São Paulo: Moderna, 2004.
- DEMO, Pedro. *Política Social, Educação e Cidadania*. São Paulo. Papyrus, 1994.
- DURIGUETTO, Maria Lúcia. *Sociedade Civil e democracia: um debate necessário*. São Paulo: Cortez, 2007.
- GRECO, Marco Aurélio. *Solidariedade Social e Tributação*. São Paulo: Dialética, 2005.
- GUGLIANO, Alfredo Alejandro. *Perspectivas sobre participação e democracia no Brasil*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 1997.
- HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ICHIHARA, Yoshiaki. *Direito tributário*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- LUCAS, John Randolph. *Democracia e participação*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- MADEIRA, Anderson Soares. *Manual de Direito Tributário*. 3ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habernas*. Belo Horizonte: UFMG / FAFICH, 1999.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?: A questão fundamental da democracia*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NABAIS, José Casalta. *Por um Estado Fiscal Suportável*. Estudo de Direito Fiscal. Coimbra: Almedina, 2005.

\_\_\_\_\_. *O dever fundamental de pagar imposto*. Coimbra: Almeida, 1998.

\_\_\_\_\_. *Solidariedade, Cidadania e Direito Fiscal*. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *Direito Fiscal*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2003.

NEVES, Angela Vieira. *Democracia, Sociedade Civil e Participação: Espaços públicos e práticas políticas: os riscos de despolitização da participação da sociedade civil*. Chapecó: Argos, 2007.

PESSOA, Maria Auxiliadora Parente Paula. *Estado Fiscal e Tributário: Perspectivas Educativas*. 2007.133 f. Dissertação (Política Pública e Sociedade). Universidade Estadual do Ceará. Ceará, 2007.

PIRES, Valdemir. *Orçamento Participativo: o que é, para que serve, como se faz*. Piracicaba, Edição do autor, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

SANTOS, Marcelo Fausto Figueiredo. *Teoria Geral do Estado*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

SHETH, D. L. *Micromovimentos na Índia: para uma nova política de democracia participativa*. In: Santos, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: Os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SILVA, da Tarcisio. *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. São Paulo: Cortez, 2003.

\_\_\_\_\_. *Da Participação que temos à que queremos: o processo do orçamento participativo na cidade do Recife*. In: NAVARRO, Zander (Org.). *A inovação democrática no Brasil: o orçamento participativo*. São Paulo: Cortez, 2003.

SPAGNOL, Werther Botelho. *Da tributação e sua destinação*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

TEIXEIRA, Elenaldo Celso. *Eleição, Democracia e Cidadania*. Salvador: OEA/UFBA/EGBA, 1990.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 13ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

# DA MODULAÇÃO DOS EFEITOS DA SENTENÇA EM SEDE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE PARA GARANTIA DA SEGURANÇA JURÍDICA

Rafael Alfredo Weber Hoss\*

---

## Introdução

O Direito é tido como um dos pilares sociais, sendo que é fundamental para a vivência em sociedade, eis que regulamenta e decide acerca dos problemas a ele apresentado. Por sua vez, a justiça possui o condão de garantir à sociedade uma existência mínima de vida pacífica em seu meio, prezando pelos direitos de seus cidadãos. Porém, ao manifestar uma decisão, o Estado pode determinar alterações legislativas, como por exemplo, nas ações de controle de constitucionalidade, que podem atingir diretamente um determinado conjunto de decisões judiciais embasadas no fundamento da lei declarada inconstitucional, além de relações que surgiram com base nesta lei. Com base nos seus ordenamentos e princípios, as decisões proferidas devem garantir a devida aplicação do Direito Material, bem como garantir a Justiça.

A modulação dos efeitos da sentença é um dos enclaves aos qual a sociedade pode recorrer para conservar seu direito, eis que quando da formalização do ato fundado na lei, estes foram praticados com o uso de boa-fé pelas partes, mantendo assim o princípio da segurança jurídica intacto.

Por meio dos julgados, pretende-se investigar quais são as principais correntes teóricas acerca da modulação dos efeitos da sentença, bem como a sua existência no ordenamento jurídico brasileiro e sua aplicação prática.

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Analista de Projetos no Núcleo de Inovação e Transferência Tecnológica da UNOCHAPECÓ.

## **Ação direta de inconstitucionalidade**

Para Moraes (2003, p. 577-579), o controle de constitucionalidade visa manter a Supremacia da Constituição Federal sobre todo o ordenamento jurídico existente, bem como exercer essa o poder de fiscalização e manutenção dos direitos fundamentais dos indivíduos, verificando a compatibilidade de lei ou ato administrativo frente à Constituição Federal, tanto no seu caráter formal quanto em seu caráter material.

No Brasil, conforme Lenza (2009, p. 149-150), o legislador constituinte, ao promulgar a Constituição Federal, criou mecanismos para controle e adequação de atos normativos, sendo esta referência para as demais legislações, consagrando-se assim o princípio da Supremacia da Constituição.

Silva Oliveira (2013, p. 55) explica que no caso de controle de constitucionalidade, os efeitos da decisão são considerados *erga omnes*, ou seja, atingem a todos. A Emenda Constitucional 45/2012, que alterou o §2º do artigo 102 da Constituição Federal, sendo que os efeitos da decisão definitiva serão contra todos e terá efeito vinculante. A nova redação dada pela Emenda Constitucional é a seguinte:

As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, produzirão efeito contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do poder judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Moraes (2003, p. 625) afirma que quando declarada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual, a decisão, em regra, teria o efeito retroativo (*ex tunc*) e para todos (*erga omnes*), tornando nulos todos os atos praticados durante a vigência daquela lei pela ineficácia jurídica das relações.

O controle de constitucionalidade, por sua vez, pode ser considerado difuso ou concentrado. Entende-se por controle difuso aquele que é realizado por qualquer juízo ou tribunal, seguindo o procedimento do artigo 97 da Constituição Federal. Nesse caso, os efeitos da decisão, em regra, para as partes, serão *inter partes* e *ex tunc*. Já o controle concentrado refere-se ao fato de serem analisados por apenas um tribunal, podendo ser verificados no caso de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI (art. 102, I, “a”, CF); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF

(art. 102, §1º, CF); Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão – ADO (103, §2º, CF); ADI Interventiva (art. 36, III, CF) e Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (art. 102, I, “a”, CF) (LENZA, 2009, p. 177-190).

No presente estudo, por versarmos especificamente sobre a modulação dos efeitos da sentença, nos deteremos ao conceito de ADI.

O objeto desta ação é a lei ou ato normativo, federal ou estadual, que se demonstrarem contrários ao texto constitucional. Nesse aspecto, enquadram-se como espécies normativas aquelas previstas no artigo 59 da Constituição Federal. Quanto à legitimidade ativa para propositura da ação, os entes legitimados estão elencados no artigo 103 da CF, e, no polo passivo da ação, figurará o órgão ou autoridade responsável pela lei ou ato normativo objeto da ação. A competência para julgamento da ação, conforme dispõe o artigo 102, inciso I, alínea “a” da Constituição é do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2011, p. 178-181).

Já quanto aos efeitos, em regra, conforme explica Lenza (2009, p. 235) “de modo geral, a decisão no controle concentrado produzirá efeitos contra todos, ou seja, *erga omnes*, e também terá efeito retroativo, *ex tunc*, retirando-se do ordenamento jurídico o ato normativo ou lei incompatível com a Constituição (...), ato nulo”, além de ser vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e da administração pública federal, estadual e municipal. Assim, não há eficácia jurídica, restituindo-se o *status quo ante*.

O procedimento da ação direta de inconstitucionalidade é fixado pela Lei 9.868/99<sup>1</sup>. Sobre a decisão final a respeito da ação direta, é necessária a manifestação de seis ministros, ou seja, maioria absoluta do Tribunal (art. 23). Por sua vez, julgada procedente a ação direta, faz-se a comunicação à autoridade ou órgão competente pela expedição do ato (art. 25). A decisão é irrecurável e gera efeito retroativo (salvo expressa deliberação em contrário), *erga omnes* (para todos), repristinatórios e vinculantes, além de natureza jurisdicional. A coisa julgada restringe-se a matéria decidida, expressa na parte dispositiva da decisão, não sendo possível o ajuizamento de outra ação direta para nova manifestação do Tribunal acerca da inconstitucionalidade. A declaração de

---

<sup>1</sup> BRASIL. Lei 9.868 de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.



inconstitucionalidade ainda faz com que a lei que versasse sobre o mesmo tema, revogada pela inconstitucional, volte a vigor (admitindo-se exceções). Se a ação direta não for julgada procedente, contudo, produz efeito vinculante, mas não impede nova demanda questionando o dispositivo (BARROSO, 2011, p. 216-232).

### **Da necessidade de modulação dos efeitos da sentença**

Ocorre, contudo, que em meio às decisões de caráter *ex tunc* em controle de constitucionalidade, há que se lembrar de que existem pessoas que, com base na lei até então vigente, possuem direitos adquiridos ou obrigações firmadas ou relações com terceiros, as quais são dotadas de boa-fé. Assim, necessário se faz a manutenção do princípio da segurança jurídica.

Barroso (2011, p. 42) comenta que no Brasil, tanto a doutrina como a jurisprudência, com aval do Supremo Tribunal Federal, entendiam que se uma lei for inconstitucional ela é nula de pleno direito, devendo ter sua eficácia retroativa determinada, posto que a Constituição não prevê a limitação dos efeitos retroativos. Porém, para que fossem mantidos intactos os valores da boa-fé, justiça e segurança jurídica o STF teve que suprimir ou atenuar o caráter retroativo antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988 e da Lei 9.868/99. Dentre os casos, o autor cita:

a) Em nome da boa-fé de terceiros e da teoria da aparência, o STF deixou de invalidar atos praticados por funcionário investido em cargo público com base em lei que veio a ser declarada inconstitucional (1982). b) Em nome da irredutibilidade de vencimentos, o STF pronunciou-se, relativamente à remuneração indevida percebida por servidores públicos (magistrados), no sentido de que “a retribuição declarada inconstitucional não é de ser devolvida no período de validade inquestionada de lei declarada inconstitucional, mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade” (1998) (...). (BARROSO, 2011, p. 43)

Segundo Barroso (2011, p. 45), quando da reunião da Assembleia Constituinte para elaboração da Constituição Federal de 1988, foi apresentada uma proposta para que fosse definido se a declaração de inconstitucionalidade em ação direta retroagiria ou não, tendo sido a mesma recusada. Em 1994, novamente foi apresentada uma proposta pelo Senador Maurício Corrêa objetivando limitar os efeitos retroativos das

decisões declaratórias de constitucionalidade pelo STF, porém, novamente sem aceite.

Marinoni (2004, p. 3-4) explica que no direito brasileiro é clara a tendência a ser seguida de que uma sentença de declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, retroagindo até a data de edição da lei inconstitucional. Porém, é necessário tomar alguns cuidados para não atingir o direito de terceiro de boa fé.

Mesmo antes da edição da lei 9.868/99, a coisa julgada, segundo o mesmo autor, não está sujeita aos efeitos *ex tunc* de uma possível declaração de inconstitucionalidade, posto que já era imune a tais efeitos. Segundo Clève (*apud* MARINONI, 2004, p. 5) “a coisa julgada consiste num importante limite à eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade”.

Já com o advento da Lei 9.868, de 1999, tornou-se mais delimitada a aplicação dos efeitos da decisão em controle de constitucionalidade pelo STF. O artigo 27<sup>2</sup> da referida lei estabelece que por questões de segurança jurídica ou mesmo interesse social, cumprindo-se os requisitos necessários, poder-se-á alterar os efeitos da decisão, a fim de não atingir as relações jurídicas advindas durante a vigência da lei declarada inconstitucional. Dentre os requisitos apresentados pelo dispositivo, tem-se então a relevância social e a aprovação por maioria de dois terços do membro da corte para a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Com isso, abre-se a possibilidade de o julgador, perante o caso fático, adotar medidas diversas e mais adequadas do que aquela que a norma exige, manipulando os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, seja em relação aos seus efeitos temporais ou sobre a amplitude, a fim de garantir que o direito seja aplicado de maneira mais benéfica ao caso. Nesse caso, trata-se, conforme doutrina, da limitação temporal dos efeitos da sentença.

Conforme Nunes (2014), no direito constitucional brasileiro, “quando se fala em declaração de inconstitucionalidade de uma lei, a regra

---

<sup>2</sup> BRASIL. Lei 9.868/99. Art. 27. Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.

é atribuir nulidade absoluta à lei inconstitucional, com a consequente desconstituição de todos os efeitos produzidos por ela”. A autora explica ainda que com o advento da Lei n. 9.868/99, criou-se a possibilidade de limitação dos efeitos produzidos por essa declaração de inconstitucionalidade, face à necessidade de manutenção da segurança jurídica, resguardando o direito adquirido. Ainda

a atribuição de efeito ex nunc à norma inconstitucional tem caráter excepcional e pressupõe duas condições: uma formal, consubstanciada no fato de que a restrição dos efeitos deverá ser aprovada por maioria de dois terços dos membros do Supremo Tribunal Federal, o que equivale a oito ministros; e outra material, que restringe os casos de limitação dos efeitos a razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social. (NUNES, 2014)

Segundo Leal, no acórdão de julgamento da apelação 70042972885, no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, há que se discutir quanto ao direito adquirido, posto que:

Talvez um dos grandes debates fundamentais sobre esta matéria é o que diz respeito ao direito adquirido em face da Constituição. Em linhas gerais, tem-se dito que o direito adquirido diz com as leis ordinárias e não com a CF, que incide imediatamente por força de sua própria natureza e em vista da posição hierárquica que ocupa. A unidade de tratamento legal no que diz com as principais questões da nação exige a supremacia da ordem constitucional. De outro lado, não há direito adquirido para que seja aplicada uma lei considerada inconstitucional. E se a lei somente vem a ser tida como inconstitucional posteriormente? Mesmo assim, não se forma o direito adquirido. As situações criadas ou erigidas quando ainda valia a lei não ficam resguardadas contra a inconstitucionalidade. É que a declaração de inconstitucionalidade opera ex tunc com a nulidade de pleno direito de todos os atos praticados sob o manto do texto inconstitucional. (LEAL, 2014, p. 1)

Na oportunidade, o relator ainda explanou quanto a necessidade de proteção dos bens jurídicos, a fim de que as relações jurídicas mantenham sua característica de segurança, e, além disso, “o respeito aos direitos adquiridos não veda a sua restrição, nem mesmo sua eliminação por lei posterior à sua aquisição”. Se não fosse assim, cada alteração legislativa emanada do legislador, a partir do momento de sua publicação, atingiria os direitos adquiridos (LEAL, 2014, p. 2).

Por isso, Leal (2014, p. 4-5) explica que em nome do direito adquirido e da preservação da segurança nas relações há que se

compreender que o desfazimento de um ato administrativo pode causar mais caos do que a sua manutenção, ainda que dotado de nulidade, posto que a segurança jurídica “é pressuposto neural do Estado Democrático de Direitos, eis que se afigura como indispensável para governantes e governados”.

### **Aplicabilidade da teoria de modulação dos efeitos da sentença**

Em caso prático, o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI nº 2.240/BA que versava sobre a Lei 7.619/2000, promulgada no estado da Bahia, que criou o município de Luís Eduardo Magalhães, tendo sido a ação proposta pelo Partido dos Trabalhadores. Segundo o autor da ação direta de inconstitucionalidade, a legislação violaria o artigo 18, §4º da Constituição Federal, por criar o município em ano eleitoral.

O município de Luís Eduardo Magalhães foi criado em 30 de março por meio da Lei 7.619/2000, no Estado da Bahia, sendo que sua instalação dar-se-ia no dia 1º de janeiro de 2001. Desta lei, extraem-se as características físicas do município, como suas delimitações, além de questões administrativas, como por exemplo, a administração do município pela prefeitura de Barreiras/BA até sua efetiva instalação.

Conforme destacou o Ministro Eros Grau no corpo do acórdão (p. 3), no presente caso:

(...) a Constituição baiana, com esteio na redação original da Constituição do Brasil que atribuía à lei complementar estadual os requisitos definidores da criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios, estabeleceu período determinado em que os municípios poderiam ser criados. Entretanto, com a promulgação da EC n. 15/96 tornaram-se conflitantes os da Constituição do Brasil e da Constituição da Bahia, do que resultaria a revogação do texto constitucional estadual.

Da análise de tal previsão constitucional (artigo 18, §4º) e do acórdão referente a ADI 2.240/BA, denota-se que a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei. O município teria atendido aos requisitos, posto que foi criado por Lei Estadual e passou por prévia aprovação em plebiscito. Porém, há uma omissão legislativa no que se

refere ao fato de ter que ocorrer *dentro do período determinado por Lei Complementar Federal*. Assim, não teria como coibir a criação do município em período eleitoral.

Com base nesse conflito normativo, o Partido dos Trabalhadores propôs a declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o município. Ao analisar a situação jurídica apresentada, o Supremo Tribunal Federal considerou o fato de que o município havia sido criado há seis anos, tendo surgido diversas relações dentro da abrangência deste. O ministro Eros Grau reforçou a questão de que o município, devidamente criado, não poderia deixar de ser tratado como um membro da federação brasileira, tornando-se titular de autonomia desde a sua criação, não tendo mais como anular essa autonomia. Caso realmente fosse retirada a autonomia do município, estaria incorrendo em agressão à estrutura federativa do estado, um dos princípios federativos elencados pela Constituição Federal. Outrossim, “a decisão política da criação do município violou a regra constitucional, mas foi afirmada, produzindo todos os efeitos dela decorrentes (STF. 2007, p. 11-12).

Reforçando tal argumento, o ministro Eros Grau explicou, em síntese, que no município foram exercidos atos próprios ao ente federativo, como:

- a) Criação de lei orgânica;
- b) Promulgação de cerca de duzentas leis municipais;
- c) Realizaram-se eleições municipais;
- d) Instituição e arrecadação de tributos da esfera municipal, estadual e federal;
- e) Aproximadamente 22.081 habitantes no ano de 2005, além de 3.928 veículos;
- f) Registros de nascimento;
- g) Criação de escolas;
- h) Recebimento de repasses de verbas federais.

Ainda para o ministro Eros Grau:

A ADI que temos sob julgamento compreende não apenas o pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma lei, mas também de inconstitucionalidade, institucional, de um ente da federação. Este caso não pode ser examinado no plano do abstracionismo

normativista, como se devêssemos prestar contas a Kelsen e não a uma ordem concreta. (...) Esta Corte não há de proceder, especialmente neste caso, como o legista que examina um corpo morto – a infração à letra escrita da Constituição. Aqui estamos diante de uma realidade política, de um ente político da federação. (STF. 2007, p. 15-17)

Sob essa perspectiva, se a decretação de inconstitucionalidade fosse de efeitos *ex-tunc*, poderia causar demasiados prejuízos a todos os municípios, prevalecendo assim o interesse social e a segurança jurídica. Com base nisso, o ministro Eros Grau votou pela improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade, eis que não causaria estímulo à criação de outros municípios, afirmando que “ao Supremo Tribunal Federal incumbe decidir regulando também essas situações de exceção”.

O mesmo caso passou por análise do Ministro Gilmar Mendes, que em seu voto de vista apontou que uma eventual declaração de inconstitucionalidade da lei impugnada causaria efeitos drásticos (STF. 2007, p. 2). Em oportuno, o ministro ainda afirmou que não se pode negar a relevância do princípio da segurança jurídica nesse caso, que é superior inclusive ao princípio da nulidade da lei inconstitucional.

Interessante destacar que nos Estados Unidos da América, recentemente, começou a ser aceita a necessidade de se estabelecer limites à declaração de inconstitucionalidade. Por lá, foram utilizados como exemplo os casos criminais, posto que se a lei ou ato administrativo nunca tivesse existido como tal, eventuais condenações seriam infundadas, mas, se a declaração de inconstitucionalidade afetar somente a demanda que originou o questionamento, não teria o porquê de se alterar os julgados anteriores, passando-se a acolher até casos de declaração de inconstitucionalidade com efeito exclusivamente para o futuro (WILLOUGHBY; TRIBE *apud* MENDES, STF, 2007, p. 8-9).

Já no direito português, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 282 versa sobre “Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade”. Da mesma forma que no Brasil, a declaração de inconstitucionalidade produz efeitos desde a entrada em vigor da norma e a ripristinação das dela decorrentes. Além disso, a Constituição expressamente reconhece a possibilidade de limitação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade de uma sentença “quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade

com alcance mais restrito”. Ou seja, apenas casos excepcionais podem atingir a coisa julgada.

O direito espanhol, por sua vez, não possui uma previsão legal quanto ao assunto, porém, desde 1989, com a sentença 45/1989, influenciados pelo direito alemão, passaram a aceitar a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (ENTERRÍA *apud* MENDES, 2007, p. 13).

Do voto do ministro Gilmar Mendes, extrai-se que:

Não se poderia declarar a nulidade de uma lei que pudesse importar na criação de um caos jurídico ou, em casos extremos, produzir aquilo que alguém chamou de um “suicídio democrático”, cujo melhor exemplo seria a declaração de nulidade de uma lei eleitoral de aplicação nacional a regular a posse dos novos eleitos. Restou, assim, superada, por fundamentos diversos, a fórmula apodítica “constitucionalidade/nulidade” anteriormente dominante. Não se poderia negar que muitas situações imperfeitas de uma perspectiva constitucional dificilmente seriam superadas com a simples utilização da declaração de nulidade. (STF, 2007, p. 16)

Em suma, afirma o ministro que “há de se preferir a declaração de inconstitucionalidade com efeitos restritos à insegurança jurídica de uma declaração de nulidade”, votando pela inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade (STF. 2007, p. 22).

Constatou-se assim a necessidade da ponderação entre o princípio da nulidade da lei inconstitucional e o princípio da segurança jurídica. Consequentemente, o Plenário do Tribunal, por unanimidade de votos, julgou procedente a ação direta, e, por maioria, aplicando o art. 27 da Lei nº 9.868/99, declarou a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada, mantendo sua vigência pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses, lapso temporal razoável dentro do qual pode o legislador estadual reapreciar o tema nos parâmetros fixados na lei complementar federal, conforme decisão da ADI 3.682.

Denota-se, por fim, que a função jurisdicional do Estado não é tão simples, sendo que suas fundamentações e características não abrangem apenas aquela, englobando diversos aspectos societários na prestação jurisdicional. Pode-se compreender que esse ato decisório, quando presentes todos os requisitos necessários, produz sua plenitude de efeitos, fazendo surgir uma regulamentação especial para o caso concreto.

## **Considerações finais**

A jurisdição, modo pelo qual o Estado, terceiro imparcial à relação litigiosa, propõe a resolução de um problema, é uma forma de garantir à sociedade a chamada paz social. Esta é uma das funções essenciais do poder estatal, garantir que o indivíduo possua um meio seguro de resolver seus litígios. Sendo assim, o Estado, por meio do magistrado, deve primar pelo conceito de justiça e coerência nas suas decisões para garantir a existência de uma paz social mínima necessária ao convívio em sociedade.

A Constituição Federal de 1988 traz em seu escopo a proteção de diversos direitos, mas principalmente protege o indivíduo em si, com base em um Estado Democrático do Direito. Os direitos fundamentais expressos nessa carta magna são os considerados essenciais à vivência em sociedade, bem como se tratam dos preceitos da própria figura do Estado.

A coisa julgada é um dos princípios pelo qual o Estado demonstra seu poder jurisdicional e apresenta o princípio da segurança jurídica, viés onde a sociedade baseia-se para manter seu conceito de justiça quando apresenta sua relação litigiosa ao terceiro imparcial, juiz, que decide quanto à situação.

A modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de uma lei, para que possamos vislumbrar sua devida aplicação, deve ser pensada nos casos em que as relações jurídicas surgiram com base em lei que venha a ser declarada inconstitucional.

A respeito dessa perspectiva, vimos inclusive o caso do município de Luís Eduardo Magalhães, no estado da Bahia. A declaração de inconstitucionalidade, sem a modulação dos efeitos da sentença, afetaria diversas relações e fatos jurídicos, como registros de nascimento, óbitos, empresas constituídas, dentre outros tantos exemplos de relações que seriam diretamente afetados. O direito adquirido e a segurança jurídica sofreriam assim uma grave violação.

É clara a necessidade de modulação dos efeitos, principalmente pela segurança jurídica que traz tanto aos cidadãos quanto ao sistema brasileiro, sendo que, caso não fosse possível sua aplicação, viveríamos em uma instabilidade, um caos legislativo. Parece ser um exagero explanar desse modo, mas temos a cada dia casos jurídicos mais complexos, dotados de boa-fé e embasados em uma legislação, sendo que uma inconstitucionalidade pode mudar a sua compreensão, violando princípios



constitucionais da segurança jurídica, boa-fé, razoabilidade, proporcionalidade dentre tantos outros.

Não há como se negar a preocupação daqueles que demonstram posicionamento contrário à aplicação, como nos casos apresentados, porém, a possibilidade de modulação criada pela lei traz muito mais benefícios do que malefícios, não podendo assim ser declarado inconstitucional o artigo 27 da Lei 9.868/99.

## Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <[www.planalto.gov.br](http://www.planalto.gov.br)>

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. ADI 2.240/BA. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em mar. 2015.

\_\_\_\_\_. *Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul*. Apelação Cível 70042972885. Relator Gesta Leal. DJ 14/07/2011.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 13.ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Sobre a chamada “relativização” da coisa julgada material*. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>> Acesso em: dez. 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010 / São Paulo: Saraiva, 2011.*

NUNES, Amanda Ferreira Poliana. *Efeitos do controle de constitucionalidade e sua importância para segurança jurídica*. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br>>. Acesso em: jul. 2014.

OLIVEIRA, Erival da Silva. *Prática constitucional*. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

# PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: UM PROGRAMA QUE PODE MUDAR A REALIDADE FAMILIAR?

Lidiane Barrionuevo Brustolin\*

Clarete Trzcinski\*\*

Sirlei Fávero Cetolin\*\*\*

Aronildo Flor\*\*\*\*

---

## Introdução

O Programa Bolsa Família é entendido enquanto expressão atual do processo de desenvolvimento histórico dos Programas de Transferência de Renda no Brasil, que consistem numa estratégia de enfrentamento à pobreza, entendidos os programas como aqueles que transferem valores monetários diretos a famílias.

O Programa Bolsa Família foi instituído em 20 de outubro do ano de 2003 pela Medida Provisória 132, sendo convertido na Lei 10.836 de 9 de janeiro de 2004. Constitui-se em um programa de transferência direta de renda com condicionalidades, voltado para as famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza, buscando assim combater a miséria, a exclusão social, e gerar a emancipação dessas famílias. Sua gestão e execução acontecem de forma descentralizada, por meio da conjugação de esforços entre os entes federados, observada a intersetorialidade, a participação comunitária e o controle social.

---

\* Graduada em Serviço Social pela Universidade do Contestado Campus Caçador – UnC. Especialista em Gestão Social de Políticas Públicas, Assistente Social da Prefeitura Municipal de Passos Maia.

\*\* Doutora em Engenharia da Produção pela UFRGS. Professora do Programa de Mestrado em Políticas Sociais e Dinâmicas regionais da UNOCHAPECÓ.

\*\*\* Doutora em Serviço Social, professora do curso de Serviço Social e Professora do Programa de Biociências na Saúde na Universidade do Oeste de Santa Catarina.

\*\*\*\* Graduando de Serviço Social da UNOCHAPECÓ, Bolsista de Pesquisa.

As condicionalidades são os compromissos assumidos tanto pelas famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família quanto pelo poder público para ampliar o acesso dessas famílias a seus direitos sociais básicos. Por um lado, as famílias devem assumir e cumprir esses compromissos para continuar recebendo o benefício. Por outro, as condicionalidades responsabilizam o poder público pela oferta dos serviços públicos de saúde, educação e assistência social.

Atualmente o Programa tem quatro tipos de benefícios: o básico, o variável, o variável vinculado ao adolescente e o variável de caráter extraordinário. Sendo o titular do benefício preferencialmente à mulher.

Alguns estudos apontam para a contribuição do programa Bolsa família na redução das desigualdades sociais da pobreza. O quarto Relatório Nacional de acompanhamento dos objetivos de desenvolvimento do milênio, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) aponta a queda da pobreza extrema de 12 % em 2003 para 4,8% em 2008.

No município de Passos Maia, empiricamente são atendidos com frequência usuários da Assistência Social que vêm em busca de atendimento no CadÚnico, referente ao programa Bolsa Família demonstrando a importância deste benefício para a família. O programa está inserido na estrutura administrativa da sede da Secretaria Municipal de Desenvolvimento Social. Também é percebida a falta de compreensão demonstrada por muitas pessoas da comunidade, inclusive profissionais servidores públicos.

O objetivo deste estudo é analisar as principais mudanças ocorridas nas famílias beneficiárias do programa Bolsa Família do Município de Passos Maia.

### **Aspectos históricos dos programas de transferência de renda e o programa bolsa família no Brasil**

No Brasil, a transferência de renda constitui-se numa estratégia de enfrentamento à pobreza, entendidos os programas como aqueles que transferem valores monetários diretos a famílias, associando essa transferência à medidas situadas principalmente no campo das políticas de educação, saúde e trabalho. Tais políticas são consideradas elementos estruturantes, fundamentais e que podem contribuir com o rompimento do ciclo vicioso que aprisiona grande parte da população brasileira nas amarras da reprodução da pobreza (SILVA, 2006).

Os programas de transferência de renda, conforme disposto na Norma Operacional Básica, denominam-se:

Programas que visam o repasse direto de recursos dos fundos de Assistência Social aos beneficiários, como forma de acesso à renda, visando o combate à fome, à pobreza e outras formas de privação de direitos, que levem à situação de vulnerabilidade social, criando possibilidades para a emancipação, o exercício da autonomia das famílias e indivíduos atendidos e o desenvolvimento local. (Ministério do Desenvolvimento Social e Combate a Fome, 2005, p. 94)

Para Macedo e Brito (2004, p. 23) “as transferências de renda (...) reafirmam o caráter compensatório, eventual e fragmentário das ações assistenciais, tradicionalmente desenvolvida pelo Estado Brasileiro”.

Na visão de Santana os programas de transferência de renda:

Foram concebidos segundo a ideia de que o beneficiário tem a autonomia para definir como melhor utilizar o benefício por saber quais são suas necessidades mais urgentes. Alguns deles, embora tragam no próprio nome a destinação do benefício como Auxílio Gás e Cartão Alimentação, também são concebidos segundo a ideia de que o beneficiário é portador de habilidade para o exercício da cidadania e podem comportar-se como agentes econômicos eficazes no mercado de modo a trazer benefício não só para si e sua família, mas para inserir-se num contexto mais amplo de relações por meio das quais podem paulatinamente mitigar os efeitos de sua condição de pobreza. (SANTANA, 2007, p. 3)

O Programa Bolsa Família se constitui num programa de transferência direta de renda para beneficiar famílias em situação de pobreza e de extrema pobreza, que vincula o recebimento do auxílio financeiro ao cumprimento de condicionalidades nas áreas de Educação, Saúde e Assistência Social. O Programa integra o Fome Zero que tem como objetivo assegurar o direito humano à alimentação adequada, promovendo a segurança alimentar e nutricional e contribuindo para a conquista da cidadania pela população mais vulnerável à fome (MDS, 2011a).

De acordo com a Lei 10.836 de 9 de janeiro de 2004, em seu Art. 1º Parágrafo único, o Bolsa Família tem por finalidade:

A unificação dos procedimentos de gestão e execução das ações de transferência de renda do Governo Federal, especialmente as do Programa Nacional de Renda Mínima vinculado à Educação – Bolsa Escola, instituído pela Lei nº 10.219, de 11 de abril de 2001, do

Programa Nacional de Acesso a Alimentação – PNAA, criado pela Lei n o 10.689, de 13 de junho de 2003, do Programa Nacional de Renda Mínima vinculada à Saúde – Bolsa Alimentação, instituído pela Medida Provisória n o 2.206-1, de 6 de setembro de 2001, do Programa Auxílio-Gás, instituído pelo Decreto n° 4.102, de 24 de janeiro de 2002, e do Cadastramento Único do Governo Federal, instituído pelo Decreto n° 3.877, de 24 de julho de 2001 (BRASIL, 2004).

Com a unificação dos atos e procedimentos de gestão de antigos programas de transferência de renda do Governo Federal buscou-se superar as limitações que os programas tinham isoladamente e que poderiam continuar a manter caso fossem simplesmente somados. Os programas hoje chamados de remanescentes tinham sua própria estrutura administrativa, sua forma específica de selecionar beneficiários e mecanismos para repassar os recursos. Este isolamento dos programas contribuiu para o surgimento de ineficiências, dispersão e sobreposição de esforços que contribuíram para a perda de oportunidades de importantes sinergias.

Sobre a integração dos programas remanescentes com o Bolsa Família, Santana aponta que:

Ao se propor a integração se buscou estabelecer um novo marco para a política social do país que se distinguisse da tradição assistencial e fragmentada. O objetivo era integrar e direcionar as políticas para adquirir escala crítica e arcabouço institucional adequado de modo a incorporar os avanços obtidos sem paralisar o pagamento dos benefícios para as famílias que realmente precisassem. Buscava-se, também, otimizar os mecanismos de gestão para que o uso dos recursos fosse mais racional e houvesse uma articulação de iniciativas de diferentes pastas. (SANTANA, 2007, p. 6)

As famílias que pertenciam aos Programas Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Auxílio-Gás e atendiam ao perfil para recebimento do benefício do Bolsa Família já foram migradas (MDS, 2010a, p. 10).

Conforme dados apresentados pelo Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome (2011), o programa Bolsa Família atende mais de 12 milhões de famílias em todo território nacional.

O ingresso das famílias no programa se dá por meio do Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal inseridos pelo município.

Com base no Decreto nº 7.013 de 19 de novembro de 2009, que altera o Decreto no 5.209, de 17 de setembro de 2004. No Art. 23-A. O titular do benefício do Programa Bolsa Família será preferencialmente a mulher, devendo, quando possível, ser ela previamente indicada como responsável pela unidade familiar no ato do cadastramento. Para o programa essa decisão baseia-se em estudos sobre o papel das mulheres na manutenção da família e na sua capacidade de utilizar os recursos financeiros em proveito de toda a família (BRASIL, 2009).

Alguns críticos do programa Bolsa Família, consideram um desvirtuamento do programa quando a família decide utilizar o recurso para adquirir outros bens que não seja especificamente alimentação, na visão de Cunha:

A concepção subjacente a essas críticas é que os pobres não sabem fazer escolhas, precisam de tutela, precisam que o governo defina em que podem utilizar o dinheiro repassado pelo PBF. Para o PBF, o benefício financeiro visa complementar a renda familiar para garantir a satisfação das necessidades básicas do núcleo familiar e a família sabe, melhor que o governo, quais são tais necessidades. (CUNHA, 2009, p. 9)

O valor do benefício recebido pela família desde o reajuste anunciado em primeiro de março de 2011, pode variar entre R\$ 32.00 a R\$ 242.00, a depender da renda mensal per capita da família, sendo esta limitada a R\$ 140.00, o número de crianças e adolescentes até 17 anos e a existência de gestantes e nutrizes (MDS, 2012).

Na transferência direta, o valor é sacado pelo beneficiário por meio de cartão magnético na rede Bancária e não há intermediação no pagamento do benefício.

Definidos pela Lei 10.836, 9 de janeiro de 2004 o Programa tem quatro tipos de benefícios: o básico, o variável, o variável vinculado ao adolescente e o variável de caráter extraordinário.

Conforme dados extraídos do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate e a Fome (2012). O Benefício Básico, de R\$ 70.00, é concedido às famílias consideradas extremamente pobres, com renda per capita mensal de até R\$ 70.00, mesmo que elas não tenham crianças, adolescentes ou jovens.

O Benefício Variável de R\$ 32.00, é concedido às famílias pobres com renda mensal de até R\$ 140.00 por pessoa, desde que tenham crianças

e adolescentes de até 15 anos, gestantes e, ou, nutrizes. Limitado a cinco benefícios por família.

O Benefício Variável Vinculado ao Adolescente (BVJ) de R\$ 38,00, é pago a todas as famílias do Programa que tenham adolescentes de 16 e 17 anos frequentando a escola. Cada família pode receber até dois benefícios variáveis vinculados ao adolescente, ou seja, até R\$ 76,00.

O Benefício Variável de Caráter Extraordinário (BVCE) é pago às famílias nos casos em que a migração dos Programas Auxílio-Gás, Bolsa Escola, Bolsa Alimentação e Cartão Alimentação para o Bolsa Família causem perdas financeiras. O valor do benefício varia de caso a caso.

Quanto a execução e gestão do Programa Bolsa Família a Lei 10.836 de 9 de janeiro de 2004, descreve no Art.11 que dar-se-á de forma descentralizada, por meio da conjugação de esforços entre os entes federados, observada a intersetorialidade, a participação comunitária e o controle social. A legislação também estabelece as responsabilidades de cada esfera.

Uma característica importante do programa é o Controle Social. O Decreto 5.209/04 e a Portaria nº 246/05 estabelecem que no ato de adesão do programa os municípios deveram definir a Instância de Controle Social (ICS) do Programa Bolsa Família. A Instância de Controle Social deve ser permanente, paritária, representativa, intersetorial e autônoma, sendo o Conselho um órgão que permite a participação da sociedade por meio do planejamento, acompanhamento, avaliação e fiscalização da política de transferência de renda e de inclusão social. No entanto, os conselheiros das ICS possuem a responsabilidade de acompanhar a implantação e execução do programa, visando potencializar os resultados.

Um elemento estruturante do Programa Bolsa Família são as condicionalidades que devem ser cumpridas pelas famílias para que possam receber o benefício mensal. As condicionalidades visam ampliar o acesso dessas famílias a seus direitos sociais básicos principalmente nas áreas de Saúde, Educação e Assistência Social.

## **Metodologia**

A pesquisa foi de cunho qualitativo, do tipo bibliográfico e de campo. Para a análise e discussão dos dados foi utilizada a descrição, análise e interpretação.

De acordo com dados do Cadastro Único do município de Passos Maia no mês de fevereiro do ano de 2012, 1.297 famílias estavam cadastradas no programa, das quais, 441 estão inseridas, recebendo benefício e acompanhamento. Deste universo foi selecionada uma amostra não probabilística do tipo intencional.

A amostra consistiu-se em 10 famílias escolhidas durante o período da pesquisa. As famílias que se dirigiram ao setor do CadÚnico buscando informações sobre o programa Bolsa Família, foram convidadas a participarem da entrevista, com a sua autorização, realizou-se a explicação clara do objetivo do estudo e leitura do termo de Consentimento Livre e esclarecido. A entrevista individualizada foi realizada através de roteiro com perguntas semi-estruturadas.

## **Resultados e discussões**

### ***Perfil socioeconômico das famílias beneficiárias do Programa Bolsa Família***

Com este estudo pode-se perceber que as famílias entrevistadas, beneficiárias do PBF do município de Passos Maia tem como titular do benefício a mulher, sendo a faixa etária predominante entre 31 a 40 anos, com baixa escolaridade, a maioria não concluiu o ensino fundamental, e pouca qualificação profissional. São famílias em sua maioria compostas de até cinco membros, residindo em terreno e casa própria, com renda familiar de até um salário mínimo, recebendo o repasse do benefício entre R\$ 100,01 a R\$ 200,00, estando no programa a mais de três anos, e destas pelo menos 50% possuem filhos frequentando os programas PETI e/ou Projovem.

### ***Concepção das famílias em relação ao programa***

A compreensão de todas as famílias entrevistadas sobre o que é o Programa Bolsa Família denota o sentido de “ajuda do governo” para contribuir no sustento das famílias, permitindo a segurança de uma renda mensal, onde como contrapartida as famílias possuem responsabilidades a cumprir, e com a superação da situação econômica com aumento da renda familiar a fim de garantir o atendimento de suas necessidades básicas principalmente aos filhos, sentem-se na condição de desligamento do programa. Porém, sabemos que o objetivo do PBF não se restringe somente ao valor do benefício, e sim numa política de transferência de renda de inclusão social, que objetiva combater a fome e a pobreza, visando o acesso



a rede de serviços públicos, reforçando o acesso aos direitos sociais, estimular a emancipação destas famílias e a intersectorialidade entre as políticas de atendimento as famílias em situação de risco e vulnerabilidade social.

Quando questionadas, sobre o que a família deve cumprir para o recebimento do benefício, nos referindo as condicionalidades, todas as entrevistadas apontaram como primeira responsabilidade a frequência das crianças na escola.

A resposta que compreende todas as condicionalidades do programa de forma sucinta é a da entrevistada A, *“ter os filhos na escola, participar do PETI, do Projovem, ter as vacinas das crianças em dia, fazer o preventivo acompanhamento das gestantes”*.

De acordo com o PBF na área da saúde as famílias beneficiárias assumem o compromisso de acompanhar o cartão de vacinação e o crescimento e desenvolvimento das crianças menores de 07 anos. As mulheres na faixa de 14 a 44 anos também devem fazer o acompanhamento e, se gestante ou nutriz (lactante), devem realizar o pré-natal e o acompanhamento da sua saúde e do bebê.

No entanto, das dez entrevistadas, ao serem questionadas sobre o compromisso relacionado a área da saúde, três apontam o acompanhamento do cartão de vacina das crianças. Quatro, falam da pesagem das crianças, três, falam da saúde da mulher, e da importância de realizar o exame preventivo de câncer de colo de útero. Uma, fala do acompanhamento a gestante.

Quanto ao compromisso da família na área da assistência social, quatro entrevistadas falam da frequência das crianças no PETI e dos adolescentes no programa Projovem, e, uma, fala sobre a participação nas reuniões do Bolsa Família.

As respostas sobre as condicionalidades nos remetem a duvidas, se as famílias no momento do questionamento, esqueceram de mencionar todas as condicionalidades, se não estão cumprindo todas as responsabilidades ou não estão recebendo o devido acompanhamento, considerando que são famílias que estão a mais de três anos no programa e muitas vem de programas remanescentes.

O cumprimento das condicionalidades é de suma importância, pois permite reforçar o acesso aos direitos garantidos pela Constituição Federal, preferencialmente nas áreas de saúde, educação e Assistência Social. O

cumprimento e acompanhamento das condicionalidades, contribuem para o combate a evasão e para o estímulo á progressão escolar, possibilitando a conclusão do Ensino Fundamental e a continuidade dos estudos no Ensino Médio. Também contribui para a redução de problemas como desnutrição e a mortalidade materna e infantil, visando melhoria nas condições de saúde da população. Contribui para o mapeamento dos problemas vivenciados pelas famílias em situação de vulnerabilidade social possibilitando um diagnostico da realidade social existente que requer ação do poder público, no sentido de garantir os direitos e melhorar a qualidade nas ações e serviços prestados, principalmente criar estratégias de enfrentamento da pobreza.

Nos casos de descumprimento a família não terá seu beneficio cancelado, pois em algumas situações trata-se de violação de direitos, é realizado o acompanhamento às famílias, para verificação dos motivos que a levaram ao não cumprimento das devidas condicionalidades.

***Transformações ocorridas nos aspectos: social, educacional, econômico, habitacional e de saúde das famílias inseridas no PBF***

Perguntou-se às beneficiárias se com a inserção no PBF houve mudanças no relacionamento familiar. Das entrevistadas, duas responderam que não ocorreu mudanças no relacionamento familiar, oito beneficiarias, apontam mudanças de vida, que implica no relacionamento familiar, deixando os membros da família mais felizes, principalmente as crianças que com o valor do beneficio conseguem ter algumas necessidades atendidas, com isso principalmente as mães ficam mais tranquilas, mais seguras, e menos ansiosas.

Percebeu-se no momento da entrevista que é muito significativa para as mães quando elas têm recursos para comprar o que os filhos necessitam, prioritariamente quando atendem as necessidades básicas, o fato de não conseguir dar uma condição de vida melhor para os filhos é deprimente e provoca sentimento de impotência em relação à situação vivida.

Como é a mulher responsável legal pelo recebimento do beneficio, questionou-se se a inserção no PBF possibilitou autonomia para a mulher, das entrevistadas, todas afirmam possuir maior autonomia na família, destas, seis, se referem à autonomia em primeiro lugar, pelo fato de não precisar pedir dinheiro para o marido para comprar o que querem, conforme mostra a fala da entrevistada um, “*Conseguí ser mais*

*independente e consegui abrir uma conta na loja, tenho crédito e sou bem vista no mercado por ter dinheiro para comprar as coisas” (Entrevistada A).*

A inserção no programa permitiu maior autonomia para as mulheres, que reflete para além do recebimento do benefício, implica na questão de conhecer as necessidades e poder administrar o dinheiro recebido, da melhor forma possível, caracterizando o poder de decisão destas mulheres. Possibilitou a credibilidade no mercado, pois podem fazer compras no crediário com data fixa para pagar e possuir o dinheiro para quitar a parcela. É importante salientar a superação da condição de submissão ao marido, por esperar pelo dinheiro dele, por ter que prestar contas do dinheiro gasto e se sujeitar a não ter o apoio financeiro para aquisição de algo que as crianças necessitem. De acordo com a entrevistada G, é possível contribuir com o marido para o custeio das despesas da família. Com a resposta da entrevistada D, observamos que o programa contribui no combate a pobreza, pois quando estava grávida queria comprar certos alimentos para comer e não possuía subsídios financeiros, com o benefício sua situação mudou.

A entrevistada A, se emocionou ao responder e ainda enfatiza: *“Eu fui muito humilhada, tem vez que não acredito que consegui melhorar minha vida. Hoje tenho orgulho de mim”.*

A inserção no PBF implicou no aumento da auto estima, auto confiança da entrevistada, e foi um suporte para a melhoria de sua condição de vida.

Quanto à utilidade do valor do benefício repassado às famílias, na empregabilidade do dinheiro, questionou-se acerca do valor do benefício, se este permite o atendimento de algumas necessidades, e quais a família prioriza, a fim de avaliar a importância do benefício para as mesmas, se permite mudar sua realidade situacional. Das entrevistadas, nove, apontam que com o valor repassado conseguem comprar comida, sendo estabelecida como primeira necessidade atendida, mas também conseguem suprir outras necessidades; cinco, conseguem comprar medicamentos; cinco, relatam que conseguem adquirir roupas e calçados para as crianças, comprando no crediário; três, conseguem comprar material escolar para as crianças; duas, conseguem custear despesas com energia elétrica; outras duas conseguem comprar frutas, e duas, conseguem eventualmente dar dinheiro as crianças para comprarem lanche para levar na escola. Tivemos uma resposta indicando a aquisição

de gás de cozinha, e uma, aponta que com o valor repassado consegue pagar a conta de água.

A necessidade prioritária das famílias, como pode-se constatar nas falas, constitui-se na compra de alimentos. Na hora de administrar o valor, conforme as despesas mensais, ainda, conseguem atender até duas ou três necessidades, como remédio, custeio da conta de energia elétrica, conta de água, material escolar, roupas e calçados à prestação e outras. Convém ressaltar a resposta da entrevistada C, que com este benefício destinado a família, ela não precisa solicitar auxílio na Assistência Social do município, *“Compro comida, quando precisa um gás, roupa para as crianças e medicamentos. Graças a este benefício nunca precisei pedir auxílio da assistência social (Entrevistada C).*

O PBF objetiva o enfrentamento a pobreza, pode-se perceber que o valor do benefício é empregado em necessidades básicas, o mínimo que uma família necessita para viver em condições dignas de sobrevivência, considerando que existem crianças, e que estas não podem ficar a mercê da pobreza, enfrentando dificuldade ao acesso a alimentação adequada, sendo um direito constitucional.

Existem muitas pessoas que criticam o programa, imaginando que o valor repassado as famílias é um benefício de alto custo. No entanto, este valor permite atender emergencialmente as necessidades básicas e ainda contribuem com o comércio local, são famílias que não possuem poder aquisitivo para comprar em outras cidades, ou até mesmo em cidades maiores como Xanxerê, Chapecó. O dinheiro repassado as famílias são gastos no comércio local de Passos Maia.

Sabendo que o benefício momentaneamente atende as necessidades prioritárias das famílias, mas é de livre escolha a empregabilidade do dinheiro e considerando que o tempo de permanência das mesmas é superior a três anos, sendo algumas de programas renascentes, questionamos as entrevistadas se ao longo do tempo que estão inseridas no programa conseguiram adquirir algo para a família com o valor repassado. Apenas uma, aponta não ter adquirido nada além de manter as necessidades básicas; segundo as outras nove entrevistadas, o valor do benefício contribuiu junto com a renda familiar advinda do trabalho formal ou informal para a aquisição de vários itens, comprados à prestação no crediário; quatro famílias conseguiram adquirir cobertores; três, adquiriram roupas para a família; duas, adquiriram cama; duas, compraram pia para cozinha; duas entrevistadas compraram batedeira;

outras duas, liquidificador; e mais duas, adquiriram televisão. Também foram apontados outros itens como: um fogão a gás, uma geladeira, um forno elétrico, uma mesa, uma cômoda, um guarda roupas, um armário, painéis, uma sanduicheira, um cilindro elétrico, lençóis, um colchão e materiais para forração de teto, conforme observamos em algumas falas.

Observa-se que o recebimento do benefício do programa Bolsa Família contribuiu para o processo de mudanças da realidade situacional das famílias, permitindo melhoria na qualidade de vida das mesmas, acesso a móveis, aparelhos eletrônicos, eletrodomésticos, e materiais de construção, possibilitando mais conforto a família e de certa forma superação da condição de extrema pobreza.

Referente às transformações ocorridas nas famílias após sua inserção no PBF, primeiramente as que correspondem a Educação, as beneficiárias apontam quatro considerações, a melhoria no desempenho e comprometimento com a frequência escolar, o envolvimento da família com a vida escolar do filho, e com o valor do benefício repassado à possibilidade de melhoria na condição das crianças irem para a escola, com aquisição de materiais escolares, uniformes escolares, roupas e calçados.

Na visão das famílias, o benefício do programa é percebido como uma forma de incentivo para as crianças e adolescentes permanecerem na escola, não tendo muitas faltas, buscando maior compromisso das famílias na vida escolar dos filhos. Sabemos que muitas crianças têm pouco incentivo e apoio dos pais a frequentarem a escola, principalmente por que alguns pais gostariam que seus filhos trabalhassem na agricultura para contribuir no sustento da família ou ficassem em casa cuidando dos filhos menores, mais com a exigência do PBF no que tange a frequência escolar, muitas crianças e adolescentes acabam gostando, se identificando com a escola e muitas vezes, sendo destaque em algumas atividades: dança, teatro, capoeira, competições e até campeonatos fora do município. Isso implica no desempenho percebido nos programas sociais PETI, Projovem em suas atividades oferecidas.

Quanto aos aspectos habitacionais, questionamos as beneficiárias se houve mudanças após inserção no programa. Das entrevistas, cinco, não visualizam mudanças; três, relatam que foram incluídas em programa de habitação de interesse social; duas, apontam que usaram parte do valor repassado pelo programa para apoiar o marido na compra de madeira para a forração do teto; uma, entrevistada adquiriu uma porta para sua moradia; e, outra conseguiu comprar brasilit e madeiras para melhorar sua casa.

Pode-se perceber que a inserção no programa também implica em mudanças nos aspectos habitacionais para algumas famílias, na aquisição de materiais para a melhoria da moradia, e famílias que correspondiam a critérios foram incluídas em programa Habitacional, tendo sua casa própria, livrando-se do aluguel e melhorando sua condição de vida.

Em relação à saúde, as entrevistadas foram questionadas acerca das transformações ocorridas nas famílias após a inserção no PBF. Todas elas apontam melhorias na condição de saúde da família; seis relatam que os filhos tinham baixo peso e com o acompanhamento frequente da saúde, também com o auxílio de leite, vitaminas e multimistura conseguiram atingir o peso ideal; quatro entrevistadas apontam a importância de manter as vacinas das crianças em dia; seis entrevistadas fazem o preventivo todo ano; a entrevistada I, teve problemas no útero constatado com o acompanhamento da saúde; uma entrevistada faz exame de mamas anualmente; duas apontam o acompanhamento pré-natal; uma beneficiária através do acompanhamento da saúde foi inclusa em programa antitabagismo.

De acordo com os relatos das entrevistadas, pode-se constatar significativas transformações correspondentes à saúde das famílias. Percebemos que com a junção do compromisso no cumprimento das condicionalidades e o acompanhamento às famílias pelos profissionais de saúde, contribuíram para a redução de problemas como desnutrição, pois das dez entrevistadas; seis, tinham criança com baixo peso. Visualizamos melhoria nas condições de saúde das famílias as quais implicam no aumento da expectativa de vida, na redução de gastos com medicamentos, devido à prevenção de doenças, por manter as vacinas das crianças em dia; realização do pré-natal, do exame preventivo de colo de útero e o acompanhamento de saúde da família, também o controle da obesidade, a prevenção do diabetes, hipertensão e outras doenças que atingem a população.

Contudo, essas transformações caracterizam a materialização do direito a saúde garantida pela Constituição Federal.

### **Considerações finais**

Conclui-se que não há estratégias de combate à pobreza e redução das desigualdades sociais sem políticas ativas de transferência de renda, estas que vem se consolidando como uma importante faceta do sistema de proteção social brasileiro.

O que precisa ser avaliado, repensado é o valor do repasse do benefício, para que não só possibilite a melhoria na situação de vida das famílias, e sim a superação da condição de pobreza. Outra questão é a necessidade de ampliar a cobertura do programa, no município de Passos Maia, conforme dados informados pelo setor do cadastramento do Bolsa Família, estão cadastradas no programa pelo CadÚnico 1.297 famílias, das quais 441 famílias estão recebendo o benefício, e pelo menos 350 correspondem ao perfil e não estão inseridas no programa.

No município de Passos Maia, é contemplado as condicionalidades nos aspectos educacionais, da saúde, na área social. Na área da Assistência Social, a inserção destas famílias no PBF por meio do CadÚnico é de suma importância, pois permite fazer um mapeamento dos problemas vivenciados por elas, assim é possível realizar um diagnóstico das situações existentes, muitas vezes convertida em demanda para a Secretaria de Desenvolvimento Social e CRAS do município, que tem o compromisso de cadastrar e manter o cadastro atualizado, acompanhar estas famílias a fim de evitar o bloqueio, suspensão ou até mesmo o cancelamento, prevenindo a exposição a maiores riscos e vulnerabilidades. Porém, faz-se necessário priorizar o atendimento das famílias do PBF, no âmbito da assistência social nas atividades socioeducativas, pois com este estudo percebemos que há certa fragilidade nas ações desenvolvidas com este público.

Em fim, o programa Bolsa Família no Município de Passos Maia é de suma importância às famílias beneficiárias, pois permite significativas mudanças na realidade situacional das mesmas, nos aspectos sociais, econômicos, de habitação, de educação e saúde, permitindo o acesso aos direitos sociais, o alívio imediato da pobreza, melhoria na condição de vida e saúde. Compreendendo que os riscos e vulnerabilidades sociais que atingem estas famílias e indivíduos colocam desafios e necessidades que vai para além da dimensão da renda.

## **Referências**

BRASIL. *Decreto nº 7.332 de 19 de outubro de 2010*. Brasília: Presidência da República, 2010.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 5.209 de 17 de Setembro de 2004*. Brasília: Presidência da República, 2004.

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 7.013 de 19 de novembro de 2009*. Brasília: Presidência da República, 2009.

\_\_\_\_\_. *Lei 10.836 de 9 de janeiro de 2004*. Brasília: Presidência da República, 2004.

CUNHA, Rosani. *A garantia do direito à renda no Brasil: a experiência do Programa Bolsa Família*. [S.l.: s.n.], [2009?]. Disponível em: <<http://www.ipc-undp.org>>. Acesso em: 02 fev. 2012.

MACEDO, Myrtes de Aguiar; BRITO, Sebastiana Rodrigues de. *Transferência de renda: nova face de proteção social?* Rio de Janeiro. 2004. P 23-24. Disponível em: <<http://books.google.com.br>>. Acesso em: 04 out. 2011.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE A FOME. *Gestão de Benefícios do Programa Bolsa Família – volume I*. Brasília. 2010a.

\_\_\_\_\_. *Guia para Acompanhamento das Condicionalidades do Programa Bolsa Família*. Brasília. 2010b.

\_\_\_\_\_. *Norma Operacional Básica NOB/SUAS*, Brasília: MDS, julho, 2005.

\_\_\_\_\_. *Programa Bolsa Família*. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>> Acesso em: 08 out. 2011<sup>a</sup>.

\_\_\_\_\_. *Programa Bolsa Família*. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>> Acesso em: 15 out. 2011b.

\_\_\_\_\_. *Programa Bolsa Família*. 2012. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br>> Acesso em: 02 de Maio de 2012.

SANTANA, Jomar Álace. *A evolução dos programas de transferência de renda e o Programa Bolsa Família, 2007*. P. 3-7. Disponível em: <<http://www.renda.nepp.unicamp.br>>. Acesso em: 12 out. 2011.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. *A trajetória dos programas de transferência de renda e seus desafios atuais: articulação com políticas estruturantes e unificação*. 2006. Disponível em: <<http://www.repositorio.ufma.br>>. Acesso em: 10 out. 2011.



# INCLUSÃO DE ESTUDANTES COM DEFICIÊNCIA NA EDUCAÇÃO SUPERIOR: POSSIBILIDADES E LIMITES DOS DISPOSITIVOS LEGAIS

Tania Mara Zancanaro Pieczkowski\*  
Ramiro Zancanaro Pieczkowski\*\*

---

## Introdução

As políticas de inclusão têm ocupado crescente espaço nos debates educacionais e remetem à trajetória da democratização do ensino, em todos os níveis. O termo inclusão vem sendo adotado de forma genérica em diferentes setores sociais e remete a argumentos sedutores e inquestionáveis do ponto de vista dos direitos humanos, sociais, educacionais, éticos. Contudo, pode resultar em compreensões ingênuas e posturas acríticas diante do estabelecido. O que representa a proposta de inclusão na sociedade neoliberal?

Lunardi-Lazzarin e Machado, amparam-se em Bhabha ao afirmar que:

---

\* Doutora em Educação pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Mestre em Educação pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Docência na Educação Superior pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Especialista em Educação Especial pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC – campus Chapecó). Licenciada em Pedagogia pela Fundação Universitária de Desenvolvimento do Oeste (Fundeste). Atualmente, professora, pesquisadora da Área de Ciências Humanas e Jurídicas, Diretora de Ensino e docente no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu, Mestrado em Educação na Universidade Comunitária da Região do Oeste de Santa Catarina (UNOCHAPECÓ). Integrante dos grupos de pesquisa: “GEPE- Grupo de Estudos e Pesquisa em Educação Especial e Inclusão”; “Abordagens do Processo Educativo” e “Ensino e formação de professores”.

\*\* Especialista em Direito Previdenciário pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC). Graduado em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ). Servidor público do INSS. Advogado no Estado de Santa Catarina.

(...) a diversidade é tomada pelo discurso neoliberal para naturalizar os processos de in/exclusão das diferenças. A diversidade, no registro do neoliberalismo, justifica-se no entendimento de que os seres humanos seriam naturalmente diferentes e cada uma dessas diferenças misturadas comporia um rico mosaico. A harmonia desse mosaico se tornaria possível pela aceitação das diferenças. Nessa lógica, portanto, a tolerância parece ser uma das principais ferramentas tecnológicas que sustentam a metanarrativa da diversidade (...). (LUNARDI-LAZZARIN; MACHADO, 2009, p. 8)

Salientando essa ideia, Veiga-Neto (2008), afirma que a inclusão vem sendo tomada como um imperativo inquestionável, ou seja, ela vem sendo naturalizada e que a naturalização implica na universalização, generalização e necessidade e, assim, subtrai a reflexão necessária. Alerta que se todos estão a favor de uma ideia, parece haver algo suspeito. “Ou estão usando uma mesma palavra para nominar coisas diferentes, ou estão falando de uma mesma coisa a partir de pontos e (principalmente) interesses diferentes” (VEIGA-NETO, 2008, p. 23).

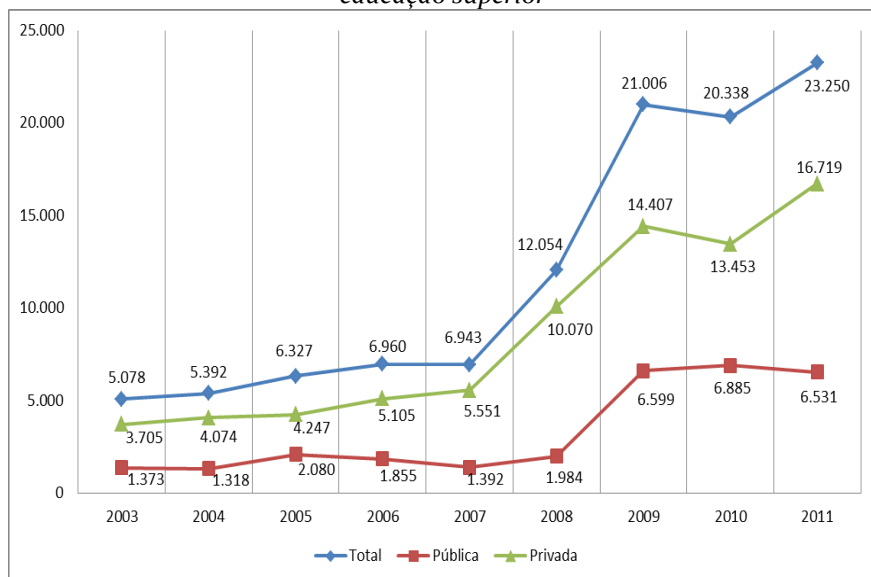
Apesar dos limites vivenciados no campo das políticas inclusivas, a maneira de lidar com a deficiência passou por significativos deslocamentos ao longo dos séculos, passando da eliminação e abandono na antiguidade até a inclusão, embora muitas vezes excludente, na contemporaneidade. Na Idade Média, descreve Foucault, ao relatar a “*Nave dos Loucos*” (*Narrenschif*), estes “(...) eram embarcados em navios, e enviados pelos rios da Europa em busca de sua sanidade. Confinado em sua nave, o louco era ‘um prisioneiro em meio à mais livre e aberta das rotas’” (DREYFUS; RABINOW, 1995, p. 3-4). A expressão “loucos de qualquer espécie” incluía diversos tipos reunidos indiferenciadamente, como pessoas com deficiência, bêbados, criminosos, apaixonados... Hoje, essa exclusão explícita não é tolerada. Em nome da ética, dos imperativos legais, as pessoas com deficiência estão no jogo da inclusão, mesmo que, muitas vezes, a relação educativa seja de submissão.

Pieczkowski afirma que ao longo da história, as universidades foram excludentes, “(...) seja pela seleção no ingresso, seja pela localização geográfica que priorizou cidades maiores, seja pelo caráter privado e altos custos, o que negava as possibilidades de acesso à grande parte da população” (PIECZKOWSKI, 2012, p. 02). Nas últimas duas décadas, é inegável o aumento do acesso, inclusive de pessoas com deficiência na educação superior brasileira.

Informações do Ministério da Educação (MEC), divulgadas por meio de seu site, no dia 01 de outubro de 2012, indicam aumento de 933,6% na quantidade de matrículas de pessoas com deficiência na educação superior entre 2000 e 2010. “Estudantes com deficiência passaram de 2.173 no começo do período para 20.287 em 2010 – 6.884 na rede pública e 13.403 na particular”. Na mesma notícia consta que o número de instituições de educação superior que atendem alunos com deficiência mais que duplicou no período, passando de “1.180 no fim do século passado para 2.378 em 2010. Destas, 1.948 contam com estrutura de acessibilidade para os estudantes” (BRASIL, 2012).

A figura que segue também evidencia a evolução das matrículas do público da educação especial na educação superior no período de 2003 a 2011.

*Evolução das matrículas de estudantes público alvo da educação especial na educação superior*



Fonte: BRASIL, 2013b.

Embora os documentos oficiais evidenciem o aumento no número de estudantes com deficiência na educação superior, estudos apontam fragilidades no processo de inclusão, que mais do que o acesso, requer garantias de acessibilidade, de permanência e, especialmente, de aprendizagem. O ingresso desse público é uma conquista que significa o

começo de uma mudança em curso, mas salientamos a frase registrada no documento orientador do Programa Incluir: “Não basta estar; há que se fazer parte” (BRASIL, 2013, p. 11).

## **Desenvolvimento**

A inclusão em qualquer nível de ensino é um dos desafios educacionais, sociais e políticos de nosso tempo. A educação inclusiva pressupõe assegurar aos estudantes a igualdade de oportunidades educacionais e é concebida como direito humano. Nas últimas décadas, o movimento pela inclusão ganhou força mundialmente e o tema foi foco de discussões em vários eventos internacionais, destacando-se: a Conferência Mundial de educação para Todos de Jomtien (UNESCO, 1990); a Conferência Mundial sobre Necessidades Educativas Especiais de Salamanca (UNESCO, 1994); o Foro Consultivo Internacional para a Educação para Todos de Dakar (UNESCO, 2000), e a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (2007), aprovada pela ONU em 2006.

Esses e outros eventos que trataram da temática da inclusão repercutiram no Brasil, influenciando o surgimento de um novo paradigma educacional. Entre os marcos nacionais, destacam-se a Constituição Federal de 1988; a LDB 9394/96; o Plano Nacional de Educação para Todos de 2001 e 2014; a Resolução CNE/CEB n. 2/2001, que instituiu diretrizes nacionais para a educação básica; o documento do Ministério Público Federal “O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular”, editado em 2004 pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão; a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (2008).

Em Santa Catarina, a Política de Educação Inclusiva (SANTA CATARINA, 2001) foi um marco no campo da educação especial. Ações com vistas à integração escolar de crianças com necessidades especiais foram intensificadas a partir de 1987, com a reformulação do sistema estadual de ensino e com a deflagração da matrícula compulsória, estabelecida no plano de matrícula escolar 1987-1991. Posteriormente, foi elaborada e aprovada, em 1998, a Proposta Curricular de Santa Catarina com bases em pressupostos histórico-culturais (SANTA CATARINA, 1998), com nova edição em 2014. Outros documentos orientam a educação inclusiva no estado, a exemplo da Política de Educação de Surdos no Estado de Santa Catarina (2004) e da Política de Educação Especial para o

Estado de Santa Catarina, regulamentada pela Resolução CEE/112/2006 do Conselho Estadual de Educação.

A necessidade de respeito às diferenças é indicada pela Declaração de Salamanca (UNESCO, 1994), a qual define princípios, políticas e práticas e defende que os Estados assegurem que a educação de pessoas com deficiência integre os sistemas educacionais, demandando que os governos assumam os princípios da educação inclusiva em forma de lei ou de política. No Brasil, tais princípios estão presentes na Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva (BRASIL, 2008). O texto introdutório dessa Política destaca o movimento mundial pela inclusão como uma “ação política, cultural, social e pedagógica, desencadeada em defesa do direito de todos os alunos de estarem juntos, aprendendo e participando, sem nenhum tipo de discriminação”. Com relação à educação superior, o documento ressalta que:

A transversalidade da educação especial se efetiva por meio de ações que promovam o acesso, a permanência e a participação dos alunos. Estas ações envolvem o planejamento e a organização de recursos e serviços para a promoção da acessibilidade arquitetônica, nas comunicações, nos sistemas de informações, nos materiais didáticos e pedagógicos, que devem ser disponibilizados nos processos seletivos e no desenvolvimento de todas as atividades que envolvem o ensino, a pesquisa e a extensão. (BRASIL, 2008)

A mobilização para a inclusão de estudantes com deficiência na educação superior, aconteceu sobretudo a partir da década de 1990. Uma das primeiras iniciativas do Ministério de Estado da Educação e do Desporto foi a Portaria n. 1.793 de dezembro de 1994. Em seu artigo 1º, o documento recomenda a inclusão da disciplina “aspectos ético-políticos educacionais da normalização e integração da pessoa portadora de necessidades especiais”, prioritariamente nos cursos de Pedagogia, Psicologia e em todas as licenciaturas.

Por meio do aviso circular n. 277/MEC/GM de maio de 1996, o Ministério da Educação sugeriu às reitorias de Instituições de Educação Superior (IES), esforço para facilitar o acesso às pessoas com deficiência. O texto aponta encaminhamentos para o processo de ingresso no ensino superior, sobretudo no concurso vestibular, e alerta para que as IES flexibilizem os serviços educacionais e promovam adequações na infraestrutura e na capacitação de recursos humanos. As providências especiais são indicadas, especialmente em três momentos do processo de

seleção: na elaboração do edital, nos exames vestibulares e também nas correções de provas.

É interessante observar que as primeiras iniciativas legais para mobilizar a inclusão de estudantes com deficiência na educação superior datam de apenas vinte anos atrás e se inserem de forma sutil, tímida, especialmente na primeira década. Nos últimos dez anos os mecanismos nesta seara se multiplicaram, se fortaleceram e geraram efeitos.

É relevante destacar a Portaria MEC/GM n. 3.284 de 7 de novembro de 2003 que “dispõe sobre requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiência, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos e de credenciamento de instituições” e que revogou a Portaria n. 1.679 de 2 de dezembro de 1999, com as mesmas disposições. Ainda em conformidade com a Norma Brasil 9050, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT, 2004), a Portaria MEC/GM n. 3.284 de 7 de novembro de 2003 define as condições básicas de acesso, de mobilidade e de utilização de equipamentos e instalações das instituições, considerando as diferentes naturezas das deficiências.

A Portaria nº 319, de 26 de fevereiro de 1999, em seu artigo 1º, institui, no Ministério da Educação, vinculada à Secretaria de Educação Especial/SEESP e presidida pelo titular desta, a Comissão Brasileira do Braille, de caráter permanente, cuja competência está em elaborar e propor a política nacional para o uso, ensino e difusão do Sistema Braille em todas as suas modalidades de aplicação, compreendendo especialmente a língua portuguesa, a matemática e outras ciências exatas, a música e a informática.

A Resolução CNE/CP n. 1 de 18 de fevereiro de 2002, que institui diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores na educação básica, em nível superior, curso de licenciatura de graduação plena, também merece evidência. Em seu artigo 6º, inciso II, ela menciona que, para a construção do projeto pedagógico dos cursos de formação dos docentes, serão considerados “conhecimentos sobre crianças, adolescentes, jovens e adultos, aí incluídas as especificidades dos alunos com necessidades educacionais especiais e a das comunidades indígenas”. Na Unochapecó e, provavelmente, em muitas outras Instituições de Educação Superior, esse dispositivo legal influenciou a organização dos Projetos Pedagógicos dos cursos de graduação que inseriram em suas matrizes curriculares discussões referentes à educação de pessoas com necessidades especiais.

O Decreto nº 5.296/04 regulamenta as Leis nº 10.048 de 8 de novembro de 2000 que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e 10.098 de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências.

Mais recentemente, o Decreto-lei n. 5.626/05, em seu artigo 3º, insere a LIBRAS, Língua Brasileira de Sinais, como disciplina. Define que:

Art. 3º A LIBRAS deve ser inserida como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de professores para o exercício do magistério, em nível médio e superior, e nos cursos de Fonoaudiologia, de instituições de ensino, públicas e privadas, do sistema federal de ensino e dos sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 1º Todos os cursos de licenciatura, nas diferentes áreas do conhecimento, o curso normal de nível médio, o curso normal superior, o curso de Pedagogia e o curso de Educação Especial são considerados cursos de formação de professores e profissionais da educação para o exercício do magistério.

§ 2º A LIBRAS constituir-se-á em disciplina curricular optativa nos demais cursos de educação superior e na educação profissional, a partir de um ano da publicação deste Decreto. (BRASIL, 2005)

Esse decreto determinou novas mudanças curriculares nas IES, pois o componente curricular que trata da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS), de forma obrigatória ou optativa para o estudante, deve estar inserido em todos os cursos de graduação.

O “Instrumento de avaliação de cursos de graduação presencial e a distância”, publicado em março de 2015 pelo Ministério da Educação (BRASIL, 2015), apresenta alteração nos requisitos legais e normativos. Esses requisitos são regulatórios e seu atendimento é obrigatório. O instrumento apresenta 17 dispositivos legais/normativos e três deles são diretamente vinculados à inclusão/acessibilidade de pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida e com Transtorno do Espectro Autista (TEA). Trata-se dos dispositivos legais números cinco, doze e treze.

O dispositivo legal número cinco faz referência à “Proteção dos direitos da pessoa com transtorno do espectro autista, conforme o disposto na Lei Nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012” (BRASIL, 2015). O dispositivo número doze se desdobra em vários requisitos e é descrito nos seguintes termos:

Condições de acessibilidade para pessoas com deficiência ou mobilidade reduzida, conforme o disposto na CF/88, Art. 205, 206 e 208, na NBR 9050/2004, da ABNT, na Lei N° 10.098/2000, nos Decretos N° 5.296/2004, N° 6.949/2009, N° 7.611/2011 e na Portaria N° 3.284/2003. (Brasil, 2014)

O requisito legal e normativo número treze observa a inserção do componente curricular Libras, de acordo com o Decreto 5.626/2005.

Convém tencionar o fato das questões relacionadas à inclusão e acessibilidade serem tratadas, no instrumento de avaliação, como requisito legal e não como item a ser avaliado.

No glossário que compõe o referido instrumento de avaliação, dos 73 termos indicados, cinco são relativos à acessibilidade às pessoas com deficiência, mobilidade reduzida ou necessidades educacionais especiais. A seguir, destacamos os termos presentes no glossário e suas respectivas conceituações:

*Acessibilidade arquitetônica:* Condição para utilização, com segurança e autonomia, total ou assistida, dos espaços, mobiliários e equipamentos urbanos, das edificações, dos serviços de transportes e dos dispositivos, sistemas e meios de comunicação e informação, por pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida (art. 8, Decreto nº 5.266/2004, Lei 10.098/00).

*Acessibilidade atitudinal:* Refere-se à percepção do outro sem preconceitos, estigmas, estereótipos e discriminações. Todos os demais tipos de acessibilidade estão relacionados a essa, pois é atitude da pessoa que impulsiona a remoção de barreiras.

*Acessibilidade pedagógica:* Ausência de barreiras nas metodologias e técnicas de estudo. Está relacionada diretamente à concepção subjacente à atuação docente: a forma como os professores concebem conhecimento, aprendizagem, avaliação e inclusão educacional irá determinar, ou não, a remoção das barreiras pedagógicas.

*Acessibilidade nas comunicações:* Eliminação de barreiras na comunicação interpessoal (face a face, língua de sinais), escrita (jornal, revista, livro, carta, apostila etc., incluindo textos em Braille, grafia ampliada, uso do computador portátil) e virtual (acessibilidade digital).

*Acessibilidade digital:* Direito de eliminação de barreiras na disponibilidade de comunicação, de acesso físico, de tecnologias assistivas, compreendendo equipamentos e programas adequados, de conteúdo e apresentação da informação em formatos alternativos. (BRASIL, 2015)



Fazemos esses registros para evidenciar a relevância da acessibilidade no contexto avaliativo e regulatório na educação superior.

Acrescidos aos dispositivos legais mencionados ao longo deste texto, existem muitos outros. Contudo, concordamos com Silva, Cymrot e D'Antino (2012, p. 669), ao afirmarem que reconhecem avanços na área jurídica, "(...) entretanto, que esses, por si sós, não alteram a realidade social, caracterizada por posições divergentes e práticas contraditórias no interior de instituições educacionais autodenominadas "inclusivas". Prosseguem os autores, destacando que:

O debate está posto pelas políticas educacionais em curso, cabendo às universidades ampliar sua produção e difusão de conhecimentos, informando à comunidade suas práticas com os graduandos com deficiência que a ela têm acessado. Se por força da legislação as barreiras arquitetônicas têm sido enfrentadas paulatinamente, há de se investigar possíveis barreiras de outra natureza vivenciadas pelo corpo docente, dificultadoras da permanência do graduando, explicitando, desse modo, o papel por ela cumprido no processo de inclusão universitária da ínfima parcela de graduandos com deficiência que tem atingido o 3º grau após ter vencido a seletividade da educação básica. (SILVA; CYMROT; D'ANTINO, 2012, p. 669)

Amaral (1994, p. 71) destaca as diferentes manifestações frente ao desafio da inclusão e salienta que as pessoas com deficiência não formam um gueto, "um grupo à parte da população em geral". Pessoas são diferentes, tenham elas deficiência ou não, estejam elas na condição de estudantes ou de professores. Referindo-se à atuação docente com pessoas com deficiência, declara: "Os profissionais que atuam com tais pessoas também não constituem um grupo homogêneo, nem como profissionais, nem como pessoas" (AMARAL, 1994, p. 72). Assim, alguns assumem com entusiasmo a educação de pessoas com deficiência e outros concebem essa tarefa como penalização. Ou seja, as diferenças identificadas nos estudantes também existem no corpo docente. Acreditamos que as expectativas em relação ao estudante e à forma de reagir na docência interferem nos resultados do trabalho pedagógico. Silva, Cymrot e D'antino mencionam que os docentes universitários e os demais envolvidos com o processo educacional,

(...) não podem mais se omitir do envolvimento com o novo paradigma da educação, dado que o reconhecimento e a valorização da diversidade humana, na qual se encontram as pessoas com algum tipo de deficiência, são princípios da educação nacional. (SILVA; CYMROT; D'ANTINO, 2012, p. 669)

Santos (2008) afirma que vivemos mudanças em relação ao paradigma<sup>1</sup> epistemológico com base na ciência moderna (o positivismo e suas várias vertentes). Tal posicionamento valorizou o conhecimento científico como o único válido e rigoroso, em detrimento de outras formas de conhecimento como o senso comum ou os estudos humanísticos, e desenvolveu a lógica de homogeneização e padronização. Segundo o autor, vivemos uma fase de transição e crítica ao modelo de racionalidade denominado “Razão indolente”. Ele declara que a razão metonímica, uma das formas da indolência da razão, apesar de muito desacreditada, ainda é dominante. A razão metonímica é obcecada pela ideia de totalidade sob a forma da ordem, o que se revela nas dicotomias como normal/anormal, civilizado/primitivo, branco/negro, etc.

Para Santos, a gestão moderna e capitalista da desigualdade e da exclusão é um processo político multidimensional, cuja complexidade é crescente nos nossos dias. Declara também que, apesar da premissa da unidade estar ainda vigente em algumas tendências epistemológicas, ela não mais detém a unanimidade já registrada em outros tempos, “pelo contrário, é cada vez mais confrontada com a premissa alternativa da pluralidade, da diversidade, da fragmentação e da heterogeneidade” (SANTOS, 2008, p. 143).

É do próprio Santos (2008) o questionamento de como dar conta teoricamente da diversidade inesgotável do mundo. Podemos aplicar esse questionamento também à educação superior. Como incluir a diversidade presente na universidade, especialmente considerando que a maioria dos professores desse nível de ensino assume a profissão sem uma preparação prévia para a docência? As reflexões propiciadas pelo autor nos alertam que a inclusão educacional não é um processo dissociado da sociedade e dos seus mecanismos excludentes.

---

<sup>1</sup> A palavra paradigma é adotada de forma polissêmica, como um termo da moda, como uma *griffe*, escreve Veiga-Neto. O autor faz referência ao marco a partir do qual o termo *Paradigma* foi inserido nos discursos epistemológicos e acadêmicos, o clássico livro *A estrutura das revoluções científicas*, de Thomas Kuhn, cuja primeira edição é de 1962. Salienta que “(...) a palavra vem da forma latina *paradigma, atis*, que, por sua vez, vem do grego *parádeigma, atos*, com as acepções de ‘modelo’ e ‘exemplo’, do verbo *paradeiknumi* (‘por em relação’, ‘em paralelo’, ‘mostrar’). Este verbo forma-se da combinação do prefixo *para* (‘ao longo de’) com o verbo *deiknunai* (‘mostrar’)” (VEIGA-NETO, 2007, p. 38-39).

Pieczkowski, em tese de doutorado intitulada “Inclusão de estudantes com deficiência na educação superior: efeitos na docência universitária”, afirma que

(...) apesar das grandes transformações pelas quais passa a educação superior, especialmente na última década, é inegável que a expansão não democratizou efetivamente esse nível de ensino, que historicamente registra as marcas da exclusão. As vagas aumentaram nos últimos anos, e o ingresso, especialmente nas universidades privadas, está mais facilitado. Mesmo assim, muitos estudantes em idade de frequentar a universidade continuam excluídos, tenham eles deficiência ou não, e outros ingressam, mas não concluem os cursos. Há também os que concluem sem a apropriação de conhecimentos essenciais ao desempenho da profissão. (PIECZKOWSKI, 2014, p. 102)

Santos afirma que “A universidade não só participou na exclusão social das raças e etnias ditas inferiores, como teorizou a sua inferioridade, uma inferioridade que estendeu aos conhecimentos produzidos pelos grupos excluídos em nome da prioridade epistemológica concedida à ciência (SANTOS, 2010, p. 72-73).

No que diz respeito à inclusão de estudantes com deficiência na educação superior, Silva, Cymrot e D’Antino (2012, p. 670) sinalizam que se temos assegurado pela legislação atual o enfrentamento de barreiras nas edificações, nos mobiliários e equipamentos, extensivas aos espaços urbanos em geral, provê-las, não significa a superação de todos os impasses relativos à acessibilidade. Existem barreiras noutras dimensões, “(...) implicadas diretamente no processo de ensino-aprendizagem, como constatado em investigações que tematizaram a inclusão de alunos com deficiência na educação superior”. Segundo os autores,

No conjunto dos dispositivos legais produzidos a partir da Constituição Federal de 1988 e de seus desdobramentos discursivos, sinaliza-se para o rompimento com uma trajetória histórica marcada pela exclusão das pessoas com deficiência em defesa e garantia de direitos de cidadania, narrativa das políticas educacionais extensivas a outros segmentos da população brasileira alijados de direitos fundamentais. (SILVA; CYMROT; D’ANTINO, 2012, p. 669)

O que é um dispositivo? O termo dispositivo, adotado por Foucault, diz respeito a técnicas, estratégias e formas de assujeitamento utilizadas pelo poder. Segundo Revel, por definição, dispositivos são de natureza heterogênea,

(...) trata-se tanto de discursos quanto de práticas, de instituições quanto de táticas moventes: é assim que Foucault chega a falar, segundo o caso, de ‘dispositivos de poder’, de ‘dispositivos de saber’, de ‘dispositivos disciplinares’, de ‘dispositivos de sexualidade’ etc. (REVEL, 2005, p. 39)

Agamben amplia a compreensão do termo dispositivo adotado por Foucault para o mecanismo político contemporâneo. Dispositivo é “(...) qualquer coisa que tenha de algum modo a capacidade de capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões, e os discursos dos seres viventes” (AGAMBEN, 2010, p. 40). O autor aponta para outros dispositivos da contemporaneidade, a exemplo da caneta, da literatura, da filosofia, dos computadores, dos telefones celulares e da linguagem que, embora não tão evidentes como as prisões, os manicômios, o panóptico, as escolas, a confissão, a fábrica, as disciplinas, as medidas jurídicas, possuem conexão com o poder.

### **Considerações finais**

Os dispositivos legais são uma das facetas desse mosaico representado pelas políticas de inclusão e, embora não sejam os únicos dispositivos a delinear as condutas das universidades e dos docentes em relação à inclusão, são evidentes e determinantes pela sua potente força e estratégias de poder, capturando as práticas nesse campo de atuação.

É interessante observar que as primeiras iniciativas legais para mobilizar a inclusão de estudantes com deficiência na educação superior datam de apenas duas décadas e se inseriram de forma tímida, especialmente na primeira. Nos últimos dez anos os mecanismos neste campo educacional se ampliaram, se fortaleceram e geraram efeitos de poder.

Para incluir, é preciso ir além do aspecto legal. Os docentes são protagonistas no processo de ensino e aprendizagem, na superação de barreiras atitudinais, procedimentais, comunicacionais, metodológicas, entre outras. Por outro lado, a responsabilidade pelo processo educacional dos estudantes com deficiência não pode recair apenas sobre os docentes. É importante que as instituições de educação superior visualizem o estudante com deficiência como um sujeito com direito à aprendizagem, ou seja, mais do que um número, nas estatísticas de pessoas com deficiência a incluir, nos percentuais de ingressantes, de evasões ou nos indicadores de concluintes. Entendemos que é necessário tensionar a

inclusão como a única e natural possibilidade, ou seja, como uma estratégia de regulação da governamentalidade neoliberal. Procuramos não defender a escola que pretende acolher a todos, ou apontar as suas falhas, mas mostrar deslocamentos da educação especial em direção à escola inclusiva e seus efeitos na educação superior.

## Referências

ABNT. Associação Brasileira de Normas Técnicas. *NBR 9050: acessibilidade a edificações, mobiliário, espaços e equipamentos urbanos*. Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

AGAMBEN, G. *O que é o contemporâneo?* e outros ensaios. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. 2 reimp. Chapecó (SC): Argos, 2010.

AMARAL, L. A. *Pensar a diferença/deficiência*. Brasília: Corde, 1994.

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

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Portaria n. 1.793, de dezembro de 1994. Recomenda a inclusão da disciplina ou inclusão de conteúdos sobre aspectos ético-político-educacionais da normalização e integração da pessoa portadora de necessidades especiais em cursos de graduação. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 1994, seção 1, p. 20767.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 248, 23 dez. 1996.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. *Aviso Circular n. 277/MEC/GM, de 8 de maio de 1996*. Dirigido aos Reitores das IES, solicitando a execução adequada de uma política educacional dirigida aos portadores de necessidades especiais. Brasília, DF, 1996b.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Portaria n. 1.679, de 2 de dezembro de 1999. Dispõe sobre requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 1999, n. 219, seção 1E, p. 20.

\_\_\_\_\_. Portaria nº 319, de 26 de fevereiro de 1999. Institui no Ministério da Educação, vinculada à Secretaria de Educação Especial/SEESP, a Comissão

Brasileira do Braille, de caráter permanente. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 01 mar. 1999b. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 11 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei n. 10.048, de 8 de novembro de 2000. Dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 09 nov. 2000. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para assuntos jurídicos. Lei n. 10.098 de 19 de dezembro de 2000. Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 20 dez. 2000b. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Educação/Câmara de Educação Básica. Resolução n. 2 de 11 de setembro de 2001. Institui Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica. In: *Federação Nacional das APAEs*. Legislação Comentada para Pessoas Portadoras de Deficiência e Sociedade Civil Organizada. Brasília, 2001, p. 180-190.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Lei 10.172, de 9 de janeiro de 2001. Aprova o Plano Nacional de Educação e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 10 jan. 2001b.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Educação. Resolução CNE/CP n. 1, de 18 de fevereiro de 2002. Institui diretrizes curriculares nacionais para a formação de professores na Educação Básica, em nível superior, curso de licenciatura, de graduação plena. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 04 mar. 2002, Seção 1, p. 9.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Portaria n. 3.284, de 7 de novembro de 2003. Dispõe sobre requisitos de acessibilidade de pessoas portadoras de deficiências, para instruir os processos de autorização e de reconhecimento de cursos, e de credenciamento de instituições. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, n. 219, 11 nov. 2003, seção 1, p. 12.

\_\_\_\_\_. Decreto n.º 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis n. 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica; n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que

estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 3 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 jan. 2013.

\_\_\_\_\_. Ministério Público Federal; Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (Org.). *O acesso de alunos com deficiência às escolas e classes comuns da rede regular*. 2. ed. rev. e atual. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004b.

\_\_\_\_\_. Decreto n. 5.626, de 22 de dezembro de 2005. Presidência da República. Casa Civil. Regulamenta a Lei no 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais – LIBRAS, e o art. 18 da Lei no 10.098, de 19 de dezembro de 2000. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 23 dez. 2005. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 fev. 2008.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência. *Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência*. Brasília, DF, set. 2007.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Especial. *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva*. Jan. 2008. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 21 abr. 2008.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Lei nº 12.764, de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 dez. 2012, seção I, p. 2.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. *Educação superior*: Em 10 anos, número de matrículas de alunos com deficiência sobe 933,6%. out. 2012b. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 01 out. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério da Educação. Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização, Diversidade e Inclusão. Secretaria de Educação Superior. *Documento orientador Programa incluir – acessibilidade na educação superior Secadi/Sesu-2013*. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

\_\_\_\_\_. Presidência da República. Casa Civil. Lei nº 13.005 de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 26 jun. 2014. Disponível em: <<http://fne.mec.gov.br>>. Acesso em: 20 jul. 2014.

\_\_\_\_\_. Diretoria de Avaliação da Educação Superior. *Instrumento de avaliação de cursos de graduação presencial e a distância*. Brasília, DF, mar. 2015.

DREYFUS, H. L.; RABINOW, p. *Michel Foucault: uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica*. Tradução de Vera Portocarrero e Gilda Gomes Carneiro. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

LUNARDI-LAZZARIN, M. L.; MACHADO F. C.. *Polivalentes, generalistas e tolerantes: formando professores na lógica inclusiva*. Disponível em: <[www.anped.org.br](http://www.anped.org.br)>. GT Educação Especial, n. 15. 32ª Reunião Anual da Anped, Caxambu, MG, 04 a 07 de outubro de 2009. p. 1-13.

PIECZKOWSKI, T. M. Z. Inclusão no ensino superior: barreiras relatadas pelos estudantes com deficiência. In: AnpedSul, 14., *Anais...* Caxias do Sul, jul./ago. 2012. Disponível em: <<http://www.ucs.br>>. Acesso em: 18 nov. 2012.

\_\_\_\_\_. *Inclusão de estudantes com deficiência na educação superior: efeitos na docência universitária*. 2014. 208f. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2014.

REVEL, J. *Foucault: conceitos essenciais*. Tradução de Maria do Rosário Gregolin, Nilton Milanez e Carlos Piovesani. São Carlos: Clara Luz, 2005.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado de Educação e do Desporto. *Proposta Curricular de Santa Catarina*. Florianópolis: Cogen, 1998.

\_\_\_\_\_. *Política de educação inclusiva*. Florianópolis: SED/SDF/SES/FCEE, 2001.

\_\_\_\_\_. Fundação Catarinense de Educação Especial. *Política para educação de Surdos no Estado de Santa Catarina*. São José: FCEE, 2004.

\_\_\_\_\_. Conselho Estadual de Santa Catarina. *Resolução n. 122*, de 12 dezembro de 2006. Fixa as normas para a Educação Especial no Sistema Estadual de Educação de Santa Catarina. Florianópolis, dez. 2006.



\_\_\_\_\_. Secretaria de Estado da Educação. *Proposta Curricular de Santa Catarina: formação integral na educação básica*. Santa Catarina: Estado de Santa Catarina/Secretaria de Estado da Educação, 2014.

SANTOS, B. S. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2008.

\_\_\_\_\_. *A universidade no século XXI: para uma reforma democrática e emancipatória da universidade*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010. (Coleção questões da nossa época).

SILVA, A. M.; CYMROT, R.; D'ANTINO, M. E. F. Demandas de docentes do ensino superior para a formação de alunos com deficiência. *Revista Brasileira de Estudos Pedagógicos*, Brasília, v. 93, n. 235, p. 667-697, set./dez. 2012.

UNESCO – Organização das Nações Unidas para a educação, cultura e ciências. *Declaração Mundial Sobre Educação Para Todos: plano de ação para satisfazer as necessidades básicas de aprendizagem*, Jomtien. Tailândia, mar. 1990.

\_\_\_\_\_. Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura. Ministério da Educação e Cultura da Espanha. *Declaração de Salamanca e linha de ação sobre necessidades educativas especiais*. Brasília: Ministério da Justiça, Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, Corde, 1994.

\_\_\_\_\_. Organização das Nações Unidas para a educação, cultura e ciências. *Declaração de Dakar*. Senegal, abr. 2000. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br>>. Acesso em: 24 fev. 2013.

VEIGA-NETO, A. Paradigmas? Cuidado com eles. In: COSTA, M. V. (Org.). *Caminhos investigativos II: outros modos de pensar e fazer pesquisa em educação*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2007.

\_\_\_\_\_. Neoliberalismo, império e políticas de inclusão. In: RECHICO, Cínara F.; FORTES, Vanessa G. (Org). *A educação e a inclusão na contemporaneidade*. Boa Vista, Editora da UFRR, 2008. p. 11-28.

# A SENTENÇA CRIMINAL E AS CIRCUNSTANCIAS JUDICIAIS NA APLICAÇÃO DA PENA: ENTRE A (IM)PARCIALIDADE DO JUIZ E O DIREITO PENAL DO AUTOR

Deise Helena Krantz Lora\*

Marli Canello Modesti\*\*

---

## Introdução

A análise científica deve partir de uma relação de intimidade com o seu objeto. Neste contexto, muito já se fez para uma crítica contundente e fundamentada acerca do descompasso entre as ciências criminais no contexto da democracia e a *práxis* da atividade judicial. A academia demonstrou, com propriedade, que qualquer investigação séria acerca da efetividade das normas constitucionais deve considerar tanto a função do intérprete, quanto as ideologias, crenças e desejos que lhe são inerentes.

Assim, já se concluiu que inexistente juiz neutro. O julgador é produto de um complexo cultural e sociológico. Contudo, para além da neutralidade, a imparcialidade, enquanto elemento integrante do princípio acusatório é dever constitucional intrínseca à isonomia e ao equilíbrio entre as partes.

Ocorre que inobstante o intenso debate acadêmico, o juiz segue reproduzindo a dicotomia, sem atentar para o fato de que a postura independente depende, *prima facie*, da consciência crítica da própria parcialidade. Por certo que a tarefa não é simples, vez que o magistrado,

---

\* Doutoranda em Ciências Criminais pela PUC/RS, mestre em Direito pela UFSC e docente em Direito Processual Penal e Criminologia junto à Universidade Comunitária da Região de Chapecó.

\*\* Mestre em Direito pela UFSC e docente em Direito Penal e Criminologia junto à Universidade Comunitária da Região de Chapecó.

ser vivente que é, está sujeito à atividade cognitiva inconsciente e, através dela, pode decidir de forma seletiva e tendenciosa.

Neste contexto, a *práxis* jurídica tem-se revelado constitucionalmente irregular e a sentença condenatória, ato de prestação jurisdicional por excelência, denota toda a incongruência acima disposta. O momento da aplicabilidade das circunstâncias judiciais (art. 59, CP), durante a primeira fase de dosagem da pena é exemplo deste quadro *dantesco*<sup>1</sup>, vez que o legislador delegou ao julgador a tarefa de interpretar conceitos abertos e, por conseguinte, possibilitou a efetividade do direito penal do autor em detrimento do direito penal do fato.

Assim, as próximas páginas destinam-se a discorrer sobre profundo descompasso entre a realidade das condenações no Brasil e o ser humano enquanto sujeito e objeto da proteção jurídica, objetivando, em síntese, difundir a concepção de que a “correção” das ciências criminais perpassa pela auto-reflexão daqueles que a compõe.

### **Situando o argumento**

Investigar as ciências criminais constitui tarefa complexa. Primeiro porque uma série de fatores e variáveis são responsáveis por uma (re)definição contínua do alcance de suas teorias de base (GAUER, 2004, p. 13-15; MORETTO, 2005, p. 71-84)<sup>2</sup>. Depois e, não menos importante, porque todo avanço científico operado em seus fundamentos jurídicos precisa ser inserido no contexto acadêmico do Direito, na *práxis* normativa e no cotidiano das relações sociais.

---

<sup>1</sup> Referência a *Divina Comédia*, do italiano Dante Alighieri que narra a saga do homem pela redenção, perpassando pelo inferno, expressão empregada neste texto, como o caminho a ser percorrido entre a cognição, suas condicionantes e a consciência crítica da falibilidade humana.

<sup>2</sup> Ruth Maria Chittó Gauer, ensina que “a verdade dos fenômenos é sempre limitada pela sua velocidade (...) trata-se de reinventar uma reordenação intelectual que permita reescrever a complexidade e não eliminá-la em favor de uma verdade absolutizada. Não que o problema da verdade tenha prescrito. Ocorre que vivemos hoje num mundo marcado pela inovação, pela incerteza e pelo desequilíbrio (...)” (GAUER, 2004, p. 13-15).

Como dito e, em razão da dinâmica do tempo, as ciências criminais científico-democráticas<sup>3</sup>, tem tido dificuldades na consolidação de seu conteúdo garantístico e solidário, frente a regras e práticas desvinculadas do compromisso ético com a centralidade do ser humano e dos direitos fundamentais.

Especificamente no Brasil, as manifestações mais marcantes da problemática localizam-se nas etapas pré e pós Constituição Federal de 1988. No primeiro momento, restou evidenciada uma perspectiva teórica autoritária, inquisitorial, excessivamente formalista e voltada à segurança pública. A partir da abertura do final da década de oitenta do século XX, passou a ser difundida a ideia de que as normas jurídicas são um instrumento de garantias e uma frente de combate ao despotismo punitivo, mediante a releitura do conceito de justiça e destaque à eficácia material da Constituição.

Assim, inobstante o enorme abismo teórico, não houve um abandono efetivo das matrizes totalitárias, sendo que hoje seguem coexistindo os dois modelos nas escolas de Direito, nas ruas e nos tribunais, evidenciando um misto de práticas colidentes, responsáveis pela dificuldade de efetivação de matrizes jurídicas verdadeiramente emancipatórias.

Existem então direitos e “direitos”, além de várias práxis, em um constante embate pelo porvir (PRADO, 2012). Em um sentido gramsciano, “a crise consiste justamente no fato de que o velho morre e o novo não pode nascer” (1980, p. 184). Difícil é desvendar o que motiva tal panorama, já que a relação de causa e efeito não é linear.

Talvez a resposta possa ser encontrada nas universidades, pois a verificação de currículos e de metodologias aponta para características ainda predominantes nos cursos de Direito, voltados, substancialmente, à reprodução do paradigma dogmático. Em outra perspectiva, a responsabilidade pela dicotomia pode também ser creditada ao intérprete e ao cotidiano de reprodução e aplicação de regras e conceitos avalorativos, a exemplo de ressocialização, periculosidade e ‘nova’ defesa social.

---

<sup>3</sup> Segundo Geraldo Prado (2006, p. 27-13) a ideia de direitos humanos, soberania do povo e solidariedade determinam a “autocompreensão normativa de estados de direito democráticos”.

De nada adianta independência se o juiz é totalmente dependente do pai tribunal, sendo incapaz de pensar ou ir além do que ele diz. (...) Outro grave problema é aquele juiz que absorve o discurso de limpeza social e assim passa a atuar, colocando-se no papel de defensor da lei e da ordem, verdadeiro guardião da segurança pública e da paz social. (LOPES JR., 2005a, p. 78)

Em síntese: *práxis* e teoria demonstram uma enorme dubiedade que, apesar de aparentemente democrática, têm enfraquecido a marcha da expansão do pensamento jurídico crítico (WARAT, 2004, p. 27) e, ao menos no âmbito das ciências criminais, mantém a hegemonia do binômio crime-pecado, reforçando as relações de poder, de subordinação e de vingança (LOPES JR, 2012, p. 538).

Dito de outra forma, o destaque que o paradigma normativo positivista teve ao longo da história confluiu em profissionais desvinculados de sua real função na consolidação de direitos e na proteção da pessoa humana. Por conseguinte, a sociedade ignora postulados fundamentais, insensibilizada, vez que grande parcela de juristas não se mostra preocupada com o básico (GIACOMOLLI, 2010, p. 292). Daí, talvez, a principal herança do positivismo: uma crise de cidadania conjuntural.

Então, qualquer discussão relativa às ciências criminais deve sopesar este contexto. Afinal, direito penal, processo penal e criminologia são propagados ante um profundo conflito de identidade, ao que persiste o desequilíbrio entre cidadania e subjetividade humanas em detrimento da regulação (SANTOS, 2012, p. 269), bem como continuam sendo ceifadas vidas ante ao horror da execução penal.

Em contrapartida, as decisões judiciais, para além da manifestação das concepções jurídicas do julgador (por si só complexas) trazem consigo o reflexo da compreensão de mundo de cada juiz. Preconceitos, motivações e percepções acerca da vida fazem-se presentes na sentença, pois a subjetividade é intrínseca a todo ser humano. Ao que resta potencializada a carga interna de cada mandado jurisdicional...

### **Imparcialidade e neutralidade**

Ao estabelecer uma rede de regras e princípios inerentes o processo penal acusatório, com a consolidação do ministério público enquanto exclusivo autor da ação penal, a previsão do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e garantia da presunção de inocência, a

Constituição Federal de 1988 revelou um sistema de valores que sustenta o lugar e sentido de democracia nas ciências criminais.

Ademais, o legislador constitucional, ao dispor sobre o contraditório e o dever de fundamentação das decisões consolidou a figura do terceiro imparcial, equidistante à atuação das partes.

O dever de imparcialidade, inclusive, baseia inúmeras pesquisas sobre a vedação ao poder instrutório do juiz, no sentido de que a conduta ativa do julgador no processo, além de desequilibrar a dinâmica de distribuição do ônus da prova, infringindo a isonomia e a paridade de armas, revela um profundo desejo à condenação, consubstanciado na opção deliberada à inaplicabilidade do benefício da dúvida – *indubio pro reo* substituído por “*in dubio pau no reo*” (LOPES JR. 2005a, p. 177; ROSA, 2006, p. 313).

Neste contexto, o legislador infraconstitucional tem referendado a conduta dos julgadores e ignorado sistematicamente o sentido constitucional do princípio/dever de imparcialidade. As alterações legislativas posteriores à nova ordem constitucional, a exemplo das incursões de 2008 ao Código de Processo Penal, ampliaram a autorização de busca direta da prova pelo juiz, vez que, transcendente à ação penal, é possível agora a produção da prova de ofício, inclusive durante o inquérito policial (art. 156, CPP).

Para Nereu Giacomolli, quando o magistrado ordena a produção da prova, antes ou depois do início da instrução “está atuando como parte, exercendo uma atividade que não é sua”, o que é “incompatível com a orientação constitucional de um processo acusatório” (GIACOMOLLI, 2008, p. 35-16).

Para além da questão valorativa e principiológica contida expressamente no texto de 1988, a iniciativa probatória da autoridade judicial interfere, inclusive, em questões de identidade conceitual. Como referido acima, sustenta-se que o sistema processual vigente no Brasil “deveria” ser o acusatório<sup>4</sup>, caracterizado não só pela marcada separação de

---

<sup>4</sup> Jacinto Miranda Coutinho (1998, p. 167) justifica e considera que apesar de inexistirem sistemas processuais puros, equivocada a tese de que nosso sistema processual penal seria misto, já que inexistem meios princípios e esta é a verdadeira essência do que é acusatório.

funções dos sujeitos processuais, bem como e, sobretudo, pela vinculação de atuações e procedimentos a postulados ético-fundamentais<sup>5</sup>.

Ocorre que com a postura ativa do julgador<sup>6</sup>, o processo penal brasileiro solidifica-se, contraditoriamente, como inquisitivo, já que facilitador de infrações à igualdade, imparcialidade e presunção de inocência.

Imparcialidade é, portanto, fundamental à coerência do sistema e representa um dever processual inerente ao Estado Juiz da contemporaneidade. Contudo, importa também uma garantia de equidade e de um julgamento equilibrado.

A imparcialidade fundamenta, na linguagem legislativa, institutos processuais como a suspeição e o impedimento, mecanismos pelos quais o legislador procura impedir o interesse do juiz pela causa ou pelas partes<sup>7</sup>. A antítese da imparcialidade, a parcialidade, importa, por sua vez, no favorecimento desigual a um dos litigantes, o que é impensável inclusive no âmbito do nefasto princípio inquisitivo.

Cumprido, contudo, diferir a missão eticamente isenta do julgador de uma atitude isolada de influências subjetivas e objetivas decorrentes do cotidiano, da vida. Sobre a personalidade intrínseca ao provimento judicial Ferrajoli sustenta que o juiz “por mais que se esforce para ser objetivo, está sempre condicionado pelas circunstâncias ambientais nas quais atua, pelos

---

<sup>5</sup> Geraldo Prado (2006, p. 153), por sua vez, define o sistema acusatório como o sistema processual em que o juiz é um sujeito absolutamente passivo e separado da atuação das partes. O juízo, por sua vez, representa o lócus de uma demanda isonômica, iniciada pela acusação, responsável pela prova da materialidade e da autoria e procedida mediante contraditório, oral e público.

<sup>6</sup> Muito mais do que pela existência de investigações preliminares, destituídas de contraditório.

<sup>7</sup> Luigi Ferrajoli estabelece que: “para dirimir uma controvérsia, escreveu Hobbes, ‘acontece de uma e outra parte se submeterem ao juízo de uma terceira pessoa’. Esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional. É necessário, em primeiro lugar, que o juiz não tenha qualquer interesse privado ou pessoal na solução da causa: ‘ninguém pode ser juiz ou árbitro da própria causa’ e, portanto – são ainda palavras de Hobbes – ‘não ser juiz a pessoa à qual favoreça maior esperança de obter maior utilidade ou satisfação com a vitória de uma das partes em detrimento da outra’” (FERRAJOLI, 2002, p. 465-466).

seus sentimentos, suas inclinações, suas emoções, seus valores ético-políticos” (FERRAJOLI, 2002, p. 46).

De outro lado, para além das particularidades inerentes à pessoa do magistrado, Jacinto Coutinho citando Lyra Filho, manifesta a necessidade em se “reconhecer que o direito, de modo inegável, é ideológico”. A própria lei, mediante expressões a exemplo de “segurança”, “isonomia”, “liberdade”, entre outras, define claramente uma tomada de posição (COUTINHO, 1998, p. 172).

Assim, a dinâmica de subsunção do fato à norma tem tanto um conteúdo subjetivo, advindo daquele que emite o provimento, quanto é produto da composição da regra jurídica em questão. Portanto, em sede de ciências humanas, o silogismo é insuficiente, limitado, revelando o caráter inevitavelmente opinativo da verdade das teses judiciais (FERRAJOLI, 2002, p. 45-46). De outro lado, “a democracia, a começar a processual, exige que os sujeitos se assumam ideologicamente” (COUTINHO, 1998, p. 172), em uma expressão de lealdade.

Dito de outra forma, o magistrado, como qualquer outro ser humano, é formado por suas experiências, valores e convicções (inclusive jurídicas e sociais), tornando-se impraticável a figura do julgador neutro, asséptico. Entretanto, a captação direta de interesse inerente à lide posta em julgamento, difere, em tese, da existência intrínseca da tomada posições ideológicas *in abstracto*.

Em consequência, têm-se aceito a interação entre imparcialidade e ideologia, no sentido da “judicialização da política”, ainda que seja refutada, ao menos genericamente, a figura cartesiana do juiz neutro (ROSA, 2006, p. 249-299).

A constatação que fica, entretanto, refere-se ao sentido utópico da própria imparcialidade, na acepção da (in)existência de um julgamento hígido, mesmo que se parta do pressuposto de que o julgador controle(?) seus desejos e inclinações interiores.

A dificuldade na concretização de elementos conceituais deve-se, por certo, à grande extensão de fatores, inclusive inconscientes, que afastam as condições psicológicas de julgar com isenção. Desses fatores não está salvo o juiz honesto, probo e honrado, o qual deve ser o primeiro a suspeitar, não de sua integridade moral, mas de seu estado d’alma. (PORTANOVA, 2003, p. 41)



É possível, enfim, a imparcialidade? Ou é preferível que a parcialidade real se manifeste a partir *de* e *para* ciências criminais de princípios firmes?

No dizer de Aury Lopes Jr. “não basta *ter um juiz*, devemos atentar a serviço de quem e do que ele está” (2012, p. 41). Assim, qual imparcialidade/parcialidade pode e qual deve ser desvelada no contexto ambíguo do processo penal brasileiro?

### **Prestação jurisdicional: diálogo com a seletividade?**

Partindo-se do pressuposto de que o juiz é um ser ideologicamente composto, a decisão judicial representa muito mais do que uma questão de forma. Quer seja um interlocutório ou sentença, o provimento jurisdicional traz consigo uma carga de valores e (pre)conceitos decorrentes da “vida pregressa” do magistrado, da concepção jurídica que compartilha e de suas impressões processuais.

Sendo então uma disposição cujo conteúdo traduz uma complexidade própria das ciências humanas, os efeitos que produz podem ser tão devastadores quanto ajustados à necessidade das partes, segundo o referencial teórico e a práxis jurídica preconizada por cada julgador.

A par disso, a decisão judicial significa uma clara demonstração de poder, quer seja como instrumento de controle<sup>8</sup>, quer como manifestação de determinado segmento político e social<sup>9</sup>.

Neste sentido e considerando o disposto nas linhas anteriores acerca da ambiguidade vivida no processo penal, a mensagem contida nas manifestações de *quem* decide, pode representar uma postura

---

<sup>8</sup> Stanley Cohen sustenta que o que distingue o sentido formal ou informal do controle é em regra, o aspecto coercitivo e burocratizado (lei) que envolve as normas de disciplina emanadas pelo Estado; ao passo que as doutrinas oriundas da sociedade civil necessitam, para assegurar sua existência, apenas de um acordo tácito entre os homens, sem a exigência de qualquer previsão legal para tornarem-se obrigatórias. O poder controlador manifesta-se no sentido informal – família, escola, organizações religiosas, civis, de classe e profissionais – como na esfera pública: polícia, cárceres, manicômios, sistema judiciário e legislativo (1998, p. 259).

<sup>9</sup> Aramis Nassif (2004) afirma que “poderá decorrer um verdadeiro dilema na percepção do magistrado, ou seja, aquele que diz respeito sobre o cuidado que deverá ter em não se tornar, apenas, meio à realização dos interesses da dominação, de uma lado, e, de outro, da necessidade de aplicar a lei como resposta justa pela ocorrência do fato incriminado”.

hierarquizada e verticalizada, proveniente do “mundo das verdades eternas, pré-linguístico, situado desde antes da linguagem, com sua *verdade* verdadeira, sua Justiça justa, sua equidade correta, retiradas do mundo ideal pelo bom hermeneuta, claro, isto é, o reconhecido como membro (de carteirinha) do Monastério dos Sábios”(ROSA, 2006, p. 171; WARAT, 2002, p. 59).

No âmbito do processo penal, Alexandre Morais da Rosa sustenta que tal categoria de “verdades” evidencia a “banalização lógica das decisões condenatórias (...) sob o pano de fundo da ignorância epistemológica, bem como pela ausência de reflexão crítica, muito devido à deficiência teórico-prática dos atores jurídicos” (2006, p. 172-173). De maneira que julgar pode ser um “ato mecânico”, não reflexivo e contaminado pela busca da mitológica verdade real.

Sobre o processo cognitivo inerente à atividade judicante, Alexandre Morais da Rosa alerta que a “consciência plena é ilusória” e que é necessário ir ao encontro de um juiz humano, portador de subjetividades e desejos. “Não se trata de adotar a psicologia do eu (...) mas de reconhecer a influência do inconsciente” (2006, p. 277).

Paralelamente, o maniqueísmo contido no binômio bem/mal<sup>10</sup> arraigado no judiciário, torna a tarefa muito mais difícil, vez que ao longo da história foi fomentada a figura do juiz “semi-Deus”, exercente de um poder supremo (ROSA, 2006, p. 171).

Ainda sobre o tema, Luiz Alberto Warat (2002, p. 224-225) assevera que “o lugar dos magistrados é um lugar vivido com uma força especial, já que existem magistrados que vivem o lugar como se fosse o templo de alguma divindade (...) vivido por muitos (mais do que democraticamente deve-se-ia esperar) como o Olimpo”, sem consciência de sua própria falibilidade humana.

Contudo, a partir do momento em que a dinâmica da função judicante é colocada à prova, as fragilidades inerentes ao ato de decidir

---

<sup>10</sup> Para Louk Hulsmann, o crime encontra paridade com o pecado, a supremacia da lei com o poder divino e a noção de culpabilidade tem fundamentos religiosos, como os da moral maniqueísta inserta nos conceitos de bem e mal, que explicam o binômio inocente-culpado. Em paralelo, assim como os indivíduos buscam a proteção de Deus no plano espiritual – e observam os “Dez Mandamentos” – pretendem o abrigo da lei nas situações do cotidiano e almejam o provimento judicial (HULSMANN, 1997, p. 68).

surgem através do questionamento ético acerca dos valores que mediam o cotidiano jurídico. Neste sentido, se o juiz é mais infalível e menos onipotente do que acredita ser, importante que os equívocos e interferências normais à qualquer profissão, manifestem-se em prol de um Direito comprometido com o acusado, seja ele supostamente “culpado” ou “inocente”.

Assim, “a decisão deve ser construída como resultante vinculada à estrutura procedimental regida pelo *processo* constitucional, na linha de Fazzalari, de que o processo é um procedimento em contraditório” (LOPES JR., 2012, p. 1076) e que o princípio acusatório representa muito mais do que uma mera separação de funções, mas uma vinculação a diretrizes e postulados fundamentais.

Atualmente, existem dois grandes obstáculos à adoção do entendimento do “processo como um procedimento em contraditório” e à intrínseca efetivação de valores constitucionais.

O primeiro refere-se à já descrita dificuldade de transição do processo penal inquisitorial ao acusatório, relacionado tanto ao “nebuloso” vislumbre de garantias fundamentais quanto à difícil transposição do paradigma positivista-kelseniano de interpretação avaliativa de dispositivos legais (DUCLERC, 2004, p. 40-49).

O segundo, relaciona-se ao cuidado com o “decisionismo”, porque apesar de a atividade do intérprete ser, atualmente, mais aberta, existem demarcações ao espaço decisório e o juiz não está autorizado a julgar para além dos limites da legalidade constitucional e do devido processo legal (LOPES JR., 2012, p. 1075-1076).

Dito de outra forma, as demandas judiciais não estão sujeitas ao arbítrio e o magistrado fica adstrito as regras do processo. Ademais, “o agir na *práxis* decisória pressupõe um juiz humilde, que tenha consciência do seu inconsciente”, seja vigilante e atuante na “realização do direito numa perspectiva ético-constitucional, com vistas a concretizar os direitos fundamentais até mesmo contra a legislação política ordinária” (MARAFON, 2010, p. 204-206; CHOUKR, 2002, p. 31).

Neste aspecto, pressupondo-se que a atuação do juiz não é desprovida de ideologias, importante frisar que o julgador tem um compromisso ético com a Constituição, sendo-lhe vedado, em tese, decidir ante a “tendências facciosas, partidárias”, em detrimento de inspirações de justiça. É portanto, “axiomática a necessidade de uma magistratura

responsável” (NASSIF, 2004, p. 211), no sentido de que não existem respostas certas, mas ponderações decorrentes de caminhos ético-democráticos.

Em síntese, o magistrado é ideologicamente “formado”. Porém, não se permite que ele professe *qualquer* sistema de ideias. Isto porque, dado ao poder que se origina da atividade judicante, há um dever de vinculação aos ditames fundamentais, sob pena de flagrante arbitrariedade. Em vista disso, imperativo que se tenha “consciência da inconsciência” e, mediante instrumentos preventivos, seja possível minorar os efeitos da falibilidade humana.

### **Dispositivo: abordagem filosófica**

Especificamente no que tange a sentença criminal, e no sentido simbólico do que ela representa, Giorgio Agamben encontrou na origem do termo dispositivo, em estudos elaborados a partir de Foucault e da palavra francesa “positivité” ou positividade, um elemento histórico com carga de regras, ritos e instituições, além de uma relação destes e os indivíduos, enquanto “seres viventes” (AGAMBEN, 2009, p. 29-33).

Neste sentido, “o dispositivo encerra processos de subjetivação das regras em que se concretizam as relações de poder” e está conectado com a esfera semântica de gerir, controlar, orientar (AGAMBEN, 2009, p. 34). Contudo, o mecanismo de introspecção é próprio e peculiar em cada pessoa. E mais, “na raiz de cada dispositivo está, um desejo demasiadamente humano de felicidade” (AGAMBEN, 2009, p. 41-44).

Dito de outra forma, os processos de positivação de uma norma e o de tomada de decisão<sup>11</sup> encerraram, inclusive na terminologia, uma trajetória histórica de interdependência entre subjetividades e dominação.

Agamben segue afirmando que o “homem procura organizar-se pelos dispositivos” e que a “profanação” representa um “contradispositivo”, uma espécie de insurreição ao que está posto. Entretanto, esteia que as sociedades contemporâneas se “apresentam como corpos inertes atravessados por gigantescos processos de dessubjetivação”, em

---

<sup>11</sup> Desde que se transponha para o Direito a noção de dispositivo Foucauldiana. Isto porque o “dispositivo” para Agamben encerra uma terminologia geral e pode ser aplicado a qualquer área das ciências.

decorrência da diminuição de relações verdadeiramente humanas no cotidiano das pessoas (AGAMBEN, 2009, p. 41-44).

Dito isso, não parece obra do acaso a sobreposição de termos, na Filosofia e no Direito. Afinal, a dificuldade, entre nós, à materialização de valores constitucionais através do rompimento com o princípio inquisitivo e a dessubjetivação daí derivadas, representa a resistência à “profanação” do velho e a manutenção da “felicidade” decorrente de antigas práticas. Aliado a isto, encontram-se os mecanismos cognitivos, subjetivos e materiais verificáveis no complexo ato de decidir.

### **O encontro de categorias: do direito processual (sentença condenatória) ao direito material (aplicação da pena), na ponderação (im)parcial de circunstâncias judiciais (artigo 59, CP)<sup>12</sup>**

O cárcere, como se sabe, é uma invenção moderna, vinda como uma grande conquista humanitária, buscada como alternativa à pena capital, aos suplícios, às penas corporais, à exposição pública e outros horrores do direito penal pré-moderno.

Com o cárcere é que a pena se torna, em tese, igualitária, legalmente predeterminada, suscetível de cálculo. É a privação de um tempo abstrato da liberdade, quantificado e graduado pela legislação e pelo juiz, em relação à gravidade, em abstrato e em concreto, dos delitos castigados. Entretanto, já advertia Montesquieu, que o grau de civilização de um país se mede e progride de acordo com a benignidade de suas penas. (FERRAJOLI, 2008, p. 203).

Ao tratar de direito penal mínimo, como modelo normativo de direito penal, Ferrajoli (2008, p. 251-252), coloca que a expressão significa o modelo adequado de garantias penais e processuais para racionalizar proibições, penas e processos, direcionando-os a uma dupla tutela de bens e de direitos fundamentais: aqueles direcionados aos sujeitos prejudicados

---

<sup>12</sup> Art 59, CP – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I – as penas aplicáveis dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

pelos delitos e aqueles dos imputados e dos detentos, contra o arbítrio policial ou judicial e contra os excessos e os abusos das autoridades penitenciárias. E é por isso que o direito penal mínimo também tem sido definido como *a lei do mais débil contra a lei do mais forte*, que vigoraria na sua ausência. É evidente que se trata de um modelo normativo que nunca se levou perfeitamente a cabo, mas que é realizável. Seu grau de efetividade equivale ao grau de garantismo de um sistema penal.

No sistema penal brasileiro, calcado na necessidade de fundamentação do cálculo da pena privativa de liberdade, a reforma penal de 1984, adotou o sistema trifásico de Nelson Hungria, expresso no artigo 68 do Código Penal<sup>13</sup>. Observa-se, que os critérios para a dosagem da pena são rígidos. No entanto, não se pode deixar de optar por um direito penal moderno, o qual deve levar em conta o fato cometido e se abster de valorações essencialmente morais.

Desta forma, em consonância com o artigo 68, o julgador atenderá às três etapas da quantificação da reprimenda: primeiramente o cálculo da pena-base, que levará em conta as circunstâncias judiciais do artigo 59; na sequência serão valoradas as circunstâncias agravantes e as circunstanciais atenuantes, previstas nos artigos 61 e 62, 65 e 66, resultando na pena provisória e, por fim, a terceira e última fase destina-se à pena definitiva, que levará em conta as causas de aumento e diminuição da pena, previstas na parte geral e na parte especial do Código Penal.

O artigo 59 do Código Penal elenca um rol de circunstâncias a serem consideradas na primeira fase da aplicação da pena, prevendo que o juiz, ao considerar a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias, as consequências e o comportamento da vítima, deve eleger a pena aplicável (se existir cominação alternativa); a quantificação da pena; a determinação do regime inicial de cumprimento e, por último, a possibilidade de substituir a pena privativa de liberdade por outra espécie de pena (restritiva de direito ou multa).

Ao tratar especificamente sobre a pena-base Paganella Boschi (2011, p. 182) afirma que o modelo não oferece indicações claras sobre a medida

---

<sup>13</sup> Art. 68, CP – A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

justa da pena-base, conferindo ao magistrado maior liberdade para fixar a quantificação. Entretanto, essa liberdade não é ilimitada, estando submetida às restrições impostas pelo devido processo legal, com especial observância aos postulados da proporcionalidade, da motivação e da ampla defesa. O critério não é mecânico ou aritmético, pois a avaliação negativa das circunstâncias judiciais requer aprofundada análise dos elementos probatórios. Nesse sentido é a recomendação para que as circunstâncias sejam analisadas individualmente, acompanhadas de fundamentos que as sustentem.

Paganella Boschi (2011, p. 183-187) orienta que se a análise das circunstâncias judiciais for positiva, a pena permanecerá no mínimo legal (grau mínimo de reprovação); se algumas circunstâncias forem valoradas de forma negativa a pena-base deverá ser quantificada um pouco acima do mínimo legal; se, entretanto, o conjunto das circunstâncias forem desfavoráveis ao acusado (valoradas negativamente), a pena-base deve aproximar-se do termo médio (somando-se as penas mínima e máxima previstas em abstrato e dividindo o resultado por dois). Para Paganella Boschi (2011, p. 187), o termo médio atua como um escudo de proteção contra os excessos, reservando-se para as fases seguintes as novas quantificações, ajustando-se à funcionalidade do método trifásico.

No entanto, fundadas críticas alcançam a grande maioria das circunstâncias judiciais do artigo 59. Para Carvalho (2004, p. 31-32), no momento da cominação da pena, o sistema revela toda sua perversidade ao permitir a utilização de elementos essencialmente morais, carentes de significado, sem verificação probatória.

Tavares (2011, p. 129) afirma que os elementos do artigo 59 impõem que na condenação o julgador estabeleça os limites máximos da reprimenda pela determinação da culpabilidade, uma vez que delimitada no máximo pela culpabilidade, a pena só poderia ser diminuída e as demais circunstâncias do artigo 59 seriam critérios complementares e que deveriam ser considerados em favor do réu e não contrários a ele. Não sendo assim, se estaria atribuindo uma pena dissociada do fato e inserindo fatores morais, que não são inerentes à reprovabilidade jurídica.

Ao tratar sobre erros frequentes na aplicação da pena, Queiroz (2010, p. 366-369) afirma que não é incomum que elementos inerentes à própria estrutura do crime (tipicidade, ilicitude e culpabilidade) sejam revalorados no momento da dosimetria, ou seja, considerados como circunstâncias judiciais os próprios pressupostos da condenação, em

*flagrantibus in idem*. Exemplificando: ao julgar funcionário público por crime cometido contra a Administração Pública, considerar a conduta do réu mais reprovável porque “violou a confiança inerente ao exercício da função pública”, como se a conduta já não fosse mais severamente punida, com penas mais elevadas em abstrato, justamente em razão dos deveres inerentes ao cargo ou função. Considerar, ainda, os motivos do crime que fazem parte da própria figura típica, como: “libido exacerbada ou falta de pudor”, nos crimes sexuais; “ganância/ambição/ganho fácil” nos crimes patrimoniais ou tráfico de drogas; “desprezo à pessoa humana” nos crimes contra a vida.

Por isso, não há como não reconhecer que a prisão tem sempre contrariado seu modelo teórico e normativo, ou seja, vai muito além da privação de um tempo abstrato de liberdade. Ela contempla múltiplos elementos de aflição corporal manifestados na forma de “tratamento”. O que a diferencia das penas corporais antigas é somente porque se prolongam no tempo e perduram por todo o cumprimento da pena. Além disso, à aflição corporal se agrega a aflição psicológica, ou seja, a solidão, a submissão disciplinar, a perda da sociabilidade e de afetividade e, conseqüentemente, da identidade. Há, ainda, a aflição específica, ligada à pretensão reeducativa e a tratamentos dirigidos a transformar o prisioneiro (FERRAJOLI, 2008, p. 204).

Por isso, afirma Foucault (2004, p. 251) vive-se em uma sociedade do “professor-juiz, do médico-juiz, do educador-juiz, do assistente social-juiz” e todos fazendo reinar a universalidade do normativo e cada um deles do ponto em que se encontra submete o corpo, os gestos, os comportamentos, as aptidões, as condutas, os desempenhos.

Ferrajoli (2008, p. 206) propõe que se deve refletir se não é o momento de romper com esse círculo vicioso que envolve a incerteza da pena, sua desigualdade, a falta de correspondência entre pena legislativa, pena aplicada e pena executada, o arbítrio a que fica submetida a concreta dosimetria da pena e a liberdade interior do detento e que transgride o primeiro princípio do liberalismo, ou seja, o direito de cada um de ser e de permanecer como é e, portanto, a proibição para o Estado de intrometer-se na personalidade do cidadão para transformá-lo moralmente mediante medidas premiativas ou punitivas, irrogadas pelo que ele é e não pelo que fez.



## **O julgador e a individualização da pena: direito penal de autor ou direito penal do fato?**

É condição do Estado democrático de direito assegurar a todo homem o livre exercício de seus direitos, desde que não prejudique direitos alheios, impondo-se limites à ingerência do Estado, em campo que pertence à moral, a consciência individual, à convicção humana, na qual um sistema que respeite os direitos humanos não deve intrometer-se (CARVALHO, 2004, p. 30).

Nesse processo construtivo, afirma Marrafon (2010, p. 177), a verdade processual emerge da ação produtiva do magistrado e por se tratar de uma verdade interpretativa artificialmente construída também a partir de escolhas normativas de uma sociedade, o caminho percorrido pelo magistrado deve levar, de forma prudente, a uma decisão a ser considerada juridicamente justa. Nesse viés, deve o julgador, sempre que possível, escolher corretamente o parâmetro normativo e sua interpretação, ajustando sua adequação aos fatos e ao procedimento juridicamente válido.

E nesse contexto, as circunstâncias do artigo 59 não são, segundo Tavares (2011, p. 129), “espadas cortantes nas mãos do julgador, e, sim, circunstâncias de ponderação submetidas ao crivo de necessidade e de proporcionalidade”.

Carvalho (2004, p. 31) enfatiza que a existência de princípios limitativos ao arbítrio legislativo se torna ineficaz se na prática forense tais normas são inobservadas, ou seja, a satisfação dos direitos fundamentais pelo operador do direito demonstra sua maior ou menor adesão ao sistema normativo do Estado democrático de direito.

Por isto, afirma Tavares (2011, p. 128), o processo de individualização da pena não pode prescindir de uma delimitação prévia, auferida no momento da condenação, ou seja, separar o momento da configuração do delito do momento da individualização ignora as exigências delimitadoras do poder de punir e deixa em aberto as portas para um imensurável *bis in idem*. Quando o julgador individualiza a pena, não pode invocar novamente os mesmos elementos do juízo de culpabilidade que fundamentaram o delito e já foram considerados no momento da condenação.

A tarefa de individualizar a pena, não é um simples cálculo matemático, mas um processo de avaliação e reflexão e, assim, sendo, os

elementos dessa individualização devem ser examinados sob a perspectiva estrita do princípio da legalidade e da defesa dos direitos fundamentais, o que será apenas possível vinculando o juízo de culpabilidade ao conteúdo do injusto do fato, com a exclusão de juízos morais e finalidades estranhas aos estritos limites da incriminação (TAVARES, 2011, p. 152).

É recorrente, segundo Queiroz (2010, p. 368), valorar circunstâncias de um direito próprio de autor, como afirmar que o réu tem “personalidade agressiva”, “personalidade voltada para o crime”, castigando-se pela via indireta o que não o é pela via direta e permitindo que o Estado possa coagir os cidadãos a não serem agressivos, malvados, confundindo-se direito e moral e punindo-se o autor não exatamente pelo que fez, mas pelo que é. O autor destaca, ainda, a tendência de se dar à sentença caráter exemplificador, com a finalidade de prevenção geral, especialmente no crime de tráfico de drogas, com expressões como: “o tráfico é um mal que assola toda a humanidade e que precisa por isso, ser exemplarmente punido, para que possamos dar um fim a isso”, atribuindo-se a partir desse argumento, penas altas em demasia, dissociadas do fato concreto e transcendendo o merecimento do autor, vez que não se estaria julgando o traficante, mas o tráfico, em flagrante generalização e não individualização.

Zaffaroni e Batista (2003, p. 131-133) ao tratar de direito penal de autor, afirmam que para esse direito, o estado é uma escola autoritária, calcada na disciplina que as pessoas devem, não apenas cumprir, mas introjetar e as agências jurídicas são tribunais disciplinares incumbidos de julgar até que ponto as pessoas absorveram as orientações estatais, ou seja, não se censura o ato, mas a existência.

Assim, para o direito penal de autor, o delito é signo de uma falha em um aparato complexo e esta pequena falha acarretaria um perigo para o mecanismo maior, que é a sociedade, indicando um estado de periculosidade. As agências jurídicas estariam incumbidas do reparo e neutralização das peças defeituosas, com aparatos mecanicamente determinados. Por sua vez, o direito penal do ato conceberia o crime como um conflito que resulta em uma lesão jurídica, produzida por um ato humano como decisão autônoma de uma pessoa responsável e que pode ser censurado e retribuído o mal na medida de sua culpabilidade.

A imposição de penas maiores àquelas pessoas que já cometeram outros delitos e foram condenadas anteriormente, indica uma enorme contradição, ou seja, a culpabilidade destas é menor porque sua origem de classe e escassa escolaridade lhes reduziram o espaço social, as

criminalizações anteriores os estigmatizaram e os deterioraram, diminuindo-os ainda mais e para sustentar essa prática renuncia-se à culpabilidade pelo ato e emprega-se uma culpabilidade de autor, como uma censura a toda sua existência (ZAFFARONI; BATISTA, 2033, p. 120).

Os institutos que carregam os piores efeitos no direito penal brasileiro são os voltados à vida pregressa do apenado, relacionados aos maus antecedentes criminais e à reincidência. Carvalho (2013, p. 155) destaca que para além do aumento de pena imposto, muitos outros malefícios ocorrem na fase posterior, com forte característica prisional, ao vedar benefícios descaracterizantes e, ainda, ser fator determinante para a decretação de prisões cautelares.

Rosa e Khaled Jr (2014, p. 79) questionam sobre o que se deseja do direito penal: a reprovação pelo ato, pelo que o sujeito fez no caso concreto ou reprova-se pela personalidade, pelo que se é e o que se diz que ele é? Obviamente que um direito penal do autor não é desejável ou aceitável em um Estado Democrático de Direito.

Então, seja qual for a perspectiva com a qual se queira fundamentar o direito penal do autor, não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que resulte em violação a sua autodeterminação: um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais penaliza o “ser”, mas o seu agir (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2004, p. 116).

O magistrado exerce seu ofício a partir de um lugar de grande tensão: exerce poder, mas também é submetido ao poder: poder das instâncias superiores que esperam conformidade em relação às suas orientações e o poder da pressão social exercida e estimulada pela mídia, com apelo punitivista de combate ao inimigo. Isto ocasiona reproduções do mesmo e a sentença acaba sendo o resultado complexo de um ilegítimo processo de fabricação coletiva e não o produto de um juiz independente e consciente da dimensão política do seu ofício. Diante disto, é necessário romper com a tradição inquisitória da verdade violenta e a obsessão em perseguir o inimigo e pensar para além da reprodução ideológica da violência (ROSA; KHALED JR, 2014, p. 38-39).

Carvalho (2014, p. 53,54) acredita que há um caminho a ser seguido: deve existir empatia entre o juiz e o acusado, conseguir se colocar no lugar (dor) do outro e aí estaria a raiz da solidariedade. Sentir as dores do outro é dar a ele a resposta penal menos dolorida possível, com decisões

humanas e não meramente vingativas, perceber, além do bem e do mal, que o acusado é um humano com a mesma dimensão daquele que o julga.

Por fim, a utilização da pena como única forma de enfrentar a violência emerge, para o Estado atual, como uma tarefa que se ajusta ao seu ideário, sem buscar, em princípio, qualquer melhoria material, tanto da pessoa afetada, quanto das condições que deram causa ao conflito, preenchendo apenas um efeito simbólico. E o uso do instrumento simbólico, ao mesmo tempo em que desonera o Estado de tarefas assistenciais, fomenta maior intensificação do processo de exclusão social fortalecendo a estrutura autoritária de poder (TAVARES, 2008, p. 450).

Desta forma, afirma Karam (2009, p. 8) a eficácia das normas e direitos fundamentais implica sempre em uma postura que contribua para a redução máxima do direito penal, até a sua ideal abolição. Uma postura que não imponha regras morais, que garanta a liberdade de escolha, que efetive a regulação racional das condutas humanas, resultando numa intervenção mínima nas restrições à liberdade, impostas apenas como exceções, quando realmente forem indispensáveis à garantia da coexistência entre as pessoas.

### **(Re)situando o argumento: intersubjetividade de valores democráticos (na sentença penal condenatória e na vida)**

As ciências criminais do “hoje” requerem um juiz pensante, consciente de sua própria humanidade e de seu papel no mundo. “O juiz assume uma nova posição no Estado Democrático de Direito e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um” (LOPES JR, 2005a, p. 283).

Ocorre que o caminho do acordo é também o caminho da igualdade. E a isonomia material somente poderá ser alcançada mediante a consolidação dos direitos fundamentais, inclusive nos meandros mais obscuros da mente humana. O magistrado é, também, elemento ao (des)equilíbrio da balança.

Os juízes precisam entender a Constituição e considerar verdadeiramente o que está contido nela assumindo, então, função ativa à proteção ao outro, entendido como “aquele que chega de fora, fora do âmbito dilatado de meu poder intelectual e de sua tendência de considerá-

lo nada mais do que uma representação lógica do meu intelecto” (TIMM DE SOUZA, 2004, p. 120)

A defesa da eficácia da proteção aos direitos fundamentais é comumente fértil em áreas jurídicas diversas da criminal. As garantias, em sede do direito civil, por exemplo, integram aquilo que o “senso comum teórico dos juristas” considera como um discurso politicamente correto, aceitável. Mas em sede da justiça penal a lógica se inverte, sucumbindo a noções arbitrárias de segurança, ordem e defesa social. Nas ciências criminais, “os direitos humanos são comumente relativizados, flexibilizados em nome de uma eficiência sistêmica cujas regras conservam uma lógica institucional (AMARAL; GLOECKNER, 2013, p. 169).

Contraditoriamente, os direitos da pessoa humana servem, então, para justificar a intervenção punitiva, ignorando-se os limites máximo e mínimo (FELDENS, 2005, p. 38) da atuação criminal, revelados mediante a:

- 1) autorização de proteção a bens jurídicos fundamentais;
- 2) demarcação de qualquer ação legislativa ou judicial, pelo amparo a estes mesmos direitos.

A inversão de tais limites representa, por si só, uma infração à ordem constitucional e significa que a fonte de “legitimação” das ciências penais está viciada.

Ocorre que o direito do “hoje” é incompatível com tamanha arbitrariedade institucionalizada. Direito é expressão de justiça, de igualdade e de solidariedade e não é possível que ele mesmo se revista de caráter opressor. Afinal, a plenitude do ser humano como fim e não como mero objeto de mundo ético é pressuposto de toda e qualquer atividade jurídica.

Nesta perspectiva, premente uma releitura dos conceitos tradicionais de vigência (aspecto formal) e validade (aspecto substancial). Exigindo-se, então, além de uma submissão ao processo legislativo, um processo de conformidade das regras infraconstitucionais a normas fundamentais. As leis passam, assim, a possuir conteúdo material.

Dentro desta ótica, o juiz não é mais repetidor da lei e seu poder criativo é amplo para aplicar a norma válida além de, a partir dela, consolidar os valores de uma sociedade democrática.

As circunstâncias judiciais descritas no art. 59, CP, representam, neste contexto, importante espaço de hermenêutica judicial que pode, ou não, estar vinculada aos valores democráticos de proteção ao indivíduo.

A dinâmica legislativa permissiva de conceitos abertos, tais como culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias, consequências e o comportamento da vítima, requer do juiz análise verdadeiramente imparcial, eximindo-se de preconceitos e posturas discriminatórias, à teor dos nefastos processos de criminalização secundária.

Assim é, por exemplo, a análise da conduta social, personalidade e circunstâncias podem ser influenciadas pelo que o magistrado pensa, em seu íntimo, acerca do aborto, homossexualidade, prostituição, marginalidade ou “vadiagem” em abstrato, entre outras... até por que, já consignamos que o juiz não é neutro e suas vivências do mundo, experiências e relações formam concepções íntimas e, por vezes, veladas...

Assim, uma verificação centrada na subjetividade pessoal de quem decide pode não ser compatível com a realidade do caso concreto, fazendo com que uma leitura parcial revista-se em enormes injustiças que darão o tom da restrição de um direito fundamental: a liberdade.

Por isso, é imprescindível que o magistrado assuma uma posição crítica relativa ao seu fazer. O juiz não é neutro, mas a consciência da possibilidade de distorção interior dos fatos, devida à fatores subjetivos e alheios ao caso penal, pode coibir julgamentos discriminatórios. Para tanto, o ator jurídico deve estar aberto à introjeção de valores constitucionais, para que, ao lado das mais corriqueiras manifestações mundanas, possa exercer influência positiva à falibilidade do seu fazer cotidiano.

Eis a tarefa.....

## **Referências**

AGAMBEN, Giorgio. *O que é contemporâneo? e outros ensaios*. Tradução de Vinícius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

CARVALHO, Amilton Bueno de; CARVALHO, Salo. *Aplicação da pena e garantismo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

\_\_\_\_\_. *Direito penal a marteladas (Algo sobre Nietzsche e o Direito)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

\_\_\_\_\_. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo Penal de emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

COUTINHO, Jacinto Miranda. Introdução aos princípios gerais do Processo Penal. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*. Curitiba, n. 30, ano 30, p. 163-198, 1998.

DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

FELDENS, Luciano. *A constituição penal*. 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Democracia y garantismo*. Edição de Miguel Carbonel. Madri: trota, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Alice Bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, José Antônio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir – História da violência nas prisões*. 28.ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2004.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Conhecimento e aceleração (mito, verdade e tempo). In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 1-16.

GIACOMOLLI, Nereu José. Exigências e perspectivas do Processo Penal na contemporaneidade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *Criminologia e sistemas penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 274-294.

\_\_\_\_\_. *Reformas(?) do Processo Penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GRAMSCI, Antônio. *Cadernos do cárcere*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. *Recuperar o desejo de liberdade e conter o poder punitivo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v.1.

LOPES JR. Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. *Introdução crítica ao Processo Penal*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005a.

\_\_\_\_\_. *Sistemas de investigação preliminar no Processo Penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005b.

MARRAFON, Marco Aurélio. *O caráter complexo da decisão em matéria constitucional: discursos sobre verdade, radicalização hermenêutica e fundação ética na práxis jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORETTO, Rodrigo. *Crítica interdisciplinar da pena de prisão: controle do espaço na sociedade do tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

NASSIF, Aramis. reflexões crítico-fragmentárias sobre a sentença penal. In: CARVALHO, Salo (Org.). *Leituras constitucionais do sistema penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 209-219.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_. A transição democrática no Brasil e o sistema de justiça criminal. In: Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX. *Ciclo de Conferências*. Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra. Coimbra, 06 de novembro de 2012.

QUEIROZ, Paulo. *Direito penal- parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da; KHALED JR, Salah H. *In dubio pro hell: profanando o sistema penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

\_\_\_\_\_. *Decisão penal: a bricolage de significantes*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 13ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

TAVARES, Juarez. Culpabilidade e individualização da pena. In: NASCIMENTO, André (Org.) *Cem anos de reprovação*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



\_\_\_\_\_. Reflexões sobre a relação “violência e criminalidade”. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (Coord). *Direito penal no terceiro milênio*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Ricardo Timm. A racionalidade ética como fundamento de uma sociedade viável: reflexos sobre suas condições de possibilidade desde a crítica filosófica do fenômeno da “corrupção”. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). *A qualidade do tempo: para além das aparências históricas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111-137.

WARAT, Luis Alberto. *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

\_\_\_\_\_. *O Ofício do Mediador*. Florianópolis: Habitus, 2002.

ZAFFARONI, E. Raúl e BATISTA, Nilo. *Direito penal Brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

\_\_\_\_\_; PIERANGELLI, José Henrique. *Manual de Direito penal Brasileiro – parte geral*. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

# PRISÃO, DIVERSIDADE HUMANA E O TRABALHO DO PSICÓLOGO

Camila Lorenzoni Cortina \*

Celso Francisco Tondin \*\*

Vanessa Tais Burnier \*\*\*

---

## Introdução

O presente texto toma por base a pesquisa que se constituiu como Trabalho de Conclusão apresentado no segundo semestre de 2014 ao Curso de Psicologia da Universidade Comunitária da Região de Chapecó. O recorte a que nos deteremos no presente artigo se refere à reflexão sobre a prisão como instituição que desconsidera a diversidade sociocultural e sexual e aborda, também, o trabalho do psicólogo neste contexto.

Com relação à prisão, Foucault (2009) a percebe como instituição proposta a privar da liberdade os indivíduos que infringiram a lei e se configura como aparelho do Estado que objetiva discipliná-los e modificá-los, com base em princípios legais e morais. Vem, através de seus mecanismos de repressão, isolar e corrigir, seguindo uma lógica de controle, vigilância e regulação, visando à adequação dos apenados ao sistema vigente.

No campo da Psicologia Social, Goffman (2003, p. 17) reflete que, historicamente, a prisão constituiu-se a partir de prerrogativas punitivas. O autor a define como instituição total, no sentido de que é um local “(...) organizado para proteger a comunidade contra perigos intencionais, e o bem-estar das pessoas assim isoladas não constitui o problema imediato (...)”. Nessa perspectiva, as instituições totais se caracterizam pela ruptura

---

\* Graduada em Psicologia pela Unochapecó.

\*\* Doutor em Psicologia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor do programa de pós-graduação stricto sensu em Educação da Unochapecó.

\*\*\* Graduada em Psicologia pela Unochapecó.

com o mundo exterior que causa na vida do internado, considerando que ele fica em confinamento. Se antes o sujeito se encontrava inserido em um contexto social, em que participava de diferentes atividades, como por exemplo, trabalho, vida familiar, lazer, estudo, sexo, em uma instituição total ele passa a realizar tudo em um mesmo lugar, porém este tudo é o que lhe for determinado.

O trabalho estrutura-se da seguinte maneira. Na parte seguinte, é inicialmente apresentada a metodologia de pesquisa e na sequência os resultados dela, organizados em dois tópicos: a) a prisão enquanto instituição total punitiva e sua relação com a questão da diversidade; e b) a inserção da Psicologia neste contexto. Na parte da conclusão, são tecidas breves considerações sobre o desafio que a situação de desconsideração das diferenças no sistema prisional oferece ao trabalho do psicólogo.

### **Desenvolvimento metodológico**

Trata-se de pesquisa de cunho qualitativo, como considera González Rey (2005), pois tem como principal preocupação a compreensão de fenômenos tal como se apresentam em determinada realidade, com foco nas vivências, percepções, sentimentos, expectativas, atitudes, significados, representações sociais e crenças dos sujeitos e contexto pesquisados. A cartografia foi adotada, a partir de Barros e Kastrup (2009), como estratégia de investigação na busca da compreensão acerca da complexidade e processualidade que envolvem as relações humanas de um modo geral.

A pesquisa aconteceu em uma penitenciária masculina do estado de Santa Catarina, onde estavam aprisionados, no período de realização da pesquisa (primeiro semestre de 2014), 650 condenados que cumpriam pena em regime fechado e outros 350 detentos que estavam em regime semiaberto. Não obtivemos dados específicos acerca destas pessoas, mas no que se refere ao perfil da população carcerária, a faixa etária dos apenados compreende as idades de 18 a 50 anos e, na sua grande maioria, tem grau de instrução entre o ensino fundamental e o ensino médio (Conselho Nacional de Justiça, 2014).

As técnicas de pesquisa utilizadas foram observação, conversas informais e entrevistas semiestruturadas. As entrevistas tomaram por base a ideia de “entrevistas reflexivas”, conceito tomado de Banister (apud SZYMANSKI, 1995). Foram entrevistados quatro apenados e quatro

profissionais que nesta pesquisa são identificados, a fim de manter o anonimato, por meio de nomes de deuses da mitologia grega.

As informações produzidas a partir do uso das citadas técnicas foram registradas em diários de campo, de modo que as informações referentes ao local, atores, conteúdos das entrevistas, procedimentos e recursos utilizados foram documentadas tanto em uma perspectiva factual e informacional (notas descritivas) quanto de reflexiva (notas analíticas). Através dos escritos foi possível transmitir o que observamos, sentimos, ouvimos, enfim, o que vivenciamos no campo onde a pesquisa aconteceu.

### **A prisão enquanto instituição total punitiva e a questão da diversidade**

Foucault (2009), em sua obra *Vigiar e punir*, discute sobre a prisão e sua constituição durante a história, abordando a transição do castigo físico explícito para a dinâmica da privação de liberdade. Assim, o filósofo resgata o fato de que, no Império Romano, assegurava-se que o julgamento fosse secreto, contudo, determinava-se que a punição fosse pública para que servisse de exemplo. O corpo era punido em forma de espetáculo, de modo que ele não fosse levado à morte de forma imediata, mas passasse antes por torturas corporais severas. Além disso, antes disso, muitas das confissões eram feitas sob tortura, que era fonte de investigação.

Em meados do século XVIII, “(...) o sofrimento físico, a dor do corpo não são mais os elementos constitutivos da pena (...)” (FOUCAULT, 2009, p. 16). O desaparecimento do suplício constituiu assim um novo processo de punição. Com a superação deste período histórico, começou-se a se pensar em uma forma de penalizar o sujeito com uma prospecção supostamente mais humanizada. Configurava-se, então, o universo da prisão, da repressão, da transformação dos corpos para torná-los dóceis, suscetíveis, disciplinados. Essa transição, entre o suplício e a prisão, ocorreu entre os séculos XVIII e XIX, na Europa.

O instituído, o cumprimento rigoroso de horários e atividades estabelecidos pela prisão, é aplicado a um grupo de pessoas – presos, que estão submetidos à vigilância de um superior – profissionais e direção, agentes do Estado. Assim, os internados, que chegam à instituição com suas rotinas, suas culturas, passam, conforme Goffman (2003, p. 24), a “despir-se do seu eu”, acontece como que uma espécie de mortificação do eu, uma ruptura com o mundo externo para uma apropriação de um universo composto por rotinas, regras, as quais deturpam, humilham, rebaixam esse eu. A identidade é substituída por um número. Mais um

número, como outro qualquer, assim como relata o apenado Eros: “(...) na contagem de manhã ficam gritando a matrícula e batendo nas grades pra acordar a gente.” Os sujeitos tornam-se anônimos; seus bens se restringem à escova de dente e outros pequenos pertences; despidos de suas decisões pessoais, todos uniformizados, passam a ser a “massa carcerária”, termo que ouvimos frequentemente em nossa pesquisa.

A prisão, como instituição total, homogeneiza subjetividades e culturas. O contexto prisional, com suas verdades instituídas, atua da mesma maneira perante a pluralidade social, cultural e sexual que nele se encontra. Esta pluralidade muitas vezes produz conflitos entre os apenados à medida que, na prisão, convivem diferentes modos de ser e viver, marcados por trajetórias em que as práticas de crimes também são muito diversas, como menciona o apenado Poseidon: “(...) tem gente de todo tipo aqui, tem os que tão aqui por causa da barriga, porque pra eles é melhor ficar aqui do que ir pra rua e trabalhar.”

Desse modo, constata-se que a diversidade, além de suscitar a existência dos mais variados motivos pelos quais os sujeitos foram parar no contexto prisional, revela que a realidade social em que a quase totalidade deles vive (lembramos que o sistema prisional brasileiro é povoado quase que exclusivamente por pobres) é marcada pela violência, fome, abandono etc, porém, por mais degradante que a prisão seja, existem condições de vida muito piores fora dela, o que nos remete ao sistema capitalista, que consegue tornar, pelas consequências da desigualdade social, os lugares de onde os presos vieram talvez piores do que a prisão, assim como ela mesma é fruto deste sistema.

Como instituição total punitiva, a prisão desconsidera as diferenças culturais, étnico-raciais, socioeconômicas, de orientação sexual etc., existentes entre os apenados. Não que seja de todo negativo que haja uma certa não distinção entre os indivíduos, mas esse mecanismo corresponde, numa análise mais apurada, a uma desconsideração das singularidades subjetivas e diversidades socioculturais e sexuais. O único critério utilizado para definir quem é o apenado e aonde ele será alocado (regime fechado, semiaberto ou de segurança máxima) é a “gravidade” do delito/crime, isto é, este é único marcador identitário que o define e pelo qual ele é reconhecido no contexto institucional.

## A Psicologia e o sistema prisional

O sistema prisional não considera a história, os desejos, as características, os interesses e aptidões do sujeito apenado. Este é focado única e exclusivamente pela ótica do crime, como indivíduo criminoso. Essa perspectiva dificulta as possibilidades de implementação de programas, intervenções e estratégias de “ressocialização”, com base em uma concepção de sujeito de direitos, como ser singular.

Como vimos, a prisão se configurou ao longo da história como local de aprisionamento do sujeito, uma forma punitiva de retirá-lo do convívio social; o sujeito é desapropriado de sua própria vida, está sob a responsabilidade, vigilância e tutela do Estado. Protegido pela lei e sob suposto tratamento penal, mas, na realidade, à mercê da sorte, considerando as condições desumanas e aniquiladoras das subjetividades que encontramos na quase totalidade das prisões do nosso Estado e de todo o país. O arsenal prisional produz um estereótipo acerca do sujeito que se encontra privado de liberdade: “O estereótipo do criminoso como um indivíduo de alta periculosidade, intratável, mau-caráter” (CROCHÍK, 1997, p. 26).

Nesta pesquisa, foi possível perceber que o trabalho com os apenados nem sempre acontece de modo a garantir o que se espera da prisão, a “ressocialização”. A agente profissional Íris argumenta que “(...) colocam eles aqui querendo que o sistema ressocialize esses indivíduos, mas ressocializar como, se nem sociáveis são, porque se fossem não estariam aqui, saberiam cumprir as leis lá de fora”. Essa concepção, de certo modo impactante, individualiza e culpabiliza o sujeito apenado, ignorando a complexidade do sistema socioeconômico, como as condições de moradia, oportunidades de educação, acesso à saúde, saneamento, contexto familiar, afetivo, comunitário, que nos remete a pensar a prisão como efeito de inúmeras outras questões que perpassam o meio social.

Dito de outra forma, a prisão não promove a cidadania, mas acaba por fazer parte do “(...) conjunto de técnicas e de instituições que assumem como tarefas medir, controlar e corrigir os anormais, faz funcionar os dispositivos disciplinares (...)” (FOUCAULT, 2009, p. 189). Dispositivos estes que têm como representação mais evidente a invenção, no século XIX, da figura arquitetônica do *Panóptico de Bentham*, cujo princípio é “(...) trancar, privar de luz e esconder” (FOUCAULT, 2009, p. 190), transformando os que ali estão submetidos em detentos. Sob a consciência do detento de submissão ao controle e poder estabelecidos pelos olhares

dominantes “(...) o Panóptico pode ser utilizado como máquina de fazer experiências, modificar o comportamento, treinar ou retreinar os indivíduos. Experimentar remédios e testar seus efeitos. Tentar diversas punições sobre os prisioneiros (...)” (FOUCAULT, 2009, p. 193). Desse modo, o sujeito fica susceptível, disponível ao sistema, que encarcera, vigia, pune, testa, reprime, condena, expõe, humilha, segrega, disciplina.

A inserção do profissional na área da Psicologia no sistema prisional brasileiro, como até aqui caracterizado, aconteceu na década de 1960, na cidade de Rio de Janeiro, como afirma o Conselho Federal de Psicologia:

No Brasil, antes mesmo de a Psicologia ser reconhecida como profissão (1962) já se encontravam psicologistas no campo da justiça criminal. Segundo a Cartilha “Diretrizes para atuação e formação dos psicólogos do sistema prisional brasileiro” (2007), a ciência psicológica está presente nas prisões desde a época de 1930, marcada pelo discurso médico da psiquiatria sobre o indivíduo criminoso. (Conselho Federal de Psicologia, 2012, p. 42)

A inserção dos profissionais de Psicologia no sistema prisional está em um campo de inúmeros desafios. A atuação nesse contexto deve se embasar em ações éticas, transformadoras, visando o respeito aos sujeitos na sua integridade, tanto física como moral. Como também afirma o Conselho Federal de Psicologia:

O grande desafio da Psicologia é apresentar as suas contribuições para o exercício da crítica dos fundamentos subjetivos que sustentam as nossas instituições, revelar os processos de produção da experiência social a partir de uma perspectiva que incorpore as dimensões subjetivas, dos significados, sentidos, afetos, emoções, valores e colaborar para que as nossas políticas públicas rompam o seu caráter formal, universalista e abstrato, para trabalhar com as configurações concretas das tramas que constituem a vida dos sujeitos-cidadãos no seu cotidiano. (Conselho Federal de Psicologia, 2012, p. 8)

Portanto, a Psicologia pode contribuir com seus conhecimentos acerca da complexidade do ser humano, vislumbrando assim um trabalho interdisciplinar e multiprofissional pautado em práticas humanitárias, de modo a desenvolver uma atuação diferenciada no contexto prisional que vá ao encontro de uma proposta que promova o respeito aos direitos humanos e à diversidade sociocultural, favorecendo processos de subjetivação que quebrem a homogeneização que tem dominado historicamente esta instituição.

O Conselho Federal de Psicologia (2012, p. 29-30), no documento *Referências técnicas para a atuação do psicólogo no sistema prisional*, considera que “(...) esse sistema prisional, ideal ou trágico, é um subproduto do nosso contexto social, dependente das formas de produção econômica da reprodução dos valores sociais da nossa época”. Dessa forma, acreditamos que, enquanto profissionais em Psicologia, socialmente afetamos e somos afetados pelo contexto prisional, e que podemos vir a contribuir com a construção de um sistema social e também o carcerário mais igualitário e respeitoso dos direitos humanos. Ou seja, a Psicologia pode contribuir com suas teorias, técnicas e seus conhecimentos na luta e na garantia dos direitos do sujeito em situação de privação de liberdade, de modo que cumpra sua pena de forma mais humanizada, possibilitando a sua ressocialização a fim de que possa retomar/assumir sua vida no contexto social.

O profissional atuante nessa área deve buscar “aliados” e criar uma rede de apoio à instituição prisional, de forma a garantir os direitos dos sujeitos privados de liberdade, promovendo ações que garantam a saúde física e mental não apenas destes sujeitos, mas também de suas famílias que, muitas vezes, não possuem condições necessárias para se sustentar na ausência do apenado. Cabe, então, ao profissional de Psicologia realizar um trabalho psicossocial (Conselho Federal de Psicologia, 2012).

Ainda, no que se refere ao trabalho do psicólogo com relação aos apenados entendemos como um trabalho que tem ênfase não só no bem-estar dos encarcerados, mas estende-se à sociedade como um todo. Sendo assim, o trabalho realizado por uma equipe multiprofissional, beneficia-se ainda mais com as contribuições da Psicologia, sendo imprescindível a busca em rever conceitos e preconceitos existentes na sociedade como um todo, ampliando também para a dimensão externa das unidades prisionais.

A resolução do CFP nº 012/2011 preconiza que, em todas as práticas realizadas dentro do âmbito do sistema prisional, o psicólogo deverá visar fielmente os direitos humanos dos sujeitos em cumprimento da pena, visando construir a cidadania por meio de projetos para a sua reinserção na vida social (Conselho Federal de Psicologia, 2011). Desse modo, argumentamos que a atuação do psicólogo dentro do sistema prisional é muito ampla e abrangente do que em geral tem sido feito.



## **Considerações finais**

Detentora de poder e mortificadora do “eu”, a prisão captura as singularidades dos sujeitos, que neste universo passam a ser mais um número, tornando-se assim parte constituinte da “massa carcerária”. Institucionalizados, ao retornarem ao convívio social encontram dificuldades – às vezes até maiores do que as que tinham anteriormente ao encarceramento – nas relações com o mundo e consigo mesmos.

Existem inúmeras barreiras para a realização de ações no contexto de privação de liberdade que vão desde questões políticas que envolvem os profissionais que atuam neste meio, de logística, de segurança que podem vir a impedir ou dificultar ações conjuntas. A ação das facções criminosas que se organizam e atuam no sistema prisional e fora dele dificultam ou até mesmo impedem algumas práticas e ações que possam interferir em seus esquemas. Essa realidade constitui-se em grande desafio para os profissionais que almejam atuar neste contexto, exigindo assim um grande esforço dos profissionais para superarem estas adversidades. É uma luta diária contra o “sistema” que paralisa, dificulta as ações, para que se produza diferenças na vida dos apenados.

A presente pesquisa buscou cumprir o papel de dar visibilidade à realidade de um contexto prisional e contribuir para a disseminação do ideal da igualdade e a necessidade da garantia dos direitos na perspectiva do respeito à diversidade.

## **Referências**

BARROS, Laura Pozzana; KASTRUP, Virgínia. Cartografar é acompanhar processos. In: PASSOS, Eduardo; KASTRUP, Virgínia; ESCÓSSIA, Liliana (Org.) *Pistas do método da cartografia*. Porto Alegre: Sulina, 2009, p. 117-138.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. *Referências técnicas para a atuação das(os) psicólogos no sistema prisional*. Brasília: CFP, 2012.

\_\_\_\_\_; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA / DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. *Atuação do psicólogo no sistema prisional*. Brasília: CFP, 2011.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Dados sobre nova população carcerária brasileira*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

CROCHÍK, José Leon. *Preconceito, indivíduo e cultura*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2006.

FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade I: vontade de saber*. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2009.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. 8. ed. São Paulo: Perspectiva S.A, 2013.

GONZÁLEZ REY, Fernando. *Pesquisa qualitativa e subjetividade*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2005.

SYMANSKI, Heloisa. *Entrevista reflexiva: um olhar psicológico para a entrevista em pesquisa*. São Paulo. EDUC, 1995.

# A EFETIVAÇÃO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NA VISÃO DE PROFISSIONAIS DE SERVIÇO SOCIAL

Clarete Trzcinski\*

Marina Morcelli\*\*

Aronildo Flor\*\*\*

Cristiane Tonezer\*\*\*\*

Sirlei Fávero Cetolin\*\*\*\*\*

---

## Introdução

O Sistema penitenciário necessita configurar-se num espaço de reflexão para fomentar a consolidação dos direitos conquistados pela Lei de Execução Penal (1984) e Constituição Federal (1988). Pretende-se, com este estudo, levantar as dificuldades na efetivação da Lei de Execução Penal LEP, a partir da visão de Assistentes Sociais.

A LEP é um dos instrumentos que normatizam juridicamente a defesa dos direitos e dos deveres dos presos, pois prevê a concessão de benefícios e punições durante a execução da pena. Ressalta-se que nas bibliografias pesquisadas, há várias nomenclaturas para dirigir-se ao preso, tais como: apenado, condenado, recluso entre outros, porém optou-se por transcrever no estudo a nomenclatura “preso”, pois é a mais citada dentro

---

\* Doutora em Engenharia de Produção pela UFRGS. Professora do Curso de Mestrado em Políticas Sociais e Dinâmicas regionais da UNOCHAPECÓ.

\*\* Graduada em Serviço Social pela Universidade do Oeste de Santa Catarina, campus de São Miguel do Oeste.

\*\*\* Graduando em Serviço Social da UNOCHAPECÓ, Bolsista de Pesquisa.

\*\*\*\* Doutora em Desenvolvimento Rural pela UFGS. Professora do Curso de Mestrado em Políticas Sociais e Dinâmicas regionais da UNOCHAPECÓ.

\*\*\*\*\* Doutora em Serviço Social, Professora do Programa de Biociências na Saúde e do mestrado profissional em Administração da UNOESC.

da Lei de Execução Penal, sendo que as outras formas de escrita também estão corretas.

O estudo teve como objetivo principal analisar a efetividade da Lei de Execução Penal em penitenciárias de Santa Catarina a partir da visão dos Assistentes Sociais.

### **As interfaces do sistema penitenciário e as políticas de segurança pública**

O primeiro registro sobre o surgimento de políticas penitenciárias, segundo Paixão (1991), é relativo ao “regime progressivo de tratamento”, a partir de então, ao receber a condenação no regime fechado, o apenado tem a possibilidade de progredir de regime, alcançando o regime semi-aberto, aberto e a liberdade condicional, o objetivo era de motivação moral do preso, por meio de benefícios como a liberdade condicional, individualização e indeterminação da pena. O objetivo inicial das políticas penitenciárias era o de transcender a concepção do castigo, visando a recuperação do apenado.

As políticas voltadas ao sistema penitenciário vêm sendo debatidas em relação à consolidação democrática brasileira, que demonstra estar longe de assimilar novos padrões, rompendo com práticas de arbitrariedade e violência que vinham sendo cultivadas desde a época do regime militar. O aumento nos índices de criminalidade e os problemas institucionais do sistema penal são apontados como as principais causas para a necessidade de reforma e democratização do sistema prisional (SOUZA, 1995).

São amplamente conhecidas as dificuldades e os desafios enfrentados pelo sistema penitenciário em todo país. De acordo com Souza (1995), desde o início da década de 90 até os anos 2000 novos problemas vem surgindo em relação às políticas prisionais. Indubitavelmente pode-se citar que a superlotação, a falta de uma política efetiva de reinserção social, a constante violação de direitos dos presos, a pouca atenção aos egressos, e as condições precárias de trabalho dos agentes do sistema são apenas alguns exemplos das dificuldades.

As mudanças no sistema penitenciário, apesar de vagarosas, vem galgando reformas consideráveis. Para tanto, as contribuições de Beccaria e Howard foram fundamentais, pois instauraram discussões mais humanitárias a este sistema.

Atualmente, no Brasil, podem-se sintetizar várias mazelas do sistema penitenciário. Estas implicam uma mudança de cultura e mentalidade. As mudanças no sistema penitenciário, apesar de vagarosas, vem galgando reformas consideráveis. Para tanto, as contribuições de Beccaria e Howard foram fundamentais, pois instauraram discussões mais humanitárias a este sistema no que se refere à dimensão da punição na legislação brasileira, e na maneira de como vem sendo aplicada pela polícia, Poder Judiciário e Ministério Público (SOUZA, 1995). Contudo mais que cumprir a lei, é preciso parar com os ciclos de violência e reconstruir as relações sociais afetadas pelo crime.

Souza (1995, p. 60) aponta que, “no que compete ao Poder Executivo para alcançar tais transformações, o sistema penitenciário precisa aumentar sua capacidade de articulação institucional com os órgãos do sistema de segurança pública e Justiça Criminal (...)”. Porém, segundo mesmo autor, superar a atual situação de crise pela qual passa o sistema penitenciário, significa contrapor entre a finalidade da pena e a realidade atual, que acaba por reduzir o potencial da política criminal e penitenciária. Esta deveria, por sua vez, garantir a reabilitação da população criminalizada, seja ela encarcerada, ou sob o regime de restrição de direitos. Nesta mesma direção, as contribuições de Foucault (1999) trazem um componente novo e imprescindível para uma compreensão mais profunda, concreta e crítica sobre o sistema penitenciário. Para este autor é possível avaliar a realidade descrevendo e analisando os seus meandros, mas situado nas críticas, sendo necessário dar prosseguimento a elas, com outros direcionamentos propositivos de acordo com o sistema penal. Segundo Foucault (1999) com o novo sistema penal, definido nos séculos XVIII e XIX, um processo global levou os juízes a julgar coisas bem diferentes do que somente crimes. Foram levados “em suas sentenças a fazer coisas diferentes de julgar, e o poder de julgar foi, em parte, transferido a instâncias que não são as dos juízes da infração. A operação penal inteira carregou-se de elementos e personagens extrajurídicos”, cita Foucault (1999, p. 25).

De acordo com o Ministério da Justiça (2009), a partir da perspectiva de uma segurança pública que assume a combinação entre prevenção à criminalidade, repressão qualificada e promoção de direitos, a

Política Nacional Criminal<sup>1</sup> e Política Nacional Penitenciária<sup>2</sup>, devem ser capazes de articular as dimensões sociais e criminais da violência, e enfatizar que as respostas do poder possam aumentar sua capacidade de articulação institucional com os órgãos do sistema de segurança pública e Justiça Criminal, além de promover as mudanças necessárias para alinhar-se ao novo paradigma. Diante da criminalidade mobilizam tanto o direito penal quanto os direitos sociais e civis. A promoção da integração social e da cidadania são garantias de que a política nacional penitenciária incluirá escolarização, profissionalização, atendimento médico, geração de emprego e renda para a população carcerária.

No caso das Políticas de Segurança Pública, a falta de estruturas administrativas especializadas em muitos Estados e a ausência de ferramentas de planejamento estratégico, que orientem a política, são elementos que comprometem a autonomia administrativo-financeira do sistema penitenciário e a própria execução das políticas. Assim, os modelos de financiamento e gestão da política criminal e penitenciária devem ser construídos com foco na participação, na prevenção à criminalidade e na promoção de segurança (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

De acordo com o Ministério da Justiça (2009), reconhecendo que a política penitenciária nacional deve ser pautada pelos princípios da legalidade e legitimidade, também o sistema penitenciário pode se beneficiar de mecanismos de controle formal, tais como corregedorias, ouvidorias e inspetorias. Além de garantirem a transparência da gestão dos estabelecimentos penitenciários, tais instituições podem coibir arbitrariedades e o cultivo de uma cultura de corrupção no interior dos estabelecimentos.

Destaca-se também que as Políticas Penitenciárias ainda não incorporam a dimensão de gênero nas suas práticas. É preciso que o

---

<sup>1</sup> A Política Criminal atua por intermédio da prevenção geral onde a pena dirige-se a todos os destinatários da norma penal, visando a impedir que os membros da sociedade pratiquem crimes; e da prevenção especial onde a pena visa o autor do delito, retirando-o do meio social, impedindo-o de delinquir e procurando corrigi-lo (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

<sup>2</sup> A Política Nacional Penitenciária tem a finalidade de financiar e apoiar a modernização do Sistema Penitenciário Brasileiro, através da educação, tratamento a saúde, e profissionalização dos presos. O foco principal é a redução da criminalidade por meio de integração de políticas de combate ao crime, políticas sociais e mecanismos rígidos de controle e apoio às forças policiais (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

atendimento e a infraestrutura reconheçam as especificidades da população criminal, respeitando seus direitos e identidade. Além disso, é necessário que se forme um conjunto de intervenções técnicas, políticas e gerenciais para que seja efetivo o cumprimento de penas ou medidas de segurança, no intuito de criar interfaces de aproximação entre o Estado e a comunidade (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

Com um plano político, é possível delinear o plano dos programas, ou das políticas voltadas para o Sistema Penitenciário de maneira geral no campo da execução criminal, para que seja efetivo o cumprimento de penas ou medidas de segurança (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

A partir da perspectiva de uma segurança pública que assume a combinação entre prevenção à criminalidade, repressão qualificada e promoção de direitos, a política nacional criminal e penitenciária deve ser capaz de articular as dimensões sociais e criminais da violência e enfatizar que as respostas do Executivo diante da criminalidade mobilizam tanto o direito penal quanto os direitos sociais e civis<sup>3</sup>. A promoção da integração social e da cidadania são garantias de que a política nacional penitenciária incluirá melhor atendimento para a população apenada (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2009).

Diante do sistema penitenciário brasileiro atual, as políticas penitenciárias, juntamente à LEP, segundo o Ministério da Justiça e Secretaria Nacional de Segurança Pública (2009), se tornam ferramentas para reinserção de egressos do sistema punitivo, tendo como premissa a certeza de poder restabelecer socialmente os ex-presidiários. As políticas penitenciárias resultam então, em planos, programas e projetos, que se tornam base para obtenção de informação do quadro social dos presos, e que darão a oportunidade de se reintegrar a sociedade.

---

<sup>3</sup> A Constituição, em seu Art. 6 que inaugura o Capítulo II – “Dos Direitos Sociais” – do Título II estabelece que “são direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a Assistência Social aos desamparados, na forma desta Constituição”. A este capítulo conjuga-se o Título VIII da Constituição dedicado à “Ordem Civil”, o qual tem “como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem estar e a justiça social” (Art. 193). Temos assim que no Art. 7 estão relacionados os direitos civis fundamentais de cada indivíduo, entre os quais: o salário mínimo (inciso IV), a irredutibilidade de salário (inciso VI), o décimo terceiro salário (inciso VIII), o repouso semanal remunerado (inciso XV), férias anuais remuneradas (inciso XVII), licença gestante (inciso XVIII), licença-paternidade (inciso XIX), aviso prévio (XXI) e aposentadoria e integração à previdência social (inciso XXIV).

Considerando os Direitos Humanos na atualidade, o senso comum defende que a Lei não passa de um artifício para se proteger bandidos da cadeia. Os direitos humanos do preso são, muitas vezes, ignorados pela sociedade que o quer ver excluído e punido pelo mal que cometeu a ela própria. Porém, não podemos esquecer que o preso, antes de tudo, também é um ser humano detentor por si só de direitos inerentes a sua essência (BECCARIA, 2002). Não é por ter cometido um crime ou delito que ele deixou de ser humano. Assim, imbuída desse espírito humanístico, nasceu em 1984 a Lei de Execução Penal, nº 7.210/1984 que vem disciplinar o cumprimento da pena previamente estabelecida em sentença ou decisão judicial.

De acordo com Beccaria (2002), a Lei de Execução Penal tem uma amplitude maior, pois ela não protege somente o direito do detento, mas a própria integridade do ser humano, com o fim principal de reinseri-lo na sociedade, e para combater a criminalidade de forma humana e adequada.

A Lei de Execução Penal, em seu primeiro artigo, esclarece que a integração social do preso é um dos seus principais objetivos, já que não basta a punição do preso para combater o crime, pois, um dia este retornando para a sociedade, se não estiver devidamente ressocializado, poderá reincidir na criminalidade.

Art. 1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

Art. 2º - A jurisdição penal dos juízes ou tribunais da justiça ordinária, em todo o território nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.

Parágrafo único - Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Art. 3º - Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.

Parágrafo único - Não haverá qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política.

Art. 4º - O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança. (LEP, Art. 1º, 2º, 3º e 4º)

A promulgação da Lei de Execução Penal buscou garantir o cumprimento da pena no Brasil, tendo como princípio o objetivo de efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e propiciar



condições para a harmônica integração social do condenado e do interno. A LEP, também atua garantindo assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientando o retorno à convivência em sociedade. “A assistência aos condenados aos internatos é exigência básica para se conceder à pena e a medida de segurança como processo de diálogo entre seus destinatários e a comunidade” (SANTOS, 1999, p. 25).

O termo tratado de assistência sugere a prestação de serviços, a atenção e o apoio contínuo, bem como demanda a ação de profissionais qualificados, com competência teórico-metodológica e técnico-operativa para a sua execução nas unidades penitenciárias. Ainda com base na LEP, no interior dessas unidades devem ser desenvolvidos serviços sociais que possibilitem o desenvolvimento harmônico dos presos, respeitado o contexto histórico-estrutural presente em sua vida (SANTOS, 1999).

A responsabilidade de assistência aos presos está atribuída à Lei de Execução Penal que busca, através de sua atuação, a integridade física e moral dos condenados.

De acordo com a LEP é dever do Estado dar assistência ao preso e ao internado, objetivando prevenir o crime e orientando o retorno ao meio social. Essa assistência prevista no Art. 11 se manifesta por meio da assistência material, de saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

A assistência material está prevista no Art. 12, da LEP, o qual dispõe do “fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas”. O Art. 13 fundamenta que “o estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam os presos nas suas necessidades pessoais, além de locais, destinados a venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela Administração”. O fornecimento de alimentação, vestimenta e instalações higiênicas é o mínimo necessário à sobrevivência no cárcere. Sem tais condições certamente o preso perecerá e, com isso, aumentam as chances de acontecer uma rebelião.

De acordo com Santos (1999) a assistência à saúde está prevista no Art. 14 da LEP. Preveem duas modalidades de assistência à saúde, quais sejam, a de caráter preventivo e de caráter curativo. A primeira consiste, ou deveria consistir, em exames médicos realizados no momento da entrada do preso no estabelecimento penitenciário, com o intuito de prever e/ou prevenir determinadas doenças, principalmente as contagiosas, evitando, dessa forma, o contágio dos demais encarcerados. A segunda modalidade consiste em acompanhamentos médicos a serem realizados diariamente, conforme a necessidade de cada preso.

Para Santos (1999), assim como as demais garantias, a assistência à saúde é muito precária no sistema penitenciário brasileiro. Aliás, a assistência à saúde é precária inclusive na rede pública, da qual dependem os cidadãos livres, o que impossibilita, muitas vezes, o cumprimento do Inciso 2º do Art. 14 da LEP, o qual determina que nos casos em que o estabelecimento penitenciário não possuir condições de prover a assistência médica, a mesma deverá ser prestada em outro local.

A assistência jurídica “é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado” (LEP, Art.15). Essa garantia consiste no direito do preso de ser devidamente assistido por um advogado. Grande parte da população carcerária não possui recursos para constituir advogado em prol de sua defesa e, no Brasil, não há efetiva prestação de tal assistência, fato este que resulta em penitenciárias lotadas, presos revoltados e consequentes rebeliões (SANTOS, 1999).

Na Lei de Execução Penal, a assistência educacional está prevista no Art. 17, onde “compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”. No Art. 18 do mesmo diploma legal, dispõe-se acerca da obrigatoriedade do ensino de 1º grau, “integrando-se no sistema escolar da Unidade Federativa”.

Na teoria, a assistência educacional garantirá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado no sistema penitenciário, o que é de grande valia, pois, muitos presos não possuem escolaridade, o que dificulta sua entrada no mercado de trabalho.

A LEP assegura o direito de assistência religiosa em seu Art. 24, “a assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa”.

Um dos principais objetivos da execução penal é propiciar a reintegração social do apenado, e a assistência religiosa tem sido muito importante para alcançar tal fim. A religião é, entre outras, a instituição mais competente e eficiente para moldar o caráter humano, fazendo com que pessoas pautem suas condutas pelos valores que lhes são ensinados (SANTOS, 1999).

### **Metodologia da pesquisa**

A natureza dos dados deste estudo se caracteriza de cunho qualitativo. Como instrumento de pesquisa utilizou-se o questionário

enviado via e-mail a cinco profissionais Assistentes Sociais das penitenciárias de Santa Catarina, dos quais retornaram quatro. A coleta de dados ocorreu nos meses de novembro a dezembro/2009.

Os locais de coleta dos dados foram: Penitenciária Estadual de Florianópolis, Agrícola de Chapecó, Regional de Curitibaanos, Joinville (unidade terceirizada) e Penitenciária de Criciúma.

### **Resultados e discussões: a população carcerária das penitenciárias**

O objetivo deste item foi conhecer a Instituição onde as profissionais pesquisadas atuavam. Primeiramente questionou-se sobre qual a capacidade da população Carcerária das Penitenciárias, e a quantidade de presos nas Instituições, conforme tabela 01.

*Tabela 01: População carcerária*

<i>Penitenciária</i>	<i>Capacidade da população carcerária – 2009</i>	<i>População carcerária – 2009</i>	<i>Capacidade da população carcerária – 2015</i>	<i>População carcerária – 2015</i>
Florianópolis	1.057	1.274	960	960
Chapecó	500	991	500	1010
Joinville	366	372	645	641
Criciúma	352	434	552	691

*Fonte: Dados primários coletados em 2009 e 2015.*

Percebe-se, na tabela 01, um aumento da população carcerária de 2009 para 2015, exceto na Penitenciária de Florianópolis, que diminuiu 314 pessoas. Chapecó, por sua vez, enfrenta uma grave superlotação. A taxa de encarceramento no município subiu de 991 para 1010, porém sua capacidade ainda em 2015 é de 500 presos. Joinville, aumentou de 372 para 641 presos. Criciúma de 434 passou para 691 presos. Cabe informar que Joinville e Criciúma tiveram reformas, o que possibilitou o aumento da capacidade carcerária.

A partir destes dados é possível observar o superlotação de presos nas penitenciárias estudadas, ultrapassando a quantidade máxima das carceragens, o que demonstra que o direito a individualização garantido na LEP não está sendo cumprido. Esta superlotação não é uma realidade apenas de Santa Catarina, Alapanian (2008) aponta que a população carcerária do Sistema Sócio-Jurídico Paranaense, excluído os Patronatos e Pró-Egressos, é de 8.303 (oito mil, trezentas e três) pessoas. Em São Paulo a população carcerária é de 117.747.

Essa superlotação, também é visualizada em nível de Brasil, onde hoje ultrapassam os quinhentos mil (500.000) presos. Para Veneral (2011), as pessoas são entulhadas, como um depósito de gente, sobretudo nas delegacias onde estão os presos provisórios.

A pesquisa também permitiu investigar o número de profissionais de Serviço Social que atuam nas penitenciárias estudadas. Nas quatro penitenciárias, existe apenas uma profissional. A tabela 02 traz um comparativo entre o número de profissionais e o número da população carcerária.

*Tabela 02: número de profissionais do Serviço Social*

Penitenciárias estudadas	N. da pop. Carcerária – 2009	N. de Assistentes Sociais – 2009	Número pop. Carcerária – 2015	N. de Assistentes Sociais – 2015
Florianópolis	1274	1	960	1
Chapecó	991	1	1010	1
Joinville	372	1	641	4
Criciúma	434	1	691	1
Total	3071	4	3302	7

*Fonte: Dados primários (2009 e 2015)*

Pela quantidade da população carcerária em Santa Catarina, pode-se perceber que apenas um profissional parece pouco para atuar com tantos presos. Em 2015, no município de Joinville ouve a contratação de mais três profissionais, totalizando quatro. Verifica-se a impossibilidade de propiciar o adequado e pleno cumprimento das normas nacionais e internacionais de direitos humanos, principalmente em penitenciárias com um reduzido número de Assistentes Sociais e uma elevada população carcerária, o que certamente prejudica a ressocialização e reintegração do condenado à sociedade.

### **Programas desenvolvidos aos presos para sua reintegração e ressocialização**

Com base na coleta dos dados, procurou-se identificar quais os programas desenvolvidos aos presos para sua reintegração e ressocialização na sociedade. Tendo as seguintes respostas:

- a) Trabalho, ocupação e renda; Educação formal (pouca adesão); Atendimento nas áreas de saúde, psicológico, religioso e de serviço social. (Assistente Social I)
- b) *Pro-Jovem*. (Assistente Social II)
- c) *Na realidade um programa específico destinado à ressocialização não existe. Existem oficinas de trabalho dentro da instituição, tais*

*como: montagem de chuveiros, montagem de brindes e bolsas; confecção de grampos; oficina resicolor (trabalham no preparo de tintas). Mas, as empresas que oferecem as oficinas não aproveitam a mão de obra do preso quando ele progride para regime aberto ou livramento condicional ou ganha alvará de soltura. Seria importante o próprio Estado, dentro da Secretaria de Justiça e Cidadania desenvolver um Programa específico para ser implantando nas unidades prisionais. (Assistente Social III)*

*d) Atualmente nenhum, no Complexo Penitenciário do Estado. Há pouco interesse até da própria equipe que estes programas saiam do papel, pois muitos estão acomodados e desanimados. Há alguns programas e projetos no papel. (Assistente Social IV)*

Neste contexto, conclui-se que nas quatro Instituições, não existe programa específico de ressocialização. O que existem são ações direcionadas ao trabalho, ocupação e renda, que se concretizam a partir de oficinas. Além de atendimentos nas áreas de saúde e psiquiatria, ações sociais e religiosas, e o programa Pro-Jovem. A Assistente Social IV relata que não existe nenhum programa de ressocialização do preso, apontando ainda não existir interesse da equipe para que os programas saiam do papel.

Santos (1999) corrobora para esta análise, quando afirma que, mesmo que a ressocialização ainda não se efetive com a necessária amplitude nos estabelecimentos prisionais do nosso país, o seu caráter sócio educativo pode nortear práticas humanizadoras no contexto das prisões.

Segundo Vasconcellos (2003), o processo de reintegração social tem o intuito de limitar ao máximo, problemas de desorientação e desamparo gerados pela crise que provoca a libertação. É importante nessa fase o reatamento com a família e o grupo social a que pertence o condenado, no entanto, deve-se observar se esse ambiente não será de alguma forma prejudicial à sua recuperação.

Sobre os programas existentes de ressocialização, foi questionado se na visão das profissionais, os programas realizados dão conta de prepará-los para o retorno ao convívio social. No entanto, conforme apresentado na questão acima não existe nas penitenciárias estudadas programas de ressocialização.

Na visão da maioria das profissionais os programas não dão conta de preparar os presos para o retorno a vida social. Na visão da profissional I, *“O sistema prisional é pura punição. Não se consegue desenvolver ações de*

*caráter socioeducativas devido a falta de estrutura de planejamento*". A profissional II, salienta que *"as estatísticas ainda nos levam a crer que o sistema é falho, e é preciso melhorar em vários aspectos"*. Como ponto positivo descreve que existe na unidade prisional, extensão com indústrias e empresas que admitem o preso como funcionários e proporciona uma fonte de renda além de reduzir as mazelas do cárcere e ócio. Além do trabalho externo o preso pode, no período de reclusão, concluir o ensino fundamental ou fazer faculdade. Também, visualiza-se como ponto positivo o envolvimento dos presos em terapias ocupacionais e em ações psicossociais que atuam para que o preso tenha instrução no momento da volta ao convívio social.

Conforme Almeida (2006) as ações e os programas executados pelo Sistema Penitenciário devem ter por base a disponibilidade de recursos existentes, a capacidade de esses recursos produzirem os serviços necessários ao atendimento das necessidades sociais dos apenados, bem como a previsão dos possíveis obstáculos presentes no contexto das Instituições prisionais para esse fim.

Nesse sentido, Almeida (2006) destaca que a proposta de ressocialização, preconizada pelo Estado e que se vincula à perspectiva da criminologia tradicional e conservadora, preconcebe algumas condições mínimas de infra-estrutura, recursos humanos e organização para se realizar, condições essas que inexistem nos presídios brasileiros.

A atuação do profissional Assistente Social no sistema carcerário tem por finalidade amparar o preso e o internado, e prepará-lo para o retorno à liberdade, haja vista que a Lei de Execução Penal trouxe um novo enfoque doutrinário, instituído o princípio de proteção integral ao preso, que passam a ser considerados sujeitos de direitos e deveres, mas devido à falta de políticas públicas fazem com que os programas realizados não se desenvolvam num processo contínuo.

Também se investigou sobre quais os tipos de apoio que um preso tem para lidar com as questões decorrentes do cárcere. Todas apontaram que os tipos de apoio oferecido são apoio familiar (visitas e encontros íntimos) atendimentos psicológico, social, jurídico, saúde, trabalho, além da atuação na garantia de direito à alimentação e higiene pessoal.

## **Efetivação dos direitos dos presos prevista na LEP**

Investigou-se também sobre a compreensão acerca da Assistência Social, prevista na LEP, os relatos apontam que:

*a) Ela é restrita e pontual e limita a ação profissional. (Assistente Social I)*

*b) Ao serviço Social cabe a tarefa de confrontar-se com a realidade das prisões brasileiras, de modo crítico e ético, viabilizando respostas que superem limites e desafios do Sistema Penitenciário Brasileiro e como suporte teórico encontra-se as determinações legais e interpretações jurídicas, para o Serviço Social dentro do sistema prisional, a Lei de Execuções Penais com bases teórico-metodológico acerca da intervenção profissional. Dentro deste contexto, o setor de Serviço Social encontra-se previsto com a finalidade de amparar o apenado e a família e prepará-los para o retorno à liberdade (L.E.P 7.210 art.22). (Assistente Social II)*

*c) Entendo que para se garantir que o serviço social dentro da unidade ampare e prepare o preso para o retorno a liberdade, é necessário que este profissional conte com o apoio do Estado, disponha de recursos financeiros, etc. Pois, caso contrário como você irá auxiliar esta população, que já está habituada ao não cumprimento de regras sociais; que possui uma série de viciações; que gostam, muitos, das “facilidade” do crime? Como dar assistência ao egresso (aquele que deixou o cárcere), se por vezes é difícil garantir até mesmo um kit de higiene ao ingresso, que muitas das vezes está em falta dentro da unidade? A Lei prevê várias diretrizes, mas o Estado, nem sempre cumpre todas. (Assistente Social III)*

*d) Na prática ainda há muito que avançar, pois a visão dos gerentes e administradores das unidades possuem uma visão punitiva, onde não cabe o acesso à Assistência Social propriamente dita. (Assistente Social IV)*

Observa-se nos relatos que a Assistência Social prevista na LEP, não é operacionalizada de forma ampla, sua finalidade, porém, não é somente a prevenção, mas um misto de educação e correção. Sua promulgação permitiu que fosse vislumbrada a oportunidade de retorno do apenado com perspectivas de inclusão social, pois entre as atenções básicas que devem ser prestadas aos apenados está a execução da “Assistência”. Os profissionais possuem a visão crítica de que a LEP, na prática, é restrita e pontual, limitando-se a atuação profissional. Necessita do apoio do Estado, com recursos financeiros, haja vista que, muitas vezes, não é possível garantir ao preso um kit de higiene (Entrevistado III); e, superação da visão punitiva dos administradores (Entrevistado IV).

A Assistência Social é definida como dever do Estado, ligada no âmbito da política de seguridade social<sup>4</sup>, por conseguinte, o Estado deve garantir a gratuidade e universalidade dos serviços sociais. No sistema penitenciário, entretanto, a assistência está focalizada na demanda prisional, com ações residuais, pautada pelas condições específicas dessa demanda (CARDOSO, 2009).

As profissionais apontam ainda que a Assistência Social prevista na LEP, para ser aplicada em sua totalidade e ser priorizada como política de fortalecimento do cidadão, precisa superar alguns desafios que são: falta de envolvimento da sociedade em cobrar políticas públicas efetivas, que favoreçam a recuperação do preso, pois não basta somente abandoná-los nas selas, mais sim propiciar oportunidades de trabalho, estudo e lazer, maior destinação de recursos para a área do Serviço Social para à implementação de projetos sociais e efetivação de seu trabalho junto as Instituições.

### **Considerações finais**

Conclui-se que em penitenciárias de Santa Catarina, como em outras regiões do país existe uma superlotação de presos e o número de profissionais atuantes na área do Serviço Social é de apenas um para atender a toda demanda, com exceção de Joinville que teve aumento de mais três profissionais.

Não são desenvolvidos programas de integração social. O sistema prisional acaba sendo um órgão punitivo e pouco educativo, conforme versa o art. 1º da LEP a integração social do preso é o principal objetivo da lei, já que não basta à punição do preso para combater o crime, mas sim a ressocialização, para que ele não seja um reincidente na criminalidade.

A Lei está muito bem estruturada e é de grande valia, tanto para os profissionais que atuam no Sistema Prisional, que têm através da lei o princípio norteador para seu trabalho, bem como para o preso. Entretanto, concluiu-se que a legislação não está sendo efetivada na totalidade, apesar da existência de algumas ações direcionadas ao trabalho, ocupação e renda

---

<sup>4</sup> Conforme o artigo 194 da Constituição Federal a Seguridade Social compreende um conjunto de ações de iniciativas dos Poderes Públicos e da sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à Assistência Social.



e alguns serviços de saúde, psicossociais e religiosos, não existem programas de integração social.

## Referências

ALMEIDA, V. P. Repercussões da violência na construção da identidade feminina da mulher presa: um estudo de caso. *Revista Psicologia Ciência e Profissão*, 2006. Disponível em: <<http://pepsic.bvs-psi.org.br>>. Acesso em: 22 abr. 2011.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. *Lei de Execução Penal*. Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo.

CARDOSO, Maria Cristina Vidal. *As assistências previstas na Lei de Execução Penal: uma tentativa de inclusão social do apenado*. Ser Social, Brasília; 2009.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Vozes, 1999.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e Técnicas de Pesquisa Social*. São Paulo; Atlas, 2007.

MINAYO, Maria Cecília de Souza et al. *Pesquisa Social: teoria, método e criatividade*. Petrópolis: Vozes, 2001.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SECRETARIA NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA. *Conferência Nacional De Segurança Pública – CONSEG*. Equipe: Adriana Barbosa et. al.. Brasília: 2009. Disponível em: <<http://www.mp.go.gov.br>>. Acesso em: 20 Out. 2010.

PAIXÃO, Antônio Luiz. *Recuperar ou punir? Como o Estado trata o criminoso*. São Paulo: Editora Cortez, 1991.

SANTOS, José Vicente Tavares dos. *Formação da organização policial consenso e violência: as conflitualidades na aplicação da LEP*. In: Tempo Social. v. 9, n. 1. São Paulo: USP, 1999.

SOUZA, Celina. Estado da arte da pesquisa em políticas públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo. *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1995.

VASCONCELLOS, Márcia. A Lei de Execução Penal e a questão da assistência ao egresso. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, 2003. Disponível em: <[www.ambitojuridico.com.br](http://www.ambitojuridico.com.br)>. Acesso em: 18 Set. 2010.

VENERAL, Débora. *Sistema penitenciário e o princípio da dignidade da pessoa humana*. Disponível em: <<http://www.deboraveneral.com.br>>. Acesso em 15 Mai. 2011.

# DUMPING SOCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Cristiano Tessaro\*  
André Ricardo Broglio\*\*  
Rafael Giuliani Dambrós\*\*\*

---

## Introdução

O dumping social é um problema atual que figura no cenário do comércio internacional. Sendo o capital em busca de menores custos e ampliação dos lucros, em geral com a exploração de mão de obra barata, bem como benefícios fiscais e ambientais, assim, conseguem inserir no mercado produtos com menor preço, ganhando em competitividade, sem a preocupação com questões sociais e desenvolvimento do Estado local.

O cenário atual nos remete a um caminho sem volta, com a abertura de mercados, novas tecnologias, a comunicação em rede, o domínio de grupos econômicos, os quais já não carregam com si a bandeira de um Estado, mas sim, buscam melhores oportunidades de ganho financeiro.

Com a globalização, expansão comercial e a implantação de novas tecnologias, as empresas transnacionais passaram a montar suas estruturas físicas e administrativas de forma que possam com extrema facilidade migrar para outros Estados, na busca por melhores condições (menor custo – maior lucro), não fazendo qualquer menção aos rastros de desemprego e dos reflexos sociais.

A necessidade do desenvolvimento social e a globalização em sentido de compartilhamento tecnológico fazem com que os Estados

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ.

\*\* Bacharel em Direito pela UNOCHAPECÓ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNOESC.

\*\*\* Bacharel em Direito pela UNOCHAPECÓ.

promovam uma disputa pela instalação de novas empresas transnacionais, abordando em seu discurso a geração de novos postos de trabalho e desenvolvimento local, inclusive concedendo incentivos fiscais. Porém deixando a margem as relações de trabalho, “flexibilizando” cada vez mais as relações de trabalho em razão da pressão do capital.

Os Estados e as transnacionais praticam discurso com promessas promissoras para a sociedade, apesar de inegável as vantagens do desenvolvimento local através da criação de novos postos de trabalho, ressalva-se que não justifica o desemprego estrutural e a precarização das relações de trabalho.

O Estado, diante da necessidade da geração de novos empregos e a pressão das transnacionais por “flexibilizar” direitos em contrapartida, vivenciam um dilema, pois, recusar implica perder a oportunidade para outro Estado, e ainda enfrentá-lo como concorrente; “aceitar implica cair na armadilha da racionalidade econômica com a renúncia do interesse público em termos sociais, tributários ou mesmo ambientais” (OLSSON, 2014).

Nesse viés, é necessária a classificação dos atores internacionais, bem como seu poder, frente à prática do dumping social, além dos papéis desenvolvidos por cada ente, como por exemplo os Estados, as empresas transnacionais, as Organizações governamentais e Não-governamentais, a sociedade civil organizada.

A pesquisa foi desenvolvida com base em material já elaborado, principalmente livros e artigos científicos, portanto, trata-se de pesquisa bibliográfica. No que tange ao método, esta pesquisa pode ser caracterizada como dedutiva. Quanto aos objetivos, classifica-se a pesquisa como descritiva-explicativa, objetivando identificar os fatores que determinam ou que contribuem para a ocorrência dos fenômenos.

### **Globalização econômica**

A partir da vinda da sociedade de mercado capitalista ao mundo, conseqüentemente veio à globalização de forma natural, o que podemos chamar então de globalização capitalista, a qual se faz presente no mundo contemporâneo (ARRUDA JUNIOR; RAMOS, 1998, p. 27).

Ademais, a globalização corresponde ao internacionalismo do sistema capitalista, sendo a integração econômica internacional, a expansão do comércio, da tecnologia, do sistema financeiro, assim,

entende-se que ultrapassa as fronteiras econômicas dos Estados (BOSCO, 2006, p. 18).

Nas palavras de Junior e Ramos (1998, p. 145), globalização é “(...) o processo de internacionalização dos fatores produtivos, impulsionado pela revolução tecnológica e pela internacionalização dos capitais”. Ainda, agrega como sua principal característica a “(...) erosão e irrelevância das fronteiras nacionais como limites à atividade do capitalismo”.

Trata-se de um fenômeno de alta complexidade, que há vários anos tem sido debatido em qualquer canto do mundo, ainda mais quando se comenta sobre transformações globais e nacionais. Todavia, não há nenhum consenso majoritário do momento histórico que esse fenômeno de fato surgiu.

Não obstante, em virtude da dinâmica do tema, a globalização tornou-se de difícil elaboração para entendê-la conceitualmente e teoricamente.

A globalização corresponde ao internacionalismo do sistema capitalista, sendo a integração econômica internacional, a expansão do comércio, da tecnologia, do sistema financeiro, assim, entende-se que ultrapassa as fronteiras econômicas dos Estados (BOSCO, 2006, p. 18).

A globalização tornou-se um fenômeno de difícil conceituação, em geral dividida em três grandes vertentes: política, econômica e sócio-cultural. A globalização não é um fenômeno estático, limitado, é um processo em constante mutação (OLSSON, 2003, p. 90).

Desse modo, cabe analisar a vertente econômica, em razão de estar ligada às relações de trabalho, bem como ao dumping.

Conforme preceitua Gonçalves (1998, p. 147), a globalização econômica, a qual denomina em seu livro como globalização financeira, é a junção de três processos diferentes nos últimos vinte anos com as seguintes características: rápida expansão econômica, o aumento na concorrência internacional no mercado de capitais e a confluência entre os sistemas financeiros nacionais.

Deve-se ter em mente que a globalização não é um fenômeno novo, pois antes da primeira guerra mundial havia comércio internacional e investimentos privados em outros países (NASCIMENTO, 2013, p. 77). Porém, atualmente esse fenômeno ganhou maior amplitude e repercussão.

Nessa esteira, Franco Filho (2001, p. 48) alerta que o fenômeno da globalização tem como principal interesse “(...) a livre circulação de trabalhadores, porque o processo de intensificação das relações sociais mundiais em face do trânsito dos fatores de produção vem se ampliando”.

Existem dois lados da moeda da globalização: a positiva que gera crescimento econômico, cria empregos e expansão na circulação de bens; e a negativa que ocasiona desigualdade na distribuição de rendas, aumento no desemprego e na pobreza, fragilidade econômica frente a crises externas e o aumento no trabalho informal (NASCIMENTO, 2013, p. 78).

Desse modo, se faz necessário estabelecer uma correlação da globalização econômica, com as relações de trabalho e o dumping.

### **As empresas transnacionais**

As relações entre as empresas transnacionais e os Estados não são novidades, desenvolvendo-se principalmente no pós-guerra. As transnacionais são empresas que se caracterizam pela “plurinacionalidade, ou até multinacionalidade, em razão de seu capital social e pela transnacionalidade de seu raio de ação, por isso, se dizer que esses atores desconhecem fronteiras e nacionalidades” (OLIVEIRA, 2001, p. 249).

Em razão das maiores facilidades geradas pela velocidade e agilidade das comunicações e comércio, houve uma intensificação na competitividade entre as empresas de diferentes países, levando assim, uma concorrência maior (NASCIMENTO, 2013, p. 78).

Por conta da concorrência entre as empresas, no sentido de aumentar a sua lucratividade, começaram a reduzir os custos de produção, como por exemplo: o número de empregados, os salários, as formas de contratação e jornada de trabalho, o que repercutiu diretamente nos direitos dos trabalhadores (NASCIMENTO, 2013, p. 78).

BECK (1999) questiona: “Em que se fundamenta o novo poder das empresas transnacionais? De onde surge e como o seu potencial estratégico se multiplica?”, o autor cita a capacidade de exportar postos de trabalho com menores custos de produção e menores impostos para a utilização da mão de obra, a distribuição de produtos e serviços em todos os locais do mundo e ainda mantendo uma identidade com o local de consumo (alterando uma etiqueta ou um slogan comercial). Ainda, conseguem criar confrontos entre Estados nacionais ou locais, gerando menores tributações e incentivos fiscais e ambientais.

As empresas transnacionais possuem capacidade para modificar o contexto onde estão localizadas suas subsidiárias, tanto de forma positiva quanto negativa, em razão de seu poder econômico e político frente ao Estado (GUEDES, 2003, p. 565).

As transformações tecnológicas lideradas pelos países ricos foram responsáveis pelo progressivo deslocamento do eixo de competição do mercado internacional (dentre outros). Diante deste quadro de integração de bens e serviços, e de conexão de diferentes mercados financeiros, desencadeou a instalação de empresas transnacionais em países menos desenvolvidos, com legislação trabalhista mais branda e com baixa qualificação de mão de obra, baseada no baixo custo de produção, principalmente em razão de menores salários e menor controle sobre os impactos ambientais (FARIA, 1993, p. 113-114).

A situação acima tem gerado muitas vezes a competição entre os Estados na busca por novas oportunidades de investimento, e uma das consequências é o enfraquecimento do Estado frente o poder das transnacionais, em especial flexibilizando direitos trabalhistas, concedendo incentivos fiscais, além de danos ambientais sofridos. Desta forma, transferindo parte do poder decisório para áreas de influência do capital privado, sob a forma das “organizações complexas” (FARIA, 1993, p. 115).

### **O dumping social**

A expressão dumping, inicialmente, surgiu no Direito Comercial, no âmbito econômico, ou seja, das relações de consumo e comércio, no nível internacional, tendo desta forma associação ao sistema capitalista de produção (SOUTO MAIOR; MENDES; SEVERO, 2012, p. 11).

Ainda, acrescentam que desde o “(...) Acordo Geral de Tarifas e Comércio (Gatt), de 1947, ele tem sido tratado somente pelo direito econômico”. Nos dias atuais, para combater a prática ilícita que torna desleal com outras empresas, está protegida pelo Código Antidumping da Organização Mundial do Comércio (OMC) (SOUTO MAIOR; MENDES; SEVERO, 2012, p. 84).

Nas palavras de Salvatore (1998, p. 155), dumping no Direito Comercial tratou-se como “(...) a exportação de um *commodity* a um preço abaixo do custo ou pelo menos a venda de um *commodity* a um preço externo inferior ao interno”.

Ora, denota-se que o Dumping teve sua origem no ramo do Direito Comercial e, portanto, havia uma concorrência comercial desleal entre empresas, as quais vendiam produtos a preços baixíssimos a fim de obter vantagem sobre outras empresas.

Após a abordagem de todo esse caminho da globalização econômica, a qual foi culminada pela intensificação do comércio internacional, e que gerou o avanço tecnológico, bem como teve sua incidência no direito do trabalho, inclusive havendo a precarização das relações de trabalho, chegamos ao fenômeno do Dumping, ponto principal do texto.

O dumping social é um tema complexo, pois envolve aspectos econômicos, sociais, ambientais e foi desencadeado principalmente em razão da globalização e dos avanços tecnológicos.

A conceituação do dumping social, que em suma é a redução dos custos de produção, podendo se dar através da mão de obra barata, gerando o desemprego estrutural, bem como mediante violação direta dos direitos dos empregados, ou ainda através da prática cada vez mais frequente de transferência de unidades produtivas para países ou regiões nos quais não são consagrados ou respeitados direitos laborais. Além de outras modalidades, como vantagens tributária e ambientais. Tal constatação revela o potencial de impacto da prática de dumping social em relação aos mercados de diferentes nações, pois estará praticando menores preços frente a concorrência, gerando de certa forma uma “concorrência desleal”.

Nas palavras de Souto Maior, Mendes e Severo (2012, p. 11): “É produto desse sistema a existência de forças díspares que interagem gerando prejuízos (...): a redução de tudo, inclusive do homem e da natureza, à condição de mercadoria”.

Desse modo, designava as práticas de concorrência desleal no comércio internacional, havendo redução na proteção social em alguns países comparado a outros. Mas também, assevera-se que há práticas ilegais para obter vantagem econômica no mercado interno (SOUTO MAIOR; MENDES; SEVERO, 2012, p. 10).

Salvatore (1998, p. 155), em sua obra, classifica o dumping em três grupos: persistente, predatório e esporádico. Quanto ao dumping persistente, seria a “discriminação internacional de preços, (...) maximizar os lucros totais através da venda da commodity a um preço mais elevado no mercado doméstico (...) do que no mercado internacional (...)”. Ao



tratar do dumping predatório, conceitua como a “venda temporária de uma commodity a um preço abaixo do custo ou a um preço externo inferior, com objetivo de eliminar os produtores estrangeiros”. No que tange ao esporádico, define que “é a venda ocasional de uma commodity a um preço abaixo do custo ou a um preço externo inferior ao doméstico”.

Demonstra-se que o dumping social traz a diminuição dos direitos dos trabalhadores. Deste modo, inevitavelmente está precarizando as relações de trabalho, por isso é necessária a correlação desses institutos.

São as situações de precarização da relação de trabalho que configuram o dumping social, afetando não só a vida do empregado, mas também a toda sociedade, além é claro de deixar como um paradigma não exemplar, influenciando negativamente as demais empresas a praticarem tais atos (SOUTO MAIOR; MENDES; SEVERO, 2012, p. 9).

### **Conceito de dumping social na esfera trabalhista**

Quando tratamos de dumping social na esfera trabalhista, devemos ter em mente um conceito relacionado ao desrespeito dos direitos sociais dos trabalhadores, os quais acabam sendo ridicularizados pelos empregadores. Assim, no que tange ao dumping social no ramo do trabalho, pode se caracterizar como a tentativa de empresas que procuram obter vantagem na competitividade mediante a redução de direitos e gastos de seus empregados, e por conseguinte, obtendo maiores lucros.

Na visão de Beltran (1998, p. 87), dumping social é quando os direitos sociais não são respeitados, principalmente quando há pagamento de salários baixíssimos, com intuito de reduzir custos e aumento de competição no mercado a qual integra. Atingindo também as empresas concorrentes.

O dumping atropela preferencialmente o Direito em três de seus mais importantes segmentos na dinâmica social moderna: civil, na medida em que invade a área das obrigações (contratos) e do direito de empresa; trabalhista, na medida em que manipula malignamente a relação individual de emprego; e consumerista, na medida em que tumultua as relações de consumo.

Zangrando (2008b, p. 1045-1046) entende que o dumping social é o causador de um dano moral coletivo, onde a empresa “sistemática e deliberadamente, arregimenta trabalhadores, e acaba por reduzi-los à

condições de escravos, ou então comete sérias violações às normas que regem a saúde, segurança, higiene e meio ambiente do trabalho”.

Inevitável dizer que o direito do trabalho está no centro do tema de dumping social, uma vez que as condutas desrespeitosas e reiteradas aos direitos trabalhistas em prol do lucro, ocasionam sofrimento coletivo (como por exemplo, o assédio moral no ambiente do trabalho), além é claro de gerar prejuízos sociais (como vendas abaixo do preço que tem como efeito o fechamento de pequenas empresas) e, ainda, encargos desnecessários (por exemplo, pelo fato de propiciar vários trabalhadores lesionados e sem condições de laborar em razão do não comprometimento e prevenção do ambiente do trabalho por parte dos empregadores) (SOUTO MAIOR; MENDES; SEVERO, 2012, p. 11-12).

O combate ao dumping apresenta vários viés, dentre eles, defender o empregado que é a parte mais fraca da relação; e também proteger as empresas que são leais perante os direitos dos trabalhadores, bem como a sociedade que sofre o dano social em razão dessas atitudes não exemplares.

### **Considerações finais**

Por todo exposto no desenvolvimento do presente trabalho, verificamos que a globalização econômica impactou diretamente no mundo do trabalho, encadeando implicações nas relações sociais e trabalhistas.

É nesse contexto de globalização da economia que se originou o fenômeno do dumping social, e como ficou demonstrado, trata-se de um tema novo no ramo do Direito trabalhista, tanto é que sequer há previsão na legislação trabalhista acerca do assunto.

O dumping social se caracteriza com a conduta reiterada e consciente de empregadores, que violam direitos da legislação trabalhista, para auferir mais lucros, de forma a prejudicar o trabalhador, a sociedade e os demais concorrentes de mercado.

A precarização do trabalho merece ser citada, sendo a superpopulação que insere um maior contingente de força de trabalho reconhecido como um processo histórico-social de perda de vínculos sociais, aplicando-se a lei de oferta e procura. O capital desloca-se para Estados onde configura-se este desequilíbrio, na proposta de melhorar as condições sociais, gerando novos postos de trabalho e desenvolvimento social, porém, o que de fato ocorre é a exploração de mão de obra de

trabalho, pois a necessidade do trabalho e a falta de capacitação faz com que os trabalhadores se sujeitem as condições impostas pelas transnacionais, sendo o Estado refém das imposições apresentadas. Onde se vislumbra o incremento de produtividade e trabalho, gera na verdade a precarização do trabalho assalariado (ALVES, 2007, p. 103).

O excesso da força de trabalho, acaba limitando o crescimento salarial, bem como enfraquecendo os movimentos organizados, por exemplo, os sindicatos, que ficam limitados no enfrentamento com o capital, pois uma postura mais atuante poderia gerar uma reação social negativa, em razão do risco de demissão em massa, diante de uma ameaça de migração do capital para outros Estados. Sendo assim, uma vez praticado o dumping social, acaba afetando os direitos básicos dos trabalhadores, restando evidente o dano social.

Observa-se que os direitos sociais ora afetados foram conquistados pela classe trabalhadora através de lutas históricas no mundo inteiro e de um compromisso firmado entre Estado e sociedade. Portanto, é preciso mudança da realidade para termos a total eficácia dos direitos sociais.

Também, verificou-se que o dano social é um conjunto de danos individuais que proporcionam resultados que saem da relação “trabalhador/empregado”, ocasionando macro lesões em toda sociedade, além de desestruturar o Estado Democrático de Direito.

## Referências

ALVES, Giovanni. *Dimensões da reestruturação produtiva: ensaios de sociologia do trabalho*. 2ª edição. Londrina: Praxis; Bauru: Canal 6, 2007.

ARRUDA JUNIOR, Edmundo Lima de; RAMOS, Alexandre. *Globalização, neoliberalismo e o mundo do trabalho*. Curitiba: IBEJ, 1998.

BECK, Ulrich. *O que é Globalização? Equívocos do globalismo: respostas à globalização*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BELTRAN, Ari Possidonio. *Os impactos da integração econômica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais*. São Paulo: LTr, 1998.

BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal: realidade ou relação de emprego fraudulenta*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2006.

FARIA, José Eduardo. *Direito e economia na democratização brasileira*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1993.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Globalização do trabalho*: rua sem saída. São Paulo: LTr, 2001.

GONÇALVES, Reginaldo. *A nova economia Internacional*: uma perspectiva brasileira. Rio de Janeiro: Campus, 1998.

GUEDES, Ana Lucia. Org. OLIVEIRA, Odete Maria de, DAL RI JÚNIOR, Arno. *Relações Internacionais*: interdependência e sociedade global. Ijuí: Unijuí, 2003.

HOBSBAWN, Eric. *Era dos extremos*: o breve século XX 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IANNI, Octávio. *A era do globalismo*. 5. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2001.

KAWAY, Mina; VIDAL, Pedro Walter G. Tang. *Dumping social*: as normas de trabalho e sua relação com o comércio internacional. Disponível em: <<http://declatra.com.br>>. Acesso em: 17 fev. 2015.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Claudia Servilha. *Manual de metodologia da pesquisa no direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações Internacionais*: estudos de introdução. Curitiba: Juruá, 2001.

OLSSON, Giovanni. *A sociedade internacional contemporânea e o papel dos atores globais no mundo do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.

SALVATORE, Dominick. *Economia internacional*. 6. ed. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MENDES, Ranulio; SEVERO, Valdete Souto. *Dumping social nas relações de trabalho*. São Paulo: LTr, 2012.

ZANGRADO, Carlos Henrique da Silva. *Curso de direito do trabalho*: introdução ao direito do trabalho, teoria geral do direito do trabalho, direito internacional do trabalho. São Paulo: LTr, 2008a. T: 1.

## A MISSÃO INSTITUCIONAL DA FISCALIZAÇÃO DO TRABALHO

Dilnei Jose Eidt\*

---

### **Introdução**

Vivemos novos tempos, tempos de globalização, de uma sociedade internacional constituída em rede, de um mercado mundial de produção e distribuição de produtos e mercadorias, uma internacionalização do capital financeiro, e estes fenômenos têm gerado consequências danosas, exacerbando os problemas sociais e agravando as desigualdades sociais.

É de olho neste cenário que proponho, através deste artigo, uma revisitação da missão de uma instituição que tem desempenhado importante papel na construção de uma sociedade mais justa socialmente, que é a Fiscalização do Trabalho.

Para recuperar esta missão, proponho uma desmistificação da visão de que a fiscalização do trabalho tem como única atribuição a punição do empregador que não cumpre a lei. Como veremos, as atribuições da Fiscalização são muito mais complexas e abrangentes do que a mera aplicação de multas.

O foco deste trabalho está centrado nas atribuições dos auditores fiscais do trabalho, pois a realização da missão da fiscalização passa necessariamente pela sua atuação. Portanto, apresento as atribuições/competências da Auditoria Fiscal do Trabalho da forma tradicional, como estão positivadas no nosso ordenamento jurídico, mas proponho também outra forma de ver estas atribuições.

Para provocar um novo olhar sobre as atribuições da Fiscalização, apresento duas propostas de tipologia, a primeira, relacionando as

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ. Auditor Fiscal do Trabalho.

atribuições com a concretização da dignidade da pessoa humana, e uma segunda, pelo enfoque da importância da realização dos princípios corolários da dignidade da pessoa humana.

### **O surgimento da fiscalização do trabalho**

A Instituição Fiscalização do Trabalho (ou Inspeção do Trabalho), atualmente tratada como Auditoria-Fiscal do Trabalho no ordenamento pátrio, surge no cenário internacional, de forma definitiva, com a Criação da Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 1919, com a celebração do Tratado de Versalhes. Este Tratado estabeleceu no artigo 427, item 9, que: “Cada Estado deverá organizar um serviço de inspeção que compreenderá mulheres, a fim de assegurar a aplicação das leis e regulamentos para a proteção dos trabalhadores” (BATISTA, 2003, p. 23).

A convenção 81 da OIT, que foi ratificada pelo Brasil em 1957, denunciada em 1971 e revigorada em 1987, tornou obrigatória a criação de um sistema de inspeção do trabalho nos estabelecimentos industriais (parte I da Convenção) e nos estabelecimentos comerciais (parte II). Esta divisão teve o objetivo de possibilitar aos países que ratificassem a convenção excluir a segunda parte (estabelecimentos de comércio) mediante declaração anexa à ratificação. O Brasil não adotou esta possibilidade, portanto vige no Brasil a integralidade da referida Convenção.

Algumas previsões importantes da Convenção são: I – A inspeção deve ser vinculada a Administração Central (Federal ou Nacional); II – Os Agentes da Inspeção devem usufruir de estabilidade e independência; III – Estabelecimento de prerrogativas, como do livre acesso aos estabelecimentos (mediante identificação) e adoção de medidas imediatas em casos de grave risco à saúde ou segurança do trabalhador, entre outras.

Para Nelson Mannrich (1984, p. 1122 e 1123), o Direito do Trabalho e a Fiscalização do Trabalho surgiram concomitantemente, e a sua íntima relação deve-se ao fato de que a efetivação das normas protetoras se deve à atuação eficaz da fiscalização, apontando que a revolução industrial foi o momento histórico do surgimento de ambos.

### **A fiscalização do trabalho no Brasil**

No Brasil, a Fiscalização do Trabalho foi instituída em 1930, com a criação do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, e a primeira

denominação era de inspetores. Posteriormente os agentes da inspeção foram chamados de fiscais do trabalho, para finalmente receberem a atual denominação de Auditores-Fiscais do Trabalho.

A Primeira referência legal concernente à Inspeção do Trabalho no Brasil foi o decreto nº. 19671-A, de 04 de fevereiro de 1931, que disciplinou o Departamento Nacional do Trabalho, que possuía duas seções: Organização, Higiene, Segurança e Inspeção do Trabalho e Previdência Social, Patrocínio Operário e Atuaria (BATISTA, 2003, p. 124), o que nos dias atuais são a Fiscalização voltada à tutela de direitos e a Fiscalização de Saúde e Segurança do Trabalhador, portanto, esta divisão inicial persiste até os dias atuais.

Atualmente a Auditoria-Fiscal do Trabalho, termo que substitui a Fiscalização do Trabalho, mas com as mesmas atribuições, vem estabelecida pela Lei 10.593, de 6 de dezembro de 2002, e regulamentada pelo Decreto 4.552, de 27 de dezembro de 2002. Importante frisar que neste momento histórico a Fiscalização do Trabalho (constitucionalmente chamada de inspeção do trabalho, artigo 21, inciso XXIV) passa a ser realizada por servidor público denominado *Auditor Fiscal do Trabalho*.

Este cargo, criado na esfera da Administração Pública Federal, absorve os extintos cargos de *Fiscal do Trabalho*, que realizava a verificação do cumprimento da legislação trabalhista (registro de empregados, jornada e intervalos, férias, 13º salário etc.); *Assistente Social*, responsável pela fiscalização da legislação tutelar do trabalho da mulher e da criança e adolescente; *Engenheiro do Trabalho*, a quem era atribuída a fiscalização das normas de segurança do trabalho, e finalmente *Médico do Trabalho*, que realizava a fiscalização das normas de saúde do trabalhador (WOLFART, 2004, p. 63-4).

Ensina Thiago (2003, p. 170), que a Administração Pública brasileira abrange um plexo de órgãos, que são direcionados a função administrativa. A função segue o órgão, sendo que a função representa o conjunto de atribuições do órgão.

As atribuições dos Auditores-Fiscais do Trabalho, que exercem a Fiscalização do Trabalho, confundem-se com as suas competências, sendo que atualmente o artigo 11 da lei 10.593/02 disciplina este tema, estabelecendo o seguinte:

Art. 11 Os ocupantes do cargo de Auditor-fiscal do Trabalho têm como atribuições assegurar, em todo o território nacional: I – O

cumprimento de disposições legais e regulamentares, inclusive as relacionadas à segurança e à medicina do trabalho, no âmbito das relações de trabalho e de emprego; II – a verificação dos registros em Carteira de Trabalho e Previdência social – CTPS, visando a redução dos índices de informalidade; III – a verificação do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de serviço – FGTS, objetivando maximizar os índices de arrecadação; IV – o cumprimento de acordos, convenções e contratos coletivos de trabalho celebrados entre empregados e empregadores; V – o respeito aos acordos, tratados e convenções internacionais dos quais o Brasil seja signatário; VI – a lavratura de auto de apreensão e guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades, bem como o exame da contabilidade das empresas, não se lhes aplicando o disposto nos artigos 17 e 18 do Código Comercial. Parágrafo único. O Poder Executivo regulamentará as atribuições previstas neste artigo, podendo cometer aos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal do Trabalho outras atribuições, desde que compatíveis com atividades de auditoria e fiscalização. (Lei 10.593/02)

A Consolidação das Leis do Trabalho, no artigo 626, prevê de forma genérica que cabe às autoridades competentes do Ministério do Trabalho e Emprego *a fiscalização do fiel cumprimento das normas de proteção ao trabalho*.

O nosso ordenamento, portanto, se coaduna com a Convenção 81 da OIT, em seu artigo 3º que estabelece que são atribuições da “Inspeção do Trabalho”:

1. O Sistema de inspeção de trabalho será encarregado: a) de assegurar a aplicação das disposições legais relativas às condições de trabalho e à proteção dos trabalhadores no exercício de sua profissão, tais como as disposições relativas à duração do trabalho, aos salários, à segurança, à higiene e ao bem-estar, ao emprego das crianças e dos adolescentes e a outras matérias conexas, na medida em que os inspetores são encarregados de assegurar a aplicação das ditas disposições; b) de fornecer informações e conselhos técnicos aos empregadores e trabalhadores sobre os meios mais eficazes de observar as disposições legais; c) de levar ao conhecimento da autoridade competente as deficiências ou abusos que não estão especificadamente compreendidas nas disposições legais existentes.
2. Se forem confiadas outras funções aos inspetores de trabalho, estas não deverão ser obstáculo ao exercício de suas funções principais, nem prejudicar de qualquer maneira a autoridade ou a



imparcialidade necessárias aos inspetores nas suas relações com os empregadores. (OIT)

Podemos evidenciar que na Legislação Brasileira as atribuições previstas são ampliadas se comparadas às previstas na Convenção 81 da OIT, pois, acrescenta-se a competência de fiscalização da arrecadação do FGTS (Fundo de Garantia por Tempo de Serviço), que pela sua natureza jurídica é identificada como uma Contribuição Social.

O papel da Fiscalização do Trabalho é reconhecido pela entidade SINAIT (Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho) como sendo:

Os Auditores-Fiscais do Trabalho protegem os trabalhadores, que são a parte mais frágil da relação capital/trabalho. Em muitos casos, os trabalhadores *recuperam a auto-estima, a dignidade e têm respeitados os direitos fundamentais* inscritos na Carta Universal dos Direitos do Homem pela atuação dos AFTs. (SINAIT, 2006; grifo nosso)

Délio Maranhão destaca o importante papel da fiscalização na efetividade das normas de regulação do trabalho, na esfera administrativa.

Cumpra ressaltar o especial relevo do Ministério do Trabalho no que se relaciona à incumbência de fiscalização administrativa, sem a qual grande número de normas de proteção ao trabalho ficaria, apenas, no papel, dado o constrangimento econômico que impede, muitas vezes, o empregado, na vigência do contrato de trabalho, de exigir-lhe o cumprimento efetivo por parte do empregador. Nas regiões do país, economicamente menos desenvolvidas, pode dizer-se que a medida da eficácia prática do Direito do Trabalho coincide com a dessa fiscalização administrativa. (MARANHÃO, 1993, p. 488)

Nas palavras do mestre percebe-se a importância da fiscalização na concretização dos Direitos Sociais, ou seja, possibilitar que os trabalhadores exerçam de forma efetiva e integral os seus direitos. Ressalta-se que esta aproximação da dignidade da pessoa humana com a realização dos direitos sociais foi identificada por Alexandre Fortes, em artigo sobre o Direito na obra de E.P. Thompson, de modo especial na obra “A formação da classe operária inglesa”.

Pode-se afirmar que, no cumprimento de sua missão institucional, a Fiscalização do Trabalho mostra-se essencial para que o Estado Brasileiro atinja seus fins. Esta essencialidade vincula-se à importância de sua ação para a consecução dos objetivos fundamentais (finalidades do Estado) da

República Federativa do Brasil que são, de acordo com o Artigo 3º da Constituição de 1988:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Ressalta-se que a fundamentalidade do papel que a fiscalização exerce no âmbito de sua atuação, enquanto poder de polícia do Estado, no campo do Direito Administrativo do Trabalho, está em promover o equilíbrio na relação entre o capital e o trabalho, destacando-se seu papel de colaborar na concretização dos fundamentos de nossa República: a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho, através da exigência do cumprimento das regras tutelares, estabelecidas em prol dos empregados.

### **A fiscalização do trabalho e dignidade da pessoa humana**

Com o objetivo de estabelecer a estreita relação entre o exercício das atribuições legais dos auditores e a concretização da dignidade da pessoa humana, vislumbra-se a possibilidade de apresentá-las sob dois enfoques: pelo enfoque do respeito à dignidade da pessoa humana e pelo enfoque da importância da realização dos princípios corolários da dignidade da pessoa humana.

#### ***As atribuições da Fiscalização do Trabalho (Auditores Fiscais do Trabalho) e o respeito à dignidade da pessoa humana***

Esta tipologia toma como base a ideia lançada por Sarlet (2001, p. 71), quando afirma que a dignidade não é um direito fundamental propriamente dito, o que se caracteriza como tal é o “direito ao reconhecimento, ao respeito, proteção e até promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito à existência digna”.

Neste sentido, de proporcionar uma existência digna à classe trabalhadora, que se propõe que as atribuições dos Auditores-Fiscais do Trabalho sejam divididas em três categorias: resgate da dignidade do trabalhador, manutenção da dignidade do trabalhador e construção da dignidade do trabalhador.

Apresento, a seguir, as atribuições dos Auditores-Fiscais do Trabalho que enquadro em cada uma das categorias propostas, sem a pretensão de esgotamento das respectivas possibilidades, ressaltando que algumas atribuições poderiam ser classificadas em mais de uma das categorias, tendo em vista a inter-relação das mais diversas situações no mundo do trabalho. Assim, um mesmo ato/fato pode ter reflexos em termos de resgate, construção e manutenção da dignidade. O enquadramento em uma ou outra categoria considerou a sua maior ou menor contribuição à efetivação dos fins de cada categoria.

### *Resgate da dignidade do trabalhador*

Nesta categoria enquadram-se aquelas atribuições voltadas a recuperar a dignidade dos trabalhadores que já a tiveram e que a perderam pelo aviltamento de seus direitos, via de regra pela gravidade das situações de indignidade, desumanidade e degradação a que são submetidos os trabalhadores. Como exemplo de atribuição dessa natureza pode-se citar as concernentes ao:

- a) combate ao infortúnio dos trabalhadores sujeitos ao trabalho em condições análogas à de escravo (trabalho forçado e trabalho degradante);

O combate ao trabalho escravo, que completa 20 anos em 2015, é realizado pelo GEFM – Grupo Especial de Fiscalização Móvel, talvez, entre todas as atribuições da fiscalização a que se identifica como a primeira no efetivo resgate da dignidade do trabalhador. Este grupo especial, em seus 20 anos de existência, já realizou aproximadamente 50.000 resgates de trabalhadores da indignidade, por estarem submetidos a situações análogas à de escravidão (SINAIT, 2015).

- b) combate à exploração da mão-de-obra de crianças e adolescentes, incluindo aqui o afastamento das atividades proibidas, em razão da idade, bem como as danosas a sua saúde (atividades noturnas, insalubres e perigosas) e desenvolvimento moral;
- c) combate às fraudes na caracterização da relação de emprego (falsas cooperativas, estágios irregulares, terceirizações ilícitas.) face ao evidente caráter discriminatório destas práticas;
- d) combate às condições de trabalho que exponham os trabalhadores a risco de vida e/ou violação de sua integridade física ou moral.

De uma forma sintética, podemos constatar que dentro desta categoria encontram-se as atribuições que visam combater as piores formas de degradação da condição humana dos trabalhadores.

### *Construção da Dignidade do Trabalhador*

Nesta categoria podemos incluir as atribuições que visam basicamente permitir ao trabalhador a construção de patamares de civilidade que lhe possibilitem viver com dignidade através do exercício de direitos que lhe são assegurados e que a fiscalização quer garantir, buscando basicamente a inclusão social do trabalhador (MARSHAL, 1963, p. 76), melhorando assim o status de cidadania, pois o direito social é um dos elementos da cidadania, que ainda é composta pelos direitos de liberdade e pelos direitos políticos (MARSHAL, 1963, p. 63).

São atribuições que apresentam esta natureza:

- a) Combate incessante à informalidade;

A Fiscalização do Trabalho ao agir no enfrentamento à informalidade, que marginaliza o trabalhador, pois literalmente o deixa fora do sistema, e aqui se pode destacar, entre outros, o sistema da previdência social (aposentadorias e demais benefícios previdenciários).

- b) Exigência do cumprimento de quotas de aprendizagem e de pessoas portadoras de deficiência, fazendo com que estas minorias sejam inseridas no mercado de trabalho.

A fiscalização do cumprimento destas cotas, ditas sociais, promove a inclusão destas minorias no mercado de trabalho.

- c) Orientações e esclarecimentos prestados nos plantões fiscais.

Justifica-se a inclusão destas atividades pelo importante papel que o conhecimento dos direitos exerce enquanto realização do princípio fundamental da cidadania, pois quem conhece os seus direitos pode de forma mais clara exigí-los. Esta ideia é apresentada por Celso Lafer, com base nos ensinamentos de Hannah Arendt, que concluiu por ser cidadania o “direito de ter direitos” (LAFER, 1997, p. 64).

### *Manutenção da dignidade do trabalhador*

Nesta categoria podemos enquadrar todas as atribuições que se relacionam à proteção daqueles trabalhadores que já estão, de certa forma,

inseridos no mercado formal de trabalho, mas que sofrem continuamente ataques a seus direitos. Como tal se pode enquadrar aquelas relacionadas com:

- a) fiscalização das normas de proteção à saúde do trabalhador (normas regulamentadoras de saúde e segurança, as tutelas legais concernentes à jornada, descanso, férias, não discriminação etc.);
- b) fiscalização das normas voltadas à garantia da subsistência, entre elas a proteção ao salário, contra a retenção do salário, bem como a garantia aos mínimos remuneratórios estabelecidos em lei, além de todas as regras de natureza patrimonial;
- c) Verificação do cumprimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho;
- d) Fiscalização do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço- FGTS.

A seguir apresento as atribuições da Fiscalização do Trabalho sob outro enfoque: aquele dos princípios corolários da Dignidade da Pessoa Humana.

### **As atribuições da fiscalização do trabalho e os subprincípios da dignidade da pessoa humana**

Outra forma de apresentar as atribuições dos Auditores-Fiscais do Trabalho é pelo viés da contribuição na concretização da dignidade da pessoa humana, através da implementação dos princípios constitucionais que, segundo Celina Bodin de Moraes (2003, p. 117), são os corolários do princípio da Dignidade Humana, são eles: o princípio da liberdade, o princípio da garantia da integridade psicofísica, o princípio da igualdade e o princípio da solidariedade. Tal conclusão baseia-se nos substratos materiais da dignidade, consubstanciados em quatro postulados:

- i) o sujeito moral (ético) reconhece a existência dos outros como sujeitos iguais a ele; ii) mercedores do mesmo respeito à integridade psicofísica de que é titular; iii) é dotado de vontade livre, de autodeterminação; iv) é parte do grupo social, em relação ao qual tem garantia de não vir a ser marginalizado. (MORAIS, 2003, p. 117)

Apresento, portanto, a tipologia:

#### *1) Atribuições relativas ao Princípio da Liberdade*

São atribuições que visam garantir a liberdade das pessoas no sentido mais amplo:

- a) Combate ao trabalho análogo a escravo;
- b) Fiscalização da proteção dos salários e demais direitos remuneratórios (patrimoniais) do trabalhador: remuneração de férias, 13º salário, pagamento de horas extras e adicionais como de insalubridade e periculosidade. Considera-se que ninguém é verdadeiramente livre, se não tiver o mínimo de condições de subsistência.
- c) Combate à informalidade, o qual tem grande importância para a realização do princípio da liberdade, pois resgata o trabalhador da condição de dependência do poder público pelo fato de que não necessita a inclusão pelo Estado em seus programas sociais.

#### *2) Atribuições relativas ao princípio da integridade psicofísica*

Nesta categoria podemos incluir as atribuições concernentes à fiscalização das normas de saúde e segurança do trabalhador e também as relativas à jornada e descanso, com destaque à duração da jornada e intervalos intra e interjornada, além da folga semanal e do período anual de descanso (férias), pois, como ensina Godinho (2005) as normas tutelares relativas aos intervalos e aos limites do trabalho humano são normas relativas também a sua saúde e segurança.

#### *3) Atribuições relativas ao princípio da igualdade*

Aqui se encontram as atribuições que visam combater todas as formas de discriminação e, principalmente, que promovem a integração de minorias (portadores de deficiência, portadores de HIV, homossexuais etc.) bem como, coibir os abusos quanto ao assédio moral e sexual do trabalho.

Enquadra-se neste grupo, ainda, a verificação da não discriminação remuneratória de qualquer espécie (entre homem e mulher, trabalhador adulto e menor, entre trabalhadores que exercem as mesmas funções com igual produtividade, etc.).

#### *4) Atribuições relativas ao princípio da solidariedade*

Nesta categoria entram as atribuições que visam o combate às fraudes, como, por exemplo, às relativas ao seguro desemprego. A maior evidência desta fraude ocorre quando o empregador em conluio com o

empregado realiza uma rescisão fictícia, para fins de saque do FGTS e recebimento do benefício do Seguro desemprego. Neste caso, o empregado trabalha sem formalização do contrato, o empregador não recolhe os encargos sociais e o empregado recebe o benefício do governo. Daí se asseverar a sua ligação com o princípio da solidariedade, posto que outras pessoas poderiam ser beneficiadas com esses recursos.

Outra atribuição que evidencia este princípio é o da fiscalização das contribuições sociais: do FGTS e da Contribuição Social. A primeira atribuição que tem como destinatário o empregado e também pode ser utilizada no financiamento de obras de saneamento básico e no incremento das políticas públicas de habitação. O alcance do benefício amplo à coletividade é que denota o seu caráter solidarístico.

O FGTS (Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), criado em 1966, ganha grande impulso com a Constituição de 1988, quando passa a ser direito de todos os trabalhadores urbanos e rurais.

Com o passar do tempo, a Fiscalização do Trabalho, passou a desempenhar um importante papel como agente arrecadador, diretamente pela fiscalização do FGTS e indiretamente pela formalização de vínculos empregatícios, que gera recolhimentos previdenciários, e de tributos federais como o Imposto de Renda, reconhecendo-se à Fiscalização do Trabalho o status de integrante do grupo FISCO Federal, que é integrado ainda pela Fiscalização da Receita Federal e Previdenciária.

### **Considerações finais**

O momento atual nos leva a rever as nossas instituições, o papel destas, seus mecanismos de funcionamento, bem como rever a sua efetividade, eficácia e eficiência.

Com este artigo buscou-se ressaltar a importância da Fiscalização do Trabalho enquanto Instituição que possui um papel relevante na construção do Estado Democrático e de Direito que instituímos em 1988, com a Constituição Federal.

Constamos que o Brasil, ao criar o seu sistema de inspeção, estabeleceu as atribuições da Fiscalização do Trabalho em estreita afinidade com a Convenção Internacional 81.

Com as duas propostas de tipologia das atribuições dos Auditores-Fiscais do Trabalho pretendeu-se, estabelecer a íntima ligação entre

dignidade da pessoa humana (dignidade *lato sensu*) e a dignidade do trabalhador (dignidade *stricto sensu*), bem como estabelecer a importância do trabalho desenvolvido pelos Auditores-Fiscais do Trabalho na concretização destes valores.

Evidenciamos que na sua origem a Fiscalização apresentava outra razão de ser. Não se quer dizer com isso que o caráter arrecadatório não seja importante, mas é necessário resgatar a sua função inicial, pois é ela que justifica sua existência na construção de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fulcrada na justiça social.

Assim, no resgate da missão institucional da Fiscalização do Trabalho, evidenciei sua proeminência social, no sentido de que busca transformar a realidade dos trabalhadores, proporcionando-lhes condições de vida melhor, gerando uma melhoria na sua condição social e assim elevando o seu nível de cidadania.

## Referências

BATISTA, Jose Carlos. *Das prerrogativas e atribuições da AFT*. In Concurso de Monografias do SINAIT. Brasília: SINAIT, 2003.

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Obra coletiva de autoria da editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt, Luiz Eduardo Alves de Siqueira e Livia Céspedes.- 32. ed. atual. E aum. – São Paulo: Saraiva, 2005.

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

\_\_\_\_\_. *Decreto nº 95461, de 11 de dezembro de 1987*. Revoga o Decreto nº 68.796, de 23 de junho de 1971, e revigora o decreto nº 41.721, de 25 de junho de 1957, concernentes à Convenção nº 81, da Organização Internacional do Trabalho. Presidência da República, Brasília, DF, 11 dez 1987. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de mar. 2006.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.593, de 06 de dezembro de 2002*. Dispõe sobre a reestruturação da carreira Auditoria do Tesouro Nacional, que passa a denominar-se carreira Auditoria da Receita Federal- ARF, e sobre a organização da carreira Auditoria-fiscal da Previdência Social e da carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, e da outras providências. Presidência da



República, Brasília, DF, 6 dez. 2002. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 10 de mar. 2006.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.

FORTES, Alexandre. *O direito na obra de E. P Thompson*. História Social. 1995. Disponível em: <<http://www.ifch.unicamp.br>>. Acesso em: 11 de maio de 2015.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt*. Estudos avançados. 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br>>. Acesso em: 11 de maio. 2015.

MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*, 17. ed. rev. e atual. De acordo com a Constituição de 1988 e legislação posterior. Rio de Janeiro: fundação Getúlio Vargas, 1993.

MANNRICH, NÉLSON. *Inspeção do trabalho*. Vol II, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1984.

\_\_\_\_\_. Os Rumos das Relações de trabalho no mundo globalizado. *Revista do SINAIT*. Brasília: SINAIT, Ano 6, nº 10, Novembro de 2005.

MARSHALL, T H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Livraria Ler, 1967.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conceito normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386p.

\_\_\_\_\_. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SINAIT. SINDICATO NACIONAL DOS AUDITORES-FISCAIS DO TRABALHO. *Dados e notícias sobre a Fiscalização do Trabalho*. Disponível em :<<http://www.sinait.org.br>>. Acesso em: 10 mar. 2006.

THIAGO, Mário Lange de S. Humanismo e reforma administrativa. In: MEZZARROBA, O (Org.). *Humanismo Latino e Estado no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux; (Treviso): Fondazione Cassamarca, 2003.

WOHLFART, Ana Bárbara. *A auditoria-fiscal do trabalho como carreira exclusiva de Estado*. Monografia (conclusão de curso) – Curso de Direito. Universidade do Sul de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.



**PARTE II – CIDADANIA E  
RELAÇÕES INTERNACIONAIS**



# O PODER DAS REDES E OS MOVIMENTOS SOCIAIS GLOBAIS

Eduardo Baldissera Carvalho Salles\*

Giovanni Olsson\*\*

---

## Introdução

O presente trabalho objetiva investigar os principais aspectos da sociedade em rede e a atuação dos movimentos sociais, notadamente na perspectiva do surgimento de mecanismos de resistência. No seu desenvolvimento, a abordagem avança em três segmentos. O primeiro é a análise da revolução informacional e a conformação da sociedade em rede contemporânea. O segundo é o estudo do poder e da resistência nos seus principais contornos conceituais. Por fim, serão investigados os métodos contemporâneos de oposição política utilizados pelos movimentos sociais globais, como atores privilegiados da sociedade em rede.

## Revolução informacional e sociedade em rede

Constitui um truísmo afirmar que o mundo transforma-se em ritmo acelerado no início do século XXI, e o desenvolvimento da tecnologia em patamares até então inéditos na história da Humanidade produz diversas inflexões nas mais variadas dimensões do mundo da vida. A novidade, porém, é o mecanismo sofisticado que permite essa transformação, tecendo uma complexa rede de imbricações no tecido social e legitimando sua autêntica denominação de “revolução” kuhniana.

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Bolsista PROSUP/CAPES. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder: Cenários e Protagonismos dos Atores Estatais e Não Estatais, da UNOCHAPECÓ. Graduando em Ciências Sociais pela UFFS.

\*\* Doutor em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito UNOCHAPECÓ. Professor de Relações Internacionais do Curso de Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ.

Dentre os diversos impactos, deve-se enfatizar sua dimensão política, em que o Estado, até então monopolizador dos processos de gestão, decisão e execução política, assiste agora a diluição de seus instrumentos de governança nos espaços nacional e internacional. Os atores não estatais ganham progressivamente mais poder e, com isso, projetam seu protagonismo em áreas até então da hegemonia estatal. Nesse particular, grande parte desse fenômeno decorre dessa autêntica rede que se forma nos espaços públicos, permeada de difusão e compartilhamento de informação com acesso em tempo real e a custo acessível de qualquer parte do globo.

Objetivando investigar a interação desta sociedade com a internet, os protestos urbanos e a identidade pessoal, o sociólogo Manuel Castells cunhou o conceito de “sociedade em rede” como sendo uma arregimentação social “em que as atividades principais nas quais as pessoas estão engajadas são organizadas fundamentalmente em rede, ao invés de em estruturas verticais” (CASTELLS, 2015). Segundo ele, em que pese os homens já tenham se organizado em redes, dois fenômenos ocorridos no final do século XX foram essenciais para o surgimento da sociedade em rede como a conhecemos hoje. O primeiro foi a revolução tecnológica, e o segundo foi a reestruturação do capitalismo (CASTELLS, 2008, p. 39). É claro que as particularidades culturais e históricas das coletividades, bem como a dinâmica inclusiva e exclusiva dos processos, fazem com que as sociedades, dependendo da localização espacial, tenham participações distintas. Mas, mesmo havendo regiões territoriais em que tais fenômenos tenham tido efeitos menores, suas sequelas afetam a todos, ainda que incidentalmente (DE FAZIO, 2010, p. 26).

Este modelo é, portanto, “uma estrutura social baseada em redes operadas por tecnologias de comunicação e informação fundamentadas na microeletrônica e em redes digitais de computadores que geram, processam e distribuem informação a partir de conhecimento acumulado nos nós dessas redes” (CASTELLS, 2006, p. 20).

A revolução tecnológica foi o ápice de diversas inovações informacionais, como as telecomunicações, a computação e a microeletrônica. Segundo Castells (2008, p. 68, a importância deste fenômeno equipara-se à da Revolução Industrial, porque causou “um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura”). Mas, diferentemente desta, a revolução tecnológica modificou também o conhecimento (DE FAZIO, 2010, p. 27).

A produção, gestão, difusão e compartilhamento do conhecimento passa por uma mudança extremamente importante. Em nenhum outro momento da história, houve tanta informação disponível em espaços públicos e a baixo custo. Em termos comparativos, basta observar o que ocorria, por exemplo, na Idade Média, em que o saber era privilégio de poucos, notadamente porque a alfabetização e a posse de acervos de conhecimento eram elitizadas. Atualmente, a utilização de ferramentas de busca, como Google, por exemplo, abre quase infinitas possibilidades de acesso à informação, nos mais variados formatos e com as mais distintas tendências e ideologias. O grande problema contemporâneo, no aspecto, não é mais o acesso à informação, mas sim a gestão da informação com base em pressupostos transparentes de sua fidelidade e legitimidade, assim como a seletividade mercantilizada de seu oferecimento. Nesse sentido, e embora a questão não será aprofundada aqui, cabe notar que essa mercantilização personalizada do conhecimento por algoritmos obscuros é altamente preocupante.

No contexto atual, ponto nodal da sociedade em rede é a tecnologia, porque, diferentemente das interações realizadas com uma rede de amigos, as conexões eletrônicas permitem a interação instantânea e total. Redes, portanto, são fundadas em identidade de ideias, tal qual os vínculos de parentesco ou os movimentos sociais (DE FAZIO, 2010, p. 67).

O paradigma da tecnologia possibilitou a expansão das redes para toda a sociedade. Segundo Castells, “redes constituem a nova morfologia social de nossas sociedades e a difusão da lógica de redes modifica de forma substancial a operação e os resultados dos processos produtivos e de experiência, poder e cultura” (CASTELLS, 2008, p. 565).

Este arquétipo é nodal para entender os novos marcos da sociedade global, porque esta revolução tecnológica “está remodelando a base material da sociedade”, de modo que “economias por todo o mundo passaram a manter interdependência global, apresentando uma nova forma de relação entre a economia, o Estado e a sociedade em um sistema de geometria variável” (CASTELLS, 1999, p. 21).

A tecnologia, além de ter desempenhado papel importante para o surgimento de uma nova maneira de organizar a sociedade, foi responsável pela potencialização de benefícios característicos das redes, como a adaptação e a flexibilidade. As instituições cunhadas no medievo possuem estruturas engessadas, incapazes de moldarem-se às transformações sociais, o que ajuda a explicar a crise do Estado nacional em contraste com

a globalização, enquanto que a liquidez das redes permite que estas constituam novas formas conforme a demanda contraposta, o que torna-as adaptáveis às intempéries sociais (CASTELLS, 2006, p. 17).

Outra característica é a seletividade. Segundo Castells, “como as redes são seletivas de acordo com seus programas específicos, e porque conseguem simultaneamente comunicar e não comunicar, a sociedade em rede difunde-se por todo o mundo, mas não inclui todas as pessoas” (CASTELLS, 2006, p. 18). Ou seja, na prática, a sociedade em rede exclui mais do que inclui, embora seus efeitos repercutam em toda a humanidade.

Como nem todos os territórios interessam ao mercado, o capital mostra-se seletivo quando se trata da interação com áreas irrelevantes economicamente, razão pela qual o fenômeno mostra-se contraditoriamente inclusivo e excludente. Assim como a globalização, a seletividade da sociedade em rede é altamente contraditória, na medida em que ambos os fenômenos possuem um propulsor econômico.

A transcendência do “público” e “privado” também é reflexo da sociedade em rede, especialmente porque as ferramentas de poder que antes eram afeitas a determinadas instituições, como o Estado e a Igreja, agora estão acessíveis a diversas pessoas (CASTELLS, 2006, p. 18). O fenômeno permite que grupos territorialmente afastados se articulem em torno de pautas e discursos comuns, justamente com o uso da tecnologia e da computação.

O advento da internet conectou as pessoas, o que, além de ressignificar o conceito de soberania, estabeleceu novos métodos de dominação, especialmente na catálise dos atores não estatais, cujas performances têm eclipsado o protagonismo secular dos Estados.

Aí está o ponto central do presente ensaio. Considerando que os movimentos populares foram catalisados pelas ferramentas tecnológicas da sociedade em rede, especialmente as redes sociais, que papel exercem nesta nova arrematamento do poder?

### **Movimentos sociais globais, resistência e poder na sociedade em rede**

Ilse Scherer-Warren afirma que os movimentos sociais “percebem cada vez mais a necessidade de se articularem com outros grupos com a mesma identidade social ou política, a fim de ganhar visibilidade, produzir impacto na esfera pública e obter conquistas para a cidadania”, o que

evidência que as redes funcionam como “elemento organizativo, articulador, informativo e de empoderamento de coletivos e de movimentos sociais no seio da sociedade civil e na sua relação com outros poderes instituídos” (DE FAZIO, 2010, p. 67).

As redes tornaram-se ferramentas a serviço do poder das coletividades, porque, por intermédio delas, “é possível estabelecer conexões entre projetos identitários, mas também aproximar atores que desenvolvem projetos distintos, porém vinculados a um objetivo maior e comum de transformação social, combate às formas de desigualdade, pobreza e exclusão, ou de defesa do meio ambiente”, o que permite aos movimentos sociais trocarem informações, estabelecerem relações interterritoriais e robustecer a resistência (DE FAZIO, 2010, p. 68).

Com o mundo compartilhando dificuldades semelhantes, o advento da sociedade em rede possibilita que grupos distantes ampliem o campo de atuação e unam forças em torno de pautas comuns. Atores com identidade causal podem transformar a sociedade em coalizão. Grupos como a Anistia Internacional, Justiça Global e Avaz já tiveram esta percepção, porque passaram a empreender ações de resistência em âmbito internacional, desconstruindo discursos hegemônicos e erigindo outros.

O exercício de poder por esses atores emergentes, a seu turno, é um fenômeno extremamente interessante na perspectiva das contemporâneas teorias do poder.

O poder, em termos gerais, é um fenômeno que perpassa a vida em sociedade desde sua própria formação. Aristóteles já apontava que a circunstância de o homem ser um “animal político” (ARISTÓTELES, 1996, p. 12) é essencial à constituição social, e, por isso, diferenciar-se dos outros seres. Historicamente, e desde então, os estudos empíricos do poder, porém, em uma longa e lenta evolução, cederam espaço aos estudos normativos, em que conviviam duas matrizes mais ou menos definidas em torno de duas leituras sobre o fenômeno, por onde transitaram Tomás de Aquino, Maquiavel, Max Weber e tantos outros.

A compreensão contemporânea do poder, porém, inova ao reconciliar essas visões, e a propor que o poder é em verdade um fenômeno complexo e bifronte (HAUGAARD, 1997, p. 137-141; DYRBERG, 1997, p. 251; por exemplo), que ao mesmo tempo pode ser opressor, impositivo e conflitual (“poder sobre”) e também pode ser libertário, produtivo e consensual (“poder para”).



### ***O “poder sobre”***

A ideia tradicional do “poder sobre”, em termos sucintos, remonta à compreensão do seu exercício como um instrumento de sujeição de um ator sobre outro.

No âmbito político-jurídico nacional, por exemplo, e por expressão da supremacia estatal, o Estado exerce poder sobre os indivíduos e empresas bem termos de arrecadação de tributos e de imposição de condutas das mais variadas, como observância de normas de convivência, de circulação e de conduta, sempre sujeitas à possibilidade de expropriação de bens, de restrição de liberdade ou de direitos.

O Direito, como o mais poderoso instrumento da Modernidade de regulação de condutas sociais, exerce um papel muito importante nesse âmbito, porque ele legitima e modula o exercício desse “poder sobre”, estabelecendo mecanismos para seu exercício, como o devido processo legal, a prescrição da pretensão executiva, o direito de defesa, a impenhorabilidade do bem de família, e outros tantos, que permitem contrapor os direitos e garantias individuais e sociais ao poder do Leviatã.

O mesmo se passa no âmbito internacional, em que atores de maior poder econômico ou militar, com “ouro e tanques”, oprimem ou impõem sua vontade a outros. Contudo, isso também se observa em espaços mais insuspeitos, na forma de micropoderes, como já denunciado por Michel Foucault, por exemplo, em que a sujeição se opera em relações interpessoais diretas, como professor-aluno, médico-paciente e tantas outras.

O poder, não necessariamente como uma “violência” ou “força física”, sempre é uma “possibilidade de” vir a ocorrer, e o conflito sempre é uma realidade potencial. A direção da ação política, aqui, é de um ator em desfavor do outro.

### ***O “poder para”***

A ideia tradicional do “poder para”, a seu turno, envolve o seu exercício como um instrumento de cooperação ou produção de um ator em conjunto com outro.

A reunião de esforços e vontades por dois ou mais atores para a ação política é o exemplo mais evidente de um poder que constrói, que permite consensos e liberta. No espaço da política, o orçamento participativo ou a

democracia direta não-representativa são dois ícones do “poder para”, em que não há opressão ou perda por qualquer dos partícipes, mas a construção de uma vontade coletiva, que representa uma linha tangencial média do consenso possível nos limites dos interesses individuais.

No âmbito internacional, a convergência de vontades permite a constituição de organizações não-governamentais, ou mesmo a instituição de organizações intergovernamentais, a realização de ações conjuntas ou forças-tarefas, produzindo um resultado político ou mesmo institucional diferente da soma dos esforços individuais dos atores originários, e com o que nenhum deles perde algo em desfavor do outro.

O mesmo ocorre no nível do micropoder, numa assembleia de condomínio ou numa entidade familiar, por exemplo, em que os espaços discursivos são ocupados coletivamente na construção de consensos em proveito do interesse comum.

A legitimação aqui pode ocorrer pelo Direito ao regular essas ações em termos de igualdade de oportunidade, mas essencialmente pela própria prática política, em que a “legitimação pelo procedimento” habermasiana reforça os vínculos e sustenta os consensos coletivamente construídos. A direção da ação política, neste caso, sempre é dos dois ou mais atores em conjunto para um terceiro ponto, que é o seu resultado, e não de um em desfavor do outro.

No presente estudo, essa compreensão bifronte do poder, em que ambos os sentidos não se excluem, mas, ao revés, se complementam, é essencial para entender a riqueza do protagonismo dos atores internacionais contemporâneos na sociedade em rede.

É particularmente importante, nesta análise, observar que o “poder sobre”, por sujeitar um ator à vontade do outro, permite o exercício de um contrapoder ou poder de resistência, em maior ou menor escala.

### ***Resistência e poder na sociedade em rede***

A recusa em pagar o tributo ou a cumprir uma norma estatal específica, no âmbito estatal interno, ou a recusa a entregar o seu território ou a desvalorizar sua moeda, no âmbito internacional, são exemplos de contrapoderes do ator em estado de sujeição no “poder sobre”.

Essa recusa ou resistência pode ser plenamente legítima, pelo poder sobre em exercício ser abusivo, ou ilegítimo, ou tirânico, mas também

ilegítima, por simplesmente se furtar a cumprir a regra do jogo político democrático, que instituiu aquele determinado tributo para aquele definido fato gerador, por exemplo.

De qualquer forma, esse contrapoder ou poder de resistência constitui um instrumento muito importante de ação dos protagonistas nacionais e internacionais, e, como se verá, é extraordinariamente amplificado e reforçado na sociedade em rede, em especial pelos movimentos sociais e outros atores não estatais.

Esse fenômeno da resistência, por sua vez, vem ganhando novos contornos. Com a superação dos instrumentos repressivos medievais, e a consolidação do modelo de Estado liberal, em que o poder soberano permanece limitado ao instrumento constituinte estatal, a participação popular na coisa pública legitimou-se, configurando instrumento que combate tiranias da maioria.

Além disto, a resistência pressupõe a reação contra atos impopulares do Estado, tendo importância crucial nas reformas do Estado e da sociedade (ARAÚJO, 2002). Trata-se da substituição conceitual do Leviatã que, através do abuso de poder, rompe com o contrato, por um Estado democrático, livre do absolutismo e da luta pela sobrevivência.

Segundo Paupério (1978, p. 23) ao contrário do pensamento político medieval, não mais se admite o tiranicídio ou a revolta armada como formas de insurreição popular. Não convém no modelo democrático admitir formas violentas de resistência, mas assegurar maneiras legítimas do exercício da resistência.

Na mesma esteira, John Rawls (1997) apresenta o direito de resistência como um dever e obrigação do indivíduo, do qual depende a estabilidade das instituições justas. Se o governo é tirânico, qualquer ato que retire do poder a tirania é legítimo. Qualquer desobediência destinada a traduzir a insatisfação dos súditos frente as injustiças e a violação das liberdades básicas é justificável. E, mais, o teórico pressupõe ser dever de toda a pessoa doar-se conforme os princípios que ela quer que o Estado siga. Esta premissa remete a um limite de atuação do Estado, garantido pelos indivíduos, onde se possam garantir os direitos e liberdades fundamentais.

A resistência, pela prática da desobediência civil, faz com que uma minoria, ou um conjunto delas, force, pela sua exposição de motivos, uma maioria a modificar as leis ou instituições injustas. A rigor, é um protesto

público no intuito de obter a reversão de situações de injustiça oriundas de abuso de autoridade. Os desobedientes buscam tornar públicas suas reivindicações, imprimindo visibilidade a elas. Mostra-se oportuna, como forma de expressão das minorias, quando as soluções institucionais e os remédios oficiais não são eficazes.

Em Rawls, o viés político da ação desobediente se perfectibiliza nos princípios de justiça que constituem a base da sociedade: o princípio da liberdade, que garante as liberdades básicas (proteção à integridade física, liberdade de expressão e política) e o princípio da igualdade, acrescido do princípio da diferença, reguladores das atividades institucionais.

Assim, com a consolidação da resistência enquanto direito, surgiram os movimentos sociais globais, atrelados à “revolução tecnológica informacional”, que, além de ter fornecido “suporte estrutural para que a economia se organizasse globalmente, funcionando em tempo real em muitas partes do planeta”, ao mesmo tempo “também permitiu aos atores das sociedades civis articularem e coordenarem ações desvinculadas de sua referência nacional, e com potencial para alcançarem e influenciarem quase ilimitadamente todo o globo terrestre” (DE FAZIO, 2014, p. 346-347).

Castells (apud DE FAZIO, 2014, p. 347) aponta a Internet como sendo “o tecido de nossas vidas”, que possibilita a articulação de movimentos sociais globais, que não são simplesmente uma rede, mas uma rede eletrônica, que não podem ser desarticulados ou aprisionados justamente por escaparem às mãos.

Assim, como tais movimentos não são institucionalizados, gozam na plenitude dos principais atributos das redes. Líquidos e flexíveis, modulam suas ações conforme o terreno em que estão inseridos, conjugando esforços para atingir os interesses delimitados pelo grupo.

Por terem objetos variados, permanentes ou temporais, não são reedições de “movimentos de massa” do passado. Ao contrário, representam uma nova maneira de fazer política, “em contraste com os velhos movimentos liberais-burgueses e trabalhistas-socialistas”, pois “parecem ser apartidários e mesmo apolíticos no sentido de que eles rejeitam o idioma institucional convencional da política” (CROOK; PAKULSKI; WATERS, 1994, p. 140).

Atuam por meio da internet e outros meios de comunicação, possibilitando ações coletivas com amplitude, liberdade e capilaridade,

impedindo que os aparelhos repressores possam agredir ou aprisionar os críticos, tal como ocorre em atos de protestos presenciais.

Tais características romperam os paradigmas clássicos da resistência política, pois, abandonando o Estado como “inimigo” precípua, os movimentos sociais expandiram seus questionamentos para todo o globo. Livres, tais atores transitam além “dos muros e das grades”, compondo pessoas das mais diferentes etnias sob um discurso comum.

### **Considerações finais**

O presente trabalho dedicou-se a analisar a importância das redes para a conformação hegemônica da sociedade, estudando os contornos conceituais do poder e os métodos contemporâneos de resistência e oposição política dos movimentos sociais globais.

A sociedade em rede transformou o modo com que os fluxos de comunicação e saber se estabelecem. Com isso, a própria lógica das relações de poder foi reformulada, surgindo as concepções de “poder para” e “poder sobre”, cuja perspectiva assinala a existência de poder na formação tanto de consensos quanto de conflitos. Reconheceu-se efeitos de dominação não só em relações verticais-weberianas, mas também nas de cooperação e transformação.

Este novo método de articulação social abriu espaço para a governança sem governo, pois a incapacidade do poder público em gerir tais relações fez com que a autoridade nos movimentos sociais seja plástica, multidirecional e horizontal.

Com a sociedade em rede a resistência, cujos conceitos foram cunhados nas eboições sociais da Idade Média, transcendeu o objetivo precípua de oposição política ao Estado. As redes eletrônicas ampliaram as possibilidades de ações coletivas, impossibilitando que o aparelho estatal cale, agrida ou aprisione as vozes críticas.

Por fim, em que pese a capacidade de influência dos movimentos sociais seja de difícil apuração, a questão iluminada evidenciou que possuem potencial transformativo que transcende os territórios estatais, e cujo poder tende a aumentar com a ampliação das redes.

## Referências

ARAÚJO, Cláudia de Rezende Machado. *O direito constitucional de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

ARISTÓTELES. *The Politics and the Constitution of Athens*. Edited by Stephen Everson. Revised student edition. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede: do conhecimento à política*. In: \_\_\_\_; CARDOSO, Gustavo (Orgs.). *A sociedade em rede: do conhecimento à ação política*. Brasília: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, 2006. p. 17-29 (Debates: Presidência da República).

\_\_\_\_. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 11. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008. v. 1.

\_\_\_\_. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide Venâncio Majer com a colaboração de Klauss Brandini Gerhardt. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. vol. 1.

\_\_\_\_. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

\_\_\_\_. *Entrevista: Castells vê “expansão do não-capitalismo”*. Tradução de Gabriella Leite. Disponível em: <<http://outraspalavras.net>>. Acesso em: 09.05.2015.

CROOK, Stephen; PAKULSKI, Jan; WATRS, Malcolm. *Postmodernization: change in advanced society*. London: Sage, 1964.

DE FAZIO, Maria Cristina Puydinger. *A sociedade civil global como instrumento de resistência à globalização desde cima: a importância da rede*. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina. Dissertação de Mestrado, 2010.

\_\_\_\_. *Protagonismos e cenários dos movimentos sociais globais: atores não estatais de resistência e o poder das redes*. In: OLIVEIRA, Odete Maria (Org.). *Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais*. v. 1. Ijuí: Unijuí, 2014. 432 p.

DYRBERG, Torben Bech. *The circular structure of power: politics, identity, community*. London: Verso, 1997. 292p.

HAUGAARD, Mark. *The constitution of power: a theoretical analysis of power, knowledge and structure*. Manchester: Manchester University Press, 1997. 234 p.

PAUPÉRIO, Antônio Machado. *Teoria democrática da resistência*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

\_\_\_\_\_. *O Direito Político de Resistência*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1978.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

# LOS BRICS EN LA REESTRUTURACIÓN DEL NUEVO ORDEN MUNDIAL

Ernani Contipelli\*

Simona Picciau\*\*

---

## Introducción

El presente estudio tiene por finalidad presentar las nuevas formas de actuación en el plan internacional, considerando, especialmente, el pragmatismo exigido por la dinámica de la política actual. Para tanto utilizamos como referencia los BRICS y su evolución, así como el papel desempeñado por tal entidad ante los países latinoamericanos<sup>1</sup>.

Así, en la parte inicial presentamos los conceptos clásicos que envuelven las relaciones internacionales, dividiéndolos en tres generaciones: la primera marcada, prácticamente, por el surgimiento de las organizaciones internacionales; una segunda configurada por las formas de integración regional, con la formación de los grandes bloques territoriales, para defensa de intereses y políticas comunes, como la Unión Europea, MERCOSUR, entre otros; y finalmente, el caso que pretendemos analizar

---

\* Pos-Doctor en Política Comparada – Universidad Pompeu Fabra (España). Pos-Doctor en Derecho Constitucional Comparado – Universidad Complutense de Madrid (España). Doctor en Derecho del Estado – PUC/SP (Brasil). Profesor del Programa de Posgrado de la Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Brasil). Director del Center for European Strategic Research (Italia).

\*\* Doctoranda en Relaciones Internacionales – Centre D'Études en Sciences Sociales sur les Mondes Africains, Américains et Asiatiques, Université Paris Diderot (Francia). Máster en Management Internacional – Insec – Grande École de Commerce (París, Francia). Coordinadora de Proyectos y Investigadora del Center for European Strategic Research (Italia).

<sup>1</sup> Estudio elaborado en el ámbito de investigación del Center for European Strategic Research (CESR) y presentado en el I Seminario Internacional Direitos da Cidadania na Nova Ordem Mundial, realizado en los días 18, 19 y 20 de mayo de 2015, en la Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Brasil).



con mayor profundidad, la tercera generación, caracterizada por la instrumentalización de los modelos institucionales, para privilegiar intereses momentáneos con alianzas concebidas, sobretodo, por fuerza de un determinado momento económico y con tendencias relacionales pragmáticas, como los BRICS.

Resaltamos que esas generaciones no son excluyentes una en relación a las otras, simplemente, son fases que sucederán gradualmente en la historia y que se suman para involucrarse simultáneamente en el plan de las relaciones internacionales, componiendo, en la actualidad, los diversos niveles de cooperación interestatal que forman la denominada gobernanza mundial.

Desde esa perspectiva, buscamos investigar el proceso de formación de los BRICS, su relación con globalización y el nuevo orden mundial, para, al fin, ingresar en el tópico sobre su relación con Latinoamérica y justamente encontrarnos el sustrato empírico necesario para comprobación de ese dinamismo exigido por el nuevo orden mundial.

### **La concepción clásica de las relaciones internacionales y multilateralismo**

Podemos comprender las relaciones internacionales como vínculos establecidos entre Estados soberanos y/u organizaciones internacionales para actuación en el plan internacional, que se encuentran sometidas a una serie de factores comprendidos en la cultura de cada nación.

Entre ese conjunto de factores, que envuelven historia, política, economía, estructura social, entre otros, relacionase con valores como la autodeterminación, la no-intervención, la prevalencia de los derechos humanos, la cooperación, igualdad y solidaridad entre los pueblos, los cuales reflejan la preocupación con el respecto a la soberanía de los Estados y la indebida invasión en las decisiones tomadas democráticamente por los pueblos<sup>2</sup>.

Con respecto al modelo institucional electo para conformación de esas relaciones, verificamos una evolución en la constitución de las

---

<sup>2</sup> La Resolución n. 2625 de 1970 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la declaración sobre los principios de derechos internacionales relativos a las relaciones amistosas y cooperación entre Estados, determinando, así, los valores que orientan esa forma de relación política.

Organizaciones Internacionales, que se inicia con un aspecto esencialmente formal rígido con la firma de tratados que oficializan las relaciones entre los Estados, para en un segundo momento, por fuerza del proceso de globalización, alcanzar formas más complejas y actuantes en el plan de la soberanía interna de cada Estado miembro, correspondiente a la integración regional y llegar a formas cooperativas multilaterales informales y flexibles orientadas por intereses políticos pragmáticos.

Destacamos que esas generaciones se relacionan mutuamente en el contexto de la política internacional vigente elevando considerablemente el nivel de complejidad para la comprensión de esos instrumentos, en términos teóricos, y causando, en la práctica, una proliferación de centros de diálogos caracterizados por su ineficiencia para actuar en la búsqueda de sus objetivos.

### **Primera generación de la evolución de las organizaciones internacionales**

Históricamente, las organizaciones internacionales son conceptuadas como asociaciones voluntarias de sujetos dotados de personalidad jurídica internacional, como Estados o incluso otras organizaciones internacionales, con el objetivo de, a través de la cooperación y unión de esfuerzos, lograr el alcance de intereses comunes.

El instrumento jurídico tradicionalmente utilizado para estructuración de esas entidades son los tratados. El tratado internacional puede ser definido como la fuente por excelencia del derecho internacional público, en su concepción clásica, consistente en el acto jurídico formal mediante el cual Estados Soberanos y Organizaciones Internacionales debidamente constituidas por documentos de naturaleza jurídica ratificados por Estados soberanos, establecen vínculos que determinan la creación, modificación o extinción de relaciones jurídicas en el plan internacional.

En los términos del artículo 2º, a, de la Convención de Viena, el Tratado Internacional *“es un acuerdo concluido por escrito entre Estado y regido por el Derecho Internacional, conste de un instrumento único, o de dos o más instrumentos conexos, cualquier que sea su denominación específica”*. Importante resaltar que la Convención de Viena de 1969 consiste en un documento de derecho público internacional que determina el modo como se realizan los tratados, un *“tratado sobre tratados”*, estableciendo los criterios procedimentales que deben ser respetados para

vincular la colaboración en el plan internacional y, por consecuencia, para la creación de Organizaciones Internacionales formalmente constituidas.

El siglo XX es marcadamente como aquello en que se desarrolla la constitución de Organizaciones Internacionales, especialmente, por la grande amplitud de sus campos de acción, de carácter universal y regional, y la serie de importantes temáticas, tales como economía, comercio, derechos humanos, seguridad, entre otras, que se disponen a atender para equilibrar las relaciones entre actores políticos en el escenario internacional.

Esa propensión a la creación de organizaciones internacionales es generada, especialmente, por un orden mundial que exige la cooperación mutua para reforzar la capacidad de actuación de los Estados que son forzados a una constante interdependencia para hacer frente a los obstáculos políticos, económicos y sociales que se colocan para alcance de metas de desarrollo y competitividad global y del propio atendimento de sus intereses nacionales, los cuales pasan a encontrar solución también en nivel internacional.

Podemos señalar como características tradicionales de las organizaciones internacionales la existencia de personalidad jurídica, de órganos propios y objetivos comunes que orientan su actuación. Ya, en su proceso de constitución, encontramos la celebración de un tratado internacional, en que son fijados los elementos estructurales de la organización, como el sistema de normas que rigen los determinan los poderes y competencias que serán asumidos por tales entidades, su derecho primario, siendo que las demás reglas son producidas por los órganos componentes de tal entidad (derecho derivado).

Por lo tanto, en una perspectiva clásica, encontramos las organizaciones internacionales intergubernamentales, en que las decisiones tomadas en plan internacional dependen del consentimiento de los Estados participantes para surtir efectos en su respectivo plan de soberanía interna. Esa primera generación es determinada por la obediencia a un procedimiento formal que es propio de los tratados y también a los principios que orientan ese documento como el *pacta sunt servanda* y la buena-fe

### **Integración regional: segunda generación**

Con las transformaciones ocurridas en las relaciones internacionales, surge un nuevo modelo de cooperación, denominado de supranacional, que formado por un proceso de transferencia de competencias de los Estados participantes, eso es, cesión de parcela de la soberanía para la organización internacional, esa pasa a actuar con independencia funcional y con la posibilidad de tomar de decisión por mayoría, o sea, independientemente de la aprobación unánime de sus miembros.

En un sentido etimológico, el término “*integración*” consiste en el acto de agregar diferentes especies, la unión de algo menor con algo mayor, de tal manera que el resultado de esa junción siempre implica en una variación positiva, de contenido superior a las condiciones anteriores.

En el plan de la ciencia política, comprende la unión de Estados soberanos para constitución de una comunidad con existencia y actuación internacional propia. Específicamente, la integración regional se refiere al proceso en que diferentes Estados soberanos, situados en una misma zona geográfica del planeta se unen para formación de una organización internacional.

La Unión Europea es el ejemplo categórico de la integración regional, que resultó en una comunidad política que se rige por el derecho comunitario, que convierte su tratado institucional en un verdadero documento de connotaciones constitucionales, por caracterizar un conjunto de normas obligatorias que actúan en la conformación de los ordenes jurídicos internos de sus Estados participantes.

En esa segunda generación, la relación entre diferentes entidades internacionales se caracteriza, nuevamente, por un formalismo que sigue la tradición occidental de institucionalización de los actores políticos por un procedimiento solemne, reservando para ellos espacios políticamente estratégicos ante importantes organismos internacionales, en especial, las Naciones Unidas.

### **Instancias informales y el pragmatismo relacional: tercera generación**

La creciente interdependencia entre actores internacionales, la multiplicación de cuestiones que se refieren a la necesidad de soluciones comunes y con respuestas inmediatas y el cambio de la estructura del poder en el ámbito global, con el surgimiento de nuevas potencias dichas

emergentes, ocasionó la proliferación de formas cooperativas que paulatinamente abandonaron el formalismo típico de las generaciones precedentemente analizadas.

Esos instancias se desarrollan también de forma independiente, por fuerza de contingencias políticas y económicas, huyen al control y a la injerencia política de las potencias que dieron causa a los procedimientos formales de institucionalización.

Esos mecanismos de cooperación posibilitan una mayor flexibilidad en el acercamiento entre naciones heterogéneas, o sea, que simultáneamente son diferentes, como por ejemplo de la perspectiva geográfica o incluso del desarrollo social, pero que, de todos modos, son marcadas por ciertos intereses comunes puntuales, los cuales exigen una acción conjunta entre ellas, especialmente, de contenido económico, llevando a la formación de bloques de influencia internacional con objetivos pragmáticos.

En ese nuevo contexto global, la fuerza adquirida por esas instancias de representación, formada, especialmente, por países emergentes, y la peculiaridad del modelo de cooperación generado por ellas, que visan al establecimiento de políticas pragmáticas, implican en una modificación de los modelos tradicionales, causando una redistribución del poder en nivel internacional, como el caso de los BRICS.

### **Los BRICS: proceso de formación**

En 2001, el equipo de Jim O'Neill, economista de Goldman Sachs, publicó el artículo *Building Better Global Economic BRICs*, en que destacaba la importancia asumida por las naciones emergentes en el contexto económico internacional, utilizando por primera vez el término "BRIC", para designar un bloque de países formado por Brasil, Rusia, India y China, los cuales representarían nuevas potencias económicas emergentes.

Interesante que a partir de la adopción de esa sigla surgió la voluntad política de esos países para la formación de un bloque direccionado al fomento de sus intereses comunes. Así, empezaron las reuniones diplomáticas envolviendo sus respectivas autoridades, que se consolidó apenas en 2009, motivada, sobre todo, por la crisis mundial, con la firma de una declaración de trabajo conjunto para fortalecer la influencia de los BRIC en los ámbitos políticos y económicos

internacionales, buscando generar un nuevo orden mundial, sobre todo, con la disminución de la interferencia de los países ricos del occidente para equilibrio de poder con las naciones emergentes.

En ese mismo año, 2009, ocurrió la primera reunión entre Jefes de Estado de los cuatro países de los BRIC, la cual se repitió en 2010, siempre teniendo como foco la discusión del papel de esas naciones ante los modelos tradicionales de política internacional económica, capitaneados por Estados Unidos y Unión Europea, y también otros temas de importancia mundial, como gobernanza global y cuestiones ambientales.

En la tercera cúpula de los BRIC (2011), ocurrió el ingreso de Sudáfrica, lo que significó un incremento en términos de poder político y económico para el bloque, además de una demostración de fuerza, ya que su influencia pasa a ser sentida directamente en el continente africano con la incorporación de un país de la región. En la cuarta cúpula (2012), fueron debatidas las situaciones de conflictos armados que ocurren en diversas partes del mundo, encontrando como posición del bloque la alternativa por la solución pacífica, aunque en realidad tal posición es adoptada teniéndose en cuenta los intereses principales de los BRICS, que claramente están vinculados a cuestiones económicas, para obtención de nuevos mercados y delimitación de zonas de influencia política, con la finalidad de medir fuerzas con las grandes potencias occidentales.

Por lo tanto, entre los objetivos generales perseguidos por el grupo encontramos la búsqueda de la ampliación del grado de participación política activa de esos países en organismos que actúan en escala internacional, como por ejemplo la concesión de un asiento permanente para Brasil, India y Sudáfrica en el Consejo de Seguridad de la ONU, y más transparencia en la elección de cargos de decisión, posibilitando una apertura democrática que implique en un desplazamiento del poder para otros centros que ganan relevancia ante las contingencias actuales. Asimismo, los BRICS también buscan un mayor equilibrio en las relaciones económico-financieras internacionales, como la modificación estructural en el FMI y Banco Mundial, para permitir una diversificación de inversiones y valorización de sus crecientes riquezas.

El advenimiento de los BRICS como efecto de la globalización está acelerando el pasaje del sistema internacional actual para un nuevo orden mundial, dicho multipolar, perteneciente a la tercera generación anteriormente mencionada, caracterizándose por la instrumentalización de las formas relacionales, que se concretan de manera esencialmente

pragmática, fuera del formalismos de tratados y otros documentos concebidos para enyesar las relaciones internacionales a los intereses de las grandes potencias occidentales.

De todos modos, las nuevas potencias emergentes (BRICS) representan una fuerza alternativa con respecto a los países occidentales para el desarrollo de países menos privilegiados, aunque bloques como BRICS privilegian relaciones puntuales y sus propios intereses nacionales, sin cualquier intento, al menos declarado, de establecer una alianza mirada hacia la injerencia política.

### **Globalización, BRICS y nuevo orden mundial**

Conforme expuesto anteriormente, la insurgencia de los BRICS como efecto de la globalización está acelerando el paso del sistema internacional actual para un nuevo orden mundial, dicho multipolar. El grupo de los países BRICS que reúne las grandes potencias mundiales emergentes Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica, de un simple fórum consultivo entre países emergentes se está afirmando actualmente como estructura internacional fuerte, capaz de incidir sobre la esfera económica y política global, comprobando la existencia de una tercera generación de relaciones internacionales.

La organización de los BRICS, que reúne 42% de la población del planeta y 21% del PIB mundial, es siempre más determinada a desarrollar un papel siempre más activo e incisivo en las decisiones internacionales. Con el fin de reequilibrar el poder mundial a favor de las potencias, en las instancias políticas, pensamos en relación a la discusión sobre la reforma de la representación en el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y económica financiera, en particular modo el FMI y Banco Mundial, acusados por los países emergentes de ser dominados por los países occidentales y, por eso, de proteger exclusivamente los propios intereses menospreciando la asunción de los países en vías de desarrollo.

Nace así la voluntad de los países de los BRICS no solamente de consolidar su propio poder sino de proponerse al resto del mundo como una alternativa al poder dominante de los países occidentales desarrollados, particularmente de los Estados Unidos, con el objetivo de establecer un nuevo orden mundial fundado sobre una distribución del poder más ecuánime, que mejor se ajusta al nuevo contexto económico definido a partir del fin del siglo pasado, como consecuencia del fin de la guerra fría y la afirmación del neoliberalismo como ideología económico-

política dominante. No obstante, actúen en el contexto internacional, ciertamente, los BRICS aún están lejos de tener una estrategia común bien definida, especialmente, por la heterogeneidad del grupo, desde un punto de vista económico, político y social, además del diverso peso de cada uno de esos países en el escenario mundial.

De todas maneras, la institución BRICS gradualmente gana consistencia política y proyección global, como ha señalado el Presidente del *National Security Advisory Board* indiano, embajador Shyam Saran, por ocasión del sexto vértice de los BRICS en Brasil, al afirmar que en el proceso de conformación de esa entidad se nota claramente un pasaje de un grupo unido por la preocupación de compartir, para un grupo unido por intereses comunes.

En el mismo sentido, Vladimir Putin ha declarado que los BRICS intentan reforzar su propia posición en los asuntos internacionales y aumentar la importancia de la asociación de la economía mundial sin generar por tanto una alianza político-militar (CUSCITO, 2014).

A todas esas razones se agrega el hecho de que la economía de los BRICS son expuestas, así como la economía de los demás países occidentales, a la vulnerabilidad e incertidumbre de la economía mundial. La desaceleración del crecimiento de la economía de los BRICS en ese año, sobre todo de Brasil y Sudáfrica, fue definido precipitadamente por algunos analistas como “*el fin de los BRICS*”, lo que, por otro lado, revela la tendencia de establecer un pragmatismo exacerbado en la comprensión y definición de las instancias internacionales actuales.

Asimismo, debe ser considerado el hecho de que cada uno de países de los BRICS, aunque establezca una colaboración con los otros miembros, tiene como objetivo principal la tutela de sus propios intereses nacionales.

La China, por ejemplo, mira con preocupación el deseo de Brasil de ser admitido como miembro permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, pues revelase preocupada con un eventual alargamiento de esa apertura y la consecuente admisión de India y Japón, su enemigo histórico.

No obstante, todos esos elementos, comprenden un hecho indiscutible de que el nuevo grupo emergente está cambiando el orden mundial, forzando los países occidentales a reflejar sobre la institucionalización de un nuevo sistema internacional, o, en realidad, un nuevo paradigma de gobernanza global.



## **Pragmatismo: BRICS y Latinoamérica**

Conforme ya habíamos mencionado, los BRICS quieren representar una alternativa atractiva para los países en vía de desarrollo. Durante el Summit BRICS realizado en Fortaleza entre 14 y 16 de julio pasado, fue decidido que el Banco BRICS (*New Development Bank, NDB*) será activo en el 2016 con un capital de 50 billones de dólares, 10.000 billones ingresado como contribución por cada país miembro. Los líderes también establecerán otro importante acuerdo que prevé un fondo de reserva (*Contingency Reserve Arrangement, CRA*), un mecanismo preventivo para hacer frente a eventuales episodios de volatilidad financiera. Tratase de importante iniciativa que colocan los países del BRICS en una posición atractiva ante los países emergentes, especialmente, aquellos situados en Latinoamérica.

Destacamos que el modelo de Bretton Woods que estableció las reglas de los cambios financieros globales e impuesto el dólar como moneda de las transacciones internacionales es hoy desafiado por nuevos enfoques provenientes de otros centros de poder unidos, para proponer modelos alternativos de aquellos impuestos por las potencias occidentales después de la Segunda Guerra Mundial. El Banco de desarrollo de los BRICS, situado a Shanghai, se presenta como un modelo alternativo al Banco Mundial y al Fondo Monetario Internacional con el objetivo de financiar proyectos infraestructurales de sus respectivos miembros y de países terceros (STEFANINI, 2014). Ese objetivo también es observado con particular interés por parte de los gobiernos y de la opinión pública de los países latinoamericanos que buscan inversiones extranjeras para desarrollarse estructuralmente.

Una demostración del acercamiento de las relaciones entre BRICS y Latinoamérica puede ser constatada con la exitosa visita de los líderes chino y ruso, respectivamente Xi Jinping y Vladimir Putin, que por ocasión del encuentro de los BRICS en Fortaleza, Brasil, organizaron toda una serie de visitas oficiales a los países del Centro y Sudamérica. Los países Sudamericanos interesados en obtener ventajas con ese modelo de inversión, asumen una posición política de apoyo a los BRICS en ámbito internacional, como, por ejemplo, los que apoyaron a Rusia en la cuestión de Ucrania.

Específicamente, sobre el apoyo a la cuestión de Ucrania, debemos comentar que la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó en 27 de marzo del año corriente, la Resolución “*Territorial Integrity of Ukraine*”

para determinar su posición en el sentido de apoyar la unidad de aquel país condenando la actitud invasiva rusa. Cerca de 100 países condenaron las acciones de Moscú, que, no obstante, obtuvo el apoyo silencioso de los países de los BRICS (o sea, todos se abstuvieron) y de muchos países latinoamericanos: Chile, Colombia y Perú sostuvieron la resolución, en nítido apoyo a la política seguida por Estados Unidos y la Unión Europea; dos votaron contra: Venezuela y Bolivia; y, además de Brasil, otros seis se abstuvieron Argentina, Ecuador, Uruguay, Paraguay, Surinam y Guyana, justamente, por sus intereses en obtener ventajas con la incursión rusa en la región sudamericana.

La China, alzada a la posición de segunda potencia mundial, apenas atrás de los Estados Unidos, tiene, por esa razón, un papel particularmente activo en el interior de los BRICS y también en la política en nivel mundial. La presencia china en el continente sudamericano, prácticamente, ausente hasta el fin de los años 80, creció lentamente en los años 90, para, posteriormente, desarrollarse de manera exponencial en el último decenio, bajo el comando de Hu Jintao. La China siempre buscando materia prima, para sostenimiento de su sorprendente desarrollo económico, y nuevos mercados, para salida de sus productos, encontró en Latinoamérica un continente abundante de recursos naturales y un mercado caracterizado por una clase media con un considerable poder adquisitivo.

De modo particular, los países de Latinoamérica ofrecen a China materia energética como el petróleo (Venezuela), carne (Argentina), soya (Brasil) y cobre (Chile y Perú). China en cambio ofrece a esos países préstamos con intereses muy favorables para la construcción de obras de infraestructura y, en algunos casos, esos préstamos son pagos directamente con el fornecimiento de materia prima. Por lo tanto, muchos analistas señalan ésto como la estrategia china en el continente, aunque aparentemente favorables a los países latinoamericanos, en realidad, los penalizan, porque sus economías acaban por ser cada vez más dependientes de la exportación de materias primas (LOCATELLI, 2013).

Durante su recién viaje en Latinoamérica, Xi Jinping visitó Brasil, país del cual es el primer *partner* comercial, para discutir sobre la cooperación entre las dos potencias y el Perú para la construcción de una línea ferroviaria sudamericana de alta velocidad, con la finalidad de conectar las costas atlántica e pacífica, y también para participar del primer fórum de cooperación entre China y la Comunidad de los Países de Latinoamérica y Caribe. En Argentina, Xi se empeñó en establecer un “*partnership strategic global*” con la Presidente Kirchner y a prestar al país

7,5 billones de dólares, de los cuales 4,7 billones serán destinados a la construcción de una hidroeléctrica en Patagonia y lo restante, correspondiente a 2,1 millones, para la mejoría de infraestructura, sobre todo, el transporte de los campos a los puertos. Asimismo, los dos países preverán un “*currency swap*” entre pesos y renmimbi correspondiente a un valor de 11 billones de dólares, como forma de facilitar el pago de las transacciones, sin utilización de dólares. Con Venezuela, fue previsto un préstamo chino de 4 billones de dólares, en cambio de petróleo y otros productos, y la firma de 38 acuerdos en diversos sectores: finanzas, infraestructura, agricultura y minerales.

Con respecto a Rusia, Putin firmó con Brasil una declaración de intenciones entre la empresa rusa Rosatom y la brasileña Camargo Correa en el sector de la energía nuclear para la construcción de una central. Con Cristina Kirchner firmó un acuerdo para el fornecimiento de energía nuclear y para construcción de dos centrales en Argentina, obra a ser realizada por la empresa rusa Rosatom.

Brasil por su posición geográfica, una mayor proximidad cultural respecto a los demás miembros de los BRICS y su papel activo en la integración regional del continente sudamericano, asume una postura de destaque en la zona. Sin embargo, el país, aunque se imponga en el interno de la organización del MERCOSUR, no ha desarrollado una política de vecindad clara y estratégica y por eso aún no aparenta listo para asumir el riesgo de una *leadership* regional, lo que sería natural, considerando su *status* de potencia económica regional dominante en la región.

Brasil tiene total interés de incrementar su papel de líder en la región, eso favorecería también su mayor afirmación como actor político en el contexto global. El MERCOSUR, en efecto, es la sexta economía del mundo, agrupa 275 millones de habitantes (correspondiente a 70% de Latinoamérica) y representa uno 83% del PIB del continente latinoamericano. No obstante, la organización sufre de una cierta fragilidad política además de no disponer de instituciones con poderes deliberativos.

Todavía, la diplomacia brasileña parece no encontrar una solución a tal situación, a la cual se suma la multiplicación de otras organizaciones regionales, como la UNASUR (Unión de las Naciones Sudamericanas), lo que dificulta la gestión de todas esas instituciones para asumir un papel verdadero de *leadership*, especialmente, en lo que respecta a la conciliación de todos los intereses de esas diferentes entidades.

Por otra parte, Brasil debe enfrentarse con otra organización regional de la cual es excluido, la Alianza del Pacífico que agrupa Chile, Colombia, México y Perú, todos países vecinos a los Estados Unidos que se unieran para reforzar sus relaciones comerciales y que podrían perjudicar de algún modo el MERCOSUR. Eso sin llevar en cuenta la postura actual de los BRICS de hacer frente a potencias, como Estados Unidos, para ganar más espacio en el contexto internacional. Una asociación como esa disminuye considerablemente el poder de Brasil en su zona territorial de influencia.

Brasil debe encontrarse en grado de definir, en un corto plazo de tiempo, su papel en la región para consolidar su *leadership* y desarrollar efectivamente la integración regional en su campo de interés geopolítico, conciliando las demandas de las varias organizaciones supranacionales que están surgiendo y creciendo en la región con el objetivo de facilitar el desarrollo de los países latinoamericanos desde los puntos de vista económico, político y social, en dirección a una mejor igualdad social y la integración en el sistema internacional. Ese será uno de los grandes retos para la nueva gestión presidencial que se inicia en 2015.

De todas maneras, los países de Latinoamérica miran siempre con más interés a la asociación de los BRICS que proponen a esos países acuerdos de colaboración caracterizados prevalentemente por intereses económicos y pragmáticos que de injerencia en los asuntos internos y políticos, típicos del modelo occidental, creados históricamente por Estados Unidos y Europa.

Xi Jinping declaró por ocasión de una reunión entre los BRICS y Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, y otros países del continente, realizada en Fortaleza en el pasado 16 Julio, que los países de los BRICS y de Latinoamérica como países emergentes y en vías de desarrollo constituyen los “*países en ascensión*” en la estructura internacional, afirmando que todos deben juntos empujar el orden mundial en una nueva dirección más justa, racional, capaz de garantizar el derecho de los pueblos de autodeterminación de su propio sistema social y vía de desarrollo, reforzando la gobernanza mundial y exigiendo mayor atención y equilibrio al crecimiento de comunidades internacionales alternativas, como el caso de los BRICS. Además, Xi señaló la necesidad de una mayor conectividad entre los grandes mercados de los BRICS y los países de Sudamérica, destacando la importancia estratégica que esos países poseen para China.

## Considerações finais

Las relaciones internacionales pasaran de una fase extremadamente formal, fundada en los Tratados y otros documentos jurídicos que, de un cierto modo, dificultaban el dinamismo exigido por la política, pero ese momento fue importante para consolidación de un orden mundial pos-guerra. Las contingencias y dinámicas impuestas por la globalización han contribuido a la insurgencia de nuevos modelos de cooperación internacional, que tuvieran un momento de atracción por zonas territoriales para formación de bloques regionales, y, actualmente, con actores que privilegian la informalidad y el atendimento de intereses comunes de contenido pragmático.

En tal contexto, encontramos los BRICS, formados por un grupo de potencias emergentes (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica), que se unirán casualmente en razón de los cambios sentidos en la estructura económica mundial y que empiezan a afirmarse como fuerza alternativa, para imponerse en el nuevo orden mundial y compartir el poder con los países occidentales tradicionalmente dominantes.

El acercamiento con los BRICS pueden ser para los países de Latinoamérica no solamente una oportunidad de desarrollo, sino también la posibilidad de inserción en el contexto de la gobernanza mundial. Hay que considerar que la ayuda ofertada por los BRICS, aunque orientada a la construcción de un nuevo orden mundial, es también dictada por sus propios intereses nacionales y, sobre todo, por la búsqueda de nuevos mercados emergentes necesarios para consolidación de sus propias economías.

## Referências

AZAMBUJA, Marcos. O clube dos BRIC, onde tamanho é documento. In: PEREIRA, Antonio Carlos. *A política externa do Brasil: presente e futuro*. Brasília: Fundação Liberdade e Cidadania, 2009.

BAUMANN, Renato (org.). *O Brasil e os demais BRICS, Comércio e Política*. 2010. p. 5. Disponível em: <<http://www.cepal.org>>.

CHATAHAM HOUSE. *Ten years of BRIC life*. 20 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.chathamhouse.org>>.

CUSCITO, Giorgio. *Xi e Putin a Spasso nel Cortile di Casa degli USA*. Limes: Rivista Italiana di Geopolítica. 2014. Disponível em: <<http://italian.ruvr.ru>>.

LOCATELLI, Niccoló. *La Strategia Cinese in America Latina: Materie Prima, Mercati e Questione Taiwan*. Disponível em: <<https://www.aspeninstitute.it>>.

O'NEILL, Jim. *Building Better Global Economic BRICs*. 2001. Disponível em: <<http://www.goldmansachs.com>>.

RENARD, Thomas. *A BRIC in the World: Emerging Powers, Europe, and the Coming Order*. Disponível em: <<http://www.thomasrenard.eu>>.

STEFANINI, Maurizio. *Putin Riunisce un'America Latina Divisa dal Mondiale*. Limes: Rivista Italiana di Geopolítica. Disponível em: <<http://temi.repubblica.it>>.

TISDALL, Simon. Can the Brics create a new world order? Brazil, Russia, India, China and South Africa seek a multipolar world – but some argue they're bound by anti-Americanism. *The Guardian*, Thursday 29 March 2012.

VON HAUA, Matthias, SCOTTB, James and HULMEB, David. Beyond the BRICs: Alternative Strategies of Influence in the Global Politics of Development. *European Journal of Development Research*. N. 24, p. 187-204, 2012.

# OS ACORDOS MULTILATERAIS AMBIENTAIS (MEAS) E O CONTENCIOSO NA OMC: LIMITES DE SUA APLICABILIDADE

Mariana Clara de Andrade\*

---

## Introdução

Pluralidade de sujeitos, normas, fontes, jurisdições: indicadores de um fenômeno a que atualmente se nomeia de *fragmentação do direito internacional*. Dentro desse fenômeno, regimes jurídicos altamente especializados são criados, dentre os quais ganha destaque a Organização Mundial do Comércio (OMC), enquanto, por outro lado, outras searas do direito internacional, como o direito internacional ambiental, formam complexos não tão bem articulados. De uma maneira ou de outra, verifica-se uma compartimentalização do direito internacional em searas distintas, gerando certa incoerência jurídica.

A OMC é regida por uma lógica e princípios fundadores que lhe são particulares, por um sistema normativo complexo e unificado e por um mecanismo de solução de controvérsias e responsabilidade internacional próprios. Diante disso, não é difícil antever a emergência da problemática objeto deste trabalho: em que medida normas de direito internacional externas ao sistema OMC podem ser invocadas dentro de seu espectro? Particularmente, diante do debate contemporâneo sobre a conciliação entre comércio e meio ambiente, essa questão ganha relevância quando se indaga qual a aplicabilidade dos acordos multilaterais ambientais (MEAs – *Multilateral Environmental Agreements*) ao direito dos litígios na OMC.

O objetivo deste artigo é fornecer alguns elementos à análise da questão, observando-se a relação dos regimes jurídicos da OMC e do direito internacional ambiental. Para tanto, inicialmente será realizado um

---

\* Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional *Ius Gentium* (UFSC/CNPq).

breve esboço do direito aplicável aos contenciosos levados ao Mecanismo de Solução de Controvérsias da OMC (MSC), para em seguida analisar-se a questão a partir da esfera do direito internacional ambiental. A terceira parte deste trabalho trará uma leitura do caso *US – Shrimp (United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products)*, em que o Órgão de Apelação do MSC lançou mão de MEAs quando da apreciação do referido contencioso.

### **Direito aplicável: as normas da OMC e os MEAS**

Para os contenciosos interestatais que envolvam acordos comerciais celebrados no âmbito da OMC, é competente para a resolução pacífica de litígios o Mecanismo de Solução de Controvérsias da instituição (MSC). Ele é regido pelo Anexo 2 do Acordo da OMC, o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos Sobre Solução de Controvérsias (ESC), cujo Artigo 1.1 determina que “[a]s regras e procedimentos do presente Entendimento se aplicam às controvérsias pleiteadas conforme as disposições sobre consultas e solução de controvérsias dos acordos enumerados no Apêndice 1 do presente Entendimento” (MDIC, ESC).

Os textos enumerados pelo Apêndice 1, denominados de *acordos abrangidos*, incluem apenas o Acordo Constitutivo da OMC e seus Anexos 1, 2 e 4<sup>1</sup>. Isso significa que obrigações firmadas por acordos “não abrangidos”, em tese, não serão apreciadas dentro do MSC/OMC.

Além do Artigo 1.1, dois outros dispositivos do ESC levam ao entendimento de que a competência da OMC é adstrita ao julgamento de questões relativas aos acordos abrangidos. O primeiro deles, o Artigo 7, parece indicar formalmente a limitação do MSC a tais textos:

1. Os termos de referência dos grupos especiais serão os seguintes, a menos que as partes envolvidas na controvérsia acordem

---

<sup>1</sup> O Anexo 1 enumera os Acordos de Comércio Multilaterais (relativos à comercialização de bens, de serviços e relativos à propriedade intelectual); o Anexo 2 traz o Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos Sobre Solução de Controvérsias (o ESC), que dispõe questões procedimentais relativas ao mecanismo de solução de controvérsias do sistema (MSC), formado por painéis ad hoc e um permanente Órgão de Apelação (OAp). Finalmente, o Anexo 4 abrange diversos acordos multilaterais de comércio. O Anexo 3, não incluído como *acordo abrangido*, consolida o Mecanismo de Exame de Políticas Comerciais, que estabelece as normas procedimentais para a notificação e a supervisão das políticas e normas comerciais de cada um dos membros da Organização.



diferentemente dentro do prazo de 20 dias a partir da data de estabelecimento do grupo especial: “Examinar, à luz das disposições pertinentes no (*indicar o(s) acordo(s) abrangido(s) citado(s) pelas partes em controvérsia*), a questão submetida ao OSC por (nome da parte) no documento, estabelecer conclusões que auxiliem o OSC a fazer recomendações ou emitir decisões previstas naquele(s) acordo(s)”. 2. Os grupos especiais deverão considerar as disposições relevantes *de todo acordo ou acordos abrangidos* invocados pelas partes envolvidas na controvérsia. 3. Ao estabelecer um grupo especial, o OSC poderá autorizar seu Presidente a redigir os termos de referência do grupo especial com a colaboração das partes envolvidas na controvérsia, de acordo com as disposições do parágrafo 1. Os termos de referência assim redigidos serão distribuídos a todos os Membros. Caso os termos de referência sejam diferentes do padrão, qualquer Membro poderá levantar qualquer ponto a ele relativo no OSC. (MDIC, ESC grifo nosso)

Os chamados “termos de referência” da demanda, portanto, estariam limitados aos acordos abrangidos. Marceau (1999, p. 110) considera esse artigo como uma clara restrição ao mandato do MSC/OMC.

O outro dispositivo que leva ao entendimento de que o sistema da OMC seria autocontido, isso é, limitado à apreciação de normas de seu próprio regime normativo<sup>2</sup>, é o Artigo 3.2, também do ESC:

Os Membros reconhecem que esse sistema é útil para preservar direitos e obrigações dos Membros *dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos* e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público. (MDIC, ESC; grifo nosso)

É essencialmente com base nesses dispositivos que as demandas levadas à apreciação do MSC/OMC pautam-se quando da formulação de suas alegações. A questão que o MSC se propõe a responder quando analisa uma controvérsia é se o direito da OMC foi violado (KOSKENNIEMI E

---

<sup>2</sup> Também chamados de regimes autorregidos. Sobre o tema, Crawford assim elucida: “Thus, in a broad sense, a self-contained regime is little more than a strong form of *lex specialis*, by which a “geographically or functionally limited treaty series” attempts to contract out of the secondary rules of international law that underpin the system as a whole. More narrowly, however, such regimes may represent comprehensive sub-systems that cover a particular international law problem in a different manner from how it might be otherwise dealt with” (CRAWFORD, 2013, para. 387).

LEINO, 2002, p. 571), diferentemente de uma corte de direito internacional geral, como a Corte Internacional de Justiça, cuja competência pode se alastrar para as mais diversas fontes de direito internacional. Em princípio, a competência do MSC/OMC está adstrita à análise das obrigações dispostas pelos acordos abrangidos do Acordo da OMC.

Contudo, diversos autores se opõem a essa argumentação, de modo que, hodiernamente, majoritariamente se concorda que a OMC não é um circuito legal inteiramente fechado (LINDROOS E MEHLING, 2006, p. 858).

Mavroidis e Palmeter (1998, p. 399) argumentam que os acordos abrangidos não exaurem as fontes de direito a serem consideradas pela OMC. Em sentido análogo, Van Den Bossche (2005, p. 44) reconhece que a principal fonte do sistema jurídico da OMC efetivamente é o Acordo da OMC; contudo, ele enumera ainda outras fontes de direito da OMC, como as decisões do seu OSC, demais acordos concluídos no âmbito da organização, atos dos órgãos da OMC além do próprio direito internacional costumeiro, princípios gerais do direito e outros acordos internacionais<sup>3</sup>.

Em realidade, o próprio Artigo 3.2, acima colacionado, tem sido usado para corroborar tal interpretação. Conquanto referido dispositivo indique que o sistema de solução de controvérsias da OMC é “útil para preservar direitos e obrigações dos Membros dentro dos parâmetros dos acordos abrangidos e para esclarecer as disposições vigentes dos referidos acordos”, ele também determina que tais acordos devem ser lidos “em conformidade com as normas correntes de interpretação do direito internacional público”.

O Órgão de Apelação do MSC (OAp) considerou que o Artigo 3.2 reflete claramente o não isolamento do sistema OMC do direito internacional público. No caso *US – Reformulated Gasoline*, o OAp

---

<sup>3</sup> Segundo o autor: “The principal source of WTO law is the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, concluded on 15 April 1994 and in force since 1 January 1995. Other sources of WTO law include WTO dispute settlement reports, acts of WTO bodies, agreements concluded in the context of the WTO, customary international law, general principles of law, other international agreements, subsequent practice of WTO Members, teachings of the most highly qualified publicists and, finally, the negotiating history” (VAN DEN BOSSCHE, 2005, p. 44).

entendeu que, ao autorizar-se o uso direito costumeiro internacional para interpretação de seus dispositivos, “o GATT [ou o próprio direito da OMC] não pode ser lido em isolamento clínico do direito internacional público” (WT/DS2/AB/R, 1996, p. 17, traduzido)<sup>4</sup>. O Artigo 3.2 é frequentemente invocado pelo OAp em seus julgados quando o órgão deseja fazer uso da metodologia interpretativa positivada pela Convenção de Viena Sobre o Direito dos Tratados (CVDT)<sup>5</sup>, particularmente por ser tal Convenção considerada a positivação das normas costumeiras de interpretação<sup>6</sup>.

No mesmo sentido, Pauwelyn (2001, p. 542) argumenta que, se a própria presunção inserida na lógica do direito internacional de que, se um tratado não derroga outra norma de direito internacional geral, aquela norma continua a ser direito aplicável não é suficiente para comprovar que o sistema da OMC não é um regime fechado, o Artigo 3.2 corrobora essa leitura. O autor indica ainda que as normas da OMC, ainda que sejam consideradas *lex specialis* em face de *algumas* – não todas – normas de direito internacional, não podem tais normas ser vistas como um sistema à parte do direito internacional (PAUWELYN, 2001, p. 539).

A CVDT, norma que reconhecidamente positiva as normas costumeiras de interpretação do direito internacional, dispõe, em seu Artigo 31.3:

---

<sup>4</sup> No original: “The ‘general rule of interpretation’ set out above has been relied upon by all of the participants and third participants, although not always in relation to the same issue. That general rule of interpretation has attained the status of a rule of customary or general international law. As such, it forms part of the ‘customary rules of interpretation of public international law’ which the Appellate Body has been directed, by Article 3(2) of the DSU, to apply in seeking to clarify the provisions of the General Agreement and the other ‘covered agreements’ of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (the ‘WTO Agreement’). That direction reflects a measure of recognition that the General Agreement is not to be read in clinical isolation from public international law” (WT/DS2/AB/R, 1996, p. 17).

<sup>5</sup> Cameron e Gray afirmam ter havido uma aceitação tácita da aplicação da CVDT para a interpretação por meio do Artigo 3.2 do ESC (2001, p. 253). Os autores lembram ainda que as normas da convenção podem ser usadas para interpretação inclusive com relação a países litigantes no MSC não membros da CVDT, pois suas provisões representam uma codificação do direito costumeiro internacional e, portanto, são vinculantes a todos os Estados, conforme ressaltou o OAp em *Japan – Taxes* (CAMERON E GRAY, 2001, p. 254).

<sup>6</sup> Esse foi o entendimento consolidado pelo OAp no casos *US – Reformulated gasoline* (WT/DS2/AB/R, p. 17).

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:
  - a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;
  - b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;
  - c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes. (BRASIL, 2009)

O parágrafo (c) é claro ao dispor que *quaisquer regras* de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes devem ser levadas em consideração quando da interpretação de um texto de direito internacional. Por conseguinte, a própria Convenção já recorrentemente utilizada como suporte interpretativo pelo MSC da OMC indica expressamente a possibilidade de interação com *quaisquer normas* de direito internacional geral. Em outras palavras, se tratados fora do âmbito do sistema OMC também são aplicáveis à relação discutida, ou mesmo se princípios ou o costume internacional são passíveis de serem invocados, tais elementos devem ser analisados pelo MSC quando da resolução de um litígio.

Diante dessas ponderações, não há maiores embates acerca da utilização de fontes de direito internacional externas ao direito da OMC para a interpretação das obrigações dos membros adjudicantes. Contudo, essa análise não soluciona uma outra faceta dessa interação de fontes: é possível que as *obrigações* firmadas por esses tratados externos se sobreponha às obrigações dos acordos abrangidos? Veja-se que tal indagação perpassa a mera *interpretação* conforme o direito internacional costumeiro.

A interação de MEAs com o direito da OMC tem papel protagonista na discussão dos reais limites da jurisdição da OMC. Essas convenções, amplamente reconhecidas como o meio mais efetivo de regulamentar a proteção ambiental (SAMPSON, 2005, p. 129; KISS E SHELTON, 2007, p. 78), delineiam objetivos e obrigações que podem entrar em conflito com as normas de livre mercado, ao eventualmente estabelecer obrigações que podem prejudicar o comércio internacional no intuito de promover a proteção ambiental<sup>7</sup>. Exemplos de acordos ambientais potencialmente

---

<sup>7</sup> Como exemplo, podemos citar o Protocolo de Montreal, a Convenção sobre o Comércio Internacional das Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) e a Convenção da Basileia, acordos que impõe obrigações restritivas de comércio. Sobre o assunto (MARCEAU, 2001).

conflitantes com o direito da OMC são o Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio e a Convenção de Basileia para o Controle dos Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e sua Disposição, ambos os quais diretamente impõem obrigações de banimento da importação de certos produtos, inclusive de países que não são signatários (MARCEAU, 2001, p. 1096).

A relação entre MEAs e o direito da OMC não está devidamente esclarecida<sup>8</sup>, e alguns autores indicam que, conquanto a jurisdição do MSC possa *a priori* ser limitada pelos acordos abrangidos, a apreciação de MEAs não pode ser descartada dos contenciosos. Um membro da OMC pode, por exemplo, justificar uma medida restritiva ao comércio como tomada em cumprimento à finalidade de um MEA que tenha concluído. Nesses casos, conforme Marceau afirma, “o MEA ainda constitui uma ‘norma relevante de Direito Internacional’, a qual, em alguns casos, um painel será obrigado a levar em consideração” (MARCEAU, 2001, p. 1098)<sup>9</sup>.

Até o momento, o MSC não tratou de nenhuma disputa que envolvesse um conflito de obrigações dispostas por MEAs e Acordos da OMC propriamente ditos (CONRAD, 2013, p. 129), de modo que alguns autores propõem formas de lidar com esse possível embate. Para evitar eventuais conflitos entre países em razão de uma limitação comercial imposta por um MEA, Sampson (2005, p. 129) propõe que os países interessados negociem e delimitem amplamente os objetivos dessa regulação, de modo que uma eventual ilegalidade seja lidada a partir de um mecanismo desse próprio acordo, e não deixada à interpretação do MSC/OMC. Evidentemente, o autor considera que, para tanto, é necessário que o MEA seja cuidadosamente redigido.

Marceau (2001, p. 1096-1097), por sua vez, sugere a possibilidade de que, no contexto do GATT, a utilização de MEAs sirva como fundamento às exceções do Artigo XX. A autora sugere, inclusive, que uma medida tomada em observância às disposições de um MEA esteja presumidamente

---

<sup>8</sup> A Comissão de Comércio e Meio ambiente tem como uma de suas funções precisamente esclarecer qual o papel de MEAs dentro da OMC, e em que medida essa interação deve se dar. Sobre o tema (ECKERSLEY, 2004).

<sup>9</sup> No original: “Nonetheless, that MEA may still constitute a “relevant rule of international law” that, in some circumstances, a panel will be obliged to take into account when interpreting and applying the provisions of Article XX for the benefit of a particular WTO Member” (MARCEAU, 2001, p. 1098).

de acordo com os requerimentos do mencionado artigo (MARCEAU, 2001, p. 1097)<sup>10</sup>.

O ESC de fato não traz uma vedação expressa com relação às normas e ao direito que pode ser apreciado pelo MSC nem invocado pelas partes. Apesar disso, todo o texto do Entendimento pauta-se nos direitos e obrigações dispostos pelos acordos abrangidos, constantemente vinculando tanto os grupos especiais como o próprio OSC diretamente a esses textos<sup>11</sup>. Infere-se uma espécie de prevalência de tais normas sobre outras quando da sua adjudicação dentro do sistema OMC<sup>12</sup>, ainda que estas possam ser levadas em consideração enquanto direito aplicável. Um tratado comum às partes litigantes e que imponha restrições conflitantes com a cláusula da Nação-Mais-Favorecida, por exemplo, poderá ser invocado como direito aplicável e considerado pelo painel formado para o litígio, mas a obrigação em análise continuará sendo aquela disposta pelo Artigo I do GATT/94.

É possível, ainda, realizar o seguinte exercício: se os dispositivos que analisamos limitam a jurisdição do MSC aos acordos abrangidos, não seria possível, então, lançar mão de trabalhos preparatórios das próprias negociações da organização, assim como outros textos não integrados pelo Apêndice 1 do Acordo? A resposta a essa questão parece evidentemente

---

<sup>10</sup> Conforme Eckersley escreve, ao abordar o posicionamento de alguns países nas negociações acerca da interação de MEAs com o sistema OMC, a Suíça apresenta proposta análoga. Segundo a autora, para a Suíça, “the WTO should determine questions concerning arbitrary or unjustifiable discrimination and disguised protection, and the relevant MEA should be given ‘the sole responsibility of determining environmental objectives and for choosing the means, instruments, mechanisms and measures necessary to achieve these objectives’” (ECKERSLEY, 2004, p. 44). A limitação dessa leitura, contudo, está no fato de abranger apenas obrigações relativas ao GATT ou outros acordos que tenham disposições escusatórias semelhantes, uma vez que as exceções do Artigo XX não podem derogar obrigações previstas em outros acordos da OMC.

<sup>11</sup> Cf., e.g., além dos artigos já citados, o Artigo 3.4 (“As recomendações ou decisões formuladas pelo OSC terão por objetivo encontrar solução satisfatória para a matéria em questão, de acordo com os direitos e obrigações emanados pelo presente Entendimento e pelos acordos abrangidos”) e o Artigo 3.5 (“Todas as soluções das questões formalmente pleiteadas ao amparo das disposições sobre consultas e solução de controvérsias, incluindo os laudos arbitrais, deverão ser compatíveis com aqueles acordos e não deverão anular ou prejudicar os benefícios de qualquer Membro em virtude daqueles acordos, nem impedir a consecução de qualquer objetivo daqueles acordos”) (MDIC, ESC).

<sup>12</sup> Pauwelyn (2003, p. 491) apresenta opinião divergente.

negativa; assim sendo, se a utilização de normas internas à OMC mas não “abrangidas” pelo Artigo 1.1 do ESC é permitida, não pode ser diferente o entendimento dado a MEAs.

A interação efetiva dos MEAs e dos acordos abrangidos, assim como o direito aplicável da OMC e as demais fontes de direito internacional geral, ainda carece de maior esclarecimento. De todo modo, ainda que o MSC/OMC não possa aplicar diretamente obrigações negociadas e firmadas fora do arcabouço da organização, uma eventual necessidade de interpretação de obrigações comerciais em contraposição a obrigações “externas” deve ser feita consistentemente com o direito internacional geral, sem que se recaia no já afastado isolamento clínico (não apenas interpretativo) do sistema.

### **O caso Us – Shrimp**

Um caso paradigmático na discussão sobre a possibilidade de invocar-se MEAs em contenciosos da OMC é o caso *US – Shrimp*<sup>13</sup>, também conhecido como *Shrimp-Turtle*. Conquanto finalizado em 2001, ainda é protagonista na discussão acerca da interação entre normas da organização e acordos multilaterais ambientais, por ter utilizado diretamente de acordos multilaterais ambientais para a interpretação de dispositivos da OMC.

Este caso foi levado ao contencioso da OMC após a realização consultas inexistentes entre Índia, Malásia, Paquistão e Tailândia e os Estados Unidos<sup>14</sup>, referentemente ao banimento da importação de certos camarões e produtos de camarões daqueles países. Inexistindo acordo, em 1997, os mesmos reclamantes requereram o estabelecimento de um painel ao Órgão de Solução de Controvérsias da organização.

O banimento teve início com a conclusão de pesquisas estadunidenses que indicaram que a maior causa de morte de tartarugas marinhas seria incidental à atividade de captura de camarões. Como parte

---

<sup>13</sup> Abreviação de United States — Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (DS58).

<sup>14</sup> Austrália, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, as Comunidades Europeias, Guatemala, Hong Kong, México, Nigéria, as Filipinas, Senegal, Singapura, Sri Lanka e Venezuela reservaram direitos como terceiros interessados.

de um programa de redução de morte de tartarugas, foi desenvolvido um tipo especial de rede, que conta com um dispositivo denominado TED (*turtle excluder devices*), que permite a captura de camarões ao fundo da rede enquanto direciona tartarugas marinhas para fora dela (WT/DS58/R, p. 3, para. 2.5).

Em 1989, os Estados Unidos promulgaram a chamada Seção 609, a qual instituiu que deveriam ser iniciadas negociações internacionais para a proteção e conservação de tartarugas marinhas. Além disso, determinou a proibição de importação de camarão capturado de modo potencialmente prejudicial a tartarugas marinhas, a não ser que o país envolvido recebesse uma certificação do Congresso de que suas taxas de morte incidental seriam semelhantes às dos Estados Unidos, ou que o modo de pesca seria inofensivo a esses animais (WT/DS58/R, p. 4, para. 2.8). Os países atingidos por esse banimento foram aqueles que efetuavam a pesca de camarão no Caribe e na região do Atlântico ocidental.

A certificação poderia ser concedida caso verificada uma das duas hipóteses seguintes: se o ambiente de pesca do país não oferecesse risco a tartarugas marinhas pela pesca tradicional de camarões ou se o uso de TEDs fosse utilizado pelos pescadores daquele país (WT/DS58/AB/R, p. 53, paras. 139-140).

Todas as espécies de tartarugas marinhas estão listadas pelo Apêndice I da Convenção sobre o Comércio Internacional de Espécies da Flora e Fauna Selvagens em Perigo de Extinção (CITES) como espécies ameaçadas, e, segundo o Ato de Espécies Ameaçadas de 1973, promulgado pelos Estados Unidos, todas as espécies que circulam nas águas estadunidenses estão listadas como ameaçadas ou em perigo (WT/DS58/R, p. 273-274, para. 7.1-7.2).

Os reclamantes, assim, alegaram contrariedade das medidas supracitadas aos Artigos I.1 (NMF), XI.1 (Restrições Quantitativas), XIII.1 (Aplicação Não Discriminatória das Restrições Quantitativas), XXIII.1 (Proteção de Concessões e Vantagens) do GATT/1994, além de não estarem cobertas pelas exceções do Artigo XX do mesmo Acordo (Artigo XX).

A CITES, da qual todas as partes litigantes eram parte, foi constantemente referida no litígio, principalmente no tocante à questão da abrangência jurisdicional das medidas em disputa. Em síntese, nesse aspecto os Estados Unidos defendiam que referida convenção indicava que os países signatários deveriam agir para a proteção dos animais nela listados de maneira global – portanto, também fora da jurisdição do país



que emanasse as medidas protetivas (WT/DS58/R, p. 75, paras. 3.161 e ss.). Por outro lado, as partes reclamantes alegavam que a medida estava voltada para a comercialização de *camarões*, os quais não eram objetos da referida convenção.

A análise do painel sobre os dispositivos invocados iniciou-se com o Artigo XI.1 do GATT/94. Como os Estados Unidos não contestaram o fato de que seu embargo seria contrário a essa disposição<sup>15</sup>, e considerando que os termos das medidas em questão realmente refletiam restrições quantitativas conforme o referido dispositivo, o painel considerou haver violação do Artigo XI.1.

Dada a conclusão da referida violação, por economia judicial, o painel não considerou necessária a análise de eventual violação aos Artigos I.1 e XIII.1, uma vez que as medidas já seriam incompatíveis com as obrigações dispostas pelo GATT/94.

O painel procedeu, assim, à análise das Exceções do Artigo XX do GATT. Para tanto, iniciou-se pela análise do seu *caput*<sup>16</sup>, verificando se a discriminação em questão (o embargo a alguns países exportadores em contraste à permissão a outros países que tivessem sido certificados) seria arbitrária ou injustificada.

---

<sup>15</sup> Segundo o painel: “Even if the above-mentioned US declaration does not amount to an admission of a violation of Article XI:1, we consider that the evidence made available to the Panel is sufficient to determine that the United States prohibition of imports of shrimp from non-certified Members violates Article XI:1. (...) Thus, Section 609 expressly requires the imposition of an import ban on imports from non-certified countries. We further note that in its judgement of December 1995, the CIT directed the US Department of State to prohibit, no later than 1 May 1996, the importation of shrimp or products of shrimp wherever harvested in the wild with commercial fishing technology which may affect adversely those species of sea turtles the conservation of which is the subject of regulations of the Secretary of Commerce. Furthermore, the CIT ruled that the US Administration has to apply the import ban, including to TED-caught shrimp, as long as the country concerned has not been certified. In other words, the United States bans imports of shrimp or shrimp products from any country not meeting certain policy conditions (...)” (WT/DS58/R, p. 277-278, para. 7.15-7.16, notas de rodapé suprimidas).

<sup>16</sup> Os painelistas não deixaram de observar que, em outros casos, foi analisado primeiramente as alíneas do Artigo XX consoante o caso concreto para, em seguida, proceder à análise do chapeau. Contudo, concluíram que “as the conditions contained in the introductory provision apply to any of the paragraphs of Article XX, it seems equally appropriate to analyse first the introductory provision of Article XX” (WT/DS58/R, p. 281, para. 7.28).

Para essa ponderação, o painel realizou um exame do contexto desses termos e do objeto e propósito do Acordo da OMC, consoante o Artigo 31(2) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Assim, o painel trouxe o preâmbulo do Acordo da OMC para a questão, particularmente porquanto referido preâmbulo determina as relações econômicas devem permitir “ao mesmo tempo a utilização ótima dos recursos mundiais em conformidade com o objetivo de um desenvolvimento sustentável e buscando proteger e preservar o meio ambiente e incrementar os meios para fazê-lo” (MDIC, Acordo da OMC), mas não abandonando a gradual eliminação de barreiras ao comércio.

O painel entendeu, em síntese, que qualquer medida que contrariasse o sistema, particularmente por colocar em risco a sua previsibilidade e segurança do como um todo, constituiria um abuso sendo, assim, uma violação ao *caput* do Artigo XX (WT/DS58/R, p. 286-286 paras, 7.45 e ss.)<sup>17</sup>. Esse seria o caso da medida estadunidense, ao minar o sistema multilateral de comércio internacional com medidas unilaterais de proteção ao meu ambiente (WT/DS58/R, p. 293-294).

Os Estados Unidos apelaram da interpretação do painel quanto ao Artigo XX e alíneas, permanecendo incontroversa a violação ao Artigo XI do GATT/94.

A decisão final do OAp continuou desfavorável a esses recorrentes; contudo, a interpretação do Artigo XX foi feita de forma diversa. O elemento fundamental para os propósitos deste trabalho é a leitura feita por esse órgão de outras convenções relevantes à interpretação do caso, em particular da CITES.

Com relação à alegação dos reclamantes de que tartarugas marinhas não estariam abrangidas no conceito de “recursos naturais exauríveis” por serem seres vivos, o OAp entendeu diversamente e considerou que mesmo seres vivos podem ser considerados tanto recursos naturais, quanto exauríveis (WT/DS58/R, p. 293-294). Essa leitura foi corroborada com a

---

<sup>17</sup> O painel assim concluiu: “Therefore, we are of the opinion that the chapeau Article XX, interpreted within its context and in the light of the object and purpose of GATT and of the WTO Agreement, only allows Members to derogate from GATT provisions so long as, in doing so, they do not undermine the WTO multilateral trading system, thus also abusing the exceptions contained in Article XX” (WT/DS58/R, p. 286, para. 7.44). Sobre o tema, ver ainda NEULING, 1999, p. 33.

interpretação do Preâmbulo do Acordo da OMC, já de 1994, que traz explicitamente o conceito de “desenvolvimento sustentável”. Não suficiente, levou em consideração o uso do termo “recursos naturais” feito por uma série de convenções internacionais, dentre as quais a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, a Convenção sobre Diversidade Biológica e a própria CITES, invocada pelas partes (MARCEAU, 1999, p. 100).

Assim, concluiu que o termo “recursos naturais”, positivado na redação do GATT em sua versão ainda de 1947, não é estático, e deve ser interpretado em seu contexto, sendo, “por definição, evolutivo” (HANDL apud WT/DS58/AB/R)<sup>18</sup>.

Apesar dessas considerações, na análise do caput do Artigo XX, o OAp entendeu que a aplicação da medida por parte dos Estados Unidos fora feita de maneira arbitrária e injustificavelmente discriminatória entre membros da OMC (WT/DS58/AB/R, p. 56, para. 150 e ss.). Portanto, a violação ao Artigo XI.1 não poderia ser escusada pelo Artigo XX, por afronta aos requisitos de seu *caput*.

De todo modo, em *US – Shrimp*, o OAp reconheceu o direito dos Estados de atuar em busca de objetivos legítimos, particularmente ambientais, ainda que, segundo o OAp, a medida adotada pelos Estados Unidos tenha sido aplicada de maneira arbitrária e injustificada<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Sobre a leitura do Artigo XX(g) pelo OAp e tal interpretação “evolutiva” (KELLY, 2005).

<sup>19</sup> “In reaching these conclusions, we wish to underscore what we have not decided in this appeal. We have not decided that the protection and preservation of the environment is of no significance to the Members of the WTO. Clearly, it is. We have not decided that the sovereign nations that are Members of the WTO cannot adopt effective measures to protect endangered species, such as sea turtles. Clearly, they can and should. And we have not decided that sovereign states should not act together bilaterally, plurilaterally or multilaterally, either within the WTO or in other international fora, to protect endangered species or to otherwise protect the environment. Clearly, they should and do. 186. What we have decided in this appeal is simply this: although the measure of the United States in dispute in this appeal serves an environmental objective that is recognized as legitimate under paragraph (g) of Article XX of the GATT 1994, this measure has been applied by the United States in a manner which constitutes arbitrary and unjustifiable discrimination between Members of the WTO, contrary to the requirements of the chapeau of Article XX” (WT/DS58/AB/R, p. 75, paras 185-186).

Esse contencioso é paradigmático no tocante à leitura “evolutiva”<sup>20</sup> feita pelo OAp do termo *recursos naturais exauríveis*. O OAp deixou claro que o texto do GATT, originalmente redigido em 1947, não poderia ser lido de acordo com seu intento original nesse tocante, conforme demandavam os países reclamantes, em consonância com o disposto no Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Ao revés, a interpretação “evolutiva” sugerida pelo OAp demonstra uma abertura à crescente preocupação ambiental, uma vez que conclusões científicas constantemente mudam o curso das demandas pela preservação ecológica.

E, nesse aspecto, podemos considerar ademais a importância de o OAp ter tomado ainda em consideração o acordo internacional CITES e a própria Declaração do Rio e a Agenda 21 (apreciando particularmente o equilíbrio entre meio ambiente e desenvolvimento buscado por essas duas convenções) para respaldar sua decisão (WT/DS58/AB/R, p. 67, 168).

Na mesma lógica, a utilização do preâmbulo do Acordo da OMC é também uma abertura importante para a interpretação das disposições dos GATT (e, conseqüentemente, de outros acordos abrangidos) à luz das demandas ambientais hodiernas. Marceau (1999, p. 108) indica, nesse sentido, que o objetivo do desenvolvimento sustentável só pode ser entendido a partir de normas e políticas contemporâneas.

De igual maneira, somente normas específicas a esses objetivos (portanto, não produzidas dentro do contexto da regulação do comércio internacional) poderiam regular a matéria com a especificidade necessária. É patente, diante disso, a necessidade de que, para a promoção do desenvolvimento sustentável, objetivo positivado pelo próprio preâmbulo do Acordo da OMC, acordos multilaterais ambientais sejam considerados em consonância com as obrigações do direito da OMC.

Ressalta-se apenas que essa dinâmica *interpretativa* utilizada pelo OAp não se confunde com uma efetiva sobreposição de obrigações dispostas por um MEA e pelos acordos abrangidos da OMC; um conflito de tal sorte seria evidentemente mais problemático.

Eckersley (2004, p. 36ss.) considera algumas razões pelas quais não se pode afirmar que a obscuridade acerca da interação entre normas da OMC e tenha sido resolvida com o caso *US – Shrimp*, contrariamente ao

---

<sup>20</sup> *Evolutionary*, conforme o original em inglês.

que alguns autores defendem. Para a autora, no caso *US – Shrimp*, apesar de ter-se considerado a possibilidade de obrigações do GATT serem sobrelevadas em atenção a outros objetivos ambientais (*in casu*, estabelecidos pela CITES) de acordo com o Artigo XX, não há qualquer modificação no direito desses Estados de realizar uma reclamação contra uma medida unilateral tomada nesse sentido. Em outras palavras, ainda que esteja de acordo com o disposto em um MEA, uma medida unilateral de restrição ao comércio internacional com o objetivo de proteção ambiental ainda é *a priori* inconsistente com o direito da OMC.

Outro aspecto bastante interessante que a autora lembra é que a aceitação da interação de MEAs dentro do âmbito da OMC está intimamente ligada a debates políticos, e não se encontram apenas na seara do contencioso. Para a autora, aliás, a questão deve ser resolvida politicamente durante as negociações para que possa ser aplicada dentro do MSC (ECKERSLEY, 2004, p. 37-39)<sup>21</sup>. E, nesse sentido, um elemento de peso para a aceitação dessa interação é o suporte os Estados Unidos, que não têm grande interesse em promover a fortificação de acordos multilaterais ambientais de grande significação internacional, como o Protocolo de Quioto (ECKERSLEY, 2004, p. 39).

A interação de MEAs com as obrigações da OMC, não obstante, foi legitimada com o julgado *US – Shrimp*, ainda que tão somente no âmbito das Exceções Gerais. Dada a referibilidade dos próprios julgados do OAP enquanto fonte de direito para decisões futuras<sup>22</sup>, a utilização de outros instrumentos externos aos acordos abrangidos nos contenciosos do MSC deixa essa possibilidade aberta para conflitos ambientais futuros.

### **Considerações finais**

As disposições do ESC quanto à jurisdição do MSC/OMC, particularmente aquelas contidas no Artigo 1.1 e 3.2 desse acordo, limitam a competência desse órgão à execução das obrigações dos acordos abrangidos. De igual maneira, a própria proposta do MSC/OMC é analisar

---

<sup>21</sup> Nessa obra, a autora desenvolve ainda exposição acerca do papel da Comissão sobre Comércio e Meio ambiente (CTE – *Commission on Trade and Environment*) no estudo da relação entre MEAs e o direito da OMC (ECKERSLEY, 2004, pp. 29-34).

<sup>22</sup> Sobre as decisões da OMC enquanto fonte de direito no mecanismo de resolução de controvérsias da OMC (MAVROIDIS E PALMETER, 1999).

se houve violação ao direito da OMC, de modo que as reclamações dos membros nas consultas e perante os grupos especiais e o OAp reivindicam a adequação das medidas tomadas pelos reclamados ao disposto pelas normas da organização. Assim sendo, pode-se concluir que há uma limitação jurisdicional do MSC/OMC ao analisar contenciosos que envolvam obrigações contidas nos acordos abrangidos.

Não obstante, o direito aplicável nos contenciosos não se restringe, necessariamente, ao quanto disposto pelos acordos abrangidos. É devida, e tal já foi reconhecido pelo próprio OAp, a observância de outras fontes de direito internacional na análise da violação do direito da OMC. Exemplo claro disso foi o recurso aos termos da CITES, realizado OAp no caso *US – Shrimp*. Ademais, o próprio OAp já consignou, e é entendimento consolidado, que o direito da OMC não pode ser lido em “isolamento clínico” do direito internacional.

A utilização da CITES teve o objetivo apenas de esclarecer alguns aspectos fáticos da disputa, como a necessidade de extinção das tartarugas marinhas no caso e o significado do termo “recursos naturais exauríveis”, não tendo havido um embate de obrigações propriamente dito. No entanto, essa abertura também pode ser levada em consideração para analisar as disposições dos acordos da OMC, particularmente as hipóteses de exceção do Artigo XX, do GATT/94.

Diante dessas ponderações, conquanto ainda não se tenha claro de que maneira obrigações de MEAs que sejam diretamente inconsistentes com obrigações da OMC devem ser analisadas dentro do contencioso da organização, conclui-se aquelas deverão ser levadas em consideração para a interpretação das obrigações dos Acordos da OMC, podendo configurar inclusive hipótese de escusa para as disposições de tais acordos. Em outras palavras, ainda que, na prática, a prevalência das disposições dos acordos abrangidos ocorra quando confrontadas disposições de MEAs e disposições de tais acordos, tal não significa que convenções externas ao sistema OMC devem ser *per se* subsidiárias. Assim, as obrigações dos acordos abrangidos devem ser analisadas à luz do direito internacional geral, porque deste não se desprendem, e tal não pode ser diferente com os acordos multilaterais ambientais.

## Referências

BRASIL. *Convenção de Viena Sobre O Direito dos Tratados*: DECRETO Nº 7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 30.01.2015.

CONRAD, Christiane R.. *Processes and Production Methods (PPMs) in WTO Law: Interfacing Trade and Social Goals*. Paperback edition. Cambridge: Cambridge University Press, 2013. (Cambridge International Trade and Economic Law).

CRAWFORD, James. *Chance, Order, Change: The Course of International Law*. The Hague: Brill, 2013.

ECKERSLEY, Robyn. The Big Chill: The WTO and Multilateral Environmental Agreements. *Global Environmental Politics*, Massachusetts, v. 4, n. 2, p. 24-50, maio 2004.

KELLY, J. Patrick. The Seduction of the Appellate Body: Shrimp/Sea Turtle I and II and the Proper Role of States in WTO Governance. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 38, n. 32, p. 459-490, 2 nov. 2005. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com>>. Acesso em; 03.05.2014.

KISS, Alexandre; SHELTON, Dinah. *Guide to International Environmental Law*. Leiden: Brill Academic Publishers, Inc, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti; LEINO, Päivi. Fragmentation of International Law? Postmodern Anxieties. *Leiden Journal Of International Law*, Leiden, v. 15, n. 3, p. 553-579, nov. 2002. Disponível em: <<http://repositoriocdpd.net>>. Acesso em: 09 fev. 2015.

LINDROOS, Anja; MEHLING, Michael. Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO. *The European Journal Of International Law*, Oxford, v. 16, n. 5, p. 857-877, ago. 2006.

MARCEAU, Gabrielle Zoe. A call for coherence in international law: praises for the prohibition against “Clinical Isolation” in WTO dispute settlement. *Journal of World Trade*, Great Britain, v. 33, n. 5, p. 87-152, 1999.

\_\_\_\_\_. Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties. *Journal Of World Trade*, The Netherlands, v. 6, n. 35, p. 1081-1131, 2001.

MAVROIDIS, Petros C.; PALMETER, David. The WTO Legal System: Sources of Law. *The American Journal of International Law*, v. 92, n. 3, p. 398-413, Jul. 1998.

MDIC (Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior). *Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio*. 1994. Disponível em: <<http://www.mdic.gov.br>>. Acesso em 26.08.2014.

\_\_\_\_\_. *Entendimento Relativo às Normas e Procedimentos sobre Solução de Controvérsias (ESC)*. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br>>. Acesso em: 26 ago. 2014.

NEULING, Bruce. The Shrimp-Turtle Case: Implications for Article XX of GATT and the Trade and Environment Debate. *Loy. L.a. Int'l & Comp. L. Rev.*, Los Angeles, v. 22, n. 1, p. 1-51, out. 1999. Disponível em: <<http://digitalcommons.lmu.edu>>. Acesso em 29.04.2014.

PAUWELYN, Joost. *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to other Rules of International Law*. New York: Cambridge University Press, 2003.

\_\_\_\_\_. The Role of Public International Law in the WTO: How Far Can We Go?. *American Journal of International Law*, v. 95, p. 535-578, 2001.

SAMPSON, Gary P.. *The world trade organization and sustainable development*. Hong Kong: United Nations University Press, 2005.

VAN DEN BOSSCHE, Peter. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*. New York: Cambridge University Press, 2005.

WT/DS2/AB/R. *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*. 1996. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em 20.01.2015.

\_\_\_\_\_. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. 1998. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em 20.01.2015.

WT/DS58/R. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. 1998. Disponível em: <<http://www.wto.org>>. Acesso em 20.01.2015.



# NOTAS HISTÓRICAS SOBRE REFUGIADOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Marcelo Markus Teixeira\*  
Sabrine Dal Piva Sulzbach\*\*

---

## Introdução

O tema *Refúgio* vem recebendo considerável atenção no cenário nacional e internacional. Essa atenção pode ser medida pela repercussão de debates e volume de publicações nos veículos midiáticos em todo o mundo. Pode-se afirmar que tal repercussão acontece em razão da velocidade das informações proporcionadas pela globalização e pelos mecanismos jurídicos de proteção aos refugiados que se tornam cada vez mais presentes no direito internacional.

O refúgio é um instituto jurídico internacional de medida essencialmente humanitária que protege determinados indivíduos de perseguições de natureza religiosa, em razão de sua nacionalidade, de seu grupo social e de suas opiniões políticas, bastando apenas o fundado temor de perseguição para que se tenha garantida a proteção fora do país de origem. De início, o papel destinado à proteção dessas pessoas era exercido por particulares ou instituições religiosas, o que demonstrava a predominância do caráter de humanitarismo. Hoje, a proteção é exercida a nível global por entidades governamentais, não-governamentais e mundiais.

---

\* Doutor em Direito Internacional Privado pela Universität zu Köln, Alemanha. Mestre em Direito Internacional Privado pela Universität zu Köln, Alemanha. Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli Studi di Padova, Itália. Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ. Professor de Direito Internacional Público, Direito Internacional Privado e Direito Civil do Curso de Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ.

\*\* Graduanda do Curso de Direito na UNOCHAPECÓ. Bolsista de Iniciação Científica – PIBIC/CNPq na UNOCHAPECÓ.

Diante disso, podemos conceituar o refúgio como um instituto jurídico internacional de medida essencialmente humanitária que protege determinados indivíduos, por exemplo, em razão de perseguições de natureza religiosa, de nacionalidade, por pertencer a um determinado grupo social ou até mesmo em razão de suas opiniões políticas. Condição para que o indivíduo seja classificado como refugiado é o fundado temor de perseguição, o que garante em tese sua proteção fora do país de origem.

De início, o papel destinado à proteção dessas pessoas era exercido por particulares ou instituições religiosas, o que demonstrava a predominância do caráter de humanitarismo. Hoje, a proteção é exercida a nível global por entidades governamentais, não-governamentais e mundiais. Para abordar o tema é imprescindível definir claramente o conceito do termo refugiado e a partir de então, delimitar um marco temporal como ponto de partida para o desdobramento histórico.

### **O conceito de refugiado no ordenamento jurídico internacional**

No início do século XX, o problema dos refugiados se tornou uma preocupação da comunidade internacional, que, por razões humanitárias, começou a assumir responsabilidades para proteger e assistir os refugiados. Esta, consolidou-se no âmbito internacional em razão dos efeitos desastrosos da Primeira Guerra Mundial, conforme preceitua Thiago Schneider de Jesus. No ano de 1947, no âmbito da Organização das Nações Unidas, foi criada a Organização Internacional para os Refugiados (OIR) de caráter temporário, que tinha como pressuposto prestar assistência aos refugiados, para que estes fossem protegidos política e juridicamente, visando à repatriação. Sua extinção deu-se em fevereiro de 1952.

A OIR contribuiu, também, com a formação de um conceito de refugiado, incluindo na categoria os deslocados internos. Esta definição impunha, originalmente, uma limitação temporal, que permitia aos países que aderissem à Convenção estabelecer os limites territoriais que tal medida iria alcançar, conforme se observa no parágrafo 2º do artigo 1º da Convenção<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 1º parágrafo 2º: *B.* (1) Para os fins da presente Convenção, as palavras «acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951», que figuram no artigo 1 secção A, poderão compreender-se no sentido quer de: (a) Acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 na Europa; quer de (b) Acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 na Europa ou fora desta; e cada Estado contratante, no momento da assinatura, ratificação ou adesão

Conforme Guido Soares na obra “Direitos Humanos, Direito dos Refugiados e Direito Humanitário”, em dezembro de 1950, foi criado no Brasil o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR: instituição apolítica, humanitária e social. Foi construído ainda na ONU, o Fundo de Emergência das Nações Unidas para os refugiados e instituído o ano do refugiado com o intuito de chamar atenção da opinião pública mundial para essa questão, formando-se nas décadas de 50 e 60, o quadro de assistência aos refugiados.

### **Notas históricas sobre refugiados no ordenamento jurídico brasileiro**

Em 1951, foi aprovada a Convenção sobre o Estatuto de Refugiados, conhecida como Convenção de 1951 das Nações Unidas. Esta Convenção trouxe o seguinte *status* aos refugiados:

A expressão *refugiado* se aplica a qualquer pessoa que, em virtude de fundado medo de sofrer perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, participação em determinado grupo social ou convicção política, se encontra fora do país do qual é nacional e está impossibilitado ou, em virtude desse fundado medo, não deseja se entregar à proteção desse país. (Convenção de 1951 das Nações Unidas)

Os conceitos trazidos na Convenção foram decisivos para caracterizar as obrigações contratuais e convencionais dos Estados que são signatários desses instrumentos, e foram adotados também em legislações nacionais, tornando-se assim relevantes na formação do *status* dos refugiados em sistema nacional.

A Convenção deve ser aplicada sem discriminação por raça, religião, sexo e país de origem. Além disso, estabelece cláusulas consideradas essenciais às quais nenhuma objeção deve ser feita. Entre essas cláusulas, incluem-se a definição do termo refugiado e o chamado princípio de non-refoulement (não-devolução), o qual define que nenhum país deve expulsar ou “devolver” um refugiado, contra a vontade do mesmo para um território onde sofra perseguição. Segundo a ACNUR, esse princípio é considerado basilar, a coluna vertebral do sistema jurídico protetor dos refugiados.

---

fará uma declaração na qual indicará o alcance que entende dar a esta expressão, no que diz respeito às obrigações por ele assumidas, em virtude da presente Convenção.

Temendo perseguição, os refugiados se evadem visando evitar situações perigosas, incluindo até mesmo reclusão carcerária ou risco de vida. Ressalte-se da própria denominação 'refugiado', que significa alguém que foge, mas também traz implícita a noção de refúgio, a fuga de uma situação insustentável para outra diferente e que se espera seja melhor, além de uma fronteira nacional. (CASELLA, 2001, p. 22).

A definição do termo refugiado trouxe implicitamente a abrangência de um grande número de pessoas, ao passo que antigos instrumentos legais internacionais somente eram aplicados a certos grupos. No entanto, a Convenção estabeleceu uma limitação temporal e geográfica, uma vez que a condição de refugiado se restringia aos eventos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 no continente europeu. Sendo assim, a definição que havia sido criada com o intuito de aplicação aos grandes grupos, limitou-se a um pequeno número de pessoas em face a condição geográfica.

Com o surgimento de novas situações geradoras de conflitos, viu-se a necessidade da tomada de providências que colocasse os novos fluxos de refugiados sob a proteção das provisões da Convenção.

Assim, em 1967 foi elaborado o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados – protocolo que ampliou o *status* de refugiados – submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas e transmitido aos governos neste mesmo ano, suprimindo as referidas limitações.

A definição adotada pela Convenção de 1951 objetivou distribuir a responsabilidade acerca dos refugiados europeus, sem que houvesse qualquer obrigação legal ou previsão de direitos e de prestação de assistência aos refugiados não-europeus. Apenas quinze anos após, o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados expandiu o escopo da definição constante da Convenção de 1951, a fim de incluir refugiados de todas as regiões do mundo. (HATHAWAY, 1992, p. 9-10)

Com a ratificação do Protocolo, os países foram levados a aplicar as provisões da Convenção de 1951 sem limite de datas e de espaço geográfico. E embora seja relacionado diretamente com a Convenção, é um instrumento independente e sua ratificação não é restrita aos Estados signatários da Convenção de 1951.

Além disso, o Protocolo inovou ao trazer em seu Preâmbulo uma referência expressa à possibilidade do surgimento de novas categorias de refugiados.

Neste contexto de mudanças, e com o intuito de ampliar a proteção às vítimas de violação dos direitos humanos, dois documentos, apesar de tratarem-se de situações regionais, se destacam: a Convenção Relativa aos Aspectos Específicos dos Refugiados Africanos de 1969 (OUA), que inovou ao propor uma ampliação do termo refugiado, acrescentando aos motivos que levavam as pessoas a solicitar refúgio, a referência a qualquer fato que perturbasse a ordem pública, e a Declaração de Cartagena de 1984, que proporcionou uma ampliação do conceito refugiado, vez que introduziu um elemento essencial à condição de qualquer refugiado –“a grave e generalizada violação dos direitos humanos”.

Além disso, não era necessário que todo o território nacional estivesse passando por momentos de perturbação, bastando apenas que determinado local estivesse a ela submetido e que em razão disso, houvesse o deslocamento das pessoas para outras localidades.

Em contrapartida, essa ampliação do conceito, trazido pelos referidos documentos regionais, ocasionou uma falta de uniformidade, fazendo com que refugiados reconhecidos pela OUA ou pela Declaração de Cartagena não sejam abrangidos por outros Estados, o que impediu – e impede – a aplicação de critérios mais uniformes, dificultando o trabalho do ACNUR, conforme destaca Jubilit (2007, p. 137).

O artigo 1º da Convenção de 1951 define os critérios para que uma pessoa seja considerada como refugiada:

Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I – devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se proteção de tal país; II – não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III – devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país. (Convenção de 1951 das Nações Unidas)

A Convenção e o Protocolo são os principais instrumentos internacionais estabelecidos para a proteção dos refugiados e seu conteúdo é altamente reconhecido internacionalmente. A Assembleia Geral tem frequentemente chamado os Estados a ratificar esses instrumentos e incorporá-los à sua legislação interna.

O Brasil aderiu somente em 1960 a Convenção de 1951. Nos anos 1970, quase toda a América Latina estava submetida aos regimes ditatoriais, e o papel do ACNUR, no Brasil, restringia-se ao de apenas acompanhar a movimentação de brasileiros que procuravam refúgio fora do país, deixando de atuar como receptor de refugiados. Ocorre que, aderindo à Convenção de 1951, o Brasil aceitou a reserva geográfica que lhe impunha a obrigação de somente receber refugiados europeus, fato que impedia de albergar refugiados sul americanos.

Diante dessa situação, o ACNUR inicia, então, um diálogo com as autoridades brasileiras, a fim de suspender as reservas geográfica e temporal, para possibilitar a recepção de refugiados de qualquer país. Foi então, em 1989, que o Brasil, através do decreto n.º 98.602, extinguiu as reservas, aderindo totalmente a Convenção de Cartagena, que em seu teor determinou que cada país da região adotasse legislação interna para melhor aplicabilidade da Convenção de 1951<sup>2</sup>.

A partir dos anos 1990, o fluxo de pessoas buscando refúgio no país começou a aumentar, só que, até então, as ações do governo brasileiro limitavam-se a providenciar e a liberar documentos para a entrada do estrangeiro, após o que ele tinha que, sozinho, providenciar sua adaptação e sobrevivência. Em decorrência disso, em 1997, foi editada a lei n.º 9.474/97, que instituiu o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), com a finalidade de analisar as solicitações de refúgio, de definir os direitos e deveres do refugiado e de prestar assistência aos mesmos, dentre outras atribuições, segundo Barreto (2010, p. 18).

Esta lei, conhecida como a Lei de Refúgio (n. 9.474/97) conta com 49 artigos e foi promulgada em 23 de julho de 1997, definindo os mecanismos de proteção da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967. Esta, além de criar o CONARE, determina outras providências que deverão ser adotadas pelo Estado brasileiro no tocante à temática do refúgio. A sua base de êxito institucional centra-se na relação tripartite estabelecida entre a sociedade

---

<sup>2</sup> Merece destaque a Declaração em sua terceira conclusão que dispõe que: "(...) a definição ou conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é aquela que além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados pessoas que fugiram de seus países porque sua vida, segurança ou liberdade foram ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação massiva de direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública" (DECLARAÇÃO DE CARTAGENA, 2001, p. 425-426).

civil, a comunidade internacional (ACNUR) e o Estado brasileiro, todos cúmplices no trabalho em prol dos refugiados, sendo o Brasil à luz do instrumentário internacional e nacional retro mencionado, um possuidor de sistema coeso e integral de refúgio, conforme destaca Leão. A lei brasileira de refúgio é a primeira do ordenamento jurídico brasileiro a implementar<sup>3</sup> um tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Segundo o pensamento de Guilherme de Almeida, a elaboração e entrada em vigor desta lei é um verdadeiro marco na trajetória de comprometimento do Brasil com a temática dos refugiados. Esta trajetória inicia-se em 1952, com o reconhecimento da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiado de 1951 e culmina com a promulgação da Lei 9.474/97.

Sendo o Brasil signatário desses instrumentos internacionais, está obrigado a cumprir aquilo que aderiu por força do disposto no artigo 5º, § 2º, da Constituição da República<sup>4</sup>.

A lei 9.474/97 expressa a definição ampliada do conceito de refugiado, em seu art. 1º, inciso III, “será reconhecido como refugiado todo indivíduo que devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”.

O compromisso de um Estado com a proteção internacional dos refugiados se exerce e se manifesta em vários âmbitos. Em primeiro lugar, ao ratificar os instrumentos internacionais sobre refugiados: a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e seu Protocolo de 1967. Posteriormente, ao desenvolver em sua normativa interna todos os aspectos relativos à proteção internacional dos refugiados: a designação de um órgão nacional para o desenho da política pública para a atenção e proteção de refugiados, o estabelecimento de procedimentos para a determinação da condição de refugiado, assim

---

<sup>3</sup> A partir desta lei, o Brasil estabelece critérios próprios para a concessão do estatuto de refugiado bem como um “procedimento de elegibilidade”, criando no âmbito da Administração Pública Federal o Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), que é responsável pela elegibilidade dos casos individuais e elaboração de políticas públicas que facilitem a integração local. Esta é a primeira lei brasileira a criar uma estrutura na Administração Pública e um procedimento próprio para implementar um Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.

<sup>4</sup> Art. 5º § 2º CF/88 – Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

como a regulação dos direitos e obrigações dos refugiados e a busca de soluções duradouras. Por outra parte, se reflete na aplicação de uma política generosa de atenção e proteção a refugiados procedentes de distintas partes do mundo. (GONZÁLEZ, 2010, p. 50)

A definição clássica e a definição ampliada estão conjugadas no ordenamento jurídico brasileiro, o que transforma a lei nacional em uma das mais avançadas do continente americano em relação à temática do Direito Internacional dos Refugiados<sup>5</sup>.

De acordo com a Convenção, os refugiados têm os seguintes direitos: a) direito de não sofrer discriminação por motivo de raça, religião ou país de origem (art. 3º); b) direito à liberdade religiosa e liberdade de instrução religiosa dos seus filhos (art. 4º); c) direito à aquisição de propriedade (art.13º); d) proteção à propriedade intelectual e industrial (art. 14º); e) direito de associação (art. 15º); f) direito de livre acesso ao poder Judiciário e à assistência jurídica (art.16º); g) direito ao trabalho (art.17º); h) direito à educação, devendo os Estados conceder aos refugiados o mesmo tratamento que os nacionais em matéria de ensino primário (art. 22º); i) documentos de identidade (art. 27º).

Não poderão ser refugiados no Brasil (lei 9. 474/97) os autores de Crime de guerra, crime contra a paz, contra a humanidade, crime hediondo, participado de atos terroristas ou tráfico de drogas.

É em conformidade com essa Convenção que se tem determinado a situação de mais de 20 milhões de pessoas que atualmente possuem a condição de refugiados em todo o mundo<sup>6</sup>. Segundo dados oficiais do sítio oficial da CONARE, o Brasil possui (em outubro de 2014) 7.289 refugiados reconhecidos, de 81 nacionalidades distintas (25% deles são mulheres) – incluindo refugiados reassentados<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> A lei 9.474/97 em seu artigo 7 – com exceção das hipóteses em que a lei prevê tratamento mais favorável – dispõe que os Estados contratantes se comprometem a conceder aos refugiados tratamento idêntico ao que dedicam aos estrangeiros em geral.

<sup>6</sup> A respeito, ver “O direito Internacional dos refugiados em sua relação com os direitos humanos e em sua evolução histórica” (CANÇADO TRINDADE, PEYTRINET, RUIZ DE SANTIAGO, 1996, p. 266).

<sup>7</sup> Estes dados não incluem informações relacionadas aos nacionais do Haiti que chegaram ao Brasil desde o terremoto de 2010. Apesar de solicitarem o reconhecimento da condição de refugiado ao entrarem no território nacional, seus pedidos foram encaminhados ao Conselho



O número não é grande, mas a grande variedade de nacionalidades compõe um quadro muito rico de pessoas que tiveram problemas em seus países de origem, nas mais longínquas partes do mundo, e encontraram no Brasil a possibilidade de reconstruir suas vidas, de se integrar à sociedade brasileira, ganhando uma nova condição de cidadania efetiva. (BARRETO, 2010, p. 21)

Todos os pedidos de refúgio no Brasil são decididos pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). A determinação da condição de refugiado é realizada por um órgão colegiado, composto por representantes de distintos ministérios (Justiça, Relações Exteriores, Trabalho, Saúde e Educação), além de um representante do Departamento da Polícia Federal e de organização não-governamental que se dedique a atividades de assistência e proteção de refugiados no país (Art. 14 da Lei nº 9.474/97). O ACNUR e a Defensoria Pública da União têm assento nas Reuniões do CONARE com direito a voz, mas sem direito a voto<sup>8</sup>.

### **Considerações finais**

O instituto do refúgio possui cada vez mais importância dentro do ordenamento jurídico internacional. Tal crescimento se deu, sobretudo, pela inclusão dos direitos humanos como uma das pautas principais do discurso jurídico internacional, ocorrido principalmente no fim da primeira metade do século passado. Com a consolidação da proteção jurídica dos refugiados no início deste século o Brasil tornou-se país de referência na América Latina no que se refere a recepção de refugiados. Este ponto faz com que a atenção, tanto aos mecanismos de proteção internos quanto externos, seja redobrada. A grande recepção de refugiados no território brasileiro faz com que as perspectivas no aumento das garantias protetivas seja mais que auspiciosa e culminam com a afirmação contundente do Brasil como protagonista deste direito internacional cada vez mais humanitário.

---

Nacional de Imigração (CNIg), que emitiu vistos de residência permanente por razões humanitárias. De acordo com dados da Polícia Federal, mais de 39.000 haitianos entraram no Brasil desde 2010 até setembro de 2014.

<sup>8</sup> Informação obtida no sítio <http://www.acnur.org>. Acesso em: 27 abril 2015.

## Referências

ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de Direito Internacional Público*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org>>. Acesso em 22/03/2012.

\_\_\_\_\_. *Manual de Procedimentos e Critérios a Aplicar para Determinar o Estatuto do Refugiados* – de acordo com a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967 relativos ao ACNUR. Nota de orientação sobre extradição e proteção internacional de refugiados. Genebra, 2008. Disponível em: <<http://www.acnur.org>> Acesso em: 07 de abril de 2015.

ALMEIDA, Guilherme Assis de. *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

ANDRADE, José H. Fischel de. *Direito internacional dos refugiados: evolução histórica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BARRETO, Luiz Paulo F. Teles. *Das diferenças entre os institutos jurídicos do asilo e do refúgio*. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br>>. Acesso em: 07 de abril de 2015.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas américas*. Brasília: ACNUR, Ministério da Justiça, 2010.

BRASIL. Lei nº 9474 de 22 de julho de 1997. Define os mecanismos para a implementação do estatuto dos refugiados de 1951 e determina outras providências. In: *Lei 9474/97 e coletânea de instrumentos de proteção internacional dos refugiados*. Brasília: Servideias. 3 ed. 2010.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9474, de 22 de julho de 1997*. Brasília, 1997. Disponível em: <<http://planalto.gov.br>>. Acesso em: 26 de abril de 2015.

CASELLA, p. B. Refugiados conceito e extensão. In: Nádia de Araújo; Guilherme Assis de Almeida. (Org.). *O direito internacional dos refugiados: uma perspectiva brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, v., p. 17-26.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GONZÁLEZ, Juan Carlos Murillo. *A importância da lei brasileira de refúgio e suas contribuições regionais*. Brasil, 2010. Disponível em: <<http://www.migrante.org.br>>. Acesso em: 17 de abril de 2015.

HATHAWAY, James C. *The law of refugee status*. Toronto/Vancouver: Butterworths, 1992.

JESUS, Tiago Schneider de. *Um novo desafio ao direito: deslocados/migrantes ambientais*. Reconhecimento, proteção e solidariedade. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Caxias do Sul. Caxias do Sul. 2009. p.39.

JUBILUT, Liliana Lyra. *O Direito Internacional dos Refugiados e a sua aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro*. São Paulo: Método, 2007.

LEÃO, Renato Zerbini Ribeiro. *O reconhecimento dos refugiados pelo Brasil – Comentários sobre decisões do Conare*. Brasília: Acnur, Conare, 2007.

ONU. ACNUR. *Estatuto dos Refugiados*. Genebra, 1992. Disponível em: <<http://ww.acnur.org>> Acesso em: 09 de abril de 2015.

\_\_\_\_\_. *Protocolo Relativo ao Estatuto dos Refugiados*. 1967. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>>. Acesso em: 07 de abril de 2015.

ONU. *Assembleia Geral*. Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. 1950. (Resolução 428 (V) de 14 de dezembro de 1950). Disponível em: <<http://www.cidadevirtual.pt>> Acesso em 08 de maio de 2015.

\_\_\_\_\_. *Carta das Nações Unidas*. 1946. Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br>> Acesso em 08 de maio de 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. O direito Internacional dos refugiados em sua relação com os direitos humanos e em sua evolução histórica. In: CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto, PEYTRIGNET, Gérard, RUIZ DE SANTIAGO, Jaime. *As três vertentes da proteção internacional dos direitos da pessoa humana: direitos humanos, direito humanitário, direito dos refugiados*. San José, Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direitos Humanos/ Comitê Internacional da Cruz Vermelha/Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, 1996.

SOARES, Guido. *Direitos Humanos, Direitos dos Refugiados e Direito Humanitário*. Disponível em: <<http://www.leonildocorrea.adv.br>>. Acesso em: 04 de abril de 2015.

## A ATUAÇÃO DO MUNICÍPIO DE DIONÍSIO CERQUEIRA NA FRONTEIRA ENTRE BRASIL E ARGENTINA

Ivan Barbiero Filho\*

Idir Canzi\*\*

---

### Introdução

O artigo ora apresentado vincula-se a projeto de pesquisa científica universitária centrada no objetivo de aprofundar o estudo sobre a atuação dos municípios situados na faixa de fronteira entre a República Federativa do Brasil e a República Federativa da Argentina. No caso em tela, o texto prioriza a abordagem de forma a problematizar a atuação do município de Dionísio Cerqueira, SC, Brasil, integrante do CIF – Consórcio Intermunicipal da Fronteira.

O tema foi ordenado de modo a explicitar preliminarmente a diferenciação existente entre federalismo e federação, vinculativos tanto do estudo quanto da especificidade concreta de estruturação da Federação.

A abordagem prossegue situando o contexto contemporâneo da ampliação das relações internacionais no chamado mundo multicêntrico. A visão estatocêntrica e a visão multicêntrica aparecem na problematização das mudanças provocadas com a globalização e seu conjunto de novos atores, embora não separados do direito interno.

O município foi inserido no texto enquanto ente integrante da República Federativa do Brasil, com delineamento de suas competências constitucionais reconhecidas pelo poder constituinte de 1988.

---

\* Graduando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Bolsista do Núcleo de Iniciação Científica Cidadania, Jurisdição e Novas Faces da Justiça.

\*\* Doutorando e Mestre em Direito pela UFSC. Coordenador do Núcleo de Pesquisa de Iniciação Científica “Cidadania, Jurisdição e Novas Faces da Justiça”. Professor do Curso de Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ.

A parte do texto reservada ao campo de atuação do município de Dionísio Cerqueira, SC, Brasil, integrante do CIF – Consórcio Intermunicipal da Fronteira, insere abordagem da identidade, localização, dados estatísticos e agenda do referido ente público com os municípios do CIF, Governo do Estado de Santa Catarina, Governo do Estado do Paraná e Governo da Província de Misiones (Argentina). A problematização da atuação do município de Dionísio Cerqueira tomou por base os itens de pesquisa relacionados à agenda da formalização do protocolo de intenções, de 03 de março de 2011, entre o município de Dionísio Cerqueira com os municípios integrantes do CIF, governos de Santa Catarina, Paraná e Misiones (Argentina).

### **Federalismo brasileiro**

Consigna-se de plano a diferença existente entre Federalismo e Federação, a partir da concepção expressa por Reverbel:

Federalismo pode ser considerado o estudo genérico dos aspectos comuns a todo e qualquer sistema federal, a federação é o léxico que, além de indicar uma determinada ordem federal, permite variados estudos comparativos entre os Estados a que adotam esta forma de Estado. (REVERBEL, 2007, p. 43)

Quanto à Federação:

Federação revela, portanto, uma aplicação concreta, específica, pontual, do federalismo. Está centrada nos arranjos institucionais possíveis que permitem o deslocamento de competências do centro à periferia e da periferia ao centro. Trata especificamente dos órgãos componentes da federação e das inter-relações existentes entre eles. Todo este arcabouço associativo provém da ordem constitucional. (REVERBEL, 2007, p. 43)

No caso do Brasil, houve a adoção constitucional da forma Republicana de governo e da federação como forma de Estado. O Estado para melhor atingir seus objetivos tende a adotar subdivisões internas com distribuição de competências e atribuições, o que é o caso da República Federativa do Brasil integrada pela União Federal, Estados membros, Distrito Federal e Municípios.

Na Federação os entes integrantes são dotados de capacidade política e na condição de Pessoas Jurídicas podem legislar criando normas abstratas com força vinculante no ordenamento jurídico.

A repartição de competências entre os entes da Federação pode ocorrer na dimensão constitucional ou administrativa. Uma vez

estabelecidas as competências, os entes integrantes da Federação passam a legislar e atuar em todas as matérias envolvendo a sua esfera de delegação.

A federação brasileira teve seu referencial inicial estruturante a partir da Constituição de 1891, com forte influência, à época, do modelo adotado pela Constituição dos Estados Unidos da América.

No contexto atual, a federação brasileira encontra-se em pleno fortalecimento político-administrativo, com destaque para a cooperação<sup>1</sup> entre a União Federal, Estados membros, Distrito Federal e seus cinco mil quinhentos e setenta municípios (IBGE, 2000).

Por conseguinte, o Brasil integra o grupo de países que na contemporaneidade adotaram o modelo federativo, ao lado de grandes Estados, a exemplo dos Estados Unidos da América, Canadá, Alemanha, Argentina e Venezuela, entre outros.

### **A ampliação das relações internacionais no mundo multicêntrico**

A humanidade atravessa um enfraquecimento do papel do Estado-nação e ao mesmo tempo fortalece os blocos econômicos regionalizados. À medida que se avança para além da dimensão territorial, surge a dimensão internacional/transnacional, embora não separada do direito interno.

Destaca-se aqui o fortalecimento dos governos subnacionais que interessa ao estudo das relações internacionais, dos processos de integração, da globalização, do federalismo e dos temas municipais e estaduais.

Todavia, a ampliação da atuação dos municípios brasileiros no cenário internacional, notadamente daqueles situados em faixa de fronteira, foi intensificada a partir da projeção das cidades nas relações

---

<sup>1</sup> No que diz respeito a forma de cooperação entre os entes integrantes da República Federativa do Brasil, a Constituição Federal, assim dispõe: *Art. 23.* É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios – *Parágrafo único.* Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional; *Art. 241.* A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

internacionais, com forte impulso com a globalização<sup>2</sup> a partir dos anos 90, das conferências internacionais<sup>3</sup> e processos de integração regional<sup>4</sup> que possibilitaram a abertura de novos espaços de atuação para o poder local firmar-se na cena internacional.

No Brasil, a Constituição da República Federativa de 1988 atribuiu status de ente federativo aos municípios, em igualdade às demais organizações político-administrativas reconhecidas, assegurando-lhes autonomia<sup>5</sup>.

Também é notório que o Ministério das Relações Exteriores Brasileiro tem celebrado convênios de cooperação com governos estaduais e municipais, secretarias estaduais, universidades e outros tantos agentes locais para promover o debate sobre temas internacionais de interesse do Estado e da federação<sup>6</sup>.

Destaca-se aqui o esforço decisivo dos agentes locais na instrumentalização dos programas e agendas, em conformidade à vocação e possibilidades para a ação externa, a exemplo da implementação de cursos destinados à sensibilização de determinados setores produtivos para as oportunidades do mercado externo.

---

<sup>2</sup> Globalização significa desterritorialização; conseqüentemente, também significa a primazia da economia em detrimento da política; ademais, significa o eclipse do Estado e da sua expressão mais representativa, a soberania. Neste sentido, vide Paolo Grossi (2010).

<sup>3</sup> Entre as conferências pode-se citar: as conferências da ONU, as relacionadas ao Meio Ambiente, do Fórum Social Mundial, entre outras.

<sup>4</sup> Com a globalização, compreendida como uma linha contínua do local/regional para o global, houve a progressiva formação dos chamados blocos econômicos, a exemplo do NAFTA, União Europeia, ALCA, Tigres Asiáticos, MERCOSUL, notadamente com atuação no campo econômico/comercial.

<sup>5</sup> Autonomia: Refere-se à capacidade, competências e condições para suportar responsabilidades, desempenhar tarefas e alcançar objetivos à sua razão de ser. Significa também a independência legislativa e político-administrativa/executiva para decidir sobre as questões de sua esfera de competência.

<sup>6</sup> Destaca-se aqui os programas brasileiros de cooperação firmados pelo Ministério das Relações Exteriores, via Agência Brasileira de Cooperação, referentes à transferência de conhecimentos e tecnologias, dentro de acordos firmados entre países e organismos internacionais, com conseqüente envolvimento e execução pelos entes subnacionais como Estados e municípios.

No complexo processo de globalização, os novos atores das Relações Internacionais, incluídos os municípios, vêm gradualmente disputando e conquistando espaços da agenda internacional com os governos centrais e se consolidando como agentes da dinâmica internacional.

Registra-se que a integração regional dos Estados, o surgimento de empresas transnacionais com forte poder econômico, a desintegração de alguns Estados, o avanço e unificação tecnológica, evidenciam uma mudança significativa do chamado mundo estatocêntrico. O mundo estatocêntrico é mais baseado em procedimentos formais e preceitos hierárquicos, no mundo multicêntrico a base das relações entre os atores é mais igualitária, embora mais temporária, específica e suscetível de mudanças (ROSENAU, 1990)<sup>7</sup>.

O cenário anunciado evidencia a quebra do paradigma de que ‘tudo o que era relação com o exterior cabia à União Federal’, típico de uma concepção de atuação dentro de uma visão estatocêntrica. Entretanto, de forma complementar e não isolada e/ou desvinculada, no atual cenário, é evidente a ampliação do campo de atuação de um conjunto de atores do mundo multicêntrico capazes de buscar recursos e formas próprias de realizar seus objetivos.

Portanto, no cenário anunciado, é possível afirmar que os municípios brasileiros caminham, mesmo que lenta e progressivamente, para a edificação de uma atuação global nas relações internacionais, com destaque no que se refere à resolução de problemas principalmente em suas zonas de fronteira, a exemplo do município de Dionísio Cerqueira, SC, que integra o Consórcio Intermunicipal da Fronteira, junto com os municípios de Barracão e Bom Jesus do Sul, ambos no Paraná, e Bernardo de Irigoyen, Província de Misiones, Argentina<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Na visão estatocêntrica há forte concentração de decisões e comando a partir da centralidade do Estado, com destaque geralmente em um poder central, a exemplo da União Federal. Pode-se afirmar que há um predomínio do Estado sobre os demais agentes e/ou atores da sociedade. O Estado interfere decisivamente sobre todas as áreas (política, econômica, social). Na concepção multicêntrica a figura do Estado continua a existir, porém, o conjunto dos outros atores que integram a sociedade civil, sejam estes com a atuação econômica, política ou social, dividem entre si a participação e as decisões que passam a dimensionar de uma forma plural as relações das mais variadas áreas.

<sup>8</sup> Neste sentido vide CIF (2013).



## **O município e suas competências constitucionais**

Na federação, a repartição de competências entre os entes pode ocorrer na dimensão constitucional ou administrativa. Os entes integrantes da Federação podem legislar e atuar em todas as matérias envolvendo a sua esfera de delegação.

Na definição de José Afonso da Silva, competência é a 'faculdade juridicamente atribuída a uma entidade, órgão ou agente do poder público para emitir decisões. Competências são as diversas modalidades de poder que servem aos órgãos ou entidades estatais para realizar suas funções (1992, p. 419).

A própria Constituição estabelece as matérias próprias de cada um dos entes da Federação, podendo acentuar a concentração de poderes ora na União ou nos Estados membros e Municípios.

No que se refere às competências dos municípios, a Constituição da República Federativa do Brasil, assim estabelece:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei;

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental;

VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

VIII - promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

Sem sombras de dúvidas, o município teve ampliado sua autonomia quanto ao campo de atuação, com destaque para legislar, com fundamento na independência constitucional que lhe é inerente sobre os assuntos referidos no artigo 30, I, II, III, IV da CF. Também, em matéria

organizacional, o município tem competência administrativa sobre os assuntos dos incisos IV, V, VI da CF. Ainda, o município possui competência quanto à promoção humana e da promoção do patrimônio histórico, conforme dispõe o artigo 30, VII, VIII, IX da CF.

Ato contínuo, indicadas as competências dos municípios, objetivadas no ordenamento constitucional brasileiro, prioriza-se a seguir a atuação do município de Dionísio Cerqueira na fronteira entre Brasil e Argentina.

### **A atuação do município de dionísio cerqueira na fronteira entre Brasil e Argentina**

Localizada estrategicamente no limite entre Paraná e Santa Catarina e na fronteira do Brasil e Argentina, Dionísio Cerqueira existe desde meados do Século XIX. Em 1903 foi inaugurado o Marco das Três Fronteiras onde se pode por um pé no Paraná, outro em Santa Catarina e esticar o braço em território argentino (SABRAE, 2013).

Dionísio Cerqueira pertenceu à Chapecó até 1953, quando se tornou município. Foi colonizada por descendentes de migrantes italianos e alemães vindos das colônias gaúchas. A nomenclatura de Dionísio Cerqueira decorreu em homenagem ao general Dionísio Cerqueira, antigo ministro das Relações Exteriores e também responsável pela demarcação da fronteira Brasil/Argentina (SEBRAE, 2013).

### ***Dados Estatísticos***

Município mais populoso entre as cidades trigêmeas<sup>9</sup>. Dionísio Cerqueira, segundo o IBGE 2009, possui estimativa populacional de 15.399 habitantes, distribuídos em 379 km<sup>2</sup>.

Sobre os aspectos econômicos, o município contribui com cerca de 0,14% do PIB catarinense, ocupando da 103ª posição no ranking estadual, conforme tabela a seguir:

---

<sup>9</sup> Consigna-se que a expressão “trigêmeas” é decorrente da existência das três cidades: Dionísio Cerqueira-SC, Barracão-PR e Bom Jesus do Sul-PR, situadas em território brasileiro. Entretanto, por ser fronteira seca, Bernardo de Irigoyen, soma-se como quarta cidade, do lado argentino.

*Tabela 1: Comparação entre o PIB de Dionísio Cerqueira e o PIB de Santa Catarina*

Período	Dionísio Cerqueira		Santa Catarina		Brasil (R\$ mil)
	Produto Interno Bruto (R\$ mil)	Posição estadual	Produto Interno Bruto (R\$ mil)	Posição estadual	
2002	68.250	117º	55.731.863	8º	1.477.821.769
2003	83.881	118º	66.848.534	7º	1.699.947.694
2004	87.495	127º	77.392.991	7º	1.941.498.358
2005	104.997	114º	85.316.275	7º	2.147.239.292
2006	130.097	103º	93.173.498	7º	2.369.796.546
<b>Evolução 2002/2006</b>	<b>90,6%</b>		<b>67,2%</b>		<b>60,4%</b>

Fonte: IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Contas Nacionais – Governo do Estado de Santa Catarina, Secretaria do Estado do Planejamento, Produto Interno Bruto dos Municípios.

Diante da atual posição do município é importante consignar que no ano de 2011, a balança comercial de Dionísio Cerqueira apresentou saldo negativo de US\$ -57.006.062,00. No período compreendido entre 2004 e 2011, suas exportações apresentaram crescimento de 88,6% e as importações, crescimento de 3.187,3%<sup>10</sup>.

Assim, resta evidenciado que esse desenvolvimento refletiu na quantidade de empresas exportadoras, com destaque para sete empresas com faixa de exportação de até US\$ 1.000.000,00 em 2008, oito em 2009, caindo para cinco empresas em 2010, mas retornando à oito em 2011<sup>11</sup>.

Cumprе ressaltar que, entre os anos de 2010 e 2011, o principal destino e origem de exportação/importação foi a Argentina, correspondendo a 64% da exportações e 42% das importações.

### ***Agenda Integrada do município de Dionísio Cerqueira com os Governos de Santa Catarina, Paraná e Misiones (Argentina)***

Em data de 03 de março de 2011 houve a formalização de protocolo de intenções entre o município de Dionísio Cerqueira com os governos de

<sup>10</sup> Balança Comercial de Dionísio Cerqueira-SC tem como fontes o Ministério da Indústria e Comércio Exterior (MDIC). Secretaria de Comércio Exterior (SECEX). Departamento de planejamento e Desenvolvimento de Comércio Exterior (DEPLA).

<sup>11</sup> Enquanto nas empresas com exportações de até US\$ 1 milhão oscilou em quatro anos, o número de empresas no patamar de exportação entre US\$ 1 milhão e US\$ milhões manteve-se constante.

Santa Catarina, Paraná e Misiones (Argentina), para o desenvolvimento de atividades integradas contemplando as seguintes ações:

1. Parque Turístico Ambiental de Integração – Brasil/Argentina;
2. Estrutura Líder – Caminhos da Fronteira;
3. Construção Aduana Integrada de Turistas;
4. Projeto Urbanístico Integrado com a Identificação das divisas Paraná, Santa Catarina, Misiones;
5. Recursos para Custeio de Atendimentos Hospitalares
6. Saneamento Básico: Implantação da Rede Coletora de Esgoto Sanitária e rede de distribuição de água integrada Brasil/Argentina;
7. Terminal Rodoviário Integrado Paraná, Santa Catarina, Misiones;
8. Melhoria da Malha viária através de adequação de estradas e pavimentação com pedras irregulares;
9. Apoio Institucional dos Governadores para a Implantação da universidade Pública e Gratuita;
10. Para Aprovação Projeto de Lei Congresso Nacional do Brasil – que trata do acordo Brasil/Argentina – Localidade Fronteiriça Vinculada; Já transformando em Lei e reconhecido – Lei 26523 de 10.10.2009 pelo Congresso Argentino;
11. Estruturação e Melhorias Aduana Integrada de cargas – Porto Seco Dionísio Cerqueira;
12. Apoio e estrutura para o fornecimento da produção na agricultura. (Caderno das Ações Integradas, 2013, p. 35)

O referido protocolo foi formalmente assinado, na data supra indicada, pelos Governadores dos Estados do Paraná e Santa Catarina, Governador do Estado de Misiones-Argentina, Ministro de Turismo de Misiones-Argentina, Secretário do Estado de Santa Catarina-SDR Dionísio Cerqueira, Prefeitos de Dionísio Cerqueira-SC, Barracão-PR, Bom Jesus do Sul-PR, Intendente de Bernardo de Irigoyen-Argentina.

Quanto à atuação do município de Dionísio Cerqueira, relativa às ações acima nominadas, o presente artigo priorizou a abordagem sobre as áreas de infraestrutura, saúde, comércio e turismo, sem demérito da

importância significativa das outras áreas nominadas no protocolo do Consórcio Intermunicipal da Fronteira.

Em virtude de que a área territorial em estudo constitui-se em uma região de fronteira marcada pela limitada infraestrutura, o sistema de circulação de pessoas e de mercadorias, assim como da utilização de serviços, na sua maior parte, ocorre informalmente e transcende a esfera dos controles nacionais, agravando os problemas existentes no território.

Apesar de ações de vigilância sanitária serem verificadas, principalmente no que se refere à fiscalização de produtos, no Posto de Fronteira de Vigilância Sanitária do município de Dionísio Cerqueira é realizado apenas o controle das cargas de alimentos e a imunização da febre amarela. No entanto, não é realizado o controle de imunização de pessoas vindas do Rio Grande do Sul e Argentina.

A problemática do comércio fronteiriço local é particularmente interessante, seja em função da falta de regulamentação e padronização existentes, influenciados neste sentido pela necessidade de normatização dessas questões no âmbito do MERCOSUL; seja pela burocratização, que muitas vezes dificulta o estabelecimento de disciplina para o comércio fronteiriço.

Entre as ações relacionadas à saúde destaca-se a necessidade de uma parceria na área, tendo em vista da carência de médicos por parte da Província de Misiones-Argentina<sup>12</sup>. Tais dados incidem na necessidade de transporte da população enferma, seja no intercâmbio transfronteiriço (Bernardo de Irigoyen-AR / Dionísio Cerqueira-SC), seja no transporte intermunicipal (Cascavel, Francisco Beltrão-PR, Chapecó e Florianópolis-SC), vez que o Hospital de Dionísio Cerqueira possui capacidade limitada de leitos, conforme tabela abaixo:

---

<sup>12</sup> Segundo dados do CIPPEC (2013), enquanto a região cidade de Buenos Aires possui 11,6 médicos para cada 10.000 habitantes, a Província de Misiones, onde se localiza a cidade de Bernardo de Irigoyen, goza de apenas 15 médicos para o mesmo número de habitantes. Enquanto do lado brasileiro, de acordo com o Conselho Federal de Medicina (2013), há registro de 11.288 médicos em atividade no Estado de Santa Catarina, o que corresponde a 1,69 médicos por habitante, 6,44 destes atuando na capital.

*Tabela 2: Número de Leitos de Internação, por tipo, existentes e Dionísio Cerqueira, entre 2007 a 2012.*

Especialidade	Dionísio Cerqueira						Evolução 2007/20012
	2007	2008	2009	2010	2011	2012	
Cirúrgicos	3	3	3	3	3	3	0,0%
Clínicos	21	21	21	21	21		0,0%
Complementares	2	2	2	2	2	2	0,0%
Obstétrico	10	10	10	10	10	10	0,0%
Pediátrico	13	13	13	13	13	13	0,0%
Outras especialidades	1	1	1	1	1	1	0,0%
Hospital/DIA	-	-	-	-	-	-	
<b>Total</b>	<b>50</b>	<b>50</b>	<b>50</b>	<b>50</b>	<b>50</b>	<b>50</b>	0,0%

Fonte: Ministério da Saúde, Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), 2012.

Notas: 1. Leitos complementares: Unidades de Tratamento Intensivo, Intermediárias e de Isolamento.

2. Sinal convencional utilizado:

- Dado numérico igual a zero não resultante de arredondamento.

Nesse sentido, o Consórcio Intermunicipal da Fronteira tem como projeto a reforma e ampliação do Hospital Municipal de Dionísio Cerqueira para atender pacientes na área de abrangência do Consórcio, estimular o transporte integrado de paciente e obtenção de recursos oriundos do Fundo MERCOSUL, Governo Federal e Estadual para custear atendimentos hospitalares<sup>13</sup>.

É verdade que a realidade que vincula a área da saúde no município de Dionísio Cerqueira, não se restringe apenas às questões médico-hospitalares. Há um conjunto de desafios a ser suplantados, incluindo a execução integrada de uma política pública de saúde para além do município, capaz de promover ações de mudanças significativas nas áreas de saneamento básico, saúde preventiva, e educação sustentável para a saúde física e mental, integrando o lazer e o bem estar social.

Quanto ao turismo, a principal problemática abordava a ocupação irregular e consequente degradação ambiental ao Rio Peperiguaçu, fato que gerava uma imagem negativa no município de Dionísio Cerqueira e sua relação fronteiriça com o município de Bernardo de Iriгойen, do lado

<sup>13</sup> De acordo com o Caderno de Ações integradas, o valor empenhado para a reforma e ampliação do Hospital Municipal de Dionísio Cerqueira foi fixado pelo Ministério da Saúde em R\$ 5,4 milhões, com obras iniciadas em junho de 2012; Ainda, de acordo com o documento, o transporte integrado de pacientes também está em execução, só restando implementar a proposta de repasse de recursos para custeio de atendimento hospitalar.

argentino. Nesse sentido, o Consórcio Intermunicipal da Fronteira apresentou projeto de revitalização da nascente do referido Rio e construção do Parque Turístico Ambiental de Integração, com 3.000 mil metros lineares, unindo dois países (Brasil e Argentina), três estados (Santa Catarina, Paraná e Província de Misiones), Três municípios (Dionísio Cerqueira, Barracão e Bernardo de Irigoyen) e outro município na extremidade da divisa (Bom Jesus do Sul). Com uma linha de alturas variáveis e a presença de uma inclinação de água (nascente do Rio Peperiguaçu) que corre em parte de sua extensão, e de vegetação variada; lugar rico na cultura e nas atividades, é que se encontra em edificação um ‘Parque Turístico Ambiental de Integração’, com forte presença emblemática das culturas de cada um dos países, capas de fomentar e impulsionar a atividade turística, comercial e cultural desta região”, consoante imagem abaixo (*figura 01*).

*Figura 01: Croqui Parque Turístico Ambiental de Integração*



*Fonte: Caderno das Ações Integradas, 2013, p. 14.*

Muitas ações ultrapassam o limite territorial do município de Dionísio Cerqueira e promovem a necessidade de articulação entre as cidades fronteiriças e, em alguns casos, com os municípios da região extremo-oeste. Isso se deve ao fato do reconhecimento de que as cidades trigêmeas de Dionísio Cerqueira-Barracão-Bernardo de Irigoyen

conformam a existência de uma única conurbação, dividida em três municípios, três estados/províncias e dois países.

As principais demandas verificadas na fronteira de Dionísio Cerqueira e Bernardo de Irigoyen, existem em função dos mesmos problemas sociais, políticos e econômicos compartilhados pelas duas cidades-gêmeas. Elas se inserem nas questões ligadas ao meio-ambiente, comércio local e internacional, flutuação cambial, saúde da população – deficiência no atendimento médico-hospitalar em ambos os lados, saneamento básico, vigilância sanitária, desenvolvimento urbano, legislação de fronteiras, a língua falada, o portunhol, e a presença da Aduana Justaposta de Dionísio Cerqueira.

### **Considerações finais**

O tema desenvolvido no artigo priorizou a problematização sobre a atuação dos municípios situados na faixa de fronteira entre a República Federativa do Brasil e a República Federativa da Argentina, com destaque para o município de Dionísio Cerqueira, SC, Brasil, integrante do CIF – Consórcio Intermunicipal da Fronteira.

A diferenciação tecida entre federalismo e federação serviu para situar tanto o estudo do tema quanto para esclarecer a especificidade concreta de estruturação da Federação.

A ampliação das relações internacionais no chamado mundo multicêntrico apontou para a problematização das mudanças provocadas com a globalização e seu conjunto de novos atores, não desvinculando as relações internas ao território, economia, política, direito e relações externas.

A autonomia do município foi destacada enquanto ente público integrante da República Federativa do Brasil, com suas competências constitucionais próprias estabelecidas pela Constituição Federal de 1988.

No que tange ao campo de atuação do município de Dionísio Cerqueira, SC, Brasil, integrante do CIF – Consórcio Intermunicipal da Fronteira, a abordagem evidenciou a relevante e crescente atuação do referido ente público com os municípios do CIF, Governo do Estado e Santa Catarina, Governo do Estado do Paraná e Governo da Província de Misiones (Argentina), com destaque para as ações de infraestrutura, saúde, turismo e comércio, parte da formalização do protocolo de intenções, de



03 de março de 2011, entre o município de Dionísio Cerqueira com os governos de Santa Catarina, Paraná e Misiones (Argentina).

## Referências

BARROSO, Luiz Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. São Paulo: Malheiros, 1996.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito constitucional*. 28. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

\_\_\_\_\_. *Teoria do Estado*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL; IBGE (Comp.). *População residente, por situação do domicílio, taxa de crescimento e razão de dependência, segundo as Unidades da Federação e classes de tamanho da população dos municípios – Brasil – 2000*. Disponível em: <<http://ibge.gov.br>>. Acesso em: 11 maio 2015.

CIF – Consórcio *Intermunicipal da Fronteira* – Caderno das Ações Integradas. Barracão: CIF, 2ª Ed. 2013.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Brasília: Senado Federal, 2014.

DAL RI JÚNIOR, Arno; OLIVEIRA, Odete Maria de (Org.). *Relações internacionais: interdependência e sociedade global*. Ijuí: UNIJUÍ, 2003.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado federal*. São Paulo: Ática Editora, 1986.

DALLARI, Pedro. *Constituição e relações exteriores*. São Paulo: Saraiva, 2002.

DIAS, Leila Christina; FERRARI, Maristela (Org.). *Territorialidades Humanas e Redes Sociais*. Florianópolis: Insular, 2011.

GROSSI, Paolo. *O direito entre o poder e o ordenamento*. Trad. de Arno Dal Ri Júnior. Belo Horizonte: Del Rey. 2010.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Relações internacionais, direito e poder – cenário e protagonismos dos atores não estatais: volume I*. Ijuí: Ed. Unijuí 2014.

OLSSON, Giovanni. *Poder político e sociedade internacional contemporânea*. Ijuí: Unijuí, 2007.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. *Federalismo, descentralização e subsidiariedade*. In: SOUZA JUNIOR, Cesar Saldanha; AVILA, Marta

Marques (Org.). *Direito do Estado: Estudos sobre Federalismo*. Porto Alegre: Dora Luzzatto, 2007. Cap. 1. p. 39-64.

RIBEIRO, Maria Clotilde Meirelles. *Globalização e Novos Atores: a paradiplomacia das cidades brasileiras*. Salvador: EDUFA, 2009.

*Santa Catarina em Números: Florianópolis/Sebrae/SC\_Florianópolis: Sebrae/SC, 2010.*

# ATORES INTERNACIONAIS E A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO: A QUESTÃO DA CIBERESPIONAGEM E O PAPEL DA ONU

Lademir José Cremonini\*

---

## Introdução

Nos dias atuais, a maioria das pessoas conhece a tecnologia de informação. Nesse sentido, observa-se como essa tecnologia se dissipa e cada vez mais envolve o meio em que se vive. Com a expansão dos computadores em nível mundial, como ocorrido na década de 80 e, nos anos 90 com a criação da rede mundial desses computadores, novas tecnologias foram e ainda estão sendo criadas para a integração global do Planeta.

Mais precisamente a rede mundial e o extraordinário fenômeno da Internet possibilitaram a criação das redes sociais e a troca de informações de um modo diferente. E qual seria esse modo diferente? A rapidez e o imediatismo estão em primeiro lugar.

Vive-se essa era de tecnologia da informação, mas já parou-se para pensar e estudar o que é, como influência no cotidiano das pessoas e das nações? E ainda mais importante indagar: A tecnologia está sendo utilizada de forma adequada, por quem tem o domínio do conhecimento tecnológico?

Assim, o objetivo deste artigo é desenvolver uma abordagem sobre a tecnologia da informação e a forma como alguns países estão utilizando tal tecnologia para praticar a espionagem internacional – denominada *ciberespionagem* – em territórios de outros Estados, como foi o caso do Brasil, focalizado como ator internacional, denunciada pelo especialista de

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ, Bolsista PROSUP/CAPES. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Relações Internacionais, Direito e Poder: Cenários e Protagonismos dos Atores Estatais e Não Estatais, da UNOCHAPECÓ.

comunicação – Edward Snowden – vinculado a uma empresa que prestava serviços à *National Security Agency* (NSA), espionagem confirmada pelos Estados Unidos da América (EUA), como os autores desses lamentáveis atos.

### **A sociedade contemporânea e os atores internacionais**

A Sociedade Contemporânea, segundo anota Olsson (2007, p 167), “resulta da singular confluência histórica de diversos elementos, sob o influxo de variáveis importantes, em que interagem múltiplos atores mediante mecanismos de grande complexidade”.

No mesmo sentido, em outra de suas obras, o citado autor leciona:

A sociedade internacional como complexo relacional subjacente das próprias relações internacionais em si, desdobra-se na conjugação de dos componentes essenciais: de um lado, um ambiente, meio ou cenário no qual esses relacionamentos ocorrem; de outro, um conjunto de agentes ou atores que constituem os protagonistas dessa sociedade e relacionam-se na esfera internacional. (OLSSON, 2003, p. 82)

Segundo Oliveira (2014b, p. 183), “em sentido terminológico, a palavra ator deriva do Latim – *actore* – com significação de agente do ato, traduzindo a ideia daquele que atua, interpreta ou desempenha papel previamente definido em um cenário social”.

Assim, um ator internacional é aquele que atua e produz fluxos em nível internacional. Ainda seguindo os ensinamentos de Oliveira (2014b, p. 183), as Relações Internacionais são constituídas por determinados cenários e seus agentes – entes estatais, grupos sociais e indivíduos – que interagem de diversas formas e encontram-se associadas teoricamente às concepções de relações, influências e interação.

Para ser ator internacional é necessário ostentar determinados requisitos. Não se resume simplesmente no fato de existir como Estado, organismo, indivíduo, coletividade. São necessários alguns critérios de objetividade, onde a lógica da conceituação fixa-se, para muitos autores, nas condições de habilidade, capacidade, autonomia e poder de influência, enquanto que para outras concepções, os atores alcançam essa qualificação por terem conquistado um estado de destacado protagonismo. Mas, para isso, é necessário exercer papel ativo e dinâmico, além de reconhecido pela sociedade internacional (OLIVEIRA, 2011, p. 30).

Existem diversas classificações de atores internacionais, como a apontada divisão binária entre os atores estatais e os não estatais, trazida por Wendzel e anotada por Olsson (2003, p. 153), figurando como atores não estatais “a Organização das Nações Unidas (ONU), como organização internacional universal, permanente e de propósitos gerais; organizações internacionais de propósitos limitados; organizações regionais; organizações de libertação nacional e participantes transnacionais”.

Complementando seu pensamento, Olsson esclarece que:

Além do Estado, devem ser reconhecidos atores internacionais da sociedade internacional mundializada contemporânea outros agentes de relações ou fluxos de projeção global, notadamente as organizações internacionais não-governamentais e as empresas transnacionais. (OLSSON, 2003, p. 154)

Nesse sentido, Oliveira (2011) adverte, que esse tema apresenta-se nebuloso nas Relações Internacionais, bem como no Direito Internacional Público, visto que durante longo tempo a teoria do estatocentrismo conduziu os estudos dessa disciplina. No entanto, tal visão encontra-se afastada, tendo em vista que a atual realidade globalizante apresenta-se “configurada por uma multiplicidade de novos atores e atores emergentes, entre eles, o indivíduo desponta com firmeza neste dinâmico fenômeno relacional contemporâneo” (OLIVEIRA, 2011, p. 45).

A realidade contemporânea da sociedade internacional, apresentando-se globalizante, constitui-se de complexa e vasta rede de interações, relações de diversos tipos – redes de redes –, conectadas por interessante multiplicidade de diferentes atores – agentes do ato internacional (OLIVEIRA, 2011, p. 11).

Os atores tradicionais são os Estados e seus desdobramentos estatocêntricos. Já os não estatais, como observa Oliveira:

Os atores não estatais apresentam-se com perfil totalmente autônomo do controle dos governos centrais, a exemplo dos agentes subnacionais, podendo emanar do âmbito da sociedade civil, como os movimentos sociais; da economia do mercado, o caso das corporações transnacionais; ou ainda de impulsos de cooperação política estatal, criando organizações internacionais, ou além delas e independentemente da direção estatal, como as organizações não governamentais. (OLIVEIRA, 2014a, p. 112)

No contexto deste artigo adota-se a classificação dos atores estatais e os não estatais, tendo em vista abordar-se questões estatais relativas aos

Estados Unidos da América e o Brasil de um lado, e a Organização das Nações Unidas (ONU), como ator não estatal, de outro.

### **Tecnologia da informação e o direito à privacidade**

Os efeitos da revolução tecnológica informacional são visíveis e presentes nos dias atuais. Esse paradigma teve seu pondo de partida, segundo Castells (1999, p. 43), na década de 70, “organizado com base na tecnologia da informação, veio a ser constituído, principalmente nos Estados Unidos”.

A invenção de novas tecnologias proporcionou essa revolução, a qual afeta o Planeta de forma abrupta, alterando sobremaneira as relações dos atores internacionais da sociedade contemporânea.

Como tecnologia, entendo, em linha direta com Harvey Books e Daniel Bell, “é o uso de conhecimentos científicos para especificar as vias de se fazerem as coisas de uma maneira reproduzível”. Entre as tecnologias da informação, incluo, como todos, o conjunto convergente de tecnologias em microeletrônica, computação (*software* e *hardware*), telecomunicações/radiodifusão, e optoeletrônica. Além disso, diferentemente de alguns analistas, também incluo nos domínios da tecnologia da informação a engenharia genética e seu crescente conjunto de desenvolvimentos e aplicações. (CASTELLS, 1999, p. 67)

Este tempo da inovação tecnológica, ainda segundo Castells (1999, p. 68), é um evento único, não comparável a tão citada Revolução Industrial do século XVIII, “induzindo um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura”. “Contemporaneamente, as questões relacionadas à proteção de dados pessoais se caracterizam por uma abordagem marcadamente contraditória – de fato – uma verdadeira esquizofrenia social, política e institucional” (RODOTÁ, 2008, p. 13).

Esquizofrenia, no sentido de não saber até que ponto as tecnologias podem invadir a vida das pessoas, suas informações e projeções, ou planos, etc. No contexto presente, torna-se imperioso dar atenção à privacidade das pessoas, Estados e as sociedades.

Nesse sentido, entende-se por privacidade “(...) o direito de manter o controle sobre suas próprias informações e de determinar a maneira de construir sua própria esfera particular” (RODOTÁ, 2008, p. 15).

Como indivíduos, as pessoas são diferentes e têm o direito de serem diferentes, e assim devem ter sua privacidade, que são seus pensamentos e atos próprios, protegidos e não violados.

Para Rodotá (2088, p. 19), “a proteção de dados é uma expressão de liberdade e dignidade pessoal e, como tal, não se deve tolerar que seja usado de modo a transformar um indivíduo em objeto e sob vigilância constante”.

Assim, em primeiro momento, o direito à privacidade constitui um direito fundamental, pois tem a ver com a questão da liberdade e dignidade das pessoas e conseqüentemente da sociedade.

### **A ciberespionagem em questão**

O termo *ciberespionagem* surgiu da união das palavras espionar e cibernética. Bueno (2007, p. 321) define o termo “espionar” com o significado de “espreitar ou investigar como espião, espiar, investigar”.

Já a cibernética tem aqui o significado de rede de comunicações eletrônicas, envolvendo mais especificamente a telecomunicação e a teleinformática. “Refere-se a intrusões em redes para acessar informações diplomáticas, militares ou econômicas sensíveis” (CLAPPER, 2013 apud VELOSO, 2014, p. 1).

#### **Segundo Castells:**

O termo informacional indica o atributo de uma forma específica de organização social, em que a geração, o processamento e a transmissão da informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder, devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico. (CASTELLS, 1999, p. 65)

Veloso (2014, p. 3) anota, que com o desenvolvimento tecnológico, os atos antes restritos ao mundo real, hoje se tornam cada vez mais comuns e frequentes no espaço virtual, ou no ciberespaço. Já para Lévy:

O ciberespaço é o novo meio de comunicação que surge da interconexão mundial dos computadores. O termo especifica não apenas a infra-estrutura material da comunicação digital, mas também o universo oceânico de informações que ela abriga, assim como os seres humanos que navegam e alimentam esse universo. (LÉVY, 1999, p. 17)

Nesse contexto, o termo *ciberspionagem* é a espionagem por meio de redes de comunicações eletrônicas.

Os sistemas de processamento da informação efetuam a mediação prática de nossas interações com o universo. Tanto óculos como espetáculo, nova pele que rege nossas relações com o ambiente, a vasta rede de processamento e circulação da informação que brota e se ramifica a cada dia esboça pouco a pouco a figura de um real sem precedente. É essa a dimensão transcendental da informática. (LÉVY, 1998, p. 16)

Com tantas inovações tecnológicas à disposição de grandes corporações e países, começa-se a debater sobre essa nova forma de poder e seu uso, visto que tal novidade ainda apresenta muitos vieses possíveis, possibilitando seu uso de forma a melhorar a vida em nosso planeta ou poderá ser uma ferramenta para usos obscuros, inapropriados e até mesmo criminosos.

Nesse sentido, observa-se que a espionagem e consequentemente a *ciberspionagem* não podem ser confundidas com o conhecimento obtido por meios lícitos de pesquisas e reflexões e os meios escusos para obter a informação pontualmente desejada. Em outras palavras, “trata-se, portanto, de ações deliberadas com o intuito de obter informações confidenciais, conquistadas sempre a partir de meios ilícitos” (Veloso, 2014, p. 3).

### ***Antecedentes históricos***

Com base em dados históricos, Lundell (1997) escreveu que Sun Tzu, imperador japonês, firmou um tratado militar no século IV a.C., no qual já citava a espionagem no interesse da guerra. O tratado ficou conhecido como *A Arte da Guerra*. Nos seus escritos, o estrategista militar dizia – que para ter vantagem – o exército não deveria atuar sem conhecer a situação do inimigo e que conhecer a situação do inimigo não seria possível sem a espionagem.

Já na era contemporânea, uma das primeiras notícias de invasão à privacidade entre Estados – ocorrida, documentada e com efeitos globais –, registrou-se na Segunda Guerra Mundial, quando a equipe de William F. Friedman, que trabalhava para os Estados Unidos, em 1940 quebrou o



código diplomático japonês, possibilitando a atuação mais precisa dos “Aliados” contra o “Eixo”<sup>1</sup>.

Dos dados históricos aqui inseridos, observa-se que os meios mudam, mas as práticas não, visto que a espionagem para fins de aquisição, ampliação ou manutenção de poder, principalmente entre Estados, considerados os mais antigos e clássicos atores estatais, conhecidos como agentes privilegiados, continua também nestes tempos contemporâneos.

Com as inovações da tecnologia e mais principalmente com a criação e avanço da rede mundial de computadores e da Internet, a espionagem sofreu grande transformação, apresentando-se atualmente muito mais efetiva e eficaz, caracterizando-se, inclusive, pelo novo termo de “ciberspionagem”.

O caso mais emblemático e de repercussão mundial de *ciberspionagem*, ocorreu por meio do programa secreto de monitoramento da *National Security Agency* (NSA), conhecido como PRISM, denunciado pelo especialista de comunicação, Edward Snowden – o qual trabalhava para uma empresa prestadora de serviços à mencionada NSA – fato confirmado pelos Estados Unidos, responsáveis pelo citado programa (BBC Brasil, 2013b).

Tal prática foi revelada inicialmente por uma reportagem, publicada no site especializado em tecnologia – Tecmundo – ali informando de que:

O EUA monitora tudo o que eu, você ou praticamente qualquer pessoa faz na internet. Chamado de PRISM, o projeto contaria com a colaboração de empresas de telefonia e também de algumas das maiores companhias digitais do mundo, como facebook, Microsoft, Apple e Google. Os segredos foram trazidos à tona por Edward Snowden, um engenheiro e administrador de redes que trabalhava no órgão governamental. Snowden denunciou as práticas de

---

<sup>1</sup> William F. Friedman is one of the founders of American cryptology, the making and breaking of codes, and laid the foundation by which the National Security Agency operates today. A significant force in the world of cryptology, Friedman's career highlights many great achievements. As the lead code breaker for the U.S. War Department, he led a team that broke Japanese diplomatic code in 1940 during World War II. As a result, General Marshall later described the intelligence provided by Friedman and his cryptologists as “contributing greatly to the victory and tremendously to the saving of American lives... and... the early termination of the war” (NATIONAL SECURITY AGENCY, 2015).

espionagem em uma entrevista porque, segundo ele, “quem deve decidir se os governos devem – ou não – investigar o que as pessoas comuns fazem na Internet são os próprios cidadãos”. (KARASINSKI, 2013)

Além das interceptações – causadoras de sérios danos – motivados pela revelação de dados de pessoas físicas, as provas divulgadas por Snowden mostram que a NSA promovia treinamentos de espionagem aos seus agentes, com exemplos práticos de invasões bem sucedidas, realizadas contra vários países, mais especificamente as provas apresentadas exibiam laminas de projeção, contendo informações do Brasil, México, Alemanha, Turquia, entre outros. A seguir será abordado o caso de espionagem do ator estatal – Estados Unidos – nos cenários políticos e econômicos reservados de outro ator estatal: o Brasil.

### *Efeitos da ciberespionagem no protagonismo brasileiro*

As espionagens dos Estados Unidos ao Brasil – em primeira mão – foram reveladas em reportagem exclusiva, realizada por Sônia Bridi e Glenn Greenwald, divulgada pelo programa televisivo brasileiro – Fantástico – do Canal Globo de Telecomunicações, disponível no site de notícias G1, do mesmo grupo, na Edição do dia 2 de setembro de 2013 e atualizado em 3 de setembro do mesmo ano, com o título: Veja os Documentos Ultrassegretos que Comprovam Espionagem à Dilma, cujos respectivos arquivos foram obtidos com o ex-analista da NSA, Edward Snowden.

No total, são três os documentos ultrassegretos, contendo várias lâminas, para a apresentação no programa de treinamento interno da agência NSA:

O primeiro deles é uma apresentação secreta realizada para um público interno da própria agência. Nele, a espionagem deflagrada pela NSA contra a presidente do Brasil, Dilma Roussef, é explicada passo a passo. O segundo documento, é outra apresentação interna, que classifica os desafios na área internacional a que os Estados Unidos estarão expostos nos próximos anos. Nele, o Brasil aparece classificado como motivo de preocupação sob a rubrica: “Amigos, Inimigos ou Problemas?”. O terceiro parece ser um comunicado interno trocado entre departamentos da agência. Nele, o interesse comercial da espionagem feita pela NSA contra o Brasil fica claro. (BRIDI; GREENWALD, 2013, p. 1)

Esta reportagem contém também provas concretas e reveladoras sobre o assunto apresentado nesse estudado. Abaixo, citam-se alguns trechos importantes para o seu contexto:

O título do primeiro documento ultrassecreto é “Filtragem inteligente de dados: estudo de caso México e Brasil”<sup>2</sup>. A sigla SATC, que aparece na capa, quer dizer “*Secure and Trustworthy Cyberspace*”, o departamento da NSA responsável por fazer da internet um ambiente seguro e confiável. O documento é datado de junho do ano passado. (BRIDI; GREENWALD, 2013, p. 2)

O seguinte trecho aqui apontado mostra a invasão aos dados e contatos pessoais da presidenta brasileira. “Aqui, a apresentação ilustra, que o grupo de Segurança Internacional para o Brasil, da NSA (S2C42), tinha como alvo a presidenta Dilma e alguns de seus interlocutores”<sup>3</sup>. E, em outra lâmina, “o gráfico mostra toda a rede de comunicação da presidente brasileira” e o resultado da *ciberespionagem* é a seguinte: “O texto diz que foram descobertos novos alvos de alto interesse a partir das interceptações”<sup>4</sup> (BRIDI; GREENWALD, 2013, p. 1-14).

Outro trecho, agora do segundo documento: “é outra apresentação chamada Desafios Geopolíticos para 2014-2019: Identificação de Desafios para o Futuro”<sup>5</sup> (BRIDI; GREENWALD, 2013, p. 16). A lâmina seguinte fala novamente sobre a alta segurança das informações e releva uma organização internacional os 5 olhos: “A classificação desse documento também é top secret, ultrassecreto. ‘FVEY’ quer dizer ‘Five Eyes’<sup>6</sup>, os cinco serviços secretos: Estados Unidos, Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Canadá e Austrália”<sup>7</sup> (BRIDI; GREENWALD, 2013, p. 17).

---

<sup>2</sup> Ver: (TS//SI//REL) Intelligently Filtering your Data: Brazil and Mexico Case Studies.

<sup>3</sup> TOP SECRET//COMINT//REL TO USA, GBR, AUS, CAN, NZL (U//FOUO) S2C42 surg effort – (U) Goal – (TS//SI//REL). An increased understanding of the communication metthos and associated selectors of Brazilian President Dilma Rouseff and her kei adviser.

<sup>4</sup> Discovered new selectors associated with high-value targets.

<sup>5</sup> (U//FOUO) Geopolitical Trends for 2014-2019: Identifying Challenges.

<sup>6</sup> Os “5-Eyes”, liderados pela National Security Agency (NSA), é a rede de espionagem global incorporando os Estados Unidos, o Canadá, o Reino Unido, a Austrália e a Nova Zelândia, cujas origens remontam à Segunda Guerra Mundial, como esclarece o jornal “The Guardian” (ALENCASTRO, 2015).

<sup>7</sup> The Overall Classification Is: TOP SECRET//SI//REL TO USA, FVEY.

A próxima lâmina apresentada demonstra algo inusitado, e tratado no primeiro item deste artigo, a questão dos atores internacionais. A *ciberespionagem* revelou aos Estados Unidos, que o Brasil e a Turquia devem ser considerados atores globais, pelo seu nível de atuação e protagonismo, observados por meio da *ciberespionagem*. A reportagem traz a seguinte informação: “Aqui, são mostrados alguns fatores de instabilidade regional. O surgimento de Brasil e Turquia como atores globais de mais importância é apresentado como motivo de preocupação para os Estados Unidos<sup>8</sup>” (Bridi; Greenwald, 2013, p. 18).

Por fim, fica aqui esclarecido, que os “5-Olhos”, liderados pelos Estados Unidos, denominam os seus pesquisados como “Amigos, Inimigos ou Problema” (Bridi; Greenwald, 2013, p. 19), visto que foi esse o tema de mais uma lâmina apresentada para estudo e treinamento dos agentes da NSA.

Os desafios mais importantes para os Estados Unidos são listados no *slide*, com o título: Amigos, Inimigos ou Problema?, o Brasil aparece junto com Egito, Índia, Irã, México, Arábia Saudita, Somália, Sudão, Turquia, Iêmen, entre outros.<sup>9</sup> (BRIDI; GREENWALD, 2013, p. 19)

A reportagem não esclarece se o Brasil é considerado – Amigo, Inimigo ou Problema – mas é uma dessas classificações que os espões estão prestes a usar para o país brasileiro.

A NSA não monitora somente países menores, a investigação também foi levada a efeito sobre membros na União Europeia (UE), segundo reportagem publicada no site de notícias G1, do já citado grupo da Rede Globo de Comunicações. Uma das provas revela que a Chanceler alemã, Angela Merkel também foi espionada:

Ao longo do mês de outubro, novas revelações sobre espionagens feitas pelos EUA (e também pelo Reino Unido) contra chefes de estado europeus vieram à tona. Alemanha, Itália, e França tiveram seus presidentes e chanceleres espionados, segundo documentos

---

<sup>8</sup> S//RELTO USA, FVEY. Geopolitical Trends: Global Drivers. (S//REL) Geopolitical Trend drivers: Stressors to Regional Stability/Rise of New Actors. Brazil and Turkey emerge on the global stage. Mexico is stressed and on our border, Arab Spring continues, the global “youth bulge” causes disaffection among youths who cannot find employment (BRIDI; GREENWALD, 2013, p. 18).

<sup>9</sup> Friends, Enemies, or Problems?

revelados pelas imprensas locais. Os países pediram satisfações aos EUA e convocaram os embaixadores americanos em seus territórios. Líderes da União Europeia divulgaram um comunicado no dia 25 de outubro dizendo que a desconfiança sobre o esquema de espionagem dos Estados Unidos poderá prejudicar os esforços mundiais no combate ao terrorismo.<sup>10</sup>

A repercussão da espionagem – como um todo – foi profunda, tendo em vista a qualidade das provas apresentadas por Edward Snowden. O mundo se deu conta da vigilância que estava sofrendo pelo ator estatal americano, considerado o agente internacional de maior poderio econômico e militar do Planeta nos tempos atuais. Mas, como agir contra esses tão lamentáveis fatos? Proclamando guerras? Como fazer para que a *ciberespionagem* cesse? Qual o poder legal a ser utilizado contra o país que utiliza a *ciberespionagem*? A qual das esferas legais buscar a proteção de princípios básicos de sociedade?

Segundo Rodotá (2008), o direito fundamental à proteção de dados pessoais dos indivíduos, deverá ser considerado um componente essencial da futura Carta de Direitos da Internet, que vem sendo discutida junto ao *Internet Governance Forum* (IGF), ligado às Nações Unidas.

Tratando-se, por outro lado, no caso deste estudo, da espionagem de chefes de Estados – quais as questões a serem observadas e avaliadas?

Primeiramente, operou-se a quebra do sigilo individual do chefe de Estado, no caso em análise, a *ciberespionagem* à presidenta do Brasil, Dilma Rousef. Sob outro viés, ou visto o problema de outro ângulo, a quebra do sigilo atingiu uma nação inteira, o país brasileiro, sem existir qualquer fato que se justificasse ou que pudesse ser utilizado como argumento plausível.

No caso da espionagem estadunidense contra o Japão, citado no início do texto, a justificativa plausível seria a guerra. Mas, na atualidade, qual seria a justificativa para espionar e-mail e correspondência oficiais de

---

<sup>10</sup> A declaração foi dada após o jornal “The Guardian” revelar que 35 líderes mundiais tiveram conversas telefônicas monitoradas. Um deles foi a chanceler alemã Angela Merkel, que exigiu explicações e disse que “amigo não espiona amigo”. O jornal “Bild am Sonntag” afirmou que Obama sabia da espionagem contra Merkel desde 2010. O governo dos EUA negou, e o diretor da NSA garantiu que Obama não sabia do programa. Logo depois, o jornal “Wall Street Journal” afirmou, em reportagem, que Obama cancelou o monitoramento de Merkel logo após saber da espionagem – o que teria ocorrido em meados de 2013 (G1, 2014).

atores estatais interdependentes e de atores não estatais como empresas transnacionais?

Na realidade, o fato denunciado por Edward Snowden, trata de espionagem governamental entre atores estatais, possivelmente para fins de manutenção ou ampliação da dominação política e econômica.

Com essa afirmação tem-se agora uma pergunta fundamental. Qual é a pena para Estados que espionam outros Estados? Quem deve ou deveria prover a judicialização nesse caso? A espionagem tanto pode afetar a política como a economia dos países invadidos? Quais os outros efeitos colaterais desse ato?

Começando pelos efeitos, o primeiro fato a ser observado refere-se à restrição a liberdade. A Internet, como é de conhecimento, irá sofrer regulamentações mais drásticas a partir desse caso – Estados Unidos-Brasil – para evitar o acesso externo ou mesmo interno às informações alheias.

Para Greg Nojeim, diretor do centro de estudos *Center for Democracy and Technology*, em Washington, “há um risco de que agora aumente a regulamentação dos países sobre a internet”, fazendo com que a rede mundial sofra restrições regionais, com os países se protegendo de possível intromissão internacional e com isso tirando a liberdade global que a rede poderia ter. (MONTENEGRO, 2013)

A *ciberspionagem* põe em discussão a liberdade de utilização da Internet, sem restrições, pelos habitantes dos Estados, até mesmo pelos governos que administram os países, responsáveis por proteger as informações dos seus cidadãos.

Já quanto a outros efeitos colaterais, não se tem notícia ainda do tamanho dos prejuízos provocados pela *ciberspionagem*, visto que os reflexos são obscuros e postergados no tempo. Mas, especula-se que as invasões tiveram como objeto empresas de ponta e, no caso do Brasil, a invasão aconteceu aos dados da Petrobras<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> A Petróleo Brasil S/A (Petrobras) foi criada no dia 3 de outubro de 1953, pelo então presidente Getúlio Vargas, tendo como principal objetivo a exploração petrolífera no Brasil em prol da União, impulsionado pela campanha popular iniciada em 1946, cujo slogan era “o petróleo é nosso”. Consiste numa empresa estatal de economia mista, ou seja, é uma empresa de capital aberto, sendo o Governo do Brasil o acionista majoritário. A Petrobras atua nos

O nome da Petrobras aparece em um documento usado em um treinamento de agentes da NSA, sempre segundo a reportagem. O documento treina os agentes a como acessar a rede privadas de instituições variadas como Petrobras, o ministério das Relações Exteriores da França, o Google e a rede Swift, que reúne vários bancos. (...) O interesse dos americanos seria a tecnologia envolvendo a exploração em águas profundas da camada pré-sal. O governo prepara para as próximas semanas o leilão do mega campo de Libra. (BBC Brasil, 2013a)

A espionagem, por seu próprio sentido, tem sempre fins escusos, no contexto atual a importância econômica possui papel de destaque. As lutas pela manutenção de hegemonias econômicas, principalmente no ramo de energia, são sempre atuantes, tanto no Ocidente quanto no Oriente.

Parece que a guerra, que tanto se almeja que desapareça do mundo, cada vez se faz mais presente. Não é uma guerra de armas, mas de conhecimento e tecnologia, onde a conquista dos atores ocorre principalmente por meio da dominação do seu poder econômico.

Mas, como evitar essa invasão na privacidade a um povo, que possui seu território físico, mas não fronteiras como outrora? Essa invasão que afeta a soberania dos Estados invadidos deve ser combatida de que forma? Então surge a crucial indagação: Com que armas? Qual é o papel das Nações Unidas nessa lamentável questão? Este assunto será focalizado a seguir.

### **A Organização das Nações Unidas frente aos efeitos da *ciberespionagem***

A Organização das Nações Unidas (ONU), instituída oficialmente em 24 de outubro de 1945, constitui importante ator não estatal, caracterizado como coletividade internacional de fins políticos, natureza

---

seguintes segmentos: exploração, produção, refino, comercialização e transporte de petróleo e gás natural, petroquímica, distribuição de derivados, energia elétrica, bicompostíveis, além de outras fontes energéticas renováveis. Descoberta de reservas de hidrocarbonetos em rochas calcárias que se localizam abaixo de camadas de sal (camada pré-sal) poderá triplicar as reservas de petróleo e gás natural do Brasil, a estimativa é que a produção alcance a marca de 50 bilhões de barris. Por todo esse processo histórico de evolução, atualmente a Petrobras é a maior empresa da América Latina, a quarta maior empresa petrolífera de capital aberto do planeta e a quarta maior empresa de energia do mundo. Sua atuação expandiu para outros países, estando presente em 27 nações diferentes (FRANCISCO, 2015).

universal, gerindo interesses comuns de paz e desenvolvimento sustentável dos povos e seus Estados, sem influências de alianças militares

Após 70 anos, a ONU continua atuante nos moldes originários e seus novos desdobramentos. Segundo Sorto (2005, p. 156), “trata-se de organização com personalidade jurídica internacional, alcance universal, vocação política e tendo por objetivo capital a preservação da paz ente os Estados, fomentando a solução pacífica dos conflitos internacionais”.

Chaumont (1992 apud Xavier et al.), traz um conceito abrangente para a Organização das Nações Unidas: “A ONU é uma organização de nações soberanas – não um governo mundial –, que proporciona uma estrutura capaz de intervir na procura de soluções em disputas ou problemas, e virtualmente em qualquer assunto que concerne à humanidade” (2007, p. 30).

A ONU não tem o objetivo somente voltado a evitar a guerra entre os povos, deve ainda envolver-se com os mais diversos conflitos, que possam interferir num bom convívio da comunidade internacional.

O mesmo é dizer que, embora se associe naturalmente a ONU à manutenção da paz e da segurança internacionais, os seus objectivos, enunciados no artigo primeiro da Carta, são amplos e abrangentes o suficiente para não excluírem nenhuma área de intervenção na sociedade internacional, entre a cooperação econômica, social, política, militar, humanitária, cultural ou técnico-científica. (XAVIER et al., 2007, p. 30)

Segundo Araújo (2005), atualmente a ONU possui várias atividades, as quais tratam de uma variedade de assuntos internacionais, e por essa amplitude possui vários organismos internacionais para viabilizar uma ação mais concreta.

As atividades da ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS são de grande amplitude, pois que a sua ação abrange uma área imensa no conjunto internacional. Destarte, para que possa exercer suas diligências, a ORGANIZAÇÃO se vale de cooperação de vários organismos criados por acordos intergovernamentais e a ela vinculados e que aspiram a melhorar as condições econômicas, sociais, culturais, educacionais e sanitárias de todos os Estados. (ARAÚJO, 2005, p. 368)

Coutinho (2007), quando escreve sobre o papel da ONU, é eloquente em dizer da sua importância para o mundo e de como é importante sua existência.



Todos os dias, mesmo sem uma actuação visível, a ONU promove o respeito pelos nossos Direitos, protege o nosso habitat, assegura a nossa sobrevivência, potenciando a construção de um mundo sustentado num desenvolvimento que tenha em conta aspectos económicos, sociais e ambientais. Em suma, a ONU está “infiltrada” em várias áreas do nosso quotidiano. Frequentemente, o seu trabalho passa-nos despercebido, na azáfama do tempo que passa a correr. As suas áreas de actuação são muito diversas: Direitos Humanos e, mais especificamente, os Direitos das Crianças e das Mulheres; desenvolvimento sustentável; combate à fome e à pobreza; saúde; educação; protecção das comunidades autóctones; protecção do ambiente; o uso das telecomunicações; protecção dos refugiados; promoção da paz, entre outras. (COUTINHO, 2007, p. 181)

Nesse prisma, verificando a ampla abrangência do papel da ONU, reconhecida como a única via para dirimir conflitos internacionais, cabe a ela intervir também nos conflitos emergentes da sociedade contemporânea, como os gerados pela *ciberespionagem* dos Estados Unidos no Brasil, além de outros Estados também.

Logo após os fatos da espionagem cibernética terem tornado-se públicos, a comissária da ONU, Navi Pillay, fez duras declarações contra países que têm a prática de espionagem.

A alta comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos não esteve com papas na língua ao afirmar que o mundo “tem uma enorme dívida” para com Edward Snowden, o antigo consultor informático do Serviço de Segurança Nacional (NSA) dos EUA, e defendeu que não há motivo para que este venha a ser julgado pelas revelações sobre o esquema de vigilância estatal norte-americano, que serviram o interesse público. “Aqueles que divulgam violações dos direitos humanos devem ser protegidos: precisamos deles”, disse Navi Pillay esta quarta-feira aos jornalistas. (JORNAL I, 2014)

O fato desse caso ser considerado, pela própria funcionária das Nações Unidas – violação a direitos humanos – é de fundamental importância, visto que os países não podem sentir-se bem, quando acusados de violarem direitos humanos. É, na verdade, uma forma de reprovação que causa constrangimento ao país ou países que usam desse *modus operandi*.

O Brasil requereu a abertura de uma proposta de resolução junto as Nações Unidas, com a finalidade de deixar mais clara a necessidade de proteção da privacidade na área tecnológica, como noticiado em nível mundial:

Brasil e Alemanha evocaram a Declaração Universal dos Direitos Humanos na proposta de resolução contra invasão de privacidade entregue nesta sexta-feira 1º à Organização das Nações Unidas (ONU), em Nova York. Para os dois países, as pessoas devem ter garantidos, no ambiente digital, os mesmos direitos que têm fora dele. A iniciativa é uma resposta para as ações de espionagem internacional da Agência Nacional de Segurança (NSA) dos Estados Unidos. (...) As normas internacionais que fundamentam proposta conjunta são o Artigo 12 da Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos – que mencionam o direito à privacidade, a inviolabilidade de correspondência e a proteção contra ofensas. (AGÊNCIA BRASIL, 2013)

Percebe-se, que os fundamentos contra a espionagem internacional já estão presentes em declaração das Nações Unidas, segundo argumentos do Brasil em seu pedido. O que se quer agora é uma resolução para esclarecer melhor o que já está dito e principalmente objetivado impedir novos abusos contra os Estados membros signatários da ONU.

A ONU, atendendo ao pedido do Brasil, editou uma Resolução para tratar do assunto em questão, direcionado para os tempos atuais e aos atores estatais envolvidos nos casos já mencionados.

A 3ª Comissão da Assembleia Geral das Nações Unidas adotou, por consenso, nessa terça-feira (25) o projeto de Resolução “O Direito à Privacidade na Era Digital“, apresentado por Brasil e Alemanha. Segundo o Itamaraty, a Resolução contou com o copatrocinio de 64 países. A proposta conjunta do Brasil e da Alemanha sobre privacidade na internet é uma resposta às denúncias de espionagem internacional praticada pelos Estados Unidos em meios eletrônicos e digitais. (CAMPOS, 2014)

A Resolução pode ser algo até simbólica, tendo em vista que a mesma não propôs sanções aos países que praticaram a *ciberespionagem*, mas medidas práticas, até mesmo para fatos futuros.

A adoção da Resolução pela ONU tem destacada importância, ao evidenciar que certos valores, como a privacidade, não podem ser banalizados. A vitória foi noticiada por um jornal brasileiro, que assim definia o fato: “Unidade de Brasil e Alemanha conquistou vitória importante contra espionagem eletrônica” (ZERO, 2015).

Essa Resolução reflete que a ONU buscou resposta aos atos praticados, não deixando as pessoas atingidas à mercê da sorte. O Brasil e também a Alemanha mostraram seu protagonismo internacional, não

sendo meros coadjuvantes e sim atores estatais de respeito, buscando esclarecer os fatos e exigindo seus direitos.

A reportagem esclarece que o desfecho do assunto ainda não terminou:

Mas a Resolução aprovada não fica apenas numa estéril condenação retórica da bisbilhotagem despudorada dos EUA e dos FiveEyes. Ela prevê desdobramentos concretos para o caso. Com efeito, a Resolução solicita ao Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos que apresente um relatório sobre a proteção e a promoção do direito à privacidade, no contexto da vigilância e interceptação de comunicações digitais, ao Conselho de Direitos Humanos e à própria Assembleia Geral, que deverão tomar providências adicionais sobre o tema. Além disso, ela esclarece que foi decidido que a Assembleia Geral tratará do tema em sua próxima sessão. Portanto, a Resolução aprovada é somente um primeiro passo de muitos outros que poderão se seguir. (ZERO, 2015)

Responde-se e assim esclarecendo a uma das principais indagações deste estudo: A força atualmente existente no âmbito internacional é a Organização das Nações Unidas, a qual apresenta atuação preponderantemente e importante e que, no caso em discussão, fez seu papel de fórum diplomático das relações em conflito entre atores estatais, em especial, tratando-se de dois de seus próprios Estados membros.

Mesmo que a Resolução da ONU não determine sanções efetivas, por exemplo, penas de multa ou restrições aos Estados Unidos, ela produziu significativo constrangimento a um dos mais poderosos atores estatais dos presentes dias, pela sua consequência moral de alto valor.

Muitas vezes, o constrangimento moral possui mais efeito do que qualquer outra sanção. Ainda, no presente caso, tratando-se de país que possui um dos maiores poderes bélicos do mundo, o qual assim vem se mantendo desde a Primeira Guerra Mundial, como o principal protagonista internacional e que ao deter destacado poder tecnológico, contemporaneamente o usa para obter o máximo possível lucro para os seus interesses, em detrimento aos demais atores estatais e não estatais.

### **Considerações finais**

A evolução tecnológica informacional conduz o mundo na utilização maciça de seus meios. Hoje não consegue-se fazer muita coisa fora do ambiente da informática, principalmente quando se trata de

conhecimentos da informação. Tudo está em rede, armazenado em nuvem, ou em poder de servidores dos governos e das corporações transnacionais.

Assim, invadir arquivos particulares, alheios, sem ordem ou permissão, não pode ser algo tolerado nem aqui no Brasil e nem em qualquer outro país que deseje ser considerado defensor da liberdade e que queira ser exemplo para os demais.

Com o caso estudado, verifica-se uma posição dominadora por parte dos Estados Unidos, que desenvolveu a tecnologia de quebra de sigilos de dados digitais, possibilitando, desta forma, a *ciberespionagem*, o que revelou a necessidade de frenagem e controle dessa prática.

Poder-se-ia pensar que tudo está perdido, pois tratou-se de um dos países mais poderosos do mundo, ou o mais poderoso. No entanto, como o texto demonstrou, os países afetados pela *ciberespionagem*, como o caso concreto do Brasil, foi socorrer-se da ONU e de seu valor expressivo internacionalmente, demonstrando que a proteção de direitos humanos já delineados na Carta das Nações Unidas não podem ser banalizados ou relegados a segundo plano, sob pena de sanções, mesmo que moralmente desabonadoras e desonrosas, como foi o ocorrido no caso de *ciberespionagem* dos Estados Unidos e do Brasil.

## Referências

AGÊNCIA BRASIL. *Proposta do Brasil e da Alemanha à ONU associa espionagem à violação de direitos humanos*. 1 nov. 2013. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br>> Acesso em: 11 maio 2015.

ALENCASTRO, Luiz Felipe de. *Espionagem de brasileiro revela poder dos “cinco olhos”*. 23 mar. 2015. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

ARAÚJO, Luiz Ivani de Amorim. Os organismos especializados da ONU. In: MERCADANTE, Araminta; MAGALHÃES, José Carlos de (Orgs.). *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. p. 79-129.

BBC BRASIL. *EUA espionaram Petrobras, dizem papeis vazados por Snowden*. 8 set. 2013a. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>>. Acesso em: 11 maio 2015.

\_\_\_\_\_. *Ex-funcionário da CIA diz que revelou segredos do EUA para “defender liberdade”*. 10 jun. 2013b. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>>. Acesso em: 11 maio 2015.

BRIDI, Sônia; GREENWALD, Glenn. *Veja os documentos ultrassecretos que comprovam espionagem a Dilma*. 2 set. 2013. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

BUENO, Francisco da Silveira. *Minidicionário da língua portuguesa*. 2. ed. São Paulo: FDT, 2007.

CAMPOS, Ana Cristina. *ONU adota resolução sobre direito à privacidade na era digital*. 26 nov. 2014. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br>>. Acesso em: 11 maio 2015.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COUTINHO, Inês Catarina Mendes. *Ontem, hoje e amanhã: um estudo sobre o ciclo de vida da Organização das Nações Unidas*. In: XAVIER, Ana Isabel et al. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Humanas, 2007. p. 175-206. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br>>. Acesso em: 11 maio 2015.

FRANCISCO, Wagner de Cerqueira e. *A Petrobrás*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

G1. *Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA*. 14 fev. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com>>. Acesso em: 14 jun. 2015.

JORNAL I. *ONU diz que Snowden merece ser louvado*. 17 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ionline.pt>>. Acesso em: 11 maio 2015.

KARASINSKI, Lucas. *PRISM: entenda toda a polêmica sobre como os EUA controla você*. 13 jun. 2013. Disponível em: <<http://m.tecmundo.com.br>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

LÉVY, Pierre. *A máquina universo*. Porto Alegre: Artmed, 1998.

\_\_\_\_\_. *Cibercultura*. São Paulo: Ed. 34, 1999.

LUNDELL, Deam. *Sun Tzu: a arte da guerra – para mulheres e homens de negócios e investidores*. São Paulo: Futura, 1997.

MONTENEGRO, Carolina. *Espionagem pode levar a retrocesso na “liberdade da internet”*. 9 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.bbc.co.uk>>. Acesso em: 11 maio 2015.

NATIONAL SECURITY AGENCY. *George C. Marshall Foundation and National Security Agency Debut Friedman Collection and the Declassification and Release of William Friedman's Official Papers*. 24 apr. 2015. Disponível em: <<https://www.nsa.gov>>. Acesso em: 7 maio 2015.

OLIVEIRA, Odete Maria de.(Org). *Relações internacionais: a questão de gênero*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

\_\_\_\_\_. (Org.). *Relações internacionais, direito e poder: cenários e protagonismos dos atores não estatais*. Ijuí: Ed.Unijuí, 2014a.

\_\_\_\_\_. *Relações Internacionais: estudos de introdução*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014b.

OLSSON, Giovanni. *Relações internacionais e seus atores na era da globalização*. Curitiba: Juruá, 2003.

\_\_\_\_\_. *Poder político e sociedade internacional contemporânea: governança global com e sem governo e seus desafios e possibilidades*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2007.

RODOTÁ, Stefano. *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SORTO, Fredys Orlando. A doutrina das guerras preventivas e o sistema das Nações Unidas. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de (org.). *Reflexões sobre os 60 anos da ONU*. Ijuí: Ed. Unijuí, 2005. p. 29-78.

VELOSO, Marcelo de Alencar. Ciberespionagem global e o Decreto 8.135: segurança das informações no governo brasileiro. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 3936, 11 abr. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br>>. Acesso em: 15 maio 2015.

XAVIER, Ana Isabel et al. *A Organização das Nações Unidas*. Coimbra: Humanas, 2007.

ZERO, Marcelo. *Big Brother na ONU*. Disponível em: <<http://www.istoe.com.br>>. Acesso em: 11 maio 2015.



**PARTE III – CIDADANIA E  
SOCIOAMBIENTALISMO**



# O (RE)PENSAR DA PRESERVAÇÃO AMBIENTAL POR MEIO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Robson Fernando Santos\*

Douglas Braun\*\*

Reginaldo Pereira\*\*\*

---

## Introdução

Muitas vezes, observamos o total desrespeito dos cidadãos para com o meio onde vivem. Através de atitudes simples, que passam despercebidas pela grande maioria, mas que, de forma rotineira, vem contribuindo para a poluição do meio ambiente. Tal atitude não é exercida normalmente pela população de forma intencional, ou seja, não possuem a intenção de destruir/poluir a natureza, apenas agem de forma instintiva e “cultural”, tentando livrar-se daquilo que momentaneamente lhes atrapalha, sem prestar atenção nos cuidados e regras de proteção ambiental. Dessas atitudes, incorporadas aos costumes “culturais” da sociedade, decorre toneladas e mais toneladas de resíduos, que se amontoam de forma desordenada no meio ambiente, degradando enormes áreas da natureza.

O meio ambiente ao longo dos anos sempre sofreu grandes explorações desordenadas pela humanidade, sendo que não foram respeitadas as regras naturais de regeneração, conservação e preservação ambiental, pois durante muito tempo, se acreditava que seria uma fonte de

---

\* Doutorando em Direito pela PUC/PR, bolsista CAPES/PROSUP. Mestre em Direito pela UFSC. Professor do Curso de Direito da Unochapecó. Pesquisador no grupo de pesquisa: Cidadania, Jurisdição e Novas Faces da Justiça.

\*\* Mestre em Direito pela UFSC. Professor do Curso de Direito da Unochapecó. Pesquisador no grupo de pesquisa: Cidadania, Jurisdição e Novas Faces da Justiça.

\*\*\* Doutor em Direito pela UFSC. Professor do PPGD da UNOCHAPECÓ. Membro e Pesquisador da Rede de Pesquisa em Nanotecnologia, Sociedade e Ambiente – RENANOSOMA.



recursos inesgotáveis. Diante dessa situação, onde o planeta está sofrendo várias mudanças climáticas decorrentes da devastação ambiental, os governos das mais variadas nações, buscam adotar medidas mais rígidas em seus territórios de preservação ambiental, através da implementação de um tratamento penal mais rígido em face das condutas lesivas ao meio ambiente, permitindo responsabilizar tanto pessoas físicas, quanto pessoas jurídicas, na esfera penal, civil e administrativa.

No entanto, fica evidente que as políticas adotadas para combater tais práticas ilícitas na esfera criminal, não produzem a eficiência desejada, pois da forma que são aplicadas apenas atingem os efeitos e não a causa do problema. A causa é sem dúvida, a falta de educação ambiental e o não reconhecimento de valores sociais importantes para a vida em comunidade, o que vem contribuindo para a formação de uma sociedade punitivista e de um sistema de justiça nos mesmos moldes, que na prática, não resolvem esses problemas sociais.

Como alternativa viável para combater a violência, adotar um sistema de Justiça mais humanizado e educativo é sem dúvida um meio mais eficaz, e neste molde, é o que se propõe com o modelo Justiça Restaurativa.

Comparando a Justiça Restaurativa com a Justiça Retributiva (modelo atual aplicado), sob a equivocada óptica do Direito de Punir do Estado, permite-se evidenciar as vantagens do modelo restaurativo, quando apresenta seus princípios, valores e resultados, comparadamente. Numa análise da resolução de conflitos, a Justiça Restaurativa se apresenta como um modelo de consenso, cuja mediação permite resolver o conflito e dar ao processo penal uma roupagem mais digna, atingindo assim, com maior eficiência os seus objetivos.

## **A preservação do meio ambiente**

A tutela do meio ambiente<sup>1</sup> tem se tornado objeto de preocupação de toda a humanidade, já que podemos afirmar, sem exagero, que a sobrevivência da espécie, bem como a manutenção de uma digna

---

<sup>1</sup> Entende-se por *meio ambiente* “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (Lei 6.938, de 1981, art. 3º, I).

qualidade de vida depende basicamente da sustentação de um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Indiscutível em nossos dias, a importância da preservação do meio ambiente, decorrente do despertar ecológico e pela consciência da necessidade de proteção que cada vez mais vem se acentuando, de modo a refletir no Direito que tem demonstrado grande interesse pelo meio ambiente, a ponto de merecer tutela constitucional em muitos países.

O texto constitucional brasileiro de 1988 apresentou a tutela do meio ambiente, de maneira inovadora, na história do constitucionalismo pátrio, visto que nenhum dos textos anteriores deu tamanho destaque a esse tema, ou seja, um capítulo inteiro sobre o Meio Ambiente. Neste sentido, a preservação do meio ambiente surge como mecanismo ou aspecto organizacional da ordem social, cujo objetivo é o bem-estar e a justiça social.

Nesse sentido, Mário Braule Pinto da Silva, ao discorrer sobre a proteção constitucional do meio ambiente afirma que a Constituição de 1988, definiu esse bem tutelado como sendo aquilo que é ecologicamente equilibrado e que todos os cidadãos possuem o direito de ter acesso, uma vez que se trata de bem de uso comum do povo e essencial à digna qualidade de vida humana, e, portanto, é dever do Estado e de toda a coletividade a sua defesa e preservação<sup>2</sup>.

Ora, se o meio ambiente foi elevado à categoria de norma constitucional, faltava-lhe uma condição que desse efetividade à norma superior de aplicabilidade fática quando alguém causasse danos ambientais, ou seja, uma regra que disciplinasse as condutas delitivas em face desse bem constitucionalmente tutelado, e que possibilitasse a responsabilização dos agentes infratores, objetivando a preservação ambiental.

Dessa maneira foi dado um passo decisivo na responsabilidade penal, pois foi superada a fronteira da exclusiva responsabilidade penal da pessoa física para ser abrangida a pessoa jurídica como sujeito ativo do

---

<sup>2</sup> Mario Braule Pinto da Silva é Procurador Federal do INCRA, e Procurador Regional do Estado do Amazonas. Escreveu um artigo intitulado “Breves Anotações sobre a lei de crimes contra a natureza (Lei n.º 9.605/98): Quanto às sanções penais e sua aplicabilidade”, publicado no Jornal Síntese n.º 20 (SILVA, 1998, p. 8).

ilícito penal. O bem protegido penalmente pela Constituição não é só os recursos naturais, como a água, o ar, as florestas, a fauna; mas sim todo o meio ambiente unitariamente concebido.

Segundo Paulo Affonso Leme Machado, o texto constitucional ao discorrer sobre a proteção e preservação ambiental permitiu a criminalização das condutas que possam provocar dano ou lesão ao meio ambiente (MACHADO, 1989, p. 26).

Assim, o texto constitucional de 1988 ao discorrer sobre o meio ambiente buscou permitir uma maior fiscalização, que seria exercida através da imperatividade da norma legal, levando a todos os cidadãos, uma busca de uma maior conscientização social do problema ecológico através do endurecimento da lei, utilizando-se por vezes, de uma forma coercitiva através de um ordenamento rígido e efetivamente punitivo.

Com o advento da Lei 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que passou a regular os crimes ambientais, buscou-se ampliar as hipóteses de responsabilização, adotando medidas mais rígidas para as sanções administrativas e civis, além de possibilitar a responsabilização na esfera criminal de pessoas físicas e jurídicas que praticassem atos lesivos ao meio ambiente.

Com o advento desta norma infraconstitucional, a responsabilidade penal em nosso ordenamento jurídico penal ficou dividida em: a) responsabilidade penal da pessoa física; e b) responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Deve-se ressaltar que este tipo de responsabilidade já era prevista e adotada em outros países, tais como Venezuela, Nova Zelândia, Canadá, Austrália, Estados Unidos, Noruega, Portugal e França (SILVA, 1998, p. 08). Nestes países percebeu-se há mais tempo o papel desempenhado pelas empresas no mundo, e o Brasil alia-se a esta tendência, onde se observa que o crime ambiental, por excelência, é cometido em maior número pelas corporações<sup>3</sup>. Diz-se isto, tendo em vista a potencialidade de dano, em grande escala, que tais entes podem vir a cometer.

---

<sup>3</sup> *Corporação*: “Derivado do latim *corporatio*, de *corpus*, assim se entende toda associação, ou entidade, constituída por várias pessoas, possuindo objetivo e interesses comuns, à qual, satisfazendo certas exigências legais, se atribui a qualidade de pessoa jurídica. Desse modo, a corporação, embora também se possa dizer um corpo, da ordem dos coletivos, aplica-se

Ainda existem grandes dificuldades em se aplicar efetivamente a responsabilização penal da pessoa jurídica, diante dos princípios norteadores do Direito Penal. No entanto, nossa Constituição Federal admitiu a responsabilidade penal da pessoa jurídica (artigo 225, § 3º, da CF), bem como a Lei 9.605/98 em seu artigo 3º.

As pessoas jurídicas sempre são utilizadas/constituídas para desenvolver e prosseguir fins lícitos, antecipadamente previstos em seus estatutos. Mas o que vem ocorrendo é que em muitas vezes tal personalidade tem servido de manto protetor de pessoas físicas, individuais ou coletivas, que possuem como finalidade perpetrarem atividades consideradas ilícitas.

Da mesma forma, existem várias empresas que possuem como função principal a exploração incontrolada e irresponsável do meio ambiente, e noutras, suas atividades não se encontram relacionadas com a exploração dos recursos naturais, mas que lançam na natureza todos os seus dejetos.

Diante disso, podemos constatar o tamanho da potencialidade criminal que tais entes jurídicos possuem, que se aproveitam da fragilidade das legislações para praticar atividades consideradas ilícitas. Pode-se observar que a maioria dos delitos de grandes proporções lesivas cometidos contra o meio ambiente são originárias de condutas danosas praticadas por grandes corporações econômicas, que, devido sua complexidade constitutiva, tornam-se inatingíveis pela legislação penal.

Neste diapasão, não é difícil perceber que o modelo clássico do sistema penal vigente, voltado aos modelos estritamente punitivo de condutas individuais fica bastante comprometido.

Por esta razão, e considerando a possibilidade que o Direito tem de conformar seus institutos às novas alterações vigentes nesse momento histórico, é que o sistema penal brasileiro pode e deve adaptar-se a um novo modelo de justiça, que visa efetivamente possibilitar, inclusive, em sede ambiental, a preservação efetiva do meio ambiente.

---

propriamente às entidades jurídicas, a que se concede personalidade. As corporações ou são de Direito Público ou são de Direito Privado” (SILVA, 1986).

## **A (in)eficácia do modelo atual de justiça**

A sanção, por sua vez, fruto da evolução das penas junto à sociedade, que atualmente decorre do devido processo legal, supedâneo de toda instrução processual (primando pelo princípio do contraditório e da ampla defesa), fora criada e implantada com escopo inibidor, mas também com perfil revestido de caráter reabilitador.

O senso de que o modelo atual de justiça criminal peca na sua efetividade, é que norteia também a aplicação do direito reparador, que surgiu inclusive em outros espaços da justiça, porém de uma forma relativamente tímida, e sem o contexto reparatório propriamente dito, como foi na implantação dos Juizados Especiais, na Lei de Execução Penal e nas disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nos Juizados Especiais, principalmente da sua atuação na esfera penal, com a processualística especificamente disposta nos Juizados Especiais Criminais, há, no momento da transação penal, uma forma alternativa de reparação do dano decorrente da infração penal. Mas o intento do referido procedimento é meramente de dispor ao agente uma forma diferenciada de responder o feito, com a possibilidade, quando muito, de reparar algum dano civil (Art. 74 da Lei nº 9.099/95).

Uma forma, disposta ao Juizado Especial Criminal, que talvez mais se aproxime do escopo da justiça restaurativa, é a audiência dos Termos Circunstanciados, que, em alguns casos, visam a convivência harmoniosa entre as partes, como finalidade de resolução dos fatos descritos no respectivo TC (Termo Circunstanciado). Mas, tal objetivo, como exposto, é restrito ao específico procedimento, e nem sempre devidamente utilizado<sup>4</sup>.

Ainda, uma forma diversa de dar uma resposta jurisdicional aos crimes de menor potencial ofensivo, e de competência dos Juizados Especiais Criminais, é a transação penal que, segundo Prado (2005, p. 83), define como um “acordo entre Ministério Público e o suposto autor da

---

<sup>4</sup> A crítica que se tece desse modelo, é que nessas audiências, que deveriam ser presididas por alguma Autoridade hábil, normalmente são realizadas por estagiários do fórum, ou quando muito, apenas pelo representante do Ministério Público, mas nenhum, diuturnamente, se preocupam com a resolução do conflito entre as partes. O referido momento, poderia ser um importante instrumento de aplicabilidade mais efetiva de justiça restaurativa, mas não é o que se faz, nem mesmo a recondução de convivência harmoniosa das partes e a reparação dos danos civis, são amplamente utilizadas atendendo um modelo restaurativo.

infração penal, o suspeito da prática de uma infração de menor potencial ofensivo, em torno de pena não privativa de liberdade”.

Na Lei nº 7.210/84 que regulamenta a Execução Penal (LEP), quando prevê o trabalho remunerado ao condenado, como dever social e condição de dignidade humana, ainda com finalidade educativa e produtiva, traz em seu contexto um acanhado instrumento de reparação dos danos, com a destinação dos pecúlios para tal finalidade<sup>5</sup>, mas que, na prática, não atinge seu escopo.

No Estatuto da Criança e do Adolescente, há também uma previsão específica para reparação dos danos, no caso de atos infracionais, mas pouco se faz para tornar essa reparabilidade uma forma restaurativa para resolver os conflitos das partes envolvidas.

Renato Gomes Pinto<sup>6</sup> defende que a necessidade da mudança de paradigmas e a possibilidade de alternativamente buscar uma melhor forma de resolver o conflito penal, quando reconhece que a explosão da criminalidade se combate com vontade do Estado, mas também com criatividade, na medida em que se busca criar melhores meios, sempre, e que, para isso, não há se afastar das benesses da justiça restaurativa.

Segundo o autor, devemos pensar um novo modelo de sistema penal que não busque apenas melhorar o sistema punitivo, mas um sistema que seja melhor que o próprio sistema penal punitivo.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa visa implementar um procedimento de consenso, em que o infrator e aqueles que foram atingidos pela conduta delitiva, participam efetivamente e ativamente na construção de alternativas e soluções para os danos, feridas, traumas e perdas causados pela ação delituosa.

Renato Gomes Pinto ressalta que tal procedimento, estritamente voluntário e informal, seria desenvolvido em espaços preferencialmente comunitários, sem a necessidade de um ritual solene imposto pelo Poder Judiciário, em que seriam empregadas técnicas de mediação e conciliação,

---

<sup>5</sup> Art. 29. O trabalho do preso será remunerado, mediante prévia tabela, não podendo ser inferior a 3/4 (três quartos) do salário mínimo.

<sup>6</sup> Renato Sócrates Gomes Pinto – Justiça Restaurativa é Possível no Brasil? – obra e autor referências como precursores da Justiça Restaurativa no Brasil.

visam alcançar o resultado restaurativo, fazendo o infrator reconhecer o caráter educativo do acordo e a conscientização sobre a conduta praticada.

Nesta senda, a Justiça Restaurativa constitui como uma especial maneira de abordar a justiça penal, que enfoca não só a reparação dos danos causados às pessoas e a coletividade, mas ao relacionamento entre as partes envolvidas no delito, ou seja, ao invés de punir os transgressores, cujo postulado fundamental é: “o crime causa danos às pessoas e a justiça exige que o dano seja reduzido ao mínimo possível”.

A Justiça Restaurativa é, portanto, essencialmente uma abordagem estrutural que procura encontrar soluções para as muitas questões relacionadas à prática de qualquer tipo de crime, em todas as searas do direito criminal.

Para tanto, baseia-se num conjunto de princípios e procedimentos variados desenvolvidos numa variedade de processos que procuram enfrentar e lidar com conflitos (crime) onde o envolvimento procedimental da vítima é tão importante como o sancionamento. Este conceito coloca a sua ênfase no dano causado à vítima, assim como à própria comunidade onde esta se encontra inserida.

Procura-se, portanto, estabelecer um reconhecimento geral de que o delito é tanto uma violação das relações entre um conjunto específico de pessoas, como uma violação contra todos – e logo contra o Estado.

Na ideia de Luiz Regis Prado, “em uma sociedade democrática, a evolução do processo histórico-político serve como fonte de princípios, surgidos a partir de valores éticos e jurídicos, que vão se consolidando com o passar do tempo”. E conforme prevê o autor, “esses princípios, constitucionalmente positivados ou não, traduzem em elementos essenciais, que dirigem todo o ordenamento jurídico, inclusive o Direito Penal”.

Com o fito de resguardar a vivência em sociedade, que surge da efetividade do Direito, a aplicabilidade do Direito Penal protegendo bens jurídicos fundamentais, limitados pelo *jus puniendi* do Estado, mas que pela atual conjuntura do Direito, a sanção penal apenas responde a sociedade ao delito cometido, mas não atinge seu escopo, quando além de não ressocializar, também não repara o dano causado.

Entende-se que o resultado penal que se deve dar ao ilícito, além de buscar sua reparabilidade, da forma mais efetiva possível, somente atingirá seu escopo com a prevalência de princípios relevantes, como o da

dignidade da pessoa humana, o da humanidade, da proporcionalidade, da intervenção mínima do Direito Penal, e principalmente, a conscientização da penalidade e a educação da não reincidência.

Neste azo, a Justiça Restaurativa é uma forma de composição efetiva não só do ilícito, mas do litígio como um todo, sendo, talvez, essa a finalidade da resolução do processo.

Há muito que a pena deixou de ter um caráter meramente retributivo, nos moldes de Talião. A evolução permitiu que a sanção tomasse um caráter ainda mais humano. Atualmente, dentro dos preceitos da dignidade da pessoa humana, na prática, esse resultado está longe de ser observado, tanto pelos apenados, quanto pelo Estado, que não se apresenta como eficaz nessa seara.

Na verdade, a pena deve ser compreendida pelo infrator, não só apenas como uma forma de aplicar o sentimento de vingança, mas deve ser caracterizada como um meio de pagar justamente pelo erro cometido.

Sica (2007, p. 119) nos ensina que, a falência desse sistema não pode ser vista como uma fase passageira, que passaria por melhorias com a evolução do saber penal ou com a melhor estruturação do sistema judiciário, que conseguiram influir nas práticas punitivas e autoritárias encontradas nas agências judiciais.

Renato Sócrates Gomes Pinto apresenta em sua exposição, quando trata da possibilidade da justiça restaurativa no Brasil, quadros comparativos que apresentam sistematicamente o desenvolvimento, as vantagens e o comparativo do modelo restaurativo que se propõe com o atual modelo padrão retributivo<sup>7</sup>.

Em se tratando dos crimes ambientais, a Justiça Restaurativa é plenamente aplicável pois se diferencia do atual modelo Retributivo por

---

<sup>7</sup> As diferenças básicas entre o modelo formal de Justiça Criminal, dito retributivo (dissuasório e deficientemente ressocializador) e o modelo restaurativo, são expostas em formato tabular para melhor visualização dos valores, procedimentos e resultados dos dois modelos e os efeitos que cada um deles projeta para a vítima e para o infrator. (Essa análise é baseada nas exposições e no material gentilmente cedido pelas Dras. Gabrielle Maxwell e Allison Morris, da Universidade Victoria de Wellington, Nova Zelândia, por ocasião do memorável Seminário sobre o Modelo Neozelandês de Justiça Restaurativa, promovido pelo Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília, em parceria com a Escola do Ministério Público da União e Associação dos Magistrados do DF, em março de 2004).



valores diferenciados, como por exemplo, primar pelos interesses das pessoas e comunidades envolvidas, assim como prima pela responsabilidade pela restauração numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro, enquanto que no modelo tradicional, pela primazia à dogmática penal, estigmatiza a culpabilidade individual, voltada para o passado, haja vista a indiferença e a desconexão do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados (PINTO, 2005).

Outrossim, a questão da aceitação social do método restaurativo é relevante para o sucesso do procedimento, haja vista que a Justiça Restaurativa só se viabiliza com a voluntariedade, e com a aceitação e crença no método, caso contrário, o sucesso do resultado pode ser comprometido.

A compreensão é um valor preservado e incrementado pela Justiça Restaurativa, pois os envolvidos (inclusive a sociedade), dão o “start” ao procedimento na medida em que compreende a situação conflituosa e almejam solucionar, não só o ilícito, como também a desavença, para que se resulte numa deliberação mais humana.

Com a plena compreensão, evidencia a conscientização não só de direitos, principalmente aqueles que foram desrespeitados, como também dos deveres, pois a aceitabilidade das condições restaurativas, quando compreendida, será, certamente, respeitada e cumprida pelo ofensor.

A Justiça Restaurativa é, portanto, um processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas principais’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão.

Sempre que seja considerado apropriado, a vítima e o agente infrator têm a hipótese de se confrontar num ambiente controlado, dando, desta forma, a oportunidade a ambos de explicar as causas e as consequências pessoais do crime. O objetivo central passa pela revalorização do papel da desculpa e da tentativa real da reparação do dano causado.

Pinto (2005, p. 20), por sua vez, entende que a justiça restaurativa é um procedimento no qual prevalece o consenso. Nele, a vítima, o agressor, a comunidade e ainda outras pessoas atingidas direta e indiretamente pelo delito tem a possibilidade de participar ativamente como sujeitos centrais

na busca de soluções para a cura das feridas, traumas e perdas ocasionadas pelo delito.

Há de ressaltar que, a bem da verdade, em muitos casos, a aplicabilidade da Justiça Restaurativa se encontra prejudicada em face da peculiaridade de alguns delitos. Mas em muitos outros, tem-se como uma ferramenta útil e necessária para a efetivação da ressocialização indispensável na aplicabilidade da sanção e também na reparação dos danos causados com o crime, a reconciliação e a segurança, como uma forma de envolver a vítima, o ofensor e a comunidade na busca de soluções (ZEHR, 2008).

A justiça restaurativa, portanto, como leciona Oliveira (2008, p. 148), é muito mais do que um mero encontro entre ofensores, vítimas e comunidades. Ela contempla um sentido de justiça que conduz a uma nova ética, a qual visa à responsabilização. É conduzida pelo princípio do estabelecimento de diálogo, participação e transformação das relações que foram desestruturadas por situações de conflito e de violência. Pauta-se, assim, pelo sentido de verdade, bem como pelo direito à inclusão e também pelo reconhecimento das necessidades humanas que foram esquecidas no paradigma retributivo, e que poderiam eventualmente culminar em violências, o que contribui para a responsabilidade compartilhada na construção de respostas.

Nesta senda, as bases da justiça restaurativa iniciaram para resolução de conflitos/delitos menos lesivos, servindo, inclusive, de supedâneo aos Juizados Especiais Criminais, que visam, preliminarmente, à resolução do feito por uma proposta de transação penal, ou até mesmo a reparabilidade de danos, com o retorno da vivência em sociedade, entre as partes, de forma harmoniosa e pacífica.

A prática da justiça restaurativa, por se tratar de um procedimento, ou seja, em que pese não ser um modelo enclausurado em regras procedimentais, obedece, no Brasil, a ditames principiológicos estabelecidos na Carta de Araçatuba<sup>8</sup> que elenca uma série de princípios a serem utilizados para que se guie o procedimento restaurativo.

---

<sup>8</sup> Carta elaborada pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, ocorrido nos dias 28/30 de abril de 2005, na Cidade de Araçatuba/SP.

A referida Carta prevê que os envolvidos tenham pleno acesso e conhecimento às práticas restaurativas que serão aplicadas, respeitando ainda as diferenças e divergências subjetivas (culturais, sociais, econômicas, etc.), sempre pautadas pela solidariedade e cooperação, predominando ainda o respeito entre os integrantes que guiarão o procedimento pela autonomia e voluntariedade. A responsabilidade pelo procedimento cabe, da mesma forma, a todos os envolvidos.

Outra vantagem que demonstra a aplicação de procedimentos restaurativos para solucionar os crimes ambientais, são os métodos de mediação aplicados na Justiça Restaurativa, que é perceptível que atende a valores e interesses da própria comunidade, vez que para encontrar uma solução mais adequada para a lide penal, é importante que se aplique uma resolução possível e de fácil controle social, ou seja, a solução penal dada pela Justiça Restaurativa, é mais humana (SANTOS, 2011, p. 23)<sup>9</sup>.

### **Resultados e efeitos da justiça restaurativa**

Com o escopo de resolver o conflito disposto pelo cometimento de um ilícito penal, assim como a possibilidade de reparar os danos consequentemente causados, a Justiça Restaurativa se apresenta como uma forma de solução mais humana.

Efetivamente, o procedimento restaurativo, também visa a uma responsabilização entre as partes envolvidas, fato que o modelo retributivo não preserva, pois no método padrão, pelo fato de afastar a vítima, não a envolve no resultado do conflito.

Comparativamente em termos de resultados, é relevante perceber mais este diferencial entre o modelo padrão retributivo e o modelo restaurativo, mais efetivo<sup>10</sup>.

Sem demérito nenhum as demais diferenciações vantajosas da Justiça Restaurativa, outro fator relevante é a atenção que se dá a vítima, onde esta é parte integrante e indispensável nos procedimentos restaurativos, e se busca a devida reintegração entre o infrator e a vítima, oportunidade que permite a ambos compreender a realidade um do outro,

---

<sup>9</sup> O autor defende que é possível aplicar a Justiça Restaurativa para qualquer tipo de delito.

<sup>10</sup> Tabelas apresentadas por Renato Sócrates Gomes Pinto

e portanto, permite que compreendam mutuamente o que o ilícito causou ao outro, resultando, obviamente, numa melhor percepção do significado da punição (resultado restaurativo).

Enquanto a Justiça Retributiva possui foco no infrator com o fito de intimidação e de punição apenas, o modelo restaurativo preocupa-se com as relações entre as partes, e a forma como o dano deve ser restaurado, que pode ocorrer de ampla, desde que atenda a proporcionalidade dos danos causados pelo ilícito cometido. Há de ressaltar ainda que isso não significa nenhuma impunidade, muito pelo contrário, a reparação faz parte integrante da sanção, que, contrapondo nossos sistema punitivista arcaico, muitas vezes é mais eficiente que o mero encarceramento, pois permite o infrator de ter a devida percepção da sua responsabilidade pela infração cometida, como também, resulta responsabilização espontânea por parte do infrator.

Os delitos ambientais também sofrem do mal que prevalece na atual política criminal brasileira, pois sempre diante de algum problema social, nosso legislador tenta resolver o problema tipificando a conduta, e preferencialmente dispondo uma pena rigorosa, evidenciando que o atual modelo promove (se promove), uma paz social com tensão<sup>11</sup>, enquanto que, pela ativa participação das partes no procedimento restaurativo, a paz social é promovida com dignidade.

Importante, ainda, é a atenção que deve ser dada aos danos cometidos, que deve ser restaurados, visando sempre não só o benefício da vítima, mas também a extensão dessa reparação ao contexto social, e por isso, para o referido procedimento, é de suma importância que a equipe de facilitadores seja composta por profissionais qualificados e de outras áreas como a psicologia e assistência social, e no caso dos crimes ambientais, de profissionais que conheçam a realidade dos danos causados, para que sejam minimizados os danos já provocados, e, a partir dessa necessidade, se apresente uma proposta restaurativa eficaz.

Entende-se realmente que a Justiça Restaurativa não é, sozinha, um meio eficaz na solução dos problemas de criminalidade, mas é uma forma, um instrumento de humanizar a punição, e de promover uma sanção adequada e justa, haja vista que, atualmente, o paradigma social é de

---

<sup>11</sup> O sistema de repressão é um absurdo, e não pode haver outra lógica que não seja a prevenção (GASTALDI, 2006, p. 108).

nivelar o criminoso por baixo, jogando todos na vala comum do banditismo. Isso se entende que não é fazer justiça.

### **Considerações finais**

Diante de todo o disposto, fica evidente que é necessário coibir os crescentes ilícitos ambientais, como aliás, é necessário oprimir as práticas delituosas como um todo. Nesse contexto, também é evidente que a política criminal adotada apenas atinge os efeitos e nunca as causas dos problemas, pois, legislar tipificando condutas e aplicando sanções severas não é, e nunca foi, a solução para os problemas da criminalidade, sendo que o correto seria adotar políticas mais amplas e de caráter social, como meio de reduzir as desigualdades sociais e de garantir direitos aos cidadãos e a sociedade.

Os crimes ambientais, ademais, representam significativamente um perigo maior, pois colocam em risco o desenvolvimento de toda a sociedade, de todo um ecossistema, que não atinge apenas a coletividade atual, mas principalmente estende os danos à existência futura de todos.

Uma forma viável, aliás, que também resolveria a problemática da punição e/ou da impunidade, é criar um sistema em que tais reprimendas atinjam seus objetivos ressocializadores, e esse sistema já existe, e pode ser aplicado a qualquer tipo de delito, principalmente àqueles que exijam a reparação de algum dano causado, e nessa hipótese, em se tratando de crimes ambientais, a Justiça Restaurativa é perfeitamente aplicável, pois também torna-se um meio viável para resolver a discussão da responsabilidade da pessoa jurídica, que para os crimes ambientais, poderá perfeitamente, reparar o dano causado.

Infelizmente, se percebe a Justiça Restaurativa ser sub utilizada, quando a mesma é comumente aplicada apenas na solução de atos infracionais ou de crimes de menor potencial ofensivo, mas na verdade, algumas experiências já demonstram que ela é perfeitamente aplicável a qualquer modalidade de ilícito penal, dentre eles, os crimes ambientais.

O fato de haver uma melhor compreensão do infrator, do erro cometido, e das consequências desse ilícito na(s) vítima(s) – que pode ser a coletividade –, por si só, os modelos restaurativos já se apresentam de forma mais eficiente do que o atual modelo retributivo, pois o infrator ao cumprir a sanção imposta, terá plena concepção do que ela significa, qual o

seu objetivo, e, principalmente, como poderá corrigir ou amenizar o erro cometido.

Restaurar de forma eficiente o dano ambiental causado, é sem dúvida a melhor solução imediata e mediata, para as implicações geradas pelo cometimento de um crime ambiental, até porque, o resultado restaurativo sempre visa aplicar a melhor solução possível ao caso concreto, diferente do modelo atual, que se restringe apenas às penas padronizadas e engessadas previstas na lei repressora.

Aplicar o direito de forma alternativa, é sem dúvida a melhor maneira de resolver o problema do acúmulo processual, priorizando sempre, os meios alternativos de solução do conflito, como também, aplicar um sancionamento diferenciado e compatível aos danos causados pelo ilícito ambiental, ou seja, é a garantia de uma eficácia plena, não só na solução processual, como também na solução da lide, coisa que a atual Justiça Retributiva, não logra êxito em solucionar.

A consciência das partes envolvidas, certamente, tem um caráter pedagógico muito mais virtuoso do que qualquer rigor da lei, e, portanto, a Justiça Restaurativa, se apresenta como uma forma mais humana de solução penal, pois ao garantir uma pena mais justa, garante direitos fundamentais, como por exemplo a tutelada dignidade da pessoa humana, como também a confiabilidade de que a pena realmente não passará da pessoa do infrator.

A conscientização, é sem dúvida a melhor forma de preservação ambiental, na verdade, como já dito, a consciência das consequências, é o meio mais eficaz para os problemas da criminalidade, contudo, em se tratando de meio ambiente, a sua tutela se potencializa, e por essa razão que a forma mais eficiente de combater os crimes ambientais, é ensinando a importância de cuidar de toda a sua diversidade, e, quando afetada por algum ilícito, a justiça é melhor aplicada quando fornece meios igualmente eficazes de corrigir, de reparar ou de amenizar os danos causados, por meio de ações restaurativas próprias àquele mal causado.

## **Referências**

ACHUTTI, Daniel. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

AGUIAR, Carla zamith Boin. *Mediação e justiça restaurativa: a humanização do sistema processual como forma de realização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Congresso; Câmara dos Deputados; Comissão de Legislação Participativa. *Pensar a justiça restaurativa no Brasil*. – Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n. 2.848, de 7 dez. 1940*. Código Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940.

\_\_\_\_\_. *Decreto-lei n. 3.689, de 3 out. 1941*. Código de Processo Penal. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984*. Institui a Lei de Execução Penal.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.

CARTA da Costa Rica. Declaração elaborada no Seminário Construindo la Justicia Restaurativa en America Latina, ocorrido nos dias 21/25 de setembro de 2005, em Santo Domingo de Heredia – Costa Rica.

CARTA de Araçatuba. Carta elaborada pelos integrantes do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, ocorrido nos dias 28/30 de abril de 2005, na Cidade de Araçatuba/SP.

CARTA de Brasília. Documento ratificado pelos painelistas e participantes da Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, nos dias 14, 15, 16 e 17 de junho de 2005, com base na carta produzida, em abril do corrente ano, no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado em Araçatuba – SP, em abril de 2005.

CARTA de São Luiz. Carta elaborada pelos integrantes do I Seminário Brasileiro de Justiça Juvenil Restaurativa, que aconteceu de 07 a 09 de julho de 2010, em São Luís, capital do estado do Maranhão.

CARTA do Recife. Redação elaborada por integrantes e aprovada pelos participantes do II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado na Cidade do Recife, Estado de Pernambuco – Brasil, nos dias 10, 11 e 12 de abril de 2006.

CASTRO, Renato de Lima. *Alguns Aspectos Da Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica na Lei Ambiental Brasileira*. Disponível em: <<http://www.ufsc.gov.br>>.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. São Paulo: Saraiva, 18 ed. atual. e ampl. São Paulo, 1998.

EIRAS NORDENSTAHL, Ulf Christian. *Mediación penal: de la práctica a la teoría*. 1ª ed. Buenos Aires: Librería Histórica, 2005.

FALCÓN y TELLA, Maria José. *Fundamento e finalidade da sanção: existe um direito de castigar?*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*; prefácio da 1 ed. italiana Norberto Bobbio. 3ª ed. rev. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FILHO, Domingos Afonso Kriger. *Aspectos da Desconsideração da Personalidade Societária na Lei do Consumidor*. Artigo publicado na Revista Jurídica n.º 205 – Novembro/1994, p. 17.

GASTALDI, Viviana. *Direito penal na Grécia antiga*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. Tradução de Mônica Sol Glick.

GOMES, Celeste Leite dos Santos Pereira. *Responsabilidade e Sanção Penal nos Crimes contra o Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Oliveira Mendes, 1998.

JUSTIÇA para o século 21: Instituinto Práticas Restaurativas: semeando Justiça e Pacificando Violências [Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República] Leoberto Brancher e Susiâni Silva. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

LEI n.º 9.605, DE 12 DE FEVEREIRO DE 1998. (Lei dos Crimes Ambientais)

LIEBMANN, Hans. *Terra um Planeta Inabitável?* Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército Editora, 1979.



MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA – Gabinete de Política Legislativa e Planejamento. Disponível em: <<http://www.dgpj.mj.pt>>. Acessado em: 25 de janeiro de 2011.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1985-1986.

NORONHA, Fernando. Pessoas Jurídica, Organizações Sociais e Patrimônios Especiais. *Revista da Faculdade de Direito da UFSC*, Volume 1 – 1998.

PRADO, Geraldo. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Org.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROLIM, Marcos. *Justiça Restaurativa: para além da punição*. In: *Justiça Restaurativa: um caminho para os direitos humanos?*. Porto Alegre, IAJ, 2004.

SANTOS, Robson Fernando. *Justiça Restaurativa: uma solução penal mais humana*. Dissertação de Mestrado. Florianópolis: UFSC, 2011.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

SCURO NETO, Pedro. Por uma justiça restaurativa: real e possível. *Revista da AJURIS*, Porto alegre, v. 32, nº 99, set. 2005. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lúmen Jris Editora, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Mário Braule Pinto da. Breves Anotações sobre a Lei de Crimes contra a Natureza (Lei n.º 9.605/98): Quanto às Sanções Penais e sua aplicabilidade. *Jornal Síntese*, n.º 20 – Outubro de 1998. Disponível em: <<http://www.jurissintese.com.br>>.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Questões Polêmicas Atinentes à Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica nos Crimes Ambientais*. Disponível em: <<http://www.usfc.gov.br>>.

SLAKMON, C., R. De Vitto; PINTO, R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*.

# A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO POR DANOS AO MEIO AMBIENTE NATURAL CAUSADOS PELOS PARTICULARES

Daniel Sbeghen\*

---

## Introdução

A preocupação na defesa do meio ambiente tem sido temática frequente nas mais diversas áreas do conhecimento, destacando-se na área jurídica a responsabilidade civil do Estado e dos particulares por danos causados ao meio ambiente natural. O presente ensaio busca analisar a responsabilidade civil que o Estado detém quando o particular, ao provocar um dano ambiental, não possui condições de repará-lo *in natura* e/ou a indenizá-lo (reparação substitutiva) por força de sua conduta lesiva.

A definição da natureza jurídica da responsabilidade civil do Estado por danos causados ao meio ambiente natural pelos particulares – subsidiária ou solidária – influenciará na definição da legitimidade passiva de uma ação individual e/ou coletiva, bem como na indução do ente estatal no cumprimento de seu mister constitucional de defesa e proteção deste direito intergeracional.

Para que se possa tratar adequadamente sobre a responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente natural causados pelos particulares faz-se necessária a abordagem inicial acerca do conceito de responsabilidade civil e dos seus pressupostos, bem como a sua evolução em relação à figura do Estado. A seguir, é imprescindível verificar o tratamento dado à responsabilidade civil do Estado pela Constituição Federal de 1988, com a posterior incursão no exame da responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente. Por fim, estabelecidas estas

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã da UNOCHAPECÓ. Procurador da Fazenda Nacional.

premissas, há condições de analisar se o Estado responde subsidiária ou solidariamente pelos danos ao meio ambiente natural causados pelos particulares.

### **O conceito de responsabilidade**

Inicialmente, é oportuno salientar que a expressão responsabilidade advém do verbo latino *respondere*, significando o fato de ter alguém se constituído garantidor de algo. Nesse sentido, a responsabilidade encerra a noção em virtude da qual se atribui a um sujeito o dever de assumir as consequências de um evento ou de uma ação (VENOSA, 2004, p. 12).

Ressalte-se que o dever de reparar um dano, antes de representar uma obrigação jurídica, constitui um anseio de ordem moral. Todavia, o convívio em sociedade exige a submissão a regras e princípios que, irradiando-se sobre todos os campos da atividade humana, buscam assegurar a paz social, informando ou determinando comportamentos.

Isto significa dizer que a pessoa pode, eventualmente, atuar contrariamente ao direito, violando normas jurídicas e causando prejuízo a outrem e, neste caso, praticará um ato ilícito e ficará sujeita à responsabilização.

Cavaliere Filho (2000, p. 22) define o ato ilícito como sendo “o ato voluntário e consciente do ser humano, que transgredir um dever jurídico.”

Neste contexto, tem-se que a responsabilidade nasce da infringência do dever jurídico originário – observância das normas jurídicas preexistentes – e consequentemente cria o dever jurídico sucessivo, que consiste nas formas de reparação do dano.

Em vista disso, conclui-se que a ideia de responsabilidade civil encontra-se ligada à prática de um ato ilícito, pois a pessoa que, por ação ou omissão voluntária, pratica ato contrário ao ordenamento jurídico, com ou sem intenção manifesta de prejudicar, mas ocasiona dano a outrem, fica responsabilizada a ressarcir-lo pelos meios legalmente previstos.

### **Os pressupostos da responsabilidade civil**

O artigo 186 do Código Civil, ao preceituar que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano delinea os pressupostos necessários à configuração do dever de indenizar, quais

sejam, a ação ou omissão voluntária, o dano, a relação de causalidade ou nexos causal e, por fim, a culpa *lato sensu*.

Portanto, para que surja o dever de indenizar, é necessário que exista um comportamento humano (ação ou omissão); que esse comportamento esteja ligado por relação de causalidade com o dano suportado pela vítima e, por fim, que a pessoa tenha agido com culpa em sentido amplo (elemento subjetivo), de maneira que a ausência de algum desses elementos resulta na falta do dever de indenizar.

### **A evolução histórica da responsabilidade civil do Estado**

A responsabilidade civil do Estado pode ser definida como aquela que impõe à Administração Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros pelos agentes públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las.

O Estado tem o dever de exercer a sua atividade administrativa, mesmo quando perigosa ou arriscada, com absoluta segurança, de modo a não causar prejuízo a ninguém, sob pena de ser obrigado a ressarcir o lesado.

Contudo, impende assinalar que a ideia de responsabilidade civil do Estado por atos de seus agentes é relativamente recente<sup>1</sup>.

A responsabilidade civil do Estado deve ser contextualizada entre o século XVIII aos dias atuais, partindo-se, de início, da irresponsabilidade total do Estado, até se chegar, nos dias de hoje, à teoria da responsabilidade objetiva com suas gradações intermediárias.

A teoria da irresponsabilidade estatal fundava-se na superioridade do Estado quanto aos ideais religiosos, isto é, o Estado confundia-se na figura do soberano e tendo este recebido seu poder diretamente da divindade, somente a ela prestava contas, culminando na máxima *the king can do no wrong*. Tal teoria perdurou, inclusive, no momento imediatamente superior à Revolução Francesa (1789-1799), sob o primado de que o interesse público sobrepunha-se ao interesse privado (DI PIETRO, 2004, p. 548).

---

<sup>1</sup> A doutrina aponta o caso Blanco, de 1873, como o ponto inicial da responsabilização do Estado.

Em momento posterior, já na metade do século XIX, com o objetivo de tentar minimizar as consequências da total irresponsabilidade do Estado, desenvolveu-se a teoria que dividia a atuação estatal em duas esferas com natureza distinta, uma regida pelo poder de império – atos de império – do Estado e a outra fundada nas regras de direito comum – atos de gestão.

Esta teoria, a da responsabilidade subjetiva do Estado, foi à adotada pelo Código Civil revogado (Lei n. 3.071/1916), no artigo 15, o qual previa que as pessoas jurídicas de direito público seriam responsáveis apenas pelos atos danosos que seus agentes praticassem no exercício de suas atribuições (atos de gestão).

Na fase posterior, busca-se no direito público o fundamento da responsabilidade estatal, em contraposição à teoria predominante que se baseava no conceito tradicional de culpa do direito civil. A partir disso, surge a teoria da culpa do serviço ou da culpa administrativa (DI PIETRO, 2004, p. 550).

Di Pietro (2004, p. 551) afirma que a culpa do serviço ocorre quando o serviço público não funcionou, funcionou atrasado ou funcionou mal, de modo que nestas três hipóteses ocorreria a culpa do serviço administrativo, atraindo a responsabilidade do Estado independentemente de apreciação da culpa do servidor público.

Não obstante a evolução que representou a teoria da culpa do serviço, ainda assim não se estava diante da melhor solução, pois “essa teoria ainda pede muito da vítima, que, além da lesão sofrida injustamente, fica no dever de comprovar a *falta do serviço* para obter a indenização” (FREITAS, 2006, p. 77).

A última etapa de evolução está na responsabilidade objetiva, onde o fundamento da responsabilidade estatal é o nexo de causalidade existente entre o evento danoso ocasionado ao particular e a conduta do órgão ou agente da Administração Pública que gerou, em virtude de seu desempenho, um dano que, pelo simples fato de infligir gravame ao particular, deve ser ressarcido.

Finalmente, tem-se que a responsabilidade objetiva pode basear-se na teoria do risco administrativo ou na teoria do risco integral, sendo que aquela, embora dispense a prova de culpa, permite ao Estado afastar o dever de indenizar quando ocorrer fato exclusivo da vítima e/ou de terceiro; caso fortuito e força maior, ou seja, pela teoria do risco integral, o

dever de reparar o dano se faz presente tão-só em face do dano, ainda que proveniente de culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro, caso fortuito e força maior.

### **Os fundamentos da responsabilidade civil do Estado**

O fundamento da responsabilidade civil do Estado é garantir uma equânime repartição dos ônus provenientes de atos ou efeitos lesivos, evitando que alguns suportem prejuízos ocorridos por causa de atividades desempenhadas no interesse de todos. Isto

significa que se dividem, por todos, os prejuízos causados pelo Estado, porque, da mesma forma, por toda a população é repartido o benefício que o Estado proporciona. Esse princípio pode ser também apontado como o princípio da (...) solidariedade social. (FREITAS, 2006, p. 46)

Em consequência disso, o seu fundamento é o próprio princípio da igualdade entre todos, noção básica do Estado de Direito.

### **A responsabilidade civil do Estado brasileiro**

A responsabilidade civil contratual do Estado é regida pela Lei n. 8.666/1993, que institui normas gerais para licitação e contratos da administração pública, e pela legislação extravagante. Em contrapartida, a responsabilidade extracontratual tem como fundamento o art. 37, §6º, da CF/1988, que prevê que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Tal redação é semelhante àquela da Constituição Federal de 1946<sup>2</sup>, onde foi adotada a teoria da responsabilidade objetiva do Estado. Isto é, parte-se da ideia de que, se o dispositivo só exige culpa ou dolo para o direito de regresso contra o servidor público, é porque não quis fazer a mesma exigência para as pessoas jurídicas (DI PIETRO, 2004, p. 553).

---

<sup>2</sup> Art 194 – As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Parágrafo único – Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.

O referido entendimento é pacífico no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) que, ao analisar o RE 109.615/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, decisão em 28/5/1996, assentou que a responsabilidade civil objetiva do Estado requer a presença de um comportamento imputável a um agente do Poder Público que, nessa condição funcional, tenha causado um dano a um particular, pouco importando a licitude ou ilicitude de sua conduta e desde que ausente qualquer causa excludente de responsabilização estatal.

A ordem constitucional vigente adotou a solução segundo a qual deve incidir sobre o Estado a teoria da responsabilidade objetiva, não mais cabendo à vítima o ônus de produzir qualquer prova da culpa administrativa e, por conseguinte, os pressupostos da responsabilização estatal limitam-se à conduta administrativa, ao dano e ao nexo de causalidade entre ambos.

Todavia, cabe salientar que a doutrina e a jurisprudência pátria têm firme o posicionamento no sentido de que em se tratando de ato omissivo, a responsabilidade é subjetiva, devendo comprovar que a administração pública, através de seus agentes, incorrido em uma das modalidades de culpa – negligência, imprudência e imperícia – ou dolo.

A esse respeito, observa com argúcia Mello que:

A responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E, sendo responsabilidade por ilícito, é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa), ou, então, deliberado propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva. (MELLO, 2014, p. 898)

A orientação acolhida pelo STF, a respeito do tema, é no mesmo sentido, consoante se verifica no RE 179.147/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julgado em 12/12/1997, onde ficou consignado que se tratando de ato omissivo do Poder Público, a responsabilidade por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário, individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses.

Em sendo assim, constata-se que desde a Constituição Federal de 1946, repetindo-se nos textos posteriores (CF/1967 e CF/1988), é objetiva a



responsabilidade civil extracontratual do Estado em razão de atos positivos (ação) de seus agentes, fundada na teoria do risco administrativo. E, em se tratando de atos negativos (omissão) dos agentes estatais, tem-se que a responsabilidade civil é subjetiva, fazendo-se imprescindível a demonstração de culpa ou dolo na conduta do Poder Público.

### **O regime jurídico da responsabilidade civil por danos ao meio ambiente natural**

A responsabilização civil por danos ao meio ambiente natural fundamenta-se no art. 225, §3º, da CF/1988, o qual estabelece que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos.

No mesmo sentido, a Lei n. 6.938/1981 – dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação – dispõe no art. 14, §1º, que é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

A interpretação é de que a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é de natureza objetiva, segundo a qual, todo aquele que desenvolve uma atividade passível de gerar riscos para a saúde, o meio ambiente ou a incolumidade de terceiros, deverá responder pelo risco, não havendo a necessidade de a vítima do dano ou dos legitimados para propositura de ações coletivas provar culpa ou dolo do agente causador.

Conforme Machado (2007, p. 347), a responsabilização civil por danos ao meio ambiente não faz nenhuma exigência de culpa, pois se procura “quem foi atingido e, se for o meio ambiente e o homem, inicia-se o processo lógico-jurídico da imputação civil objetiva ambiental”.

Disto resulta que a responsabilidade civil por danos ao meio ambiente é de natureza objetiva, independentemente da existência de culpa e, desse modo, para a sua configuração basta a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o dano ambiental.

Impende assinalar, ainda, que há uma preponderância na adoção da teoria do risco integral para informar o regime jurídico de responsabilidade civil por danos causados ao meio ambiente.

A teoria do risco integral parte da premissa de que todo e qualquer risco conexo ao empreendimento deverá ser integralmente internalizado pelo processo produtivo, ou seja, a mera existência do risco gerado pela atividade, intrínseco ou não a ele, desde que conexo, deverá conduzir à responsabilização do empreendedor.

Por outro lado, a teoria do risco criado, que encontra previsão no art. 927, parágrafo único, do Código Civil<sup>3</sup>, procura vislumbrar, dentre todos os fatores de risco, apenas aquele que, por apresentar periculosidade, é efetivamente apto a gerar as situações lesivas para fins de imposição de responsabilidade.

Ensina-nos Vaz (2006, p. 107-108), que a principal distinção entre as teorias do risco é que “na responsabilidade fundada no risco integral, o caso fortuito, a força maior e o fato de terceiro ou da própria vítima são circunstâncias que, ao contrário do que ocorre na teoria do risco criado, não desoneram o empreendedor do dever de reparar o dano”.

A adoção da responsabilidade civil objetiva por danos ao meio ambiente fundada na teoria do risco criado, onde se busca a identificação da causa adequada à produção do evento lesivo, ocorre em países como a Alemanha, Espanha, Itália, França e Portugal (VAZ, 2006).

No direito brasileiro, a doutrina e a jurisprudência tendem a reconhecer a aplicabilidade da responsabilidade objetiva baseada na teoria do risco integral nas ações que têm por objeto reparação de dano ambiental.

Nesse sentido, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do REsp n. 1.354.536/SE, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 26/3/2014 na sistemática dos recursos repetitivos, DJe 5/5/2014, acolheu a teoria do risco integral na responsabilização por danos ao meio ambiente, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar a sua obrigação de indenizar.

---

<sup>3</sup> Haverá a obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem.

Portanto, é de se concluir que o direito brasileiro tende a reconhecer a teoria da responsabilidade civil objetiva baseada no risco integral, a qual se justifica em razão da importância que o ordenamento normativo dedica à preservação do meio ambiente, com imperativo para a sobrevivência das gerações presentes e futuras.

### **A responsabilidade civil do Estado por danos ao meio ambiente natural causados pelos particulares**

A Constituição Federal de 1988, no art. 23, inc. VI e VII, estabelece que é competência administrativa comum da União, dos Estados e do Distrito Federal a proteção do meio ambiente e o combate da poluição em qualquer de suas formas, bem como o dever de preservar as florestas, a fauna e a flora.

Igualmente, no art. 225, *caput*, é expresso em afirmar que o Poder Público e a coletividade têm a obrigação de preservar e defender o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. E logo adiante no §1º, incs. I a VII, a CF/1988 elenca um rol de atribuições a serem observadas pelo Poder Público no cumprimento do dever constitucional de preservação deste direito fundamental de terceira geração.

Analisando-se o conteúdo das normas constitucionais, denota-se que o Estado pode ser responsabilizado civilmente pela prática de um dano ambiental.

Como se isso não bastasse, a Lei n. 6.938/1981, no art. 3º, inc. IV, conceitua o poluidor como sendo a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental, o que demonstra, indubitavelmente, que é possível a responsabilização civil do Estado em matéria ambiental.

Com efeito, “não teria sentido e seria mesmo antiisonômico sustentar-se que o Estado, que tem, em mesmo ou maior grau, o dever de preservação do meio ambiente ficasse imune à responsabilização baseada no risco integral” (VAZ, 2006, p. 113).

A problemática, todavia, reside na responsabilização do Estado na hipótese de dano ambiental causado pelo particular, ou seja, incumbindo às três esferas da administração pública o exercício do poder de polícia sobre atividades potencialmente causadoras de degradação ambiental, qual seria a responsabilidade do Estado na omissão da fiscalização ambiental que (indiretamente) causa dano ao meio ambiente?

A doutrina e a jurisprudência não são unânimes a respeito da responsabilidade civil do Estado por danos causados ao meio ambiente em decorrência da omissão estatal no cumprimento de seus deveres constitucionais de fiscalização e preservação do meio ambiente.

A propósito do tema, Stoco defende o entendimento de que o direito positivo não permite a formulação de uma interpretação que atribua a responsabilidade solidária entre o Poder Público e o particular na hipótese de dano ambiental, fundamentando tal posicionamento nos seguintes termos:

À luz do que preceitua o art. 14, §1º, da Lei 6.938, de 31.08.81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, não há também como aceitar o entendimento no sentido de que, se a falha no serviço público contribuiu para a ocorrência do dano, a Administração Pública responde solidariamente com o autor do dano.

Essa afirmação não se coaduna com a *mens legis* e, ademais, contraria texto expresso da lei de regência (...) pois conforme o §2º do art. 14 da referida Lei 6.938/81, havendo omissão da autoridade pública caberá apenas aplicação de penalidade pecuniária, de caráter meramente administrativo.

É certo que tal exclusão mostra-se absurda e sem sentido lógico. Contudo, está expressamente prevista na lei. (STOCO, 2007, p. 893)

Ademais, a responsabilização civil objetiva e solidária do Estado por danos causados ao meio ambiente pelos particulares resultaria na injusta oneração de toda a sociedade – vítima do dano ambiental – pela má atuação do seu gestor público (VAZ, 2006, p. 118-119).

Noutro sentido é o posicionamento de Machado, onde afirma que a atribuição de responsabilidade solidária ao Estado pelos danos ambientais provocados por particulares serve de instrumento para compelir “o Poder Público a ser prudente e cuidadoso no vigiar, orientar e ordenar a saúde ambiental nos casos em que haja prejuízos para as pessoas, para a propriedade ou para os recursos naturais mesmo com a observância dos padrões oficiais” (MACHADO, 2007, p. 129).

O STJ já se manifestou no sentido de que se tratando de dano ambiental ocorrido por omissão estatal no dever de fiscalização, a responsabilidade civil permanece objetiva e solidária com o particular. Entretanto, estabeleceu uma diferença de tratamento entre o particular e o Estado dentro da ação judicial que visa apurar a responsabilização civil pelos danos ambientais, ou seja, embora reconheça a solidariedade entre eles, na fase de execução do julgado a responsabilidade será subsidiária, já

que em primeiro lugar serão acionados os diretamente responsáveis pelos danos, geralmente os particulares.

No julgamento do REsp 1.071.741/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 24/3/2009, firmou-se o entendimento de que “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 ou insolvência, seja por impossibilidade ou incapacidade, inclusive técnica, de cumprimento da prestação judicialmente imposta, assegurado, sempre, o direito de regresso (art. 934 do Código Civil), com a desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do Código Civil)”.

Feitas essas considerações, denota-se que há duas correntes que divergem acerca da responsabilidade civil do Estado por danos causados ao meio ambiente por particulares, quais sejam, uma que defende a responsabilidade solidária e a outra que apregoa a ideia de responsabilização subsidiária.

A primeira delas parte da premissa de que o Poder Público tem o dever de ser prudente e cauteloso com o meio ambiente, exercendo seu poder de polícia sobre a propriedade privada de forma a evitar a ocorrência de danos ambientais. A forma pela qual é induzido a cumprir o seu dever é a responsabilidade solidária com o causador do dano.

A outra corrente, por seu turno, fundamenta-se na ideia de que acaso se permita acionar indiscriminadamente o Estado toda vez que ocorra um dano ao meio ambiente, estará se transferindo à própria vítima – a sociedade – a responsabilidade pela reparação dos prejuízos.

Portanto, assentadas essas premissas, conclui-se que, consoante o art. 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981, o sistema relativo à reparação do dano ambiental é o da responsabilidade civil independentemente de culpa (responsabilidade objetiva), que foi recepcionado pela atual Constituição Federal, em seu art. 225, §3º.

Finalmente, quanto à responsabilidade do Estado por danos causados ao meio ambiente pelos particulares, visualiza-se que ambas as correntes explanadas possuem fundamentos jurídicos bastantes por si sós para sustentá-las, pois não se pode desprezar o argumento de que o objetivo da responsabilidade solidária do Poder Público é induzi-lo a atuar no sentido do cumprimento do dever constitucional de proteção ao

meio ambiente e tampouco se pode desconsiderar a tese de que a adoção de tal espécie de responsabilidade implica no repasse do dever de reparar o dano ambiental a quem, na realidade, é vítima da atividade lesiva.

### **Considerações finais**

A responsabilidade civil do Estado por danos causados ao meio ambiente é de natureza objetiva tanto na hipótese de conduta positiva (ação) e negativa (omissão), diferenciando-se do regime geral de responsabilização do ente estatal previsto no art. 37, §6º, da CF/1988. Ademais, há um dever constitucional de o Estado proteger o meio ambiente, não podendo se subtrair da responsabilização ambiental quando o dano for praticado pelos particulares, já que neste caso deixou de cumprir o papel fiscalizatório que lhe foi confiado.

O reconhecimento de que há uma responsabilidade solidária entre o Estado e o particular no dever de proteção e reparação dos danos causados ao meio ambiente natural e, na hipótese de execução da decisão judicial, tal responsabilidade passa a ser subsidiária – solução dada pelo STJ – é a que melhor se coaduna com os princípios que orientam o direito constitucional ambiental.

Com efeito, a responsabilidade solidária entre o Estado e o particular atua como ferramenta que induz o ente estatal a desempenhar as funções de fiscalização e proteção do meio ambiente que lhe foram atribuídas pelo texto constitucional. Por sua vez, a transmutação em responsabilidade subsidiária na hipótese de execução do julgado que tenha constatado a prática de dano ambiental pelos particulares, afasta a imediata e direta penalização da própria vítima da lesão ambiental – a coletividade como um todo.

Portanto, o titular de eventual ação individual e/ou coletiva contra danos causados ao meio ambiente pelos particulares poderá adotar as seguintes medidas: (a) ajuizar a demanda apenas em face do particular ou em desfavor do particular e do Estado, formando, neste caso, um litisconsórcio passivo facultativo; (b) propor a execução do julgado em face do particular e, na hipótese de impossibilidade de cobrança do particular-poluidor, direcionar a pretensão executória em desfavor do ente estatal; (c) neste último caso, reparado o dano ambiental, a pessoa jurídica de direito público em questão poderá demandar regressivamente o particular causador do dano.

## Referências

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de direito ambiental brasileiro*. 15ª ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

FREITAS, Juarez (Org.). *Responsabilidade civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 15ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Direito administrativo*. 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Direito administrativo*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência*. 7ª ed. rev. atual., e ampl. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.

VAZ, Paulo Afonso Brum. *O direito ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: responsabilidade civil*. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2004, v. 4.

# RESPONSABILIDADE AMBIENTAL NOS CONTRATOS DE TRESPASSE NA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DE EMPRESAS NO BRASIL

Fabiano Derussi\*

---

## Introdução

A possibilidade de responsabilização pela reparação ao dano ambiental é fator que deve ser determinante para a escolha e o desenvolvimento de determinados empreendimentos, ou de onde serão feitos os investimentos de uma empresa. Muitas vezes, não só o início da atividade é danosa como também a continuidade da mesma, inclusive, há ainda a questão da reparação do dano preexistente, como pode ocorrer em certos casos no processo de recuperação judicial da empresa.

As origens do instituto da recuperação da empresa, bem como seus propósitos, prevêm em casos específicos a desoneração do sucessor de certas obrigações contraídas pelo sucedido, inclusive em matéria tributária, que possui caráter de ordem pública. Mas o problema de pesquisa do presente trabalho está calcado na possibilidade desta desoneração se estender a outros ramos do direito não contemplados pela Lei nº. 11.101/2005, especialmente na responsabilidade ambiental.

Desta forma, justifica-se a presente pesquisa para o fim de destacar um novo aspecto que muitas vezes passa despercebido na análise de riscos quando da fase pré-contratual à sucessão empresarial por meio do trespasse, aspecto que poderia ter sido determinante para a conclusão do negócio jurídico, inclusive quando a adquirente trata-se de empresa internacional.

Serão abordados, além do procedimento processual, também questões de ordem material, pois é na escolha da forma ou estratégia do

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã da UNOCHAPECÓ.



plano a ser seguido que pode vir a surgir a responsabilidade ambiental do sucessor.

Por fim, serão abordadas as espécies de responsabilidade ambiental, as quais sejam a penal, administrativa e civil. Todas tutelam o mesmo objeto, o meio ambiente, contudo possuem funções e características distintas, logo, também podem atingir sujeitos distintos.

## **A responsabilidade ambiental no processo de recuperação judicial de empresas**

### *Origens do instituto da recuperação judicial*

O direito falimentar, oriundo principalmente pela necessidade impedir que empresas ainda viáveis e lucrativas viessem a encerrar suas atividades, teve como marco inicial a quebra da Bolsa de Nova York nos Estados Unidos, ocorrida em 1929. Aquele país foi o primeiro a dispor em lei sobre a recuperação judicial de empresas (COELHO, 2010).

No Brasil, embora desde 1945 existia a Lei de Falências, onde apenas se falava em concordata e continuidade do negócio na falência, o termo recuperação judicial somente foi introduzido em nosso ordenamento jurídico em 2005, após a promulgação da Lei 11.101, de 09 de fevereiro daquele mesmo ano (COELHO, 2010).

Como a concordata e a continuidade do negócio na falência se mostravam ineficientes no concernente a possibilidade de resgatar a empresa em crise econômico financeira momentânea, principalmente pelo reduzido número de créditos que a ela estavam submissos, se impôs a criação de um novo instituto que possibilitasse de forma efetiva, a recuperação do negócio para fins de salvaguardar a empresa e os interesses difusos que nela gravitam.

O advento da Lei 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas), após anos de trâmite no Congresso Nacional, consagrou a permanência da empresa em crise no mercado e introduziu meios de superação do ente econômico, dos quais o empresário poderá lançar mão para assegurar sobrevivência útil à sua empresa em crise. (SILVA, 2008, p. 13)

Sobre este assunto, o professor Fábio Ulhoa Coelho discorre de forma bastante competente, destacando as principais alterações:

- a) a concordata era um direito a que tinha acesso todo empresário que preenchesse as condições da lei, independentemente da viabilidade de sua recuperação econômica, mas à recuperação judicial só tem acesso o empresário cuja atividade econômica possa ser reorganizada;
- b) enquanto a concordata produz efeitos somente em relação aos credores quirografários; a recuperação judicial sujeita todos os credores, inclusive os que titularizam privilégio ou preferência, exceto os fiscais (que devem ser pagos ou parcelados antes da concessão do benefício);
- c) o sacrifício imposto aos credores, na concordata, já vem definido na lei (dividendo máximo) e é da unilateral escolha do devedor; ao passo que, na recuperação judicial, o sacrifício, se houver, deve ser delimitado no plano de recuperação, sem qualquer limitação legal e, deve, ser aprovado por todas as classes dos credores. (COELHO, 2005, p. 45)

Além das importantes observações feitas pelo autor acima, ainda há que se ressaltar que a concordata poderia ser requerida após a decretação da falência. Era a chamada concordata suspensiva, prevista nos artigos 177 a 185 do Decreto 7.661/45. Esta modalidade de concordata possibilitava a continuidade do negócio durante o processo de falência. Contudo, não há previsão neste sentido na nova lei.

Como se percebe houve grandes mudanças no texto legislativo, contudo a ideia que permeia o instituto permaneceu inalterada. O objetivo não foi de salvar a empresa a qualquer custo, mas sim, apenas de salvar as que forem economicamente viáveis, mas que por motivos alheios, se encontram em dificuldades consideradas passageiras.

Na Lei de Recuperação de Empresas e Falências brasileira, a intenção do legislador foi que o próprio mercado decidisse sobre o desprendimento de esforços para salvar a empresa em crise, ou sobre o encerramento de suas atividades. Competirá ao Poder Judiciário unicamente permitir e viabilizar que a decisão tomada pelo mercado consiga ser executada, da melhor forma possível.

Se por um lado é necessário salvar a empresa em crise, pois se revela mais saudável à economia de uma nação, tanto do ponto de vista trabalhista em preservar os postos de trabalho, quanto fiscais, na geração de impostos, na manutenção da cadeia produtiva, e, inclusive, na própria defesa do consumidor, por outro também não é saudável à economia manter uma empresa mercadologicamente inviável. Para a economia

nacional é bem mais atrativo que o capital e os recursos humanos de uma empresa inviável sejam aplicados em outra empresa, esta sim viável.

Percebe-se nestas ideias centrais da lei, que o fator determinante para a sobrevivência da empresa é ditada pelas próprias “leis” do mercado, sendo a Lei de Recuperação de Empresas e Falências brasileira, mero mecanismo regulador da forma como isso irá acontecer.

Nas exatas palavras de Coelho:

Nem toda falência é um mal. Algumas empresas, porque são tecnologicamente atrasadas, descapitalizadas ou possuem organização administrativa precária, devem mesmo ser encerradas. Para o bem da economia como um todo, os recursos – materiais, financeiros e humanos – empregados nessa atividade devem ser realocados para que tenham otimizada a capacidade de produzir riquezas. (COELHO, 2010, p. 233)

Para Coelho (2010, p. 337), em última análise, “o instituto da recuperação da empresa tem sentido, assim, no capitalismo para corrigir disfunções do sistema econômico”.

Assim, o processo de recuperação judicial, nada mais é do que um mecanismo onde a própria iniciativa privada e os credores decidirão sobre a recuperação e permanência da empresa ou o sobre o encerramento de suas atividades por ser considerada uma empresa inviável e que não atrai o interesse dos investidores.

### ***Procedimento***

Conforme fonte Lei 11.101/2005 prevê três tipos de recuperação judicial. São elas a ordinária, especial e a extrajudicial. Por ser possível se requerer a recuperação ordinária em qualquer situação, ou seja, por ser comum às demais, será ela a que mais interessa fazer-se uma análise.

Assim, iniciado o processo de recuperação judicial ordinário, que se dá pela fase de pedido, que deve conter toda a situação patrimonial e financeira da empresa, bem como com os motivos que levaram a mesma a entrar em crise, segue a seguir a fase de processamento que nada mais é do que uma análise meramente formal, a fim de verificar se os requisitos mínimos ao pedido estão presentes.

Estando presentes os requisitos mínimos, em seguida inicia-se a fase do plano de recuperação, que é nada mais nada menos que a concretização

dos objetivos da Lei de Falências e Recuperação de Empresas, pois é nesta fase que o mercado avaliará e decidirá sobre a continuidade da empresa ou sobre o encerramento de suas atividades.

Desta forma, deferido o pedido inicial por estar formalmente perfeito, será aberto o prazo de sessenta dias para que a empresa em crise apresente um plano para sua recuperação. Este por sua vez, também passará por um crivo judicial quanto a sua formalidade e estando de acordo, será publicado edital para que os credores no prazo de trinta dias o aprovem ou não (faça do procedimento).

Se no prazo de trinta dias houver oposições, deverá ser convocada a assembleia geral de credores para deliberar sobre o plano, podendo mantê-lo, modificá-lo ou rejeitá-lo. A forma de deliberação e quoruns de aprovação não será tratado neste artigo, contudo se faz necessário esclarecer que nenhuma deliberação poderá diminuir ou até mesmo suprimir direitos dos credores ausentes à assembleia.

Isso ocorre devido a universalidade do processo falimentar ou de recuperação judicial. Os credores ausentes apenas não exercerão seu poder decisório sobre os rumos a serem seguidos doravante pela empresa em recuperação, contudo, o crédito permanece incólume dentro da respectiva classificação.

Se o plano de recuperação for rejeitado pela assembleia, será declarada incidentalmente a falência da empresa em crise. Caso haja aprovação, ou aprovação com alterações, será concedida a recuperação da empresa por sentença judicial. Frisa-se que não se trata de uma recuperação forçada, mas sim, é dada a empresa requerente da recuperação a possibilidade de continuidade em suas atividades seguindo rigorosamente o plano que foi aprovado pelos próprios credores, até que salde todos seus débitos.

Ao final do processo de recuperação, e cumpridas suas obrigações, será declarada encerrada a recuperação judicial por sentença. Depois de decorridos dois anos do encerramento, os credores que por ventura entenderem que alguma parte do plano não foi cumprida, deverão entrar com ações judiciais próprias e autônomas para reaver seus créditos.

Feitas estas considerações iniciais, cabe trazer à discussão os meios de recuperação judicial, justamente para adentrar-se ao tema proposto.

### *Meios de recuperação judicial*

A lei 11.101/2005 em seu artigo 50 elenca ao todo dezesseis formas de recuperação judicial da empresa, contudo o rol é meramente exemplificativo. Isso porque a complexidade que envolve o mundo empresarial gera a necessidade de não se limitar as formas de recuperação possíveis.

Embora a lei não seja exauriente, Negrão partindo da Teoria da Empresa encampada pelo Código Civil de 2002 classifica todos os meios de recuperação em seis categorias distintas de conformidade o aspecto da empresa e a proposta de recuperação. A saber, são elas:

a) dilatórias ou mistas; b) meramente remissório; c) com influência sobre o perfil subjetivo da empresa; d) com influência sobre o perfil objetivo da empresa; e) com influência sobre o perfil funcional; f) com influência sobre o perfil corporativo da empresa. Logicamente que as influências são meramente preponderantes, necessariamente não serão as únicas no plano de recuperação. (NEGRÃO, 2005, p. 202)

Na classificação dilatória, tem-se a simples concessões ou dilações de prazos e condições especiais para pagamento de obrigações vencidas e vincendas (art 50, I); Já na classificação meramente remissória, ocorre o que está disposto no artigo 50, XII da Lei 11.101/2005: “equalização de encargos financeiros relativos a débitos de qualquer natureza, tendo como termo inicial a data da distribuição do pedido de recuperação judicial, aplicando-se inclusive aos contratos de crédito rural, sem prejuízo do disposto em legislação específica”.

Na reformulação baseada no perfil subjetivo da empresa, poderá optar-se por uma das situações previstas no Artigo 50, incisos II, III e X, ou seja, cisão, incorporação, fusão, transformação, constituição de subsidiária integral, alteração no controle societário ou uma constituição de sociedade de credores.

Diz-se perfil subjetivo porque tem implicações sobre a estrutura da empresa. Dá-se uma nova forma a sociedade empresária ou estrutura societária e principalmente sobre o controle do capital. Em fim, altera-se os sujeitos da atividade econômica.

Em relação à reformulação baseada no perfil objetivo, a opção deverá recair nas hipóteses previstas no artigo 50, incisos II (parte final – cessão de cotas ou ações), VI (aumento do capital social), VII (trespasse ou arrendamento de estabelecimento, inclusive à sociedade constituída pelos

próprios empregados), IX (dação em pagamento ou novação de dívidas do passivo, com ou sem constituição de garantia própria ou de terceiro), XI (venda parcial dos bens), XV (emissão de valores mobiliários), XVI (constituição de sociedade de propósito específico para adjudicar, em pagamento dos créditos, os ativos do devedor).

Denomina-se perfil objetivo ou patrimonial, justamente porque a parte afetada diretamente são os bens ou da empresa, sejam imobiliários ou não. Desfaz-se do patrimônio, mas o material humano permanece o mesmo.

Quando a reformulação consistir preponderantemente sobre o perfil funcional da empresa, ocorrerá algumas das hipóteses do artigo 50, IV, V ou XIII da Lei 10.101/2005 (substituição total ou parcial dos administradores do devedor ou modificação de seus órgãos administrativos; concessão aos credores de direito de eleição em separado de administradores e de poder de veto em relação às matérias que o plano especificar; usufruto da empresa). Como o próprio nome sugere, alteram-se o corpo diretivo das atividades empresariais.

Por fim, no caso da reformulação recair preponderante sobre o perfil corporativo da empresa, poderá ocorrer a administração compartilhada (art. 50, XIV), reduções salariais, compensação de horários, redução da jornada de trabalho mediante acordo ou convenção coletiva (art. 50, VIII). Nota-se aqui que além do corpo diretivo, também estão sujeitos quem não detém controle algum sobre a atividade econômica, como os funcionários que trabalham diretamente na produção, por exemplo.

Ocorre que quanto às reformulações incidentes preponderantemente sobre os perfis objetivo e subjetivo, em certas situações as mesmas se tornam de difícil implementação, por um motivo muito simples: falta de interessados.

Em um primeiro momento, pode-se até pensar que quando isso ocorrer é o típico caso da impossibilidade da recuperação por escolha do próprio mercado, que como já visto, é da essência da Lei 11.101/2005. Contudo, a realidade não é esta. A falta de interessados para sucessão empresarial na maioria das vezes não ocorre porque a empresa não é mais economicamente viável do ponto de vista mercadológico, mas sim por questões de assunção de riscos administrativos que podem inviabilizar a continuidade do negócio.

Para melhor entendimento, faz-se necessário adentrar às regras de *trespasse* empresarial, visualizando assim as responsabilidades que se sujeitam os sucessores empresariais no procedimento de recuperação judicial.

### *O trespasse*

Como visto, na reformulação do perfil objetivo da empresa, uma das formas utilizadas é a venda do estabelecimento empresarial, também conhecido como *trespasse*.

Para Fábio Ulhoa Coelho:

No *trespasse*, o estabelecimento empresarial deixa de integrar o patrimônio de um empresário (o alienante) e passa para o de outro (o adquirente). O objeto da venda é o complexo de bens corpóreos e incorpóreos, envolvidos com a exploração de uma atividade empresarial. (COELHO, 2011, p. 133)

Ressalta-se que não se deve confundir a alienação do estabelecimento empresarial com a venda de cotas ou ações da empresa. Na venda do estabelecimento, os bens de uma empresa normalmente migram para o acervo de outra. Contudo, quanto a cessão de quotas, permanece inalterada a propriedade dos bens, ou seja, estes não trocam de titular, o que acontece é apenas a substituição dos sócios da mesma.

Essa distinção se dá em razão do instituto da autonomia da personalidade jurídica da empresa. Sendo a pessoa jurídica ente com personalidade própria, a alteração dos quadros sociais implica meramente a substituição de sua gerência, ou quando não, dos seus titulares. As obrigações da sociedade permanecem inalteradas.

Esta distinção tem significativa importância no mundo jurídico, em razão da assunção de obrigações por parte dos adquirentes. Fábio Ulhoa Coelho esclarece que após o advento do novo código civil:

O adquirente do estabelecimento empresarial responde por todas as obrigações relacionadas ao negócio explorado naquele local, desde que regularmente contabilizadas, e cessa a responsabilidade do alienante por estas obrigações no prazo de um ano (art. 1.146). (COELHO, 2011, p. 134)

Como visto, mesmo havendo a substituição da titularidade do estabelecimento empresarial, o sucessor continuará responsável pelo passivo correlato a atividade explorada naquele local. Contudo, a regra

não se aplica se o alienante permanecer solvente mesmo após a alienação ou se o mesmo estiver expressa ou tacitamente autorizado pelos seus credores (CC. Art. 1.145).

É muito lógico que dentro do processo de recuperação judicial da empresa, pela sua própria característica, que somente poderá haver alienação do estabelecimento se expressamente autorizada pelos credores, mediante a aprovação do plano de recuperação judicial. Desta forma, ao menos em relação às obrigações ordinárias, estaria isento o adquirente.

Já o mesmo não pode ser dito em relação às obrigações trabalhistas e tributárias, que possuem regime jurídico próprio.

Nas obrigações tributárias, por força do que reza o artigo 133 do Código Tributário Nacional há hipóteses em que o adquirente não responderá pelos créditos fiscais; responderá de forma subsidiária ou responderá de forma integral.

Quando o alienante cessar a exploração da atividade, o adquirente irá responder de forma integral pelos tributos gerados até a data da alienação (art. 133, I, CTN); Acaso o alienante prosseguir na exploração da mesma atividade ou der início à outra nova em até seis meses após a alienação, então o adquirente irá responder apenas de forma supletiva ou subsidiária (art. 133, II, CTN).

Mas então, quando não responderá pelas obrigações tributárias na alienação do estabelecimento empresarial? Vale a pena conferir as palavras de Eduardo Sabbag a respeito: “Interessante e óbvia situação é a hipótese (contrária ao caput do art. 133) não prevista neste artigo, em que o adquirente não continua a respectiva exploração. Neste caso, “não há responsabilidade do adquirente pelos tributos devidos” (SABBAG, 2011, p. 728).

Também não responderá o adquirente pelas obrigações tributárias, quando adquirir o estabelecimento empresarial ou fundo de comércio em sede de alienação judicial decorrente de processo de falência ou recuperação judicial (art. 133, §1º, CTN).

A razão é muito simples, não haveriam interessados em adquirir tais ativos acaso viessem a ser responsabilizado por débitos fiscais anteriores. A respeito das razões de o legislador ter criado tal regra, encontra-se muito bem explicada por Sabbag:



É sabido que os débitos de natureza fiscal representam a grande parcela de débitos de uma empresa em dificuldades financeiras. Desta forma, afastada a responsabilidade por sucessão comercial, aumentam as possibilidades de aquisição de bens do devedor falido ou em processo de recuperação judicial (...) A nosso pensar, essa inovação é muito positiva, uma vez que a empresa tende a continuar em atividade (gerando riquezas e mantendo empregos), enquanto o produto da alienação passa a ser fundamental no processo de reabilitação do devedor. (SABBAG, 2011, p. 730)

Desta forma, pensando de forma ampla, o legislador, além dos motivos já citados pelo autor retro, também acabou por criar um mecanismo de preservar e dar eficácia ao processo de recuperação judicial de empresas. Em muitos casos específicos, uma alienação de parte do estabelecimento empresarial desde que feita em tempo, é o plano que se mostra mais adequado para a revitalização da empresa. Logo, se de outra forma fosse, não haveria compradores. Enfim, todos tendem a ganhar.

Discussão interessante e que pode servir de parâmetro o tema proposto, ocorreu na seara trabalhista. Inicialmente, o artigo 60 da Lei 11.101/05 não previu a irresponsabilidade trabalhista do adquirente de filiais ou unidades produtivas de empresas que estivessem sob a recuperação judicial. Já por seu turno, esta irresponsabilidade estava expressamente prevista no artigo 141, inciso II, da mesma lei, que trata destas espécies de alienações quando a empresa já estava em processo de falência.

Art. 60. Se o plano de recuperação judicial aprovado envolver alienação judicial de filiais ou de unidades produtivas isoladas do devedor, o juiz ordenará a sua realização, observado o disposto no art. 142 desta Lei.

Parágrafo único. O objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observado o disposto no § 10 do art. 141 desta Lei.

Art. 141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais, promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...)

II – o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.

Tamanho foi o embate, que a discussão acabou chegando ao Supremo Tribunal Federal, que sedimentou o entendimento sobre o assunto.

A questão central do argumento defendido no presente estudo gira em torno da análise das interpretações possíveis acerca da sucessão trabalhista na recuperação judicial. A matéria tratada é das mais árduas e controvertidas, havendo ponto de vista para todos os paladares, num sem número de opiniões as mais contraditórias, uma verdadeira “Torre de Babel”. O ponto nevrálgico da celeuma é a previsão do art. 6o, parágrafo único da LRF, o qual nada menciona acerca da sucessão trabalhista, dispondo apenas sobre responsabilidade do arrematante nas obrigações e as de natureza tributária. (DOS SANTOS, 2008, p. 26)

A decisão proferida na Adin 3934-2/DF, não conseguiu por fim as polêmicas, contudo, foi suficiente para instalar a segurança jurídica sobre a controvérsia. A Suprema Corte entendeu pela constitucionalidade do artigo 6o, parágrafo único, da Lei 11.101/05 e pela total irresponsabilidade do adquirente de unidade produtiva isolada de empresa em processo de recuperação judicial.

No voto do Ministro Relator Ricardo Lewandowski, extraíram-se trechos de fundamental importância para a compreensão do posicionamento tomado pela Suprema Corte:

(...) o processo falimentar, nele compreendido a recuperação das empresas em dificuldades, objetiva, em última análise, saldar o seu passivo mediante a realização do respectivo patrimônio. Para tanto, todos os credores são reunidos segundo uma ordem pré-determinada, em consonância com a natureza do crédito de que são detentores.

O referido processo tem em mira não somente contribuir para que a empresa vergastada por uma crise econômica ou financeira possa superá-la, eventualmente, mas também busca preservar, o mais possível, os vínculos trabalhistas e a cadeia de fornecedores com os quais ela guarda verdadeira relação simbiótica.

(...)

Por essas razões, entendo que os arts. 6o, parágrafo único, e 141, II, do texto legal em comento mostram-se constitucionalmente hígidos no aspecto em que estabelecem a inoccorrência de sucessão dos créditos trabalhistas, particularmente porque o legislador ordinário, ao concebê-los, optou por dar concreção a determinados valores constitucionais, a saber, a livre iniciativa e a função social da propriedade – de cujas manifestações a empresa é uma das mais

conspícuas – em detrimentos de outros, com igual densidade axiológica, eis que os reputou mais adequados ao tratamento da matéria.

Desta forma, ante o aparente conflitos de princípios, todos previstos em nosso ordenamento jurídico, esta foi a interpretação dada para preservar o processo de recuperação judicial frente a indisponibilidade do interesse público que permeia o direito tributário e, igualmente, para as normas de direito público que protegem as relações do trabalho. Contudo, em outros sistemas jurídicos, ainda não existe posicionamento, como é o caso da responsabilidade ambiental, que se passa a expor.

### ***A responsabilidade ambiental***

Em sede de Direito Ambiental, se faz necessário lembrar que se trata de matéria que contempla interesse público, sendo o meio ambiente considerado um bem jurídico per si, “isto é, com autonomia em relação a outros bens protegidos pela ordem jurídica” (MILARÉ, 2007, p. 142).

Desta forma, na Carta Magna brasileira os bens ambientais foram declarados de uso comum do povo, assim como os valores que os permeiam ganham *status* de direitos de todos (CF. art. 225 *caput*). Incumbe tanto ao poder público quanto à coletividade sua defesa e preservação.

Desta feita, na busca da efetiva defesa e preservação do meio ambiente, o poder público adotou mecanismos de cunho preventivo, repressivo e reparador de possíveis lesões ou ameaças a lesões voltadas contra o meio ambiente.

É neste cenário que surge a responsabilidade ambiental, pois todo bônus em seu arcabouço acaba por trazer um ônus. Se os bens ambientais são de uso comum do povo sendo também de todos o direito de ter um meio ambiente ecologicamente equilibrado, conseqüentemente também de todos será a responsabilidade pela preservação e reparação dos danos que forem causados. Parece simples, mas não é.

Inicialmente porque a responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente desdobra-se em três espécies distintas: Responsabilidade civil, penal e administrativa. Para Fiorillo:

O art. 225, § 3º, da Constituição Federal, ao preceituar que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão seus infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a infrações penais e

administrativas, independente da obrigação de reparar os danos causados, consagrou a regra da cumulatividade das sanções, até mesmo porque, como visto, as sanções penais, civis e administrativas, além de protegerem objetos distintos, estão sujeitas a regimes jurídicos diversos. (FIORILLO, 2009, p. 62)

Ante a distinção e diversidades dos objetos jurídicos tutelados por cada ramo do direito, é possível a responsabilização tríplice pelo dano ambiental causado: administrativa, penal e civil.

A responsabilidade penal e administrativa possui caráter eminentemente repressivo, logo, estão atreladas diretamente o autor do dano, ou seja, possuem caráter pessoal. Ainda quanto a responsabilidade administrativa ambiental, pode ser dito que a mesma possui um sistema híbrido. Para Milaré:

A responsabilidade administrativa ambiental caracteriza-se por constituir um sistema híbrido entre a responsabilidade civil objetiva e a responsabilidade penal subjetiva: de um lado, de acordo com a definição de infração inscrita no art. 70 da Lei 9.605/1998, a responsabilidade administrativa prescinde de culpa; de outro, porém, ao contrario da esfera civil, não dispensa a ilicitude da conduta para que seja ela tida como infracional, além de caracterizar-se pela pessoalidade, decorrente da sua índole repressiva. (MILARÉ, 2007, p. 835; grifo nosso)

Quanto a responsabilidade penal ambiental, eminentemente de cunho repressivo seccionador, indiscutível é o seu caráter de pessoalidade, inclusive por expressa disposição constitucional que em seu artigo 5º, inciso XLV, que preceitua que “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Em razão disso, a pessoalidade no Direito Penal, mais de que uma característica é tida como um princípio. Nas exatas palavras de Capez (2005, p. 28), “ninguém pode ser responsabilizado por fato cometido por outra pessoa”.

Desta forma, pela característica de pessoalidade que estão carregadas a responsabilidade penal e administrativa, se torna de fácil conclusão que não podem ser atribuídas a terceiros, como numa possível sucessão empresarial em sede de recuperação judicial de empresas.

Contudo, o mesmo grau de certeza não pode ser visualizado na responsabilidade civil ambiental, em razão das características *sui generis* que permeiam este instituto, conforme se passa a discorrer.

### *A responsabilidade civil ambiental*

Como visto, a responsabilidade civil cuida da função reparadora do dano, ou seja, em uma visão imaginária, consiste na restituição das coisas ao estado anterior. Quando impossível de fato a recomposição do meio ambiente, tenta ao menos se fazer uma compensação financeira pelo dano causado, o que sempre deve ser uma exceção no Direito Ambiental.

Pois bem, inicialmente ressalta-se que a responsabilidade civil ambiental difere da responsabilidade civil comum em aspectos essenciais à imputação do dever reparador. Enquanto a responsabilidade civil comum está baseada na culpa, a responsabilidade civil ambiental é objetiva, ou seja, basta o nexo causal e o dano para surgir o dever de reparar. Mas a responsabilidade objetiva, não é nenhuma novidade, já existindo em vários outros campos do direito, como na responsabilidade do estado, da empresa por danos causados por seus funcionários, entre outros.

Na responsabilidade civil ambiental, o Brasil adotou a teoria do risco integral. Para Milaré:

A reparação deve se dar de forma integral, independentemente de norma jurídica que diga ao contrário, da impossibilidade de retornar-se ao estado anterior ou da capacidade econômica do agente. Ainda sob a ótica da teoria do risco integral, estão afastadas quaisquer das causas excludentes de ilicitude ou excludentes da responsabilidade civil que normalmente são aplicáveis a responsabilidade objetiva, como o caso fortuito ou força maior. (MILARÉ, 2007, p. 900)

Contudo, há ainda um entendimento que transcende ao causador do dano como responsável pela reparação. É o que ocorre no chamado dano preexistente. Milaré (2007, p. 908), leciona que o fato de o dano preexistir a determinada relação jurídica, “não constitui motivo de exoneração de responsabilidade civil”. É o que tipicamente acontece no caso do comprador que adquire área já degradada, de quem desenvolve atividade poluente em área que já estava poluída por terceiros entre outras.

Diga-se que a responsabilidade pelo dano preexistente, decorre diretamente da teoria do risco integral, este que já vem calcado no princípio da supremacia do bem ambiental. Para Vianna (2006, p. 55) “havendo conflito entre interesse privado e meio ambiente, prevalece este último”. Como o Direito ambiental visa assegurar a presente e futuras gerações, estaria em pé de igualdade com o Direito Público.

Como visto, no processo de recuperação judicial quem adquire estabelecimento empresarial, em tese, não herda legados do beneficiário do instituto, sob pena de inviabilizar o próprio espírito da lei. Contudo, não se olvida que ante a teoria do risco integral e do princípio da supremacia do bem ambiental, os interessados em adquirir tais estabelecimentos, por cautela, certamente deverão fazer uma detalhada análise deste risco em suas propostas, sob pena de amargarem um péssimo negócio, quiçá pondo em risco a saúde financeira de uma empresa até então plenamente viável que cumpria sua função social.

E, um dos grandes dilemas na sucessão empresarial é quando o dano ambiental for completamente desconhecido e não passou por qualquer tipo mensuração. Muitas vezes, sequer há como estimar o montante pecuniário necessário a sua reparação. Embora a atividade empresarial, tenha como característica a assunção de riscos pelos investidores, tais riscos quando desmedidos, podem levar ao aniquilamento do investimento, no caso, da própria ineficácia do trespasse de estabelecimentos empresariais de sociedades mercantis em processo de recuperação judicial.

No mundo globalizado, com margens de lucros cada vez mais reduzidas e com a forte concorrência enfrentada pelos empresários, sejam nacionais ou internacionais os riscos não calculáveis causam grande desestímulo ao investimento, razão pela qual pode ser vantajoso instituir um estabelecimento empresarial originário em vez de adquirir um já existente, justamente como forma de se ver livre do risco ambiental.

Verifica-se que caso opte-se por constituir um novo estabelecimento, terá que empregar nova matéria física, como equipamentos, construções, ocupará novo espaço, etc., gerando assim, mesmo que indiretamente um custo ambiental. Além disso, aquele estabelecimento que já existia, mesmo que não esteja mais causando danos ambientais por estar sem atividade, possivelmente por ficar ocioso, poderá deteriorar-se, tornando-se entulho e gerando novos problemas ambientais. Por fim, caso ninguém assuma este estabelecimento tido por causador de danos ambientais, certamente nenhum dano pré-existente irá ser reparado.

Não restam dúvidas da relevância de ambos os interesses, ambientais e econômicos, contudo, o presente trabalho mais que dar uma resposta ao problema apresentado, busca alertar que há aqui um aspecto que aparentemente não está satisfatoriamente regulamentado pela

legislação brasileira, fato que pode trazer consequências negativas para a economia, e, também, para o socioambientalismo.

### **Considerações finais**

A principal bandeira da nova legislação falimentar brasileira é o instituto da Recuperação Judicial de empresas. Ficou de lado a antiquada Lei de Falências, que objetivava antes de tudo a satisfação dos credores, para, agora, proporcionar às empresas múltiplos mecanismos de reestruturação da atividade, quando diante de crise econômico financeira.

Assim sendo, com a criação da Lei 11.101/05, criam-se as figuras de recuperação judicial e extrajudicial, que possibilita uma maior abrangência e flexibilidade nos processos de recuperação das empresas devedoras, permitindo o redesenho de alternativas para a empresa e para os credores em enfrentar as dificuldades econômicas e financeiras momentâneas.

Por sua vez, o plano de recuperação pode se dar de várias maneiras, a Lei 11.101/05 não apresenta rol taxativo. Logo, cumpre a assembleia de credores aceitar o plano inicialmente apresentado ou fazer as alterações que entender necessárias.

Viu-se também, que o plano de recuperação pode contemplar venda de ativos, entre eles, parte do estabelecimento comercial, por meio do conhecido contrato de *traspasse*. Neste contrato, via de regra, o adquirente não tem qualquer responsabilidade civil, tributária e trabalhista por fatos anteriores à aquisição, justamente para que existam interessados na compra.

Contudo, ainda existe a responsabilidade ambiental sobre o bem adquirido. Como visto, este se desdobra em três vértices: responsabilidade criminal, administrativa e civil. As duas primeiras de cunho repressivo e preventivo e a última de cunho eminentemente reparador.

Quando se está diante da responsabilidade repressiva punitiva, por força da própria Constituição Federal não há como a ela transcender às pessoas causadoras do dano. Já o mesmo não pode ser dito em relação a responsabilidade de cunho reparador, pois a mesma detém natureza civil, podendo ser transformada em pecúnia quando não for possível reconstituir o bem lesionado.

A responsabilidade civil ambiental ainda difere-se da responsabilidade civil ordinária e objetiva no sentido de que a primeira

está calcada na teoria do risco integral, ou seja, basta o dano e o nexo causal. Sequer excludentes de ilicitude podem ser invocadas como o caso fortuito ou de força maior.

Ainda foi visto, que quando o dano for preexistente, também não elide a responsabilidade sobre o mesmo, sendo o sucessor obrigado a repará-lo. Desta forma, imperativo advertir, que mesmo em sede de recuperação judicial, pode-se concluir pela possibilidade de existência de responsabilidade do adquirente do estabelecimento ante os princípios que norteiam o direito ambiental. Certamente, a falta de uma regulamentação clara sobre os limites da responsabilidade civil ambiental, poderá gerar conflitos e insegurança jurídica, podendo causar prejuízos a ambas as esferas juridicamente protegidas (economia e meio ambiente).

## Referências

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: jan. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei 11.101 de 09 de fevereiro de 2005*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: jan. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: jan. 2013.

\_\_\_\_\_. *Lei 12.651 de 25 de maio de 2012*. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acessado em: jan. 2013.

\_\_\_\_\_. *Supremo Tribunal Federal*. Adin 3934-2/DF. Rel. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acessado em: jan. 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: Vol. 1: Parte Geral (arts. 1º a 120)*. 8ª ed. Ver. E atual. De acordo com as Leis n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003, 10.826/2003 e 10.886/2004. São Paulo: Saraiva, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Vol. 1, 15. ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Vol. 2, 14. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa*. Vol. 3, 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.



FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. rev. Atual e Ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

MANDEL, Julio Kahan. *Nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas anotada: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. São Paulo: Saraiva, 2005.

MILARÉ, Édis. *Direito do Ambiente. A gestão ambiental em foco: Doutrina. Jurisprudência. Glossário*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEGRÃO, Ricardo. *Aspectos objetivos da lei de recuperação de empresas e de falências: Lei n. 11.101, de 9 de fevereiro de 2005*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Ana Carolina Quintanilha dos. *Aspectos Polemicos da Lei 11.101/05 e suas implicações no processo do trabalho: As lições do caso Varing*. Rio de Janeiro, (RJ) – Curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. 2008. 70 p. (Monografia de Conclusão de Curso).

VIANNA, José Ricardo Alvares. *Responsabilidade civil por danos ao meio ambiente à luz do Novo Código Civil*. 1. ed. 3ª tir. Curitiba: Juruá, 2006.

ZAGO, Felipe do Canto. *A falência das empresas públicas e das sociedades de economia mista. Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2720, 12 dez. 2010.

# A TRIBUTAÇÃO ECOLÓGICA COMO INSTRUMENTO DE FORMULAÇÃO E IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO E PROMOÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Marcelo Adriam de Souza\*

---

## Introdução

A ecologização do pensamento contemporâneo tem exigido e provocado mudanças de comportamentos dos atores sociais, sejam estatais ou não estatais. Nesse sentido, os mais diversos campos de pesquisa e estudos, tem sido permeados com a preocupação urgente de proteção de valores ambientais, culminando com a necessidade reconstrução do próprio conteúdo de cidadania.

No campo do Direito, a (re)valorização dos preceitos axiológicos ambientais pelo constitucionalismo, em especial os preceitos que buscam garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado na Constituição da República, destaca-se como fonte de formação e difusão de consciência em torno da necessidade de preservação e promoção de bens ambientais.

Acompanhando essa nova pauta valorativa cultivada pela Constituição, emergente de vários segmentos sociais e estimulada por preocupante, crescente e fundamentado nível de alerta ambiental, incumbe investigar de que modo o Estado, de um lado principal formulador e executor de políticas públicas e, de outro, instituidor e arrecadador de tributos, pode exercitar essa novo padrão comportamental.

Valendo-se, assim, das prerrogativas conferidas pelo ordenamento constitucional e legal que a configuram, o Poder Público, por intermédio de suas entidades federativas, conta com instrumentos de tributação que

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã da UNOCHAPECÓ. Procurador do Estado de Santa Catarina.

podem servir de estímulo para a (re)formulação e/ou (re)implementação de políticas públicas destinadas à proteção ambiental.

Por esse viés, o presente artigo tem em mira apresentar os preceitos normativos que orientam a atual concepção de proteção do meio ambiente e sua repercussão na formulação e execução das políticas públicas de sua promoção buscando identificar como a tributação pode fomentar a participação do cidadão na gestão e execução da política pública ambiental.

### **A percepção dos riscos ambientais na sociedade pós-industrial e a proteção constitucional do meio ambiente**

Historicamente, os processos de desenvolvimento tem produzido inúmeras consequências danosas à natureza, ocasionando o agravamento do risco de desastres ecológicos de variadas proporções e de consequências ainda não precisamente mensuráveis pela ciência, comprometendo a própria viabilidade de sobrevivência dos seres humanos com padrões ambientais seguros às presentes e futuras gerações.

Trata-se da sociedade pós-industrial, marcada pela incidência e intensificação dos agravos gerados pela produção massificada de bens sem o tratamento adequado dos riscos que referido modo de desenvolvimento tem suscitado. Designando o quadro de pós-modernidade, Leite ensina:

A sociedade de risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental. Nota-se, portanto, a evolução e o agravamento dos problemas, seguidos de uma evolução da sociedade (da sociedade industrial para sociedade de risco) sem, contudo, uma adequação dos mecanismos jurídicos de solução dos problemas dessa nova sociedade. (LEITE, 2012, p. 158)

A atual conjuntura global, marcada pela multiplicidade e transversalidade de processos de comunicação produtiva, agravada pela incipiência, diluição ou mesmo ineficácia dos mecanismos tradicionais de neutralização dos perigos de lesão ambiental, exige uma retomada de rumos, tanto por parte das entidades estatais e não estatais como pelos seus membros individualmente considerados.

Para comprovar o quadro exposto, a problemática ambiental nos dias atuais atinge patamares significativos quando se considera os perigos gerados pela exposição química dos seres vivos na utilização de

agrotóxicos, destruição das florestas tropicais, poluição dos mananciais hídricos, as mudanças climáticas, entre outros agravos.

E, no que tange a catástrofes “naturais”, a sociedade brasileira não fica desprovida de episódios marcantes. Basta recordar da passagem do furacão *Catarina*, que atingiu as populações catarinense e gaúcha no ano de 2004, considerado o primeiro furacão incidente no Brasil e na região do oceano Atlântico Sul que, conforme Marengo e Nobre (2005, p. 01)<sup>1</sup>. No mesmo trilho, a recentíssima passagem do tornado que atingiu, em 20 de abril deste ano, os municípios de Xanxerê e Ponte Serrada, situados na região oeste de Santa Catarina<sup>2</sup>.

Diante de tal quadro de significativo agravamento do risco ambiental, indispensável a pesquisa de instrumentos que priorizem a proteção e a preservação ambiental, sobretudo no campo do direito, garantindo o desenvolvimento econômico balizado pela exploração racional de recursos naturais.

Por outro lado, no campo jurídico-constitucional, o fenômeno da ecologização da Constituição tem produzido consequências nos mais diversos setores das ciências, atraindo estudos na tentativa de apontar as características e implicações desse novo panorama valorativo abarcado pela Constituição da República de 1988.

Acerca desse novo paradigma axiológico Benjamin leciona:

(...) a ecologização do texto constitucional traz um sabor herético, deslocado das fórmulas antecedentes, ao propor a receita solidarista – temporal e materialmente ampliada (e, por isso mesmo, prisioneira de traços utópicos) – do nós-todos-em-favor do planeta. Nessa, comparando-a com os paradigmas anteriores, nota-se que o eu individualista é substituído pelo nós coletivista, e o típico nós

---

<sup>1</sup> Em 27 de março de 2004 uma tempestade inicialmente classificada como ciclone extratropical atingiu a costa sul do Brasil, entre Laguna (SC) e Torres (RS), com chuvas fortes e ventos estimados em cerca de 150 km/h, matando 11 pessoas no continente e no oceano e causando destruição em dezenas de municípios. Após estudos e debates, concluiu-se que o fenômeno – batizado de *Catarina* por causa do estado mais atingido – foi o primeiro furacão de que se tem notícia no país.

<sup>2</sup> Segundo dados extraídos da Defesa Civil de Santa Catarina, em Xanxerê-SC, o volume de desabrigados chegou a 539. Já o número de desalojados, 4.275, duas mortes e 97 feridos. Ficaram totalmente destruídas, 235 casas. Parcialmente, 360 imóveis. Já aquelas que tiveram apenas danos nos telhados somaram 1.583.

welfarista (o conjunto dos cidadãos em permanentes exigências de iniciativas compensatórias do Estado) passa a agregar, na mesma vala de obrigados, sujeitos públicos e privados, reunidos numa clara mas constitucionalmente legitimada, confusão de posições jurídicas. (BENJAMIN, 2012, p. 84-85)

Segundo Benjamin (2012, p. 92-93), as características que moldam referido modelo constitucional de proteção ambiental, podem ser sintetizadas nas seguintes vertentes axiológicas, a compreensão sistêmica ou holística e autônoma do meio ambiente; b) compromisso ético de não empobrecer a Terra e a sua biodiversidade; c) função sócio-ambiental da propriedade; d) devido processo ambiental lastreado na democracia, transparência e informação em todos os níveis; e, por fim, e) instrumentalização constitucional da defesa ambiental.

Essa guinada axiológica tem seu ponto máximo no art. 225 da Constituição da República, destacando-se o reconhecimento do meio ambiente como bem jurídico autônomo o qual deve ser concretizado por intermédio de políticas públicas a serem implementadas com fundamento em um sistema constitucional imperativo de proteção ambiental.<sup>3</sup>

Nessa perspectiva, Leite (2012, p. 190) destaca a importância de se prestigiar o Estado de Direito Ambiental baseado na perspectiva democrática, afirmando que, somente com a participação de todos na defesa e preservação do meio ambiente, ou seja, atingindo uma unidade entre cidadãos, Estados e meio ambiente é que se poderá falar em ordem pública ambiental.

Na mesma direção, Sarlet e Fensterseifer enfatizando o aspecto ecológico do postulado da dignidade, pontuam:

Nesse contexto, procura-se refletir sobre a reformulação do conceito kantiano (antropocêntrico e individualista) de dignidade, ampliando-se-o para contemplar o reconhecimento da dignidade para além da vida humana, ou seja, para incidir também em face dos animais não humanos, bem como de todas as formas de vida de modo geral, à luz de uma matriz jusfilosófica biocêntrica (ou ecocêntrica), capaz de

---

<sup>3</sup> Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

reconhecer a teia da vida que permeia as relações entre ser humano e Natureza. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 43-44)

Nessa senda, é indispensável reconhecer que o constitucionalismo ambiental, visando a promover o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, preconiza a assunção de obrigações recíprocas por parte dos administrados e das instituições públicas e privadas, implicando a soma de esforços para a garantia do macrobem ambiental e de políticas públicas efetivas destinadas à sua proteção.

### **A tributação ecológica como instrumento de proteção do meio ambiente**

Consoante exposto linhas acima, a percepção das consequências danosas que o modo de produção social industrial impôs ao meio ambiente, acarretou a necessidade de estruturação do fenômeno jurídico qualificado como “constitucionalização do ambiente”. Desenvolvem-se, assim, novas lentes valorativas e imperativas que estendem seus efeitos às demais áreas do direito, sobretudo no direito constitucional e ambiental, impondo aos agentes sociais pautas comportamentais comprometidas com a proteção da biosfera.

No mesmo sentido, a constitucionalização das normas voltadas à proteção e promoção do meio ambiente acarreta, invariavelmente, a necessidade de releitura não somente do papel do cidadão, mas, em especial, dos compromissos do próprio Estado (ou dos Estados, em uma perspectiva global), no sentido de implementar ações eficazes e efetivas com vistas a garantir o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A consolidação de um dever jurídico de defesa ambiental, passa a redirecionar o papel do Estado e da sociedade, os quais são premiados a abandonar a histórica e cômoda passividade – de pouca ou nenhuma responsabilidade – para a assunção de protagonismo no que pertine a concretização de medidas de proteção ecológica.

Enfatizando a força normativa desse dever jurídico-constitucional fundamental, tem-se as lições de Sarlet e Fensterseifer:

A ideia de “dever jurídico” – tanto sob a ótica dos deveres de proteção do Estado quanto dos deveres fundamentais dos particulares (pessoas físicas e jurídicas) é um dos aspectos normativos mais importantes trazidos pela nova “dogmática” dos direitos fundamentais, vinculando-se diretamente com o princípio da solidariedade. (SARLET; FENSTERSEIFER, 2012, p. 46)

Na busca de instrumentos destinados a conferir efetividade a esse dever fundamental, exsurge a possibilidade de utilização de institutos vinculados ao sistema tributário como uma das medidas que podem ser implementadas de modo eficaz pelo Estado para o cumprimento da missão de promoção ambiental.

No exercício das competências tributárias, tem-se apontado a necessidade de inclusão do fator ambiental na instituição e cobrança de determinados impostos, como o IPI (Imposto Sobre Produtos Industrializados) cujas alíquotas poderiam variar em função dos produtos produzidos com maior e melhor obediência aos padrões ecológicos. Mesma tônica poderia ser conferida relativamente ao IPTU (Imposto sobre a Propriedade Territorial Urbana) e ITR (Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural), privilegiando-se a propriedade de imóvel que efetivamente possa cumprir a função socioambiental (manutenção de unidades de conservação, por exemplo).

Sob tal ótica, Fiorillo e Ferreira destacam que o ITR (Imposto Territorial Rural) é modalidade tributária que já contaria com o componente ambiental em sua implementação, realçando:

O Imposto Territorial Rural, já mencionado, é tributo que há muito vem sendo utilizado nesse sentido. Assim é que a lei federal disciplinadora desse tributo – Lei nº 9.393/96 (com a alteração perpetrada pela MP nº 2.166-67/2001) – exclui da base de cálculo de referido imposto as áreas de floresta nativa e outras consideradas pela legislação como de preservação permanente configurando hipótese de isenção de referido tributo. (FIORILLO; FERREIRA, 2009, p. 113-114)

Como se pode perceber, o elemento ecológico pode ser inserido na quantificação do tributo (base de cálculo) como também sob a forma de benefícios ou incentivos fiscais (isenções, subsídios).

Nada obstante, a inserção do componente ambiental na tributação pode também ser efetivada na fase seguinte a sua arrecadação, ou seja, após a imposição e cobrança da exação. Trata-se da incidência do aspecto ecológico na etapa de repartição das receitas tributárias.

Quanto ao tema, a Constituição da República determina, nos artigos 157 a 162, a divisão do produto da arrecadação tributária entre os entes políticos que estabelece. Assim, nem sempre há coincidência entre a pessoa política instituidora da exação e aquela para a qual será destinada,

mediante repartição constitucionalmente determinada, os recursos auferidos com dita atividade tributária.

No caso dos tributos estaduais, por exemplo, a determinação constitucional é de que pertencem aos municípios até cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seu territórios e, vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, sendo até um quarto conforme critérios estabelecidos por leis estaduais<sup>4</sup>.

É nesse campo de análise que o presente estudo centra seus esforços, mormente porquanto as práticas implementadas no Brasil acabam por evidenciar especial relevo à sistematização da tributação ecológica na fase da repartição das receitas tributárias estaduais entre os diversos municípios integrantes dos estados impositores.

### **“ICMS ecológico” – as sistemáticas de repartição de receitas implementadas pelos estados brasileiros**

No curso das últimas décadas, iniciativas vem sendo introduzidas na tributação brasileira em âmbito estadual, merecendo análise as reformulações das legislações tributárias estaduais para regulamentação dos denominados impostos “ecológicos” ou “verdes”.

Consoante acima prefaciado, em que pesem as possibilidades vislumbradas em face das modalidades tributárias acima elencadas, no caso do Brasil, a denominada tributação ecológica vem encontrando campo fértil para sua sistematização em face dos tributos de competência

---

<sup>4</sup> Constituição da República. Art. 158. Pertencem aos Municípios: (...) III – cinquenta por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre a propriedade de veículos automotores licenciados em seus territórios; IV – vinte e cinco por cento do produto da arrecadação do imposto do Estado sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Parágrafo único. As parcelas de receita pertencentes aos Municípios, mencionadas no inciso IV, serão creditadas conforme os seguintes critérios: I – três quartos, no mínimo, na proporção do valor adicionado nas operações relativas à circulação de mercadorias e nas prestações de serviços, realizadas em seus territórios; II – até um quarto, de acordo com o que dispuser lei estadual ou, no caso dos Territórios, lei federal.



estadual, em especial quanto à repartição das receitas tributárias relativas ao imposto sobre circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte e comunicação – ICMS.

Imposto exclusivo da competência tributária estadual e distrital, o ICMS constitui-se em principal fonte de arrecadação das entidades parciais brasileiras, tendo sua instituição estatuída na Constituição da República, incumbindo aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (CF, art. 155, II).

No que pertine ao montante de sua arrecadação, a Constituição da República, determina que parcela (25%) do produto da arrecadação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Internacional e de Comunicação – ICMS pertencem aos Municípios (CF, art. 158).

Com base em tal sistemática constitucional, vários Estados-membros passaram a incorporar experiências de tributação com viés ecológico, destacando-se a pioneira iniciativa implementada pelo estado do Paraná.

### ***O ICMS ecológico no estado do Paraná***

A literatura especializada aponta a experiência implementada pelo estado paranaense como sendo a primeira prática de tributação ecológica em âmbito estadual. Circunscrevendo aspectos que motivaram a instituição dos tributos ecológicos no plano dos estados, recorda Fiorillo (2009, p. 116)

Os Municípios viam suas economias debilitadas pelas restrições de uso causadas pela necessidade de vigiar os mananciais de abastecimento para Municípios adjacentes e pela existência de unidades de conservação; por outro lado, o Poder Público estadual percebia cada vez mais a necessidade de modernizar seus instrumentos de política pública nesse sentido. (FIORILLO, 2009, p. 116)

A fim de abrir margem à integração do componente ecológico no aspecto tributacional, a Constituição do Estado do Paraná de 1989, estipulou que os Municípios que apresentassem parte de seu território integrando unidades de conservação ambiental ou com mananciais de

abastecimento público, tivessem tratamento diferenciado por parte do estado na fase de distribuição das receitas tributárias<sup>5</sup>.

Assim, a Lei Complementar nº 59, de 01 de outubro de 1991, regulamentou a repartição do produto das receitas decorrentes do ICMS obedecendo-se os padrões ambientais definidos pela Carta Estadual<sup>6</sup>.

O ICMS ecológico, no Estado do Paraná, constitui instrumento que trata do repasse de recursos tributários aos municípios que abrigam em seus territórios unidades de conservação ou áreas protegidas, ou ainda mananciais para abastecimento de municípios vizinhos.

Analisando-se a legislação encetada pelo estado paranaense, verifica-se que, do total do ICMS arrecadado pelo Estado, 5% (cinco por cento) é destinado para os municípios, proporcionalmente às Unidades em função do tamanho, importância, grau de investimento na área, manancial de captação e outros fatores.

Estes 5% são destinados aos municípios da seguinte forma: a) 50% para Municípios que tenham em seu território Mananciais de Abastecimento, cuja água se destina ao abastecimento da população de outro município; b) 50% para Municípios que tenham integrado em seu território unidades de conservação, áreas de terras indígenas, reservas particulares do patrimônio natural, faxinais, reservas florestais legais.

### ***O modelo de Minas Gerais***

Já no Estado de Minas Gerais, a Lei 13.803/2000<sup>7</sup>, regulamentou a distribuição de receitas tributária, fixando que a parcela de ICMS

---

<sup>5</sup> Constituição do Estado do Paraná. Art. 132. Parágrafo único – O Estado assegurará, na forma da lei, aos Municípios que tenham parte de seu território integrando unidades de conservação ambiental, ou que sejam diretamente influenciados por elas, ou àqueles com mananciais de abastecimento público, tratamento especial quanto ao crédito da receita referida no art. 158, parágrafo único, II da Constituição Federal.

<sup>6</sup> Paraná. Lei Complementar Estadual nº 59/2007. Dispõe sobre a repartição de 5% do ICMS, a que alude o art.2º da Lei 9.491/90, aos municípios com mananciais de abastecimento e unidades de conservação ambiental, assim como adota outras providências.

<sup>7</sup> Minas Gerais. Lei Estadual nº 13.803, de 27 de dezembro de 2000. Dispõe sobre a distribuição da parcela da receita do produto da arrecadação do ICMS pertencente aos municípios.

arrecadada destinada aos municípios vincular-se-ia a critérios de ordem social, educacional e ambiental.

No que pertine à satisfação de índices ambientais, estabeleceu:

VIII – meio ambiente: observados os seguintes critérios:

- a) parcela de, no máximo, 50% (cinquenta por cento) do total será distribuída aos municípios cujos sistemas de tratamento ou disposição final de lixo ou de esgoto sanitário, com operação licenciada pelo órgão ambiental estadual, atendam, no mínimo, a, respectivamente, 70% (setenta por cento) e 50% (cinquenta por cento) da população, sendo que o valor máximo a ser atribuído a cada município não excederá o seu investimento, estimado com base na população atendida e no custo médio “per capita” dos sistemas de aterro sanitário, usina de compostagem de lixo e estação de tratamento de esgotos sanitários, fixado pelo Conselho Estadual de Política Ambiental – COPAM -;
- b) o restante dos recursos será distribuído com base no Índice de Conservação do Município, calculado de acordo com o Anexo IV desta lei, considerando-se as unidades de conservação estaduais, federais e particulares, bem como as unidades municipais que venham a ser cadastradas, observados os parâmetros e os procedimentos definidos pelo órgão ambiental estadual;
- c) a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável fará publicar, até o último dia do trimestre civil, os dados apurados relativos ao trimestre imediatamente anterior, com a relação de municípios habilitados segundo as alíneas “a” e “b” deste inciso, para fins de distribuição dos recursos no trimestre subsequente.

Como se pode perceber, a legislação tributária mineira parece haver avançado na atribuição da receita de impostos. Isso porquanto canaliza maior volume de retorno aos municípios que melhor desempenho demonstrarem na proteção não somente de áreas ambientalmente protegidas, mas também no tratamento de resíduos urbanos, esgotamento sanitário com licenciamento ambiental.

A iniciativa implantada no estado de Minas Gerais parece incorporar de modo mais amplo a participação do poder local na implementação da política de proteção ambiental, na medida em que viabiliza também o cadastramento de unidades de conservação municipais e estabelece padrões mínimos a serem satisfeitos no quesito de tratamento de resíduos.

Oportuno observar, nesse momento, que o presente estudo não pretende abordar os métodos de proteção ecológica eleitos pela unidade

federativa para o tratamento dos aspectos nele envolvidos, tema que poderá ser melhor aprofundado em outros trabalhos.

### *O estado de Santa Catarina e a tributação ecológica*

Em que pesem as diversas iniciativas já implantadas na República, o estado de Santa Catarina permanece no escasso grupo das entidades políticas que ainda não formalizaram a introdução do componente ambiental na sistemática tributacional do ICMS.

Contudo, levantamento efetuado junto ao sítio da Assembleia Legislativa do Estado (Alesc), evidencia propostas já apresentadas, porém, que ainda não ganharam fôlego político suficiente para deixar o âmbito abstrato para prática efetiva.

Dentre eles, colhe-se o projeto de lei complementar estadual nº 035.7/2011<sup>8</sup>, o qual pretendia fixar diretrizes para a instituição do ICMS ecológico em Santa Catarina. De acordo com referida proposta, os municípios, para fazerem jus ao percentual fixado a título de icms ecológico, seriam classificados em categorias (de A até C), conforme o volume de ações em nível ambiental.

A fim de melhor análise, vale destacar os seguintes pontos do projeto legislativo em destaque:

- I – Categoria A: gestão ambiental de acordo com os padrões de desenvolvimento sustentável e conservação da biodiversidade e dos recursos naturais, aproximando-se do que seria ideal quanto ao abordado nas alíneas abaixo, com efetivas providências para, pelo menos, seis delas:
  - a) ações de saneamento ambiental referente a resíduos sólidos, inclusive lixo hospitalar – coleta, transporte, tratamento e destinação dos resíduos sólidos – aterro sanitário, incineração, reciclagem e compostagem;
  - b) ações efetivas de educação ambiental, na zona urbana e rural, nas escolas (educação não formal) e grupos da sociedade organizada;
  - c) redução do desmatamento, recuperação de áreas degradadas – reflorestamento;
  - d) conservação do solo, da água e da biodiversidade;
  - e) proteção de mananciais de abastecimento público;

---

<sup>8</sup> De autoria do deputado estadual Kennedy Nunes

- f) identificação e controle de fontes de poluição atmosférica, sonora e visual, procurando minimizá-las;
  - g) edificações irregulares – inadequação às normas de uso e ocupação do solo;
  - h) disposições legais sobre unidades de conservação ambiental – comunidades indígenas, estações ecológicas, parques, reservas florestais, hortos florestais, áreas de relevante interesse de leis ou decretos federais, estaduais ou municipais, existentes no município;
  - e
  - i) elaboração de plano sobre política municipal de meio ambiente, obedecidas as peculiaridades locais, respeitada a legislação federal e estadual sobre o assunto.
- II – Categoria B: em relação ao grupo da Categoria A, o município está caminhando para uma gestão ambiental adequada, já tendo regulamentado e estando em funcionamento, pelo menos, quatro providências elencadas nas alíneas do inciso I do § 2º deste artigo; e
- III – Categoria C: o município está iniciando a implementação de uma política ambiental adequada, que garanta seu desenvolvimento sustentável com, no mínimo, três das providências elencadas nas alíneas do inciso I do § 2º deste artigo, que já mereceram atenção municipal.

A justificativa apresentada no projeto também fornece elementos que parecem confirmar o estudo aqui proposto, valendo citar:

(...) Não obstante, a expressão já popularizada ICMS ECOLÓGICO está a indicar uma maior destinação de parcela do ICMS aos municípios em razão de sua adequação a níveis legalmente estabelecidos de preservação ambiental e de melhoria da qualidade de vida, observados os limites constitucionais de distribuição de receitas tributárias e os critérios técnicos definidos em lei.

Embora a iniciativa pareça louvável, há de se reconhecer que os critérios estabelecidos no projeto mereceriam melhor análise, especialmente em se considerando o elevado grau de indeterminação que marcam alguns parâmetros estabelecidos para a classificação dos municípios.

De todo modo, as razões pelas quais referidas propostas ainda não conquistaram o apoio político necessário para sua aprovação ainda parecem pouco esclarecidas. Especialmente ao se considerar que a repartição de receitas tributárias em favor dos municípios mais “amigos do ambiente”, busca privilegiar a eficiência administrativo-ambiental.

Nesse contexto, é lícito questionar-se quais os fundamentos que ainda não conduziram ao avanço das propostas de implantação do ICMS ecológico em Santa Catarina, sistemática que poderia suprir o déficit de força estatal e social na execução da política de proteção ambiental nos mais diversos municípios catarinenses.

Sem embargo, além das sistematizações acima elencadas, é preciso mencionar que a tributação ecológica tem conquistado apoio na estrutura republicana brasileira, verificando-se, a título exemplificativo, a efetivação de propostas em São Paulo, Paraíba e Pernambuco.

Aspecto interessante é destacado por Oliveira (2015) que, ao comentar a instituição do ICMS ecológico no Estado de Pernambuco, anota a introdução de critérios sociais como fator de balanceamento em relação aos municípios menos favorecidos para a instituição de unidades de conservação ecológica:

A partir da adoção destes critérios, com a transformação do ICMS ecológico em ICMS sócio-ambiental, denominação dada ao instrumento no Estado de Pernambuco, além de estimular os municípios a investirem em tais áreas, tornaria mais justa a distribuição dos recursos, uma vez que, aquelas localidades que, em decorrência da própria formação geográfica, não apresentam características naturais para possuir Unidades de Conservação, também participariam do rateio de tal montante pelos investimentos nas áreas de saúde e educação. (OLIVEIRA, 2015)

A introdução de fatores associados aos aspectos educacionais e sociais na repartição das receitas de ICMS, ao que tudo indica, fortalecem a prática multidisciplinar de proteção ambiental, além de equalizar eventuais distorções na distribuição dos recursos. Contudo, tal medida não pode ser utilizada como fonte de desvios na execução da política de tributação ecológica, não se podendo dar azo a que um determinado município simplesmente deixe de investir na proteção ambiental por meio de áreas de conservação sob a alegação de que estará cumprindo outros índices de cunho educacional.

A solução a ser buscada parece residir no estabelecimento de padrões mínimos e cumprimento de metas ambientais alternativas, tais como investimento em ações de educação escolar ambiental, manutenção e criação de parques ecológicos municipais, promoção de eventos culturais de cunho eminentemente ambiental.

De todo modo, a inserção do fator ecológico nas legislações estaduais que estatuem a repartição das receitas tributárias entre estados e municípios é medida que parece contribuir para o fortalecimento do pacto federativo e, em especial, da própria política de proteção ambiental em âmbito local.

### **Aperfeiçoamento do modelo inicialmente proposto: prioridade para a participação do cidadão na proteção ao meio ambiente**

A análise das sistemáticas que tem sido aplicadas no âmbito das unidades federativas estaduais, sobretudo a utilização do ICMS ecológico ou a repartição das receitas tributárias com base no critério socioambiental permite inferir que se trata de medida que privilegia o fator local na preservação do meio ambiente.

Com efeito, o município que demonstra melhor desempenho na implementação de projetos ambientais acaba recebendo uma contrapartida maior na fatia de distribuição do imposto, contribuindo para o fortalecimento da política pública ambiental.

Nesse sentido, mostra-se fundamental a participação do cidadão na formulação e implementação de projetos que privilegiem a proteção ambiental em âmbito local e, conseqüentemente, credenciem o ente público municipal na ampliação de recebimento dos recursos relativos aos tributos estaduais arrecadados.

Pode-se pensar desse modo, no ICMS ecológico, por exemplo, no qual o cidadão, ao adquirir uma determinada mercadoria em um estabelecimento comercial saiba, já de antemão, que determinada parcela de recursos destinados à entidade estatal impositiva (no caso o Estado da federação) aquela importância que será revertida posteriormente em forma de repasse para o seu Município, poderá ter uma percentagem aplicada diretamente na execução daquele determinado projeto ambiental.

Com isso, restringem-se as aberturas existentes na estrutura burocrática que permitem que referidos recursos eventualmente deixem de serem aplicados no projeto de proteção ecológica para serem canalizados aos mais variados fins, evitando-se a prática da trespasse dos recursos ou a subvalorização da política ambiental.

A tributação verde pode também servir de base para a difusão de uma formação de consciência ambiental, haja vista que o cidadão terá maiores condições de aferir o destino que será dado aos recursos que são

carreados aos cofres estatais e seu efetivo retorno sob a forma de aplicação na proteção e promoção dos bens ambientais.

Outrossim, a transparência na aplicação dos recursos arrecadados pode ser fator decisivo para uma verdadeira virada de rumos na concepção e cobrança de tributos por parte do Poder Público, impondo aos administradores o dever-poder de, não somente pensar como, onde e, em que medida, determinado fenômeno econômico será alcançado pela força impositiva estatal, mas, sobretudo, de que maneira referido tributo deverá reverter em benefício do cidadão, sob a forma de políticas de proteção ambiental.

O risco de que essa sistemática se transforme em tentativa meramente retórica de deverá ser previsto e contido por medidas que permitam ao cidadão estabelecer modos de participação, não somente na fase de concepção da espécie tributária e sua forma de instituição mas, especialmente, na fase seguinte de canalização e repasse dos recursos por parte do Estado.

Assim, a ideia-força que permitiria o aperfeiçoamento do sistema de tributação ecológica culmina na possibilidade de o cidadão previamente apontar e escolher os projetos nos quais desejaria ver aplicados ditos recursos, fomentando a cultura de uma política de proteção cidadã e participativa do meio ambiente.

Acredita-se, com isso, que a tributação ecológica sob um viés participativo tem por finalidade colocar o cidadão em posição de destaque na formulação e execução de políticas de proteção ambiental, porquanto lhe restitui o poder de conhecer (transparência), eleger (poder), apresentar propostas e projetos (participar), bem como de acompanhar (fiscalizar) em qual medida os recursos inicialmente canalizados para a entidade estatal deverão reverter em benefício do meio ambiente e, via de consequência, para a própria coletividade.

Essa concepção pode também representar uma das alternativas a serem construídas pela sociedade, em conjunto com as instituições políticas para se tornar efetivo o comando fundamental que ordena a defesa e a promoção dos valores ambientais em todos os níveis, conferindo-se ao cidadão maior grau de transparência na fiscalização e na participação dos recursos tributários.

Outrossim, a sistemática da tributação ambiental pode funcionar como imperativos de uma ética redistributiva, aproximando os canais de



poder locais ao agente arrecadador e incentivando o conhecimento dos resultados da aplicação dos recursos arrecadados, incentivando o acompanhamento, a fiscalização e a gestão dos recursos em âmbito municipal.

### **Considerações finais**

Em perspectiva de arremate, a perspectiva da ecologização da constituição aliada à percepção dos riscos da modernidade manifestados no campo ambiental é fenômeno que marca a necessidade de uma retomada de rumos por parte da sociedade e das instituições políticas no trato do meio ambiente.

Conquanto essa nova forma de relacionamento com o meio ambiente não se concretize na velocidade e medidas necessárias, o estudo e a efetiva aplicação de medidas destinadas a priorizar a proteção do meio ambiente pelas entidades estatais parece fornecer importante contributo na efetivação do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Nesse sentido, a tributação ecológica pelos Estados-membros, manifestada no Brasil sob as iniciativas de ICMS ecológico parece inserir-se no contexto de um estabelecimento de novas práticas unificadoras das entidades políticas que compõem a noção de Estado, contribuindo para o fortalecimento do pacto federativo e a assunção dos compromissos éticos com a promoção ambiental em nível local.

Além disso, a introdução do componente ambiental como fator central na sistemática tributária também pode contribuir para o fortalecimento do papel do cidadão no controle e gestão dos riscos ambientais, na medida em que este retoma, de certo modo, o controle local na aplicação dos recursos ambientais.

Nesse ponto, estima-se que as forças locais conquistem impulso, pois os atores que compõem o cenário político-social municipal deverão e poderão participar na formulação de projetos de proteção ambiental no âmbito municipal, credenciando-se, assim, na ampliação de recursos tributários auferidos com a tributação ecológica.

Sob esta ótica, também se vislumbra reforço no próprio pacto federativo, o qual parece também ser redefinido sob a ótica de compartilhamento de competências, encargos e recursos financeiros na gestão e implementação da política pública ambiental.

Torna-se fundamental, portanto, que os projetos de conservação ecológica sejam gestados, desenvolvidos e administrados com intensa participação das forças representativas da comunidade local, a qual poderá exercer papel de protagonismo gestão, controle e fruição dos bens ambientais guardados com a aplicação dos recursos transferidos pelos Estados tributantes.

Por último, é também premente que o sistema de tributação ecológica privilegie a progressivo aumento dos percentuais de repasse aos municípios, não se fazendo da tributação ecológica mera retórica para a manutenção de processos de perpetuação de desvios de interesses no exercício da política de proteção ambiental.

## Referências

BENJAMIN, Antônio Herman. Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2007.

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

BRUSEKE, Franz Josef. *A técnica e os riscos da modernidade*. Florianópolis, Ed. da UFSC, 2001.

CANOTILHO, J.J. GOMES et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil*. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

*Defesa Civil de Santa Catarina*. Disponível em: <<http://www.defesacivil.sc.gov.br>>. Acesso em: 08.05.2015.

DMITRUK, Hilda Beatriz. *Cadernos metodológicos*. Diretrizes do trabalho científico. 8. Ed. Chapecó: Argos, 2013.

FIORILLO, Celso Antônio; FERREIRA, Renata Marques. *Direito Ambiental Tributário*. 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

LEITE, José Rubens Morato Leite. Sociedade de risco e Estado. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2012, p. 158.

MARENGO, José A. NOBRE, Carlos A. *Lições do Catarina e do Katrina*. Centro de Previsão de Tempo e Estudos Climáticos, Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. Disponível em: <<http://cienciahoje.uol.com.br>>. Acesso em 08 de maio de 2015.

OLIVEIRA, Adriana Secundo Gonçalves de. Breves considerações acerca da implementação do ICMS ecológico no estado da Paraíba. In: BENJAMIN, Antônio Herman (Coord.). *Licenciamento, ética e sustentabilidade*. Disponível em: <<http://www.planetaverde.org>> Acesso em: 10.05.2015.

PARANÁ. Constituição (1989). *Constituição do Estado do Paraná*. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). *Constituição do Estado de Santa Catarina*. 7. Ed. Curitiba: Juruá: 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Direito ambiental constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1994.

# O PANORAMA DOS CONFLITOS SOCIOAMBIENTAIS NOS EMPREENDIMENTOS HIDRELÉTRICOS NO BRASIL E A SITUAÇÃO DA IMPLANTAÇÃO DA UHE FOZ DO CHAPECÓ

Pedro Luiz Volkweis Filho\*

Arlene Anélia Renk\*\*

---

## Introdução

A energia elétrica é um bem indispensável na vida contemporânea. A atual dependência da humanidade pela energia elétrica a torna um importante fator de estabilidade e capacidade de uma nação, que assim necessita buscar (na medida da necessidade de produção presente e futura) todas as formas possíveis de geração.

No Brasil optou-se, em caráter primário, pela utilização da grande quantidade de rios que atravessam o país e pela geração de energia elétrica através da força da gravidade, com a construção de hidrelétricas. O alagamento provocado pelo dique de contenção gera enorme interferência no meio ambiente, eis que modifica a situação do leito do rio, invadindo sua costa à medida que sobe o nível das águas represadas.

Sendo os rios locais de fundamental importância para a humanidade, pois fornecem recursos essenciais à sobrevivência, suas margens são geralmente povoadas. O barramento e a elevação do leito desencadeiam a necessidade de deslocamento dos habitantes que têm seus lares inundados.

Este processo de deslocamento dos habitantes atingidos pelo empreendimento parece, aos olhos desatentos, fato de baixa complexidade.

---

\* Mestrando em Direito pela UNOCHAPECÓ. Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã da UNOCHAPECÓ.

\*\* Doutora em Antropologia pela UFRJ. Professora dos Programas de Pós-Graduação em Direito e em Ciências Ambientais da UNOCHAPECÓ.

A realidade é, todavia, exatamente oposta. Os empreendimentos hidrelétricos são permeados por extensas batalhas entre os interessados (empreendedores e as autoridades públicas envolvidas) e as populações atingidas, juntamente com entidades defensoras dos direitos coletivos e difusos.

### **O panorama dos processos de obras hidrelétricas no Brasil**

A energia elétrica, como bem de elevada necessidade e utilização pela sociedade atual, recebe especial atenção dos governantes de uma nação. Os governos brasileiros sempre preconizaram a implementação da geração de energia elétrica pelas hidrelétricas. Segundo as autoridades governamentais e as empresas exploradoras do ramo energético<sup>1</sup>, tal forma de geração é considerada energia limpa, inesgotável e economicamente favorável, eis que, na geração em si, nenhum combustível fóssil é utilizado<sup>2</sup>.

De outro lado, o Brasil dispõe de bacias hidrográficas de enorme potencial gerador. Segundo os dados da ANEEL<sup>3</sup> em seu Banco de Informações de Geração – BIG – atualmente 62,54% da matriz energética do Brasil (142.963MW) é proveniente das forças dos rios<sup>4</sup>. Dos empreendimentos em atual construção para a ampliação da oferta de energia elétrica, na ordem de 21.990MW, 71,45% desse montante virá de empreendimentos hidrelétricos<sup>5</sup>.

Os empreendimentos hidrelétricos, em contraste com a análise superficial de sua sustentabilidade, não estão isentos de impactos ambientais e sociais. Segundo Francisco (2011) “A inundação de áreas para

---

<sup>1</sup> Cita-se, por exemplo, o que elenca a Furnas – empresa de economia mista, subsidiária da Eletrobrás e vinculada ao Ministério de Minas e Energia – em seu portal na internet: “A maior vantagem das usinas hidrelétricas é a transformação limpa do recurso energético natural. Não há resíduos poluentes e há baixo custo da geração de energia, já que o principal insumo energético, a água do rio, está inserida à usina”.

<sup>2</sup> Há quem questione essa afirmação (BERMANN; FEARNSTIDE) em razão da produção elevada de gás metano no lago formado pelas barragens, especialmente nos primeiros anos após o enchimento, quando a matéria orgânica encoberta pela água entra em decomposição.

<sup>3</sup> Agência Nacional de Energia Elétrica.

<sup>4</sup> Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 28/02/2015.

<sup>5</sup> Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br>>. Acesso em 28/02/2015.

a construção de barragens gera problemas de realocação das populações ribeirinhas, comunidades indígenas e pequenos agricultores”. Ainda, pondera o autor, ocorrem impactos de ordem ambiental, quando da ocorrência do “(...) represamento da água para a formação de imensos lagos artificiais (...)”.

Atualmente, a construção de uma hidrelétrica necessita passar pela aprovação de diversas entidades públicas, devendo apresentar estudos e projetos da construção e dos impactos que esta gerará na localidade afetada. Entretanto, tal política é considerada recente.

Segundo Rothman (2008, p. 20-21) o contexto nacional das implantações de empreendimentos hidrelétricos foi permeado por extensas batalhas entre os empreendedores e as populações atingidas, juntamente com entidades defensoras dos direitos coletivos. O modelo econômico adotado pelo regime militar previa o crescimento econômico do país através “(...) da modernização e expansão territorial, da territorialização das grandes indústrias (...) e da construção de grandes obras, como a rodovia transamazônica e as gigantes hidrelétricas Itaipu, Sobradinho e Tucuruí”.

Desempenhadas através da força do autoritarismo militar, tais obras causaram grandes impactos sobre a natureza afetada, bem como sobre as comunidades atingidas. Os protestos contrários, movimentados pelos atingidos e pelas entidades de defesa dos direitos coletivos, ganharam força no decorrer das décadas de 1970 e 1980. Os confrontos foram intensos e ocasionaram a criação de organizações de nível regional. Ao final da década de 80, a união destas formou a CRAB (Comissão dos Atingidos por Barragens), depois nominada MAB – Movimento dos Atingidos por Barragens – em nível nacional (ROTHMAN, 2008, p. 22).

Em resposta às exigências das agências internacionais de crédito, impulsionadas por protestos em nível mundial, ocorreu um novo direcionamento do assunto, conforme descreve Rothman:

Em resposta a estudos e protestos em nível mundial, em 1987 o Banco Mundial criou um Departamento de Meio Ambiente e adotou exigências e critérios para a elaboração de estudos de impactos ambientais como condição para o financiamento de projetos, influenciando a criação de departamentos ou unidades técnicas de meio ambiente da Eletrobrás (...). A legislação ambiental ainda foi regulamentada mediante a Resolução 001 do Conselho Nacional de Meio Ambiente (CONAMA), a qual exigiu que empresas proponentes de projetos de barragens elaborassem estudos de

impacto ambiental (EIAs) e relatórios de impacto ambiental (RIMAs). (ROTHMAN, 2008, p. 22-23)

A Eletrobrás passou a considerar que os projetos hidrelétricos acarretavam mudanças complexas de ordem social, “(...) além da movimentação da população, alterações na organização cultural, social, econômica e territorial” (VAINER, 2008, p 56). Ainda, segundo o autor, a referida empresa assumiu, em seu II Plano Diretor de Meio Ambiente, que o setor elétrico é responsável pelos danos causados a todos os afetados por empreendimentos desta natureza.

A crise vivida na década de 1980 acarretou consequências para a indústria estatal, com o advento das políticas neoliberais e a privatização dos grandes setores de serviços públicos, e marcou uma nova problemática nas construções de empreendimentos hidrelétricos. A onda de privatizações trouxe ao cenário em estudo uma nova forma de autoritarismo, camuflado nas exigências que o setor privado requisitava aos governantes para o investimento na área, como a desburocratização e a despolitização dos processos de licenciamentos. Assim, assevera Rothman (2008, p. 23) que esse modelo não garantia o desenvolvimento regional e colocava em xeque todas as conquistas dos ambientalistas e dos movimentos de atingidos nos processos de licenciamento de usinas hidrelétricas.

Em sentido complementar, descreve Werner (2010) que “(...) a crise fiscal da década de 1980, que dá legitimidade aos ideais neoliberais de Estado Mínimo, leva a uma modificação na relação entre Estado e economia”. O Estado, nas palavras da autora, saiu de uma postura intervencionista para se tornar regulador das atividades econômicas, o que levou a um favorecimento da economia de mercado, trazendo novas implicações às conquistas socioambientais do período anterior.

Quanto à iminente perda destas conquistas<sup>6</sup>, Werner (*apud* VAINER, 2010) elenca que as privatizações marcaram um retrocesso nas conquistas dos movimentos de atingidos, eis que as legislações pertinentes à concessão de serviços públicos (Leis 8.987/95 e 9.074/95) não trataram das questões socioambientais.

---

<sup>6</sup> A pesquisa de Baron (2012) aponta as diferenças entre as indenizações pagas no período estatal e a diminuição do volume no período da privatização, ao fazer o comparativo entre os empreendimentos de Itá e de Foz do Chapecó.

A Eletrobrás, no cenário de transição neoliberal e privatista, tomou rumo de mera empresa pública, “(...) abandonado o compromisso firmado em fins da década de 1980 em relação à necessidade de rever políticas e resgatar a dívida com a sociedade brasileira” (WERNER, 2010). Foram criadas, durante os governos dos últimos 20 anos, em substituição às funções da Eletrobrás e de outras agências governamentais, a ANEEL, agência de regulação do setor elétrico, a ONS – Operadora Nacional do Sistema, agência que opera o sistema de distribuição de energia elétrica em caráter primário e, por último, a EPE – Empresa de Pesquisa Energética, com o intuito de promover a pesquisa no ramo energético, aliada aos programas de desenvolvimento econômico do país (WERNER, 2010).

Assevera Werner (*apud* CARVALHO, 2010) que a atual política energética possui didática totalmente voltada para o lucro dos agentes privados e especificamente para este setor não há mecanismos coercitivos de avaliação dos custos socioambientais referentes às suas atividades. Ainda, a autora vislumbra a incapacidade da ANEEL em lidar com as questões socioambientais e a ausência de responsabilidade da EPE no assunto. Assim, as sofridas conquistas dos movimentos de atingidos das décadas passadas, contrários ao autoritarismo governamental, agora encontram resistência na sede lucrativa dos grupos privados, bem como no caráter condescendente dos organismos estatais vinculados à questão.

### **A situação de implantação da UHE Foz do Chapecó**

A UHE Foz do Chapecó, conforme descreve Baron (2012, p. 49) “é uma usina de grande porte, que faz parte do estudo de potencial realizado pela ELETROSUL na década de 70 na bacia do rio Uruguai”. Em relação ao processo de licenciamento, descreve o autor que

O licenciamento ambiental da UHE Foz do Chapecó (...) está a cargo do Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA). A outorga foi concedida ao empreendedor e a concessão para exploração da UHE em 15 de outubro de 2001 e os estudos de impacto ambiental foram realizados pela empresa ENGEVIX. Foram realizadas duas audiências públicas para a apresentação dos Estudos de Impacto Ambiental que ocorreram em 11 de março de 2002 (Alpestre – RS) e 12 de março de 2002 (Chapecó – SC). (...) a licença prévia (LP 147/2002) foi concedida em 13 de dezembro de 2002, com validade de 02 anos e 36 condicionantes sociais e ambientais. A licença de instalação foi concedida (LI 284/04) em 21 de setembro de 2004, com validade de 02 anos e 45 condicionantes sociais e ambientais. Em 05 de dezembro de 2006, foi concedida a prorrogação da licença de



instalação (LI 284/04), com validade de 04 anos e 50 condicionantes sociais e ambientais. A Licença de Operação LO, foi concedida em 25 de agosto de 2010 (...) obteve a Licença Prévia (LP) emitida pelo IBAMA em 13 de dezembro de 2002 em plenas férias Forenses. (BARON, 2012, p. 46-47)

Conforme os dados apresentados pelo empreendedor, a barragem, construída no Rio Uruguai, é assentada nos Municípios de Águas de Chapecó (Santa Catarina) e Alpestre (Rio Grande do Sul), tendo 598m de extensão e 48m de altura. Possui potencial de geração nominal de 855MWh (potência média assegurada de 432MWh). O reservatório ocupa uma área de 79,2 km<sup>2</sup>, dos quais 40km<sup>2</sup> correspondem à própria calha do rio, sendo que 39,2 km<sup>2</sup> foram inundados para a formação do lago. Conforme destaca a empresa, a baixa quantidade de área alagada torna “(...) a Foz do Chapecó uma das usinas com menor coeficiente área alagada/potência instalada do País”<sup>7</sup>.

O Observatório Sócio-Ambiental de Barragens da UFRJ, amparado nos dados fornecidos pelo Relatório de Impacto Ambiental (RIMA) da referida usina, elenca que o empreendimento se localiza “em uma área de base econômica agrícola e de organização territorial de pequenas propriedades” altamente povoado, isto porque 92% das terras que foram inundadas eram utilizadas para alguma atividade específica. Ainda, segundo o mencionado observatório, diversos elementos de infraestrutura foram afetados: centros comunitários, escolas, cemitérios, templos religiosos e estradas<sup>8</sup>.

Foram previstos no RIMA desta obra “(...) uma série de impactos ambientais relacionados ao enchimento do lago, tais como a elevação do lençol freático e a alteração na qualidade das águas além da redução da vazão no período de estiagem”, bem como mudanças no regime hidrológico, o que acarretaria o “(...) acúmulo de metais pesados e inseticidas na água, assim como o aumento do nível de matéria orgânica e retenção de nutrientes”<sup>9</sup>.

Em relação aos conflitos de ordem social, a usina em análise enfrentou uma numerosa série de acontecimentos. Conforme relata o

---

<sup>7</sup> Disponível em: <<http://www.fozdochapeco.com.br>>. Acesso em 11/05/2015.

<sup>8</sup> Disponível em: <<http://www.observabarragem.ippur.ufrj.br>>. Acesso em 11/05/2015.

<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.observabarragem.ippur.ufrj.br>>. Acesso em 11/05/2015.

mencionado observatório, ocorreram os primeiros impasses quando, em decisão por demanda evocada pelo Ministério Público Federal na 1ª Vara Federal de Chapecó, fora determinada a suspensão das obras pela ausência de declaração prévia de disponibilidade hídrica da bacia do Rio Uruguai. No ano de 2006 o MAB divulgou uma série de problemas relacionados à construção da usina, onde famílias foram despejadas de modo coercitivo pela empresa, sem o devido reconhecimento de seus direitos. Houve também considerável atraso e discrepâncias nos processos de realocação e indenização dos atingidos pelo empreendimento<sup>10</sup>.

O empreendimento da Foz do Chapecó, dentre outros, ocasionou uma fração entre os pescadores profissionais artesanais. No período anterior à construção da obra havia, no trecho do rio Uruguai de Chapecó à São Carlos, uma colônia de pescadores chamada de “Colônia de Pescadores Z-29 / Chapecó”<sup>11</sup>. Esta colônia, com a conclusão da barragem, fora desmembrada, dando lugar à “Colônia de Pescadores Z-35 / São Carlos”<sup>12</sup>, à jusante do rio. A Colônia Z-35 esteve alinhada à Foz, recebendo em comodato um imóvel e bens móveis para organização do espaço administrativo.

As condições do rio à jusante da barragem levantam diversas queixas dos pescadores, dizendo estes que “o rio morreu”. Em certas situações do ano, principalmente em períodos de estiagem, o funcionamento da hidrelétrica não oferece as condições anteriores de navegabilidade, eis que o volume de água corrente diminui, sendo que em certos trechos há grande dificuldade de locomoção à barco, inviabilizando a pesca<sup>13</sup>.

A situação do rio a montante do barramento também se revela difícil para as comunidades ribeirinhas. Conforme reportagem de Maron (2012), a qualidade das águas represadas está comprometida pela alteração do nível de acidez da água, ocasionado pela decomposição da vegetação submersa ao lago, que antes estava às margens do rio. Outro fenômeno

---

<sup>10</sup> Disponível em: <<http://www.observabarragem.ippur.ufrj.br>>. Acesso em 11/05/2015.

<sup>11</sup> Federação dos Pescadores do Estado de Santa Catarina – FEPESC. Disponível em: <<http://fepesc.com.br/colonias.php>>. Acesso em 11/05/2015.

<sup>12</sup> Federação dos Pescadores do Estado de Santa Catarina – FEPESC. Disponível em: <<http://fepesc.com.br/colonias.php>>. Acesso em 11/05/2015.

<sup>13</sup> Estiagem: O Uruguai padece. Portal RedeComSc. Disponível em: <<http://redecomsc.com.br>>. Acesso em: 11/05/2015.

que dificulta a vida ribeirinha é a proliferação acelerada das macrófitas, que são plantas aquáticas flutuantes, denominadas pelos locais de “patinhos”.

Quanto à atuação das entidades defensoras dos direitos coletivos e difusos, o MAB se faz mais visível nos eventos pós-barragem, sendo que não há mais vestígios da atuação da AMISTA, de modo que as demandas de pescadores e agricultores se encaminham atualmente ao MAB. A criação da AMISTA – Associação Mista dos Atingidos se deu para atuar na negociação das indenizações dos atingidos junto ao consórcio, quando, à época destes eventos, a presença do MAB foi retirada/excluída.

A posição do MAB, como mediador dos pescadores junto à Foz do Chapecó, tem mobilizado os profissionais da pesca na reivindicação e acionamento judicial pela recuperação da produtividade pesqueira anterior à instalação da hidrelétrica. Os pescadores da Colônia Z-29/Chapecó apresentam reclamações do lixo acumulado nas redes em decorrência da decomposição do material orgânico e eutrofizado no lago. O Estado de Santa Catarina aponta a solução para o impasse com a implantação de tanques-redes no lago, transformando o pescador artesanal em piscicultor.

Se, no início da obra, o turismo foi a grande expectativa de vários prefeitos dos municípios lindeiros ao lago ou atingidos indiretamente, como o caso de São Carlos, passados cinco anos da operação da hidrelétrica observa-se que unicamente a localidade que tem suporte turístico é o porto de Goio-Ên<sup>14</sup>, no município de Chapecó. Nos demais municípios o apoio ao desenvolvimento turístico permanece como projeto, em especial no caso de São Carlos. A demanda por recursos não foi atendida na totalidade, deixando obras inacabadas.

No que diz respeito a expectativa dos municípios na arrecadação dos royalties da energia gerada, como suporte de receita, as entradas são aquém ao contabilizado há alguns anos. Em cálculo, estipulam que as perdas na agricultura com a hidrelétrica superam a entrada da receita de royalties.

---

<sup>14</sup> Chapecoenses encontram no Porto do Goio-Ên uma ótima opção de lazer e de geração de renda. O Portal do Jornal Sul Brasil. Disponível em: <<http://www.jsbonline.com.br>>. Acesso em: 11/05/2015.

## Considerações finais

Atualmente a luta dos atingidos (juntamente com as organizações assistenciais e de defesa dos direitos humanos, bem como as organizações ambientalistas) é tão presente quanto a vida nas décadas passadas, principalmente para garantir o cumprimento e o aperfeiçoamento da legislação específica, bem como para atingir uma melhor justiça social e ambiental nos empreendimentos hidrelétricos. Esta luta, durante todos os anos descritos, trouxe para o ordenamento jurídico positivado uma série de direitos, seja de ordem ambiental, patrimonial ou social.

Todavia o atual cenário, onde se envolve o anseio estatal de produção energética para atender as demandas e os desejos dos empreendedores privados, é de uma mesma incessante batalha pela busca da efetivação dos direitos conquistados. No empreendimento da UHE Foz do Chapecó, destarte ser uma obra recente, fica evidente que os estudos e consequentes compensações de cunho ambiental, bem como os processos de reassentamento ou de indenização dos atingidos tiveram grandes embates entre os envolvidos.

A situação atual das populações ribeirinhas, dos municípios atingidos e dos utilizadores do lago é bem diferenciada para cada caso. É possível verificar, de um lado, a dificuldade enfrentada pelas comunidades ribeirinhas e pelos pescadores artesanais ante à “morte” do rio, tanto a montante quanto à jusante do barramento, bem como pelas dificuldades vividas por alguns municípios direta ou indiretamente atingidos pelo empreendimento. De outro lado, pode-se notar o crescimento da atividade turística e de recreação, pelo menos no Porto de Goio-Ên, em Chapecó.

## Referências

BARON, S. *Usina hidrelétrica – UHE Foz do Chapecó: estratégias, conflitos e o desenvolvimento regional*. Dissertação de Mestrado. Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Chapecó, 2012.

*Bermann*: “A energia hidrelétrica não é limpa, nem barata”. Viomundo, 2010. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

COSTA E SILVA, L. O conceito de ‘Atingido por barragem’. *Portal do meio ambiente*. Niterói, set. 2009. Disponível em: <<http://www.portaldomeioambiente.org.br>>. Acesso em 12 fev. 2015.

FRANCISCO, W. C. Energia Hidrelétrica. *Brasil Escola*. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com>>. Acesso em: 12 fev. 2015.

*Hidrelétricas construídas em áreas tropicais emitem mais gases de efeito estufa*. Instituto Humanitas Unisinos, 2011. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

MARON, Flávio. *Moradores sofrem com a alteração do PH da água do rio São José e lajeado Tigre*. Portal RedeComSc. Disponível em: <<http://redecomsc.com.br>>. Acesso em 11 mai. 2015.

ROTHMAN, F. D. *Vidas alagadas – conflitos socioambientais, licenciamento e barragens*. Viçosa, MG: ED. UFV, 2008. 328 p.

*Sistema Furnas de geração e transmissão*. Furnas. Disponível em: <<http://www.furnas.com.br>>. Acesso em: 11 mai. 2015.

VAINER, C. B. Conceito de “Atingido”: uma revisão do debate. In: ROTHMAN, F. D. (Org.). *Vidas Alagadas conflitos socioambientais, licenciamento e barragens*. Viçosa, MG: ED. UFV, 2008, p. 39-63.

WERNER, D. Dilemas Socioambientais das Regiões Atingidas por Barragens: O Caso da UHE Santo Antônio. In: *V ENCONTRO NACIONAL DA ANPPAS. Anais...* Florianópolis, 2010. Disponível em: <<http://www.anppas.org.br>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

# VALORAÇÃO DE BENS AMBIENTAIS PARA A CORRETA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PROTETORA DO MEIO AMBIENTE

Cristiane Zanini\*

Liliane Nuncio\*\*

---

## Introdução

A Constituição Brasileira (1988) assegura aos cidadãos brasileiros, em seu artigo 225, o direito a um ambiente ecologicamente equilibrado, considerando-o essencial à sadia qualidade de vida, cabendo ao poder público e à coletividade o dever de preservá-lo. Para assegurar a efetividade deste direito, incumbe então ao poder público, entre outros deveres, o de preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais, sujeitando os autores de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente “a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados” (BRASIL, 1988).

Com a edição da Lei 9.605 (1998), conhecida como Lei de Crimes Ambientais, estabeleceu-se a aplicação de multa em caso de crimes previstos pela lei, calculada de acordo com os critérios do Código Penal, podendo ser aumentada em até três vezes nos casos em que se revele ineficaz, mesmo quando aplicada em seu valor máximo.

Esta mesma lei, em seu artigo 19, prevê que, quando da realização de uma perícia e constatação de um dano ambiental, sempre que possível, seja fixado o montante do prejuízo para fins de fiança e cálculo da multa.

Observa-se então a necessidade, estabelecida em lei, de se fixarem valores pecuniários a serem pagos em casos de danos ambientais, o que

---

\* Mestre em Ciências Ambientais pela UNOCHAPECÓ. Professora do Curso de Graduação em Direito da UNOCHAPECÓ. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã.

\*\* Mestranda em Ciências Ambientais pela UNOCHAPECÓ.

gera uma demanda por métodos de valoração de bens ambientais que auxiliem o poder público no cumprimento da tutela ao meio ambiente.

Considerando-se que o meio ambiente, conforme definido pela Política Nacional do Meio Ambiente, Lei 6.938 (1981), engloba “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”, tem-se, no momento da valoração de um dano sofrido, que considerar variáveis ecológicas que vão muito além da soma dos recursos ambientais para os quais se tem valor de mercado estipulado.

Se o Poder Público tem o dever de zelar por um meio ambiente equilibrado, do qual fazem parte, inclusive, as interações entre as diferentes formas de vida e dessas vidas com o meio físico que as cerca, como pode o Poder Público avaliar adequadamente a extensão de um dano sofrido pelo meio ambiente a fim de estabelecer um valor monetário para fixar fiança ou multa que seja proporcional ao dano causado?

Indaga-se, neste trabalho, se os métodos de valoração de bens ambientais apresentados por economistas e ambientalistas podem converter-se em ferramentas úteis aos profissionais encarregados de fixar os montantes pecuniários de multas e indenizações por danos ocasionados ao meio ambiente.

### **Métodos de valoração de bens ambientais**

Vários são os métodos de valoração de bens ambientais encontrados na literatura, observando-se, porém, as várias limitações de cada um no que se refere à consideração dos fatores ecológicos envolvidos e à possibilidade de se avaliar a extensão dos danos ambientais no espaço e ao longo do tempo (MOTTA, 1997). Como valorar, por exemplo, a extensão das consequências ecológicas do desmatamento de uma área? Como avaliar as interferências da retirada de vegetação sobre as cadeias alimentares, ou então, sobre a viabilidade populacional das espécies afetadas?

Somando-se à complexidade de fatores a serem observados quando se trata de meio ambiente, há que se observar que muitos destes fatores ainda não são completamente compreendidos (MARQUES, 2010). Diversos são os fenômenos naturais para os quais ainda se busca entendimento e sequer há consenso quanto à estimativa de espécies ainda desconhecidas pela sociedade humana.

A complexidade e o desconhecimento poderiam servir como base para a alegação de que não há como valorar um bem ou um dano ambiental. No entanto, observa-se que a fixação de um valor monetário a ser pago por um dano ambiental, ainda que determinado a partir de critérios imprecisos, serve para mostrar ao infrator/degradador que tal conduta não lhe rende bons resultados (MARQUES, 2010).

Tem-se então, em vista da necessidade de valoração dos danos ambientais e das dificuldades para tal, a procura por critérios para fixação de valor que, mesmo que com perda em eficiência, tragam facilidade de cálculo e rapidez na cobrança (BRAGA et al, 2005), o que viabilizaria sua aplicação, por exemplo, na rotina de trabalho dos órgãos de fiscalização e controle ambiental do poder público.

De acordo com os ensinamentos de Motta (1998, p. 28; 29), os métodos de valoração ambiental classificam-se em valor de uso e valor de não-uso. O valor de uso (VU) juntamente com o valor de não-uso (VNU) é originário do desmembramento do valor econômico do recurso ambiental (VERA) ou valor econômico total (VET).

O valor de uso diz respeito ao uso efetivo ou potencial de um recurso ambiental, e divide-se em valor de uso direto (VUD), valor de uso indireto (VUI) e valor de opção (VO). No VUD, como o próprio nome já diz, há o uso direto, atual de um recurso. Explica-se: é quando ocorre, por exemplo, extração de minerais, visitação turística de uma determinada  rea. Já o VUI tem rela o com os serviços ecossistêmicos produzidos por recursos e bens ambientais, tais como a ciclagem de elementos abióticos e a fixa o de nutrientes. Neste caso, o valor ou importância de um recurso ambiental não   intrinsecamente dado, e sim,   decorrência de seus benefícios a um ecossistema ou, em última  lise,   ecosfera. A prote o do solo e a estabilidade climática decorrente da preserva o de determinada floresta constituem o seu VUI. Por seu turno, o valor de op o (VO) refere-se ao valor da disposi o do bem ambiental para seu uso no futuro.

No caso do valor de não-uso (VNU) ou valor de existência (VE), o valor a ser mensurado independe do uso, mas depende da disposi o a pagar do indivíduo para a manuten a de certo bem ambiental. Como, por exemplo, as baleias: muito dificilmente o indivíduo irá usufruir delas, mas pode demonstrar interesse em preservá-las para que as futuras gera es tenham a oportunidade de conhecê-las.



A seguir serão apresentados os métodos de valoração de bens ambientais abordados por Motta (1998), quais sejam: método da função da produção, da demanda, de valoração contingente, de custo de viagem, de preços hedônicos, de dose-resposta, de custo de reposição, de custos evitados.

No método de função de produção analisa-se o valor do recurso ambiental pela sua contribuição como insumo ou fator na produção de um produto, isto é, o impacto causado pelo uso de um recurso ambiental em uma atividade econômica.

Já o método da função de demanda refere-se a “métodos de mercado de bens complementares (preços hedônicos e do custo de viagem) e método da valoração contingente”. O método da função de demanda assume como pressuposto que o nível de bem estar das pessoas se altera, dependendo da disponibilidade do recurso ambiental, fato que refletirá na disposição a pagar, ou aceitar, das pessoas em relação a estas variações. (Motta, 1998, p. 20 e 34)

O método de valoração contingente prega que ao optar por um bem ou serviço, ao invés de outro, o consumidor acaba por demonstrar a sua disposição a pagar por ele ou, por outro norte, a disposição a receber compensação por suportar determinado problema ambiental. Mediante este método as pessoas demonstram suas preferências pelo recurso ambiental, oferecendo subsídios para a formação de um mercado hipotético para o bem ou serviço ambiental destinado a população interessada ou atingida.

A captação desses dados dar-se-á pela realização de entrevistas questionando as pessoas quanto a sua disposição a pagar a fim de assegurar um benefício, a ceder ou evitar a perda dele ou aceitá-la. Esta disposição a pagar do indivíduo por um recurso ambiental é o resultado da junção de fatores socioeconômicos e ambientais.

Por sua vez, o método de valoração contingente é o mais utilizado por apresentar maior flexibilidade, aliado ao fato de estimar todos os componentes do valor econômico total (VET) ou valor econômico do recurso ambiental (VERA). Seu uso é recomendado quando a determinação dos valores de uso por outros métodos não é satisfatória ou a determinação do valor de existência faz-se necessária, e ainda, nas ocasiões em que é possível definir com clareza os bens e serviços ambientais a serem hipoteticamente valorados, o que inclui o conhecimento sobre a

relação entre o uso destes e os impactos na economia, bem como nas funções ecossistêmicas (Motta, 1998, p. 52).

Este método de valoração já foi utilizado no Brasil, mais precisamente na cidade do Rio de Janeiro, para mensurar o valor de uso na recuperação ambiental de rios, valões, praias e saneamento de residências no Programa de Despoluição da Baía de Guanabara.

Já o método custo de viagem é utilizado a fim de estimar todos os gastos realizados por um indivíduo ou uma família para chegar a um determinado lugar, em regra, turístico, com o objetivo de obter recreação, lazer. Nestes gastos estão inclusos despesas como combustível, alimentação, bilhete de acesso ao local, aquisição de lembranças, presentes. Os valores despendidos pelo indivíduo para poder usufruir de determinado local, demonstra a sua disposição a pagar por determinado bem ambiental. Esse comportamento do consumidor é utilizado como parâmetro para mensurar o valor do bem ambiental em questão, já que estes não possuem mercado explícito e será identificado através da aplicação de questionário.

Este método já foi aplicado no Brasil, quando do Estudo de Valoração Econômica do Parque Nacional de Brasília buscando fixar o valor do benefício associado ao uso direto e indireto, aos valores de opção e de existência.

Quanto ao método preços hedônicos, é um dos mais utilizados e um dos mais antigos, possuindo aplicação apenas nos casos em que os atributos ambientais possam ser capitalizados nos preços de residências ou imóveis. Com este método, verifica-se que o valor de um imóvel não está associado apenas às características físicas, e que também se leva em conta a questão da localização e o nível de qualidade ambiental que circunda a área.

Já o método dose-resposta tem por escopo estabelecer uma relação entre o impacto ambiental e a causa deste impacto. Associa diferentes níveis de degradação com diferentes níveis de produção. Para cada área degradada haverá uma consequência, qual seja a diminuição da qualidade ambiental. Contudo, faz-se necessário registrar que o método ora em comento é teoricamente correto, mas pairam dúvidas sobre possíveis erros no relacionamento dose-resposta, haja vista que há uma forte dependência desse método em relação às informações oriundas das ciências naturais para aplicação de modelos econômicos.

Sobre o método custo de reposição, este consiste basicamente no custo de reposição ou de restauração de um bem danificado. A utilização deste método dar-se-á, por exemplo, em situações em que é possível argumentar que a reparação do dano deve acontecer por causa de alguma outra restrição, como uma restrição contida em lei, ou ainda, quando há um impedimento total – no sentido de impedir que haja uma diminuição na qualidade ambiental. Ou seja, para cada área atingida negativamente deverá ocorrer a reposição deste bem. A operacionalização desse método dá-se com a soma dos gastos necessários a reparação do bem ou recurso ambiental degradado.

Já o método de custos evitados é utilizado para analisar os gastos do indivíduo em produtos de caráter substitutivo ou complementar para alguma característica ambiental. Um exemplo é quando o indivíduo compra água mineral no supermercado, visando proteger-se de uma contaminação por água mal tratada.

### **Aplicação dos métodos de valoração na prática de profissionais dos órgãos de fiscalização ambiental**

Diante da breve descrição aqui feita sobre os métodos de valoração de bens ambientais, percebe-se que há uma diversidade de métodos possíveis de serem aplicados, ainda que, com suas limitações. No entanto, a maioria deles demanda tempo e recursos, exigindo extensos levantamentos de campo e análise de dados, o que pode inviabilizar sua aplicação no cotidiano dos órgãos de fiscalização ambiental que, de uma forma geral, contam com reduzido quadro de funcionários e recursos (VIEIRA, 2013).

Ainda, observa-se que a maioria dos métodos de valoração apresenta elevado grau de subjetividade e são inadequados quando se trata da necessidade de estabelecer um valor pecuniário como forma de multa (SILVA, 2004).

Outro obstáculo à aplicação dos métodos de valoração encontrados na literatura está associado ao tempo de resposta. Técnicas que demandam prévio levantamento de informações, estruturação e aplicação de questionários com posterior análise dos dados, por exemplo, demanda tempo para sua aplicação, o que dificulta sua aplicação em autos de infração, onde é exigido um posicionamento imediato dos órgãos ambientais (SILVA, 2004).

No estado de Santa Catarina, por exemplo, os órgãos de fiscalização e controle ambiental estaduais – FATMA e Polícia Militar Ambiental – quando da aplicação de auto de infração que demanda o estabelecimento de valor pecuniário para o dano ambiental causado, observarão o disposto nas leis federais e estaduais, o que pode não atender à complexidade de fatores ambientais a serem observados, mas proporciona a agilidade exigida pela dinâmica de trabalho desses órgãos.

Percebe-se que a Lei 9.605, de Crimes Ambientais (BRASIL, 1998), dispõe sobre a aplicação das multas e o Decreto Federal 6514/ 08, que trata das infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, o faz ainda de uma forma ainda generalista. Tem-se então a criação da Portaria Estadual 170 em 2013, que dispõe sobre os procedimentos para apuração de infrações ambientais e orienta os órgãos estaduais de Santa Catarina.

Nesta portaria, utilizada pelos profissionais que atuam nos órgãos fiscalizadores catarinenses, estão elencados diversos aspectos sobre a situação em que ocorre o dano ambiental, sobre o ambiente e sobre o próprio infrator a serem considerados no momento da aplicação da multa (SANTA CATARINA, 2013) o que pode ser considerado como uma iniciativa para melhorar o processo de avaliação/valoração dos danos.

Pergunta-se, no entanto, quão preparados estão os profissionais que atuam nestes órgãos de fiscalização ambiental para avaliarem, por exemplo, a reversibilidade de um dano? Ainda, está o Estado disponibilizando estrutura, laboratórios, por exemplo, para que os profissionais tenham condições de realizar as análises para as quais são capacitados?

Os recursos utilizados pelos órgãos estaduais, no processo de valoração de danos ambientais, estão sendo efetivos para atender ao que se pede em lei, ou seja, assegurar-se a todos o direito ao meio ambiente equilibrado?

### **Considerações finais**

Ao abordarmos o tema de valoração de bens ambientais, não podemos permanecer numa análise puramente teórica, considerando apenas o plano do “deve ser”, ainda mais ao se tratar de meio ambiente, que desconhece prazos formais e delimitações geopolíticas.

Nesse sentido, traçando um paralelo entre o plano do “dever ser” e o “do que é”, identifica-se alguns obstáculos. Pode-se citar a necessidade de

envolvimento de vários profissionais para cada caso formalmente identificado, de dano ambiental, bem como o tempo necessário de aplicação do método e análise para cada situação, e por último, o valor em espécie do bem ambiental danificado.

Há que se considerar que pela demanda de ilícitos ambientais que se tem atualmente, somado a estrutura física e de pessoal técnico – melhor seria falar na falta das estruturas adequadas –, não é viável a aplicação dos métodos de valoração de bens ambientais.

Outro fator que reforça – infelizmente – esse posicionamento negativo são os valores a que chegariam os métodos, pois certamente, seriam e muito, superiores aos usualmente determinados hoje, seja na esfera administrativa ou judicial – posto que, especialmente no judicial verifica-se comumente a determinação de valores de um ou dois salários mínimos à título de prestação pecuniária (quando da ocorrência de crimes ambientais).

Caso sejam aplicados valores demasiadamente altos, certo é que a maioria dos causadores de danos ambientais não poderiam pagar o que lhes fora determinado diante da insuficiência econômica, colocando em xeque a eficácia de autuações administrativas e determinações judiciais.

Ainda, não se pode olvidar da dificuldade de aplicação dos métodos diante da imensa subjetividade que repousa não somente na materialização deles, mas no próprio meio ambiente, tendo em vista que alguns danos ambientais somente se manifestam após longo período de tempo (cumulativos), outros têm causa distante (transfronteiriços) ou derivam de diversas agressões, devendo ser considerado seu efeito sinérgico.

Além do que, muito dificilmente se tem registros da qualidade ambiental de uma determinada área, que seja capaz de demonstrar a “saúde” do ambiente antes da ocorrência do dano, e assim tornar possível a elaboração de um paralelo com dados e valores mais fidedignos.

## **Referências**

BRAGA, B. et al. *Introdução à engenharia ambiental*. 2 ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.

BRASIL. *Constituição Da República Federativa*. 1988. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>. Acesso em: 11/05/15.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 6.938/81*. Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 11/05/15.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 9.605/98*. Lei dos Crimes Ambientais. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br>>. Acesso em 11/05/15.

MARQUES, J. R. Reparação do dano ambiental: necessidade de adequação do dimensionamento do pedido formulado em ação civil pública. MPMG Jurídico. Minas Gerais, 2010. Edição especial meio ambiente, p. 8-9. Disponível em: <<http://www-antigo.mpmg.mp.br>>. Acesso em: set. 2014.

MOTTA, Ronaldo Seroa da. *Manual para valoração econômica de recursos ambientais*. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, 1998.

SILVA, Ronaldo Martins da. *Avaliação de critérios para a valoração de multas ambientais no Estado da Bahia*. Disponível em: <<http://www.seia.ba.gov.br>>. Acesso em: mai. 2015.

VIEIRA, João Pedro Pinheiro. *Valoração de danos ambientais em ecossistemas florestais*. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br>>. Acesso em: mai. de 2015.

# A SÓCIO-BIODIVERSIDADE COMO UMA QUESTÃO ESTRATÉGICA PARA A LIVRE DETERMINAÇÃO CAMPONESA

Ana Elsa Munarini\*

Silvana Terezinha Winckler\*\*

---

## Introdução

Ao longo da história, os indígenas, quilombolas e camponeses têm sido exterminados, excluídos socialmente e/ou incorporados ao sistema capitalista numa inserção desigual, como população periférica. Mas há aqueles que resistem à cultura socioeconômica hegemônica mediante várias estratégias, forjando movimentos sociais capazes de transformar a realidade dos povos do campo, das florestas e das águas, aqui designados como comunidades tradicionais.

Dentre estas estratégias destaca-se, neste trabalho, a luta pela sociobiodiversidade, presente nas práticas de camponesas vinculadas ao Movimento de Mulheres Camponesas – MMC. A opção pela sociobiodiversidade também pode ser encontrada, na esfera institucional, nas convenções internacionais, bem como no campo das lutas dos movimentos sociais e políticos, por meio de organizações de trabalhadores que vão além das fronteiras nacionais, a exemplo da Via Campesina.

Neste artigo toma-se o princípio da livre determinação camponesa como categoria de análise para interpretar o significado da luta camponesa pela preservação das sementes crioulas, contrastando esse princípio com as obrigações assumidas pelo Brasil em documentos de direito internacional

---

\* Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Ciências Ambientais da Unochapecó, Bolsista UNIEDU/FUNDES.

\*\* Doutora em Direito pela Universidade de Barcelona. Professora dos Programas de Pós-Graduação em Ciências Ambientais e Direito da UNOCHAPECÓ. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Democracia e Participação Cidadã.

(em especial a Convenção sobre Diversidade Biológica) e legislação sobre sementes em vigor no país.

### **O Estado Democrático de Direito**

No início do século XX, a luta social, verificada em países da Europa e logo estendida às antigas colônias europeias na América, Ásia e África, transformou as demandas pelo Estado de Direito em um clamor pelo Estado Democrático de Direito, onde além da submissão à lei deveria haver a submissão à vontade popular e aos fins propostos nas Constituições.

Vale ressaltar que o “Estado de Direito”, originário da necessidade de controlar o uso arbitrário do poder por parte do Estado Liberal, fortaleceu-se na concepção individualista e racionalista do Direito, durante os séculos XVIII e XIX. Por ocasião da Revolução Industrial e do surgimento das políticas do Estado de bem-estar social, o Estado de Direito ampliou o rol de direitos fundamentais, mas não deixou de ver a questão da liberdade na busca pela legitimidade do poder, a partir da liberdade negativa e distanciamento do Estado (XIMENES, 2010, p. 05).

Contrapondo este sistema, o Estado Democrático de Direito originou-se de um modelo que respeita os direitos proclamados em momentos históricos anteriores e permite uma interpretação crítica do Direito (XIMENES, 2010, p. 05 e 06).

Na busca pela definição da democracia como principal elemento de diferenciação de um Estado de Direito para um Estado Democrático de Direito, se encontra duas perspectivas de análise, ou seja, a materialista dialética e a liberal (burguesa).

A perspectiva materialista dialética configura-se no método para solucionar as divergências entre os sujeitos políticos, ou seja, os conflitos entre as classes sociais. Tal método recorre à persuasão, pois o Estado Democrático tem como característica central a solução das divergências mediante a discussão e o consenso, abolindo a coerção. Logo, a Lei, sendo um instrumento pelo qual o Estado fixa objetivos e estabelece procedimentos sob pena de sanção, não poderia existir em um regime em que todos fossem iguais e em que ninguém tivesse o direito de impor qualquer coisa ao outro (STEDILE; TRASPADINI, apud, MARINI, 2005, p. 208 -211).

Já na perspectiva liberal (burguesa), a democracia é exercida pela igualdade de todos perante a lei, efetivando-se de forma individual, na



medida em que cada cidadão a exerce isoladamente, por meio do voto. Tal exercício de cidadania ocorre na eleição dos representantes do legislativo e executivo, ou em momentos mais avançados, como em plebiscito e votações do orçamento participativo, onde este existe (STEDILE; TRASPADINI, 2005, p. 213).

O Estado Democrático de Direito é caracterizado pela democracia representativa, sendo este apenas um dos aspectos do conceito de democracia. Nesta perspectiva, Ferrajoli (2003, p. 227) destaca que a democracia é um método “de formação das decisões coletivas”, estabelecendo regras que necessitam da participação do povo na maioria das decisões do poder direto ou indireto, sendo o sufrágio universal “somente um traço da democracia”, representando a sua dimensão formal (tradução nossa).

O Estado Democrático de Direito tem como característica central a garantia de direitos fundamentais, individuais e coletivos, além das obrigações, fazendo com que as Constituições reafirmem seu importante papel na evolução dos povos e regimes políticos contemporâneos.

Destaca Wolkmer:

Poucas vezes, na história da região [América Latina], as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político reproduziram, rigorosamente, as necessidades de seus segmentos sociais majoritários, como as nações indígenas, as populações afro-americanas, as massas de camponeses agrários e os múltiplos movimentos sociais. (WOLKMER, s/d, p. 4)

No Brasil, as Constituições buscaram, ao longo da história, formalizar a realidade nacional, cheias de ideais e princípios formais, abafando as manifestações coletivas da população. Mesmo assim, a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada a mais avançada, ampliando uma gama de direitos fundamentais e garantias, além de trazer expressa em seu texto, como eixo fundamental, o princípio do pluralismo político (WOLKMER, s/d, p. 9).

A Constituição brasileira de 1988 não representa, assim, apenas a transição de um regime autoritário para a consagração do Estado Democrático de Direito, mas se orienta por uma visão menos individualista de Estado.

## **Constitucionalização do direito ambiental**

Para Leite (2008), a teoria da Sociedade de Risco representa a tomada de consciência da sociedade diante do contínuo crescimento econômico e do esgotamento do atual modelo de produção, o qual pode em qualquer tempo resultar em risco permanente de desastres e catástrofes. O autor acrescenta que: “(...) a sociedade moderna criou um modelo de desenvolvimento tão complexo e avançado, que faltam meios capazes de controlar e disciplinar esse desenvolvimento” (LEITE, 2008, p. 132).

A Sociedade de Risco surgiu após a Revolução Industrial, dentre as várias propostas apresentadas para a superação da crise da modernidade, teorizada por autores como o sociólogo alemão Ulrich Beck (2006), o sociólogo britânico Anthony Giddens (1991), o sociólogo e jurista alemão Niklas Luhmann (1993) e a antropóloga norte-americana Mary Douglas (1996), e amplamente analisada e criticada por vários pesquisadores brasileiros de diversas áreas do conhecimento (GUIVANT, 2001; MATTEDI, 2002; LEITE, 2008).

Cumprindo ponderar que, na sociedade de risco, o sistema jurídico ambiental acaba por exercer uma função figurativa, diante da falta de efetivação das proteções garantidas em seu ordenamento, criando, até mesmo, um falso alívio e proporcionando sensação de segurança à sociedade (LEITE, 2008, p. 135).

Assim, sendo o aspecto econômico um dos mais valorizados e presentes em boa parte do mundo, é compreensível que o ambiente ainda fique, na esfera jurídica, refém das necessidades de ordem econômica. (LEITE, 2008, p. 140)

A ecologização da Constituição é de suma importância no ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito, visto que as regras constitucionais são dotadas de preeminência, ou seja, posição hierárquica superior, demandando às leis e normas inferiores obediência estrita, conhecida também como o princípio da interpretação conforme a Constituição; e proeminência, ou seja, deve ter maior visibilidade dentre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico (CANOTILHO e MOREIRA, 1993, p. 45-46).

Benjamin (2008, p. 72) ressalta que “(...) Não é fácil mudar, por meio tão indireto, fragmentário e incerto, todo um paradigma de exploração não sustentável dos recursos naturais”. Porém destaca que a ecologização da Constituição tem por intuito “(...) instituir um regime de exploração

limitada e condicionada e agregar à função social da propriedade, urbana e rural, um forte e explícito componente ambiental”.

As inovações constitucionais trazidas pela discussão ambiental em nível mundial podem se tornar o início de uma nova estrutura jurídica de regência das pessoas e dos bens, ampliando suas garantias, de maneira eficaz e aplicável.

### **Constitucionalização do Direito Ambiental brasileiro**

A biodiversidade brasileira sempre teve grande destaque e beleza reconhecida em nível mundial, assim como as terras e riquezas naturais. A iniciativa de exploração econômica da natureza desenvolveu-se rapidamente, ao passo em que as normas e princípios, que têm o papel de impedir este desenvolvimento sem controle, andaram a passos lentos.

A Constituição de 1988 institui uma verdadeira ordem pública ambiental, que conduz o Estado de Direito Social e o modelo político econômico que adota, a assumirem a forma de Estado de Direito Ambiental. (BENJAMIN, 2008, p. 121)

A Constituição brasileira adotou concepção baseada no antropocentrismo alargado, inserindo a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano, renegando uma estrita visão econômica do ambiente, não restringindo o ambiente à mera concepção econômica ou de subalternidade direta a interesses humanos (LEITE, 2008, p. 141).

Contudo, é bom lembrar que, apesar de seus inegáveis avanços, a Constituição de 1988 não foi inteiramente revolucionária, na perspectiva do Direito Ambiental, como bem destaca Benjamin (2011, p. 8):

(...) beneficiou-se da tendência internacional à constitucionalização do meio ambiente e utilizou mapa regulatório desenvolvido pelas Constituições estrangeiras que a antecederam, com uma pitada, aqui e ali, de saudável e criativa inovação própria. Compartilhou o tratamento dado por esses outros países – em especial, Portugal e Espanha –, instauradores de um regime constitucional de caráter pós-industrial e pós-moderno.

A luta dos trabalhadores, em especial dos camponeses, para garantir seus direitos na assembleia constituinte, defendendo um meio ambiente ecologicamente equilibrado, alterou a realidade de exclusão e

distanciamento do Poder Judiciário ao permitir mais acesso à Justiça na defesa do direito fundamental ao meio ambiente saudável.

Nesse sentido Leitão e Araújo (2010, p. 21), destacam a mudança de comportamento dos movimentos sociais, com a promulgação da Constituição Federal, haja vista que antes “tudo o que se fazia em relação ao Judiciário era visto sob a ótica de uma ação passiva”, pois o povo não encontrava meios para reivindicar o reconhecimento dos seus direitos.

Havia uma visão de que não era bom ir ao Judiciário, porque este seria sempre um Poder contrário aos interesses dos trabalhadores rurais, dos índios, do meio ambiente etc. Essa visão determinava uma atitude no sentido de que só quando, por exemplo, alguém que se dissesse proprietário de uma dada terra movesse uma ação judicial para expulsar os posseiros que lá moravam, caberia a atuação para fazer a defesa dos trabalhadores rurais. E isso afinal se explicava, pois o fato é que realmente o Judiciário, até 1988, funcionava como garantidor único e exclusivo dos interesses dos proprietários rurais e de grandes grupos econômicos. (LEITÃO; ARAÚJO, 2010, p. 21)

Observa-se que,

Tamanha foi a relevância reconhecida à matéria, que a Convenção sobre Diversidade Biológica foi um dos documentos fundamentais resultantes da Cúpula da Terra naquele final de milênio. De patrimônio da humanidade, a biodiversidade passou a ser considerada “direito” dos Estados, detentores soberanos dos seus elementos constitutivos, quer dizer, dos recursos naturais. (WINCKLER; RENK, 2011, p. 3)

A Constituição Brasileira aborda vários princípios visando assegurar o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

### **Princípio da livre determinação**

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais trazem a afirmação de que cada povo é sujeito do direito de livre determinação. Ao dispor no § 1º do artigo 1º que: “Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (ONU, 2015).

O reconhecimento do direito de livre determinação de diferentes grupos que habitam os Estados é muito polêmico. Necessita-se buscar em

casos semelhantes, como na livre determinação indígena, análises sobre a aplicação e eficácia do referido princípio, delimitando e definindo a livre determinação dos camponeses e das camponesas.

### **A livre determinação camponesa**

Para entender a garantia de livre determinação do povo camponês se faz necessário compreender a sua origem enquanto povo, ou seja, observar as características da identidade camponesa, que segundo Silva (2011, p. 439) “é o reconhecimento do que os identifica, do que lhe é próprio. É expressa pelo modo de viver, pelo modo de se relacionar com outros grupos sociais e com a natureza” sendo que para o camponês e para a camponesa, “a terra é o lugar de reproduzir e cuidar da vida” (SILVA, 2011, p. 439).

A partir da relação feita com os demais povos, Silva destaca que:

As sociedades e comunidades tradicionais, nas quais se inserem os indígenas, os quilombolas, os sertanejos, os caiçaras, os caboclos, os extrativistas e por fim, o campesinato em toda a sua sociodiversidade, se caracterizam pela sua dependência em relação aos recursos naturais. É no aprendizado sobre o seu funcionamento, dos ciclos naturais: de quando chove ou faz seca, sobre as plantas que ali crescem ou os animais que por ali vivem, que nasce e se desenvolve o conhecimento sobre essa diversidade, e que tradicionalmente é repassado de uma geração à outra. Assim se constrói “o modo de vida” de cada povo ou comunidade tradicional e são definidos os seus territórios, espaços onde cada grupo se reproduz econômica e socialmente, se auto-identificando com “o lugar”, por pertencer a uma cultura distinta das demais. Assim é o camponês brasileiro. (SILVA, 2011, p. 439)

Destaca-se que os camponeses e as camponesas são possuidores de direitos iguais, podendo desfrutá-los totalmente, enquanto coletivo ou indivíduo. A principal constatação é do direito de estarem livres de qualquer discriminação derivada de seu status econômico, social e espiritual, como indivíduos ou como coletivo, participando ativamente nos processos de decisão, na elaboração, aplicação e monitoramento de políticas públicas relacionadas com seus territórios (SILVA, 2011, p. 440).

Para Medeiros:

(...) a identidade camponesa no Brasil foi sendo construída passo a passo juntamente com a história da formação do território brasileiro.

Já no século XVI muitos registros identificaram a presença de camponeses na figura do morador e do proprietário do sítio junto às áreas produtoras de cana-de-açúcar. (MEDEIROS, 2006, p. 2)

Encontra-se entre os direitos fundamentais dos camponeses e das camponesas, o direito à vida digna, à terra, à água, a um território, ao saber, à prática da agricultura tradicional e ao acesso à justiça; aos meios de produção agrícola, incluindo-se as sementes das variedades tradicionais; ao reconhecimento e proteção de sua cultura e dos valores da agricultura local; a desenvolver e preservar o conhecimento agrícola local, bem como resistir às intervenções que podem destruir o seu modo de fazer agricultura; à informação, bem como à liberdade para determinar o preço e o mercado para comercialização (LA VIA CAMPESINA, 2009, p. 15).

Destaca-se a importância da soberania e autonomia camponesa para garantir e manter direitos fundamentais, como alimentação.

(...) a soberania dos agricultores na produção de alimentos, associada ao local e à ampliação da diversificação dos sistemas agrícolas, sem uso de venenos e utilizando o conhecimento tradicional local; a autonomia energética, com a mudança da sua matriz energética, com o controle social sobre a produção e o uso de recursos naturais (biomassa, energia eólica e solar, água, etc.); a autonomia genética, com a recuperação de variedades e raças crioulas e com melhoramento participativo; a autonomia hídrica, com a recuperação, proteção e uso adequado do potencial hídrico; e a autonomia territorial material e imaterial, com a utilização dos espaços de vida e de produção como expressões do modo de vida camponesa. (SILVA, 2011, p. 440)

Quando se trata do direito à autodeterminação, refere-se à soberania de um Estado-Nação em relação ao outro; e ao abordar o direito à livre determinação, refere-se ao direito de cada povo, da mesma nação ou não, de construir seu desenvolvimento econômico, social e cultural baseado na defesa dos direitos humanos, o que, no caso dos camponeses e das camponesas, assemelha-se à livre determinação dos povos indígenas da América Latina.

Na estratégia da agricultura camponesa, a soberania alimentar é um dos caminhos para a afirmação da identidade e da resistência camponesa. Para tanto, é preciso identificar os segmentos de soberania à qual o exercício dos direitos dos agricultores está associado. Assim, a resistência camponesa baseia-se na soberania dos agricultores na produção de alimentos, associada ao local e à ampliação da diversificação dos sistemas agrícolas, sem uso de

venenos e utilizando o conhecimento tradicional local (...). (SILVA, 2011, p. 440)

O povo latino-americano, em especial os camponeses e as camponesas, tem características próprias, diferente dos europeus e norte-americanos, reveladas por meio da sua diversidade social, cultural, étnica, religiosa e política.

### **A sociobiodiversidade e a livre determinação camponesa**

Após as duas grandes guerras mundiais, as comunidades de camponeses que viviam e detinham conhecimentos do ambiente começaram a ter grande relevância econômica, devido ao seu modo de produção. A existência dessas comunidades, sua manutenção e sua proteção, assim como a da sociobiodiversidade, só trouxeram frutos benéficos à humanidade.

Cabe destacar a importância das comunidades tradicionais, entre elas as de camponeses e de camponesas, que garantem a conservação e o uso sustentável da diversidade biológica.

A diversidade genética, manejada por agricultores tradicionais, indígenas ou não indígenas, é fruto de um longo e diversificado processo iniciado com a domesticação de um recurso silvestre. Houve – e há de maneira contínua – seleção, melhoramento genético, intercâmbios de sementes, saberes e experiências, difusão das plantas. Deve-se ressaltar o caráter dinâmico do processo: as plantas circulam entre famílias, comunidades ou etnias; novas cultivares oriundas de outras regiões ou localmente produzidas são avaliadas e incorporadas no estoque de variedades do agricultor; há um interesse pela produção de diversidade em si. (SANTILLI; EMPERAIRE, 2006, p. 1)

A Convenção sobre Diversidade Biológica foi o primeiro acordo multilateral a regular a conservação e o acesso aos recursos genéticos e a reconhecer o papel das comunidades tradicionais nas áreas protegidas. Este documento ressalta,

(...) a estreita e tradicional dependência de recursos biológicos de muitas comunidades locais e populações indígenas com estilos de vida tradicionais, e que é desejável repartir equitativamente os benefícios derivados da utilização do conhecimento tradicional, de inovações e de práticas relevantes à conservação da diversidade biológica e à utilização sustentável de seus componentes (BRASIL, 2000).

O texto reconhece que as comunidades tradicionais devem ter direito e acesso ao ambiente em que vivem e trabalham, bem como o direito ao uso de seu conhecimento e dos produtos que ele gera. Esse aspecto tem relevância não só para os povos tradicionais, mas para toda a população mundial, na medida em que:

O cultivo da diversidade de espécies e de variedades crioulas na agricultura camponesa torna-se, cada vez mais, uma exigência na diversificação dos sistemas de produção agrícola, pois, associada à soberania e à segurança alimentar e nutricional, mantém a sustentabilidade dos agroecossistemas. (SILVA, 2001, p. 440)

O documento determina, na alínea “j” do artigo 8º, que:

Cada parte contratante deveria, em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas. (BRASIL, 2000)

Conforme já foi mencionado, os recursos genéticos estão sob a soberania dos países onde se encontrem, não sendo patrimônio da humanidade. No caso do patrimônio genético, os movimentos sociais representantes dos camponeses e produtores agroecológicos sustentam que, no Brasil, apesar das duas leis<sup>1</sup> abrirem exceções para as variedades locais, o marco legal limita a reprodução de sementes crioulas ao circuito comunitário, não comercial.

As cooperativas e associações que pretendam comercializar sementes crioulas, orgânicas ou agroecológicas, oferecendo aos agricultores uma alternativa às sementes convencionais (comerciais, produzidas nos laboratórios de sementes) não conseguem fazê-lo, por serem obrigadas a cumprir normas de registro, qualidade e certificados feitos para grandes empresas. Essas exigências tornam tais atividades economicamente inviáveis. A saída, por ora, pode ser encontrada nas várias

---

<sup>1</sup> Lei das Sementes (Lei 10.711/2003, regulamentada pelo Decreto 5153/2004) e a Lei de Cultivares (Lei 9.456/1997).



formas de resistência de camponeses e camponesas, como o exemplo da prática de troca de sementes crioulas levada adiante pelas agricultoras do Movimento de Mulheres Camponesas.

### **Considerações finais**

A conjuntura latino-americana traz à tona nova realidade social, jurídica e política que impõe uma revisão de seus pressupostos por meio da compreensão sociológica e jurídica das relações sociais.

Nesse sentido, a interculturalidade tem se mostrado indispensável para a compreensão do instituto da interconstitucionalidade e seu reflexo na soberania nacional dos povos do campo, das florestas e das águas, levando em consideração os limites indispensáveis para não se quebrar a identidade nacional destes povos.

Canotilho (2003) alerta para os ventos da boa esperança, assegurando que existem alguns pontos de partida que permitem pensar a possibilidade de um constitucionalismo global, transnacional, capaz de relevar limites fronteiriços e qualificar a ordem jurídico-social, ou seja, a democracia, a sua qualidade de princípio material, de natureza constitucional e internacional, e a globalização das comunicações e informações.

As relações culturais são recíprocas em vários territórios e vão além das fronteiras nacionais, como no caso da luta pela livre determinação camponesa na América Latina. No Brasil, por exemplo, os camponeses e as camponesas iniciaram seu processo de organização na luta pelo acesso à terra, por melhores condições de trabalho e pela constituição de formas autônomas de organização. Até a década de 50 as lutas camponesas se deram de forma isolada e fragmentada. A partir de então foi introduzida no debate político a categoria “camponês” buscando identificar esses segmentos até então isolados, visando articulá-los em nível nacional.

A partir das décadas de 70-80 surgiram movimentos como o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), o Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), o Movimento das Mulheres Trabalhadoras Rurais (MMTR) no Rio Grande do Sul e o Movimento de Mulheres Agricultoras em Santa Catarina, que em 2004 se consolidou no Movimento de Mulheres Camponesas (MMC) e, mais recentemente, o Movimento dos Pequenos Agricultores (MPA). Os quais, juntos, constituíram a Via Campesina no Brasil, em 1990.

Desde 1994 a Via Campesina no Brasil encontra força na Coordenação Latino-Americana de Organizações do Campo (CLOC), ligada diretamente à Via Campesina Internacional para articular as lutas sociais dos camponeses/as, indígenas e afrodescendentes em 18 países da América Latina por meio de 84 organizações.

Os movimentos articulados na Via Campesina entendem que o conhecimento sobre as plantas e os animais que estão sendo alvo de patenteamento e de apropriação privada foram produzidos por sucessivas gerações humanas relacionadas diretamente com a natureza e o ambiente onde viveram e, portanto, estes deveriam ser patrimônio da humanidade. Dessa forma, a Via Campesina ao mesmo tempo em que tem procurado resgatar o conhecimento tradicional camponês, apresentando a agroecologia como uma tecnologia do modelo agrícola alternativo e uma forma de se relacionar com a terra e a natureza também tem procurado manter o enfrentamento ao modelo de agricultura representada, principalmente, pelos grandes monocultivos e pelas empresas transnacionais.

De acordo com a Via Campesina (2003), a tecnologia das sementes pertenceu, historicamente, aos povos camponeses, comunidades tradicionais e indígenas, sendo um bem comum, partilhado entre as comunidades e compartilhado entre todos os que viviam em determinado lugar, sem restrições ao uso ou benefícios a determinados grupos. Assim como propõe que o conhecimento acerca da natureza e da cultura, defendido historicamente pelos camponeses e pelas camponesas, deve ser utilizado socialmente para fortalecer a livre determinação camponesa e aumentar o bem estar coletivo e a harmonia entre ser humano e natureza.

Nesse sentido temos a resistência e enfrentamento das mulheres camponesas organizadas no Movimento de Mulheres Camponesa (MMC), que buscam por meio da recuperação, melhoramento e produção de sementes crioulas de hortaliças, permanecer na terra de forma digna cultivando alimentos saudáveis.

Para o MMC, existe uma relação íntima entre as mulheres, a terra e a natureza. Todas geram, cultivam e recriam a vida nas diferentes espécies. Por isso essa sensibilidade que as mulheres carregam em relação à natureza é tão visível e presente nas suas atitudes. Esta proximidade faz com que chamemos a terra, a natureza e as mulheres de mães, revelando uma dimensão do lado feminino.

Para nós, camponesas a terra deve cumprir sua função social e não comercial, deve alimentar a vida não os lucros. Defendemos a agricultura camponesa que produz comida preservando a biodiversidade, respeitando a pluralidade cultural das populações e gerando trabalho, renda e dignidade para muita gente. (MMC, 2006, s/n)

Segundo a definição do MMC, os seres humanos são parte da natureza e co-evoluem com ela, por isso a manutenção de alguns cultivares de sementes crioulas, em especial as hortaliças, é um avanço na construção de um projeto de agricultura mais autônomo. Nesse sentido temos o ensinamento de Carvalho (2005a, p. 170), onde define que ao mesmo tempo em que se resgatam as sementes crioulas são recuperados saberes, espaços.

As experiências das mulheres camponesas do MMC/SC no resgate, produção e melhoramento de sementes crioulas de hortaliças, apontam avanços significativos no processo de produção de alimentos com autonomia e respeito a sociobiodiversidade, por meio da diminuição significativa da quantidade de sementes e de espécies adquiridas no comércio e pela apropriação dos conhecimentos agroecológicos. Essa estratégia fortalece a construção da emancipação camponesa, em especial das mulheres, que possuem relação íntima com a terra, com a água e com as sementes.

Por fim, vale ressaltar que mesmo que os movimentos sociais do campo tenham incorporado em suas pautas a luta pela interconstitucionalidade da tutela da sócio-biodiversidade, ainda é um processo indefinido, que está em via de concretização. Diante desta situação, as possibilidades tanto de interconstitucionalidade como de plurinacionalidade camponesa, por ser o povo camponês “guardião da biodiversidade”, são possibilidades que estes movimentos estão experimentando.

## **Referências**

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. 1. ed. Barcelona: Paidós, 2006.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. Direito constitucional ambiental brasileiro. In: CANOTILHO, J.J Gomes, LEITE, José Rubens Morato (org). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. *Convenção sobre Diversidade Biológica*. Ministério do Meio Ambiente, Secretaria de Biodiversidade e Florestas, 2000. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br>>. Acesso em 16 dez. 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra, Almedina: 2003.

\_\_\_\_\_; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada*. 3. Ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1993.

CARVALHO, Horácio Martins. *O campesinato no século XXI: possibilidades e condicionantes do desenvolvimento do campesinato no Brasil*. Petrópolis: Vozes, 2005a.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre la definición de “democracia”*. Una discusión con michelanagelo bovero. Revista Isonomía, n. 19 / Octubre de 2003. Disponível em: <<http://bib.cervantesvirtual.com>>. Acesso em 20 abril 2015.

GUIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: UNESP, 1991.

GUIVANT, Julia Silvia. *A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia*. Estudos Sociedade e Agricultura. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>>. Acesso em: 09 maio 2011.

LA VIA CAMPESINA. *Declaración final de la Conferencia Internacional sobre los Derechos de las Campesinas y Campesinos*. Yakarta, Indonesia, 2009.

LEITÃO, Sergio; ARAÚJO, Ana Valéria. Direitos humanos no Brasil: a atuação de organizações da sociedade civil em defesa dos direitos sociais e ambientais. In: FRIGO, Darci; PRIOST, Fernando; ESCRIVÃO FILHO, Antônio Sérgio (Orgs.). *Justiça e direitos humanos: Experiências de Assessoria Jurídica Popular*. Curitiba/PR: Terra de Direitos, 2010. Disponível em: <<http://terradedireitos.org.br>>. Acesso em: 12 abril 2015.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patrick de Araújo. *Direito ambiental na sociedade de risco*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *Teoría de la Sociedad*. Jalisco: Universidad de Guadalajara, 1993.

MARTINS, José de Souza. *Os camponeses e a política no Brasil*. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

MATTEDI, Marcos Antônio. As Interpretações Sociológicas das Dinâmicas Sociais de Construção do Risco na Sociedade Moderna. *Revista Grifos*. Chapecó-SC: Argos, 2002.

MEDEIROS, Rosa Maria Vieira. Camponeses, cultura e inovações. In: LEMOS, Amalia Inés Geraiges; ARROYO, Mónica; SILVEIRA, María Laura Silveira (Orgs.). *América Latina: cidade, campo e turismo*. San Pablo: 2006. Disponível em: <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar>>. Acesso em: 01 maio 2015.

MMC. *Manifesto das Mulheres Camponesas – Via Campesina – Brasil à II Conferência Mundial da Reforma Agrária e Desenvolvimento Rural (FAO)*. 2006. Disponível em: <<http://www.adital.com.br>>. Acesso em: 21 abril 2015.

ONU. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 abril 2015.

\_\_\_\_\_. PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 21 abril 2015.

SANTILLI, Juliana; EMPERAIRE, Laure. A Agrobiodiversidade e os Direitos dos Agricultores Tradicionais. In: ISA, *Povos Indígenas no Brasil 2001 a 2005*, 2006.

SILVA, Marciano Toledo. Violação de direitos e resistência aos transgênicos no Brasil: uma proposta camponesa. In: ZANONI, Magda.; FERMENT, Gilles (org). *Transgênicos para quem? Agricultura Ciência Sociedade*. Brasília: Ministério Desenvolvimento Agrário, NEAD, 2011.

STEDILE, João Pedro (org.). *História e natureza das ligas camponesas*. São Paulo: Expressão Popular, 2002.

\_\_\_\_\_; TRASPADINI, Roberta (Orgs.). *Ruy Mauro Marini: vida e obra*. Expressão Popular, São Paulo: 2005.

WINCKLER, Silvana; RENK, Arlene. Direitos humanos: a luta do Movimento de Mulheres Camponesas-MMC em defesa da biodiversidade e da autonomia dos agricultores. In: OLSSON, Giovani; PEREIRA, Reginaldo; TEIXEIRA, Marcelo; WINCKLER, Silvana (Orgs.). *Educação jurídica, relações internacionais e cidadania ecológica*. Chapecó, Argos: 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo Jurídico y Constitucionalismo Brasileño*. s/d. Disponível em: <<http://www.ibcperu.org>>. Acesso em: 15 abril 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no direito*. 2 ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

XIMENES, Julia Maurmann. *Reflexões sobre o conteúdo do estado democrático de direito*. Disponível em <<http://www.acsmce.com.br>>. Acesso em 01 maio 2015.

### **Sites consultados**

<http://www.terradedireitos.org.br>. Acesso em 20 abril 2015.

<http://www.fase.org.br>. Acesso em 30 abril 2015.

<http://www.cloc-viacampesina.net>. Acesso em: 20 abril 2015.



